

QUESITI

SARA BECCAGLIA

I “precedenti penali” di particolare tenuità

Le Sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto legittima l'iscrizione del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto nel casellario al fine di consentire la valutazione del criterio della “non abitualità del comportamento” in futuri giudizi. Questa scelta non sarebbe lesiva dei diritti costituzionali e convenzionali dell'accusato, con particolare riferimento al diritto al riesame presso un giudice superiore tutelato dall'art. 2, prot. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e al diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione.

Dismissals for triviality of the fact and criminal records

The United Sections of the Supreme Court overruled her previous decisions and established to include the dismissals of charge for triviality of the fact in the court records in order to evaluate the subsistence of the “non-habitualness of behavior” criterion for the future. The Judges excluded that this could involve the rights of the accused referring to the right of appeal and to the right of defence.

SOMMARIO: 1. La questione controversa - 2. La volontà del legislatore - 3. La tenuità del fatto: tra efficienza e diritti - 4. Uno strano caso di archiviazione garantita - 5. Tra esigenze di memorizzazione e garanzie dell'indagato - 6. Efficienza e garanzie.

1. *La questione controversa.* A seguito della decisione del Tribunale di Salerno di ordinare la cancellazione dell'iscrizione del provvedimento di archiviazione ex art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p. motivata sul presupposto che non si trattasse di un provvedimento giudiziario definitivo, il Procuratore presso il medesimo Tribunale proponeva ricorso alla Corte di cassazione, evidenziando un contrasto interpretativo in ordine proprio all'obbligo di iscrizione o meno del provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto nel casellario. La Sezione prima della Suprema Corte, condividendo i dubbi del ricorrente, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite ponendo la seguente questione: “*se il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. debba essere iscritto nel casellario giudiziale, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. f) d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, come modificato dall'art. 4 d.lgs. 16 marzo 2015, n.28*”¹.

Il Supremo collegio, a sua volta, rovesciando i rapporti di forza fra gli orientamenti delle Sezioni semplici, ha ritenuto corretto «il principio, pur apoditticamente affermato dalla sentenza Serra»², secondo cui l'iscrizione del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto nel casellario è legittima.

¹ Cass., Sez. I, 27 febbraio 2019, D.M.L., in *Guida dir.*, 2019, 17, 80 ss.

² Cass., Sez. un., 24 settembre 2019, D.M.L., in *Cass. pen.*, 2020, 2, 524 ss., il riferimento è a Cass., Sez. V, 15 giugno 2017, Serra e altro, in *Mass. Urb.*, n. 271010 con nota di GABRIELLI, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 867 ss.

tima, anzi, è imposta proprio dalla struttura stessa dell'art. 131-*bis* c.p., essendo funzionale alla valutazione della “non abitudine del comportamento” dell'indagato/imputato sulla base degli eventuali precedenti di particolare tenuità.

I dubbi interpretativi sul tema apparentemente eccentrico dell'iscrizione del provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto nel casellario giudiziale sono sorti a seguito della modifica dell'art. 3, co. 1, lett. f) d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 ad opera dell'art. 4, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 – ossia del decreto che ha introdotto nell'ordinamento il nuovo istituto della particolare tenuità del fatto – che ha previsto l'iscrizione dei provvedimenti *definitivi* che abbiano prosciolto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilità o disposto una misura di sicurezza, *nonché* di quelli che abbiano dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.

Stante l'ambigua formulazione del nuovo art. 3 del Testo unico in materia di casellario, Cassazione e Corte costituzionale sono state per lungo tempo concordi nell'affermare la non iscrivibilità del provvedimento archiviato.

La Cassazione ha spesso affrontato il tema in connessione con la questione dell'interesse a ricorrere da parte dell'archiviato per ragioni direttamente connesse all'iscrizione nel casellario giudiziario. In diverse pronunce si è negata la sussistenza di un effettivo interesse ad impugnare il provvedimento di archiviazione, valorizzando la provvisorietà dell'atto – essendo sempre prospettabile una riapertura delle indagini ai sensi dell'articolo 414 c.p.p. – e, perciò, escludendolo dal novero dei “provvedimenti definitivi” suscettibili di iscrizione nel casellario giudiziario³.

Del resto, l'assenza di definitività del provvedimento di archiviazione è stata anche affermata dalle stesse Sezioni Unite, e ancor prima dalla Corte costituzionale, che ne hanno, peraltro, limitato l'efficacia preclusiva all'ufficio del pubblico ministero che ha richiesto il provvedimento⁴.

La giurisprudenza formatasi sul tema è stata posta in discussione dalla sentenza Serra che, pur non chiamata ad affrontare direttamente la questione, ha stabilito che il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto «rappresenta un epilogo del giudizio [...] non completamente liberatorio per il

³ Cass., Sez. I, 25 giugno 2018, Matarrese, in *Mass. Uff.*, n. 273523; Sez. V, 15 gennaio 2018, Pisani, in *Mass. Uff.*, n. 272282; Sez. III, 26 gennaio 2017, Vanzo, in *Mass. Uff.*, n. 270247. Nello stesso senso, non massimate, Cass., Sez. I, 27 settembre 2017, n. 53618, D.L.; Sez. III, 27 giugno 2017, n. 45601, B.; Sez. III, 26 gennaio 2017, n. 46379, G.

⁴ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27 e Cass. Sez. un., 22 marzo 2000, n. 9, Finocchiaro, in *Mass. Uff.*, n. 216004. Sul punto SANTALUCIA, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2018, 1, 10 ss.

destinatario ... [che] va iscritto nel casellario giudiziale, in virtù di quanto previsto dal d.lgs. n. 28 del 2015, artt. 3 e 4»⁵, preoccupandosi «di evidenziare l'inderogabilità della procedura garantita dinanzi ad un provvedimento che comporta delle conseguenze pregiudizievoli»⁶.

Verosimilmente la sentenza Serra ha tratto spunto dalla precedente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite Tushaj che ribadiva la necessità di memorizzazione dei provvedimenti di esclusione della punibilità per tenuità del fatto «non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza»: a parere della Corte ciò non avrebbe generato «un *vulnus* a diritti fondamentali, quando l'accertamento dell'esistenza del reato implicato in tale genere di pronuncia non fosse avvenuto all'esito del giudizio», trattandosi di un «antidoto indispensabile contro l'abuso dell'istituto» e per scongiurare la rinuncia alla punizione di comportamenti abituali⁷.

A differenza delle pronunce più sopra richiamate, la Sentenza Serra - così come la più recente pronuncia delle Sezioni Unite - non ha posto in dubbio la compatibilità dell'iscrizione con i principi costituzionali e sovranazionali a tutela dei diritti dell'indagato nel processo. Ciò forse anche in ragione della vicinanza temporale alla *voluntas legis* che, con superficiali richiami, sembrava rendere necessaria l'iscrizione di qualsiasi provvedimento per tenuità del fatto al fine di poter valutare l'indice-requisito dell'abitualità del comportamento in futuri procedimenti⁸.

2. *La volontà del legislatore.* Argomentare di iscrivibilità o meno di un provvedimento di archiviazione, potrebbe sembrare un grave errore di sintassi processuale. In realtà, si tratta di una tematica posta proprio dal legislatore nel momento in cui ha introdotto nel sistema la nuova causa di non punibilità.

⁵ Cass., Sez. V, 15 giugno 2017, cit.: la pronuncia ha ad oggetto la nullità del provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto disposto dal giudice a fronte della richiesta di archiviazione "semplice" da parte del pubblico ministero.

⁶ NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale sull'obbligo di iscrizione del provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 4, 501 ss.

⁷ Cass. Sez. un., 25 febbraio 2016, Tushaj, in *Mass. Uff.*, n. 266591 in *Cass. pen.*, 2016, 2375 ss. con commento di CATERINI, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 622 ss. e commento di DI STEFANI, in *Foro it.*, 2016, II, 424. Sul tema si veda anche NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 505.

⁸ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, 1718, ove l'A. evidenzia la necessità di tale limitazione affinché non si formi una categoria di autori seriali di fatti bagatellari destinati ad essere eterni archiviati per particolare tenuità.

Il Testo unico in tema di casellario giudiziale «non è univocamente interpretabile nel senso per cui esclusivamente i provvedimenti definitivi che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. sono destinati all'iscrizione nel casellario»⁹. Viene così valorizzata dalla Cassazione un'interpretazione letterale che si allinea alle indicazioni della Relazione ministeriale al decreto del 2015.

