



Procura della Repubblica presso il Tribunale di
LANCIANO

Il procuratore della Repubblica

OGGETTO: prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28
Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67

1. Premessa: le finalità della direttiva - 2. L'entrata in vigore del d.lgs. n. 67/15 - 3. L'inquadramento della "particolare tenuità del fatto" 3.1. *La nuova causa di non punibilità* 3.2 *La ratio della causa di non punibilità e la "cautela" del legislatore. La costituzionalità* 3.3 *Il rapporto con istituti analoghi* 3.4 *Il rapporto con i criteri di priorità* 3.5 *I primi criteri orientativi* - 4. Condizioni e requisiti di applicabilità 4.1 *Condizioni (limiti edittali) e modalità di determinazione della pena detentiva* 4.1.1 *Condizioni* 4.1.2 *Determinazione della pena detentiva* 4.1.3 *Alcuni criteri orientativi derivanti dai criteri di applicabilità* 4.2 *Requisiti di applicabilità* 4.2.1 *a) La particolare tenuità dell'offesa: a1) La modalità della condotta; a2) L'esiguità del danno o del pericolo* 4.2.2 *Alcuni (ulteriori) criteri orientativi derivanti dalla particolare tenuità dell'offesa* 4.2.3. *b) La non abitualità del comportamento* 4.2.4 *Alcuni (ulteriori) criteri orientativi derivanti dalla non abitualità del comportamento* - 5. Profili processuali 5.1 *Le indagini preliminari: la richiesta di archiviazione, il decreto di archiviazione* 5.2 *L'udienza preliminare* 5.3 *Il giudizio abbreviato* 5.4 *Il "predibattimento"* 5.5 *Il dibattimento* 5.6. *Il proscioglimento ex art. 129 c.p.p.* 5.7 *L'iscrizione nel casellario giudiziale* 5.8. *L'immediata applicabilità, l'assenza di disciplina transitoria* - 6. Linee guida su condizioni e requisiti di applicabilità 6.1 *Premessa* 6.2 *Criteri relativi alle condizioni* 6.3 *Criteri relativi al primo requisito a) la particolare tenuità dell'offesa* 6.3.1 *Indicati dalla norma: a1) Modalità della condotta; a2) Esiguità del danno o del pericolo* 6.3.2 *Desunti dalla norma: a1) Modalità della condotta; a2) Esiguità del danno o del pericolo* 6.4 *Criteri relativi al secondo requisito b) il comportamento non abituale* 6.4.1 *Indicati dalla norma* 6.4.2 *Desunti dalla norma* 6.5 *Criteri orientativi (tendenziali) sulla concreta applicabilità* 6.6 *Il giudizio globale* - 7. Linee guida sui profili procedurali 7.1 *Le indagini preliminari* 7.2 *L'udienza preliminare* 7.3 *Il giudizio abbreviato* 7.4 *Il "predibattimento"* 7.5 *Il dibattimento* 7.6 *Le ulteriori fasi* 7.7. *Il "regime" transitorio* 8. *La verifica dell'applicazione delle linee guida* 9. *Comunicazioni*

1. Premessa: le finalità della direttiva

Il decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28 ha introdotto poche ma rilevanti modifiche nel codice penale e nel codice di rito.

In attuazione della legge delega n. 67/14, è stato innovato in modo significativo il sistema penale introducendo una nuova causa di non punibilità definita (nel titolo del decreto) “per particolare tenuità del fatto”¹.

Il presente documento è stato predisposto col contributo dei magistrati dell’Ufficio che, nonostante il breve tempo disponibile, hanno offerto la massima collaborazione e il loro indispensabile apporto conoscitivo e professionale

Si é convenuto sull’opportunità di adottare rapidamente una prima direttiva, pur nella consapevolezza delle numerose obiettive incertezze interpretative, derivanti anche dalla novità dell’istituto², che avrebbero richiesto ulteriori approfondimenti. Prevale, infatti, l’esigenza di assicurare un’immediata applicabilità della causa di non punibilità ancorata a criteri condivisi e per quanto possibile uniformi, nella consapevolezza del ruolo attribuito al pubblico ministero che interviene fin dalle prime determinazioni sull’esercizio (o non esercizio) dell’azione penale col dovere di rispettare il principio costituzionale della parità di trattamento (onere anche del PM, pur se la decisione è di competenza del Giudice).

In questa prima fase si è ritenuto di non indicare criteri specifici, o meglio un catalogo di possibili concrete applicazioni, ma di delineare una “cornice” da cui desumere, progressivamente, indici sempre più precisi, attraverso idonee modalità procedurali idonee, assicurando, comunque, fin dall’entrata in vigore delle nuove disposizioni, un’attuazione tendenzialmente uniforme.

Le scelte ora esposte derivano, come si vedrà anche oltre, dalla necessità di rimanere ancorati pienamente alle valutazioni del legislatore (oltre che, e ancora prima, ai principi costituzionali), nella concreta applicazione del nuovo istituto (da tempo invocata per più ragioni) che, per le sue caratteristiche intrinseche, demanda all’operatore un’ampia valutazione sul caso concreto al cui esito consegue la punibilità o meno dell’autore del commesso reato. Nella prospettiva adottata vanno precisate alcune caratteristiche della presente direttiva:

- a) la specifica attenzione all’attività del pubblico ministero;
- b) la finalità di carattere pratico-operativo, evitando approfondimenti di rilievo dogmatico o d’inquadramento sistematico, se non strettamente indispensabili;
- c) la previsione di procedure dirette ad assicurare, all’esito di un primo periodo di applicazione, un’analisi degli orientamenti adottati da questo Ufficio e, soprattutto, dagli uffici giudicanti (eventualmente anche all’esito delle impugnazioni delle parti).
- d) la consapevolezza della necessità di successiva specificazione e aggiornamento, procedendosi a una *prima interpretazione* in alcuni casi non agevole. Le “indicazioni” offerte dovranno essere riviste, anche all’esito della concreta esperienza e delle interpretazioni dei Giudici del Tribunale, oltre che dagli orientamenti e dalle interpretazioni dei diversi uffici giudiziari;

¹ Pur se, come si vedrà, i contorni dell’istituto sono delimitati da ulteriori presupposti, per ragioni di sintesi sarà definito oltre come “particolare tenuità del fatto”.

² Utili elementi possono essere tratti dal confronto tra lo schema di decreto presentato dal Governo alle Camere, il parere redatto (in particolare dalla Commissione Giustizia della Camera all’esito di approfondite audizioni), dal testo emanato.

Nel prosieguo si procederà;

- all'inquadramento generale,
- all'esame delle condizioni e dei requisiti di applicabilità (sostanziali e procedurali), anche per desumere criteri orientativi indicati direttamente dal legislatore o che discendono dalle disposizioni introdotte;
- all'esposizione dei criteri orientativi (sostanziali e procedurali).

2. L'entrata in vigore del d.lgs. n. 67/15

Il d.lgs. n. 67/15, pubblicato sulla G.U. n. 64 del 18.3.15 entra in vigore, dopo l'ordinaria *vacatio legis*, il 2 aprile 2015.

Non vi è questione sul rispetto della delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67³, sia sotto il profilo formale, essendo stato il decreto emanato nel termine previsto, sia sotto il profilo sostanziale, per la mera specificazione dei principi contenuti nella legge delega.

3. L'inquadramento della “particolare tenuità del fatto”

3.1. La nuova causa di non punibilità

Il nuovo istituto viene collocato nel capo I del Titolo V del Libro I del codice penale, con modifica delle relative “denominazioni” aggiungendo testualmente “Della non punibilità per particolare tenuità del fatto”.

Il *titolo*, nella consueta sintesi, delinea la natura dell'istituto - non punibilità - e la sua caratteristica essenziale - la particolare tenuità del fatto -.

La scelta della causa di non punibilità non è puramente formale, ma discende dalla considerazione che l'istituto “presuppone un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato” da ritenere non punibile “in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale”⁴.

Il presupposto giuridico da cui muove il provvedimento è la distinzione tra “inoffensività del fatto” (riconducibile al reato impossibile di cui all'art. 49, secondo comma, c.p.) e la natura del nuovo istituto, di carattere sostanziale, perciò da collocare nel codice penale, precisamente nel capo concernente la pena⁵.

³ La disposizione ora richiamata conferisce delega al Governo per “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”.

⁴ Si esprime in tal senso la Relazione allo schema presentato alle Camere per il parere previsto dalla legge delega, in seguito menzionata come Relazione.

⁵ In tal senso si esprime la Relazione. Si può anche ricordare che la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 62/86, fa riferimento al principio di offensività “unanimemente accertato”, per cui “spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati, attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante...--l'art. 49 c.p., comma 2 non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto la soglia del penalmente rilevante”.

La nuova *causa di non punibilità* si colloca accanto alle numerose ipotesi previste dal codice penale e dalle leggi speciali in cui un fatto costituente reato (di cui devono ricorrere tutti i presupposti) non è punibile sulla base dei requisiti indicati dalle singole norme.

La “particolare tenuità del fatto” presuppone un'offesa esistente e tipica costituente reato che, però, per scelta legislativa non è punibile.

Trovano ingresso le disposizioni e i principi relativi alle cause di non punibilità (salvo che sia diversamente previsto): i presupposti o requisiti sono “oggetto di prova” ai sensi dell'art. 187 c.p.p.; conseguono diversi effetti processuali (ad esempio, inapplicabilità di misure cautelari ex art. 273, co. 2, c.p.p., divieto di arresto ex art. 385 c.p.p.), etc.

Le considerazioni ora esposte consentono di desumere numerosi criteri applicativi, a partire dalla immediata applicabilità ai reati commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs., ai sensi degli artt. 25, co. 2, Cost. e 2, co. 2, c.p.

Ulteriori questioni relative all'inquadramento dogmatico, che pure hanno interessato la fase preparatoria del d.lgs., non possono trovare ingresso in questa sede.

3.2 La ratio della causa di non punibilità e la “cautela” del legislatore. La costituzionalità

La natura e la “collocazione” dell'istituto svela la prima (e forse la principale) preoccupazione che accompagna l'introduzione nel nostro ordinamento della “particolare tenuità del fatto”: evitare che si possa, anche indirettamente, considerare la causa di non punibilità una forma di depenalizzazione ovvero un istituto diretto a realizzare una sostanziale “discrezionalità” nell'esercizio (o meno) dell'azione penale, con i conseguenti rischi di incostituzionalità (a partire dalla violazione dell'art. 112 della Costituzione).

Si vedrà, però, che la non punibilità è ancorata a precisi (e rigorosi) presupposti (limiti edittali e specifici criteri d'individuazione della particolare tenuità del fatto) ed è applicata all'esito di un procedimento interamente giurisdizionalizzato in cui è assicurato il contraddittorio con l'indagato/imputato e la persona offesa.

La “particolare tenuità del fatto” costituisce, in definitiva, una causa di non punibilità, analoga a quelle già presenti nell'ordinamento, in cui il Giudice assume le determinazioni finali all'esito della valutazione della ricorrenza o meno dei presupposti e all'esito di un contraddittorio garantito.

