

Tenuità del fatto (*Geringfügigkeit der Tat*) e archiviazione

CPP della RFT, CPP austriaco e particolare tenuità del fatto (articoli 131 bis CP, 469 e
411 CPP italiano)
05 Novembre 2017
Armin Kapeller

Indice

I. Introduzione

II. Presupposti per l'archiviazione ai sensi del § 153 StPO della RFT e fatti ostativi alla stessa

III. L'intervento del giudice

IV. Il § 191 della StPO austriaca

V. Presupposti per l'Einstellung previsti dal § 191 StPO

VI. Controlli, ai quali è soggetta l'Einstellung

VII. Effetti dell'archiviazione

VIII. Differenze tra le discipline previste dal CPP della RFT e da quello austriaco

IX. L'articolo 131 bis del codice penale italiano e alcune decisioni della Cassazione

I. Introduzione

Il § 153 della StPO (CPP) della **RFT**, inserito nel Titolo I - Libro II - è intitolato: “**Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit**”. Attribuisce al PM, se oggetto del procedimento è un Vergehen (contravvenzione), la facoltà di non procedere nel caso in cui la colpevolezza dell'autore del fatto sarebbe da considerare **lieve (gering)** e qualora **non sussista un interesse pubblico** a procedere. In linea di massima, per l'archiviazione occorre il consenso del giudice; in alcuni casi, come vedremo, è possibile prescindere da questa Zustimmung. Nei casi previsti dal paragrafo ora citato, si parla anche di Nichtverfolgung von Bagatellsachen o di Einstellung wegen Geringfügigkeit.

Il § 152, comma 1, StPO sancisce **il c .d. Anklage monopol del PM e il c.d. Oficialprinzip** (comma 2), per effetto del quale, salva diversa disposizione di legge, il PM è obbligato ad attivarsi a seguito di tutti i fatti costituenti reato, di cui ha cognizione e procedibili d'ufficio, qualora sussistano zureichende, tatsächliche Anhaltspunkte, cioè se esiste un Anfangsverdacht. Si parla in proposito anche di Erforschungspflicht und Verfolgungszwang. **Eccezioni al Verfolgungszwang sono previste dal comma 2 del § 152 StPO**, secondo il quale l'obbligo di procedere del PM (mediante il quale è assicurata (o dovrebbe essere assicurata) la Gleichbehandlung (parità trattamento)), viene meno nei casi espressamente disciplinati dalla legge.

Una delle eccezioni più importanti dal Legalitätsprinzip, dalla grundsätzlichen Verfolgungspflicht, è prevista dal **§ 153 StPO**.

L'odierno § 153 StPO è **eine der ältesten Opportunitätsregeln contenute nel CPP** in quanto risale al 1924 quando, mediante il decreto-legge dd. 4.1.1924 (indicato comunemente come Emminger-VO), al fine

di far fronte alla marea di denunce per reati commessi da persone che, per effetto della spaventosa inflazione, non erano state più in grado di acquistare i generi alimentari necessari per la sopravvivenza e quindi costrette a commettere **furti lievi** (si parlava di “vom Hunger veranlasste Notkriminalität”), veniva stabilita che l’autorità giudiziaria aveva facoltà, in caso di Vergehen (contravvenzioni), **von der öffentlichen Klage abzusehen** (§ 23 della citata Notverordnung). Ciò al fine di evitare che gli uffici giudiziari fossero “sommersi” da denunce, sulle quali il PM doveva procedere (e il giudice, poi, doveva decidere).

Già allora (come del resto ancora oggi) questa Nichtverfolgung veniva giustificata dalla **geringen Schuld** (lieve colpevolezza) e dalla **mancanza di un interesse pubblico** a perseguire gli autori di questi reati (per lo più gente povera). In altre parole, si trattava e si tratta di **Vergehen con un minimo di offensività**. Ancora oggi si procede ad archiviazione in caso di furto di oggetti di scarso valore e di fatti di lievissimo allarme sociale (p. es. se il valore della cosa sottratta non è superiore a 30-50 Euro) oppure di viaggio su mezzi pubblici di trasporto senza biglietto, sempre sul presupposto che il contravventore non sia recidivo. La norma di cui al § 153 StPO è più che “opportuna”, dato che, p. es. nel 2011, sono stati archiviati – ai sensi di questo paragrafo – 1.470.000 Verfahren contro noti, mentre le archiviazioni mangels Tatverdacht sono state 1.290.000.

Benché, come già detto, vige il Grundsatz der Übereinstimmung tra PM e giudice, il comma 1, parte 2, del § 153 StPO, prevede che **il PM**, qualora si tratti di geringer Kriminalität, possa **esso stesso disporre l’archiviazione**, salvo che gli atti non siano (già) stati trasmessi al giudice.

