

La fattispecie della speciale tenuità del fatto disciplinata nell'ambito del rito penale per reati di competenza del giudice di pace: alcune riflessioni sulle scelte di politica criminale, sui profili d'incostituzionalità e sulle modifiche legislative apportate all'analogo istituto della irrilevanza penale del fatto previsto nel diritto minorile

L'attribuzione delle competenze penali al Giudice di pace avvenuta con l'emanazione del D.Lgs. 274 / 00 ⁽¹⁾ ha dato vita ad un diritto penale più leggero, dal volto mite, che in taluni aspetti si discosta da quello tradizionale, saldamente ancorato al ruolo egemone della pena detentiva ed ai meccanismi retributivi alla stessa sottesi.

Nel varare tale importante riforma il legislatore ha tenuto conto di un preoccupante dato statistico che colloca il nostro Paese tra i primi in Europa per i livelli elevatissimi di ineffettività sanzionatoria⁽²⁾; accade sempre più di frequente, infatti, che pronunce di condanna, comminate in sede giudiziale, non abbiano concreta esecuzione o la trovino solo formalmente.

Per questa ragione l'apparato sanzionatorio concepito per i reati devoluti alla competenza del Giudice di pace ⁽³⁾, al pari di quello vigente nel processo a carico di imputati minorenni, appare proteso a configurare la pena come "veicolo di sensibilità solidaristiche" e ad impedire che la stessa assuma, analogamente a quanto avviene nel processo celebrato avanti al giudice ordinario, contenuti afflittivi, ritorsivi e stigmatizzanti.

Circostanza, questa, che trova puntuale riscontro nella Relazione al decreto ⁽⁴⁾ in cui è testualmente affermato che "gli istituti deflattivi, conciliativi ed estintivi contribuiscono a configurare un sistema che vuole porsi come mezzo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, più che come astratto ed indefettibile meccanismo retributivo".

In sintesi, obiettivo primario di siffatto modello di giustizia alternativa è quello di recuperare la effettività della risposta penale, anteponendo le aspettative dei cittadini alla potestà punitiva dello Stato ⁽⁵⁾.

Diviene centrale, pertanto, il ruolo che il giudice di pace in un contesto così articolato e complesso è tenuto a svolgere ⁽⁶⁾ essendo a questi demandato il compito di procedere alla composizione dei microconflitti di natura interpersonale, favorendo, ove possibile, la conciliazione delle parti

(1) Molteplici sono i lavori sull'argomento; tra essi si segnalano: Un primo commento al decreto, di V. Zagrebelski, in *Diritto e Giustizia*, 2000 n.31; F. Baldi, *Prima interpretazione della L. 24 novembre 1999 n.488 introduttiva delle competenze penali del giudice di pace e del medesimo Autore, Manuale del Giudice di pace*, Giuffrè 2000; L. D. Cerqua, *La competenza in materia penale del giudice di pace*, in *Il Giudice di pace* 2000; E. Marzaduri, *Le disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace*, in Conso - Grevi, *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, Cedam 2000; Aghina - Piccialli, *Il giudice di pace penale*, Commento organico al d.lgs 28.8.2000, Napoli 2001; E. Aprile, *La competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè 2001;

(2) Spunti critici sul principio di effettività della pena si evincono, tra gli altri, negli scritti di Almerighi, *L'effettività della risposta penale*, in *Giust. Pen.*, 1995, pag. 267; Giunta, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. dir. e proc. Pen.*, 1998, II, pag. 414; Pisa, *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. Pen. e proc.*, 1996, I, pag. 667; Basilico, *Una riforma organica per dare effettività alla pena*, ivi, 1996, III, pag. 865; Di Giovanni, *L'effettività della sanzione penale*, in *Crit. Pen.* 2001, pag. 133

(3) E' indubbio che nel sistema sanzionatorio delineato per i reati di competenza del giudice di pace siano presenti aspetti innovativi di notevole interesse; con esso il legislatore ha voluto dettare una disciplina che non si inserisce e non incide sull'apparato ordinario delle sanzioni, ma che è invece legata alla particolarità del rito e delle funzioni stesse (in senso lato conciliative) del giudice di pace. Si vedano, su tale tematica, gli scritti di L. Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2002, pag. 76 ss, nonché L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Atti del convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Trento il 25 e 26 maggio 2002. Giuffrè, Milano 2002 e M. Ronco, *"Le sanzioni nel codice penale"*, in *Critica penale* 2003 fascicoli III e IV ove è dedicata un'approfondita disamina alle sanzioni applicabili dal giudice di pace.