Appaiono, dunque, conciliate le esigenze di “delimitazione” - sostanziale e processuale - dell'istituto con la opportunità di evitare l'ulteriore corso dei procedimenti relativi a fatti di particolare tenuità, perciò non “funzionali” a una razionale tenuta del sistema processuale.

Si richiamano i “principi generalissimi di proporzione e di economia processuale”⁶, che ben si collocano nel quadro di numerosi principi costituzionali (a partire dalla ragionevole durata del processo, assicurata

⁶ In tal senso Relazione.

anche dalla necessità di evitare la celebrazione di processi per fatti che possono definirsi rapidamente), ivi compreso quello di obbligatorietà dell'azione penale⁷.

Da un lato si delimita l'area della punibilità, escludendo quei "fatti storici che ne appaiano immeritevoli", riservando la sanzione ai soli casi in cui è assolutamente necessaria (cd. principio di proporzione), dall'altro si tenta di ridurre il "carico" giudiziario, fin dalle prime fasi (attraverso l'archiviazione), per fatti che non meritano un processo.

La stessa Corte costituzionale con la recente sentenza del 3 marzo 2015 n. 25 ha "dato il via libera" al nuovo istituto. Si legge nella motivazione: "Certo, il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto" strutturata diversamente e senza richiedere tutte le condizioni previste dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, ed è quello che ha fatto con la legge 28 aprile 2014, n. 67 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili). Con l'art. 1, comma 1, lettera m), di tale legge, infatti, il legislatore ha conferito al Governo una delega per «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento».....Nella linea della delega il Consiglio dei ministri ha poi approvato, il 1° dicembre 2014, uno schema di decreto legislativo recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. m), della legge 28 aprile 2014, n. 67», il cui art. 1 è diretto ad introdurre nel codice penale l'art. 131-bis, che prevede i requisiti e definisce l'ambito applicativo del nuovo istituto".

3.3 Il rapporto con istituti analoghi.

Da tempo sono stati introdotti nell'ordinamento istituti analoghi alla nuova causa di non punibilità (che hanno superato il vaglio di costituzionalità), i cui principi possono offrire utili criteri orientativi, pur se la "particolare tenuità del fatto" se ne discosta talvolta in modo significativo.

Nel **processo minorile** è previsto che se, nel corso delle indagini preliminari, risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento (elementi che, come si vedrà oltre, coincidono con quelli richiesti dall'art. 131-bis), il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore⁸.

⁷ Utili elementi si possono trarre da S.C. sent. n. 24249/06, relativa all'analogo istituto che opera innanzi al Giudice di pace: "Del resto a tale soluzione si perviene anche basandosi sul principio di offensività, la cui trattazione approfondita esula dai contenuti propri di una pronuncia giurisdizionale, in quanto con riguardo alla sua dimensione nel settore legislativo comporta la delimitazione del principio di ragionevolezza e di razionalità politico - criminale, l'enucleazione in seno al dettato dell'art. 3 Cost. dei contenuti e dei limiti dello stesso attraverso la verifica dei principi di proporzionalità, di offensività e di determinatezza, il rapporto con il c.d. "tertium comparationis" ed i criteri con cui effettuare il bilanciamento dei beni con tutte le discussioni inerenti alla possibilità o meno di individuare una gerarchia degli stessi, mentre non appare essenziale nell'ipotesi normativa in esame.".

⁸ Art. 27 del DPR 448/1988:

"Art. 27. Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto

Si coglie la particolarità dell'irrelevanza del fatto, calibrata sul pregiudizio che potrebbe derivare dalla celebrazione del processo al minore. Prevale, dunque, una finalità "in favore" dell'autore del reato attraverso una declaratoria d'improcedibilità⁹, senza alcuna previa delimitazione a determinati reati (individuati specificamente o attraverso la pena edittale).

Nel processo penale davanti al **giudice di pace**, tra le definizioni alternative del procedimento, è prevista l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto. Ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000¹⁰ il giudice può, durante le indagini preliminari, dichiarare con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, quando non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagini o dell'imputato. Se è stata già esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può, tuttavia, essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono.

Pur in presenza di alcuni presupposti analoghi al nuovo istituto, assumono rilievo, oltre che l'autore del reato (come nel processo minorile), anche la persona offesa, dovendo tenersi conto specificamente "dell'interesse tutelato".

L'irrelevanza del fatto innanzi al Giudice di pace, per la quale è prevista l'improcedibilità¹¹, si differenzia dall'istituto in esame anche perché è applicabile solo ad alcune fattispecie di reato (specificamente elencate), ritenute di limitata offensività anche attraverso l'attribuzione della competenza al Giudice di pace.

1. Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne.

2. Sulla richiesta il giudice provvede in camera di consiglio sentiti il minorenne e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato. Quando non accoglie la richiesta il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero.

3. Contro la sentenza possono proporre appello il minorenne e il procuratore generale presso la corte di appello. La corte di appello decide con le forme previste dall'articolo 127 del codice di procedura penale e, se non conferma la sentenza, dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero."

4. Nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice pronuncia di ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se ricorrono le condizioni previste dal comma 1".

⁹ La giurisprudenza talvolta precisa che trattasi di causa di non punibilità, pur se il testo non è univoco come il nuovo art. 131-bis c.p.

¹⁰ Art. 34 d.lgs. n. 274/2000

"Art. 34.

Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto

1. Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del 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.

2. 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.

3. Se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono".

¹¹ Come per l'analogo istituto del processo minorile la giurisprudenza parla di causa di non punibilità, pur se non vi è una espressione testuale in tal senso nella norma.

Anche la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 25/15, ha evidenziato la differenza tra i due istituti: la causa di non punibilità introdotta è “una disposizione sensibilmente diversa da quella dell’art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, perché configura la «particolare tenuità dell’offesa» come una causa di non punibilità, invece che come una causa di non procedibilità, con una formulazione che, tra l’altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all’occasionalità del fatto (sostituita dalla «non abitualità del comportamento»), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell’imputato.

3.4 Il rapporto con i criteri di priorità

Nessun rapporto diretto può esservi con i cd. criteri di priorità nella trattazione degli affari penali¹², venendo in rilievo col nuovo istituto una causa di non punibilità con cui il legislatore giunge a una valutazione di superfluità dell’ulteriore corso del procedimento pur in presenza di un fatto reato.

I criteri di priorità riguardano, invece, modalità organizzative di trattazione degli affari di cui molto si è discusso e di cui è nota l’origine e la necessità.

D’altra parte, le ipotesi concrete di applicazione della “particolare tenuità del fatto” potranno riguardare fatti reato per i quali sono stati adottate le scelte organizzative ora indicate, anche con l’attribuzione ai cd. Uffici definizione affari semplici. Naturalmente sarà sempre necessaria la valutazione, caso per caso, della ricorrenza dei requisiti previsti dall’art. 131-bis c.p.

3.5 I primi criteri orientativi

I principi enucleati consentono di delineare il primo criterio interpretativo/applicativi, in osservanza dei principi costituzionali e delle scelte del legislatore: vanno evitate sia interpretazioni che potrebbero definirsi “rigorose”, che comporterebbero la rinuncia alla valutazione insita nella funzione giurisdizionale, sia “estensive”, in cui potrebbe prevalere una mera volontà deflattiva, col rischio di realizzare una depenalizzazione di fatto di esclusiva competenza del legislatore (e una discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale, seppur previa verifica del Giudice).

Occorre *semplicemente* applicare l’istituto in tutta la sua estensione. A tal fine occorre:

- a) individuare preliminarmente, con precisione, le condizioni e i requisiti previsti;
- b) fare corretta applicazione della causa di non punibilità, attraverso criteri - per quanto possibile - uniformi, anche con procedure dirette a evitare disparità di trattamento;
- c) garantire la “trasparenza” delle scelte adottate.

4. Condizioni e requisiti di applicabilità

L’art. 131- bis c.p.¹³ delinea la nuova causa di non punibilità descrivendo:

¹² Sui criteri di priorità è intervenuto recentemente il CSM con la delibera del 9 luglio 2014.

- a) l'ambito applicativo (limiti edittali);
- b) i requisiti o presupposti di applicabilità.

4.1 Condizioni (limiti edittali) e modalità di determinazione della pena detentiva

Con una collaudata tecnica legislativa, utilizzata per delimitare l'estensione degli istituti, sia sostanziali (ad esempio prescrizione, oblazione), sia processuali (competenza, misure cautelari personali, etc.), si delinea l'ambito di applicabilità della causa di non punibilità prevedendo condizioni (limiti della pena edittale) e criteri di determinazione della pena. Tali criteri, come si desume dalle varie disposizioni in materia, sono estremamente variabili, potendo tenersi conto o meno delle circostanze, del tentativo, etc.

4.1.1 Condizioni

L'ambito di applicabilità è determinato, dall'art. 131-bis, comma 1 prima parte, c.p.p.¹⁴ con la previsione di una specifica condizione, rappresentata dal limite di pena.

In particolare si fa riferimento ai reati (delitti o contravvenzioni) per i quali è prevista:

- la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (vale a dire fino a 5 anni),
- ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva.

Con riferimento al **reato tentato**, pur se la disposizione non riporta l'espressione "reati consumati o tentati", contenuta in altre norme, non può dubitarsi la configurabilità della condizione di non punibilità anche quando il fatto contestato è rimasto allo stato di tentativo. E' possibile, infatti, ravvisare la particolare tenuità dell'offesa che la consumazione del reato avrebbe determinato¹⁵, con una valutazione degli effetti che si sarebbero verificati nel caso di consumazione.

¹³ Art. 131-bis. - (Esclusione della punibilità' per particolare tenuità' del fatto).

"Nei reati per i quali e' prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità' e' 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 e' di particolare tenuità' e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non puo' 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.

Il comportamento e' abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso piu' reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità', nonche' nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

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.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità' del danno o del pericolo come circostanza attenuante."

¹⁴ La disposizione riproduce il testo della delega.

¹⁵ Sez. Un n. 28243/13 "Nei reati contro il patrimonio, la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità' é applicabile anche al delitto tentato quando sia possibile desumere con certezza, dalle modalità' del fatto e in base ad un preciso giudizio ipotetico che, se il reato fosse stato riportato al compimento, il danno patrimoniale per la persona offesa sarebbe stato di rilevanza minima".

Cfr. anche S.C. n. 4416/11 "Ai fini della configurabilità' della circostanza attenuante del fatto di minore gravità' nel tentativo di violenza sessuale non si deve tenere conto dell'azione effettivamente compiuta dall'agente, ma di quella che lo stesso aveva intenzione di porre in essere e che non è stata realizzata per cause indipendenti dalla sua volontà'".

Ciò premesso, occorre ulteriormente verificare se il limite edittale di 5 anni debba riferirsi alla pena stabilita per il reato tentato dall'art. 56 c.p. (riduzione nel minimo di 1/3¹⁶) ovvero a quella prevista per il reato consumato.

Va preferita la prima soluzione in quanto il reato tentato costituisce pacificamente ipotesi autonoma di reato. Tale conclusione trova conforto nella disposizione in esame che delimita l'applicabilità indicando la pena edittale massima e non richiamando singole fattispecie di reato, ipotesi in cui diviene, invece, determinante il riferimento o meno al reato tentato¹⁷.