II. Presupposti per l’archiviazione ai sensi del § 153 StPO della RFT e fatti ostativi alla stessa

Presupposti per l’archiviazione sono: la lieve colpevolezza dell’autore del fatto e l’insussistenza di un interesse pubblico an der Verfolgung. Se il fatto non è punibile oppure se manca una condizione di procedibilità, il § 153 StPO non è applicabile.

La colpevolezza è lieve se il fatto, confrontato con contravvenzioni dello stesso genere, è al di sotto della media (liegt unter dem Durchschnitt), vale a dire, se il grado di colpevolezza, tenuto conto dei criteri – di carattere generale previsti dal § 46, 2° c., StGB (CP) - sarebbe tale da “condurre” all’inflizione di una pena molto prossima al minimo edittale.

Ai fini del ricorso al § 153 StPO, deve essere effettuata una **valutazione meramente ipotetica (...als gering anzusehen wäre) della colpevolezza**, come ha sentenziato il BVerfGE, la Corte costituzionale federale (82, 106). Basta quindi un “giudizio” di probabilità. In tal caso il fatto va “accertato” soltanto nei limiti in cui è necessario ai fini del predetto “giudizio prognostico”, sempre che non si debba procedere a causa della sussistenza di un interesse pubblico e qualora non sia adottabile un provvedimento **più favorevole all’autore del reato** (qual è p.es. l’Einstellung ex § 170, comma 2, StPO).

Se vi è concorso tra un reato procedibile d’ufficio e un Privatklagedelikt, la Verweisung auf den Privatklageweg è ammissibile soltanto se per il reato procedibile d’ufficio sussistono i presupposti di cui al § 170, comma 2, StPO.

Inammissibile è procedere - ai sensi del § 153 StGB - all’archiviazione di un reato e, per un altro reato, commesso nello stesso contesto, disporre la Verweisung auf den Privatklageweg.

Se vi è Zusammentreffen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (violazioni amministrative), vale a dire Idealkonkurrenz zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (Tateinheit), il PM ha facoltà di disporre **l’archiviazione limitatamente al Vergehen**. In tal caso la Staatsanwaltschaft trasmette gli atti – relativi all’Ordnungswidrigkeit – a chi è competente per quest’ultima (ved. BGH St = Corte di Cassazione

– Sez. pen. - 41, 385 (390)).

Osta all'archiviazione ex § 153 StPO, come già accennato, la sussistenza di un öffentliches Verfolgungsinteresse, di **un interesse pubblico a procedere**. Questo interesse è ravvisabile per motivi di prevenzione speciale o generale. Il decorso di un lungo periodo di tempo tra commissione del fatto e scoperta dello stesso, può essere valutato in senso attenuativo del pubblico interesse an der Verfolgung. La stessa cosa vale per il caso “völlig unangemessener Verzögerung des Verfahrens”. In entrambi i casi l'archiviazione è possibile.

L'Absehen von der Verfolgung è di competenza del PM e **non degli organi di polizia**, che, in ogni caso, se reputano la „lievità del fatto”, devono trasmettere gli atti al PM.

III. L'intervento del giudice

Presupposto della Verfahrenseinstellung è - in linea di massima – il consenso dato dal giudice. Questo “requisito” si spiega con il fatto che la p. o., se l'archiviazione avviene ai sensi del § 153 StPO (a differenza di quanto previsto per l'Einstellung ex § 170, comma 2, StPO), il c.d. Klageerzwingungsverfahren non è ammissibile. È da rilevare che la prestazione del consenso da parte del giudice **non ha carattere decisionale**, ma è di natura meramente dichiarativa (ist nur eine Prozessklärung), per cui non deve avvenire in contraddittorio e non è impugnabile mediante Beschwerde (reclamo): ved. BGH St 38, 381, 382.

Non è necessario che **l'indagato** dia il suo consenso e non occorre neppure che venga sentito, se la hypothetische Schuldbeurteilung, la valutazione ipotetica del grado di colpevolezza, può essere effettuata senza contraddittorio.

Le conseguenze del commesso reato, ai fini del ricorso al § 153 StPO, **devono essere lievi, quasi di minima offensività**. In caso di Vergehen contro il patrimonio, si tiene conto – principalmente – del danno causato (che non deve essere superiore a ca. 50-60 Euro). Non può essere preso in considerazione il c.d. valore affettivo.

Se si procede per **reati tributari**, l'Einstellung ex § 153 StPO può essere disposta anche se l'importo evaso è considerevolmente superiore all'importo sopra indicato, mentre in caso di **violazione della legge sugli stupefacenti** (BtMG), il § 31 a di questa legge consente l'Einstellung, l'archiviazione, senza consenso del giudice, se l'autore del reato è stato trovato in possesso di un modesto quantitativo di stupefacente destinato (tutto) ad uso esclusivo proprio. Si veda in proposito la decisione della Corte cost. feder., del Bundesverfassungsgericht 90, 145.

