

CAPITOLO I

IL FATTO DI PARTICOLARE TENUITÀ:
FISIONOMIA SOSTANZIALE
E DECLINAZIONI PROCEDIMENTALI

SOMMARIO: 1. Lo sfondo costituzionale. – 2. I tratti qualificanti. – 3. Gli indici di esiguità dell'offesa. – 4. L'offesa *ex lege* non tenue. – 5. Il comportamento abituale ostativo. – 6. Le proiezioni nel procedimento penale. – 7. *Segue*: un nuovo caso di archiviazione.

1. *Lo sfondo costituzionale.*

Non avendo sinora fatto breccia nell'ordinamento la «soluzione spiccia»¹, ma densa di implicazioni problematiche per l'assetto complessivo del sistema², di permettere all'organo d'accusa di decidere secondo va-

¹ Così la definisce V. ZAGREBELSKY, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3186. Per un convinto sostegno a tale soluzione v. G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 2009, p. 525 ss. Mette in guardia, invece, sui rischi di «una repentina e non ponderata modifica della Costituzione», finalizzata a «salire in tutta fretta sul carro della discrezionalità», L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1757.

² Il ruolo cruciale che l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale riveste nell'assetto costituzionale è stato sottolineato, in più occasioni, dal Giudice delle leggi. Una prima affermazione in tal senso si rinviene in Corte cost., 26 luglio 1979, n. 84, secondo cui l'art. 112 Cost. «concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale». L'enunciazione è sviluppata da Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88: «il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la

lutazioni di opportunità se perseguire un comportamento penalmente illecito, il principio di obbligatorietà dell'azione penale continua a rappresentare vincolo non eludibile per il legislatore che si risolva a prevedere la particolare tenuità del fatto quale causa di archiviazione della notizia di reato³. A quel referente sovraordinato non deve attribuirsi il significato intransigente che potrebbe ricavarsi *prima facie* dalla formulazione testuale dell'art. 112 Cost.⁴. Impensabile – prima ancora che per ragioni di sostenibilità, per motivi di logica giuridica – che a ogni iscrizione della *notitia criminis* debba fare seguito il promovimento dell'azione penale; inverosimile che i Costituenti immaginassero un sistema sprovvisto di meccanismi che, nell'ambito delle notizie di reato idonee a dare avvio alle indagini, garantiscano la selezione di quelle meritevoli di accertamento in sede processuale.

Decisamente più plausibile il convincimento, enunciato con efficacia dalla Corte costituzionale, che nella nozione di obbligatorietà dell'azio-

sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale». In dottrina, sulle preoccupanti ricadute di un'eventuale «modifica» del principio «attraverso l'apertura di varchi ispirati all'antitetico criterio della discrezionalità “politica” del pubblico ministero» cfr., per tutti, V. GREVI, *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 496. Dubita, peraltro, che modificare il regime dell'azione penale risolva il problema del diniego di giustizia nei confronti della vittima L. PEPINO, *Ancora sulla obbligatorietà dell'azione penale. Qualche spunto per una riflessione realistica*, in *Quest. giust.*, 2011 (2), p. 105: la percezione è la stessa «nel caso in cui il suo processo non è mai iniziato perché qualcuno, magari in *alto loco*, ha deciso così e in quello in cui al suo inizio formale non ha fatto seguito una tempestiva (...) conclusione per ragioni di fatto».

³ Nell'ordinamento tedesco, che contempla istituti riconducibili all'improcedibilità per particolare tenuità del fatto, il principio di legalità dell'azione penale non è enunciato in Costituzione, ma soltanto previsto nel codice di rito penale; il legislatore può quindi prevedere «eccezioni senza creare problemi di costituzionalità» (K. JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§ 153, 153a StPO*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2015, p. 189).