La tesi accolta comporta, in concreto, una più ampia applicabilità (ad esempio, furto tentato mono aggravato).

4.1.2 Determinazione della pena detentiva

Per la determinazione della pena detentiva, analogamente a quanto previsto dall'art. 4 c.p.p. e da altre disposizioni (misure cautelari personali, intercettazioni, etc.), “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”.

Il legislatore delegato, accogliendo una delle condizioni previste dal parere formulato dalla commissione giustizia della Camera, ha previsto: “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 c.p.”¹⁸.

Pur se la precisazione non era necessaria¹⁹, la disposizione ricorda che in presenza delle circostanze ricordate (spesso differenziate normativamente dalle altre aggravanti) non rileva l'eventuale concorrenza di circostanze attenuanti di qualunque natura. Non deve, dunque, operarsi il giudizio di bilanciamento.

4.1.3 Alcuni criteri orientativi derivanti dalle condizioni di applicabilità

¹⁶ Prevedendo l'art. 56 c.p. la diminuzione della pena (sia nel massimo sia nel minimo) da 1/3 a 2/3, la pena del reato consumato va ridotta (sia nel minimo che nel massimo) in tale misura, sicchè il limite edittale massimo è quello relativo alla riduzione di 1/3.

¹⁷ Si può richiamare, ad esempio, S.C. n. 45511/05 secondo cui “In tema di arresto facoltativo in flagranza, l'arresto da parte della polizia giudiziaria in ordine ai reati indicati dal secondo comma dell'art. 381 cod. proc. pen. non è consentito nell'ipotesi di tentativo, in considerazione dell'autonomia del delitto tentato rispetto a quello consumato. Qualora determinati effetti giuridici siano dalla legge ricollegati alla commissione di reati specificamente indicati mediante l'elencazione degli articoli che li prevedono, senza ulteriori precisazioni, deve intendersi che essi si producano esclusivamente per le ipotesi consumate e non anche per quelle tentate”. In tal senso S.C. n. 15755/14 secondo cui Il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione e di benefici penitenziari, imposto dall'art. 4-bis Ord. Pen per la commissione di taluni gravi delitti specificamente indicati “opera esclusivamente per i reati consumati e non per le corrispondenti fattispecie commesse nella forma tentata, per il carattere autonomo del tentativo” (oltre che per la natura eccezionale della norma che deroga al principio generale di accesso ai benefici penitenziari). Non sembra potersi richiamare, in contrario, una decisione in cui la Corte ha affermato che per il calcolo relativo alle ipotesi di arresto previste in generale dall'art. 380, comma 1, e 381, comma 1, il riferimento testuale al delitto “consumato o tentato” impone di tenere conto della riduzione prevista per il tentativo (S.C. sent. n. 696/2000); sembra trattarsi di mera specificazione della Corte nell'esame del caso concreto.

¹⁸ Questo il testo del parere che, peraltro, è stato disatteso laddove chiedeva anche di tenere conto dell'attenuante ex art. 62, co. 1, n. 4) c.p.: “Proprio in ragione di tale considerazione, è opportuno stabilire espressamente con riferimento all'applicazione del nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto l'esclusione del giudizio di bilanciamento tra le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale, da un lato, e le circostanze attenuanti ad effetto comune dall'altro, ad eccezione della circostanza attenuante di cui all'articolo 62, primo comma, numero 4, del codice penale”.

¹⁹ Cfr. ad esempio, S.C. sent. n. 21028/13.

Viene individuato un limite di pena detentiva edittale “elevato” che svela la volontà del legislatore di raggiungere, per quanto possibile, gli obiettivi di “proporzione ed economia processuale”. Un limite che comprende reati per i quali è anche consentita, ad esempio, la misura della custodia cautelare in carcere (ex art. 280, co 2, c.p.p.)²⁰.

La scelta di ancorare l’applicabilità dell’istituto al limite edittale della pena detentiva, senza alcun richiamo a singole fattispecie (escludendole o includendole), comporta che non può desumersi uno specifico criterio orientativo dalla specie e genere della pena (detentiva o pecuniaria, contravvenzione o delitto) o dalla sua entità.

Il legislatore ha delineato l’ambito di applicabilità, rimettendo l’individuazione della causa di non punibilità attraverso la verifica dei requisiti previsti. La scelta comporta che non può desumersi un indice di tenuità dell’offesa dall’entità della pena edittalmente prevista, perché altrimenti si verificherebbe confusione tra esistenza dei presupposti di applicabilità dell’istituto (particolare tenuità dell’offesa in concreto secondo gli indici previsti) e astratta offensività desumibile dai limiti edittali di pena.

Va nuovamente sottolineata la differenza con la tenuità del fatto prevista nel procedimento innanzi al giudice di pace che opera nell’ambito di specifiche fattispecie (individuate dall’art. 4 d.lgs. n. 274/2000), peraltro con limiti edittali di gran lunga inferiori a quelli della nuova causa di non punibilità.

4.2 Requisiti di applicabilità

Individuata la “cornice” edittale e, dunque, il reato per cui può operare l’istituto, occorre verificare la presenza dei presupposti della “particolare tenuità del fatto” normativamente previsti, che devono ricorrere congiuntamente:

- a) la particolare tenuità dell’offesa;
- b) la non abitualità del comportamento.

La descrizione dei due requisiti consentirà di individuare numerosi criteri applicativi.

4.2.1 a) La particolare tenuità dell’offesa

L’art. 131-bis, comma 1, c.p. richiedendo un’offesa non solo tenue (vale a dire non rilevante), ma anche particolarmente tenue, evidenzia la volontà di ridurre l’ambito della causa di non punibilità ai soli casi in cui l’offesa stessa sia significativamente poco rilevante²¹.

La volontà di delimitare l’applicabilità dell’istituto si desume anche dall’indicazione di due “indici” che devono concorrere congiuntamente per ritenere la “particolare tenuità dell’offesa”:

- a1) la “modalità della condotta”

²⁰ La misura è consentita per delitti “per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni”, quindi anche se puniti nel massimo con 5 anni. Dunque la pena massima di 5 anni costituisce il limite “inferiore” di applicabilità della custodia in carcere (vale a dire “a partire da”) e il limite “superiore” di operatività della causa di non punibilità (vale a dire “fino a”).

²¹ Tale intenzione è confermata anche dal confronto con l’analoga norma del processo minorile, in precedenza citata, in cui si parla solo di “tenuità”.

a2) l'“esiguità del danno o del pericolo”.

a1) La modalità della condotta

La valutazione della modalità della condotta, viene, a sua volta, delimitata:

- 1) da un lato, richiamando i criteri valutativi previsti dall'art. 133, co. 1, c.p.²²,
- 2) dall'altro, specificando alcuni criteri che escludono, in radice, la “particolare tenuità dell'offesa”.

1) I criteri previsti dall'art. 133, co. 1, c.p.

In primo luogo la valutazione della “particolare tenuità dell'offesa” va operata (ex art. 131-bis, co. 1 c.p.) sulla base dei criteri previsti dall'art. 133, co. 1, c.p. per la determinazione della gravità del reato ai fini dell'esercizio del potere discrezionale nell'applicazione della pena (di cui all'art. 132 c.p.).

Il riferimento riguarda, specificamente, i nn. 1) e 3) (il n. 2) rildva per l'esiguità del danno o del pericolo).

Occorre, dunque, tenere conto:

- di tutti gli elementi con cui l'autore del reato ha realizzato la condotta criminosa: natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e modalità dell'azione (art. 133, co. 1, n. 1) c.p.). Rilevano tutte le caratteristiche del comportamento posto in essere; ad esempio, rispettivamente, in “positivo” o in “negativo” anche i numerosi elementi indicati nelle circostanze aggravanti e attenuanti comuni che si riflettono sulle indicazioni contenute nell'art. 133, co. 1, n. 1) c.p. Per la specificazione dei singoli elementi richiamati della norma è utile la copiosa elaborazione giurisprudenziale;
- degli elementi relativi all'intensità del dolo o al grado della colpa (art. 133, co. 1, n. 3). In concreto dovrà tenersi conto dell'atteggiamento soggettivo dell'autore del reato rispetto all'offesa determinata al bene giuridico tutelato, venendo in rilievo le diverse forme di dolo o di colpa conosciute dall'ordinamento elaborate dalla giurisprudenza.

2) I criteri relativi alla modalità della condotta che escludono la particolare tenuità dell'offesa

In secondo luogo, la valutazione è delimitata da elementi che non consentono di ritenere l'offesa tenue.

L'art. 131-bis, comma 2, c.p., indica numerosi criteri ostativi, alcuni riferibili alla modalità della condotta (altri a quello della esiguità del danno o del pericolo e saranno esaminati oltre).

I parametri individuati dal legislatore non escludono, in virtù del tenore letterale della norma e della *ratio* dell'istituto, l'individuazione di ulteriori criteri di carattere generale (o di natura specifica, elaborati all'esito dell'applicazione dell'istituto) univocamente o tendenzialmente ostativi

Non può ravvisarsi la causa di non punibilità quando l'autore ha agito:

- per motivi abietti o futili, espressione che richiama testualmente quanto previsto per l'aggravante di cui all'art. 61 n. 1) c.p.;

²² Riferimento inserito su richiesta della commissione giustizia della Camera.

- con crudeltà, anche in danno di animali. Il termine “crudeltà” corrisponde al termine utilizzato nell’aggravante di cui all’art. 61, n. 4) c.p. con riferimento alle persone. L’estensione agli animali comporta la sostanziale esclusione della causa di non punibilità per i reati di cui agli artt. 544 bis e 544 ter, comma 1, quando si verifica l’ipotesi di crudeltà ivi indicata;
- adoperando sevizie, termine richiamato nell’aggravante di cui all’art. 61 n. 4) c.p. Il mancato riferimento, in questo caso, agli animali comporta che il reato di cui all’art. 544 quater c.p. potrà essere escluso (oltre che sulla base degli ordinari requisiti) qualora si ravvisi una vera e propria crudeltà;
- profittando delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all’età della stessa, richiamando sostanzialmente alcune ipotesi previste dall’art. 61 n. 5) c.p. e, per la minore età, dagli artt. 61 n. 11-ter e 11-quinques, c.p.

Per meglio definire gli elementi indicati si può rinviare all’elaborazione giurisprudenziale relativa alle corrispondenti aggravanti.

L’esame della disposizione consente di cogliere il mancato richiamo a circostanze aggravanti, pur se talvolta testualmente riprodotte (circostanza di cui all’art. 61 n. 1 c.p.), così come a singole fattispecie di reato. Sembra prevalere l’esigenza di delimitare i requisiti della causa di non punibilità sulla base di elementi di carattere generale riferibili al comportamento dell’autore del reato, quasi a voler sottolineare che l’esame va compiuto in concreto sul fatto commesso.

a2) L’esiguità del danno o del pericolo

Anche la valutazione dell’esiguità del danno o del pericolo è normativamente delimitata:

- 1) da un lato, attraverso il richiamo ai criteri previsti dall’art. 133, co. 1, c.p.,
- 2) dall’altro, specificando alcuni criteri che escludono in radice la particolare tenuità dell’offesa;

Si specifica, inoltre, che non assumono rilievo ostativo le circostanze attenuanti della particolare tenuità del danno o del pericolo.