L'Einstellung ai sensi del § 153, comma 1, StPO, vale a dire prima della Klageerhebung, **non comporta il c.d. Strafklageverbrauch** e rimane ammissibile un Privatklageverfahren.

Una volta **avvenuta l'öffentliche Klageerhebung**, competente a disporre l'archiviazione (§ 153, comma 2, StPO) è il **giudice**. Tuttavia in caso di Klagerücknahme oppure se vi è stata Rücknahme della richiesta di decreto penale di condanna, “rivive” la competenza del PM.

L'Einstellung avviene con **decreto (Beschluss)**, nel quale è contenuta la decisione sulle spese del procedimento. Questo decreto **non deve essere motivato**.

L'Einstellung può avvenire **in ogni stato e grado** del giudizio; quindi anche nel procedimento dinanzi al Revisionsgericht.

Richiedendo il consenso del PM, si tiene conto del c. d. Anklage monopol del PM (cfr. BGH Z 64, 347, 350). La Zustimmung del Nebenkläger non è invece richiesta.

L'archiviazione disposta dal giudice **non è impugnabile**, ne' dal PM, ne' dall'imputato, ne' dal

Nebenkläger; tuttavia PM e imputato hanno facoltà di proporre **Beschwerde** (p. es., se il fatto costituisce un Verbrechen anziché un Vergehen oppure se il (richiesto) consenso non è stato prestato validamente). È ben vero che per effetto dell'Einstellung, l'indagato/imputato non viene "beschwert". Tuttavia non si ritiene che non debba essergli negato il c.d. verfahrensrechtliche Mitspracherecht (il diritto di interloquire nel procedimento).

A proposito dello Strafklageverbrauch nel caso in cui l'Einstellung è stata disposta dal giudice, la Suprema Corte è orientata nel senso che fatti nuovi e prove nuove che legittimerebbero una qualificazione giuridica diversa (più grave) del fatto, **non** possono condurre a una **Verfahrenswiederaufnahme**.

In sede di Revision non è deducibile la mancata applicazione del § 153, comma 2, StPO, anche se il Revisionsgericht, previa verifica di ammissibilità di questo mezzo di gravame, può, con il consenso del PM e dell'imputato, procedere ad archiviazione.

IV. Il § 191 della StPO austriaca

Anche il codice di procedura penale (StPO) austriaco contiene una disposizione assimilabile a quella sancita dal § 153 della StPO della RFT e che costituisce, anch'essa, un modo per la Beendigung des Ermittlungsverfahrens. Si tratta del **§ 191**, intitolato: "Einstellung wegen Geringfügigkeit". A proposito di questa norma è da rilevare che la stessa trova il **proprio precedente nel § 42 dello StGB (CP)**, vigente fino al 31.12.2007 e abrogato con l'entrata in vigore del "nuovo" § 191 StPO. È stato detto che il § 191 StPO non sarebbe altro che una "prozessuale Erweiterung gegenüber dem bis 31.12.2007 geltenden § 42 StGB." Quest'ultimo paragrafo prevedeva la c. d. mangelnde Strafwürdigkeit der Tat e la non procedibilità d'ufficio alle condizioni ivi indicate. Era previsto che il PM doveva procedere a Verfahrenseinstellung (archiviazione); il giudice, a emanare una sentenza di assoluzione.

Tornando al § 191 della StPO austr., versione attuale, l'Einstellung wegen Geringfügigkeit costituisce una **deroga al Legalitätsprinzip** (secondo il quale il PM, tutte le volte in cui ha conoscenza di un reato, procedibile d'ufficio, è obbligato ad attivarsi). Per motivi di economia processuale, il legislatore ha ritenuto opportuno che il suddetto principio non trovi applicazione, se **i reati sono di carattere bagatellare (sind Bagatelldelikte)**.

È però da osservare che il § 191 StPO **non conferisce al PM una facoltà, un potere discrezionale** in ordine all'Einstellung wegen Geringfügigkeit. Dal testo del comma 1 di questo paragrafo risulta, con evidenza, che è escluso ogni Ermessen da parte del PM, che, qualora sussistano i presupposti previsti da questo paragrafo, deve procedere ad archiviazione in quanto la formulazione ("hat... abzusehen...und das Ermittlungsverfahren einzustellen") è più che univoca nel senso della sussistenza un (preciso) obbligo (che, come vedremo, è soggetto a controllo) che grava sullo Staatsanwalt. L'unico "Spielraum" riconosciuto al PM, così è stato detto, è di natura meramente interpretativa.

A differenza di quanto abbiamo visto esaminando il § 153 StPO della RFT, la decisione del PM austr. ex § 191 StPO, non costituisce una semplice Prozessklärung, ma è **una Rechtsentscheidung**, con tutte le conseguenze che ne conseguono e di cui si parlerà in ulteriore prosieguo di quest'articolo.