⁴ A proposito della «letterale drasticità» con cui si esprime l'art. 112 Cost. v. M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, 1994, p. 71.

ne penale, intesa in modo razionale, sia insito un «limite implicito», tale da impedire di instaurare un processo che si prefiguri «oggettivamente superfluo»⁵: l'esercizio dell'azione penale è doveroso solo in assenza delle condizioni normative che, in via eccezionale, autorizzano il p.m. a non agire. Nel nostro ordinamento, lo spartiacque è tracciato dagli artt. 50 e 405 c.p.p.: l'obbligo di esercitare l'azione penale sussiste là dove manchino i «presupposti negativi»⁶ individuati dagli artt. 408, 411 e 415 c.p.p.⁷. All'interno di tale perimetro, si tratta di un dovere costituzionalmente presidiato.

Entrerebbe in collisione con l'art. 112 Cost. non solo il legislatore che consegni in modo esplicito la scelta tra azione e inazione alle considerazioni di opportunità dell'autorità giudiziaria, ma anche quello che – meno scopertamente, ma in modo altrettanto censurabile – ricorra, nel disciplinare i presupposti della richiesta di archiviazione, a locuzioni troppo elastiche per poter tracciare con nettezza il confine tra l'una e l'altra opzione. Formule amorfe, evanescenti, non univocamente decifrabili, infatti, restituiscono all'organo d'accusa piena libertà nelle determinazioni da assumere al termine delle indagini, rendendo inefficaci gli strumenti apprestati dal codice di rito per contrastare iniziative di archiviazione elusive dell'obbligo costituzionale di agire. L'opacità della regola di giudizio che dovrebbe guidare lo scrutinio depotenzia il controllo giurisdizionale, che dell'osservanza dell'obbligo di agire – riflesso processuale del principio di legalità – rappresenta garanzia qualificante⁸.

Quando le indicazioni codicistiche si offrono a plurime declinazioni interpretative, la decisione del g.i.p. investito della richiesta di archiviazione si riduce all'accettazione acritica delle determinazioni assunte dal

⁵ Così Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88.

⁶ V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1281.

⁷ Sul rapporto “dialogante” tra l'art. 112 Cost. e le norme codicistiche v. F. RUGGERI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive – Nota introduttiva*, in *Criminalia*, 2010, p. 301.

⁸ L'intento è impedire «intermediazioni di ragioni di semplice opportunità tra le scelte della legge di incriminare determinati tipi di condotta ed i comportamenti del titolare pubblico dell'azione penale»: così, efficacemente, M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 71.

p.m. oppure realizza la «sovrapposizione di un arbitrio a un altro»⁹: evenienze entrambe inidonee ad assicurare il rispetto della prescrizione costituzionale¹⁰. Vale anche per la rinuncia ad agire fondata sulla esiguità dell'illecito penale: la circostanza che la dizione letterale dell'art. 112 Cost. non autorizzi distinzioni fondate su «valutazioni attinenti alla gravità (in astratto o in concreto) dei reati oggetto di "notizie"»¹¹ non rappresenta un ostacolo all'introduzione dell'istituto, a condizione che il dato normativo non rimetta quelle valutazioni all'arbitrio degli operatori.

Il legislatore che non intenda punire l'autore di un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole in ragione del suo esiguo disvalore non recuperarebbe, comunque, legittimi spazi di "libertà" se scegliesse di posticipare alla fase processuale l'operatività della particolare tenuità del fatto, rinunciando all'idea di costruirla come causa di archiviazione. Una clausola di non punibilità destinata a operare solo dopo l'esercizio dell'azione penale, ove ambigualmente confezionata, violerebbe il principio di determinatezza della norma penale, declinazione del principio di legalità enunciato dall'art. 25 comma 2 Cost.; principio che, seguendo un'autorevole e condivisibile interpretazione, si riferisce «non solo alle norme costitutive, comprensive anche delle disposizioni che prevedono scriminanti, ma altresì alle norme modificative ed esclusive (o estintive) della punibilità»¹²; poiché queste interrompono la corrispondenza tra il fatto

⁹G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Giappichelli, 1993, p. 11. Sulla necessità, affinché le valutazioni del p.m. risultino controllabili, che in sede legislativa vengano adeguatamente determinati tanto il «loro oggetto» quanto «i criteri per il loro svolgimento», v. anche O. DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 424.