(4) Cfr. Relazione al d.lgs. 28.8.2000 n.274, pubblicata in *D & G* 2000 (31)

(5) Del resto una delle finalità a cui risponde l'attribuzione delle competenze penali al giudice di pace è quella di avvicinare il cittadino alla giustizia. Alla nuova disciplina non è comunque estranea l'istanza deflattiva che, secondo alcuni (cfr. Napoleoni, *Nuova disciplina per il giudice di pace*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2000, pag. 163) è preminente.

(6) L'organo giudicante è caratterizzato da un'assoluta peculiarità, atteso che le competenze e le funzioni compositive di cui è stato dotato si identificano con il sistema stesso e investono un catalogo di reati eterogeneo. In tal senso cfr. V. Zagrebelski, *Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega*, in *D. & G* 2000

Secondo l'art.2 del D.Lgs 274 / 00 " Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione delle parti". Su tale profilo della riforma vedasi: Patanè, *La mediazione, in il giudice di pace nella giurisdizione penale*, pag. 353 e Chinnici, *il giudice di pace: profili peculiari della fase del giudizio e riflessioni in margine alla scommessa della mediazione*, in *Cass. Pen.* 2002 pag. 826. E, inoltre, A. Ceretti - F. Di Ciò - G. Mannozi, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in F. Scaparro, *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2001, pag. 307 ss

antagoniste, nonché di gestire un'ampia gamma di istituti quali la remissione della querela, la rinuncia al ricorso, il "non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto" ed inoltre di incentivare l'autore del fatto a porre in essere condotte riparatorie e risarcitorie che producano l'estinzione del procedimento.

Quello poc'anzi descritto è un tipo di prevenzione fondato su un sistema di giustizia conciliativa e di composizione dialogica del conflitto aperto dal reato ⁽⁷⁾; risultato, quest'ultimo, che il giudice di pace ha il dovere di perseguire facendo ricorso ad una gerarchia di strumenti d'intervento in cui il rimedio della sanzione penale ⁽⁸⁾ - rispetto alle forme alternative di definizione anticipata del processo ed all'estinzione del reato derivante da condotte riparatorie e risarcitorie di cui all'art.35 del citato decreto ⁽⁹⁾ - non può altrimenti essere interpretato se non in termini di rigorosa sussidiarietà (o extrema ratio).

La composizione del conflitto cui prima si è fatto cenno, pur non esaltando le istanze punitivo - vendicative della persona offesa dal reato favorisce la presa di distanza da una precedente esperienza criminosa da parte dell'autore del comportamento deviante, attraverso l'impegno dal medesimo assunto a fare del precetto violato un criterio verso cui indirizzare la propria condotta futura ⁽¹⁰⁾ e ad operare, nei confronti delle vittime del reato, in un'ottica riparatoria e risarcitoria.

Da quanto sin qui esposto si evince l'importanza che nel processo penale avanti al giudice di pace riveste la valutazione della personalità dell'autore del reato e, sebbene della stessa non se ne parli in maniera esplicita come nel processo a carico di imputati minorenni ove è prevista un'analisi della personalità del minore condotta al fine di avviare quest'ultimo a percorsi rieducativi, il ruolo attivo del giudicante, tuttavia, trova concreta e piena valorizzazione allorché la risposta giudiziaria al reato si risolva in termini di riparazione o di conciliazione.

Fatte tali premesse di carattere generale concernenti le scelte di politica criminale adottate, veniamo ad illustrare la fattispecie di "esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto" disciplinata nell'ambito del rito penale per i reati di competenza del giudice di pace.

Trattasi di un istituto mutuato dal diritto penale minorile ⁽¹¹⁾ che si colloca nell'area della c.d. "esiguità penale" ⁽¹²⁾, al cui interno i fatti si caratterizzano per una speciale inoffensività al bene giuridico protetto; la lieve entità della lesione arrecata esclude infatti la gravità dell'offesa che un bene giuridico normalmente presenta.

Il primo comma dell'articolo 34 individua due piani di valutazione ai quali necessariamente dovrà riferirsi l'interprete: il primo è dato dal rapporto instaurato tra le caratteristiche del fatto ed il tipo d'interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice che si assume violato; il secondo si sostanzia invece nell'eventuale pregiudizio che dal progredire del procedimento potrebbe derivare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona che vi è sottoposta.

Solo il concorso delle citate circostanze potrà consentire al pubblico ministero di astenersi dall'esercitare l'azione penale per la particolare tenuità del fatto commesso ⁽¹³⁾.

