



PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Palermo

Sigg.ri Proc.ri Aggiunti

Sigg. Sostituti

-SEDE-

Sigg.ri Vice Proc.ri Onorari

-SEDE-

Oggetto: D.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto...” - Circolare esplicativa/applicativa.

Premessa

Su delega formulata all’art. 1, comma 1, lett. m), della legge 28 aprile 2014 n. 67 - il medesimo testo normativo che contempla altra delega al Governo per la riforma del sistema sanzionatorio e che inoltre introduce a regime ordinario l’istituto della *messa alla prova* - è stato emanato il D.lgs 16 marzo 2015 n. 28 (“*Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto...*”) contenente modifiche al codice penale (art. 1), al codice di procedura penale con le relative disposizioni di coordinamento (artt. 2, 3) nonché modifiche al testo unico sul casellario giudiziale (DPR n. 313/2002).

Il testo di legge è in vigore dal 2 aprile 2015.

La disciplina così introdotta risponde a un mai sopito dibattito sulla necessità di affidare al giudice una *chance* valutativa direttamente incidente sulla rilevanza penale del fatto attraverso un attento vaglio del suo quoziente di offensività che, ove di flebile entità, viene ritenuto in grado di scongiurare indagini e processo.

L’istituto si pone nell’esatto interstizio che corre tra l’inoffensività del fatto (art. 49 c.p.) e la sua piena rilevanza penale ed esso per sua stessa definizione, lungi dall’affidarsi a un libero scrutinio del giudice,

pretende di misurarsi su indici rivelatori che la legge stessa individua in termini astratti, rimettendo all'interprete la loro concreta applicazione per gli effetti che ne conseguono.

Non è arduo scorgere tra gli orizzonti della riforma quello d'impronta politico-giudiziaria dell'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari; uno sgravio calibrato sull'obiettivo di prescindere dal perseguimento di fatti banali, modicamente nocivi.

E così, nella specie, la scelta del legislatore, piuttosto che affidarsi a monte allo strumento radicale e astratto della depenalizzazione, si è concretizzata, a valle, in una delega data al giudice chiamato a pronunciarsi sulla *non punibilità per particolare tenuità del fatto*; un impegno da assolvere in corrispondenza delle tipiche fasi decisorie cadenzate nel rito - prima fra tutte l'archiviazione degli atti delle indagini preliminari - ma con caratteristiche non sempre omogenee e coerenti.

Non può tuttavia ignorarsi che l'originario intento deflattivo, coniugato in concreto al delicato compito di scorgere nel fatto gli estremi dell'istituto onde giungere ad una decisione esonerativa della pena, possa correre il rischio, nella pratica, di una frammentazione interpretativa correlata a una lenta e graduale risagomatura culturale del giudice e, ancor più, del pubblico ministero, coinvolto quest'ultimo nel crisma dell'obbligatorietà dell'azione penale.

La delicata latitudine di *lettura* del fatto in mano all'A.G. esige oggi un'attrezzatura culturale diversa, alimentata dall'esercizio di una discrezionalità poco *tecnica* giacchè affidata a sua volta all'uso di parametri generici quali la *modalità della condotta* e la *esiguità del danno o del pericolo*; indici che, se fino a ieri fondavano e giustificavano solo l'approccio alla graduazione della pena, oggi pretendono invece di poterla escludere del tutto.

Da qui la necessità di dettare una circolare interpretativo-applicativa da servire quale orientamento generale idoneo ad assicurare, per quanto possibile, una linea operativa coerente ed armonica per l'esercizio delle funzioni propulsive che l'ordinamento assegna all'ufficio di Procura, destinata nella specie ad assumere un ruolo decisivo e trainante, spettando al PM la prima e determinante verifica del fatto.

Per tale ragione è stato costituito un gruppo di lavoro interdipartimentale composto dai Sostituti d.ri Maria Teresa Maligno, Claudio Camilleri e Alessandro Clemente, coordinato dal sottoscritto Proc.re aggiunto, con il compito di analizzare la normativa, enuclearne i principi applicativi e ponderarne le ricadute sul lavoro d'ufficio.

All'esito dello studio e delle conseguenti riunioni di coordinamento è stato redatto il presente scritto condiviso dal Proc.re della Rep.ca, da valere pertanto quale circolare destinata all'intero Ufficio.

Va segnalato che, su iniziativa del Procuratore Generale presso questa Corte d'Appello e all'esito della riunione del 28 aprile 2015, è stato siglato tra il Procuratore Generale e i Procuratori del distretto, in data 22 maggio 2015, un protocollo d'intesa sulle problematiche interpretative/applicative riguardanti l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, che si allega alla presente circolare.

I - Profili sostanziali

1. I reati possibili e gli argini edittali

L'art. 1 del decreto legislativo in oggetto s'interessa delle modifiche al codice penale, in particolare introducendo una nuova disposizione, l'art. 131-*bis* c.p. sotto la rubrica "*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*".

La scelta del legislatore è stata quella di innestare la disposizione di nuovo conio nella parte generale e più precisamente all'interno del Capo I del Titolo V - oggetto all'uopo di un *restyling* lessicale, diventando rispettivamente intitolati "*Capo I - Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena*" e "*Titolo V - Della non punibilità per particolare tenuità. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena*" - del Libro I del codice destinato per l'appunto a disciplinare i reati in generale.

Per la prima volta figura quindi una causa di non punibilità di respiro generale, ossia non calibrata sul verificarsi di speciali accadimenti e/o relazioni idonei ad elidere la pena per singoli e specifici reati.

Ciò nondimeno va subito chiarito che, pur concepita in termini generali, la causa di non punibilità in discorso non partecipa della disciplina propria delle analoghe cause disseminate nel codice e nelle leggi penali; essa rinviene un duplice precedente, in campo minorile (art. 27 DPR n. 448/1988) e nell'ambito dei reati di competenza del giudice di pace (art. 32 D.lgs n. 274/2000) ma da entrambi si discosta alquanto sia in termini ontologici che in ordine ai requisiti di applicabilità.

Sia la *Relazione* al decreto delegato che quella illustrativa del suo precedente schema avvertono all'unisono (cfr. punto 6.) del fatto che la "*disciplina processuale non può essere quella 'comune' delle cause di non punibilità*", sicchè è ragionevole concludere che essa, al di là del novello art. 131-*bis* e degli ulteriori ritocchi processuali portati dal decreto, andrà oggi riguardata come un istituto del tutto inedito, forgiato in via generale ma suscettibile di un adattamento ricostruttivo ogni qual volta una specifica disposizione del codice evochi le *cause di non punibilità* a corredo e motivo di conseguenze sul piano sostanziale e/o processuale. Il riferimento, per quanto di maggiore interesse applicativo in questa sede, è agli artt. 385, 273, comma 2, e 203 c.p.p. in tema di divieti di arresto e di misure cautelari nonché ai fini della pericolosità sociale; aspetti che direttamente investono il lavoro inquirente/requirente e che per complessità e delicatezza meriteranno una apposita trattazione più avanti.

Il primo comma della nuova disposizione sostanziale, affidandosi ad un criterio di mera gravità edittale, dispone che i fatti suscettibili di essere valutati come *particolarmente tenui* sono quelli corrispondenti ai reati che prevedono:

- a) una pena detentiva fino a cinque anni;
- b) una pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva.

Quanto alla prima categoria, vi rientrano tutte le contravvenzioni (*ex art. 66, n. 2, c.p.*) e i delitti punibili fino al tetto edittale massimo quinquennale a prescindere dal minimo.

Quanto alla seconda, i reati (delitti e contravvenzioni) puniti con pena pecuniaria di qualsivoglia ammontare, sola o congiunta a pena detentiva nei limiti indicati *sub a*).

Al riguardo è appena il caso di segnalare che la locuzione "*pena detentiva*" per il suo portato tecnico e onnicomprensivo è votata a ricomprendere anche le sanzioni (anch'esse detentive) della reclusione e dell'arresto domiciliare di imminente debutto in attuazione della delega di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 1 della medesima legge n. 67/2014.

Appare quantomeno curioso, poi, evidenziare l'anomala differenza tra la scelta ricognitiva operata nel caso in esame e l'analoga formula adottata in seno alla medesima fonte normativa a proposito della *messa alla prova*, laddove per quest'ultimo istituto il perimetro criminoso da esso attinto è detto ricomprendere anche "*i reati puniti...con la pena edittale detentiva...alternativa alla pena pecuniaria*", quale ad esempio il reato di cui all'art. 697 c.p..

A ben vedere, però, nulla impone di considerare lo scarto lessicale deliberatamente volto ad escludere dal novero dei reati suscettibili di *particolare tenuità* i reati puniti con pena alternativa, sicchè esso va ascritto alla incuria terminologica nella quale sempre più frequentemente incorre ormai il legislatore.

Il comma 4 dell'art. 131-*bis* enuncia il criterio da seguire per la determinazione della pena edittale: "*...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'art. 69*".

La disciplina di calcolo evoca in prima battuta una categoria tutt'altro che nuova nel sistema dei codici - cfr. l'art. 157, comma 2, c.p., ai fini della prescrizione; l'art. 4 c.p.p. per la determinazione della competenza; gli artt. 278 e 379 c.p.p. rispettivamente ai fini dell'applicazione delle misure cautelari e per l'esecuzione dell'arresto e del fermo - ma nel caso odierno essa è formula unica e tendenzialmente esaustiva, non accompagnandosi alle previsioni complementari contenute nelle ora citate disposizioni circa le regole di computo della *continuazione* e della *recidiva*.

Quanto detto impone alcune precisazioni.

Sia la recidiva che la continuazione implicano, com'è noto, una ripetizione criminosa apparentemente ostativa ad una valutazione di *particolare tenuità* del fatto: requisito imprescindibile per quest'ultima è infatti che il comportamento risulti *non abituale* (cfr. art. 131-*bis*, comma 1).

Parrebbe agevole, pertanto, fare discendere l'inammissibilità di un giudizio di tenuità sulla scorta della considerazione che chi ha già delinquito o contestualmente delinqua più d'una volta è soggetto abitualmente propenso al crimine.

Tuttavia, il testo della relazione illustrativa al decreto delegato, nell'offrire una (autentica) lettura del concetto di *abitualità*, genera invero una duplice perplessità. Al punto 4 intanto considera come "...il

concetto di 'non abitualità' del comportamento implichi che la presenza di un 'precedente' giudiziario non sia di per sé ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto...”, chiarendo immediatamente dopo che “...nell'art. 131-bis uno specifico comma (il terzo nella versione attuale)...descrive (solo) talune ipotesi in cui il comportamento non può considerarsi 'non abituale'...”, con la conseguenza che sarà compito del giudice - e prima ancora del PM - individuare le fattispecie non tenui per una ritenuta abitualità al reato.

A ciò si aggiunga il rilievo che la recidiva, allorché comporti un aumento superiore ad un terzo, va considerata alla stessa stregua di una circostanza ad effetto speciale (cfr. per tutte, Cass., SS.UU. 24 maggio 2011 n. 20798; Cass., Sez. III, 26 gennaio 2015 n. 3391), sicché essa finisce per rientrare, in detti casi, nella previsione di calcolo di cui al comma 4 dell'art. 131-bis.

La somma di tali indicazioni, ancorché conduca l'interprete a considerare possibile un giudizio di particolare tenuità anche nell'ipotesi di recidiva e di continuazione, porta ad alcune ragionevoli prescrizioni che qui di seguito si elencano quali linee-guida operative:

- la sussistenza di un solo precedente penale (recidiva) non è di per sé ostativa alla particolare tenuità del fatto, tranne che si tratti di reato della stessa indole (comma 3);
- il medesimo precedente (recidiva), ove d'indole diversa, andrà tuttavia valutato tenendo conto:
 - se comportante un aumento superiore a un terzo (*sicut* circostanza ad effetto speciale), della sua refluenza ai fini del calcolo della pena edittale *sub* comma 1;
 - in caso contrario, dell'intervallo di tempo tra la sua commissione e il fatto in esame al fine di verificare se nella specie possa ritenersi *abituale* il comportamento dell'agente;
- la compresenza di un solo altro reato nel medesimo procedimento (concorso materiale) o la sua autonoma pendenza (carico pendente) non è condizione per sé sola ostativa alla particolare tenuità del fatto, tranne che si tratti di reato della stessa indole (comma 3);
- sia il concorso formale (art. 81, comma 1, c.p.) che la continuazione (art. 81 cpv. c.p.) tra due soli reati di diversa indole esigono, per un giudizio di tenuità non neutralizzato dalla abitualità, un'attenta considerazione e, nel secondo caso, anche dell'intervallo di tempo intercorrente tra di essi;
- una recidiva plurima (a sua volta operante quale aggravante ad effetto speciale ai fini del calcolo della pena) così come un'ipotesi di concorso o continuazione di più reati oltre quello in esame costituiscono in ogni caso fattore antagonista rispetto al giudizio di particolare tenuità.

Ai fini considerati è pertanto quanto mai opportuno che il pubblico ministero, onde saggiare il grado di offensività di un fatto sussumibile sotto alcuno dei reati c.d. sensibili, non trascuri di corredare il fascicolo, oltre che del certificato del casellario giudiziale, altresì di quello relativo ai carichi pendenti.