Da un punto di vista squisitamente sintattico, tuttavia, non è così certo che il soggetto della disposizione, “*i provvedimenti giudiziari definitivi*”, muti il suo soggetto sottointeso nella successiva proposizione introdotta da “*nonché quelli*”¹⁰. Ciò anche in considerazione del fatto che l'argomento letterale riveste un ruolo centrale nella disciplina del casellario ove, difatti, all'art. 2 lett. f) e g) d.P.R. n. 313 del 2002 il legislatore ha inteso assegnare alle locuzioni “*provvedimenti giudiziari*” e “*provvedimenti giudiziari definitivi*” un preciso significato, autonomo e tipico: la stessa Cassazione ammette che, «qualora il legislatore avesse voluto effettivamente evocare solo i provvedimenti definitivi in tema di tenuità del fatto, avrebbe più coerentemente fatto ricorso alla locuzione “*nonché quelli definitivi*” e non già a quella effettivamente dispiegata», concludendo che «il dato testuale presenta tratti di indubbia ambiguità che non consentono di estrarre con la necessaria certezza il significato della disposizione affidandosi esclusivamente all'interpretazione letterale, che necessita pertanto di essere integrata»¹¹.

Un primo elemento “integrativo” emergerebbe dalla volontà storica del legislatore rivelatasi nello schema del d.lgs. n. 28 del 2015 che invoca la necessità di «un sistema di registrazione» comprendente tutti i provvedimenti, anche di archiviazione, adottati per causa di particolare tenuità del fatto¹².

Tuttavia, la Relazione non sembra far coincidere necessariamente tale sistema con le iscrizioni nel casellario giudiziale: la recente legge Orlando, ad esempio, ha prospettato l'alternativa che possa essere il pubblico ministero a doversi occupare di segnalare precedenti provvedimenti di archiviazione o proscioglimento per tenuità del fatto¹³.

⁹ Cass., Sez. un., 24 settembre 2019, n. 38954.

¹⁰ DIES, *Questioni varie in tema di rilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 26 ss. L'A. sostiene che l'esito a cui giunge la Corte si sarebbe avuto se il Legislatore avesse utilizzato l'espressione “provvedimenti giudiziari”. Dello stesso avviso è anche NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 506.

¹¹ Punto 5 “*in diritto*” della sentenza in commento.

¹² § 9 della Relazione ministeriale al d.lgs. n. 28 del 2015.

¹³ Precisamente la L. 23 giugno 2017 n. 103 all'art. 5, co. 18, lett. c): «eliminare la previsione dell'iscrizione dei provvedimenti applicativi della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, prevedendo che sia il pubblico ministero a verificare, prima che venga emesso il provvedimento,

Le Sezioni Unite del 2019 si sono poste in continuità con il precedente orientamento¹⁴ volto a ritenere il tema della non abitudine il «frutto del sottosistema generato dalla riforma [che] al suo interno deve essere letto. Sarebbe dunque, fuorviante riferirsi esclusivamente alle categorie tradizionali, come quelle della condanna e della recidiva: secondo la Cassazione, la norma intende escludere dall'ambito della particolare tenuità del fatto comportamenti "seriali"»¹⁵. Del resto, ciò sarebbe del tutto compatibile con il testo normativo che, nel definire la serialità fa riferimento ai "reati" commessi e non alle "condanne" subite. Elemento decisivo in favore dell'iscrivibilità del provvedimento sarebbe desumibile dalla interpolazione degli articoli 24 e 25 del Testo unico che prevedono ora la non menzione nel certificato a richiesta dell'interessato dei "provvedimenti giudiziari" che dichiarativi della non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. e l'obbligo di eliminazione di quegli stessi provvedimenti decorsi dieci anni dalla loro pronuncia. La generica espressione "provvedimenti giudiziari" e, dunque, non solo quelli "definitivi", ricomprenderebbe anche quelli di archiviazione di cui all'art. 3 co. 1 lett. f) del Testo unico. Solo in ultimo la Corte giunge a considerare i profili di compatibilità dell'iscrizione del provvedimento archiviativo con le garanzie procedurali dell'indagato: «è agevole evidenziare come alcuna lesione dell'art. 24 Cost. è prospettabile, nella misura in cui la speciale disciplina prevista dal comma 1-*bis* dell'art. 411 c.p.p. consente all'indagato di dispiegare le proprie difese dinanzi al giudice investito della richiesta di archiviazione per tenuità del fatto»¹⁶. Nemmeno vi sarebbero dubbi circa la compatibilità dell'iscrizione rispetto all'art. 2 del Protocollo n. 7 della Convenzione EDU in quanto la disposizione configura il riesame ad opera di un giudice superiore solo con riferimento alle dichiarazioni di colpevolezza o alle condanne. La Cassazione ha quindi

che il fatto addebitato sia occasionale», pubblicata in G.U., 4 luglio 2017, n. 154. Tuttavia, forse proprio le difficoltà di raccordo tra la nuova delega e la disciplina in tema di tenuità del fatto hanno fatto sì che la legge trovasse attuazione solo in parte: difatti, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122 attuativo della legge delegata sopradetta non si è espresso sul tema limitandosi ad una semplificazione e razionalizzazione della disciplina in tema di casellario incidendo sugli artt. 24, 28 e 29 T.U. Si veda sul tema NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 506.

¹⁴ Il riferimento è alla già citata sentenza Tushaj del 2016, a cui la recente decisione ha fatto espresso riferimento, sia alla sentenza Coccimiglio dello stesso anno Cass., Sez. un., 6.4.2016, n. 13682.

¹⁵ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681. V. anche ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 3, 405.

¹⁶ Punto 8 "in diritto" della sentenza in commento che in motivazione riporta anche il testo del § 7 della Relazione: «in effetti, posta la necessità di iscrivere nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione del nuovo istituto, ancorché adottato mediante decreto di archiviazione, ne viene che l'indagato potrebbe avere interesse ad evitare tale effetto sfavorevole in quanto eventualmente preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza, mirando invece ad ottenere un risultato pienamente "liberatorio"».

escluso che «la valutazione pregiudiziale sulla sussistenza del fatto e sulla sua attribuibilità all'indagato compiuta in sede di archiviazione costituisca un accertamento assimilabile ad una dichiarazione di colpevolezza», anche in considerazione del fatto che il provvedimento di archiviazione non produce effetti *extrapenali* ai sensi dell'art. 651-*bis* c.p.p. Di nuovo i giudici si pongono in continuità con la citata sentenza Tushaj che già in quell'occasione aveva precisato come l'annotazione non costituisse «un *vulnus* a diritti fondamentali, quando l'accertamento dell'esistenza del reato implicato in tale genere di pronuncia non sia avvenuto all'esito del giudizio [non vedendosi ragione per cui] chi abbia fruito del beneficio all'esito di una procedura che lo ha personalmente coinvolto, possa dolersi della discussa annotazione»¹⁷.

3. *La tenuità del fatto tra efficienza e diritti.* Com'è noto, l'innovazione di cui all'art. 131-*bis* c.p. ha inserito nel circuito normativo una nuova e particolare causa di non punibilità che ha decretato l'irrelevanza dei fatti bagatellari valutata alla stregua dei due indici-criteri della particolare tenuità dell'offesa, a sua volta declinato negli indici-requisiti della modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, e della non abitualità del comportamento. L'esito positivo della valutazione esclude la punibilità della condotta a patto che essa sia sanzionata con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni ovvero con pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena¹⁸.

¹⁷ Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681.

¹⁸ La L. 28 aprile 2014 n. 67, art. 1 co. 1, lett. m) contenente «Deleghe al governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del processo con messa alla prova nei confronti degli irreperibili» che, all'art. 1, lett. m) fissa quale principio e criterio direttivo di «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni quando risulti la particolarità dell'offesa e la non abitualità del comportamento senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la normativa processuale penale». CAPRIOLI, MELILLO, RUGGERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 11, 3495; ID., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento come messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 1, 7 ss.; ID., *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 2, 82 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, VIII, Bologna, 2019, 168; GARUTI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 6, 1 ss.; GIACONA, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131bis c.p.), tra esigenze deslattive e di bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 1, 39 ss.; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 517 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131bis c.p.*, in QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, 3 ss. che ripercorre i progetti susseguiti sino all'approdo della riforma; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1693 ss.; PIOLETTI, *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1995, 525 ss.