¹⁰È pur vero che il codice di rito – nel demandare il compito di stabilire se gli elementi raccolti nelle indagini risultino idonei a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.) – affida prima al p.m. e poi al g.i.p. una valutazione connotata da non trascurabili profili di discrezionalità, ma si tratta pur sempre di una discrezionalità tecnica, dunque non incompatibile con l'art. 112 Cost.

¹¹M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2015, p. 245.

¹²F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione: rapporti civili*, Zanichelli, 1981, p. 257.

tipico contemplato dalla norma incriminatrice e l'applicazione della pena associata alla sua violazione, formularle in modo sfuggente significherebbe rendere non prevedibili i confini dell'area del punibile.

In concreto, peraltro, una clausola di non punibilità "a maglie larghe" sembra addirittura più insidiosa quando è in mano al giudice del merito. La consapevolezza di dover sottoporre la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto a un controllo di legalità da parte del g.i.p. potrebbe dissuadere il p.m. dall'approfittare dei margini interpretativi offerti dal dettato normativo per eludere l'obbligo di esercitare l'azione penale rispetto a fatti tutt'altro che scarsamente offensivi. A tale controllo dissuasivo non soggiace, se non in fase di impugnazione, il giudice di merito, il quale potrebbe sfruttare le eventuali *defaillance* della norma in punto di determinatezza per approdare indebitamente a una decisione di assoluzione.

Quale causa di non punibilità operante già come presupposto dell'archiviazione, la particolare tenuità del fatto disciplinata dal d.lgs. n. 28 del 2015 deve conformarsi a doppio titolo al principio di determinatezza; glielo impongono gli artt. 25 comma 2 e 112 Cost., nitide proiezioni sul fronte del diritto penale del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.¹³.

La concreta modestia offensiva del fatto illecito, rendendo l'autore immeritevole di sanzione criminale¹⁴, fa apparire censurabile, in relazione all'art. 27 comma 3 Cost., che al medesimo si applichi una pena¹⁵;

¹³ Sull'identità del nucleo valoriale che accomuna gli artt. 3, 25, 112 Cost. v. le riflessioni di C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005, p. 186, nota 114.

¹⁴ Identifica nella meritevolezza di pena la *ratio* ispiratrice della disciplina, pur ammettendo che la traduzione legislativa «lasci molto a desiderare quanto a chiarezza d'intenti e a perspicuità di formulazione», F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019.

¹⁵ L'«esigenza di proporzione fra la gravità reale del fatto e la risposta sanzionatoria» rappresenta «uno dei portati della funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 comma 3 Cost.», osserva M. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedurali*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2015, p. 49. Anche secondo la Corte costituzionale la finalità rieducativa della pena, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento», impone «un "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da un par-

prima ancora – intendendo già il processo come pena, in considerazione dei non trascurabili costi “umani”¹⁶ – fa ritenere costituzionalmente discutibile che lo stesso venga tratto a giudizio.

Fissare i parametri del fatto di minima offensività, vale a dire sprovvisto di «quel grado di offensività “sostanziale” proporzionata» al «peso della reazione penale»¹⁷, è prerogativa del legislatore, al quale in via esclusiva sono affidate le scelte di politica criminale. A quest'ultimo – e non all'autorità giudiziaria, caso per caso¹⁸ – spetta stabilire quand'è che la “posta in gioco” non giustifica l'attivarsi di un meccanismo punitivo «costoso per la collettività e impegnativo per il reo»¹⁹. A simili condizioni – «un *Tatbestand* bagatellare strutturato su parametri tassativi» e controllabili «in via giurisdizionale»²⁰ – la depenalizzazione “in concreto” che l'art. 131-*bis* c.p. si propone di realizzare²¹ rappresenta un'opzione non

te, e offesa, dall'altra» (Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313). Sull'esigenza di proporzionalità della pena rispetto al concreto disvalore del fatto v. altresì, più di recente, Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222.