Ulteriore accorgimento utile va ritenuto quello di procedere compiutamente alle iscrizioni nel registro delle notizie di reato, ossia con i riferimenti normativi a tutte le circostanze del caso, al fine di permettere al giudice una stima completa, anche formale, del fatto nella sua integralità; mentre, infatti, le

circostanze *speciali* menzionate al quarto comma operano senz'altro ai fini della determinazione della pena, ogni altra circostanza, ove ritenuta sussistente, gioverà alla formazione del giudizio di *particolare tenuità* indicato dal legislatore.

Si è detto sopra in ordine al requisito negativo della *non abitualità* per i riflessi sugli istituti della recidiva e della continuazione; ogni altro analogo aspetto disciplinato dal nuovo art. 131-*bis* - in particolare il testo del comma 3 e le sue problematiche applicative - verrà trattato in prosieguo.

Tornando alla duplice categoria di circostanze di cui occorre tener conto ai fini della pena edittale - ossia le circostanze con previsione di pena di specie diversa da quella ordinaria, nonché quelle ad effetto speciale ivi compresa la recidiva foriera di aumento superiore al terzo - il comma 4 come sopra richiamato prevede che esse operino ciascuna in ragione della propria incidenza aggravante/attenuante, senza cioè possibilità alcuna di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p.. In proposito occorre prestare particolare attenzione ai casi di ricorrenza di una sola attenuante ad effetto speciale; in dette ipotesi, onde individuare il limite edittale del reato, occorrerà operare una ideale diminuzione di un solo giorno ove l'attenuante non prevede un minimo di mitigazione (es. art. 609-*bis*, ultimo comma, c.p. in cui l'applicabilità dell'attenuante non consente alla pena di discendere nel parametro edittale massimo previsto dall'art. 131-*bis* c.p.), nel caso invece in cui la circostanza contempra un minimo e un massimo di attenuazione (es. art. 625-*bis* c.p.) bisognerà tenere conto della diminuzione minima prevista.

In caso di plurimo concorso di circostanze siffatte, la regola sarà allora quella dettata dall'art. 63 c.p. nei seguenti termini:

- se eterogenee, la diminuzione opererà sulla pena stabilita per l'aggravante *speciale*;
- se omogenee, l'aumento o la diminuzione opererà una volta soltanto giacché gli ulteriori aumenti/diminuzioni, riacquistando effetto *ordinario* (cfr. commi 4 e 5 dell'art. 63 cit.), perdono rilevanza ai fini della determinazione della pena.

L'ambito dei reati suscettibili di diagnosi di accentuata tenuità è dunque esaurito dalla previsione del 1° comma alla luce della regola del 4° comma dell'art. 131-*bis*.

L'indicazione contenuta nel 5° comma, per quanto attestata con formula espressiva nient'affatto chiara, non ha alcuna funzione *estensiva* di quell'ambito bensì essa è destinata a dirimere un potenziale contrasto tra la *particolare tenuità* di nuovo conio e l'analoga categoria prevista come circostanza attenuante in alcune fattispecie tipiche, ad esempio, come nell'ipotesi di *particolare tenuità* ai sensi dell'art. 323-*bis* c.p. concernente i reati di cui agli artt. 314 comma 2, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 318, 319-*quater* comma 2, 323 c.p., tutti rientranti nei limiti edittali previsti dal nuovo istituto, o ancora nelle analoghe ipotesi di cui agli artt. 2640 c.c. e 12, comma 1, D.lgs. n. 231/01.

Ad onta di affrettate e fuorvianti letture è in verità la Relazione al decreto delegato a chiarire gli esatti termini della disposizione. Essa a f. 5 afferma infatti che *“Il quinto comma dell'art. 131-*bis* del codice penale completa l'individuazione dell'ambito applicativo, precisando che l'istituto può trovare applicazione ‘anche quando la legge*

prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante', sempre che ovviamente la 'tenuità del fatto' superi la soglia della circostanza e giunga ad integrare gli estremi di quella particolare 'irrilevanza' desumibile dai requisiti e criteri di cui al primo comma".

Orbene, così raggiunto l'intento didascalico sul rilievo che la nuova causa di non punibilità è applicabile anche laddove la *particolare tenuità* sia chiamata a fondare una mera diminuzione di pena, resta adesso da tracciare lo spartiacque semantico tra le due categorie concettuali affinché si possa comprendere per i distinti effetti che ne discendono quando in concreto ricorra l'una o l'altra *tenuità*.

Nel silenzio della legge, la Relazione sembra frettolosamente affidare la soluzione al riscontro di un *quantum* nel fatto di *tenuità* tale (ovviamente in eccesso) da premiare l'irrilevanza penale e non già la mera riduzione di pena. Affinchè però il criterio non rimanga nebuloso e arbitrario occorre che l'interprete pervenga ad una regola; esigenza a maggior ragione avvertibile per un ufficio di Procura cui compete la prima selezione d'irrilevanza ai fini archiviativi.

Ed allora, unico, plausibile e ragionevole indice distintivo non può che riconoscersi in quello secondo cui per giungere ad una dispensa di pena per irrilevanza del fatto la *particolare tenuità* vada ricercata alla stregua dei parametri tutti, positivi e negativi, dettati dall'art. 131-*bis*, laddove invece l'accesso alla diminuzione potrà essere giustificato da una libera valutazione del fatto, ossia al di fuori dei rigorosi e condizionanti margini valutativi prescritti dalla norma di esonero. Per citare un esempio, un fatto integrante abuso d'ufficio di assai modica entità in cui il p.u. risulti già gravato da analogo precedente non potrà mai qualificarsi alla stregua di una *particolare tenuità* esonerativa di pena (più reati della stessa indole *ex* comma 3 dell'art. 131-*bis* quale fattore preclusivo), pur tuttavia il medesimo fatto ben potrà meritare una stima riduttiva *ex* art. 323-*bis* c.p. e pertanto un'attenuazione della pena.

Per completezza è bene chiarire come debba intendersi radicalmente escluso che una notizia di reato, ancorchè apparentemente riconducibile ad un fatto pacifico di *particolare tenuità*, sia iscritta nel registro Mod 45.

Con riferimento, poi, ai procedimenti contro persone ignote, l'esplicita previsione normativa di cui all'art. 415 c.p.p. - la cui interpretazione porta inevitabilmente alla conclusione che se il reato sussiste e non è stato possibile addivenire all'identificazione degli autori del reato unica formula utilizzabile sia quella " dell'essere rimasti ignoti gli autori del reato" - ed ancora la materiale impalpabilità del requisito della *abitualità* conducono alla conclusione che per essi l'istituto non trova applicazione.

2. La "particolare tenuità dell'offesa" e la "non abitualità del comportamento": i due indici/criteri della causa di non punibilità ex art. 131 bis c.p.

Come fin qui si è detto, la prima parte del primo comma dell'art 131 bis cp affida al dato oggettivo offerto dall'indicazione di un preciso ambito edittale la classe di reati cui estendere la portata operativa dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. La restante parte del medesimo comma

delimita ulteriormente il campo individuando nella *particolare tenuità dell'offesa* e nella non *abitudine del comportamento* i due indici/criteri (così definiti dalla Relazione di accompagnamento) che devono guidare il giudizio dell'interprete nella verifica circa l'effettiva particolare tenuità del singolo fatto concreto di volta in volta in disamina (“...la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'art 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale”).

Deve in primo luogo evidenziarsi che, come è peraltro agevole ricavare dalla mera lettura del dato normativo, siffatti indici/criteri si pongono tra loro in rapporto per così dire di cumulo necessario; essi devono cioè entrambi necessariamente ricorrere affinché possa affermarsi la particolare tenuità di un dato fatto (troncante appare in tal senso il ricorso del legislatore alla congiunzione “e”: “...l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale”).

2.1. La particolare tenuità dell'offesa

Siffatto elemento si articola a sua volta in due “indici/requisiti” dettati dalla medesima norma e costituiti dalla “modalità della condotta” e dalla “esiguità del danno o del pericolo” che per espressa previsione del legislatore devono essere valutati dall'interprete ai sensi dell'art 133 comma I cp.

- a) L'apprezzamento circa la “modalità della condotta” rimanda dunque l'operatore ai punti nn 1 (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione) e 3 (intensità del dolo o del grado della colpa) dell'art 133 comma I cp. Sebbene la norma si incentri sulla “tenuità del fatto” con prevalente riferimento all'elemento oggettivo del reato, la disamina della “modalità della condotta” impone quindi all'interprete di effettuare una valutazione anche del grado della colpa e dell'intensità della colpevolezza, ciò che restituisce un certo margine di rilevanza al giudizio dell'elemento soggettivo del reato, dunque a ben vedere nient'affatto estraneo alla portata operativa dell'art. 131 bis cpp.
- b) Al fine della verifica del requisito della “esiguità del danno o del pericolo”, l'interprete dovrà invece avere riguardo, specularmente, al punto n. 2 (gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa) dell'art 133 comma I cp. Dal raffronto tra le due disposizioni in ultimo citate, oltre ad emergere l'utilizzo dei termini speculari gravità ed esiguità, traluce l'assenza, nell'art 131 bis comma I cp, del riferimento alla persona offesa.

Si tratta a ben vedere di un indice rivelatore della portata assai ampia dell'art 131 bis cp, il cui ambito di operatività si estende d'altronde anche a quelle fattispecie di reato prive di una persona offesa se non anche di un danno risarcibile (si pensi all'art. 116 del codice della strada).

2.2. Il comportamento non abituale

Il secondo indice/criterio che deve orientare l'individuazione di un fatto come di particolare tenuità è, come visto, rappresentato dalla non abitudine del comportamento, menzionata al comma I dell'art 131 bis cp.

Occorre in primo luogo rilevare come il termine "comportamento" vada nettamente distinto dal "fatto"; con il primo il legislatore evoca, infatti, il complesso degli atteggiamenti e delle condotte assunte dal soggetto anche antecedentemente e/o successivamente al "fatto", da intendersi invece nella sua accezione di evento isolato.

In pratica, il singolo "fatto" non può essere considerato di particolare tenuità qualora esso si associ alla abitudine delle condotte (coeve, precedenti e/o successive) assunte dal suo autore ovvero risulti esso stesso manifestazione di essa.

La nozione di abitudine rilevante ai fini della disposizione in esame è offerta dal legislatore al successivo comma III, laddove si definisce come abituale *"..il comportamento il cui autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"*.

Il richiamo all'autore del reato che sia già stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, pur non destando alcuna incertezza interpretativa circa il chiaro riferimento alle ipotesi previste dagli artt. 102, 103, 105 e 108 cp, induce nondimeno l'interprete a talune più approfondite riflessioni.

Il "fatto" non è dunque l'unico parametro di valutazione che deve orientare il pubblico ministero ovvero il giudice; anche la figura dello "autore" assume diretto rilievo ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Laddove il I comma dell'art 131 bis cpp, come visto, fa espresso riferimento ai parametri di valutazione contemplati dall'art 133 comma I cpp, il successivo comma III dell'art 131 bis cp contiene, di fatto, un implicito richiamo ai "precedenti penali e giudiziari", sanciti dall'art. art 133 comma II n. 2 cp quali (alcuni degli) indicatori della capacità a delinquere del colpevole.

Si segnala al riguardo l'anomalia offerta dal mancato richiamo, nel primo periodo del comma III della disposizione in esame, al *contravventore abituale*, che non può dunque di per sé vedersi preclusa l'applicazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto; applicazione che semmai andrà riguardata alla stregua del canone sostanziale (non più formale ma sostanziale) che segue.

La non punibilità ex art 131 bis cp resta infatti preclusa anche nel caso di commissione di *più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità*.

Per reati della stessa indole devono certamente intendersi quelli definiti come tali dall'art 101 cp (*"agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse,*

nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni”) e tuttavia in proposito occorrerà affidarsi al catalogo giurisprudenziale elaborato negli anni.

Si è detto sopra del fatto che l’art 131 bis cp non contiene alcun riferimento alla recidiva e si sono esaminati i casi in cui la stessa acquista rilevanza agli odierni fini.

Ciò, se per un verso implica che anche la recidiva, di per sé considerata e purchè non reiterata e specifica (per le ragioni sopra esposte), non è ostativa alla declaratoria di non punibilità (ancora una volta si richiama qui la Relazione illustrativa ove si afferma che “..la presenza di un “precedente” giudiziario non sia di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti”), induce per altro verso a ritenere che nel novero dei reati della stessa indole possano esservi anche quelli per i quali non sia ancora intervenuta una condanna.

Orbene, in sede di esame da parte del Procuratore Generale e dei Procuratori del distretto delle problematiche interpretative e applicative discendenti dalla riforma - esame poi confluito nel protocollo del 22 maggio c.a. menzionato in premessa - si è pervenuti sul punto specifico a ritenere opportuno e ragionevole considerare ai fini della “abitualità” in discorso i reati “altri” e pendenti ma per i quali sia stata almeno esercitata l’azione penale; procedimenti figuranti dunque nel certificato dei c.d. carichi pendenti.

Pur concordandosi con detta linea interpretativa, nel medesimo documento protocollare indicata peraltro come non esente da possibili rilievi critici, non può negarsi che una valutazione negativa per l’ufficio di Procura, ai fini della sussistenza dell’elemento ostativo della *commissione di più reati della stessa indole*, possa farsi discendere, non soltanto dalla sussistenza di procedimenti per i quali sia stata già esercitata l’azione penale, ma anche di quelli ancora oggetto di indagine e che il magistrato del PM, qualora non sia egli stesso titolare dei relativi procedimenti, può conoscere effettuando una mera consultazione del registro informatico delle iscrizioni (SICP).