1) I criteri previsti dall’art. 133, co. 1, c.p.

L’espresso richiamo, quale criterio valutativo, all’art. 133, co. 1, c.p. fa venire in rilievo, in concreto, il solo n. 2), “gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa” che, com’è intuitivo, poco aggiunge al requisito dell’“esiguità del danno o del pericolo”.

Le nozioni di “danno” e “pericolo” sono note al sistema, sicché può farsi riferimento all’elaborazione (anche) della giurisprudenza.

Ciò che rileva, in definitiva, è l’espressione “esiguità” che esprime, con evidenza, la volontà di delimitare e circoscrivere il danno e il pericolo in un ambito limitato o modesto²³.

²³ La relazione di accompagnamento al procedimento innanzi al Giudice di pace, con riferimento al citato art. 34 d.lgs. n. 274/2000 così si esprimeva “il primo indice rivelatore” della particolare tenuità del fatto, che si atteggia “come forme di manifestazione dell’offesa penale” (Rel. pag. 39 nota 16), sicché anche in fattispecie penali, il cui evento sia grave, potrebbe applicarsi detta causa di

Il requisito ricorre, ovviamente, anche quando non vi sono “persone offese” secondo gli ordinari criteri (anche giurisprudenziali) previsti.

2) *I criteri relativi all'esiguità del danno o de pericolo che escludono la particolare tenuità dell'offesa*

L'art. 131-bis, comma 2, elenca alcuni criteri ostativi riferibili all'esiguità del danno o del pericolo.

Si tratta dell'ipotesi in cui la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Anche per questo criterio potrà farsi riferimento all'elaborazione giurisprudenziale relativa, ad esempio, all'art. 586 c.p., pur se ancora una volta non vi è uno specifico riferimento testuale a disposizioni.

3) *La non ostatività delle circostanze attenuanti della particolare tenuità del danno o del pericolo.*

Si prevede che non sono ostative le circostanze attenuanti della particolare tenuità del danno o del pericolo (art. 131-bis, ult. co.).

Il riferimento riguarda principalmente il requisito in esame (pur se la disposizione è collocata all'ultimo comma dell'articolo) e tende a evitare interpretazioni riduttive o abroganti delle attenuanti richiamate.

Naturalmente per l'applicabilità dell'istituto, oltre alla presenza delle attenuanti, occorre un *quid pluris* che consenta di ritenere i requisiti della causa di non punibilità

Vengono in rilievo, ad esempio:

- l'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p.;
- l'attenuante di cui all'art. 323-bis c.p.;
- l'offesa di particolare tenuità nei reati in materia di società e consorzi di cui all'art. 2640 c.c.;
- numerose altre ipotesi, alcune delle quali non consentono l'operatività della causa di non punibilità per limiti edittali (art. 648, co. 2, c.p.)

L'espresso riferimento alle circostanze in esame comporta che ad analoga conclusione deve pervenirsi nel caso in cui la particolare tenuità del danno o del pericolo siano elementi di autonoma ipotesi delittuosa, come nel caso (oggi) dell'art. 73 dPR 309/90, fermo restando che dovranno verificarsi le ordinarie condizioni di applicabilità e i requisiti previsti.

Il mancato richiamo al comma 2 dell'art. 133 c.p.

Non viene richiamato il comma 2 dell'art. 133 c.p., relativo ai criteri di valutazione della “capacità a delinquere”. Con riferimento a tali criteri si può osservare:

- che il n. 1) (motivi a delinquere e carattere del reo) può assumere rilievo quando influisce sull'intensità del dolo;

improcedibilità, tanto più che la selezione dei vari reati è stata già operata, individuando la competenza per materia del giudice di pace per alcuni reati. Peraltro il riferimento operato dalla norma al "fatto" e non al "danno" di particolare tenuità dimostra come non sia prevista una selezione dei fatti sulla base del titolo del reato, mentre il requisito dell'esiguità del danno o del pericolo non va valutato in termini assoluti, ma relativi in modo da appurare l'esistenza di una offesa anche minima al bene protetto (Rel. pag. 65). Cfr. anche S.C. sent. n. 24249/06).

- che il n. 2 (precedenti penali e giudiziari, oltre che condotta di vita antecedente al reato) rileva quando (e nei limiti in cui) si riflette sul requisito della non abitudine del comportamento di cui si dirà oltre;
- che il n. 3) (condotta contemporanea e susseguente al reato) può assumere rilievo quando si riflette sull'offesa;
- che il n. 4 (condizioni di vita dell'autore del reato) sembra estraneo alla causa di non punibilità;

4.2.2 Alcuni (ulteriori) criteri orientativi derivanti dalla particolare tenuità dell'offesa

Con riferimento alla modalità della condotta va rilevato che la previsione di criteri ostativi, generalmente non indispensabili perché relativi a comportamenti che di per sé appaiono di non particolare tenuità, non impedisce di individuarne altri desumendoli dalla norma. In particolare:

- da un lato, il riferimento solo a elementi di alcune circostanze aggravanti ostative consente di ravvisare il requisito pur in presenza di altre circostanze aggravanti;
- dall'altro, l'esplicito richiamo a elementi costitutivi di circostanze comporta che, debba tenersi particolare conto delle circostanze ritenute esistenti, sia in "positivo" (se attenuanti), sia in "negativo" (se aggravanti contestate).

Relativamente alla esiguità del danno o del pericolo il riferimento alla "esiguità" impone una particolare attenzione alla verifica di quanto e come questo requisito si rifletta sulla condizione della persona offesa (ovvero del bene protetto per i reati che non consentono di individuare una persona offesa).

Non soccorre la giurisprudenza in tema di tenuità del fatto innanzi al Giudice di pace (ove talvolta si parla di fatto soggettivamente e oggettivamente modesto).

In linea generale, poichè è necessario verificare in concreto il pericolo e l'offesa e, dunque, gli effetti "oggettivamente" causati alla persona offesa, deve ritenersi necessaria un'adeguata valutazione in tal senso. Si può ulteriormente precisare:

- che la valutazione sugli effetti non potrà, in generale, non tenere conto delle condizioni della persona offesa. Ad esempio, è evidente che non può assumere eguale rilievo, indipendentemente dall'esito della valutazione degli ulteriori requisiti, un reato contro il patrimonio nei confronti di soggetti con diversa capacità patrimoniale, riflettendosi sulla concreta esiguità dell'offesa; in tal senso, del resto, può richiamarsi la giurisprudenza in materia di valutazione delle attenuanti della speciale tenuità²⁴;

²⁴ Ad esempio:

- sull'ipotesi ex art. 648 co. 2 c.p., Sez. Un. sent. n. 35535/07: "In tema di delitto di ricettazione, ai fini della sussistenza della circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, non rileva solo il valore economico della cosa ricettata, ma anche il complesso dei danni patrimoniali oggettivamente cagionati alla persona offesa dal reato come conseguenza diretta del fatto illecito e perciò ad esso riconducibili, la cui consistenza va apprezzata in termini oggettivi e nella globalità degli effetti.";
- sull'attenuante della speciale tenuità, S.C. sent. n. 29475/08: "In tema di delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, per il riconoscimento della circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità può essere presa in

- che la valutazione nel caso di reati che ledono beni costituzionalmente tutelati “in favore della collettività” non può risentire dell’eventuale “livello” assicurato in concreto allo stesso bene. Ad esempio, per l’ambiente (art. 9, co. 2, Cost.), nel caso di reati che comportino una compromissione in concreto, proprio perché deve operarsi una valutazione di carattere oggettivo, il fatto reato che causa un degrado ulteriore (ma non esiguo) rispetto a quello già esistente (anche in misura rilevante) impedisce di configurare l’esiguità dell’offesa;
- che quando nella fattispecie incriminatrice o nelle aggravanti vi è espresso riferimento all’offesa o al pericolo, dovrà tenersene specificamente conto. Ad esempio nell’art. 570, co. 2, n. 2) c.p., l’aver fatto venire meno i mezzi di sussistenza appare ostativo al riconoscimento della causa di non punibilità, così come di rilievo appare la valutazione nei casi in cui si delinea il dolo specifico per il danno causato.

In generale emerge la necessità di un giudizio sintetico, ma complessivo, sul fatto, tenendo conto di tutti gli elementi indicati. In tal senso, del resto, è la giurisprudenza in materia degli analoghi istituti previsti nel processo minorile²⁵ e innanzi al giudice di pace, perché solo la valutazione “globale” consente di assicurare un apprezzamento complessivo della particolare tenuità dell’offesa.

4.2.3. b) La non abitualità del comportamento

Il secondo requisito è costituito dalla non abitualità del comportamento.

A differenza dell’ipotesi previsto nel procedimento innanzi al Giudice di pace (ove si parla di “occasionalità”), il legislatore richiama la “non abitualità” che potrebbe riferirsi a un comportamento anche non meramente occasionale. La *ratio* dell’istituto e gli ulteriori dati testuali inducono, però, a ritenere che occorre l’occasionalità che, comunque, non esprime l’unicità del comportamento.

Anche in questo caso si prevedono criteri orientativi ostativi (art. 131-bis, co. 3, c.p.) che consentono di desumerne alcuni in “positivo”.

L’esame dello schema di decreto, del parere della commissione giustizia e del testo emanato²⁶, dimostra che l’introduzione di criteri postativi è finalizzata a delimitare ulteriormente la valutazione discrezionale, impedendo interpretazioni che erano state espressamente avanzate (nel corso delle audizioni in Parlamento)

Il comportamento è abituale, e perciò non consente la declaratoria di non punibilità, nel caso in cui (alternativamente, l’autore:

- **sia stato dichiarato delinquente abituale** (art. 102, 103, 104 c.p.), **professionale** (art. 105 c.p.) o **per tendenza** (art. 108 c.p.). Pur se la precisazione potrebbe apparire superflua, trattandosi di “dichiarazioni” giudiziali che producono specifici effetti negativi (previsti dall’art. 109 c.p. e da

esame la situazione economica della persona offesa se il valore della cosa in sé, oggetto della condotta delittuosa, non sia esso stesso sufficientemente indicativo della speciale tenuità o meno.”.

²⁵ Cfr. S.C. sent. n. 32692/10.

²⁶ La disposizione è stata introdotta su richiesta della Commissione giustizia.

norme di varia natura), il testo esclude diverse interpretazioni²⁷. La disposizione non impedisce l'applicazione dell'istituto nel caso in cui gli effetti si estinguano con la riabilitazione (ex art. 109 u.c. c.p.p.), venendo meno la ragione stessa del presupposto ostativo;

- **abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità.** Si esclude la non punibilità nel caso di realizzazione di più fattispecie con condotte finalizzate a violare disposizioni con “caratteri fondamentali comuni” (art. 101 c.p.) che, perciò, evidenziano l'assenza di tenuità particolare pur se ogni episodio potrebbe avere tali caratteristiche. Il richiamo alla commissione di reati impone che si tratti di reati accertati con sentenza definitiva. Per l'individuazione dei reati della stessa indole si può rinviare all'elaborazione giurisprudenziale;
- **abbia commesso reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.** Il testo²⁸ evoca, attraverso il richiamo al comportamento (e non al reato), anche il reato abituale ovvero reati che esprimono condotte plurime e reiterate (ad esempio, art. 572 - che, se commesso prima della modifica operata dalla l. 172/12, prevede limiti edittali che rientrano in quelli del nuovo istituto -, art. 612-*bis* c.p., etc.).