Con riferimento al primo momento valutativo risultante dal rapporto tra l'interesse tutelato dalla

(7) È noto che il reato implichi una frattura tra l'autore e la società e che tale frattura esiga di essere quanto più possibile superata; a questo riguardo particolare importanza riveste la teoria dei retribuzionisti i quali identificano il soddisfacimento di detta esigenza con la ritorsione del male, ritorsione che coincide con il nucleo concettuale dell'idea retributiva e del punire.

(8) Significativi risultano due passaggi della Relazione; nel primo si sostiene che "l'approdo dell'irrogazione della sanzione dovrebbe auspicabilmente costituire un esito eccezionale" derivante dall'insuccesso di tutti i numerosi meccanismi destinati a favorire una definizione anticipata del processo. Nel secondo si afferma che "la rinuncia alla pena detentiva e il notevole spazio riconosciuto alla conciliazione suggeriscono pertanto proprio nell'intento di rafforzare la mitezza ma anche l'effettività di questa giurisdizione di non ricorrere all'istituto sospensivo". Tale scelta è stata operata per non svilire l'effettività del sistema sanzionatorio consegnato al giudice di pace, sistema che già mite di per sé sarebbe divenuto non solo poco severo ma addirittura debole se fosse stata resa possibile l'elargizione di ulteriori benefici al reo.

(9) Battista, La competenza penale del giudice di pace: obiettivi del giudizio, la conciliazione e il risarcimento danni, in *Dir. Giust.*, 2000, n. 33, pag. 58. Ed inoltre, S. Guerra, L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, in *Il Giudice di pace: un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scafati, Padova 2001.

(10) L'ordinamento, in tal modo, riesce ad ergersi a fonte di orientamento comportamentale.

(11) Per una panoramica dell'istituto nel diritto minorile si vedano, tra gli altri, F. Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè 2002; L. Pepino, sub art. 27 d.p.p.m., *Commento Chiavario, Il processo minorile*, Torino 1994; S. Vinciguerra, *L'irrelevanza del fatto nel procedimento penale minorile*, in *Dif. Pen.* 1989.

(12) G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale della particolare tenuità del fatto: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in *Il giudice di pace: un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scafati, Padova 2001.

(13) Cfr. sent. nr. 36990 Cass. Sez. IV del 17.6.2003.

norma ed il fatto, tre sono le caratteristiche che quest'ultimo deve possedere: l'esiguità del danno o del pericolo che da esso sono derivati, l'occasionalità del fatto medesimo e, da ultimo, il grado di colpevolezza.

La caratteristica che connota il fatto come particolarmente tenue è, lo ribadiamo, l'esiguità del danno o del pericolo che ne siano conseguiti: a seconda della fattispecie di reato che di volta in volta viene in rilievo si dovranno considerare il "quantum" di danno cagionato o l'incidenza della probabilità del verificarsi della lesione secondo lo schema di cui all'art.133 comma 1 n.2 c.p.⁽¹⁴⁾. L'accertamento dell'esistenza di questo primo requisito sarà propedeutico alla verifica delle rimanenti componenti, le quali, dal canto loro, serviranno a confermare o negare la qualifica di esiguità attribuita al fatto.

Il secondo indice rivelatore, l'occasionalità della condotta, non viene considerato con riguardo ad un mero criterio cronologico – quantitativo per cui può definirsi occasionale la condotta realizzata una sola volta⁽¹⁵⁾; non catalogando l'occasionalità come sinonimo di un unico comportamento integrante la fattispecie astratta del reato (a differenza di quanto in passato si era sostenuto a proposito della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto pronunciata nel processo minorile secondo un'interpretazione che relegava il citato requisito nell'angusto ambito della mancata reiterazione abituale e sistematica della condotta) compito del giudice sarà quello di ricomprendere la vicenda nel suo complesso e basarsi su un apprezzamento di più ampio respiro; apprezzamento che potrà compiere solo dopo aver appurato che il fatto sia stato il risultato di una condizione psicologica ed emotiva eccezionale, episodica.

Il grado di colpevolezza, quale ultimo criterio di valutazione, deve essere desunto dai parametri enunciati dall'art. 133 comma 1 n.3 c.p., vale a dire l'intensità del dolo ed il grado della colpa, per la cui trattazione si rimanda alla migliore manualistica⁽¹⁶⁾.

Nell'articolo in esame viene altresì preso in considerazione un ulteriore elemento, ovvero il pregiudizio che potrebbe derivare dall'eventuale prosieguo del procedimento alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'indagato o dell'imputato.