Qualora da siffatte risultanze dovesse emergere la pendenza presso altro magistrato dell’ufficio di un procedimento per altro reato potenzialmente della stessa indole, non sembra irragionevole attivarsi richiedendo al collega informazioni ovvero la trasmissione in visione del relativo fascicolo al solo scopo di valutare personalmente e direttamente l’identità d’indole del reato; opzione operativa che va senz’altro privilegiata non determinando essa, nel caso di accertata identità e dunque di preclusione all’accesso alla causa di non punibilità, alcun rischio di un’incauta *discovery* in ordine alla posizione dell’indagato. Diversamente, in ipotesi di procedimento in corso, ove non dovesse riscontrarsi il requisito della stessa indole, andrà effettuata allora un’attenta ponderazione tra la scelta archiviativa *ex art. 131 bis c.p.* con l’inevitabile ostensione della notizia della parallela pendenza penale ed una scelta invece abdicativa nei riguardi della *particolare tenuità* del contesto in esame.

Ovvia considerazione è poi quella che nella realtà fenomenica ben può essere possibile che la pendenza, anche di un reato della medesima indole, figuri presso altra A.G. (se carico pendente) o altra Procura (se ancora in indagine), ma in casi del genere nessun rimedio può esservi trattandosi di evenienze che solo se conosciute acquisteranno rilievo ai fini in esame.

Parimenti preclusiva della non punibilità per particolare tenuità del fatto è la ricorrenza di *reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*.

Condotte *abitudinali* sono innanzitutto certamente quelle riconducibili ai c.d. reati abituali, ossia quei reati ove il comportamento criminoso rileva per la reiterazione nel tempo di più condotte identiche e omogenee.

Certamente esclusi dall'ambito di operatività della norma sono i c.d. "reati necessariamente abituali" (es: art 612 bis cpp, peraltro rientrante nel novero edittale solo nel suo primo e secondo comma), mentre possono essere dichiarati non punibili ai sensi dell'art 131 bis cp i c.d. "reati eventualmente abituali", ossia i reati che, pur potendo essere commessi anche con la commissione di un solo atto tipico della condotta incriminata (es: art 348 cp e art 660 cp), si siano invece concretizzati in un'attività abituale, .

Anche i reati a c.d. condotta reiterata (a parte la confusione semantica discendente dal fatto che ad es. nel reato di *stalking*, sicuramente abituale, l'enunciato normativo si esprime in termini di "*condotte reiterate*") sono pure espressamente esclusi dall'ambito operativo dell'art 131 bis cp; essi possono individuarsi in quelli che si consumano con la ripetuta realizzazione di una medesima azione omogenea, tuttavia non caratterizzata dalla cesura temporale tipica dei reati abituali (es: art. 659 cp).

Infine, per reati a condotta plurima - categoria vaga e non ancorata ad un preciso schema teorico - possono intendersi quelli la cui consumazione, così come pretesa dalla norma, presuppone la realizzazione di più azioni da parte del medesimo soggetto agente (es: art. 485 cp, ove l'uso o il lasciare che altri faccia uso di una scrittura privata falsa deve conseguire alla condotta di formazione, in tutto o in parte, della scrittura stessa o di alterazione di una scrittura vera).

In un'accezione più ampia di *condotta plurima* potrebbero ritenersi ricomprese le fattispecie complesse del concorso formale e del reato continuato. Al riguardo vale tuttavia precisare quanto detto in precedenza ossia che, nell'ipotesi di ricorrenza di due soli reati (siano essi anche in concorso formale o in continuazione criminosa), la situazione andrà attentamente valutata, anche sotto il profilo dell'intervallo temporale, ai fini del requisito della *abitudinalità* ostativa.

Ove i reati dovessero essere più di due, quest'ultimo requisito non potrà che essere considerato sussistente con gli effetti preclusivi che seguono in ordine alla causa di non punibilità della *particolare tenuità*.

3. I criteri ostativi previsti dal nuovo art. 131-bis comma 2 c.p.

Come abbiamo visto, il primo presupposto affinché la punibilità sia esclusa è, innanzitutto, che si proceda per reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (delitti o contravvenzioni), ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta a quella detentiva.

Secondo presupposto è che il fatto per cui si procede sia stato commesso con modalità che non rientrino nelle ipotesi delineate al comma II del medesimo art. 131 bis c.p.

In particolare, le modalità della condotta, ai fini della sussistenza della particolare tenuità, sono prese in considerazione secondo un duplice parametro, uno positivo e uno negativo.

In positivo, assumono rilevanza i criteri di cui al primo comma dell'art. 133: non solo la natura, i mezzi, la specie, l'oggetto, il tempo e il luogo della condotta, ma anche l'intensità del dolo e il grado della colpa.

In negativo, prevedendo appunto al comma II dell'art. 131 bis una elencazione esemplificativa e non tassativa - suscettibile dunque di essere arricchita nell'elaborazione giurisprudenziale se non addirittura di novelle successive che vadano a integrare il testo originario - il legislatore si premura di escludere che l'interprete possa far ricorso alla speciale causa di non punibilità quando l'autore abbia agito:

a) *per motivi abietti o futili;*

richeggia qui l'aggravante soggettiva di cui all'art. 61 n. 1 c.p., sicché il requisito va riguardato alla stregua della interpretazione giurisprudenziale della circostanza: pertanto, per motivo abietto si intende quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano; nel secondo caso, la futilità del motivo a delinquere è indice univoco di un istinto criminale più spiccato e della più grave pericolosità del soggetto;

b) *con crudeltà anche in danno di animali;*

si inibisce quindi la causa di non punibilità sicuramente per i reati di cui agli artt. 544 bis e 544 ter c.p.; verosimilmente, ricorrendo parimenti estremi riconducibili ad aspetti di crudeltà, anche le successive fattispecie di cui agli artt. 544-*quater* e *quinquies* risentono della medesima inibizione. Interrogandoci poi se sia o meno ostativa la crudeltà adoperata nei confronti di animali quando essa non sia elemento della fattispecie ma sia ad esempio strumentale alla commissione di altro reato (es. nel corso di una violazione di domicilio, mi libero del cane del proprietario sferrandogli un calcio, al solo fine di avere campo libero), sembra ragionevole ritenere che la crudeltà, valutata come modalità della condotta, debba impedire il ricorso alla particolare tenuità;

c) *adoperando sevizie;*

anche in questo caso occorre rivolgersi alla nozione giurisprudenziale di *sevizia*. E così tale aspetto va ritenuto sussistere quando le modalità della condotta rendono obiettivamente

evidente la volontà di infliggere alla vittima sofferenze che esulano dal normale processo di causazione dell'evento e costituiscono un *quid pluris* rispetto all'attività necessaria ai fini della consumazione del reato, rendendo la condotta stessa particolarmente riprovevole per la gratuità e superfluità dei patimenti cagionati alla vittima con un'azione efferata, rivelatrice di un'indole malvagia e priva del più elementare senso d'umana pietà (cfr. per tutte, Cass., n. 30285 del 27/05/2011);

d) approfittando delle condizioni di minorata difesa della vittima;

qui, il riferimento è ai fatti di cui alle circostanze aggravanti di cui all'art. 61 nn. 5, 11 ter e 11 quinques c.p.; ad esse e alla loro elaborazione giurisprudenziale può farsi quindi ricorso;

e) quando la condotta ha cagionato la morte o le lesioni gravissime;

quest'ultima esclusione, inserita nel testo definitivo del decreto, recepisce le osservazioni della commissione Giustizia della Camera, riferite all'essenzialità del bene della vita e dell'integrità psico-fisica della persona, a loro volta oggetto di specifiche sollecitazioni della Corte EDU, la quale ha ritenuto che il valore primario del "bene vita" debba essere adeguatamente considerato dal legislatore interno, anche nei casi in cui la lesione sia dovuta a condotte colpose (così, la Relazione Tecnica al decreto delegato).

Ovviamente, questi criteri ostativi entreranno in gioco - impedendo di applicare l'istituto - in quelle ipotesi di reato che, per pena edittale, siano astrattamente suscettibili di essere valutate come non punibili in quanto sanzionate appunto con pena massima superiore a cinque anni (ad esempio, i criteri ostativi di cui sopra restano ininfluenti ai nostri fini quanto al reato di c.d. procurato aborto (art. 18, l. n. 194/78), di omicidio preterintenzionale e di omicidio colposo con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale (art. 589, commi 2 e 3, c.p.), dal momento che la loro pena edittale massima è rispettivamente di otto anni, di diciotto anni e di sette/dieci anni di reclusione, operando in quest'ultimo caso l'aggravante ad effetto speciale). Viceversa, vi rientrano - nel senso che restano esclusi dalla particolare tenuità per il solo requisito della causalità - l'omicidio colposo (art. 589, comma 1, c.p.) sanzionato con pena massima di cinque anni, le lesioni personali colpose gravissime (art. 590 c.p.).

Ciò non vuol dire che l'elencazione sia pur esemplificativa sopra riportata possa essere utilizzata quale termine di paragone per la valutazione degli indici di cui al primo comma, e che l'esiguità dell'offesa e la particolare tenuità del fatto sussistano ogni qual volta la condotta non presenti i caratteri "inibitori" previsti dal secondo comma, con l'inaccettabile conseguenza di ritenere positivamente valutabile ai fini della non punibilità ogni situazione diversa da quelle descritte;

f) quando dalla condotta sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona;

il richiamo è in generale alla disposizione dell'art. 586 c.p. ma l'inibizione s'indirizza verso ogni delitto doloso di pena infraquinquennale - diversamente opererebbe il criterio ostativo edittale - che abbia oggettivamente determinato la morte o lesioni gravissime. Può qui menzionarsi il caso dell'abbandono di persone minori o incapaci di cui all'art. 591, sia primo che terzo comma (in quest'ultimo caso l'aggravante non è ad effetto speciale), c.p. ove da esso sia derivata la morte o lesioni gravissime. Ed ancora, la cessione di stupefacenti di lieve entità (art. 73, comma 5, DPR n. 309/90) e il reato di adulterazione/contraffazione di cose destinate al commercio (art. 441 c.p.) laddove ne siano derivate analoghe conseguenze.

A completamento di quanto detto, va segnalata l'esigenza che, nella ricorrenza degli aspetti suindicati che dovessero integrare le omologhe circostanze aggravanti (art. 61 nn. 1, 4 e 5 c.p.), queste ultime dovranno essere opportunamente iscritte ancorchè ininfluenti ai fini della pena.

II - Profili processuali

L'art 2 del decreto legislativo n. 28/2015 reca modifiche anche al codice di procedura penale al fine di adattare le norme procedurali alla disciplina sostanziale dell' istituto di nuovo conio.

La procedura in contraddittorio è regola indeclinabile per potere accedere alla causa di non punibilità; sia la persona offesa che l'indagato acquistano capacità d'interlocazione critica in tutte le fasi decisorie del rito penale, ossia al termine delle indagini preliminari in vista di un'archiviazione, in sede predibattimentale grazie al *restyling* testuale dell'art. 469 cpp, all'esito dell'udienza preliminare (art. 425 c.pp), del giudizio abbreviato (art. 442 cpp) e del dibattimento (art. 530 cpp).

La mancata rivisitazione dell'art. 129 cpp - originariamente presente nello schema di decreto - preclude la possibilità di una declaratoria "*in ogni stato e grado*", confinando l'applicazione dell'istituto in una delle fasi decisorie del procedimento.

1. Introduzione di un nuovo caso di archiviazione

Una prima novità riguarda l'introduzione di una nuova ipotesi di archiviazione.

E infatti l'elenco degli "*altri casi di archiviazione*" di cui all'art. 411 c.p.p. (mancanza di una condizione di procedibilità, reato estinto e fatto non previsto dalla legge come reato) si arricchisce aggiungendo al comma 1 anche il caso in cui la persona sottoposta alle indagini non sia punibile ai sensi dell'art. 131 bis c.p. per particolare tenuità del fatto.

A tal fine la disposizione contenuta nella lettera b) dell'art. 2 aggiunge il comma 1 bis all'art. 411 c.p.p. stabilendo la procedura che dovrà essere osservata nel caso di archiviazione per particolare tenuità del fatto.

In dettaglio:

1. è stato introdotto l'obbligo per il pubblico ministero che intenda avanzare richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 131 bis c.p. di avvisare sia la persona offesa del reato che l'indagato; ciò in ogni caso e a prescindere dalla presenza di una formale richiesta della p.o. come prevista dall'art. 408, comma 2, cpp;
2. la persona offesa e l'indagato hanno dieci giorni di tempo (contrariamente ai 20 gg. previsti in caso di delitti commessi con violenza alla persona *ex art. 408 comma 3 bis c.p.* introdotto dalla legge 15 ottobre 2013 n.119) dalla notifica dell'avviso per prendere visione degli atti e presentare opposizione al giudice. Con l'atto di opposizione la persona offesa e/o l'indagato dovranno indicare a pena di inammissibilità le "*ragioni del dissenso*". Ciò che assicura l'ammissibilità dell'opposizione, dunque, non è più il fatto che i rilievi opponibili debbano contenere l'indicazione di ulteriori indagini (art. 410, comma 1, cpp) ancorchè sia da aspettarsi che, a motivo del dissenso, indagato e p.o. chiedano ulteriori approfondimenti d'indagine;
3. il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'art. 409 comma 2 c.p.p. (fissazione della udienza camerale) e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta , provvede con ordinanza;
4. in manca di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e se accoglie la richiesta di archiviazione , pronuncia decreto motivato;
5. nei casi in cui non accoglie la richiesta di archiviazione il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'art. 409 commi 4 e 5 (indicazione di ulteriori indagini, imputazione coatta).