4.2.4 Alcuni (ulteriori) criteri orientativi derivanti dalla non abitualità del comportamento

Il riferimento testuale al *comportamento* e alle *condotte plurime abituali e reiterate* (oltre che l'espreso richiamo solo in alcuni casi ostativi alla precedente condanna) induce a ritenere che la non abitualità del comportamento possa desumersi anche da condotte per le quali non è intervenuto un precedente accertamento giudiziale definitivo²⁹.

Potranno valutarsi comportamenti risultanti da precedenti giudiziari, quali condanne non definitive, declaratorie di estinzione del reato, d'improcedibilità, di non punibilità (anche per particolare tenuità del fatto, etc., comunque risultanti (da sentenza, da decreto di archiviazione, da altre circostanze).

In ogni caso il comportamento valutabile deve essersi verificato in termini di certezza, non potendo tenersi conto di condotte non riferibili univocamente all'autore del reato.

Si pone il problema della valutazione di tali comportamenti nella fase dibattimentale in cui non sempre appare agevole fare confluire i relativi elementi (cfr. oltre).

L'esame della norma consente di desumere alcuni criteri.

Non sono ostativi:

²⁷ Nel corso delle audizioni parlamentari si era prospettata “in via di principio l'applicabilità dell'istituto a un reato occasionale, che faccia seguito a distanza di molti anni a un'abitualità dichiarata a fronte di condotte disomogenee”.

²⁸ Anche in questo caso l'espressione è stata inserita su suggerimento della commissione giustizia dopo che era stata prospettata la possibilità di applicazione dell'istituto anche al reato abituale (se presenti, ovviamente, gli ulteriori criteri, della particolare tenuità).

²⁹ S.C. 32602/10 ritiene corretta la valutazione del giudice minorile che ritiene l'occasionalità “posto che il minore non era mai stato segnalato”.

- un solo precedente (condanna irrevocabile) per reato non della stessa indole, pur se deve specificamente valutarsi (in concreto una condanna per reato non della stessa indole, risalente nel tempo, può non rilevare);
- precedenti penali e giudiziari per reati non della stessa indole che, rispetto al fatto per cui si procede, appaiano non indicativi di un'abitudine;

Appaiono, ostativi:

- la permanenza del reato che esprime l'attualità di un'offesa che impedisce di considerarla esigua;
- la presenza di reati commessi col vincolo della continuazione, in considerazione della causa ostativa della pluralità di condotte.

Emerge, infine, la necessità di acquisire ulteriori elementi sulla ricorrenza di tale requisito che possono non essere desumibili dal mero esame del fatto per cui si procede (cfr. oltre).

5. Profili processuali

L'esame delle nuove disposizioni rivela il tentativo di realizzare l'esigenza di "alleggerimento del carico giudiziario" con la definizione già nella prima fase, all'esito delle indagini preliminari, al fine di soddisfare da subito le esigenze di deflazione processuale.

Si coglie anche lo sforzo di trovare un equilibrio tra le esigenze di anticipare la definizione del procedimento con gli interessi della persona offesa e (anche) dell'indagato.

5.1 Le indagini preliminari: la richiesta di archiviazione, il decreto di archiviazione

All'esito delle indagini preliminari, il PM richiede l'archiviazione (oltre che per infondatezza della notizia di reato, quando manca una condizione di procedibilità, il reato è estinto o il fatto non è previsto dalla legge come reato) nei casi in cui la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis c. p. per particolare tenuità del fatto (art. 411, comma 1, c.p., come modificato).

E' attribuito dunque, al PM un "ruolo propulsore" nell'applicazione del nuovo istituto nella fase in cui può raggiungere la massima efficacia, evitando inutili ulteriori attività procedurali e/o processuali.

La novità e particolarità dell'istituto hanno imposto l'introduzione di un nuovo comma (1 bis) all'art. 411 c.p.p., con richiami alle altre disposizioni sul procedimento di archiviazione³⁰. Questa la scansione procedimentale sinteticamente ricostruita:

³⁰ Art. 411, co. 1 bis "1-bis. Se l'archiviazione e' richiesta per particolare tenuita' 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 inammissibilita', le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non e' 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 e' inammissibile, il giudice

- il pubblico ministero deve dare avviso della richiesta di archiviazione alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa (anche se non ne ha fatto richiesta³¹). La necessità dell'avviso discende:

- per l'indagato, dagli effetti che comunque derivano, in concreto, da un provvedimento che accerta il fatto reato e la sua riconducibilità all'indagato stesso. L'interessato potrebbe, ad esempio, proporre istanza di oblazione (se consentita), ottenendo i più favorevoli effetti dell'estinzione del reato;
- per la persona offesa (che non ne ha fatto richiesta), dalla volontà di delimitare l'istituto assicurando la possibile presenza del soggetto che ha subito l'offesa (ritenuta dal PM particolarmente esigua), consentendole di indicare elementi tali da escludere la causa di non punibilità.

Operano i consueti criteri in materia di:

- individuazione della persona offesa, pur se non può non evidenziarsi che il tenore letterale della disposizione impone la notifica anche a soggetti ed enti pubblici, con conseguente "appesantimento" del procedimento. Nei reati in cui non si individua una persona offesa non va, ovviamente, disposto alcun avviso;
 - notifica alla sola persona offesa (e non anche al difensore eventualmente nominato, presso cui andrà notificato l'avviso ex art. 33 disp. att. c.p.p.)³²;
 - notifica al solo indagato e non anche al difensore di fiducia eventualmente nominato (o al difensore di ufficio nominato nel caso di compimento di atti garantiti), come previsto attualmente per la fissazione dell'udienza nel caso di opposizione³³;
 - procedimento per la notifica, da effettuarsi sulla base delle disposizioni previste. Si può solo porre il problema dell'idoneità della notifica nel caso di irreperibilità (ancora consentita nella fase precedente al giudizio), pur se appare idonea in assenza di diverse norme, oltre che per gli effetti precari e limitati del decreto di archiviazione; in caso contrario si imporrebbe un giudizio che sarebbe destinato alla sospensione;
- l'avviso deve precisare che, nel termine di dieci giorni, indagato e persona offesa possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Chiara la differenza rispetto ai più rilevanti oneri previsti dall'art. 408, co. 3, c.p.p. per la persona offesa.

L'attribuzione della mera facoltà di opposizione esprime la volontà di non riconoscere alcun diritto di veto³⁴ diretto a paralizzare l'archiviazione, a conferma della natura dell'istituto, ancorato al dato

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."

³¹ La previsione dello schema di decreto, che prevedeva l'avviso solo se richiesto dalla persona offesa, è stato integrato come richiesto dalla commissione giustizia della Camera.

³² S.C. sent. n. 27945/14

³³ S.C. sent. n. 8709/10

“oggettivo” dell’esiguità dell’offesa, la cui valutazione non può essere rimessa alla volontà del destinatario della stessa offesa. Per la medesima ragione l’indagato non può “rinunciare” all’archiviazione³⁵.

- scaduto il termine, si possono verificare diverse evenienze:
 - a) in mancanza di opposizione, il giudice procede “senza formalità” (termine che non innova rispetto all’attuale ordinario procedimento di archiviazione), vale a dire de plano, senza fissare udienza, ed assume le sue determinazioni:
 - a. se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato³⁶;
 - b. se non accoglie la richiesta, restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell’articolo 409, commi 4 (fissazione di ulteriori indagini) e 5 (ordine imputazione), c.p.p. Il riferimento all’eventualità (non richiamata nel procedimento ordinario), dimostra che il giudice esprime il suo dissenso sull’esistenza della causa di non punibilità, rimettendo al PM le valutazioni sull’ulteriore corso (indagini, modalità di esercizio dell’azione penale - ad esempio con richiesta di decreto penale -, rivalutazione dell’imputazione, etc.). Pur se non previsto, il provvedimento di restituzione dovrà essere motivato (seppur succintamente), costituendo la motivazione requisito imprescindibile per l’adozione di qualunque provvedimento giudiziario;
 - b) qualora l’opposizione sia proposta (anche solo da una delle parti):
 - a. se è ritenuta inammissibile (perché il dissenso non è motivato), si procede come esposto alla lett. a). Operano i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia d’inammissibilità dell’opposizione;
 - b. se è ritenuta ammissibile (anche solo una di quelle presentate), il Gip procede ai sensi dell’articolo 409, comma 2, c.p.p.: fissa l’udienza in camera di consiglio e dà avviso a PM, all’indagato e alla persona offesa (ma non al Procuratore Generale, come sembra desumersi dal mancato richiamo dell’art. 409, co. 3, c.p.p.³⁷). Il procedimento si svolge nelle forme dell’art. 127 c.p.p. e il Giudice provvede “dopo avere sentito le parti” (richiamo ultroneo e in considerazione di quanto già disposto dall’art. 127 co. 3, c.p.p.), ovviamente se compaiono.
- All’esito della valutazione il Gip:
- se accoglie la richiesta di archiviazione, provvede con ordinanza e restituisce gli atti al PM;

³⁴ A differenza di quanto previsto dall’art. 34 d.lgs. n. 274/2000, ma solo dopo l’esercizio dell’azione penale.

³⁵ La proposta, avanzata nel corso delle audizioni in Parlamento, di consentire la rinuncia all’indagato non ha trovato seguito.

³⁶ La disposizione, di carattere speciale rispetto all’art. 409, co. 1, c.p.p. fa ritenere non necessaria la notifica del decreto alla persona cui era stata applicata una misura cautelare (evenienza che, però, non sembra possa verificarsi come si dirà oltre).

³⁷ Scelta confermata nonostante la richiesta di inserire un richiamo espresso formulata dalla Commissione giustizia della Camera.

- se non accoglie la richiesta, provvede come esposto alla lettera a), punto b. (eventualmente ai sensi ex art. 409, commi 4 e 5, c.p.p.).

Sarà la giurisprudenza a stabilire se e in che ambito è consentito il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di archiviazione (che sembra ammissibile solo per violazione del contraddittorio, conformemente alla giurisprudenza in materia di opposizione alla richiesta di archiviazione oggi prevista)³⁸.

Gli effetti del decreto di archiviazione

Deve ritenersi che gli effetti del decreto di archiviazione siano quelli “precarî” tipici di tale atto (pur se va iscritto nel casellario giudiziale), ragion per cui non può escludersi la riapertura delle indagini nei casi previsti dall’art. 414 c.p.p., nei limitati casi in cui in concreto ciò sia possibile.

Il decreto di archiviazione non fa stato nel giudizio civile o amministrativo, producendo quale unico effettivo pregiudizio l’accertamento del fatto-reato, con la conseguenza che potrà tenersene conto ai fini dell’insussistenza della “non abitudine del comportamento”.

Archiviazione, autore ignoto, presenza di cause estintive del reato

L’archiviazione per essere rimasto ignoto l’autore del reato prevale (o meglio, precede) su quella per tenuità che presuppone una valutazione sull’abitudine del comportamento e, dunque, l’identificazione dell’autore del reato.