Nell'intento del legislatore, il d.lgs. n. 28 del 2015 avrebbe dovuto soddisfare le concorrenti esigenze di alleggerimento del carico giudiziario e il ripristino del principio di proporzione. Il che avrebbe voluto dire, per un verso, una depenalizzazione "in concreto" delegata al giudice, che, al ricorrere di determinati indici di legge, può ritenere un fatto antiggiuridico e colpevole, particolarmente tenue e quindi non meritevole di essere punito. Per altro verso, una riduzione dell'area dell'intervento penale, poiché il ricorso al processo per fatti c.d. bagatellari sarebbe superfluo sia per il dispendio di energie processuali sia per l'imputato che sarebbe «costretto a sopportare il peso anche psicologico del processo a suo carico»¹⁹.

Nonostante le precedenti esperienze positive maturate nel «laboratorio sperimentale» del diritto penale minorile e del processo dinanzi al giudice di pace, si è dovuta attendere a lungo l'elaborazione di una disciplina della tenuità del fatto dedicata al rito ordinario²⁰. La spinta decisiva è giunta dal fronte europeo con la sentenza resa dalla Corte EDU nel caso Torreggiani e altri c.

Sul tema del limite dei cinque anni si è espressa la Corte costituzionale, sent. 17 luglio 2017, n. 207, in *www.CorteCostituzionale.it*, dichiarando la legittimità del limite che non può considerarsi né irragionevole né arbitrario rientrando nella logica del sistema penale che il limite edittale sia identificativo dell'astratta gravità del reato e che, ad ogni modo, l'individuazione di tali limiti spetta al legislatore. Tale circostanza è stata anche evidenziata della Relazione ministeriale al d.lgs. 68/2015. Contra PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Giuda dir.*, 2015, 15, 20: secondo l'A si tratta di un limite in funzione di prevenzione generale sul quale si può in linea di principio convenire anche se ogni reato è perfettamente suscettibile di una valutazione in termini di particolare tenuità non escluso l'omicidio volontario. Nel caso dell'art. 131-bis c.p. «è proprio il riferimento al massimo edittale ad apparire tuttavia incongruo e fuori luogo. Com'è noto, nella comminatoria edittale il minimo esprime la soglia di *indefettibilità* cui è ancorata la tutela e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fisato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo. In questo senso, è ovvio che, trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si debba aver riguardo *non già alla massima gravità possibile*, ma *alla minima gravità necessaria*: al minimo edittale, dunque».

¹⁹ Così la Relazione ministeriale al d.lgs. n. 28 del 2015. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Giuda dir.*, 2015, 15, 25 ss.; PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 19: l'A. precisa che in questo caso non si realizza una vera e propria depenalizzazione poiché i reati non vengono trasformati in illeciti amministrativi; PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Milano, 1985, 647 ss.

²⁰ AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Studium Iuris*, 2015, 9, 971. Stante la similarità degli istituti, la Corte a Sezioni Unite ha precisato che l'istituto della particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. non è applicabile ai giudizi dinanzi al Giudice di pace non tanto secondo il principio di specialità quanto piuttosto perché i due istituti - rispetto alle finalità e al coinvolgimento della persona offesa - si pongono in un rapporto di interferenza (Cass., Sez. un., 28 novembre 2017, n. 53683).

Italia²¹, sebbene la tempistica imposta dalla scadenza della moratoria annuale concessa dalla Corte EDU ha determinato formulazione eccessivamente sintetica di un testo di difficile interpretazione²².

Un tema certamente dibattuto è stato quello della natura giuridica della nuova tenuità del fatto. Tra causa di non punibilità, che solitamente qualifica l'istituto del diritto penale minorile, e causa di improcedibilità, che etichetta, invece, quello operante nel sistema del Giudice di pace, la scelta è ricaduta sulla prima opzione in ragione del fatto che la causa di non punibilità ha ad oggetto una valutazione di atti o fatti storici che operano indipendentemente da quelli che attengono alla responsabilità dell'imputato/indagato²³. In altre parole, l'inquadramento tra le cause di non punibilità meglio si avvicina all'esigenza di valutare di volta in volta le condizioni che rendono «inopportuna la punizione nonostante che l'imputato risulti colpevole dei fatti contestatigli» posto che gli indici di cui dall'art. 131-*bis* c.p. presuppongono valutazioni nel merito²⁴. Del resto, nemmeno quella delle «condizioni al procedere» sarebbe stata una categoria del tutto calzante poiché si sarebbe distinta dalle altre ipotesi di improcedibilità per il fatto che essa non riguarda – come la

²¹ Il riferimento è a Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013: vero volano della riforma in quanto la moratoria annuale stabilita per l'ottemperanza alla sentenza era fissato per il 28 maggio 2014. Sul tema si veda altresì, veda AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., in *Studium Iuris*, 2015, 9, 971; MAZZA, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in *questa Rivista*, 2014, 2, 361 ss. Secondo l'A., «forse la potente spinta politica che viene dal Consiglio d'Europa consentirà questa volta di vedere realizzata la grande promessa del riformismo penale e penitenziario degli anni 80 del secolo scorso.».

²² Sin da subito sono parsi oscuri i profili di diritto intertemporale, il criterio della «non abitudine del comportamento». AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 968; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 34. TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla "particolare tenuità del fatto"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.

²³ A proposito dell'opzione dogmatica, significativo è il passaggio della Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000 che cita come argomento forte a sostegno della causa di improcedibilità il presupposto applicativo della «carezza di un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento e, dunque, all'accertamento processuale», Relazione, 44. Molto si è discusso anche con riferimento all'istituto operante nel diritto penale minorile sino a quando la Corte costituzionale si è espressa sull'art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1988 assegnandogli una «preminente natura di diritto sostanziale». Sul punto si veda GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 10.

²⁴ DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 42 ss.: l'A. precisa che la natura della tenuità, intesa come ipotesi di esclusione della punizione, trae con sé il divieto di disporre misure cautelari personali e precautelari; fa riferimento alle linee guida della procura di Palermo in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2015, 18 ss.; similmente CORDERO, v. *Merito nel diritto processuale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, 665 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 160; NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Giur. it.*, 2019, 4, 976.

tradizionale impostazione vuole - «elementi estranei al reo e allo stesso processo»²⁵.

Tali oscillazioni sono sintomatiche della «difficoltà di “incasellare” questa tematica entro schemi e categorie dogmatiche rigide» e suggeriscono l’inadeguatezza dell’alternativa secca tra “sostanziale” e “processuale”²⁶. A titolo di esempio, basti pensare che tra la disposizione normativa ora in vigore e quella proposta nel precedente disegno di legge Carotti, pur essendo rimasti «inalterati i requisiti, è venuta a mutare solo la qualificazione dell’istituto», passando da causa di improcedibilità a causa di non punibilità²⁷.

Del resto, per un verso, la non punibilità poneva timori riguardo la «vocazione deflazionistica della figura, esigendosi necessariamente in tal caso una delibazione nel merito della vicenda»²⁸; per altro verso, «la scelta di rito avrebbe dovuto fare i conti con l’art. 112 Cost»²⁹ - come si dirà nel prosieguo.

Ad ogni buon conto, il legislatore delegato, attenendosi alle indicazioni della delega, ha costruito la particolare tenuità come causa di improcedibilità in senso stretto, inserendo il nuovo articolo 131-*bis* c.p. nel titolo “*Determinazioni del giudice in ordine alla pena*”³⁰: «la partita si gioca inevitabilmente sul terreno del “bisogno di pena”» con l’intento di espellere dal sistema penale quei fatti che, pur avendo superato il vaglio di tipicità, paiono di una «“particolare” tenuità, tale da far apparire incongruo anche il minimo comminato»³¹. Ciò immediatamente ricollega l’istituto della particolare tenuità del fatto alle sue radici e cioè alla moderna concezione gradualistica dell’illecito penale volta a perseguire i soli fatti connotati da maggior disvalore sociale. Basti qui dire che sino a qualche decennio fa, «l’esigenza general-preventiva, che vuole che siano i singoli ad adeguarsi alla legge, anziché viceversa, e che non si pos-

²⁵ MONTAGNA, *Condizioni di procedibilità*, in GARUTI (a cura di), III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino, 2009, 110 ss; PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in BACCARI, LA REGINA, MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Vicenza, 2015, 229.