V. Presupposti per l'Einstellung previsti dal § 191 StPO

Presupposti per l'Einstellung di cui al § 191 StPO sono: 1) deve trattarsi di un Offizialdelikt (reato procedibile d'ufficio), 2) la pena edittale massima prevista per il reato non deve essere superiore a 3 anni di reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria, 3) l'allarme sociale cagionato dal fatto deve essere basso; a tal fine va tenuto conto del grado di colpevolezza, delle conseguenze del fatto e – soprattutto – del

comportamento dell'autore del fatto post delictum (rileva un eventuale avvenuto risarcimento del danno). Trovano applicazione pure i criteri elaborati dalla giurisprudenza dell'OGH quando era in vigore l'abrogato § 42 StGB (CP). Nel caso della commissione di un reato colposo, la valutazione della capacità a delinquere deve essere effettuata tenendo conto, in quale misura l'autore del fatto poteva prevedere il pericolo del verificarsi del danno. Per quanto concerne l'entità del danno, in presenza del quale può essere ravvisata la Geringfügigkeit, essa non deve essere superiore a 100 Euro. 4) Ultimo presupposto è che non ci siano controindicazioni di natura special- o generalpreventiva tali da richiedere il ricorso alla Diversion (di cui ai paragrafi 198 e segg. StPO) o l'Anklageerhebung. Motivi di prevenzione speciale vengono di solito ritenuti ostativi all'applicabilità del § 191 StPO, se l'autore del fatto è recidivo, specie se vi è recidiva specifica.

Il § 191, comma 2, prevede che l'archiviazione wegen Geringfügigkeit va disposta non soltanto dal PM, ma, una volta avvenuta l'Anklageerhebung – e fino al termine del dibattimento – **anche dal giudice**, sempre che sussistano i presupposti di cui al comma 1.

La Verfahrenseinstellung avviene, come già detto, con Beschluss e, secondo autorevole dottrina, emanando questo provvedimento, l'autorità giudiziaria deve tenere conto della **presunzione di non colpevolezza** (di cui all'articolo 6, 2° c., CEDU e § 8 StPO) e formularlo in modo tale da evitare che possa sorgere l'impressione che vi sia stato accertamento giudiziale della responsabilità.

Se il fatto è stato commesso da un **minorenne**, ai fini del calcolo del limite di 3 anni di detenzione, non si tiene conto della diminuzione di pena prevista dal combinato disposto del § 5, commi 4 e 7, JGG.

VI. Controlli, ai quali è soggetta l'Einstellung

Come già accennato, la Verfahrenseinstellung ex § 191 StPO, è **soggetta a controllo del giudice**.

Infatti, l'indagato/imputato, se reputa che ci sarebbero stati tutti i presupposti per l'Einstellung, ma il procedimento è stato, ciò nonostante, proseguito, ha diritto di proporre **Antrag auf Einstellung** e il giudice, se reputa fondata l'istanza, emana Einstellungsbeschluss ai sensi del § 108 StPO. Contro la mancata Einstellung è **ammissibile anche la Aufsichtsbeschwerde** diretta alla Procura Generale. Inoltre è proponibile, quale Rechtsschutz gegen übermäßige Verfolgung, istanza diretta al giudice e intesa ad attuare l'archiviazione; competente a provvedere è il giudice monocratico presso il Landesgericht.

L'istanza de qua è ammissibile, se proposta dall'indagato e **qualora dal Verfahrensbeginn siano trascorsi almeno 6 mesi** (se si procede per un Verbrechen (delitto) **risp. 3 mesi** negli altri casi). Il PM, se non dispone l'Einstellung, deve trasmettere l'istanza – con proprie (eventuali) osservazioni – al giudice entro e non oltre 4 settimane.

Il giudice dichiara l'inammissibilità dell'Antrag, se non proviene dall'indagato o se la proposizione dello stesso è avvenuta prima che sia trascorso il termine di 6, risp. di 3 mesi di cui sopra; altrimenti, il giudice decide, con Beschluss, sull'istanza. Contro questo provvedimento è ammissibile la proposizione di **Beschwerde (reclamo)** da parte del PM ai sensi del § 108, ult. comma, StPO.

VII. Effetti dell'archiviazione ai sensi del § 191 StPO

Una volta avvenuta l'Einstellung, non possono (più) essere compiuti – dalla PG – ulteriori atti d'indagine. Compete soltanto al PM, ordinare (o condurre esso stesso), ulteriori indagini ai sensi del § 193 StPO ai fini di un'eventuale Verfahrensführung.

Dell'avvenuta Verfahrenseinstellung deve essere **dato avviso** – dal PM - all'indagato, alla p. o. e comunque a tutti coloro che sono legittimati a proporre istanza di prosecuzione del procedimento. L'avviso alla PG ha lo scopo di informarla che non possono più essere condotte indagini nei confronti dell'indagato.

Prescrivendo gli avvisi di cui sopra, il legislatore ha voluto anche assicurare all'indagato la possibilità di inoltrare istanza intesa alla prosecuzione del procedimento (Verfahrensfortsetzung), come da previsione di cui al § 195 StPO.