¹⁶ Rimarcati da R.E. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e “irrelevanza del fatto”*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, 1996, p. 208.

¹⁷ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1707, che, tanto più di fronte a diffusi «esempi di tipizzazioni criminose difettose, incapaci di operare selezioni», ravvisa nella rinuncia a punire per la particolare tenuità del fatto «una vera e propria necessità di giustizia».

¹⁸ La “depenalizzazione di fatto” che fosse realizzata dall'autorità giudiziaria, «attraverso la scelta dei tempi di esercizio dell'azione penale, il dosaggio delle energie processuali e, più in generale, la gestione della prescrizione», si tradurrebbe «in soluzioni non uniformi, in perfetta contraddizione con l'art. 112 Cost.», rileva persuasivamente A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1497.

¹⁹ T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al diritto*, 2015 (15), p. 19.

²⁰ G. DI CHIARA, *Legalità dell'agire, ordine nel procedere e governo del carico giudiziario*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, 2006, p. 189 s.

²¹ «Non consentendo che la sanzione penale operi in ordine a condotte che sarebbero – e rimangono – tipiche»: Cass., sez. V, 2 luglio 2015, P.G. in proc. Markikou, in *C.e.d. Cass.*, n. 267989.

solo compatibile con i principi di obbligatorietà dell'azione penale e di legalità, ma anche realisticamente necessaria per assicurarne l'effettiva attuazione pratica.

2. I tratti qualificanti.

Accogliendo autorevoli suggerimenti dottrinari²², il legislatore ha ritenuto che dovesse essere una norma penale di parte generale a stabilire quando un fatto di reato può definirsi di particolare tenuità²³, qualunque sia la fase procedimentale in cui tale diagnosi è destinata ad assumere rilievo. Concorrono a scolpire le fattezze giuridiche del fatto tenue i due presupposti «concettualmente dissimili»²⁴ indicati dalla legge n. 67 del 2014 e ripresi in modo testuale dall'art. 131-*bis* c.p.: all'interno della cornice edittale normativamente tracciata²⁵ – deve trattarsi di un

²² Cfr. V. GREVI, *Pubblico ministero e azione penale*, cit., p. 496. Sull'indispensabilità di «una clausola di parte generale che funga da “chiusura” del sistema, impedendo la punibilità dei fatti tipici così esigualmente lesivi da risultare non meritevoli di pena», anche in un ordinamento che ritenesse di elaborare clausole bagatellari di parte speciale, che valorizzino le diversità strutturali delle varie fattispecie incriminatrici, cfr. già C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985, p. 743. A favore di una «soluzione intrasistemica, di parte generale», anche S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, 1988, p. 100 s.

²³ Esigenza non avvertita dall'ordinamento francese, caratterizzato dalla discrezionalità del p.m. nell'esercizio dell'azione penale: «sarebbe un'impresa vana cercare nel *code pénal* francese un'espressione o una norma analoga» all'art. 131-*bis* c.p., osserva C. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale. Esperienze francesi*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2015, p. 144, alla quale si rinvia per approfondimenti.

²⁴ P. GAETA-A. MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2606.

²⁵ Sull'opportunità di individuare in astratto, «in ragione delle pene comminate dalla legge, una fascia di reati sulla quale il giudizio di irrilevanza sia consentito», tenendone «accuratamente al di fuori reati “di fascia più alta” e, quindi, di maggiore

reato per il quale «è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta» alla prima²⁶ – rilevano sia la «particolare tenuità» dell'offesa arrecata al bene giuridico protetto dalla norma penale che si assume violata, sia il carattere «non abituale» del comportamento illecito. Requisiti che, in assenza di indicazioni che attestino la preminenza dell'uno o dell'altro²⁷, devono ritenersi equiordinati, paritari.