Una prima riflessione va fatta con riferimento all'introduzione dell'obbligatorietà dell'avviso alla persona offesa.

La persona offesa del reato va avvisata se individuata e ancorché si tratti di persona giuridica.

Da notare che nel novero dei reati compresi nella cornice edittale di cui all'art. 131 bis c.p. sono comprese molte fattispecie penali sia di natura delittuosa che contravvenzionale in cui non è prevista una specifica persona offesa. E' ovvio che in tali casi non occorra spedire preventivo avviso.

Dal momento che si prescinde da un'apposita istanza, l'individuazione della persona offesa diventa un adempimento assai rilevante per le conseguenze relative all'invalidità della decisione. All'uopo deve quindi farsi ricorso alla regola giurisprudenziale che, distinguendo il reato monoffensivo dal reato plurioffensivo, stabilisce che, nel primo caso la persona fisica sarà individuabile sulla base dell'oggettività giuridica tutelata dalla norma mentre, nel secondo caso, è tale anche la persona fisica su cui cade l'azione (cfr., per tutte, Cass. , Sez V, 31 marzo 1999 n. 1523; Cass. pen. Sez III del 11.12.2013 n. 157).

Analogo discorso vale anche quando la persona offesa è identificabile in un soggetto pubblico facilmente individuabile. Ciò accade, ad esempio, in tema di reato di abuso di ufficio quando l'interesse pubblico leso è direttamente riconducibile a quello dell'ente cui appartiene il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio la cui condotta sia contraria ai doveri di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione. È evidente allora come in questi casi l'avviso debba essere notificato anche al rappresentante dell'ente di appartenenza.

In linea generale si ritiene di suggerire che, in aderenza allo spirito garantista della riforma e sulla scia dell'interpretazione giurisprudenziale che tende ad allargare la sfera dei soggetti privati e/o pubblici che rivestono la qualità di persone offese in tipologie di reato pensate e costruite per tutelare interessi di natura pubblicistica, appare opportuno accedere ad una interpretazione comunque lata del concetto di persona offesa.

Per quanto concerne invece la notifica dell'avviso questa va fatta solo alla persona offesa con la conseguenza che l'atto non dovrà essere notificato al difensore, salvo nei casi di cui all'art. 33 disp. att. c.p.p., ossia quando la p.o. abbia nominato un difensore con l'effetto che il domicilio di questi s'intende eletto *ex lege*. Da tenere conto che la recente rivisitazione dell'art. 101 cpp (d.l. n. 93/2013 conv. con modif. nella l. n. 119/2013) impone alla p.g. e al PM di informare la p.o. della facoltà di nominare un difensore; adempimento che, nella specifica materia in esame, acquista pertanto un'intuibile e ancor maggiore rilevanza.

Non essendo prevista una particolare disciplina in tema di procedura di notifica si dovrà avere riguardo, quanto alla parte offesa, alle norme generali anche con riferimento a quelle sulla irreperibilità. Una soluzione di segno diverso determinerebbe di fatto la paralisi delle procedure.

Altro avviso necessario è quello che va dato alla persona indagata che, al pari della persona offesa dal reato, vanta qui un vero e proprio diritto ad interloquire sulla richiesta di archiviazione.

È agevole individuare la ragione di tale coinvolgimento nel fatto che l'indagato può avere interesse a ottenere una formula di archiviazione (con relativa motivazione) che non determini effetti pregiudizievoli e ciò è comprensibile laddove si consideri che il D.lvo n. 28/2015 ha introdotto disposizioni che modificano la normativa dettata in tema di casellario giudiziale stabilendo, tra le altre cose, che anche il provvedimento di archiviazione deve esservi iscritto. Siffatta iscrizione determinerà infatti effetti pregiudizievoli per la persona indagata se non altro perché inciderà negativamente su un'eventuale futura valutazione quanto al requisito della *abitualità* di cui all'art. 131 bis cp.

Alla luce di quanto ora detto, è ragionevole altresì ipotizzare che l'indagato, a fronte di una prospettiva archiviativa per così dire "*pesante*", richieda di contro - argomentando con coerenti rilievi - lo svolgimento del giudizio di merito. A tal riguardo, infatti, potrebbe ritenersi prevalente per l'indagato accedere ad un giudizio che accerti la sua estraneità al fatto piuttosto che ottenere un

provvedimento del giudice che, presupponendo la realizzazione del fatto tipico, lo archivi sulla base della sua tenuità..

Quanto alla procedura da adottare per la notificazione dell'avviso alla persona indagata valgono le regole generali e conseguentemente in caso di irreperibilità, quest'ultimo andrà notificato all'indagato previa emissione del relativo decreto di irreperibilità.

La necessità del previo contraddittorio (anche) con l'indagato e il rischio di una archiviazione a lui "sgradita" innesca il dubbio sulla necessità di sospensione del procedimento alla medesima stregua del processo c.d. *in absentia*.

Le parti hanno a disposizione dieci giorni per prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare" a pena di inammissibilità" le ragioni del loro dissenso.

Sul punto deve ragionevolmente ritenersi che nel caso di archiviazione per tenuità del danno, in ipotesi di delitti di violenza alla persona che rientrino nella cornice edittale di cui all'art. 131 bis c.p. (si pensi ad es. al delitto di percosse o al reato di lesioni quando queste ultime siano lievi), il termine per proporre opposizione sia di venti giorni e non di dieci, trattandosi di disposizione speciale. Onde scongiurare disequaglianze tra le parti, dal momento che per la persona sottoposta alle indagini continuerebbe a valere il termine di dieci giorni, è consigliabile estendere anche a questi il termine più ampio.

Al fine di mettere le parti in condizioni di esercitare il proprio potere di interlocuzione è auspicabile che nella richiesta di archiviazione il pubblico ministero, dopo avere svolto le necessarie indagini, indichi, conformemente ai dati di iscrizione, le norme che si intendono violate con indicazione specifica di tutte le circostanze attenuanti e aggravanti che ricorrono e con indicazione esatta del luogo e della data di commissione del fatto.

Una particolarità che va segnalata è quella per cui il giudice, quando ritiene di non accogliere la richiesta di archiviazione, può limitarsi meramente a ritrasmettere gli atti al pubblico ministero senza necessità di dovere ordinare indagini suppletive o di ordinare l'imputazione coatta.

Si intende che dovrà motivare le ragioni per cui ritiene non ricorra la particolare tenuità.

Come può riscontrarsi dalla lettura della norma non è previsto il coinvolgimento nel rito del Procuratore Generale stante il mancato richiamo al comma 3 dell'art. 409 cpp.

Quanto al decreto/ordinanza di archiviazione si noti che detto provvedimento, a differenza della sentenza di proscioglimento (cfr. nuovo art. 651-*bis* cpp introdotto dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 3 del decreto), non fa stato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno in quanto per esso fa difetto un'analogha previsione normativa come quella di nuovo conio sopra richiamata.

In ultimo va rilevato che alla formula della *particolare tenuità del danno* va ragionevolmente riconosciuto carattere residuale poiché la sua applicazione, presupponendo un fatto tipico offensivo

e procedibile, è giustificata solo nella (subordinata) assenza di altri motivi per i quali richiedere la archiviazione, sia essa di merito (art. 408 cpp) che di rito (gli altri casi *ex art.* 411 cpp). D'altronde siffatta gerarchia si comprende anche alla luce del maggior pregiudizio discendente sulla posizione dell'indagato quanto alla iscrivibilità nel casellario giudiziale dell'archiviazione per particolare tenuità; aspetto quest'ultimo che invero impone analoga soccombenza anche rispetto alla causa di archiviazione dell'art. 125 disp. att. cpp.

2. Le ricadute in ambito pre-cautelare e cautelare

Uno degli aspetti di più delicato approccio del nuovo istituto all'area delle indagini preliminari - pertanto di stretto e diretto interesse per questo ufficio - attiene alla compatibilità della causa di non punibilità della *speciale tenuità* con i divieti di cui agli artt. 385 e 273, comma 2, cpp, laddove tali disposizioni prevedono rispettivamente il divieto di arresto (e di fermo, che nello specifico tuttavia non rileva per gli esorbitanti limiti edittali di pena che lo consentono) e di misura cautelare personale "*in presenza di una causa di non punibilità*".

Ritenere *tout court* operante in casi siffatti il divieto in parola, oltre che rischiare rotte di collisione con altri principi e obblighi di legge cui appresso si accennerà, significherebbe trascurare il dato ermeneutico di fondo, contenuto nella Relazione illustrativa, per il quale, quanto all'istituto di nuovo conio, la "*disciplina processuale non può essere quella 'comune' delle cause di non punibilità*" (cfr. punto 6).

Se ben si riflette sulla *causa* in esame è agevole comprendere che il suo riscontro necessita di una sollecitazione in contraddittorio di tutte le parti affinché ciascuna - e più ancora la vittima, titolare del bene giuridico vulnerato - esprima il proprio intendimento in ordine alla *particolare tenuità* dell'offesa connessa al reato; la risultante del confronto (*cartolare* in fase archiviativa; *reale e personale* in udienza) offre pertanto occasione e ragione della legittimazione del giudizio di *particolare tenuità* a fondare la corrispondente *causa di non punibilità*; un giudizio comunque rimesso al giudice e nelle fasi istituzionalmente deputate alla sua decisione di merito.

Quanto detto appare peraltro corroborato dal fatto che l'iniziale integrazione della disciplina dell'art. 129 cpp, che avrebbe autorizzato declaratorie in ogni tempo della causa di non punibilità in oggetto, non figura più nel testo definitivo del decreto, con la conseguenza che la *particolare tenuità del fatto* resta intesa come valutazione rimessa al momento conclusivo del rito, ossia in sede di archiviazione, di sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento.

Procedendo da tali principi si colgono invero evidenti difficoltà nel ritenere che la causa di non punibilità in discorso possa apprezzarsi e operare in quanto tale nella fase precautelare di polizia giudiziaria, con l'effetto di precludere (*rectius* vietare) l'arresto (art. 385 cpp). Si consideri inoltre che nel perimetro edittale consentito dall'art. 131-*bis* cpp rientrano delitti che addirittura impongono come obbligatorio l'arresto in flagranza: ad esempio, il tentato furto in abitazione (artt. 56, 624-*bis* cp) e il

tentato furto con violenza sulle cose (artt. 56, 624, 625 n. 2 cp) quando in ambedue i casi non ricorre l'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 cp (in verità non facilmente riscontrabile dalla p.g.).

Va ancora considerato che anche nelle ipotesi di arresto facoltativo la polizia giudiziaria, nel disimpegno del relativo potere, deve tenere conto alternativamente della "gravità del fatto" ovvero della "pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto" (art. 381, comma 4, cpp) ed è ben possibile pertanto che il solo ricorso al secondo parametro giustifichi l'adozione della misura precautelare dell'arresto sia pure facoltativo.

Il punto non è sfuggito in sede di audizione dei rappresentanti dell'ANM in Commissione Giustizia della Camera nei termini in cui è stata espressamente richiamata l'attenzione "...su una possibile disfunzione dalle conseguenze particolarmente invasive: l'entità della pena edittale che permette poi l'applicazione della causa di non punibilità potrebbe determinare casi di arresto in flagranza seguiti poi dalla richiesta di archiviazione: pericolo che potrebbe essere evitato o almeno ridotto con l'inserimento del riferimento all'art. 131-bis cpp 'in coda' all'art. 385 cpp".

L'assenza di un adeguato coordinamento normativo e il rischio di arresti, obbligatori o facoltativi, per fatti valutabili come particolarmente tenui deve pertanto responsabilizzare l'ufficio del PM attraverso un attento, illuminato e prudente intervento del magistrato di turno esterno in grado di valutare, con l'ausilio conoscitivo della p.g. procedente, gli estremi del fatto.

A sua volta l'ambito prettamente cautelare pone analoghi problemi e tuttavia in un'ottica più acconcia alla luce del fatto che a decidere su un'eventuale richiesta cautelare avanzata dal PM per un fatto di reato da questi ritenuto non particolarmente tenue è pur sempre un giudice in grado di valutare la vicenda alla medesima stregua degli atti ponderati dal richiedente.

Anche in questo caso, per le medesime ragioni dette in premessa, attinenti alla fisionomia della peculiare causa di non punibilità, non può ritenersi automaticamente precluso, in forza di una lettura acritica dell'art. 273, comma 2, cpp, l'accesso alla misura cautelare personale, ma esso (accesso) andrà più correttamente calibrato a mente del principio di proporzionalità di cui all'art. 275, comma 2, cpp quale corretto criterio orientativo che mira a scongiurare iniziative cautelari per fatti ad esse non proporzionati.

3. La sentenza predibattimentale ex art. 469 comma 1 bis c.p.p.

L'art. 3 del D.lvo 28/2015 ha introdotto una nuova ipotesi di sentenza predibattimentale introducendo il comma 1 bis dell'art. 469 c.p.p. ove si legge che "il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'art. 131 bis c.p. , previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa se compare ":

Si tratta del proscioglimento prima del dibattimento che ai sensi della comma 1 dell'art. 469 c.p.p. il giudice dichiara con sentenza quando l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita ovvero se il reato è estinto e per accertarlo non sia necessario procedere al dibattimento. In questo caso il giudice,

in camera di consiglio, sentiti il pubblico ministero e l'imputato, se questi non si oppongono, pronuncia sentenza inappellabile di non doversi procedere enunciandone la causa nel dispositivo.