Nell'avviso ai predetti, deve essere specificato il motivo per il quale l'Einstellung è avvenuta (si vedano in proposito i §§ 190-192 StPO). Persone legittimate a proporre un Fortführungsantrag (p. o. e Rechtsschutzbeauftragter) devono essere avvisate della facoltà di richiedere la comunicazione dei fatti e delle valutazioni posti a base del provvedimento di archiviazione. Ciò nei limiti in cui è necessario ai fini della motivazione dell'istanza di prosecuzione del procedimento. La facoltà di richiedere la Begründung der Einstellung, è riconosciuta pure all'indagato, il quale non è obbligato a osservare il termine di 14 gg.

L'archiviazione definitiva (endgültige Einstellung) e il principio del ne bis in idem che ne consegue, comporta che è esclusa la weitere Verfolgung wegen derselben Straftat, se non sussistono i presupposti per la **Verfahrensfortsetzung** (§ 193 StPO). Quest'ultima, qualora sia stato il PM a procedere a Einstellung, è **ammissibile, se:** a) l'indagato non è stato interrogato in ordine al fatto e se non è stata disposta, nei suoi confronti, alcuna misura coercitiva, b) se divengono noti fatti nuovi oppure emergono nuove prove che, da sole o con le indagini già svolte, appaiono atte a "legittimare" la Bestrafung des Beschuldigten, c) se sussistono i presupposti di cui al comma 2 del § 192 StPO, vale a dire se il PM si è riservato di procedere (hat sich die Verfolgung vorbehalten) e se non sono trascorsi più di tre mesi, risp. di 6 mesi dall'avvenuta archiviazione a seconda che si tratti di un inländischen o di un ausländischen Strafverfahren, d) se è stata proposta istanza auf Verfahrensfortsetzung accolta dal PM (§ 195, ult. c., StPO) o dal giudice (§ 196, 1° c., StPO), al quale il PM ha trasmesso gli atti con proprie osservazioni.

Se l'archiviazione è stata **disposta dal giudice** ai sensi del § 108 StPO, **l'Einstellung diventa definitiva, qualora** il PM non proponga Beschwerde contro l'avvenuta Einstellung oppure se la Corte d'appello ha deciso sulla Beschwerde. L'Einstellung disposta dal giudice comporta che la prosecuzione dell'Ermittlungsverfahren è ammissibile unicamente se sussistono i presupposti per una Wiederaufnahme (§ 352 e segg. StPO).

VIII. Differenze tra le discipline previste dal cpp della RFT e da quello austriaco

Da quanto ora esposto, risulta una differenza notevole tra l'Einstellung wegen Geringfügigkeit qual e' prevista dalla **StPO della RFT e da quella austriaca.**

Il § 153 della StPO della RFT consente l'Einstellung unicamente se il fatto costituisce un **Vergehen (contravvenzione)** e la esclude tutte le volte in cui si dovrebbe procedere per un Verbrechen (delitto). Vergehen sono rechtswidrige Taten punite con pena detentiva inferiore nel minimo edittale a un anno oppure con pena pecuniaria. Verbrechen invece sono quelle per le quali è prevista la pena minima edittale superiore a un anno.

Il § 191, comma 1, StPO austr. consente l'Einstellung tutte le volte in cui il reato sarebbe **sanzionabile con la pena detentiva edittale massima non superiore a 3 anni** o con tale pena, congiunta a quella pecuniaria. A proposito dei criteri da tenere presenti ai fini della valutazione della Geringfügigkeit der Tat, il § 191, comma 1, n. 1, si riferisce in particolare all'avvenuto risarcimento dei danni.

Altra condizione essenziale per il ricorso al § 191 StPO, è la c. d. **prognosi sociale favorevole** nel senso che chi dispone l'archiviazione, deve (ragionevolmente) poter presumere che non sia necessario procedere contro l'indagato/imputato (e, a maggior ragione, pronunciare condanna) per farlo desistere dalla commissione di ulteriori reati.

Il § 191 StPO non richiede, ai fini dell'emanazione del provvedimento di archiviazione da parte del PM, il **consenso del giudice**, prescritto, invece, in alcuni casi, dal § 153 StPO della RFT. Nel § 191 StPO, tra le

condizioni di applicabilità dello stesso, non vi è menzione dell'interesse pubblico an der Verfolgung; si parla unicamente di geringer Tat.

Il § 153 StPO della RFT contiene una **Kannbestimmung**, mentre il § 191 StPO austr. obbliga il PM a procedere ad archiviazione, se sussistono i presupposti indicati in quest'ultima norma e se gli atti non sono stati già trasmessi al giudice.

Altra differenza importante da rilevare è che la decisione del PM (o del giudice) ex § 191 StPO austr., non costituisce una mera Prozessklärung, ma è una **Rechtsentscheidung**.