²⁶ QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Napoli, 2004, 6.

²⁷ GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 11, il riferimento è all’Atto C. n. 4625, XIII legislatura.

²⁸ GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 10, CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005, 171 ss.

²⁹ *Infra*.

³⁰ Per una compiuta disamina della natura sostanziale della nuova causa di non punibilità si veda AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 9, 968, prima parte e *Studium Iuris*, 2015, 10, 1102, parte seconda; NISCO, *L’esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. Profili sostanziali*, in BACCARI, LA REGINA, MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Vicenza, 2015, 195 ss.

³¹ PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 20; ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

sa programmare una violazione di minimo significato confidando solo per questo di “farla franca”, all’unisono con i vincoli geometrici del retribuzionismo penale, ha escluso esenzioni di pena fondate sulla colpevolezza³². Il panpenalismo che ha continuato a pervadere la politica criminale nostrana ha trovato una necessaria “valvola di sfogo” nella concezione realistica del reato e della cosiddetta offensività in concreto³³, nell’«idea cioè che gli elementi del reato possono essere misurati, “pesati” in modo tale da riuscire a ritagliare all’interno del tipo astratto sottofattispecie connotate da un disvalore anche esiguo³⁴. Con l’art. 131-*bis* c.p., si è inteso intraprendere la via «della degradazione in concreto della fattispecie bagatellari improprie e dell’attuazione della sussidiarietà secondaria affidata all’apprezzamento discrezionale del giudice del caso concreto»³⁵ erodendo – *rectius*: tentando di erodere – la discrezionalità dei magistrati nell’applicazione del parametro dell’offensività in concreto, fino a prima ricondotto all’art. 49 co. 2 c.p. Non si tratta, dunque, di un “doppione”. La disposizione da ultimo citata fa riferimento al cosiddetto reato impossibile in cui si identifica quel fatto astrattamente antigiuridico e colpevole che in concreto non è in grado di ledere o mettere in pericolo il bene tutelato dalla fattispecie incriminatrice e cioè un fatto completamente inoffensivo che, in quanto tale, non può essere sanzionato in ossequio al principio *nullum crimen sine iniuria*. Con un simile *escamotage* interpretativo, la giurisprudenza ha risposto alla «esigenze di adeguamento della norma alla realtà sociale in cui è chiamata ad operare» beninteso, a patto che la valutazione circa “l’inidoneità dell’azione” mantenga un carattere rigorosamente normativo ai sensi dell’art. 25 co. 2 Cost. nonché ancorato alla *ratio* della fattispecie e al bene tutelato³⁶.

Tuttavia, tale controllo è, talvolta, sfuggito proprio a quel rigore normativo: l’inazione rispetto a fatti bagatellari è stata spesso gestita dalle Procure, dalla Polizia giudiziaria, dai Giudici in modo distonico e non censurabile *ex post*, rendendo la fase del giudizio non sempre prevedibile proprio in ragione della

³² DONINI, v. *Teoria del reato*, in *Dig. pen.*, Torino, 1999, 274

³³ Per tutti si cita PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., 3 ss.

³⁴ GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 6. Il riferimento è DONINI, v. *Teoria del reato*, cit., 274; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005. Sul punto anche PALIERO, «Minima non curat praetor», 647 ss.

³⁵ AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.*, cit., 970; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 11.

³⁶ BRICOLA, v. *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1973, XIX, 72. Sul punto anche CARILLO, *L’iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione*, in *I nuovi epiloghi del procedimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 131; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 160; NEPPI MODONA, v. *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 260 ss.

labilità dei parametri che di volta in volta venivano messi in campo per valutare se un fatto particolarmente tenue potesse dirsi totalmente inoffensivo o solo poco offensivo³⁷. Proprio con l'obiettivo di normativizzare e uniformare valutazioni e punizioni, escludendo dal circuito giurisdizionale in modo trasparente e razionale quei fatti "bagatellari" e, dunque, non meritevoli di rimprovero «in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale»³⁸, il legislatore ha introdotto l'istituto della particolare tenuità del fatto, assegnando al giudice il ruolo di «vero protagonista della riforma [...] il cui operato, sinora protetto dagli automatismi di una legalità stringente, diventa più impegnativo dovendo egli farsi interprete in concreto, sin dalle prime battute del procedimento, del principio di offensività e gestire un'ampia e inesplorata sfera di discrezionalità»³⁹.

4. *Uno strano caso di archiviazione garantita*. La particolare tenuità del fatto è destinata ad operare sia nella fase del processo che in quella delle indagini: il

³⁷ Un esempio è rappresentato dalla giurisprudenza in tema di coltivazione domestica di *cannabis*. Cass., Sez. III, n. 38364 del 22 luglio 2015, in *Guida dir.*, 2015, 44, 72 con nota di AMATO: la sentenza ripercorre le linee interpretative di altre precedenti pronunce (ad, esempio, Sez. IV, n. 25674 del 17 febbraio 2011, Sez. V, n. 33385 dell'8 aprile 2014, Sez. VI, n. 22110 del 2 maggio 2013) che, intendendo in maniera estensiva il concetto di offensività in concreto della condotta pur a fronte di piante in grado di produrre uno stupefacente avente effetto drogante, sono pervenute o hanno ratificato una sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato. Sul tema sono intervenute, poi, le Sezioni Unite, n. 28605 del 24 aprile 2008, secondo cui costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti anche quando destinata ad uso personale. LA ROSA, *Coltivazione "domestica" di cannabis* in *Giur. it.*, 2016, I, 193 ss.: l'A. evidenzia che con la sentenza del 2015 i Giudici hanno avuto modo di confrontarsi per la prima volta con la particolare tenuità del fatto e la lieve entità dell'art. 75 co. 5 del Testo Unico stupefacenti e, d'ora in avanti, le questioni attinenti l'offensività dovranno essere risolte attraverso «l'eventuale applicabilità di quella particolare causa di non punibilità oggi prevista dall'art. 131-bis c.p.». Così facendo, la particolare tenuità del fatto potrebbe finire per invadere spazi già occupati dal proscioglimento per inoffensività ex art. 49 co. 2 c.p. In questo senso, CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., 82 ss. Di recente le Sezioni Unite, 30 maggio 2019, n. 30475, si sono di nuovo espresse sul tema stabilendo che la commercializzazione al pubblico di derivati dalla coltivazione di cannabis integra il reato di cui all'art. 73, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, «salvo che tali derivati siano, in concreto, privi di ogni efficacia drogante o psicotropa, secondo il principio di offensività». Sul punto anche TORIELLO, *Nuovi orizzonti del principio di offensività in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 1955 ss.

³⁸ NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell'archiviazione*, cit., 976. Sul punto si veda anche FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, 2, 538; GARUTI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1; KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze dellattive e «irrelevanza del fatto»*, in *Il giudice unico nel processo penale, atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Como 24-26 settembre 1999, Milano, 2001, 210.

³⁹ PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 230.

nuovo istituto, infatti, comprare tra i casi di archiviazione all'art. 411 c.p.p. dando luogo a un «arretramento del baricentro del processo, che responsabilizza il giudice di prima istanza, se non il g.i.p.», incaricandolo di operare un giudizio prognostico, sin dalle fasi iniziali del procedimento, in merito alla commisurazione della pena in astratto prevedibile secondo i criteri dell'art. 133 c.p. e anticipando quelle valutazioni sull'offensività del fatto⁴⁰. Una simile impostazione, tuttavia, rischia di far retrocedere il vaglio di tenuità «a sedi procedurali non soltanto non garantite, ma addirittura sottratte al controllo giurisdizionale»⁴¹.

La fase delle indagini, infatti, ordinariamente non offre spazi difensivi, occasioni di confronto e contraddittorio perché non necessita né di un accertamento nel merito della colpevolezza né di una compiuta interlocuzione sull'ipotesi accusatoria. Diversamente, in ipotesi di non punibilità per particolare tenuità del fatto gli indici-criteri sono strettamente interconnessi con gli indici della colpevolezza e, solo una volta determinata quest'ultima, si potrà pervenire ad una compiuta valutazione dei primi⁴².

Le Sezioni Unite non hanno prospettato alcun profilo di incompatibilità con i diritti costituzionali e convenzionali né con le garanzie procedurali dell'indagato, anche se il provvedimento archiviativo finisce per essere annotato nel casellario giudiziale⁴³. Ad ogni buon conto, l'ennesimo intervento del-

⁴⁰ La Relazione ministeriale si era limitata a delegare al Governo di «realizzare il non facile ma necessario equilibrio tra le esigenze di massima anticipazione processuale dell'istituto, da un lato, e i contrapposti interessi dei due soggetti privati, dall'altro».

