

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Archiviazione per particolare tenuità del fatto

La decisione

Archiviazione per particolare tenuità del fatto – Opposizione della persona sottoposta alle indagini – Iscrizione nel casellario giudiziale – Impugnazione esclusa (C.E.D.U. art. 6, Protocollo 7 art. 2, Cost. artt. 3, 24, c.p. art. 131-*bis*, c.p.p. artt. 127, 409, 411, 414, 651-*bis*).

“Il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto non è ricorribile per cassazione, ad esclusione delle ipotesi previste nell’art. 409, co. 6, c.p.p., in quanto il provvedimento di archiviazione non risulta iscrivibile nel casellario giudiziale, trattandosi di provvedimento non definitivo, e pertanto viene a mancare l’interesse ad impugnare, non risultando il provvedimento lesivo di alcun interesse dell’indagato”.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 20 giugno 2017, (ud. 26 gennaio 2017) – CAVALLO, *Presidente* – SOCCI, *Relatore* – SALZANO, *P.G. (diff.)* – Vanzo, *ricorrente*.

L’ordinanza di archiviazione per particolare tenuità: tra originari dilemmi e future prospettive

SOMMARIO: 1. La vicenda in breve. – 2. L’archiviazione per particolare tenuità del fatto: un *tertium genus*. – 3. Tra garanzie apparenti e vuoti di tutela effettivi. – 4. Il dilemma dell’iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario giudiziale. – 5. La posizione della Corte di cassazione. – 6. Il principio di tassatività delle impugnazioni e l’interesse ad agire: la necessità di una lettura alternativa. – 7. Il nuovo istituto del reclamo e le eventuali ripercussioni sull’archiviazione per particolare tenuità del fatto.

1. La vicenda in breve

Con la sentenza in esame la Terza Sezione della Corte di cassazione ha affrontato una questione dai tratti delicati e controversi, avente ad oggetto il tema della impugnabilità dell’ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto emessa dal giudice per le indagini preliminari.

Nella vicenda sottoposta all’attenzione della Suprema Corte, il pubblico ministero aveva avanzato istanza di archiviazione ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p. a seguito della quale la persona sottoposta alle indagini preliminari aveva proposto opposizione, richiedendo di essere destinataria di una formula di archiviazione diversa e, nello specifico, attinente il merito dell’accusa. Il g.i.p. aveva rigettato l’opposizione, così disponendo l’archiviazione del procedimento, essendo il reato non punibile per particolare tenuità del fatto.

Avverso tale provvedimento l’indagata ha proposto ricorso in cassazione, lamentando che, poiché l’ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del

fatto presuppone una responsabilità della ricorrente, il procedimento avrebbe dovuto essere archiviato per infondatezza della notizia di reato. Nello specifico, la ricorrente ha denunciato la mancanza e l'illogicità della motivazione dell'ordinanza di archiviazione, dal momento che il giudice, per rigettare le osservazioni contenute nell'atto di opposizione, si era limitato ad affermare che «nella fattispecie in oggetto, lo stato delle acquisizioni probatorie non consente di escludere assolutamente la ricorrenza degli elementi costitutivi del reato contestato», quando invece per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. l'autorità giudiziaria, prima di affrontare il tema dell'entità dell'offesa e della relativa punibilità, avrebbe dovuto accertare l'effettiva commissione del reato. Ciò posto, la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso, affermando che l'ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto non è ricorribile in cassazione, salvo il caso in cui risulti la violazione del principio del contraddittorio, poiché per il suo carattere non definitivo non viene iscritta nel casellario giudiziale, facendo così venir meno in capo all'indagato l'interesse ad impugnare un provvedimento che non comporta alcun effetto pregiudizievole nei suoi confronti.

2. L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: un *tertium genus*

Al fine di cogliere nel dettaglio la decisione della Suprema Corte, assume portata fondamentale una breve analisi della disciplina riguardante il procedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto.