Mentre presupposto per l'Einstellung previsto dal 153 StPO della RFT è che il fatto, per il quale si dovrebbe procedere, è di scarsa rilevanza, tant'è vero che non può essere punito con **pena edittale minima superiore a un anno**, o con quella pecuniaria, il cpp austr., con il disposto del § 191, prevede un limite considerevolmente superiore per il ricorso all'Einstellung wegen Geringfügigkeit (pena edittale massima non eccedente i 3 anni di reclusione); questa pena può essere inflitta pure congiuntamente a quella pecuniaria, per la quale non c'è limite di importo. Ciò è particolarmente importante quando si dovrebbe procedere per violazioni tributarie, per le quali, come esposto in un precedente mio articolo, sono previste sanzioni pecuniarie "salate".

D'altra parte è però da notare che il cpp della RFT, oltre al § 153, prevede parecchie altre ipotesi di archiviazione ai §§ 153 a, 153 b, 153 c, 153 d, 153 e nonché 153 f, evitando così la celebrazione di processi "inutili".

Il cpp austr., forse perché consente al PM di disporre l'archiviazione senza previo consenso del giudice, assoggetta questa Einstellung a un penetrante **controllo giudiziale** non soltanto se il procedimento viene proseguito in difetto dei relativi presupposti.

Mentre il § 153, comma 2, StPO della RFT prevede che se l'Einstellung è stata disposta – mediante Beschluss dal giudice – questo provvedimento **non è impugnabile** (ist unanfechtbar), il cpp austr. concede al PM la facoltà di proporre **Beschwerde** contro l'Einstellungsbeschluss che diventa definitivo (endgültig) soltanto una volta trascorso inutilmente il termine per l'impugnazione da parte del PM.

Per quanto concerne la **Wiederaufnahme** des eingestellten Verfahrens durch das Gericht, il cpp austr. richiede la sussistenza di fatti o prove nuove; il cpp della **RFT non la consente**, se il fatto dovrebbe essere qualificato in modo diverso e più grave. Altra caratteristica che presenta la Verfahreneinstellung ex § 191 StPO austr., è che **il PM può "riservarsi" (vorbehalten) la spätere Verfolgung**, anche se a tal fine deve rispettare i termini di 3, risp. di un anno di cui al § 192, comma 2, StPO. Un ulteriore Vorbehalt è inammissibile.

A proposito dell'Einstellung, qual è prevista dal § 191 cpp austr. – che può essere disposta dal PM senza consenso/l'intervento del giudice (1° comma), anche se si tratta di reato punito con pena detentiva edittale fino a tre anni oppure con tale pena, congiunta a quella pecuniaria (per il cui ammontare non è previsto alcun limite) – è da rilevare che questo modus procedendi **favorisce indubbiamente la "speditezza" del lavoro del PM**, ma è meno "garantista" rispetto alla procedura contemplata dal cpp della RFT che "lascia mano libera" (freie Hand) al PM soltanto se si tratta di un **Vergehen**, le cui conseguenze sono lievi e se il fatto è punibile soltanto con pena edittale minima.

Appare preferibile il "sistema" adottato dal legislatore della RFT che conferisce al PM la facoltà di disporre la Verfahreneinstellung **senza consenso del giudice soltanto** nei casi in cui il fatto è effettivamente lieve e per il quale verrebbe inflitta la pena (edittale) minima, anche perché le conseguenze del fatto sono "gering" (§ 153, 1° c., ult. p.te, StPO). È da rilevare pure che, mentre la Verfahreneinstellung ex § 153 cpp della RFT è **facoltativa**, quella di cui al § 191 cpp austr. è **obbligatoria**, sussistendo le condizioni ivi

indicate. Anche per tale motivo – oltre che per il fatto che è previsto un limite di pena di ben 3 anni (mentre manca una Beschränkung, se verrebbe inflitta una Geldstrafe) – un controllo da parte del giudice sarebbe senza dubbio “indicato”. “Sacrificare il buon andamento” della giustizia sull’altare della “speditezza” (o celerità) della stessa, non sembra essere una “ricetta” da imitare.

L’assenza di controllo/controlli non di rado da luogo a clientelismo, familismo, nepotismo, consociativismo e a parentopolismo, a fenomeni che sono tutt’altro che “zutraglich” per una **corretta amministrazione della giustizia**. Crea disagio (che, almeno da alcuni, è percepito come notevole), se alla medesima udienza intervengono persone appartenenti alla stessa famiglia, sia pure con funzioni diverse. Viene alla mente, in tal caso, la c. d. Dehbühne al teatro. Spesso, poi, queste persone – che dovrebbero conoscere e soprattutto rispettare la normativa sull’astensione, per cui **non può dirsi che la fame del lupo cresce nei buchi delle regole** – sono i più pronti e accerrimi censori degli altri. A queste persone si dovrebbe dire: “Si tacuisses....fuisses”.