Rispetto alla formulazione di cui al comma 1 del c.p.p. si introduce espressamente, anche in questa fase, il diritto della persona offesa ad interloquire nel merito della decisione giudiziale con la precisazione che quest'ultima andrà sentita solo se comparsa.

Dunque, nella prima udienza fissata per la trattazione del processo e comunque prima dell'apertura del dibattimento - ma nulla esclude che, prima della data d'inizio del dibattimento, sia fissata un'udienza *ad hoc* - il giudice, se ritiene ricorrente la causa di non punibilità, dopo avere sentito le parti e se il pubblico ministero e l'imputato non si oppongono pronuncia sentenza *ex art. 469 comma 1 bis c.p.p.*

Ad un'analisi attenta dell'intera disposizione non può sfuggire la mancata previsione dell'opposizione della persona offesa come causa ostativa alla definizione predibattimentale.

Invero, mentre, secondo una lettura coordinata dei commi 1 e 1 bis dell'art. 469 c.p.p. il pubblico ministero e del pari l'imputato con la loro opposizione possono paralizzare la decisione giudiziale di procedere al proscioglimento per particolare tenuità, in questa fase alla persona offesa viene garantita la sola possibilità di interloquire senza però che le venga riconosciuta anche quella di paralizzare la decisione del giudice.

Potrebbe differentemente optarsi per una soluzione di segno diverso non riconoscendo neanche al pubblico ministero e all'imputato la possibilità di opporsi alla pronuncia giudiziale. Di sicuro va rilevato un difetto di coordinamento tra le disposizioni di cui ai commi 1 e 1 bis del 469 c.p.p. e la nuova formulazione dell'art. 411 c.p.p. che in sede di indagini garantisce all'imputato e alla persona offesa il diritto ad interloquire ma mai quello di opporre un veto definitivo tale da paralizzare le decisioni dell'AG.

Ancor più evidente appare il mancato coordinamento normativo laddove si pensi alle disposizioni che disciplinano l' analogo istituto vigente nell'ambito dei reati di competenza del Giudice di Pace.

Invero l'art. 34 del D.lvo 274/2000 stabilisce che *“nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento”*. In questo caso infatti, a differenza della disciplina appena esaminata, è per l'appunto la persona offesa che dimostra di avere un proprio interesse e alla stessa viene riconosciuto il diritto di potere paralizzare la decisione giudiziale.

Per espressa previsione normativa (art. 651 cpp), a differenza della sentenza pronunciata all'esito del dibattimento, la declaratoria di proscioglimento *ex art. 469 comma 1 bis cpp* non determina alcun effetto in sede civile e amministrativa.

4. Il casellario

L'art. 4 del d.lgs. n. 28/15 prevede una serie di interventi sulla normativa che disciplina il regime del casellario giudiziale, arricchito dalle nuove "voci" relative alla declaratoria - con provvedimento di archiviazione o con sentenza - di non punibilità per particolare tenuità del fatto, in vista di un suo eventuale successivo rilievo ai fini del giudizio di non occasionalità della condotta.

Sebbene non vi sia una previsione esplicita deve ritenersi che anche l'archiviazione emessa dal gip debba essere iscritta nel casellario. In particolare, pur vero è che detto decreto non rientra tra i "provvedimenti giudiziari definitivi" di cui all'art. 3 del DPR n. 313/2002 (T.U. sul Casellario Giudiziale), ma detta norma risulta oggi integrata dalla locuzione "*nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale*" con la conseguenza che anche i provvedimenti (decreti/ordinanze a seconda dei casi) di archiviazione *ex art. 131-bis cp* appaiono ricompresi nel novero degli atti iscrivibili.

In modo corrispondente il successivo art. 5 del testo unico prevede che sia eseguita la eliminazione delle iscrizioni, quando ne ricorrano i presupposti, anche dei "*provvedimenti giudiziari*" che - ai sensi della nuova lett. d-bis) introdotta appositamente - "*hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale*".

Infine le modifiche anch'esse portate dall'art. 4 del decreto, lett. c) e d), includono (anche) i provvedimenti di archiviazione per *particolare tenuità* tra i provvedimenti non iscrivibili nel certificato *generale e penale* richiesto dall'interessato (lett. f-bis inserita nel testo degli artt. 24 e 25 del T.U. sul casellario giudiziale).

III - Questioni problematiche

1. I reati con soglie di punibilità e i reati tributari

Tema piuttosto controverso, anche a giudicare dai primi commenti alla nuova norma e dalle prime applicazioni dell'istituto, è quello della sua applicabilità ai reati con soglie di punibilità prefissate dal legislatore.

Il riferimento è, in particolare, a quella messe di reati che prevedono, appunto, soglie di punibilità al cui superamento si è data, finora, la natura di elemento costitutivo del reato che, unitamente ai restanti, deve essere preso in considerazione ai fini di un giudizio di responsabilità.

L'ordinamento è intriso di fattispecie di reato con la previsione di soglie di tal fatta; a solo titolo esemplificativo basti pensare:

- a talune fattispecie di parte speciale del codice penale (es. art. 316 ter comma 2 c.p.);
- ai principali reati tributari (art. 2 – per fatti commessi *ante* d.l. n. 138/2011 – artt. 3, 4, 5, 10 bis, 10 ter, 11 d.lgs. n. 74/2000);

- a taluni reati stradali (es. artt. 186 e 187 d.p.r. n. 285/92);
- alle violazioni in materia di contrabbando (art. 295 bis d.p.r. n. 43/73: sanzioni amministrative per le violazioni di lieve entità);
- al deposito irregolare di rifiuti sanitari pericolosi (art. 256 comma 6 d.lgs. n. 152/06);
- al superamento di determinati valori delle emissioni in atmosfera (artt. 269 e 279 comma 2 d.lgs. n. 152/06) e ad altri reati ambientali (art. 137 comma 5 d.lgs. cit.).

Ora, il problema che si pone è stabilire se il mero superamento delle soglie, quando previste, sia *per sé solo* ostativo all'ottenimento del beneficio della particolare tenuità come causa di esclusione della punibilità.

Allo stato, si fronteggiano due argomenti:

1. il primo, che si fa forza del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, e che ritiene problematica l'applicabilità della causa di non punibilità avendo il legislatore previsto una soglia a partire dalla quale è punibile il reato, con ciò adottando una precisa scelta di politica criminale che non spetta all'interprete porre in discussione;
2. il secondo, che trova un valido riscontro nella giurisprudenza di legittimità: invero, la Cassazione da tempo ritiene non ostativo all'applicazione dell'istituto premiale il semplice superamento delle soglie quando questo sia talmente lieve da non costituire pericolo (es. tasso alcolemico: v. Cass. 9.7.2004 n. 40203).

Questo Ufficio è dell'avviso che non si possa fornire un indirizzo univoco, valido per tutte le ipotesi di mero superamento delle soglie, dal quale far dipendere la punibilità delle condotte astrattamente configurabili come reato. Piuttosto, in questo caso più che in altri è auspicabile attendere i primi orientamenti della prassi applicativa e calibrare di conseguenza le scelte operative di questa Procura.

Certo, è innegabile che la declaratoria di non punibilità richieda - piuttosto che il mero superamento di "valori limite" - una adeguata e soprattutto motivata ponderazione circa la compresenza degli elementi caratterizzanti la particolare tenuità del fatto: l'analisi delle "modalità della condotta", come parametro per la valutazione del fatto, deve sempre prevalere rispetto al peso da attribuire al superamento di valori-limite.

Una possibile chiave di lettura per risolvere potenziali antinomie del sistema può essere rinvenuta nell'avviso di cui all'art. 129 disp. att. c.p.p. del provvedimento di archiviazione ai titolari delle azioni disciplinari e contabili, presupponendo esso un fatto di reato del quale si esclude soltanto la punibilità: questo meccanismo consentirebbe all'autorità preposta - es., la Prefettura per i reati stradali: v. art. 186 comma 2 lett. a) - di irrogare comunque la sanzione amministrativa quando il superamento della soglia di punibilità possa in ipotesi portare alla archiviazione o al proscioglimento per particolare tenuità del fatto. In questo modo, si vincerebbe l'altrimenti inaccettabile privilegio di cui godrebbe chi superi,

magari di poco, la soglia di punibilità e si veda perciò esonerato dalla sanzione penale rispetto a colui che, viceversa, non abbia raggiunto detta soglia e sia dunque destinatario della sanzione amministrativa (questo meccanismo applicativo troverebbe il suo fondamento logico nell'assunto secondo cui il più contiene il meno).

Infine, vi è da dire che la controversa applicabilità dell'istituto in questione ai reati con soglie di punibilità, con la ipotetica antinomia che abbiamo visto pervadere altri settori dell'ordinamento, si ritiene non incida sull'ambito dei reati tributari.

Per scelta di politica legislativa, la normativa di settore prevede una deroga ai principi di specialità e reciproca autonomia che governano il sistema penal-tributario (artt. 19 e 20 del d.lgs. n. 74/2000). In particolare, l'art. 21 del medesimo testo di legge prevede un "correttivo" finalizzato a consentire la irrogazione di sanzioni amministrative che, altrimenti, non sarebbero state applicabili in virtù del principio di specialità; semplicemente, la irrogazione di dette sanzioni resta "sospesa", in forza del disposto di cui al comma II dell'art. 21 cit., nei confronti dei soggetti ritenuti penalmente responsabili, per i quali la concreta eseguibilità della sanzione rimane subordinata alla condizione sospensiva che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (e dunque, anche ex art. 131 bis c.p.).

Dunque, di fronte a un procedimento penale che si concluda con archiviazione o proscioglimento, l'ufficio finanziario può procedere alla esecuzione delle sanzioni irrogate (*id est*, alla riscossione).

In sintesi, le sanzioni amministrative sono:

- a) automaticamente eseguibili nei confronti dei soggetti indicati nell'art. 11 comma 1 d.lgs. n. 472/97 (società, associazioni ed enti), come da disposizione di cui all'art. 19 comma 2, salvo che, ovviamente, non siano persone fisiche concorrenti nel reato;
- b) sospese nei confronti degli indagati/imputati di delitti tributari, fino all'esito definitivo del procedimento penale;
- c) eseguibili nel caso di procedimento penale concluso con un provvedimento che escluda la rilevanza penale del fatto.

Questo complesso meccanismo assicura che anche un procedimento penale per reati tributari che si concluda con archiviazione o proscioglimento – nella specie, per particolare tenuità del fatto – faccia comunque "rivivere" le sanzioni tributarie fino ad allora soltanto sospese nella loro concreta irrogazione, così scongiurando quell'inaccettabile privilegio che sembra viceversa albergare in altri settori dell'ordinamento.

La prima occasione in cui la Corte di cassazione ha avuto modo di affrontare il nuovo istituto ha avuto ad oggetto, guarda caso, proprio un procedimento penale per reati tributari, in particolare quello p. e p. dall'art. 11 d.lgs. n. 74/2000 (sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte): reato che appunto

prevede, per la punibilità, il superamento di particolari soglie di imposta evasa (Cass., sez. III, n. 15449 dell'8.4.2015).

La Corte ha stabilito che il giudice di legittimità, ai fini dell'apprezzamento delle condizioni previste dal legislatore della novella, dovrà prima di tutto verificare che il reato sia astrattamente compatibile con il nuovo istituto – rientrando nei limiti edittali di cui al comma I dell'art. 131 bis c.p. – per poi basarsi su quanto emerso nel corso del giudizio di merito tenendo conto, in modo particolare, della eventuale presenza, nella motivazione del provvedimento impugnato, di giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto, riguardando, la non punibilità, soltanto quei comportamenti (non abituali) che, sebbene non inoffensivi, in presenza dei presupposti normativamente indicati risultino di così modesto rilievo da non ritenersi meritevoli di ulteriore considerazione in sede penale.

Nel caso di specie, il Collegio ha rilevato che, nel provvedimento impugnato, emergessero plurimi dati chiaramente indicativi di un apprezzamento sulla gravità dei fatti addebitati al ricorrente che hanno consentito di ritenere non astrattamente configurabili i presupposti per la richiesta applicazione dell'art. 131-bis cod. pen..

In questo caso è stata dunque esclusa la non punibilità, ma non per il superamento delle soglie di punibilità previste dall'art. 11 cit., alle quali non si è fatto alcun riferimento.

2. L'applicabilità della disciplina ai procedimenti di competenza del Giudice di Pace

Con particolare riferimento ai reati di competenza del Giudice di Pace l'art. 34, comma 1, del D.l.vo 274/2000 (esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto) recita testualmente:

“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 di 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 o di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato”

Si tratta di istituti analoghi con delle rilevanti differenze.

In particolare, va evidenziato che nel sistema tracciato dal legislatore con riferimento ai reati di competenza del Giudice di Pace la tenuità del danno è causa di improcedibilità (istituto di diritto processuale) e non di non punibilità (istituto di diritto sostanziale).

Anche i parametri di riferimento utilizzati dal legislatore per ancorare il giudizio sulla tenuità del danno sono parzialmente diversi.