Ancora una volta modello di riferimento è stato l'art.27 d.p.p.m., in cui, ai fini dell'applicazione dell'istituto, viene data preminenza alle esigenze educative del minore; degno di nota appare il fatto che a ciascuna delle esigenze prima enunciate sia stata riconosciuta una tutela costituzionale nei termini che ci accingiamo ad indicare: le esigenze di lavoro trovano la loro protezione nell'art. 4 della Carta costituzionale, quelle di studio nell'art.34; e ancora: negli artt. 29 e 30 le esigenze della famiglia e nel 32 quelle di salute.

Prima di concludere l'esame dell'istituto in questione, deve farsi cenno all'assenza dell'interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, requisito al quale è subordinata la pronuncia del giudice di pace⁽¹⁷⁾.

(14) Cfr. Cass. 19.9.1990, Leonardi, in GP 1991, II, 227 "ai fini della determinazione della pena il giudice deve procedere ad una valutazione complessiva del fatto e della personalità dell'autore, categorie di elementi che, se pure sono indicate in due parti separate della stessa disposizione (art.133 c.p.), molto spesso si integrano".

(15) Sul punto specifico si veda l'opinione conforme di F. Palomba, *Il sistema*, cit. pag.380 "l'occasionalità non pare essere riferita a un criterio di seriazione dei fatti, per cui possa dirsi che è occasionale la prima trasgressione, o la seconda, ma non quelle successive. Né pare che possa soccorrere il criterio della recidiva, o della non ripetibilità del beneficio. D'altra parte, può essere occasionale il comportamento riferito a un'ennesima trasgressione penale e non occasionale quello riguardante il primo reato" e di M. Colamussi, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in Cass. Pen. 1996 in cui si afferma che "l'occasionalità non equivale in senso etimologico ad unicità". Di contrario avviso L. Pepino, *sub. Art.27 cit. secondo il quale "non può essere condiviso lo sganciamento del requisito in esame da ogni criterio di seriazione temporale e il suo esclusivo ancoraggio a circostanze particolari"*

(16) Per tutti, G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale* (2001) 3ª ediz. Milano, Giuffrè, "per quanto riguarda l'intensità del dolo, questa consiste nella misura delle sue due componenti: la rappresentazione e la volontà. La componente conoscitiva si gradua a seconda del modo in cui l'agente si rappresenta gli elementi costitutivi del fatto di reato: una rappresentazione in forma dubitativa rappresenta lo stadio più basso, mentre una consapevolezza piena lo stadio più alto. Qualora s'intenda il riferimento al dolo e alla colpa in senso atecnico, come a tutti gli elementi che compongono la colpevolezza, assume altresì rilevanza, in questo contesto, il grado di consapevolezza dell'antigiuridicità o illiceità del comportamento tenuto. Il grado della componente volitiva, invece, dipende innanzitutto dalla forma del dolo: la meno intensa sarà costituita dal dolo eventuale, la più intensa dal dolo intenzionale; in secondo luogo dal grado di complessità del processo deliberativo: quest'ultimo va valutato anche in base al lasso di tempo in cui si è perfezionato il processo volitivo per cui il dolo d'impeto risulta meno grave del dolo di proposito. Il grado della colpa, invece, consiste nella misura della divergenza fra la condotta tenuta dall'agente in concreto e la condotta prescritta dalla norma cautelare violata.

(17) Cfr. sent. Cass. IV del 26.9.2003 n.36980

Esso rappresenta uno dei punti qualificanti e più significativi della normativa e, come afferma la relazione governativa al decreto istitutivo delle competenze penali del giudice di pace, le modalità di accertamento dell'interesse della persona offesa all'ulteriore corso del procedimento possono essere desunte dalla opposizione alla richiesta di archiviazione, facoltà riconosciuta dalla legge alla persona offesa che ne abbia fatta espressa richiesta difettando la quale, continua la Relazione, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria potranno escutere la vittima del reato al fine di saggiarne gli intendimenti.

Dopo l'esercizio dell'azione penale la declaratoria di tenuità assume la forma della sentenza, l'emissione della quale è subordinata alla condizione della "non opposizione" che tanto la persona offesa quanto l'imputato hanno facoltà presentare. A quest'ultimo, in particolare, è riconosciuta la facoltà di opporsi e rinunciare all'istituto della particolare tenuità laddove ritenga di poter ottenere una più favorevole sentenza di proscioglimento nel merito.