L’archiviazione per improcedibilità (ad esempio per mancanza di querela), non presupponendo l’accertamento della commissione del reato, prevalere sulla causa di non punibilità.

Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi per tutte le cause estintive per i più limitati effetti.

La modifica della richiesta di archiviazione

Può modificarsi l’iniziale richiesta di archiviazione per diversa causa formula in quella per “particolare tenuità del fatto” all’esito di nuove emergenze da cui desumere l’esistenza dei relativi requisiti (anche all’esito di ulteriori indagini).

Pertanto, qualora gli atti siano restituiti dal Gip (de plano, ovvero con ordine di svolgimento delle indagini) perchè disattesa l’iniziale valutazione di infondatezza della notizia di reato (o di sussistenza di una causa di cui all’art. 411 c.p.p. diversa dalla particolare tenuità del fatto), potrà richiedersi l’applicazione della causa di non punibilità.

In ogni caso, dovrà essere dato avviso alla parte offesa e all’indagato per consentire di esprimere il dissenso sulla richiesta.

Non sembra che possa pervenirsi a tale conclusione sulla base della mera sollecitazione del Gip nel corso dell’udienza fissata nei casi previsti (se presente il PM), non potendo disattendersi la richiesta di infondatezza della notizia di reato avanzata in assenza di nuovi elementi di fatto o di una formale decisione del Giudice.

³⁸ Non è stata accolta la richiesta di prevedere un’apposita forma di reclamo prospettata nel corso delle audizioni parlamentari.

I provvedimenti in materia di libertà personale

La presenza di una causa di non punibilità, come è noto, non consente l'applicazione di misure cautelari (273, co. 3, c.p.p.) o dell'arresto o del fermo (art. 385 c.p.p.).

Nessuna questione può porsi per le misure cautelari, richieste dal PM.

Eguale non è ipotizzabile che possano sorgere questioni con riferimento al fermo che, tra l'altro, prevede un limite edittale superiore a quello di applicabilità della causa di non punibilità.

Per l'arresto obbligatorio, in molti casi i limiti edittali previsti in generale e le pena delle specifiche ipotesi previste non consente di ipotizzare l'applicabilità della causa di non punibilità. Potrebbero residuare, in via di mera ipotesi, alcuni casi di reato tentato per fattispecie espressamente previste, quali i furti tentati previsti dall'art. 380 co. 2, lett. e) ed e-bis) che, però, espressamente escludono l'arresto nel caso di ricorrenza dell'attenuante della "speciale tenuità" che delinea un fatto (che impedisce la misura restrittiva) di "maggiore rilievo" rispetto alla "particolare tenuità dell'offesa".

Quanto all'arresto facoltativo, in flagranza o fuori flagranza (nei casi consentiti), sembrano difficilmente ipotizzabili problematiche applicative per i contorni con cui è delimitata la causa di non punibilità e per i presupposti dell'arresto che, ai sensi dell'art. 381, co. 4, è giustificato solo dalla gravità del fatto (incompatibile in particolare con la particolare tenuità dell'offesa) ovvero dalla personalità dell'indagato (incompatibile anche con la non abitudine del comportamento).

In ogni caso il PM di turno potrà offrire alla polizia giudiziaria le indicazioni necessarie sull'applicabilità dell'istituto.

5.2 L'udienza preliminare

Nei procedimenti che prevedono l'udienza preliminare, in cui il PM evidentemente non ha ritenuto il fatto di particolare tenuità (ovvero il Gip ha rigettato la richiesta), può essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere, ex art. 425, comma 1, c.p.p., consentita in presenza di "persona non punibile per qualunque causa".

Il contraddittorio è assicurato dalla citazione per l'udienza anche della persona offesa, messa in condizione di interloquire.

In mancanza di espressa disposizione (come si vedrà oltre) la sentenza non ha alcun effetto nei giudizi civili o amministrativi.

5.3 Il giudizio abbreviato

La sentenza di proscioglimento per tenuità del fatto può essere pronunciata anche all'esito del giudizio abbreviato ex artt. 442, co. 1, e 529 c.p.p., in qualunque fase (indagini preliminari, udienza preliminare) e rito (monocratico, direttissima) sia richiesto.

Ai sensi dell'art. 651-bis, comma 2, c.p.p. la sentenza non produce gli effetti della sentenza di proscioglimento pronunciata all'esito del dibattimento di cui si dirà oltre nel caso di opposizione della "parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato".

5.4 Il “predibattimento”

E' noto che la sentenza ex art. 469 c.p. è consentita “pur dopo la verifica della costituzione delle parti, ma sempre nella fase degli atti introduttivi e, comunque, prima dell'apertura del dibattimento”³⁹.

L'inserimento nell'art. 469 del comma 1 bis consente espressamente la declaratoria di improcedibilità predibattimentale anche quando ricorre la causa di non punibilità in esame.

Si interviene sul procedimento scandito dal primo comma “aggiungendo” la necessità della “previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare”.

Di norma la sentenza è adottata nel corso dell'udienza fissata, ma prima dell'apertura del dibattimento, sicchè non si pone alcun problema in tema di contraddittorio con la parte offesa. Peraltro il Tribunale potrebbe (ipotesi rara) fissare un'udienza ad hoc, nel qual caso dovrebbe dare avviso a tutte le parti, compresa la parte offesa.

Il mancato coordinamento testuale del comma 1 bis col primo comma, secondo cui sono necessari presenza e consenso del PM e dell'imputato, non rende chiaro se la sentenza di proscioglimento richieda tali presupposti (oltre che sentire la parte offesa che compare). Da un lato il tenore letterale del primo comma sembra richiedere tali presupposti, lettura che trova conferma nel fatto che il PM potrebbe avere la necessità del dibattimento per evidenziare i requisiti dell'insussistenza del fatto di particolare tenuità (ad esempio in materia di non occasionalità del comportamento); dall'altro una meno convincente lettura “coordinata” delle norme procedurali del nuovo istituto potrebbe indurre ad opposta conclusione attribuendo un ampio potere al Giudice che vuole evitare un superfluo dibattimento.

La sentenza di proscioglimento in esame non produce l'effetto di quella pronunciata all'esito del dibattimento.

5.5 Il dibattimento

La causa di non punibilità può essere pronunciata anche all'esito del dibattimento, con sentenza ex art. 529 c.p.p.

La valutazione va effettuata su tutti i requisiti, ivi compresi quelli relativi alla non abitudine del comportamento, secondo gli ordinari criteri in materia di onere della prova e anche di allegazione gravante sull'indagato in materia di riconoscimento di cause di non punibilità⁴⁰, pur se non sempre sarà agevole fare confluire nell'istruttoria dibattimentale fatti relativi a comportamenti non risultanti da precedenti penali.

In tale caso, ai sensi dell'art. 651 bis, comma 1, c.p.p., “la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di

³⁹ Sez. Un. sent. n. 3027/01; S.C. sent. nn. 2441/09, 8667/12.

⁴⁰ Cfr., ad esempio, S.C. sent. n. 1401/15 “In tema di reati contro l'amministrazione della giustizia, la norma di cui all'art. 384 cod. pen. contempla un'esimente ovvero un elemento negativo del fatto-reato, la prova della cui ricorrenza è demandata all'imputato che intende avvalersene e che, al fine di assolvere all'onere probatorio, non può limitarsi alla mera allegazione delle condizioni della sua esistenza, occorrendo l'indicazione di elementi specifici che pongano il giudice in condizione di rilevarne l'applicabilità.”.

Nello stesso senso la giurisprudenza in tema di cause di giustificazione (ad esempio S.C. sent. n. 15484/04).

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”.

5.6. Il proscioglimento ex art. 129 c.p.p.

Non è stato modificato l'art. 129 c.p.p. che, com'è noto prevede la declaratoria d'improcedibilità in ogni stato e grado del giudizio in presenza di “determinate cause di non punibilità”.

L'elenco tassativo contenuto nella norma e la mancata modifica, pure proposta⁴¹, fa ritenere inapplicabile il proscioglimento per particolare tenuità del fatto ex art. 129 c.p.p.

Dal punto di vista pratico ciò comporta, ad esempio, l'impossibilità di declaratoria nel caso di richiesta di decreto penale o di patteggiamento.

5.7 L'iscrizione nel casellario giudiziale

Si prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale e il coordinamento con le norme sulle eliminazioni e sull'attestazione nel certificato richiesto dalle parte (art. 4 del d.lgs. in esame⁴²).

La nuova disposizione risulta del seguente tenore:

“Nel casellario giudiziale s'iscrivono per estratto... f) i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno prosciolto l'imputato o dichiarato non luogo a procedere per difetto di imputabilità, o disposto una misura di sicurezza, nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale”.

Il riferimento ai “provvedimenti giudiziari definitivi...che hanno dichiarato la non punibilità...” impone inequivocabilmente l'iscrizione delle sentenze di proscioglimento (richiamate espressamente se relative a misure di sicurezza) emesse con tale formula (in qualunque fase e indipendentemente dagli effetti che producono, in precedenza ricordati).

⁴¹ La modifica dell'art. 129 c.p.p. era presente nello schema di decreto: “Art. 3, al comma 1 dell'articolo 129, dopo le parole: «non è previsto dalla legge come reato» sono inserite le seguenti: «o che l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale»», è stata ;

⁴² 1. Al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n.313, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 3, comma 1, lettera f), dopo le parole: «misura di sicurezza» sono aggiunte le seguenti: «, nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale.»;

b) all'articolo 5, comma 2, dopo la lettera d) e' inserita la seguente:

«d-bis) ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale, trascorsi dieci anni dalla pronuncia;»;

c) all'articolo 24, comma 1, dopo la lettera f) e' inserita la seguente:

«f-bis) ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale, quando la relativa iscrizione non e' stata eliminata;».

d) all'articolo 25, comma 1, dopo la lettera f) e' inserita la seguente:

«f-bis) ai provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale, quando la relativa iscrizione non e' stata eliminata;».

Qualche dubbio può sorgere per il decreto di archiviazione che non sembra assumere i contorni di “provvedimento definitivo”, pur se l’iscrizione appare coerente, anche per consentire la verifica successiva della non abitudine dei comportamenti⁴³.

5.8. L'immediata applicabilità, l'assenza di disciplina transitoria

Non può dubitarsi dell'immediata applicabilità della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 25, co. 2 Cost. e 2 co. 2 c.p., sia per la collocazione formale della norma, sia - soprattutto - per la scelta di “costruire” il nuovo istituto con natura sostanziale attraverso la testuale indicazione della “non punibilità” dell'autore del reato.

Non è prevista alcuna disciplina transitoria che avrebbe potuto regolare alcune modalità applicative nelle varie fasi in cui si trovano i procedimenti e processi pendenti per accelerarne la possibile applicazione⁴⁴.

6. Linee guida su condizioni e requisiti di applicabilità

6.1 Premessa

All'esito dell'esame della nuova deve ribadirsi che le linee guida prevedono criteri applicativi del nuovo istituto tenendo conto di quelli, come visto rigorosi e specifici, fissati dal legislatore, senza alcuna finalità deflattiva o riduttiva, ma con l'obiettivo di attuare la nuova causa di punibilità nei limiti e con l'estensione prevista.