Per la *tenuità* nei procedimenti di competenza del Giudice di Pace ad esempio si fa esplicito riferimento al pregiudizio che può derivare alla persona sottoposta alle indagini dalla prosecuzione del processo.

E ancora, la procedura è diversa non essendo disciplinato, almeno nella fase di indagini preliminari, il diritto delle parti di interloquire nel merito della richiesta, apparendo invece previsto che il giudice, prima di dichiarare non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, tenga conto dell'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento .

Manca inoltre la previsione che impone l'iscrizione del decreto di archiviazione nel casellario giudiziale.

A ben vedere, il legislatore non ha delimitato l'area di applicabilità dell'istituto escludendo i procedimenti di competenza del Giudice di Pace sicchè appare verosimile ritenere che l'istituto di nuova introduzione, negli aspetti non assorbiti dai parametri indicati al citato art. 34, sia applicabile anche innanzi a tale AG. In merito, peraltro, il tenore letterale della disposizione contenuta nell'art. 17, comma 1, del D.lvo 274/2000 richiama espressamente i casi di archiviazione di cui all'art. 411 cpp annoverandoli tra le ipotesi in cui il pubblico ministero può avanzare richiesta di archiviazione davanti al Giudice di Pace e tra di essi è oggi ricompresa la causa di non punibilità *ex art. 131-bis cp*. Saranno la pratica giudiziaria e la giurisprudenza di legittimità a delimitare esattamente i contorni dei due istituti, anche se *prima facie* è possibile già ritenere preferibile il ricorso all'istituto di cui all'art. 34 citato per la maggiore specificità e agilità procedurale che lo connota. Del resto non sfugge che la mancanza dell'avviso alla persona indagata non avrebbe ragion d'essere non essendo prevista l'annotazione del provvedimento di esclusione della punibilità per tenuità del danno nel casellario giudiziario.

3. Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto

Occorre infine spendere qualche parola anche con riferimento alla responsabilità amministrativa dell'ente in caso di definizione del procedimento per *particolare tenuità* del danno.

La disciplina segnata dall'art. 8 del D.lvo n. 231/ 2001 prevede soltanto che l'estinzione del reato, salvo che nell'ipotesi di amnistia, non esclude la responsabilità amministrativa dell'ente con conseguente prosecuzione del procedimento penale nei suoi confronti. Una simile clausola di salvaguardia non è stata introdotta anche con riferimento all' istituto della tenuità del danno, sicché l'archiviazione per la causa di non punibilità in esame riguardante la persona fisica si estende senza dubbio anche a quella giuridica.

IV. Indicazioni operative

Alla luce delle anzidette linee ermeneutiche, si segnalano pertanto le seguenti esigenze operative cui le SS.LL. sono invitate ad attenersi:

1. le richieste di archiviazione avanzate ai sensi dell'art. 131-*bis cp* andranno preventivamente sottoposte al “*Visto*” del Procuratore Aggiunto di riferimento dipartimentale;

2. la disciplina relativa alla *particolare tenuità del fatto* va considerata estesa (anche) ai reati puniti con pena alternativa purchè rientrante nei limiti edittali indicati dall'art. 131-*bis* cp;
3. la sussistenza di un unico precedente penale definito o in corso, purchè per reato non della stessa indole, non esclude *ex se* la *particolare tenuità del fatto* per la ricorrenza della *non abitualità*; al riguardo occorre valutare l'intervallo temporale tra i due reati;
4. del pari, il concorso formale eterogeneo o la continuazione tra due soli reati non della stessa indole non esclude *ex se* la *particolare tenuità del fatto* per la ricorrenza della *non abitualità*; occorre anche in tal caso valutare l'intervallo temporale tra i due reati;
5. la recidiva, ove determinante un aumento di pena superiore ad un terzo, va considerata alla stregua di un'aggravante ad effetto speciale e pertanto computabile ai fini del margine edittale massimo di pena;
6. la ricorrenza di plurime circostanze ad effetto speciale determina, *ex art.* 63, commi 4 e 5, cp, un solo aumento/diminuzione giacchè gli ulteriori aumenti/diminuzioni, riacquistando effetto ordinario, perdono rilevanza applicativa ai fini della determinazione della pena;
7. nel caso di ricorrenza di una attenuante ad effetto speciale occorrerà avere riguardo alla diminuzione minima e, ove non previsto un minimo, alla diminuzione di pena di un giorno;
8. la *particolare tenuità* idonea a fondare la non punibilità del reato richiede una valutazione più stringente rispetto alla *particolare tenuità* giustificativa di una diminuzione di pena; nel primo caso, a differenza che nel secondo, i parametri di riferimento sono esclusivamente quelli indicati dall'art. 131-*bis* cp;
9. la *particolare tenuità* è istituto estraneo ai procedimenti contro ignoti;
10. i criteri della *particolare tenuità dell'offesa* e del *comportamento non abituale* devono coesistere;
11. va prestata particolare attenzione ai casi che possano dar luogo alla dichiarazione di delinquente abituale, professionale, per tendenza, per gli effetti che ne discendono sull'applicabilità dell'istituto in esame;
12. nel caso di pendenza di separato procedimento in fase d'indagine preliminare per reato valutabile ai fini del requisito della *abitualità* va prestata particolare attenzione al rischio di *discovery*; a tal riguardo va informato sia il Proc. Agg. del proprio Dipartimento che il magistrato titolare e il Proc. Agg. di riferimento del procedimento separatamente pendente;
13. va verificata la corretta e fedele iscrizione al registro *ex art.* 335 cpp del titolo di reato e delle circostanze di rilievo;
14. in caso di richiesta di archiviazione per *particolare tenuità* va prestata particolare attenzione alla regolarità degli avvisi, curando che il termine da concedere all'indagato per prendere visione degli atti e presentare eventuale opposizione sia di venti giorni, al pari di quello concesso alla p.o., ove si proceda per reati commessi con violenza alla persona;

15. per gli effetti che ne discendono la archiviazione per *particolare tenuità* deve considerarsi residuale ove concorrano altre cause di archiviazione;
16. ai fini di una richiesta di archiviazione per *particolare tenuità* il fascicolo procedimentale va corredato (anche) del certificato di carichi pendenti;
17. nel caso di arresto in flagranza da parte della polizia giudiziaria per reati suscettibili di essere valutati alla stregua di una *particolare tenuità del fatto*, il magistrato di turno esterno valuterà con estrema attenzione e prudenza il caso, eventualmente attivando i poteri previsti dall'art. 389 cpp;
18. la previsione di soglie di pena ai fini della rilevanza penale del fatto non esclude *ex se* l'applicabilità della *causa di non punibilità della particolare tenuità*; quanto ai reati tributari il principio di specialità di cui agli artt. 19 e 21 D.lgs n. 74/2000 rende ragionevolmente applicabile l'istituto;
19. I reati rimessi alla competenza del Giudice di Pace soggiacciono alla disciplina sostanziale e processuale di cui all'art. 131-*bis* cp nei casi non assorbiti dalla normativa speciale di cui all'art. 34 D.lgs n. 274/2000;
20. La ricorrenza della causa di non punibilità della *particolare tenuità del fatto* esclude la responsabilità della persona giuridica ai sensi del D.lgs n. 231/2001.

Il Proc.re della Rep.ca Agg.
(*Bernardo Petralia*)

Il Proc.re della Repubblica
(*Francesco Lo Voi*)



Procura Generale della Repubblica di Palermo

SEGRETERIA PARTICOLARE DEL PROCURATORE GENERALE

GESTIONE MAGISTRATI

P.zza V.E. ORLANDO 90138 Palermo – ITALIA

DATA	- N° PROT.
22/05/2015	5240/15
INDICE CLASSIFICAZIONE	
Funzione: Supporto al PG	
Macroattività: nota alle Procure Distretto	
Attività: Direttive	
Fascicolo: Riunione	
RESP. IMM. DATI PROC AMM M. G. COSTANZO	

AI SIGNORI PROCURATORI DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI
AGRIGENTO
MARSALA
PALERMO
SCIACCA
TERMINI IMERESE
TRAPANI

AL SIG. PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI
PALERMO

OGGETTO: D.L.vo 16 marzo 2015 n° 28 - Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1 co.1 - lettera M) della L. 67/14

In data 22 maggio c.a. si è completato il procedimento di firma del protocollo di intesa concernente il nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Trasmetto il protocollo recante in calce la sottoscrizione di tutti i Procuratori, ringraziando le SS.LL. per la collaborazione prestata.

IL PROCURATORE GENERALE

- Roberto Scarpinato -



PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA

Presso la Corte d'Appello di Palermo

PROTOCOLLO DI INTESA

tra

- Procura Generale presso la Corte di Appello di Palermo
- Procura della Repubblica di Agrigento
- Procura della Repubblica di Marsala
- Procura della Repubblica di Palermo
- Procura della Repubblica di Sciacca
- Procura della Repubblica di Termini Imerese
- Procura della Repubblica di Trapani
- Procura della Repubblica presso Il Tribunale per i Minorenni di Palermo

ai fini della omogenea applicazione dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto in relazione alle sotto specificate problematiche interpretative e applicative esaminate nel corso della riunione tenutasi il 28 aprile 2015 presso la Procura Generale di Palermo.

Premessa

Su delega formulata all'art. 1, comma 1, lett. m), della legge 28 aprile 2014 n. 67 è stato emanato il D.lgs 16 marzo 2015 n. 28 (*"Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto..."*) contenente modifiche al codice penale (art. 1), al codice di procedura penale con le relative disposizioni di coordinamento (artt. 2, 3) nonché modifiche al testo unico sul casellario giudiziale (DPR n. 313/2002).

Il testo di legge, in vigore dal 2 aprile 2015, presenta talune problematiche interpretative alle quali in atto non è stata ancora data soluzione univoca ed, inoltre, delinea un'area di discrezionalità applicativa suscettibile di dare adito a prassi non omogenee tra i diversi uffici requirenti.

Al fine di prevenire il pericolo di disomogeneità interpretative ed applicative nell'ambito territoriale del distretto della Corte di Appello di Palermo e di garantire in tale ambito l'uniforme e corretto esercizio dell'azione penale, il Procuratore Generale ha convocato, ai

sensi e per le finalità di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 106 del 2006, una riunione tenutasi presso la Procura Generale in data 28 aprile 2015, alla quale hanno partecipato:

il Procuratore Generale dott. Roberto Scarpinato, l'Avvocato Generale dott. Ignazio De Francisci, i dirigenti delle Procure di cui in intestazione nelle persone del Procuratore capo dott. Renato Di Natale e del Procuratore Aggiunto dott. Ignazio Fonzo per la Procura di Agrigento, il dott. Alberto di Pisa Procuratore capo della Procura di Marsala, i dottori Francesco Lo Voi e Bernardo Petralia rispettivamente Procuratore capo e Procuratore aggiunto della Procura di Palermo, il dott. Vincenzo Pantaleo, Procuratore capo della Procura di Sciacca, il dott. Alfredo Morvillo, Procuratore capo della Procura di Termini Imerese unitamente al dott. Giovanni Antoci, sostituto procuratore, il dott. Marcello Viola Procuratore capo della Procura di Trapani, la dott.ssa Claudia Caramanna, sostituto procuratore della Repubblica presso la Procura della Repubblica per i Minorenni su delega del Procuratore capo dott.ssa Amalia Settineri.

Tutto ciò premesso, si da atto che a seguito di ampio e articolato confronto

Si è concordato

che i Procuratori delle Procure in intestazione si uniformeranno nei provvedimenti organizzativi interni di ciascun ufficio agli orientamenti interpretativi e ai criteri applicativi qui di seguito specificati in relazione alle seguenti problematiche.

Punto n. 1

Interpretazione del disposto dall'art. 131 bis 3^a comma C.P. per cui il comportamento è abituale anche *nel caso in cui l'autore [...] abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità [...]* nel senso di ricomprendere, tra i reati della stessa indole che rivelano un comportamento abituale, anche quelli che non siano stati accertati con un provvedimento definitivo e risultanti dal certificato dei carichi pendenti (art. 6 D.P.R. 14 novembre 2002 n. 313), in cui sono iscritti i provvedimenti con cui si concretizza l'avvenuto esercizio dell'azione penale a seguito dei quali si assume la qualità di imputato.

Secondo quanto disposto dall'art. 131 bis 3^a comma C.P., il comportamento è abituale anche *nel caso in cui l'autore [...] abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità [...]*.

Al riguardo va premesso che la individuazione dei reati della stessa indole non pone particolari problemi, in considerazione della espressa definizione normativa contenuta nell'art. 101 C.P. e dei relativi canoni interpretativi comunemente adottati.

Per altro verso, appare opportuno precisare che la norma in esame si riferisce sia ai delitti che alle contravvenzioni, in tal senso risultando di più ampia portata rispetto a quella in materia di recidiva (reiterata e specifica).

Inoltre, diversamente da quanto previsto in altri casi in cui assumono rilievo i precedenti penali (soprattutto nella disciplina della recidiva ed in quella relativa ai limiti entro i quali è ammessa la sospensione condizionale della pena), l'art. 131 bis C.P. non richiede che la *commissione* sia accertata solo con sentenza di condanna, dovendosi considerare anche provvedimenti di non punibilità per particolare tenuità del fatto (sentenze di proscioglimento o archiviazioni).