⁴¹ CAPRIOLI, MELILLO, RUGGERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, cit., 3501.

⁴² È di questo avviso CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 279 ss.

⁴³ In tema, PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, in CONTI, MARANDOLA, VARRASO (a cura di), Assago, 2014, 145 ss. Secondo l'A. l'iscrizione sarebbe necessaria al fine di «evitare che il soggetto possa beneficiare all'infinito dell'istituto ad onta del suo ripetitivo comportamento criminoso»; SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. giust. Min.*, 2015, 17: definisce il provvedimento di archiviazione una «cripto-condanna». Anche le Procure si sono dotate di circolari che hanno stabilito l'iscrivibilità dei provvedimenti di archiviazione. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., 28; PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 240 ss. citano le linee guida della procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano. Sulla differenza tra occasionalità e abitudine, CAPRIOLI ritiene che «il primo guarda principalmente al futuro alludendo, come detto, a una prognosi di non recidivanza giustificata dalla ritenuta eccezionalità delle circostanze che hanno generato la condotta illecita. Il secondo guarda esclusivamente al passato, alludendo all'assenza di precedenti criminali reiterati e specifici». Sul tema anche BARTOLI, *L'esclusione della punibilità* cit., 667, evidenzia che la formulazione normativa si discosta dalle previsioni degli affini istituti dove si fa ricorso al più ampio concetto di «non occasionalità del comportamento» che, «che sia interpretata in senso cronologico, come episodio del tutto isolato, oppure in senso psicologico, come espressione di circostanze del tutto particolari attinenti al momento della commissione del fatto, in entrambi i casi l'occasionalità esprime un carattere - per

la giurisprudenza pare essere esso stesso segnale inequivoco del fatto che, anche a distanza di tempo dalla sua entrata in vigore, la disciplina della tenuità resta di difficile interpretazione e continua a porre dubbi di legittimità Costituzionale.

Nell'intento del legislatore il potenziale *vulnus* di garanzie sarebbe stato ricucito dal peculiare procedimento previsto al co. 1-*bis* all'art. 411 c.p.p. che ha riconosciuto, in sede di archiviazione per particolare tenuità del fatto, diritti partecipativi alle parti private sconosciuti al rito ordinario. L'art. 411, co. 1-*bis* c.p.p., in particolare, ha previsto che il pubblico ministero debba dare avviso alle parti private della richiesta di archiviazione per tenuità del fatto e queste, nel termine di dieci giorni, hanno la facoltà di prendere visione degli atti e presentare eventuale opposizione indicando, a pena di inammissibilità, le ragioni del proprio dissenso⁴⁴. Indagato e persona offesa hanno, altresì, facoltà di attivare il contraddittorio nel corso dell'udienza camerale⁴⁵.

Tale potere di opposizioni si giustifica in ragione del fatto che il provvedimento emesso resta pur sempre una prognosi di condanna e resta, dunque, diritto dell'indagato evitare lo stigma sociale, nonché l'iscrizione del provvedimento nel casellario.

Ponendosi nella prospettiva nella prospettiva di quest'ultimo, resta da domandarsi se il procedimento *ad hoc* sia in grado di tutelare adeguatamente i diritti di colui il quale sarà destinato a subire le conseguenze di quel provvedimento.

così dire - di eccezionalità». Peraltro, la stessa Relazione al d.lgs. 274 del 2000, al pari di quella relativa al nuovo istituto inserito nel codice di rito, «metteva in risalto il legame dell'occasionalità con le «esigenze della prevenzione speciale» sul presupposto che «una serie di fatti scarsamente coesivi può sancire l'inizio di una carriera criminale»». GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 28. Cfr. anche Cass., Sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681.

⁴⁴ Taluno ha già prospettato una disparità di trattamento con il regime ordinario di avviso alla persona offesa, evidenziando che, talvolta, per reati anche gravi, ma commessi senza violenza - ad es. lo *stalking* - la persona offesa non verrebbe avvisata salvo che la stessa lo abbia preventivamente richiesto ai sensi dell'art. 408, co. 3-*bis* c.p.p. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 52, l'A. ritiene che il diverso trattamento potrebbe essere già superato dall'art. 6 § 1, lett. a), della direttiva 2012/29/UE che, essendo prescrizione sufficientemente precisa, se ne può ricavare l'obbligo in capo agli Stati di informare la persona offesa di una eventuale «decisione di non esercitare l'azione penale». Sul punto anche DE MARTINO, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 ottobre 2013, 6; PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 242.

⁴⁵ Per ragione di speditezza, non è prevista un'udienza obbligatoria, rimettendo alle parti private l'eventuale richiesta. Sul punto KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze dell'attive e «irrelevanza del fatto»*, cit., 214 ss.; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture* cit., 1708 ss.

Il legislatore, anzitutto, non ha previsto alcun avviso all'indagato in ordine alla facoltà di nominare un difensore pur a fronte della facoltà di proporre opposizione all'archiviazione e di richiedere la celebrazione dell'udienza camerale e la lacuna non è di poco conto se si considera che il destinatario della notifica è l'indagato personalmente⁴⁶. Quanto al termine di dieci giorni, pur non essendo perentorio - anche se può accadere che il giudice si pronunci allo scadere -, esso è decisamente compreso rispetto a quello previsto all'art. 408 c.p.p. «In soli dieci giorni l'indagato che intende dimostrare l'estraneità ai fatti, dovrà nominare un difensore (nel caso in cui non abbia avuto prima di allora conoscenza dell'indagine a proprio carico); sviluppare una tesi difensiva e raccogliere elementi utili per supportarla»: anche sotto questo profilo si prospetta una lesione delle garanzie procedurali dell'accusato che ai sensi dell'art. 6, par. 3, lett. b), C.E.D.U., deve poter disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa⁴⁷.

A dispetto di quanto affermato dalle Sezioni Unite, dunque, la procedura archiviativa *ad hoc* pone dubbi di compatibilità Costituzionale.

L'interlocuzione prevista dalla norma, lungi dall'essere una finestra difensiva a vantaggio dell'indagato, si risolve nella prassi in un contraddittorio debole fondato perlopiù su memorie scritte: resta escluso il diritto al contraddittorio sulla prova, alla produzione di elementi probatori a difesa e alle indagini difensive.

In altre parole, il modello dialettico che si realizza nel corso dell'udienza camerale, *se le parti compaiono*, non sembra garantire appieno «l'informazione, l'interlocuzione e l'intervento dell'indagato» che difatti si risolve in «una tutela parziale che si esplica su materiale raccolto dall'autorità inquirente nella fase investigativa»⁴⁸ ben diverso dal contraddittorio nella formazione della prova richiesto dall'art. 111, co. 4, Cost⁴⁹.

⁴⁶ CARILLO, *L'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione*, cit., 136.

⁴⁷ NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 512. Cfr. Corte EDU, 21 gennaio 1999, Van Geyselhem v. Belgio.

⁴⁸ NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 512. Ritiene PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture* cit., 1721, che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale «non esclude che possano essere adottate forme semplificate di contraddittorio in ragione della particolare e più lieve natura degli effetti prodotti dalla pronuncia in un ragionevole quadro di bilanciamento delle esigenze in gioco».

⁴⁹ L'*impasse* potrebbe essere superata, o quantomeno il *vulnus* ridimensionato, ad esempio, ipotizzando la «prestazione del consenso all'impiego degli atti di indagine a fini di prova [...], presupposto ineludibile sia per le condanne esplicite che per quelle dissimulate [...]. Ne discende l'indispensabilità del consenso là dove la decisione affermi o presupponga l'avvenuto accertamento di responsabilità» come, ad esempio, nell'ipotesi di irrilevanza del fatto. Il pensiero è di CESARI, *Le clause di irrilevanza del fatto*, cit., 279 che si riferisce alla tenuità del fatto con particolare riferimento al diritto penale minorile. Si-

Di contro, parte della dottrina ritiene che simili discussioni siano superflue in quanto la regola del «“pieno accertamento”» sia indispensabile quando si tratti di stabilire se debba essere applicata una pena e non invece quando il *thema* sia la necessità o no di esercitare l’azione penale: «l’archiviazione per esiguità del fatto non accerta pienamente la responsabilità, ma accerta solo che il processo è inutile in quanto, se anche vi è la “fondatezza della responsabilità”, vi è comunque “l’infondatezza della punibilità”»⁵⁰.