A seconda della fase in cui versa il procedimento si prospettano dunque due diverse situazioni: nella fase delle indagini preliminari, a seguito della richiesta di archiviazione formulata dal P.M., il Giudice di pace potrà emettere conforme decreto dichiarando esclusa la procedibilità per la speciale tenuità del fatto sempre che non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento e che si tratti di interesse evidenziato nella denuncia – querela o in un atto successivo. Esercitata l'azione penale, la persona offesa, anche quando non si sia costituita parte civile, ha facoltà di interloquire sulla definizione alternativa ed anticipata del processo presentando al giudice opposizione alla sentenza che dichiara il non luogo a procedere per la particolare tenuità del fatto.

Da ultimo, merita un breve cenno il vaglio di costituzionalità cui è stato di recente sottoposto l'art. 34 D. lgs n. 274 / 2000.

Lo scrutinio, che aveva ad oggetto la compatibilità del nuovo meccanismo di definizione alternativa del procedimento con i principi di eguaglianza, stretta legalità, soggezione del giudice soltanto alla legge e di obbligatorietà dell'azione penale ⁽¹⁸⁾ si è concluso con una dichiarazione di inammissibilità della questione giacché le censure promosse dal giudice a quo, appuntandosi sull'eccesso di delega da un lato e sull'ingiustificata limitazione delle condizioni applicative relative all'istituto in parola dall'altro, prospettavano alla Corte due interventi correttivi tra loro antitetici ed incompatibili ⁽¹⁹⁾.

Alla luce di siffatto esito, appare auspicabile che la causa d'improcedibilità dell'azione penale per la particolare tenuità del fatto possa essere nuovamente oggetto di un autorevole intervento della Consulta, con il quale la stessa avrà modo chiarire i termini del suo impatto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. ⁽²⁰⁾

(18) L'eccezione d'incostituzionalità è stata sollevata dal Tribunale di Torino, ord. 23 maggio 2001, in Gazz. Uff. 17.2.2002, n.28

(19) Corte Cost., 4 febbraio 2003, in Gazz. Uff. 11.2.2003

(20) Su numerosi altri aspetti problematici della normativa sono state sollevate dai Giudici di pace questioni di legittimità costituzionale (una per tutte riguarda l'ipotizzata applicabilità dell'istituto dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari ex art.415 bis c.p.p. al processo avanti al giudice di pace). Senza dubbio quello davanti al giudice onorario è un procedimento che per la peculiarità della tutela e per le finalità conciliative che in esso sono insite appare caratterizzato, sotto diversi profili, da una propria autonomia che lo rende "altro" rispetto a quello del giudice monocratico a cui espressamente si richiama. Sul tema dell'autonomia del circuito penale del giudice di pace cfr. Giunta, La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale, in Studium Juris, 2001, pag.407. Secondo alcuni studiosi il legislatore con la riforma del Giudice di pace in campo penale ha inteso delineare, sia pure in forma embrionale, i tratti di un vero e proprio "secondo sistema penale". Sul punto cfr. Papa, La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzioni di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della legalità penale, in Competenze pen. del G.d.p. (a cura di Picotti – Spangher) Giuffrè 2003

Profili di incostituzionalità e modifiche legislative apportate all'istituto della irrilevanza penale del fatto previsto nel diritto minorile

Nel paragrafo che precede molteplici sono stati i riferimenti al sistema penale minorile al cui interno sono previste (analogamente al rito penale di competenza del giudice di pace) determinate forme alternative per la risoluzione dei conflitti innescati dai fenomeni delittuosi ⁽²¹⁾.

Nel passare alla trattazione della problematica in epigrafe si ritiene opportuno illustrare, seppur per brevi cenni, l'orientamento di quella parte della dottrina ⁽²²⁾ la quale, pur ammettendo che la particolare tenuità del fatto tragga origine dall'omologo istituto disciplinato nel processo minorile, facendo leva sul disposto dell'art. 63 D.Lgs 274 / 00 che al primo comma recita "nei casi in cui i reati indicati nell'art.4, commi I e II, sono giudicati da un giudice diverso dal giudice di pace, si osservano le disposizioni del titolo III del presente decreto legislativo, nonché in quanto applicabili, le disposizioni di cui agli artt. 33, 34, 35, 43 e 44" perviene alla conclusione che le differenze in essi riscontrabili sono sostanziali ed ineriscono non tanto all'aspetto lessicale (riguardo cioè alla diversa terminologia adoperata dal legislatore) quanto piuttosto attengono ai requisiti previsti dalla disciplina normativa di ciascun istituto ed alle modalità applicative negli ambiti processuali di rispettiva pertinenza.