Ovviamente **queste “incongruenze”** (per non usare un termine più adatto) – che, spesso, si protraggono per parecchi lustri, per non dire per decenni – sono possibili soltanto laddove chi avrebbe dovuto vigilare, ha chiuso gli occhi e, pare, si sia tappato anche le recchie con la cera. Ma, cosa non si fa per assicurare il “funzionamento del sistema”, di cui **sono tanti - e poi tanti - ad approfittare**. Un collega ha scritto, in un suo libro, che nessuno può ignorare che la tentazione di gestire il potere senza controllo è connaturata al potere stesso; controlli vengono percepiti, da certa gente, come un fastidioso vincolo da aggirare con qualche furberia.

IX. L’articolo 131 bis del codice penale italiano

Per quanto concerne la **causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all’articolo 131 bis del codice penale italiano**, articolo che è stato inserito per effetto dell’articolo 1, comma 2, del decr. leg.vo dd. 16.3.2015, potrebbe sembrare, a prima vista, che il legislatore sia stato piuttosto largo di maniche. Infatti, il comma 1 dell’articolo 131 bis codice penale, prevede che l’esimente de quo può trovare applicazione nei reati, per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a **5 anni** oppure quella pecuniaria, sola o congiunta a quella detentiva, nella misura predetta. Notiamo che il cpp della RFT prevede il limite di pena edittale massima di un anno (e, per di più, deve trattarsi di Vergehen e non di Verbrechen), mentre quello austriaco pone come limite di applicabilità del § 191 la pena detentiva edittale massima non superiore a 3 anni. Il 1° comma dell’articolo 131 bis c. p., indica i criteri che devono essere seguiti nella valutazione dell’offesa di particolare tenuità e i commi 2 e 3 prevedono le ipotesi in cui è escluso ravvisare la particolare tenuità del fatto.

Esaminando la **giurisprudenza della Corte di Cassazione**, emanata a decorrere dall’entrata in vigore dell’articolo 1 del citato decr. leg.vo (ovviamente vengono indicate le sentenze che, a parere di chi scrive, sono quelle più importanti ai fini della comparazione che viene effettuata nel presente articolo), **notiamo che la particolare tenuità è da ravvisare qualora l’offensivista’ del fatto sia di consistenza talmente minima da ritenersi quasi irrilevante** (cfr. Cass. n. 5254/2015). Anche l’assenza di qualsiasi danno cagionato dal fatto, effettuata comunque una valutazione complessiva dei criteri di cui all’art 131 bis, c. p. (nel quale sono richiamati quelli previsti dal 1° c. dell’articolo 133 c.p.), legittima di ravvisare la particolare tenuità del fatto (cfr. Cass. n. 16371/2016).

Pure lo **scarso valore delle cose sottratte** da persona incensurata in un supermercato (due piccoli salumi) non osta all'applicabilità dell'articolo 131 bis c.p., tenuto conto delle modalità di condotta, tali da non giustificare allarme sociale (Cass. n. 44092/2016).

Ovviamente gli estremi della particolare tenuità del fatto **non** sono stati ravvisati nel caso di un tentativo di furto avente per oggetto un televisore del valore di ca. 1000 Euro (cfr. Cass. N. 33634/2016); parlare, in tale caso, di **lesività particolarmente lieve** (cfr. Cass. n. 1/2016), sarebbe fuori luogo (cfr. Cass. n. 38833/2016).

L'abitudine della condotta che esclude la ravvisabilità della particolare tenuità del fatto, sussiste **non soltanto** se i comportamenti sono riconducibili a **specifici istituti codicistici**, quali la delinquenza professionale o per tendenza (cfr. Cass. n. 4736/2016).

Un **contrasto giurisprudenziale** sussiste in ordine all'applicabilità dell'articolo 131 bis c.p. in caso di **reato continuato**. Mentre la **Sez. II** della Suprema Corte (sent. n. 1/2016) reputa che il reato continuato configuri un'ipotesi di "comportamento abituale per la reiterazione delle condotte", con conseguente esclusione dell'applicabilità dell'articolo 131 bis c.p., la **Sez. V[^]** (sent. n. 35590/2017) si è espressa nel senso dell'applicabilità, qualora le violazioni siano avvenute con distinte azioni, ma nelle medesime circostanze di tempo e di luogo, vale a dire in caso di continuazione c.d. sincrona.

Non osta alla dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la presenza di **più reati legati dal vincolo del concorso formale**; quest'istituto, infatti, non implica l'abitudine del comportamento (Cass. n. 47039/2015).

In materia di **reati permanenti** non può farsi ricorso all'articolo 131 bis c.p., finché la permanenza non è cessata (cfr. Cass. n. 50.215/2015). Ciò è di particolare importanza in materia di reati edilizi.