5. *Tra esigenze di memorizzazione e garanzie dell’indagato.* La più spiccata anomalia della procedura di archiviazione *ad hoc* deriva proprio dall’interpretazione secondo cui tutti i provvedimenti che abbiano dichiarato la non punibilità per tenuità del fatto debbano essere annotati nel casellario giudiziario. L’annotazione dei precedenti per tenuità sarebbe necessaria al fine di valutare la sussistenza del requisito ostativo della “non abitualità del comportamento” previsto dal co. 3 dell’art. 131-*bis* c.p. e, in conseguenza, l’applicabilità o meno dell’istituto in eventuali successivi procedimenti.

La dottrina aveva messo in guardia dai rischi di introdurre una valutazione connessa alla pericolosità sociale dell’agente, evidenziando che la valutazione sarebbe stata più agile se contenuta nell’alveo dell’oggettivo disvalore del singolo fatto⁵¹. Di contro, il legislatore non ha rinunciato a considerare istanze di prevenzione sociale, esigenze securitarie di un diritto penale d’autore, non certamente «garantiste di un diritto penale del fatto teleologicamente orientato ai valori costituzionali»⁵².

milmente, CAPRIOLI, MELILLO, RUGGERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l’istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, cit., 3498 e Corte cost., n. 110/2004. Contra, APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, 4, 1321 ss.

⁵⁰ APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione*, cit., 1323 e, sul tema dello *standard* probatorio, FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, 2012, 172 ss. che fa riferimento a Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88; MAZZA, v. *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, 2014, 252 ss. Sul punto anche DANIELE, *L’archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 46.

⁵¹ Proprio perché nelle parole della stessa Relazione ministeriale «non compare espressamente» nel quadro valutativo il grado e l’intensità della colpevolezza in considerazione del fatto che l’anticipazione della valutazione oltre che la sommarietà dell’accertamento non consentirebbero una verifica tanto incisiva a maggior ragione non ha alcun senso attribuire rilevanza alla pericolosità sociale che è estranea all’idea di disvalore. § 3 della Relazione.

⁵² ROSSI, *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”: profili dottrinali e scelte di politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, IV, 542. Secondo l’A. «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». Si veda anche *D.LGS. 16 marzo 2015, n. 28 - Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto (GU 18.03.2015)*, con osserva-

Per la Cassazione l'annotazione del precedente per tenuità non darebbe luogo a lesioni di diritti, nemmeno con riferimento all'art. 2 del prot. 7 C.E.D.U. che garantisce il diritto di riesame presso una giurisdizione superiore e, indirettamente, con riferimento all'art. 27, co. 2, Cost. che tutela invece, la presunzione di non colpevolezza sino a condanna definitiva⁵³. Tuttavia, la necessità di continui interventi da parte della giurisprudenza di legittimità non può che testimoniare la fragilità costituzionale della costruzione normativa.

La dottrina, in particolare, ha sin da subito paventato dubbi sulla compatibilità logica e giuridica di una valutazione della tenuità senza previo accertamento pieno di responsabilità. Ciò sulla base del fatto che, anche quando interviene in fase di indagine, «la declaratoria della tenuità in realtà non implica un accertamento ontologicamente diverso da quello necessario per l'archiviazione tradizionale»⁵⁴: anzi, l'archiviazione per tenuità del fatto si fonda su un duplice accertamento che riguarda in prima istanza, una prognosi di probabile condanna, speculare a quella di proscioglimento tipica dell'archiviazione tradizionale, e, in secondo luogo, «una prognosi di probabile declaratoria della tenuità, formulabile quando le indagini supportano una prova di trascurabile offensività»⁵⁵.

Altra parte della dottrina ha ritenuto, invece, che il pubblico ministero possa rendersi conto della tenuità anche prima dell'accertamento della responsabilità del suo autore: in altre parole l'accusa ben può effettuare la valutazione di superfluità del dibattimento per tenuità del fatto «assumendo come mera ipotesi la responsabilità dell'indagato»⁵⁶.

Tale ultima interpretazione è in linea con l'orientamento della Corte costituzionale che, pronunciandosi sulla natura della valutazione che il giudice è chiamato a svolgere nel procedimento per tenuità del fatto a carico di minori, ha stabilito che «il giudice per le indagini preliminari è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta del pubblico ministero in astratto e assumendo l'ipotesi

zioni di I. RUSSO e C. SANTORIELLO, in *www.archiviopenale.it*, aprile 2015; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità* cit., 667.

⁵³ Così Cass., Sez. un., 24.9.2019, n. 38954, punto 8 “*in diritto*”.

⁵⁴ DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 44 ss.

⁵⁵ DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 44 ss.

⁵⁶ CAPRIOLI, MELILLO, RUGGERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, cit., 3503. Del resto, una simile pronuncia è diffusa sia in Francia che in Germania dove vige, al pari che in Italia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale. In particolare, il par. 153 del codice tedesco consente al pubblico ministero di interrompere le indagini e chiedere l'archiviazione quando la colpevolezza dell'inquisito appare esegua. Sul punto anche DIES, *Questioni varie in tema di rilevanza penale del fatto*, cit., 11; NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell'archiviazione*, cit., 501 ss.

accusatoria, per l'appunto, come mera ipotesi, e non dopo aver accertato in concreto che il fatto è stato effettivamente commesso e che l'imputato ne porta la responsabilità»⁵⁷.

Tuttavia, aderire a una simile prospettiva darebbe luogo a ulteriori aggiramenti delle garanzie dell'indagato nel procedimento penale. Non ultimo quello dell'obbligatorietà dell'azione penale e del correlato principio della completezza delle indagini. Il principio, com'è noto, è posto a presidio dell'uguaglianza processuale e garantisce che la scelta abdicativa avvenga «sulla base di criteri normativi generali e uguali per tutti, capaci di razionalizzare la discrezionalità tecnica di cui gode il pubblico ministero nella gestione delle notizie di reato»⁵⁸. L'aver fatto del momento dell'archiviazione la sede della valutazione di una causa di non punibilità ha inflitto un *vulnus* innegabile al principio di obbligatorietà⁵⁹.

Ma anche questa conclusione è contestata da una parte della dottrina, sulla scorta delle considerazioni della Corte costituzionale⁶⁰: valutazioni di opportunità della pubblica accusa sarebbero di fatto connaturate alla discrezionalità tecnica che spetta al pubblico ministero e comunque possono essere arginate attraverso il parametro della sostenibilità dell'accusa in giudizio in base al qua-

⁵⁷ Corte cost., 22 ottobre 1997, n. 311. Nello stesso senso anche Cass., Sez. V, 2 luglio 2015, n. 5800 secondo cui «ove il fatto sia particolarmente tenue, deve essere disposta l'archiviazione a prescindere da un accertamento di responsabilità».

⁵⁸ Si veda CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 174 ss. In tema anche DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 46; LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1; QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., 100. Sull'obbligatorietà dell'azione penale, senza pretesa di completezza, CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 11, 2658 ss.; DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Foro ambrosiano*, 2010, 4, 508; GARUTI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1; cfr. anche KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze deslative e «irrilevanza del fatto»*, in *Il giudice unico nel processo penale, atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Como 24-26 settembre 1999, Milano, 2001, 210.

⁵⁹ Su tutti, NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell'archiviazione*, cit., 983.

⁶⁰ Il riferimento è a Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 88: «azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo né dovere del p.m. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere iniziato quando si appalesi oggettivamente superfluo». BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, VI, 669. Anche di recente la Corte cost., ord., 21 dicembre 2017, n. 279, si è espressa sul tema: «l'aver condizionato la non punibilità anche attraverso un dato soggettivo, (per l'appunto la «non abitudine» del comportamento penalmente illecito) non contrasta con il principio di uguaglianza, perché il trattamento diverso è collegato a una situazione giuridica diversa; pertanto, analogamente al requisito della «occasionalità del fatto» previsto dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, così come dall'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, si riconosce, sì, la necessità che la fattispecie penale sia ancorata al «fatto commesso» ma ciò non significa che si neghi qualunque rilevanza alla condotta dell'imputato antecedente, contemporanea o successiva alla commissione del fatto.»

le, in antitesi alla regola processuale dell'*in dubio pro reo*, «l'archiviazione [...] va respinta ogni qual volta non emerga con chiarezza l'insostenibilità dell'accusa: vale, dunque, la regola dell'*in dubio pro actione*»⁶¹.