I criteri elaborati, come già si è detto, tentano di rispondere alle seguenti esigenze:

- individuazione in concreto dei requisiti di applicabilità e previsione di apposite procedure al fine di evitare possibili disparità di trattamento;
- garanzia di “trasparenza” delle scelte adottate;
- consapevolezza della necessità di progressiva revisione delle linee guida all'esito del monitoraggio della prima applicazione.

Si ribadisce che un'affidabile catalogo di “situazioni” che consentano la richiesta della causa di non punibilità potrà essere predisposto, attraverso un'operazione “ricognitiva”, solo all'esito dell'applicazione e, perciò, delle determinazioni del Giudice.

La pluralità di requisiti richiesti, relativi al caso concreto esaminato, impone un giudizio globale che consente, in modo affidabile, solo un'operazione ricognitiva.

Una diversa opzione, soprattutto in questa prima fase, potrebbe alimentare il rischio ventilato di una sostanziale depenalizzazione o di discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale.

⁴³ La relazione allo schema da' per scontata l'iscrizione. Il parere tecnico dell'ufficio studi della Camera chiedeva una specificazione, ma tale suggerimento non veniva raccolto nel parere, sicchè la mancata modifica conferma il contenuto della relazione sulla necessità dell'iscrizione.

⁴⁴ In particolare nel caso in cui il processo penda in Cassazione.

Si potrebbe anche individuare da subito un limite, ad esempio, per le cd. truffe internet con riferimento a un importo, ma sarebbe poi arduo indicare tutte le possibili variabili, a partire da quelle sulla non abitudine del comportamento.

Dopo avere esposto i criteri di applicabilità, si esporranno quelli relativi ai requisiti suddividendoli in criteri:

- 1) indicati espressamente nella norma (già esposti)
- 2) desunti dalla norma (già esposti)
- 3) sulla concreta applicabilità.

6.2 Criteri relativi alle condizioni

Si rinvia alle problematiche e soluzioni indicate al par. 4.1

Si ribadisce che istituto è applicabile anche al reato tentato. In tale caso il limite edittale di 5 anni (tenuto conto delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, escluso ogni rilievo al giudizio ex art. 69 c.p.) va determinata operando la riduzione di 1/3 sulla pena edittale massima del reato consumato.

Va, ancora, ribadito che non può desumersi un indice di tenuità dell'offesa dalla sola entità (natura e specie) della pena edittalmente prevista.

6.3 Criteri relativi al primo requisito a) la particolare tenuità dell'offesa

6.3.1 1) Indicati dalla norma

a1) Modalità della condotta

Criteri di giudizio

Occorre tenere conto:

- di tutti gli elementi con cui l'autore del reato ha realizzato la condotta criminosa: natura, specie, mezzi, oggetto, tempo luogo e modalità dell'azione (art. 133, co. 1, n. 1 c.p.);
- degli aspetti relativi all'intensità del dolo o al grado della colpa (art. 133, co. 1, n. 3).

Criteri ostativi (art. 131-bis, comma 2, c.p.)

Quando l'autore ha agito:

- per motivi abietti o futili. L'espressione corrispondente esattamente a quanto previsto dall'aggravante di cui all'art. 61 n. 1) c.p.;
- con crudeltà, anche in danno di animali. Il termine "crudeltà" corrisponde a quanto previsto dall'aggravante di cui all'art. 61, n. 4) c.p. con riferimento alle sole persone. L'estensione agli animali comporta la sostanziale esclusione della causa di non punibilità per i reati di cui agli artt. 544 bis e 544 ter, comma 1, quando richiamano espressamente il termine crudeltà;
- adoperando sevizie, termine contenuto nell'aggravante di cui all'art. n. 4) c.p. Il mancato richiamo, in questo caso, agli animali comporta che il reato di cui all'art. 544 quater c.p. potrà essere escluso se si ravvisi una vera e propria crudeltà, ovvero sulla base dei requisiti generali;

- profittando delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa. Si tratta di alcune ipotesi previste dall'art. 61 n. 5), 11 ter e 11 quinquies, c.p.

a2) Esiguità del danno o del pericolo

Criteria di giudizio

Occorre tenere conto, ex art. 133, co. 1, c.p., della “gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa” che poco aggiunge al requisito “esiguità del danno o del pericolo”.

Criteria ostativi (art. 131-bis, comma 2)

Quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Criteria non ostativi (art. 131-bis comma 4)

Le circostanze attenuanti della particolare tenuità del danno o del pericolo.

6.3.2 2) Desunti dalla norma

a1) Modalità della condotta

Dovrà tenersi conto:

- delle circostanze ritenute esistenti (da contestare se aggravanti o da indicare se attenuanti), sia in “positivo” (se attenuanti), sia in “negativo” (se aggravanti);
- dell’atteggiamento soggettivo dell’autore del reato rispetto all’offesa determinata al bene giuridico tutelato. In tale contesto assumono rilievo le diverse forme di dolo o di colpa conosciute dall’ordinamento, oltre che dei motivi a delinquere quando influiscono sull’intensità del dolo;
- della condotta contemporanea e susseguente al reato quando si riflette sull’offesa;

a2) Esiguità del danno o del pericolo

Dovrà tenersi conto

- dell’espressione “esiguità” che esprime, con chiarezza, la volontà di delimitare e circoscrive il danno e il pericolo determinato in misura limitata o modesta;
- degli effetti “oggettivamente” verificatisi sulla persona offesa, valutate anche le condizioni della stessa. Per i reati che ledono beni costituzionalmente tutelati nell’interesse della collettività, come l’ambiente (art. 9, co. 2, Cost.), la valutazione non può risentire dell’eventuale “degrado” preesistente del territorio.

6.4 Criteri relativi al secondo requisito b) il comportamento non abituale

6.4.1 1) Indicati dalla norma

Criteria ostativi (art. 131-bis, comma 2)

Il comportamento non è abituale nel caso in cui l'autore

- **sia stato dichiarato delinquente abituale** (art. 102, 103, 104 c.p.), **professionale** (art. 105 c.p.) o **per tendenza** (art. 108 c.p.). La disposizione non impedisce l’applicazione dell’istituto nel caso in

cui gli effetti si estinguano con la riabilitazione (ex art. 109 u.c. c.p.p.), venendo meno la ragione stessa del presupposto ostativo in esame;

- **abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità.** Si esclude la non punibilità nel caso di realizzazione di più fattispecie che evidenzino condotte finalizzate a violare disposizioni con “caratteri fondamentali comuni” (art. 101 c.p.) che, perciò, evidenziano l’assenza di tenuità particolare pur se ogni episodio potrebbe avere tali caratteristiche. In ogni caso il riferimento alla commissione di reati impone che si tratti di reati accertati con sentenza definitiva.;
- **qualora si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate**
Il riferimento⁴⁵ si riferisce, seppur attraverso il richiamo al comportamento (e non al reato), anche al reato abituale ovvero a reati che esprimono condotte plurime e reiterate (ad esempio, art. 572 prima della modifica operata dalla l. 172/12, art. 612-bis c.p.).

6.4.2 2) Desunti dalla norma

Il comportamento valutabile

La non abitualità del comportamento potrà desumersi anche da condotte per le quali non è intervenuto un precedente accertamento giudiziale definitivo.

Potranno valutarsi comportamenti risultanti da precedenti giudiziari, quali condanne non definitive, declaratorie di estinzione del reato, d’improcedibilità, di non punibilità (anche per particolare tenuità del fatto, etc., comunque risultanti (da sentenza, da decreto di archiviazione, da altre circostanze).

In ogni caso il comportamento deve essersi verificato con certezza.

Criteri non ostativi:

- un solo precedente (condanna irrevocabile) per reato non della stessa indole, pur se si tratta di comportamento di cui deve tenersi conto (in concreto una condanna per reato non della stessa indole, risalente nel tempo, può non rilevare);
- precedenti penali e giudiziari per reati non della stessa indole che rispetto al fatto per cui si procede appaiano non indicativi di un’abitualità;

Criteri ostativi:

- la permanenza del reato che esprime l’attualità di un’offesa che impedisce di considerarla esigua;
- reati commessi col vincolo della continuazione, in considerazione della causa ostativa della pluralità di condotte.

6.5 3) Criteri orientativi (tendenziali) sulla concreta applicabilità

⁴⁵ Anche in questo caso l’espressione è stata inserita su suggerimento della commissione giustizia dopo che era stata prospettata la possibilità di applicazione dell’istituto anche al reato abituale (se presenti, ovviamente, gli ulteriori criteri, della particolare tenuità)

Richiamate le considerazioni già espresse e la difficoltà e inopportunità di elaborare da subito criteri più specifici è possibile individuare, all'esito delle prime valutazioni, alcune linee orientative.

- 1) *reati per le quali è prevista una specifica causa di non punibilità nel caso di «eliminazione» degli effetti del reato.* In tale caso, avendo il legislatore valutato la presenza di un'offesa di rilievo tale da consentire la non punibilità qualora l'autore del reato si attivi per eliminare le conseguenze della sua condotta, appare problematica l'applicabilità della causa di non punibilità. Ci si riferisce alle ipotesi in cui è prevista la ripristino in pristino o istituti analoghi;
- 2) *Reati per i quali sono previste soglie di punibilità.* Nelle fattispecie, in particolare tributarie, in cui sono previste soglie di punibilità appare problematica l'applicabilità della causa di non punibilità avendo il legislatore previsto una soglia a partire dalla quale è punibile il reato;
- 3) *Reati per i quali la punibilità è prevista all'esito dell'accertamento del superamento di valori di carattere tecnico.* Non sembra potersi desumere dalla struttura della norma l'inapplicabilità della causa di non punibilità, riverberandosi l'entità del superamento sulla valutazione del requisito dell'esiguità dell'offesa.
- 4) *Reati che consentono l'oblazione o altre modalità di definizione analoghe.* Non si ravvisano ragioni per la non applicabilità tendenziale della causa di non punibilità. Del resto non può escludersi che l'interessato possa chiedere l'oblazione anche dopo la richiesta di non punibilità per particolare tenuità dell'offesa;
- 3) *Reati che prevedono cause estintive all'esito di rilascio di atti amministrativi in sanatoria.* Anche in questo caso, in linea di principio, non vi è ragione di escludere l'applicabilità dell'istituto. Opereranno gli ordinari criteri.
- 4) *Reati che prevedono la confisca obbligatoria del profitto del reato (in via diretta o per equivalente).* La previsione della misura di sicurezza non appare ostativa, pur se un rilevante criterio di valutazione dell'esiguità dell'offesa sarà rappresentata proprio dalla entità del profitto;
- 5) *Reati ambientali ed edilizi.* Se commessi in zone vincolate appare problematica l'applicabilità, salve le violazioni di carattere esclusivamente formale. In ogni caso per i reati ambientali va dato avviso al Ministero dell'ambiente art. 311 d.lgs. 152/06), oltre all'ente locale; per i reati edilizi all'ente locale;
- 6) *Reati che prevedono come elemento costitutivo o dell'aggravante una rilevante offesa o un rilevante pericolo.* In tale caso il legislatore ha già operato una scelta sulla rilevanza del requisito. Ad esempio per il reato di cui all'art. 570, co. 2, n. 2);
- 7) *Reati che prevedono come elemento costitutivo o dell'aggravante un il riferimento all'offesa o al pericolo.* Si tratta, ad esempio, delle fattispecie in cui il dolo specifico è costruito sulla base del danno causato. In tali ipotesi occorrerà una penetrante valutazione sul requisito dell'esiguità del danno o del pericolo.
- 8) *Reati contro il patrimonio.* Particolare rilievo dovrà essere attribuito, ai fini dell'esiguità dell'offesa, all'entità del danno causato.