La determinazione della pena nel minimo edittale e l'esclusione della causa di non punibilità ex articolo 131 bis c. p., non sono incompatibili (Cass. n. 44417/2015). La sentenza della Suprema Corte n. 7905/2016 ha ritenuto ammissibile il riconoscimento della causa di **non punibilità** di cui all'articolo ora citato **nonostante un precedente penale dell'imputato per il quale gli era stato negato il beneficio della sospensione condizionale** della pena (è da notare che l'articolo 164, comma 1, CP, consente la concessione della sospensione condizionale della pena sul presupposto indispensabile che si possa presumere che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati). Parimenti, la Cassazione ha ritenuto di poter ravvisare la particolare tenuità del fatto di cui all'articolo 131 bis codice penale, in materia di **dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti** (articolo 2, comma 3, decr. leg.vo n. 74/2000).

Da luogo a **nullità** di ordine generale a regime intermedio, la sentenza predibattimentale di non doversi procedere per particolare tenuità del fatto (articolo 131 bis c.p.), pronunciata **senza dare avviso alla p. o.** dell'udienza camerale (Cass. n. 6310/2015).

Per quanto concerne la declaratoria di estinzione del reato per **prescrizione**, essa **prevale** sull'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'articolo 131 bis del codice penale; la prescrizione estingue il reato, mentre la non punibilità lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica (Cass. n. 50215/2015).

A proposito degli aspetti procedurali, è da osservare che la sentenza di NDP prevista dall'articolo 469, comma 1 bis, codice di procedura penale, perché l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131 bis del codice penale, presuppone che imputato e PM, consensualmente, **non si oppongano alla declaratoria di improcedibilità**, rinunciando alla verifica dibattimentale (Cass. n. 12305/2016). La non opposizione da parte dell'imputato e del PM, è un presupposto per la declaratoria di non procedibilità (Cass. n.

12305/2016).

Va osservato altresì che ai fini della ritualità della pronunzia della sentenza di proscioglimento di cui all'articolo 469, comma 1, bis, codice di procedura penale, è necessario consentire alla p. o. di interloquire sulla questione della (particolare) tenuità del fatto.

La sentenza n. 47039/2015 della Suprema Corte ha ritenuto **sufficiente a tal fine** la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, sia pure con espresso riferimento alla procedura ex articolo 469, comma 1 bis, codice di procedura penale; non è, quindi, sufficiente la sola notifica del decreto di citazione a giudizio.

Qualora PM e imputato non siano stati messi in condizione di fare le loro "osservazioni" (nel senso della mancata opposizione alla sentenza di proscioglimento predibattimentale ai sensi dell'articolo 469, comma 1 bis, codice di procedura penale), la sentenza è affetta da **nullità** (Cass. n. 28660/2016).

Nel senso che il GIP **non** possa disporre l'archiviazione dichiarando la non punibilità ex articolo 131 bis c.p., senza comunicazione anche alla p.o., si veda Cass. n. 36857/2016.

Qualora, **in sede di opposizione** alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, la p. o. indichi i motivi del dissenso, il giudice non può decidere **de plano, ma deve necessariamente fissare udienza in camera di consiglio** ai sensi dell'articolo 409, comma 2, codice di procedura penale, essendo ciò funzionale all'instaurazione del contraddittorio tra le parti e all'esercizio del diritto di difesa, riconosciuto alla p. o. dal reato dall'articolo 411, comma 1 bis, codice di procedura penale.

Da segnalare è pure la sentenza n. 8384/2015 della Suprema Corte che ha statuito che la **p. o.**, qualora si opponga alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, **non deve indicare**, a fondamento dell'opposizione, deduzioni relative alla colpevolezza dell'indagato, ma è **sufficiente l'esposizione delle ragioni di dissenso** in ordine alla ritenuta (particolare) tenuità del fatto oggetto del procedimento. Nell'ipotesi di archiviazione per particolare tenuità del fatto, l'**opposizione** non deve essere diretta a provare la commissione del reato (essendone pacifica la sussistenza), bensì a dimostrare che non ricorre la causa di non punibilità di cui all'articolo 131 bis del codice penale, **contestandosi che il fatto possa essere ritenuto di lieve entità**.

L'interlocuzione della p. o. ai fini dell'applicazione dell'articolo 131 bis del codice penale, non è richiesta nel giudizio di legittimità (Cass. n. 44683/2015).

Da segnalare è pure la pronunzia della Cassazione secondo la quale, in materia di opposizione alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui all'articolo 411, comma 1, codice di procedura penale, la p. o. è tenuta a indicare, a pena di inammissibilità, **le "ragioni del dissenso rispetto alla sussumibilità della condotta nell'ipotesi di cui all'articolo 131 bis del codice penale** e non le indagini suppletive e i relativi mezzi di prova (Cass. n. 46277/2016).

TAG: *diritto penale austriaco, RFT, contravvenzione, Diritto Tedesco, procedura penale europea ed internazionale*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-

ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.