Lo speculare parametro individuato in ipotesi di archiviazione per tenuità parimenti correrebbe «lungo binari fissati una volta per tutte dalla legge, seppure in forma di criteri valutativi»⁶² e guarderebbe, non certo all'accertamento della piena responsabilità dell'«archiviando» quanto al vaglio sulla superfluità dell'accertamento stesso.

Volendo accogliere questa seconda prospettiva, occorre valutare se gli indici di tenuità siano «fissi» quanto basta da garantire l'obbligatorietà dell'azione penale e la legalità sostanziale ovvero che la «discrezionalità insopprimibile» di cui gode la pubblica accusa possa essere utilmente arginata dalle indicazioni normative e non «rimessa alle scelte occultamente compiute da ciascuna procura»⁶³.

Per una parte della dottrina gli indici di gravità fissati dall'articolo 133 c.p. paiono sintetici e polivalenti, sufficienti a graduare la pena, ma non a garantire il «discrimine fra l'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale», anche considerato «il *deficit* cognitivo degli elementi - atti di indagine anziché prove formate in dibattimento - che in questo caso ne stanno a fondamento»⁶⁴. Co-

⁶¹ FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, 117; NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 510 e C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88. In tema si veda anche BONAUDO, *La particolare tenuità del fatto: un'importante innovazione al sistema penale*, in *Iustitia*, 2018, 3, 369 secondo cui l'istituto di cui all'art. 131-bis c.p. costituisce attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. D'altronde lo stesso costituisce una valida risposta a quello che era l'intento dei costituenti: «la stesura originaria della norma Costituzionale proposta dall'onorevole Calamandrei [...] non prevedeva un indistinto e senza riserve esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero ma vietava casi di ritardo o sospensione dello stesso per ragioni di convenienza».

⁶² PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 4, 1706: l'A. ritiene che, nei fatti, la discrezionalità assegnata al pubblico ministero non sia poi maggiore di quella di cui normalmente gode; anzi, l'espulsione dal procedimento di fatti bagatellari figurerebbe come la piena realizzazione del principio di offensività, proporzionalità e ultima ratio dell'intervento penale, proprio come auspicato dal Legislatore delegante. Sul punto anche DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 46 ss.; NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell'archiviazione*, cit., 982.

⁶³ DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 46. Similmente, CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., 15 ss.

⁶⁴ Al fine di comporre tale *impasse* taluno ha prospettato un bilanciamento tra valori obbligatorietà dell'azione penale e valori di pari rango. I primi sarebbero i principi di efficienza e ragione durata imposti dall'art. 111 co. 2, Cost. Tuttavia, la valenza deflattiva riguarderebbe le attività processuali in senso stretto non «i carichi di lavoro del pubblico ministero nella fase delle indagini». Di pari rango sarebbe anche l'esigenza di *ultima ratio* dell'intervento penale riconducibile all'art. 27, co. 3, Cost., quale espressione del bilanciamento tra gravità del fatto in concreto e risposta sanzionatoria. Così DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 47; NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell'archiviazione*, cit., 983. Per completezza si riporta il pensiero di CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 19 ss.

loro che, invece, condividono il secondo orientamento, ritengono che sia insufficiente ancorare la decisione a parametri di sostenibilità e che sia insensato «parificare il vaglio sull'inazione e il giudizio di verifica dell'azione perché allora già l'archiviazione sarebbe un giudizio»⁶⁵.

Peraltro, la garanzia di cui all'art. 6, par. 2, C.E.D.U., che sul piano extraprocessuale tutela l'accusato rispetto all'obbligo di motivazione da parte del giudice anche nell'ipotesi di abbandono delle accuse penali nei suoi confronti⁶⁶, risulterebbe nuovamente violata. Non è infatti previsto in capo al giudice dell'archiviazione alcun obbligo di motivazione sulle ragioni per le quali ritiene di non condividere le istanze difensive proposte dell'accusato⁶⁷.

Per un verso, il pregiudizio legato all'ingiustificato stigma sociale che un provvedimento per tenuità lascerebbe sull'indagato totalmente estraneo ai fatti addebitatigli «non può ricevere tutela dal procedimento penale se non all'interno dei confini segnati dalla sua funzione, che è quella di accertare la responsabilità penali e di infliggere pena. Nei confronti dell'«archiviato per tenuità» residuerebbe, a ben vede, il dubbio che abbia commesso un comportamento (magari riprovevole) ma che l'ordinamento non ritiene meritevole di pena»⁶⁸.

Resta da considerare, però, il pregiudizio derivante dall'impossibilità di accedere per una seconda volta al beneficio della non punibilità in conseguenza di quella «cripto condanna»⁶⁹ pronunciata all'esito del procedimento di archiviazione.

Le Sezioni Unite hanno però sgomberato il campo da possibili questioni pregiudizievoli che l'indagato archiviato possa aver interesse ad evitare⁷⁰.

La giurisprudenza ha sempre inteso delimitare l'interesse ad impugnare al pregiudizio «non solo giuridico, ma direttamente etico o morale, in quanto

Secondo l'A. il legislatore ordinario «può ritenersi obbligato a disegnare un rito penale improntato all'economia nella sola misura in cui, così facendo, ne assicura tendenzialmente la ragionevole brevità; a monte, deve organizzare gli uffici giudiziari in maniera tale, da garantire un apprezzabile funzionamento. Non sembra possibile rinvenire nel dettato Costituzionale un fondamento al concetto di economia che vada oltre questi profili.». Cfr. VASTA, *È vero che l'archiviazione per particolare tenuità del fatto non lede alcun interesse (ad impugnare) dell'indagato?*, in *Cass. pen.*, 2018, 5, 1656.

⁶⁵ APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione*, cit., 1323.

⁶⁶ FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 117. Sul punto anche NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale sull'obbligo di iscrizione*, cit., 510.

⁶⁷ PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 240 ss.

⁶⁸ CAPRIOLI, MELILLO, RUGGERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, cit., 3504; sul punto anche AMATO, *Quella irrilevanza che non è priva di conseguenze*, in *Guida dir.*, 2015, 15, 27.

⁶⁹ L'espressione è di SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, cit., 19.

⁷⁰ PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 241.

legato alla sentenza che pur prosciogliendo l'imputato, ritenga sussistenti gli elementi costitutivi del reato addebitatogli⁷¹: le sentenze di proscioglimento, in alcuni casi, «pur non applicando una pena, comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato»⁷². Non solo. Il pregiudizio deve avere i caratteri di attualità e concretezza essendo precluso un ricorso ogniqualvolta non sia diretto a tutelare diritti dell'imputato attraverso il raggiungimento di un risultato non solo teoricamente corretto ma anche praticamente favorevole⁷³.

L'indagato potrebbe avere l'interesse «praticamente favorevole»⁷⁴ ad impugnare nel merito il provvedimento che ha disposto l'archiviazione per tenuità del fatto, in quanto eventualmente preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza⁷⁵.

Ne potrebbe derivare che proprio la determinazione di iscrivere i precedenti nel casellario giudiziale per valutare l'indice della particolare tenuità finirebbe per essere il «motivo per concretizzare un pregiudizio effettivo da cui far dipendere l'interesse ad impugnare in prospettiva di una (altrimenti preclusa) concessione in futuro del relativo beneficio»⁷⁶.

Certo è che la parziale attuazione del disegno di riforma ideato dal Parlamento nella legge delega n. 67/2014 ha fatto sì che nella prassi la particolare tenuità sia stata considerata «non più come istitut[o] che concurr[e] a delineare una minore afflittività, ma istitut[o] che, avendo ancora come punto di riferimento la pena carceraria, [è concepito] come “alternativ[o]” alla stessa e quindi, in presenza del problema del sovraffollamento, [...] interpretat[o] e applicat[o] in chiave di “benefici[o]”»⁷⁷.

⁷¹ NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 513. Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 224 del 1983.

⁷² Sul tema anche Corte cost. 13 febbraio n. 85. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 56 ss.; NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 513; Cfr. VASTA, *È vero che l'archiviazione per particolare tenuità del fatto non lede alcun interesse (ad impugnare) dell'indagato?*, in *Cass. pen.*, 2018, 5, 1656.