Ciò premesso, la questione interpretativa più significativa (anche per i risvolti applicativi che possono derivarne) risulta quella relativa alla possibilità di ricomprendere, tra i reati della stessa indole che rivelano un comportamento abituale, anche quelli che non siano stati accertati con un provvedimento definitivo.

Secondo alcuni commentatori, tale possibilità risulterebbe preclusa sia perché comporta una interpretazione sfavorevole al reo (inammissibile in quanto estende la eccezione applicativa della non punibilità), sia perché la stessa lettera della norma (... *abbia commesso più reati della stessa indole.*) richiama una *avvenuta commissione* già accertata (e non via di accertamento).

Tale interpretazione risulta, però, non condivisibile, dovendosi valutare altre e diverse argomentazioni (già evidenziate in diverse sedi) che portano a preferire la opposta soluzione.

In primo luogo va osservato che la questione non attiene, a ben vedere, alla possibilità di interpretare in via estensiva una eccezione, quanto piuttosto alla necessità di delimitare correttamente l'ambito di operatività della regola (non punibilità per particolare tenuità del fatto), individuando gli esatti confini della zona in cui la stessa regola non può essere applicata (comportamento abituale).

In altri termini, prima di prospettare l'inammissibilità dell'interpretazione estensiva della norma che prevede l'eccezione applicativa, è necessario chiarire in che cosa effettivamente consiste questa eccezione.

Anche il richiamo alla formulazione letterale della norma non appare decisivo.

In tal senso va rilevato che, per un verso, la disposizione normativa non presenta alcun esplicito riferimento alla necessità che la commissione dei più reati della stessa indole sia accertata con provvedimento definitivo, e che, per altro verso, l'espressione *abbia commesso* potrebbe anche semplicemente indicare (secondo il significato proprio dei termini) una commissione *precedente* rispetto al fatto da esaminare.

D'altra parte, proprio la lettura dell'intera disposizione normativa prevista dall'art. 131 bis 3^o comma C.P. sembra autorizzare la possibilità di ravvisare il comportamento abituale anche con riferimento a condotte che non hanno formato oggetto di accertamento definitivo.

In particolare, la indicazione (nella parte finale del comma) di *reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate* appare fondatamente riferibile proprio ai reati che devono essere valutati ai fini dell'applicazione della non punibilità, i quali costituiscono, quindi, oggetto di procedimenti ancora pendenti.

L'argomentazione che, però, più di ogni altra, induce a ritenere necessario che il comportamento abituale venga valutato in relazione a reati della stessa indole anche non definitivamente accertati, risulta essere quella che prende in considerazione la razionalità applicativa della norma.

Appare, infatti, del tutto incongruo ritenere che la sussistenza di più reati della stessa indole possa essere ravvisata solo in presenza di provvedimenti definitivi (con tempi di accertamento spesso non brevi) laddove, invece, le informazioni relative ad altri procedimenti a carico dell'autore del fatto (astrattamente non punibile per particolare tenuità) rivelino, con sufficiente chiarezza (anche se non con certezza definitiva), la natura abituale del comportamento criminale del soggetto (si pensi, in particolare, agli autori dei reati c.d. seriali).

In questi casi, ritenere che la non punibilità prevista dall'art. 131 bis C.P. possa trovare applicazione solo perché la commissione degli altri reati della stessa indole non sia stata accertata con provvedimento definitivo (e quindi formalmente non possa ravvisarsi un comportamento abituale), risulta evidentemente contrario alla stessa logica della disposizione normativa, la quale consente di pervenire alla non punibilità di un fatto (di particolare tenuità) solo quando all'autore non sia addebitabile una serie di condotte illecite (comportamento abituale).

In ultima analisi, la corretta interpretazione logica della norma in esame porta a concludere che la commissione di più reati della stessa indole debba essere verificata anche con riferimento a reati che non siano stati accertati con provvedimento definitivo.

Ciò posto, appare necessario, a questo punto, stabilire quali siano le informazioni utilizzabili per verificare la eventuale commissione di più reati della stessa indole; e ciò considerando che le proposte applicative che indicano la possibilità di prendere in considerazione dati di qualsiasi natura (precedenti di polizia, altre iscrizioni di notizie di reato, etc.) non sembrano condivisibili, sia perché non fondate su un ragionato criterio logico-sistematico (adeguato a limitare in modo coerente la eccessiva incertezza dei dati da valutare), sia perché comportanti inadeguate conseguenze applicative (ad esempio, come nel caso in cui si prospetta la possibilità di acquisire e valutare gli atti di altri fascicoli processuali pendenti).

In tal senso, un importante riferimento giurisprudenziale può essere tratto dalla prassi applicativa utilizzata negli uffici giudiziari minorili (in particolare, le procure della Repubblica presso i tribunali per i minorenni) in relazione all'analogo istituto della irrilevanza del fatto per tenuità del fatto (art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448 e succ. modif.).

In tale ambito, la verifica (tra i presupposti applicativi) della *occasionalità del comportamento* risulta comunemente compiuta (con una prassi la cui validità non risulta mai posta in discussione dagli uffici giudicanti) attraverso l'acquisizione delle informazioni attestanti l'eventuale pendenza di altri processi a carico del minorenni.

In pratica, l'occasionalità del comportamento viene rilevata mediante l'acquisizione, oltre che del certificato del casellario giudiziale, anche del certificato dei carichi pendenti (art. 6 D.P.R. 14 novembre 2002 n. 313), in cui (in sostanza) risultano iscritti i provvedimenti con cui si concretizza l'esercizio dell'azione penale (a seguito dei quali si assume la qualità di imputato).

Questa soluzione presenta, in primo luogo, indubbi profili di ragionevolezza logica.

Infatti, la verifica della commissione di reati della stessa indole viene, in questo modo, ancorata a dati precisi e significativi: altri casi in cui lo stesso ufficio di Procura che procede ha accertato la commissione di reati per cui ha esercitato l'azione penale.

In secondo luogo, la suddetta verifica risulta estremamente agevole (in termini pratici), in quanto operata semplicemente in base alla acquisizione del certificato dei carichi pendenti.

In conclusione, pur nella consapevolezza che anche questa soluzione non sia esente da rilievi critici (considerata la natura non definitiva delle informazioni acquisite, peraltro relative alle risultanze solo della Procura che procede), la stessa risulta sicuramente la più adeguata ed opportuna, anche in considerazione della collaudata utilizzazione presso gli uffici minorili.

Punto 2

Sul V° comma dell'art. 131-bis c.p.

L'indicazione contenuta nel 5° comma è destinata a dirimere un potenziale contrasto tra la *particolare tenuità* di nuovo conio e l'analoga categoria prevista come circostanza attenuante in alcune fattispecie tipiche come, ad esempio, nell'ipotesi di *particolare tenuità* ai sensi dell'art. 323-bis c.p. concernente i reati di cui agli artt. 314 comma 2, 316, 316-bis, 316-ter, 318, 319-*quater* comma 2, 323 c.p., tutti rientranti nei limiti edittali previsti dal nuovo istituto, o ancora nelle analoghe ipotesi di cui agli artt. 2640 c.c. e 12, comma 1, D.lgs. n. 231/01.

Sul punto è la Relazione al decreto delegato a chiarire gli esatti termini della disposizione; essa afferma infatti che *“Il quinto comma dell'art. 131-bis del codice penale completa l'individuazione dell'ambito applicativo, precisando che l'istituto può trovare applicazione ‘anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante’, sempre che ovviamente la ‘tenuità del fatto’ superi la soglia della circostanza e giunga ad integrare gli estremi di quella particolare ‘irrilevanza’ desumibile dai requisiti e criteri di cui al primo comma”*.

Se ne desume, pertanto, che la nuova causa di non punibilità è applicabile anche laddove la *particolare tenuità* sia chiamata a fondare una mera diminuzione di pena e a tal fine dovrà riconoscersi, quanto alla prima, un *quantum* nel fatto di *tenuità* tale (ovviamente di più marcata entità) da premiare l'irrilevanza penale e non già la mera riduzione di pena.

Onde potere comprendere quando in concreto ricorra l'una o l'altra *tenuità*, nel silenzio della legge, unico criterio plausibile e ragionevole va riconosciuto in quello secondo cui, per giungere ad una dispensa di pena per irrilevanza del fatto, la *particolare tenuità* vada ricercata alla stregua dei parametri tutti, positivi e negativi, dettati dall'art. 131-bis, laddove invece l'accesso alla diminuzione può essere giustificato da una libera valutazione del fatto, ossia al di fuori dei rigorosi e condizionanti margini valutativi prescritti dalla norma di esonero. Per citare un esempio, un fatto integrante abuso d'ufficio di assai modica entità in cui il p.u. risulti già gravato da analogo precedente non potrà mai qualificarsi alla stregua di una *particolare tenuità* esonerativa di pena (più reati della stessa indole ex comma 3 dell'art. 131-bis quale fattore preclusivo), pur tuttavia il medesimo fatto potrà meritare una stima riduttiva ex art. 323-bis c.p. e pertanto un'attenuazione della pena.

Punto 3

Reati rispetto ai quali il legislatore ha previsto una soglia di punibilità, al di sotto della quale la condotta è penalmente irrilevante.

In ordine a tale tipologia di reati si è concordato nel senso di non applicare la causa di non punibilità fatta eccezione solo, come si dirà nel punto seguente, per i reati in materia tributaria.

Nell'ordinamento giuridico esistono, invero, numerose figure di reato che prevedono per l'appunto soglie di punibilità, al cui superamento si è data finora la natura di elemento costitutivo del reato che, unitamente ai restanti, deve essere preso in considerazione ai fini di un giudizio di responsabilità.

A mero titolo di esempio basti ricordare:

- ad alcune fattispecie di parte speciale del codice penale (per es.: art. 316-ter comma 2 cod. pen.);
- ad alcuni reati previsti dal codice della strada (per es.: artt. 186 e 187 d.P.R. n° 285/1992);
- alle principali ipotesi di reati tributari (art. 2 - per fatti commessi ante d.l. n° 138/2011 - 3, 4, 5, 10-bis, 10-ter, 11 d.lgs. n° 74/2000);
- alle violazioni in materia di contrabbando (art. 295-bis d.P.R. n° 43/1973, che prevede sanzioni amministrative per le violazioni di lieve entità);
- al deposito irregolare di rifiuti sanitari pericolosi (art. 256 comma 6 d.lgs. n° 152/2006);
- al superamento di determinati valori delle emissioni in atmosfera (artt. 269 e 279 comma 2 d.lgs. n° 152/2006) e ad altri reati ambientali (art. 137 comma 5 d.lgs. n° 152/2006).

Occorre stabilire, dunque, se il mero superamento delle soglie, laddove previste dalla norma incriminatrice, sia per sé solo ostativo all'ottenimento del beneficio della particolare tenuità come causa di esclusione della punibilità.

Al riguardo è prevalsa l'opinione che - sebbene non si ravvisino in astratto ragioni radicalmente ostative all'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, rispetto a condotte che, pur superando le soglie fissate *ex lege*, comunque paiono

effettivamente esigue sotto i profili delle conseguenze dannose e delle modalità del fatto - nei casi suindicati non sarà applicata la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto.

Invero, in forza del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico - avendo il legislatore previsto una soglia a partire dalla quale è punibile il reato, con ciò adottando una precisa scelta di politica criminale che non spetta all'interprete porre in discussione - si è condivisa la necessità di non frustrare la *ratio* della legge, e segnatamente di evitare di punire in modo più grave (con irrogazione della prevista sanzione amministrativa) una condotta al di sotto delle soglie di punibilità, rispetto ad una condotta che, diversamente argomentando, seppur di poco più grave non verrebbe punita in conseguenza della ritenuta tenuità del fatto, nonostante il superamento della soglia minima.

Con il rischio concreto di sottrarre consistenti segmenti di condotta a qualsivoglia tipo di sanzione, giacché nei casi anzidetti al fatto commesso in superamento della soglia minima, e ritenuto non di meno di particolare tenuità, non sarebbe applicata nemmeno la sanzione amministrativa.

Non pare del resto praticabile, allo stato, la soluzione secondo cui nei casi anzidetti sarebbe sufficiente dare avviso del provvedimento di archiviazione ai titolari delle azioni disciplinari e contabili, al fine di consentire all'Autorità preposta di irrogare comunque la sanzione amministrativa, utilizzando a tale scopo lo strumento di cui all'art. 129 disp. attuaz. cod. proc. pen. Tale soluzione appare incoerente con il principio di legalità dell'azione amministrativa e di tipicità della sanzione amministrativa (non essendo prevista dalla legge l'irrogazione di alcuna penalità di natura amministrativa in ordine a violazioni di livello superiore alla soglia di punibilità).

Da una interpretazione di tipo estensivo, in definitiva, deriverebbe una situazione di inaccettabile privilegio, di cui godrebbe colui che abbia superato, ancorché di poco, la soglia di punibilità, e si veda perciò esentato dalla sanzione penale, rispetto a colui che, al contrario, non abbia raggiunto la soglia stessa e sia dunque destinatario della sanzione amministrativa.

Non v'è dubbio che una siffatta interpretazione presterebbe il fianco a più di un rischio di incostituzionalità. Ed è noto che l'interprete ha il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge, a norma dell'art. 101 comma 2 Cost., purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata al rispetto della *ratio constitutionis*. L'interpretazione adeguatrice deve sempre trasformarsi, cioè, in interpretazione costituzionalmente orientata, cui pervenire in contrapposizione ad altre possibili interpretazioni che suscitino dubbi di incostituzionalità, facendo leva non sull'accertamento della incostituzionalità delle altre interpretazioni possibili, bensì proprio sui dubbi di incostituzionalità che esse generano, da cui

deve differenziarsi proprio in quanto esente dai dubbi di incostituzionalità che suscitano le altre. In presenza, dunque, di una pluralità di interpretazioni possibili, è d'obbligo scegliere, come nella specie, quella che conduce ad un risultato ermeneutico costituzionalmente compatibile, ricusando le altre.