Diversamente da quanto avviene, ad esempio, nell'ordinamento tedesco²⁸, l'art. 131-*bis* c.p. non subordina l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto alla mancanza di un interesse pubblico alla repressione penale. Soluzione legislativa prudente, quella di ancorare la valutazione ai c.d. presupposti primari, evitando generici riferimenti a ragioni di prevenzione, troppo permeabili alle sensibilità del singolo organo giudiziario, troppo esposte agli umori della collettività sul versante

gravità», v. già C. CESARI, *Efficienza della giustizia penale e strategie di depenalizzazione processuale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzia ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli, 2005, p. 101.

²⁶ Qualora si proceda per un delitto tentato, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che si deve fare riferimento al massimo edittale della pena detentiva previsto per il delitto tentato, che è un'autonoma figura di reato: ad affermarlo, Cass., sez. V, 2 novembre 2017, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2018, nota adesiva di G.L. Gatta, che, operando la riduzione di un terzo *ex art. 56* comma 2 c.p. al massimo edittale della pena per il furto aggravato *ex art. 625* c.p., ha ritenuto applicabile la causa di non punibilità *de qua* al tentativo di asportare una melanzana da un campo.

²⁷ Indicazioni gerarchiche esplicite si rinvencono invece nell'art. 2621-*ter* c.c., che impone al giudice, «ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'articolo 131-*bis* del codice penale», di valutare, «*in modo prevalente*, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621 *bis*» c.c. In pratica, osserva P. BRONZO, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. II, Utet, 2015, p. 963, «può andare esente da pena solo il falso "innocuo"».

²⁸ In base al § 153 *StPO*, la rinuncia all'azione penale è subordinata alla assenza di *öffentliches Interesse*, ossia dell'interesse pubblico al perseguimento del reato; un presupposto vago, che in via interpretativa viene «ricondotto alle funzioni della pena» e ritenuto sussistente quando la rinuncia a perseguire l'autore del reato possa indurlo «a commettere nuovi reati» oppure possa «compromettere la salvaguardia degli interessi della comunità» (E. ADDANTE, *La particolare tenuità del fatto: uno sguardo altrove*, in *Arch. pen.*, 2016 (2), p. 13).

socio-criminale, per risultare oggettivamente controllabili e, quindi, costituzionalmente accettabili²⁹.

Neppure incidono sull'applicazione della causa di non punibilità tratteggiata dall'art. 131-*bis* c.p. le ripercussioni desocializzanti che l'esperienza processuale potrebbe determinare a carico dell'accusato, valorizzate, invece, dai precursori operanti nel rito minorile e in quello di pace; il primo, richiamando il pregiudizio alle «esigenze educative del minore» che l'ulteriore corso del procedimento comporterebbe; il secondo, invitando a «tenere conto» delle necessità «di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato». Facendo dipendere la non punibilità dalle prefigurabili ricadute dell'inchiesta penale sull'accusato, si predispose un terreno congeniale al dispiegarsi di arbitrii giudiziari, alimentando più che plausibili sospetti di illegittimità costituzionale³⁰.

Le esperienze del rito minorile e di pace appaiono istruttive: nel primo caso, è difficile univocamente stabilire «quando il processo rechi danno (se non riconoscendo che è sempre così), e quando invece “faccia bene”»³¹; nel secondo, l'interpretazione delle esigenze di natura socio-personologica che autorizzano a non perseguire la condotta bagatel-lare sembra largamente influenzata dalle convinzioni e dalle priorità dell'organo procedente. A farsi guidare dal dato letterale, la desistenza dal-

²⁹ Sul punto v. per tutti R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1502.

³⁰ Potrebbe esporsi a questo genere di obiezioni anche la proposta formulata dall'ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Prime indicazioni per una riforma sistematica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 12 marzo 2019: il futuribile art. 344-*bis* c.p.p. prevede che l'azione penale non venga esercitata «se il fatto è socialmente irrilevante», condizione che ricorre quando questo «è di particolare tenuità e il procedimento non è compatibile con le esigenze di efficienza dell'amministrazione della giustizia tenuto conto delle attività che comporterebbe nei suoi stati e gradi e delle risorse disponibili». La sussistenza del secondo requisito, in particolare, sembra prestarsi a prognosi difficilmente conciliabili con l'art. 112 Cost., e profondamente influenzate da ragioni contingenti, variabili da un ufficio giudiziario all'altro, con problematiche implicazioni in relazione al rispetto dell'art. 3 Cost.