Invero, la tenuità del fatto è, nel rito penale avanti al giudice di pace, una causa di improcedibilità che può sfociare in un provvedimento di archiviazione; nel processo minorile essa si identifica in una causa di non punibilità che, comportando il promuovimento dell'azione penale, perviene alla necessaria celebrazione di un'udienza camerale ed all'emissione di una sentenza.

I due istituti, pertanto, trovano il loro fondamento in una duplice e diversa esigenza che nel rito penale celebrato avanti al giudice di pace si sostanzia nell'intento del legislatore di deflazionare i carichi di lavoro mentre in quello minorile, ove si procede con le cautele e l'approfondimento propri di un'udienza camerale in cui vengono sentiti l'esercente la potestà genitoriale, l'imputato e la persona offesa ed il cui contraddittorio verte esclusivamente sugli elementi soggettivi del fatto e sulle esigenze personali dell'imputato nonché sul pregiudizio che la vita dell'imputato medesimo potrebbe subire a causa della eccessiva prosecuzione del processo, essa coincide pienamente con le esigenze educative del minore, prescindendo da eventuali disagi pratici o alla vita di relazione strettamente intesa che invece risultano centrali nella speculare verifica dell'art.34 D.Lgs 274 / 00.

Alla luce delle suesposte considerazioni il citato orientamento dottrinale è indotto ad escludere qualsiasi coincidenza tra gli istituti in parola ed a sostenere che la particolare tenuità sia uno strumento aggiuntivo a cui il giudice minorile, in assenza di specifiche disposizioni normative, ha facoltà di ricorrere in ossequio al principio del "favor minoris". Dunque, la particolare tenuità, così come configurata dal legislatore nel processo penale avanti al giudice di pace, è, secondo tale indirizzo dottrinale, applicabile anche ai minori.

I sostenitori della tesi antagonista a quella poc'anzi enunciata, dal canto loro, non riconoscono possibilità alcuna d'ingresso nel processo minorile all'istituto della particolare tenuità del fatto giacché ritengono quest'ultimo incompatibile con un sistema (quello minorile, appunto) in seno al quale è già contemplata la norma generale della irrilevanza del fatto.

Ulteriore problematica sulla quale vale la pena indugiare è quella del contrasto, più volte ipotizzato, tra gli istituti in parola ed i principi costituzionali, segnatamente quello della obbligatorietà dell'azione penale.

E' stato autorevolmente sostenuto dal Fiandaca che "meccanismi deflattivi di questo tipo, che

(21) Per una nozione della mediazione nel diritto penale minorile cfr. A. Vicoli, *L'alternativa tra azione penale e diversion nei sistemi di giustizia minorile*, in *Critica penale*, Genn. - Giugno 1997, Ponte Nuovo Editrice, Bologna. Sulla nozione di diversion cfr. le Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema "Diversión e mediazione" in Cass. Pen. 1985, con nota di Ruggieri "Diversión: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale". Non possiamo comunque non rilevare che nel nostro ordinamento siamo ancora ad una fase iniziale di una seria e diffusa esperienza di mediazione nell'ambito minorile poiché permangono infatti grandi perplessità circa la sua rilevanza giuridica, la sua collocazione processuale.

(22) S. Larizza, *L'irrilevanza del fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, Diritto e proc.pen. minorile, a cura di Palermo Fabris e Presutti, Giuffrè.

sembrano a prima vista cozzare irrimediabilmente con il principio di obbligatorietà dell'azione penale rigidamente concepito, trovano in realtà giustificazione se si accede ad una concezione realistica e non mitica o ipocrita del principio di obbligatorietà dell'azione penale" ⁽²³⁾.

Occorre osservare, in via preliminare, che nel processo minorile il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. non ha a tutt'oggi permesso di adeguare fino in fondo le caratteristiche del sistema giudiziario alle esigenze educative del minore ed alle sue condizioni sociopsicologiche. Invero, le soluzioni adottate dal legislatore del 1988 intese a contenere l'offensività del processo e a favorire il recupero del minore, si riferivano tutte alla fase successiva all'esercizio dell'azione penale, riservando al solo giudice per l'udienza preliminare la facoltà di pronunciare il "non luogo a procedere per irrilevanza del fatto" con sentenza, dopo aver sentito il minore, l'esercente la potestà genitoriale e la persona offesa dal reato.