6.6 Il giudizio globale

Si ribadisce che occorre un giudizio globale che, tenendo conto degli elementi indicati, fa ritenere il fatto di particolare tenuità. Solo un giudizio sintetico, ma complessivo, sul fatto, tenendo conto di tutti gli elementi indicati, consente di assicurare un apprezzamento complessivo della particolare tenuità dell'offesa.

7. Linee guida sui profili procedurali

7.1 Le indagini preliminari

Finalità

Nella fase delle indagini preliminari l'operatività della causa di non punibilità consegue il massimo obiettivo di "deflazione", impedendo l'ulteriore corso del procedimento.

Il ruolo del pubblico ministero appare di rilievo essendo a lui attribuita la possibilità di attivare il relativo procedimento richiedendo l'archiviazione.

L'attività d'indagine

Saranno svolte tutte le indagini utili per assumere le determinazioni, anche sulla ricorrenza della causa di non punibilità (art. 326 c.p.p.).

Con specifico riferimento alla non abitualità del comportamento, fermo restando che viene emanata una specifica direttiva alla polizia giudiziaria con l'obiettivo di fare confluire nella comunicazione della notizia di reato elementi sulla non abitualità del comportamento, potranno essere acquisiti tutti gli elementi utili per le relative determinazioni.

Soccorrono, in primo luogo, il certificato penale e quello dei carichi pendenti (e, all'esito, i relativi atti: decreto che dispone il giudizio, sentenza non definitiva). In attesa del sistema unico nazionale, potrà richiedersi il certificato dei carichi pendenti dei luoghi ritenuti rilevanti sulla base dell'esame degli atti.

Potranno verificarsi eventuali ulteriori iscrizioni nel registro notizie di reato, con acquisizione di atti utili qualora il procedimento sia definito (in particolare della richiesta e del decreto di archiviazione). Nel caso in cui il procedimento sia pendente dovranno conciliarsi le esigenze di segretezza che potrebbero essere compromesse da acquisizione di atti o dati che diverrebbero noti all'esito della richiesta di archiviazione. Previo coordinamento col PM titolare potranno essere acquisiti atti ostensibili o attestazione di segreteria (che sono, del resto, rilasciati anche alle parti ex art. 335, co., 3 e 4, c.p.p.).

Potranno essere richiesti alla polizia giudiziaria elementi idonei a rivelare circostanze di fatto certe e univoche utili per le ulteriori valutazioni. Ad esempio, denunce (ed eventualmente il loro esito), in particolare per fatti analoghi (truffe via internet, generalmente "seriali") che potranno attestare i fatti emersi.

L'indagato e il suo difensore potranno sollecitare l'applicazione della particolare tenuità del fatto, anche richiedendo attività d'indagine. Tale facoltà potrà essere esercitata anche dopo la notifica dell'art. 415 bis c.p.p.

Il rigetto della richiesta andrà succintamente motivato e comunicato all'interessato.

La richiesta di archiviazione

E' stato predisposto un modulo (allegato) di richiesta di archiviazione che potrà essere utilizzato per consentire un'uniforme modalità applicativa.

Il modulo sarà progressivamente aggiornato sulla base della concreta applicazione e delle esigenze che dovessero emergere.

Il modulo è stato predisposto per consentire la ricostruzione del fatto anche per le eventuali successive valutazioni in presenza di altri procedimenti nei confronti dello stesso indagato (oltre che l'iscrizione nel casellario giudiziale se sarà seguita questa interpretazione). Pertanto:

- va formulata l'imputazione del reato contestato, con una descrizione del fatto non necessariamente analitica come nel caso di esercizio dell'azione penale, ma con l'indicazione delle norme di legge violate, delle aggravanti (eventualmente della recidiva), del luogo e dell'epoca di commissione del reato;
- vanno indicati i presupposti relativi ai singoli requisiti di applicabilità anche al fine di consentire l'individuazione dei criteri seguiti e, dunque, l'elaborazione nel tempo di criteri più specifici.

La richiesta potrà essere formulata:

- anche all'esito della restituzione degli atti da parte del Gip (de plano, ovvero con ordine di svolgimento delle indagini), disattesa l'iniziale valutazione di infondatezza della notizia di reato (o di sussistenza di una diversa causa di cui all'art. 411 c.p.p.), anche all'esito di ulteriori indagini (in particolare se sollecitate dallo stesso Gip). La richiesta andrà nuovamente notificata alle parti;

Il procedimento

Al fine di elaborare criteri più precisi e di evitare possibili disparità di trattamento appare opportuno prevedere, almeno per la prima fase applicativa, il previo visto del Procuratore sulle richieste di archiviazione.

In concreto, fermo restando le consuete interlocuzioni informali:

- il fascicolo, con la richiesta di archiviazione in originale e una copia della stessa, sarà trasmesso alla segreteria del Procuratore;
- il fascicolo, dopo l'esame, sarà restituito col provvedimento vistato (anche previa interlocuzione);
- la copia della richiesta sarà custodita presso la segreteria del Procuratore;
- all'esito delle determinazioni sarà trasmessa alla segreteria del Procuratore copia del provvedimento del Gip di rigetto della richiesta, comunque formulata (rigetto, ordine imputazione, etc.).

I provvedimenti in materia di libertà personale

Si è ricordato che la presenza di una causa di non punibilità non consente l'applicazione di misure cautelari (273, co. 3, c.p.p.) o dell'arresto o del fermo (art. 385 c.p.p.).

Il PM di turno potrà offrire alla polizia giudiziaria le indicazioni necessarie sull'applicabilità dell'istituto

7.2 L'udienza preliminare

Nella fase dell'udienza preliminare, avendo il pubblico ministero già ritenuto di non richiedere l'archiviazione, ferma restando l'autonomia del PM d'udienza, le determinazioni non potranno che essere confermate, salvo che non siano emerse nuove circostanze di fatto offerte dalla difesa o comunque dalla stessa evidenziate, tali da giungere a una diversa determinazione. In tale caso, e specificamente nel caso di applicazione da parte del giudice con la sentenza di proscioglimento, sarà informato il Procuratore in modo tale da consentire di "raccolgere" l'orientamento del Gup.

Restano fermi gli ordinari criteri fissati nel documento organizzativo sull'impugnabilità della sentenza di proscioglimento ex art. 425 c.p.p. e sul coordinamento tra sostituto e Procuratore. Copia del ricorso proposto del sostituto procuratore sarà trasmessa alla Segreteria del Procuratore per le note ragioni di documentazione (in tale modo procederà anche il Procuratore).

7.3 Il giudizio abbreviato

Per il giudizio abbreviato si può ripercorrere quanto indicato per l'udienza preliminare (determinazioni, informativa sulla sentenza, impugnazione).

Qualora si tratti di giudizio abbreviato relativo a rito monocratico, con la presenza del Vice Procuratore Onorario, qualora lo stesso intenda richiedere la sentenza di proscioglimento per "particolare tenuità del fatto" (all'esito di nuove emergenze) informerà preventivamente il PM delle indagini ovvero (qualora questo non sia tempestivamente reperibile) il PM di turno per le relative determinazioni. Tale indicazione appare necessaria in questa prima fase di applicazione per le ragioni più volte ricordate.

7.4 Il "predibattimento"

Anche per la fase predibattimentale (ove, come detto, il consenso del PM potrebbe essere ritenuto presupposto imprescindibile) si richiama quanto esposto per l'udienza preliminare e per il giudizio abbreviato (determinazioni, informativa sulla sentenza, impugnazione).

7.5 Il dibattimento

Nel corso del dibattimento potrà essere necessario fare confluire gli elementi raccolti sull'insussistenza della causa di non punibilità con specifico riferimento agli elementi (ritenuti rilevanti) sulla non abitudine del comportamento qualora questi non risultino dagli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento (certificato penale).

Appare superfluo tentare di individuare ulteriori criteri, rimessi alla pratica applicativa.

Solo in via esemplificativa può evidenziarsi:

- che le circostanze relative alla causa di non punibilità sono oggetto di prova (in questo caso contraria per il PM), ai sensi dell'art. 187 c.p.p.;
- che la questione si porrà nei limitati casi in cui sia prospettabile astrattamente, ovvero sia stata richiesta, la causa di non punibilità in esame;

La richiesta di proscioglimento potrà essere avanzata, con evidenza, all'esito di emergenze dibattimentali sulla ricorrenza della causa di non punibilità.

Può richiamarsi quanto esposto per l'udienza preliminare in ordine agli oneri nei confronti dei VPO e della comunicazione al Procuratore della sentenza di proscioglimento per ricorrenza della causa di non punibilità.

6.6 Le ulteriori fasi

L'esito delle impugnazioni proposte alla sentenza con cui è stata applicata la causa di non punibilità sarà comunicata alla segreteria del Procuratore (quando nota, come nel caso di ricorso per Cassazione).

6.7. Il regime transitorio

Nella prima fase applicativa, che peraltro durerà fino alla definizione dei procedimenti in corso sorti prima del 2 aprile, occorre individuare specifiche modalità dirette a raggiungere gli obiettivi indicati:

- qualora il procedimento non sia stato definito con esercizio dell'azione penale troveranno applicazione le linee guida esposte;
- qualora sia stata già avanzata richiesta di archiviazione, per infondatezza della notizia di reato o per altra causa, si potrà modificare la richiesta, come detto, all'esito della restituzione degli atti da parte del Gip;
- nelle diverse fasi (udienza preliminare giudizio abbreviato, fase predibattimentale, dibattimento) può richiamarsi quanto esposto, con la precisazione che l'introduzione della nuova normativa comporterà il verificarsi di numerosi casi in cui sarà prospettabile l'esistenza della causa di non punibilità, anche in assenza di nuove emergenze, da parte dello stesso PM.

Tale evenienza si verificherà, in particolare, nei procedimenti con rito monocratico, ragion per cui sarà più impegnativo il ruolo dei VPO e del PM titolare delle indagini e di turno per le opportune indicazioni richieste.

8. La verifica dell'applicazione delle linee guida

Le presenti linee guida saranno riviste nel loro complesso all'esito di un congruo periodo di applicazione che, allo stato, si individua nel 15 settembre 2015.

Naturalmente, fino alla data indicata, si procederà progressivamente ad aggiornamenti sulla base delle concrete evenienze.

9. Comunicazioni

Il presente documento che non ha carattere riservato per evidenti ragioni di trasparenza espressamente indicate, sarà inviato al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, al Presidente del Tribunale, al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

Lanciano 1 aprile 2015

Il Procuratore della Repubblica

(dott. Francesco Menditto)