³¹ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., p. 263. Cfr. anche F. SGOBBI, *L'irrelevanza penale del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in L. PICOTTI-G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Giuffrè, 2002, p. 165.

l'azione penale si giustifica quando consente di preservare chi abbia già un impegno lavorativo o un nucleo familiare stabile dal rischio di vederli compromessi. Si finisce così, tuttavia, per ancorare in modo decisivo le sorti processuali dell'accusato alle sue condizioni esistenziali; in ossequio all'art. 3 Cost., non dovrebbero rivestire alcuna rilevanza nel determinare il trattamento dei consociati dinanzi alla giustizia penale. Apprezzabile, dunque, che il d.lgs. n. 28 del 2015 abbia evitato di fare ricorso a un vocabolario «più sociologico-giornalistico che giuridico»³² nel delineare un istituto già sospettato di allentare, sebbene a nobili fini, «i vincoli legalistici dell'attività di interpretazione e applicazione delle fattispecie penali»³³.

Come pure, andrebbe positivamente valutato lo sforzo esplicativo compiuto rispetto ai parametri impiegati per definire le fattezze dell'istituto, nel tentativo di governarne l'applicazione secondo linee guida uniformi: non potendo emendarla da un fisiologico coefficiente di discrezionalità, il legislatore pare adoperarsi, almeno nelle intenzioni, per evitare che la formulazione codicistica alimenti vistose disomogeneità. Risoltosi a introdurre una clausola di non punibilità del fatto all'interno del procedimento ordinario³⁴, dà l'impressione di non voler abbandonare a sé stessi gli organi giudiziari chiamati a darle applicazione.

³²D. BRUNELLI, *Art. 1. Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 451.

³³Il rilievo è di G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 22.

³⁴Fino a quel momento – fa notare D. BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Arch. pen.*, 2016 (1), p. 2 – l'operatività del «canone economico-razionale», secondo il quale la pena non può trovare applicazione ai fatti bagatellari, risultava «occasionalmente assicurata dalla giustizia del caso concreto, rimessa alla buona volontà dei pubblici ministeri o dei giudici», che «si mostravano disponibili a una benevola astensione dall'esercizio dell'azione penale o evitavano la pronuncia di una sentenza di condanna, nei casi in cui avvertivano la pena e il processo penale come risposte sproporzionate e sconvenienti rispetto alla inconsistenza offensiva del fatto». Si potrebbe osservare che, sia pure animati da comprensibili ragioni, quegli operatori giudiziari, così facendo, rischiavano di muoversi al di là di ciò che il dato legislativo avrebbe loro consentito: «in assenza dell'istituto appena varato si sarebbe dovuto agire» (così, sia pure riferendosi alla improcedibilità per particolare tenuità del fatto nel rito di pace, C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della*

In riferimento alla cornice edittale dell'istituto³⁵, si premura di precisare che ai fini della determinazione della pena di cui al comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p. non si deve tener conto delle circostanze, «ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella

“tenuità del fatto”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 750). Sulle autorevoli ascendenze dottrinarie invocabili a fondamento dell'inoffensività *tout court* del furto avente ad oggetto una cosa che, secondo il comune giudizio, è in sostanza economicamente irrilevante v. comunque G.L. GATTA, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018 (4), p. 184.