A tal proposito va ricordato il tentativo compiuto dalla Commissione ministeriale presieduta dalla D.ssa Livia Pomodoro, la quale aveva inserito nel progetto di riforma del processo minorile la possibilità per il giudice di emanare un decreto di archiviazione ogni qual volta, a causa della tenuità del fatto e della occasionalità del comportamento, la prosecuzione del procedimento fosse risultata non conforme alle esigenze educative del minore ed a quelle di tutela della collettività.

Al termine dell'iter legislativo la Commissione ministeriale preferì adottare la soluzione della sentenza di non luogo a procedere pronunciata dopo aver sentito i soggetti interessati; ciò al fine di preservare la normativa da possibili censure di incostituzionalità ⁽²⁴⁾.

Da siffatta scelta sono derivate due importanti conseguenze: in primo luogo sono stati celebrati processi a carico di autori di reati anche minimi; inoltre, l'udienza celebrata in camera di consiglio con le modalità prima illustrate ha finito per assumere, nell'economia del processo minorile, un ruolo centrale in quanto costituiva al tempo stesso la sede in cui il processo aveva il suo svolgimento e la fase del merito trovava il suo epilogo ⁽²⁵⁾.

In buona sostanza, prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 149 datata 9 maggio 2003 ⁽²⁶⁾, veniva attribuito esclusivamente al Gup il potere di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (di quest'ultima fattispecie, a seguito della legge n. 123 del 1992, fu estesa l'applicazione anche al giudizio direttissimo ed a quello immediato) relegando il dibattimento ad un ruolo marginale e residuale, limitato alle sole ipotesi in cui era prevista l'irrogazione di una condanna a pena detentiva.

Tale situazione, ponendosi in palese contrasto con i precetti contenuti in alcune norme costituzionali, ha reso necessario l'intervento della Consulta, la quale, sopperendo ad una tanto prolungata quanto colpevole inerzia del legislatore, con la declaratoria sopraindicata, ha accolto l'eccezione d'incostituzionalità dell'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 la dove esso non prevede che la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto possa essere emanata anche in dibattimento.

Secondo il Giudice delle leggi detta esclusione viola in primo luogo l'art. 31 Cost. ove dai Padri costituenti è stato riservato allo Stato il compito di tutela della gioventù nonché l'art. 25 che identifica nel giudice dibattimentale il giudice naturale cui spetta l'accertamento dei fatti con pienezza dei poteri. Ora, avuto riguardo a quest'ultimo principio è di palmare evidenza la contraddizione di aver attribuito al giudice adito in modo eccezionale, a seguito di giudizio direttissimo o immediato (peraltro caratterizzati dalla mancanza dell'udienza dibattimentale) il potere di proscioglimento per irrilevanza del fatto e, per contro, di avere interdetto il medesimo

(23) G. Fiandaca, *La deflazione del dibattimento*, in AA.VV. *La giustizia del cittadino, I Quaderni di Info 1998*, pag. 154.

Un'accurata disamina sul principio della obbligatorietà dell'azione penale la si trova in Chiavario, L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà, Cass. Pen. 1993, pag. 266 e ne L'azione penale tra diritto e politica, Padova 1995 del medesimo Autore.

(24) La Greca, *Dalla delega del 1974 al decreto 448 del 1988, in Il nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Neppi Modona, vol. VII, Cedam 1990.

(25) L'udienza preliminare minorile, in F. Occhiogrosso (a cura di), *Il processo minorile: prime esperienze*. Atti del convegno di Bari, Unicopli, 1991.

(26) Per un commento su questa importante decisione cfr. Bricchetti, *Bocciata la norma che limitava l'applicazione all'udienza preliminare e ai giudizi speciali*, Guida al diritto n. 23, 2003 (61); S. Larizza, *Tutela del minore dal processo o nel processo? La scelta della Corte Cost. nella sentenza che estende alla fase dibattimentale l'applicabilità della irrilevanza del fatto in Cass. Pen.- Dic. 03*.

potere al giudice del dibattimento.

E' pur vero che la irrilevanza del fatto pronunciata nella fase dibattimentale che, come è noto, costituisce una fase processuale avanzata, impedisce quella sollecita estromissione del minore dal complesso e per certi versi insidioso meccanismo del processo penale più volte auspicata dalle Convenzioni e dalle Raccomandazioni internazionali; ma è altrettanto rispondente a verità che l'assenza o l'irreperibilità dell'imputato (minore d'età) all'udienza preliminare non consentivano a quest'ultimo di poter esprimere il proprio consenso ad una definizione anticipata del processo e, conseguentemente, ad ottenere il più favorevole proscioglimento per irrilevanza del fatto.