Punto 4

Reati tributari

Come accennato nel punto 3, si è ritenuto di pervenire a conclusioni diverse in relazione ai reati tributari.

Sul versante tributario, la novità normativa coinvolge inevitabilmente anche alcuni dei reati tributari previsti e disciplinati dal d.lgs. n° 74/2000, ed in particolare i seguenti delitti:

- a) dichiarazione infedele (art. 4, punito con la reclusione da uno a tre anni);
- b) omessa dichiarazione (art. 5, punito con la reclusione da uno a tre anni);
- c) occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10, punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni);
- d) omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis*) e di i.v.a. (art. 10-*ter*), puniti con la reclusione dai sei mesi a due anni;
- e) indebita compensazione (art. 10-*quater*, punito con la reclusione da sei mesi a due anni);
- f) ipotesi non aggravata di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11, punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni).

Ora, la controversa applicabilità della causa di non punibilità ai reati per cui è prevista una soglia di punibilità, risolta in maniera negativa, come prima detto, per le altre analoghe fattispecie di reato, si è ritenuto non incida su siffatta tipologia di reati.

Invero, per scelta di politica legislativa, la normativa di settore prevede una deroga ai principi di specialità e reciproca autonomia che governano il sistema penal-tributario (artt. 19 e 20 del d.lgs. n° 74/2000). In particolare, l'art. 21 di tale testo di legge prevede un "correttivo", finalizzato a consentire la irrogazione di sanzioni amministrative che, altrimenti, non sarebbero state applicabili in virtù del principio di specialità.

Semplicemente, la irrogazione di dette sanzioni resta "sospesa", in forza del disposto di cui al secondo comma dell'art. 21 cit., nei confronti dei soggetti ritenuti penalmente responsabili, per i quali la concreta eseguibilità della sanzione rimane subordinata alla condizione sospensiva che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o con sentenza irrevocabile di assoluzione o proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (e dunque anche ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen.).

Pertanto, a fronte di un procedimento penale che si sia concluso con l'archiviazione o con il proscioglimento, l'ufficio finanziario potrà procedere alla esecuzione delle sanzioni irrogate (*id est*, alla riscossione).

Alla stregua delle considerazioni che precedono, ed in sintesi, le sanzioni amministrative sono:

- a) automaticamente eseguibili nei confronti dei soggetti indicati nell'art. 11 comma 1 d.lgs. n° 472/97 (società, associazioni ed enti), come da disposizione di cui all'art. 19 comma 2, salvo che, ovviamente, non siano persone fisiche concorrenti nel reato;
- b) sospese nei confronti degli indagati/imputati di delitti tributari, fino all'esito definitivo del procedimento penale;
- c) eseguibili nel caso di procedimento penale che si sia concluso con un provvedimento che abbia escluso la rilevanza penale del fatto.

Questo sistema complesso assicura che anche un procedimento penale per reati tributari che si sia concluso con archiviazione o proscioglimento - per ciò che in questa sede importa: per particolare tenuità del fatto - faccia comunque "rivivere" le sanzioni tributarie fino ad allora soltanto sospese nella loro concreta irrogazione, in tal modo così scongiurando il verificarsi di quell'inaccettabile privilegio che, come si è prima visto, rischia concretamente di albergare in altri settori dell'ordinamento.

Va ricordato, in conclusione, a sostegno della tesi che qui si è accolta, che con sentenza n° 15449 del 15 aprile 2015 la S.C. di Cassazione, III Sezione penale, si è pronunciata per la prima volta in relazione al nuovo istituto della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, in un procedimento penale per reati tributari, ed in particolare quello p. e p. dall'art. 11 d.lgs. n° 74/2000 (sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte): reato che per l'appunto prevede, per la punibilità, il superamento di particolari soglie di imposta evasa.

Per quel che attiene, infine, alla valutazione dei presupposti della tenuità del fatto e della non abitualità della condotta, in relazione ai reati tributari, occorrerà valutare da una parte

l'entità dell'imposta evasa (ovvero il suo avvicinarsi o meno alla soglia di rilevanza penale), dall'altra l'eventuale commissione del medesimo reato per più anni d'imposta (che diverrebbe causa ostativa alla concreta configurabilità della tenuità del fatto in quanto manifestazione di comportamento abituale).

Punto 5

Reati edilizi

Con riferimento ai reati edilizi, si è convenuto che l'applicazione della disposizione di cui all'art. 13 I-bis c.p. dovrebbe avere luogo esclusivamente nelle ipotesi sussumibili nella fattispecie contemplata nella disposizione di cui all'art. 44, lett. a), D.P.R. 380/2001.

Difatti, preliminarmente, può osservarsi come non si individuino particolari ragioni ostative alla estensione della causa di non punibilità ai casi di violazioni aventi ad oggetto modifiche meramente formali o funzionali (es. modifica della destinazione d'uso di un immobile attuata senza opere, ed. modifica formale o funzionale) ricadenti nella lettera a) della richiamata disposizione, in quanto casi di inosservanza delle prescrizioni urbanistiche o regolamentari.

Inoltre, la nuova causa di non punibilità potrebbe estendersi, sempre in presenza degli altri requisiti previsti dalla norma di riferimento, alle ipotesi di "difformità parziale", di cui all'art. 44, lett. a), D.P.R. 380/2001, a condizione che si tratti di una lieve inosservanza (delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal titolo IV del D.P.R., nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire) e che, non trattandosi ovviamente di semplici modifiche formali o funzionali, l'intervento realizzato in parziale difformità sia integralmente rimosso o demolito dal responsabile.

In tal modo, a titolo meramente esemplificativo, si potrebbe citare il caso di una modesta veranda ottenuta con l'abusiva chiusura di un balcone o di una terrazza, nel contesto di più ampie opere di ristrutturazione o edificazione ex novo ovvero di opere oltre i limiti volumetrici previsti in progetto, purché non sia posto in essere un corpo autonomo di notevole rilevanza (altrimenti si ricade nella totale difformità), ma sempre a condizione che l'intervento realizzato in parziale difformità sia integralmente rimosso o demolito dal responsabile.

Infine, nell'ipotesi di rilascio in sanatoria del permesso di costruire, che estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche, ove l'intervento edilizio sia stato

realizzato in zone sismiche, potrebbe valutarsi l'eventualità di richiedere l'archiviazione per particolare tenuità del fatto in ordine al reato di cui all'art. 95 D.P.R. 380/2001, subordinatamente alle ipotesi in cui dalla condotta sia derivato un esiguo pericolo per il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, come ad esempio la sopraelevazione di un muro perimetrale in zona del tutto isolata e sempre che sia intervenuto un parere di idoneità sismica da parte del Genio civile, sia pure postumo.

Punto 6

Reati contro la P.A.

Con riferimento a quei delitti contro la pubblica amministrazione per i quali, in ragione della loro cornice edittale, è ammessa l'applicazione del nuovo istituto, si è affermato l'intendimento comune che la valutazione della tenuità di tali fatti, ancorché non escludibile in via astratta, debba però avvenire con criteri particolarmente rigorosi e stringenti, vista la peculiare natura del bene giuridico tutelato da dette norme penali.

Ove si verificasse la possibilità di fare applicazione della menzionata causa di non punibilità ai delitti contro la pubblica amministrazione, il singolo magistrato stabilirà pertanto una interlocuzione con il procuratore della Repubblica, al fine di evitare l'insorgenza di orientamenti isolati ed allo scopo di favorire, per tale via, l'instaurarsi di prassi uniformi nell'ufficio. Ciò a prescindere dal "visto" del procuratore della Repubblica, che dovrà comunque essere apposto su tutte le richieste di archiviazione ai sensi della l. n. 28/2015.

L'interlocuzione con il capo dell'ufficio dovrà, quindi, in concreto essere effettuata in una fase prodromica rispetto a quella della redazione della richiesta di archiviazione, ossia in una fase di studio della problematica attinente alla valutazione della sussistenza nella fattispecie concreta dei presupposti per ritenere operante la causa di non punibilità in argomento e cioè allorché il magistrato assegnatario del procedimento, dopo una prima disamina, ne ravvisi l'astratta possibilità di applicazione. In tal modo, la decisione di avanzare la relativa istanza sarà consequenziale ad uno studio approfondito ed a riflessioni quanto più possibile condivise.

Tale modulo organizzativo è in concreto funzionale al perseguimento di un duplice obiettivo. Il primo dei quali è costituito dall'esigenza di consentire che eventuali possibili iniziali divergenze di valutazione tra il procuratore e il sostituto titolare del procedimento possano trovare una soluzione condivisa mediante una calibrata parametrizzazione del grado di

offensività del reato e dei fattori antagonisti rispetto al giudizio di *particolare tenuità*, avendo riguardo anche ad una più ampia e meditata valutazione comparativa di contesto. Tali soluzioni condivise, praticabili solo grazie al confronto preventivo, appaiono idonee ad evitare il pericolo di una lievitazione numerica dei dinieghi formali dei "visti" su richieste di archiviazione ormai formulate, evitando così che il ripetuto diniego dei visti, possa nuocere, al momento della discovery degli atti, all'immagine dell'ufficio, che potrebbe apparire incapace di generare orientamenti omogenei in una materia la cui specificità, in particolare nell'attuale contingenza storica, impone, invece, nella strategia di contrasto alle condotte realizzate in violazione della normativa incriminatrice, certezze e linearità nella scelta degli strumenti più adeguati allo scopo.

Inoltre, il ricorso a criteri filtrati, rigorosi e stringenti, nella valutazione dell'opportunità di applicare in concreto la causa di non punibilità in argomento ai reati contro la pubblica amministrazione, risponde alla necessità di una meditata e piena assunzione di responsabilità da parte dell'Ufficio nella sua interezza delle richieste di archiviazione formulate in tale rilevante settore di fronte alla pubblica opinione e a possibili letture distorte all'esterno.

Punto 7

Illeciti penali inerenti la prevenzione degli infortuni sul lavoro

Problematica appare l'applicabilità della particolare tenuità del fatto in materia di illeciti penali inerenti la prevenzione degli infortuni sul lavoro per i quali il Legislatore ha previsto specifiche cause di estinzione del reato conseguenti all'ottemperanza alle prescrizioni impartite dagli organi di vigilanza (entro il termine previsto) e al pagamento di una sanzione amministrativa.

Al riguardo, tenuto conto del peculiare contesto socio economico del distretto, è stato evidenziato il rischio elevato che la sovrapposizione dell'applicazione della causa di non punibilità introdotta dall'art. 131 bis c.p. a tali specifiche procedure di ottemperanza, prodromiche alla sopravvenuta irrilevanza penale del fatto, possa indurre concretamente i rei a non ottemperare alle prescrizioni o a non pagare la sanzione, venendo meno l'efficacia deterrente insita nella minaccia (teorica) di una sanzione penale.

Stante la rilevanza del bene giuridico tutelato dalla normativa per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, si è concordato nella fase attuale di adottare in simili casi una linea restrittiva di rigore.

Punto 8

Modalità di formulazione delle richieste di archiviazione

Si è concordato altresì che la formulazione delle richieste di archiviazione per la particolare tenuità del fatto contengano una completa descrizione del fatto, analogamente che nel caso di esercizio dell'azione penale, con l'indicazione delle norme di legge violate, delle aggravanti (eventualmente della recidiva), del luogo e dell'epoca della commissione del reato. Ciò al fine di consentire una immediata stima completa, sostanziale e formale, del fatto nella sua integralità sia ai dirigenti degli Uffici di Procura che devono apporre il visto, sia all'indagato ed alla parte offesa, legittimati a presentare opposizione.

Punto 9

Monitoraggio delle richieste di archiviazione in ambito distrettuale

Al fine di monitorare la concreta applicazione del nuovo istituto, si è infine stabilito che ciascun Procuratore capo curerà la creazione presso il proprio ufficio di un archivio delle richieste di archiviazione accolte e di quelle rigettate dal Gip, conservando copia delle richieste medesime e dei provvedimenti di rigetto delle richieste (comunque formulate).

Al termine di ogni semestre, a far data dalla data di approvazione del presente protocollo, copia degli atti di tale archivio sarà trasmesso al Procuratore Generale al fine di un monitoraggio esteso all'intero ambito distrettuale, per le finalità di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 106 del 2006 e per la convocazione di ulteriori riunioni con tutti i Procuratori per esaminare eventuali problematiche, mettendo a punto orientamenti e soluzioni omogenee.



Letto, confermato e sottoscritto

Il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Palermo

Roberto Scarpicetto

Il Procuratore della Repubblica di Agrigento

di Motele

Il Procuratore della Repubblica di Marsala

Luca De

Il Procuratore della Repubblica di Palermo

Stefano

Il Procuratore della Repubblica di Sciacca

Antonio

Il Procuratore della Repubblica di Termini Imerese

P. M. M.

Il Procuratore della Repubblica di Trapani

Marcello

Il Procuratore della Repubblica per i Minorenni di Palermo

Antonio

22 MAG 2015