⁷³ Per tutte si cita Cass., Sez. un., 18 ottobre 1995, n. 10372. Più di recente, Cass., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 41246.

⁷⁴ Cass., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 41246

⁷⁵ CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., 20.

⁷⁶ NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 514.

⁷⁷ BARTOLI, *L'esclusione della punibilità* cit., 660

6. *Efficienza e garanzie*. La mancanza di volontà di muoversi nel senso di una riforma organica del diritto penale «olisticamente inteso»⁷⁸, costruita su solidi principi costituzionali, si è risolta in valutazioni di compromesso che hanno avuto l'effetto di delegare all'interprete scelte di politica criminale che in uno Stato di diritto dovrebbero competere alla democrazia politica.

Inevitabile conseguenza di ciò sono le oscillanti interpretazioni giurisprudenziali che rischiano di rendere variabile l'aerea del punibile e di cui anche la recente sentenza delle Sezioni Unite è un emblematico esempio⁷⁹.

Anzi, ad ulteriore conferma dell'instabilità normativa della tenuità, è recentemente intervenuta la Corte costituzionale chiamata ad esprimersi sulla questione di costituzionalità relativa alla mancanza di controlli sulla archiviazione per particolare tenuità⁸⁰. Pur dichiarando l'inammissibilità delle questioni, il Giudice delle leggi si è allineato al principio di diritto espresso dalla Cassazione con riferimento all'iscrivibilità nel casellario e, quanto alla specifica questione dell'impugnabilità dell'ordinanza di archiviazione iscritta, si è limitato a rilevarne la manifesta irrilevanza in quanto meramente prospettica ed eventuale⁸¹.

Tuttavia, non molto tempo prima era stata la stessa Cassazione ad affermare che l'interesse ad impugnare il provvedimento di archiviazione si sarebbe concretizzato solo con l'iscrizione del provvedimento medesimo nel casellario⁸².

Ad ogni buon conto, è fin troppo chiaro che l'intento della giurisprudenza sia quello di memorizzare i provvedimenti dichiarativi della tenuità del fatto così da limitarne la fruibilità in futuro.

Per parte sua la dottrina, nell'intento di colmare le lacune del legislatore, ha prospettato interpretazioni alternative dell'art. 411 c.p.p., facendo leva, ad esempio, sull'istituto della riapertura delle indagini e trasformando il provvedimento di archiviazione in una sorta di inedita sospensione condizionale dell'azione penale che avrebbe portato benefici anche sul terreno specialpreventivo. Tuttavia, un simile meccanismo avrebbe evidentemente generato un appesantimento della macchina giudiziaria dal momento che si sarebbero do-

⁷⁸ AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 969.

⁷⁹ PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 230.

⁸⁰ Ord. Tribunale di Nuoro, 20 marzo 2018, n. 130.

⁸¹ Corte cost., 15 novembre 2019, 238 in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1, 58. Sul punto CALANDRELLI, *Archiviazione ex art.131 bis c.p. e iscrizione a casellario giudiziario*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 426 ss. e NAIMOLI, *Le Sezioni Unite e la Corte Costituzionale*, cit., 512.

⁸² Cass., Sez. III, 26 gennaio 2017, n. 46379, G., cit.

vuti accertare sia il precedente o i precedenti fatti “sospesi” sia quello successivamente contestato⁸³.

L’incertezza sul dato nomrativo e la difficoltà interpretativa pongono forse in evidenza che il vero problema non sta tanto nell’iscrizione o meno del provvedimento di archiviazione nel casellario, ma ben prima nell’individuazione di una procedura di eliminazione dei fatti bagatellari dal circuito penale in un momento quanto più anticipato possibile e più garantito possibile. D’altra parte, non avrebbe molto senso che per un fatto di «tenue rilevanza» sin dalle indagini preliminari si debba arrivare in udienza preliminare o, persino, in dibattimento⁸⁴. Certo è, dunque, che deflazione e riaffermazione dell’*ultima ratio* del diritto penale si conseguono coniugando non punibilità e archiviazione⁸⁵.

Tuttavia, gli adempimenti richiesti all’accusa di condurre indagini quanto più complete possibili in modo tale da consentire la valutazione della tenuità ad opera del giudice, di notificare le parti private della richiesta di archiviazione per tenuità, di partecipare eventualmente all’udienza camerale, aprono al rischio che il pubblico ministero si determini per l’archiviazione in ipotesi di tenuità nelle prime battute delle indagini, «senza indugiare nel loro svolgimento, bensì considerando la sola ricorrenza dei presupposti edittali e dei limiti ostativi di cui all’art. 131-*bis* c.p.»⁸⁶ o, ancor più rischioso, lasciano che i pub-

⁸³ CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., 21; ID., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit. 15 ss.; DIES, *Questioni varie in tema di rilevanza penale del fatto*, cit., 3839 ss.; NAIMOLI, *Compatibilità Costituzionale dell’archiviazione*, cit., 987.

⁸⁴ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1707.

⁸⁵ Ciò si legge nella relazione al d.lgs. n. 28 del 2015: «l’istituto espunge dall’area della punibilità quei fatti storici che ne appaiono “immeritevoli” (§ 6 della Relazione) e BARTOLI, *L’esclusione della punibilità* cit., 661

⁸⁶ PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 242. Ritiene SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 4: «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». Ciò lo deduce l’A. dal fatto che il provvedimento di archiviazione non ha effetti in ambito *extrapenale* non essendo richiamato dall’art. 651-*bis* c.p.p. e dunque, non comporta un effettivo accertamento di tutte le componenti richieste. Similmente la Relazione ministeriale che cita «l’esigenza di “sganciare” per quanto possibile il giudizio d’irrelevanza ad accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre ardui e decisamente tanto più problematici quanto più destinati ad essere effettuati nelle fasi prodromiche del procedimento, secondo la naturale vocazione dell’istituto». In senso contrario, MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l’interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p.*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 3, 8:

blici ministeri continuino a servirsi di soluzioni alternative quali «la prudente attesa che maturi la prescrizione (è noto che il 75% delle prescrizioni maturano nel corso delle indagini preliminari), ovvero il coraggioso utilizzo dell’archiviazione (per difetto dell’elemento psicologico o quel che sia)»⁸⁷ ovvero ancora, l’insidioso strumento del ricorso al “modello 45”⁸⁸.

Resterebbe poi da domandarsi quale sia il luogo più consono alla valutazione della tenuità del fatto considerato che gli indici legislativi richiedono un penetrante accertamento e cioè, il giudice deve valutare la sussistenza del fatto, la sua illiceità e l’attribuibilità all’indagato per concludere che il medesimo fatto non sia meritevole di sanzione in ragione dell’esiguità del danno o del pericolo arrecato, danno che, quindi, rientra nella valutazione richiesta al giudicante. Al netto delle considerazioni sin qui svolte, non si può negare che l’istituto della tenuità del fatto, assegnando al giudice l’inedita valutazione del «“quoziente minimo”» di offensività del fatto in concreto, tenda ad anticipare, secondo logiche rieducative e di *favor rei*, «quelle rimediazioni *post iudicatum*», sciogliendole in anticipo, ponendosi sul solco di istituti quale quello della “messa alla prova” per adulti.⁸⁹

Ancora una volta, le fortune dell’istituto sono state rimesse all’accoglienza riservatagli dalla prassi giudiziaria. Accoglienza positiva a giudicare dal fatto che non si è esistato a sacrificare diritti e garanzie per il bene superiore dell’efficienza della amministrazione della giustizia⁹⁰.

l’A. ritiene che la regola della tendenziale completezza delle indagini non si applichi alle acquisizioni probatorie necessarie per l’affermazione della non punibilità dell’indagato per la particolare tenuità del fatto.

⁸⁷ PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 22; nello stesso senso DANIELE, *L’archiviazione per tenuità del fatto*, cit., 47.

⁸⁸ CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2015, 29; CAPRIOLI, MELILLO, RUGGERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l’istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, cit., 3496. Secondo l’A. «emerge l’esigenza di adeguata valorizzazione di un principio di necessità di correlazione “tra limiti delle risorse e limiti delle garanzie assicurate dalla legge” di cui alla norma del terzo capoverso dell’art. 81 Cost.».

⁸⁹ Per tutti si veda TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

⁹⁰ PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 229.