Sulla base di questo ragionamento la Corte costituzionale è giunta alla conclusione che il meritevole obiettivo di una rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale non può comportare l'esclusione di una decisione a questi più favorevole, secondo la citata formula del proscioglimento per irrilevanza del fatto, certamente più consona alla natura del reato al medesimo contestato ed adeguata ai profili soggettivi del comportamento tenuto.

In tale ottica deve essere letto l'insegnamento del Giudice delle leggi volto ad accordare prevalenza all'interesse del minore a che si adotti una decisione a lui più favorevole, in conformità, fra l'altro, al principio espresso dall'art. 111 Cost. sul "giusto processo" ⁽²⁷⁾.

Anche la natura giuridica dell'istituto in esame è stata fonte di contrasti in quanto taluno ⁽²⁸⁾ ha ritenuto che esso configuri una "causa di non punibilità" ⁽²⁹⁾ dato che, pur facendo venir meno la pretesa punitiva dello Stato nei confronti del minore, non elimina la qualifica di illecito penale conferita dall'ordinamento al fatto – reato da questi commesso.

La tesi poc'anzi illustrata ha trovato conferma in una decisione (trattasi della n. 250 del 1991) con la quale la Corte costituzionale ⁽³⁰⁾, avendo riscontrato nella previsione del nuovo istituto un eccesso di delega da parte del Governo incaricato, si è pronunciata, ancora una volta, in termini negativi sull'art. 27 decretandone l'incostituzionalità. Ad avviso della Consulta, trattasi di norma che pur presentando risvolti di natura processuale, attiene al diritto sostanziale e in quanto tale configura una nuova "causa di non punibilità".

Alcuni studiosi, tra cui il Palomba ⁽³¹⁾, nel commentare la suddetta pronuncia d'incostituzionalità ebbero modo di osservare che la Corte, circoscrivendo il proprio intervento al solo eccesso di delega

- sebbene la questione di costituzionalità sollevata riguardasse la compatibilità con gli artt. 3 e 112 Cost. - ha consentito al legislatore ordinario di reintrodurre, di lì a poco, l'irrilevanza del fatto nell'ordinamento penale minorile con la legge n. 123 del 1992 e che tale reintroduzione, provenendo dal legislatore primario, potè superare più agevolmente lo scrutinio di costituzionalità.

Inoltre, secondo il suddetto Autore, l'aver limitato la previsione di questo meccanismo ai soli minori concretizzava, almeno sino alla istituzione del giudice di pace penale, una violazione dell'art. 3 Cost. con riguardo all'art. 112 in base al principio di parità di trattamento di tutti i cittadini (nella fattispecie: minori ed adulti) di fronte alla pretesa punitiva statale; si deve esigere, dunque, rispetto ad un identico fatto penalmente rilevante, una risposta sanzionatoria omogenea, di eguale portata (quindi, non un regime differenziato).

Del medesimo avviso Colamussi ⁽³²⁾, secondo cui è insita nel promuovimento dell'azione penale una scelta che il pubblico ministero compie discrezionalmente, essendo l'iniziativa penale legata a precise scelte di politica criminale che tendono a privilegiare il perseguimento di taluni fenomeni delinquenziali in luogo di altri.

Francesco Vattimo

(27) Sui rapporti tra giusto processo e rito minorile v. Pansini, *L'attuazione del giusto processo nell'udienza preliminare minorile*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini Cedam, 2001.

(28) R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, Cedam 1998; P. Giannino, *Il processo penale minorile*, Cedam 1997; si veda altresì G. Battistacci il quale ne "Il nuovo processo penale a carico di imputati minorenni – Atti del convegno di Perugia 14 – 15 aprile 1988, Cedam, 1989, ritiene che l'irrilevanza del fatto possa essere definita sia una causa di non punibilità che un'ipotesi di mancanza di condizione di procedibilità.

(29) Secondo Mantovani sono cause di non punibilità quelle "particolari situazioni esterne al fatto tipico che non escludono il reato ma in presenza delle quali il legislatore ritiene, per ragioni di mera opportunità, che non si debbano irrogare la pena e ogni altra conseguenza penale (misura di sicurezza), *Diritto penale, parte generale*, Cedam 2001.

(30) C. cost. sent. 6 giugno 1991 n. 250, in *Giur. Cost.* 1991.

(31) F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè 2002.

(32) M. Colamussi, *Processo penale minorile: l'irrilevanza del fatto e la messa alla prova*, Lo Scarabeo, Bologna 1997; cfr. altresì R. Ricciotti op. cit.