³⁵ Non repressibile quanto a determinatezza, il perimetro applicativo delineato dall'art. 131-*bis* comma 1 c.p. ha suscitato altro genere di dubbi. La scelta di ancorarlo al massimo di pena edittale previsto per il reato è stata ritenuta poco appropriata a un contesto in cui si tratta di rinunciare alla punibilità a fronte della particolare tenuità del fatto; preferibile – si afferma – determinare l'area entro cui contenere l'operatività dell'istituto avendo come riferimento il minimo edittale, che esprime «la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa» (T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20). Neppure il *quantum* di pena, ripreso pedissequamente dalla legge delega, è andato esente da rilievi, da opposti punti di vista: mentre per taluno il perimetro operativo è «oltremodo esteso» (C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per gli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 243), per altri il limite edittale rappresenta un «evidente handicap», in grado di depotenziare l'incidenza applicativa dell'istituto (A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per gli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 7). L'attuale soglia legislativa ha superato il primo scrutinio di costituzionalità: secondo Corte cost., 17 luglio 2017, n. 207, rientra «nella logica del sistema penale che, nell'adottare soluzioni diversificate, vengano presi in considerazione determinati limiti edittali, indicativi dell'astratta gravità dei reati», la cui individuazione «è frutto di un apprezzamento che spetta al legislatore»; nel merito, nel caso di specie, non si tratta di un limite «né irragionevole, né arbitrario». Nella stessa occasione, peraltro, rilevando l'anomala inapplicabilità dell'istituto alla ricettazione di particolare tenuità, la Corte costituzionale ha suggerito di riformulare la disciplina in modo da prevedere, oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non può operare, «anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità». Propone un'estensione qualitativamente mirata dell'istituto, da realizzare aggiungendo nell'art. 131-*bis* c.p. un comma 1-*bis* che richiami «alcune specifiche fattispecie di reato» non comprese nell'attuale *range* di pena, P. BORGNA, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della “pan-penalizzazione”*, in *Quest. giust.*, 31 ottobre 2019.

ordinaria e di quelle ad effetto speciale»; categorie, queste ultime, che il legislatore ritiene meritevoli di un regime derogatorio rispetto alla regola generale, in quanto «rivelano una particolare significatività», che le rende «accostabili (...) a sottospecie di fattispecie autonome»³⁶.

Nel silenzio legislativo, il rapporto tra circostanze del reato e soglie edittali avrebbe potuto essere causa di complicazioni applicative. Valga, per tutti, l'esempio della sospensione del procedimento con messa alla prova, disciplinata dalla stessa legge, la n. 67 del 2014, che ha posto le premesse per l'introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto: sebbene l'assenza di richiami normativi alle circostanze del reato deponesse per la loro irrilevanza ai fini dell'ammissione al *probation* processuale, l'emergere di orientamenti giurisprudenziali contrapposti ha reso necessario che intervenissero le Sezioni unite della Suprema Corte a chiarire che il riferimento alla pena edittale detentiva contenuto nell'art. 168-*bis* c.p. attiene «alla pena massima prevista per la fattispecie base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze», comprese quelle speciali e quelle ad effetto speciale³⁷.

Risponde all'intento di evitare disorientamenti esegetici anche la precisazione effettuata dall'ultimo comma dell'art. 131-*bis* c.p., secondo cui l'esclusione della punibilità che vi è disciplinata opera «anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante»; là dove ricorrano tutte le componenti della tenuità qualificata normativamente previste, dunque, la rinuncia dell'ordinamento a punire deve prevalere sulla mera riduzione di pena.

Alla scelta di allestire un *guardrail* legislativo non si può certo guardare con sfavore³⁸. Un dato normativo eccessivamente laconico non avrebbe

³⁶ *Relazione allo Schema di decreto legislativo recante: "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", § 5.*

³⁷ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4334.

³⁸ Nel sollevare eccezione di incostituzionalità a carico dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, il Tribunale di Torino (ord. 6 marzo 2003) lamentava la mancata predisposizione di «una precisa guida normativa», ritenendo i criteri previsti «meramente apparenti ed insuscettibili di dar luogo ad un'applicazione pratica che non sfoci nell'arbitrio». Meno critico il giudizio della dottrina, anche sulla base della comparazione con il «precedente» minorile: dà atto del «maggiore scrupolo definitorio» E. MARZADURI, *Procedimento penale davanti al giudice di pace (d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274)*, in M. BARGIS (a cura di),