Il D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, emanato in attuazione della delega conferita al Governo con la legge 28 aprile 2014, n. 67, ha introdotto nel processo penale ordinario la figura della "particolare tenuità del fatto" ex art. 131-*bis* c.p., che prevede l'esclusione della punibilità in presenza di un fatto che, pur essendo tipico, antigiuridico e colpevole, sulla base di criteri legislativamente indicati, risulta in concreto privo di un significativo disvalore.

La *ratio* dell'intervento legislativo risponde ad una duplice esigenza: da un lato, attuare il principio di proporzionalità del diritto penale, evitando di sanzionare, in ossequio al canone dell'*extrema ratio*, condotte che, nel caso specifico, risultano immeritevoli di pena, rendendo la declaratoria di tenuità del fatto una vera e propria necessità di giustizia, in considerazione della, ormai, acquisita consapevolezza dogmatica dei limiti della tipicità penale¹; dall'altro, perseguire l'obiettivo della deflazione processuale, ossia l'esigenza di allegge-

¹ In tal senso, v. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1704, secondo il quale «neppure la più sofisticata tecnica di tipizzazione dei reati riuscirà ad escludere dalla fattispecie "formale" fatti del tutto bagatellari».

rire il carico giudiziario e di restituire effettività al principio di obbligatorietà dell'azione penale².

Ciò posto, il legislatore, in sede di adeguamento della normativa processuale, ha deciso di rendere operativa la nuova causa di non punibilità sin dalla fase delle indagini preliminari come «causa di legittima rinuncia all'esercizio dell'azione penale»³, al fine di incidere sulla capacità di funzionamento della macchina giudiziaria. Il risultato è stato l'introduzione di una peculiare ipotesi di archiviazione per particolare tenuità del fatto, a cui è stata destinata una procedura *ad hoc* ai sensi dell'art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p.

Un quesito che ha impegnato sin dall'inizio la dottrina è se la nuova formula debba configurarsi come un'archiviazione *in iure* o *in facto*. Una risposta prettamente tecnica, vista la collocazione normativa all'interno dell'art. 411 c.p.p., condurrebbe alla prima soluzione, la quale, però, fatica ad essere accettata, in quanto il tipo di accertamento richiesto al giudice in punto di fatto non presenta profili di omogeneità con gli altri casi di archiviazione ivi previsti. Tuttavia, potendo estendere le medesime considerazioni anche in rapporto alla richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato *ex art.* 408 c.p.p., gran parte della dottrina ha preferito configurare la nuova causa di archiviazione come una situazione autonoma, espressione di un *tertium genus*⁴.

La particolarità di tale ipotesi archiviativa ha comportato la creazione di una procedura specifica che viene definita "garantita", in quanto coinvolge in modo inedito sia la persona offesa che l'indagato. Infatti, della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto il pubblico ministero deve dare avvi-

² Questa esigenza viene messa in luce da CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria della particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3495, secondo i quali è avvertita la necessità di una «riforma che risponda a logiche di deflazione del carico processuale in un quadro di valorizzazione del principio di mitezza della risposta sanzionatoria all'illecito penale».

³ MARANDOLA, *Prime applicazioni della particolare tenuità del fatto*, in *Gli Speciali Giur. it.*, 2015, 47.

⁴ In tal senso, v. GRILLO, in occasione del convegno dell'Associazione italiana giovani avvocati dal titolo «La deflazione del contenzioso penale negli ultimi interventi di riforma: depenalizzazione o irrilevanza dei fatti inoffensivi?», Palermo, 15 aprile 2015; NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari, la Regina, Mancuso, Padova, 2015, 195 ss.; in senso contrario, v. MARANDOLA, *Prime applicazioni della particolare tenuità del fatto*, cit., 47, secondo la quale «la nuova clausola non è stata ricondotta fra le condizioni generali legate all'insostenibilità dell'accusa in giudizio *ex art.* 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. entro le quali essa ben poteva rientrare, ma è stata configurata come ipotesi peculiare, *ergo* speciale, di archiviazione». Per una diversa proposta, v. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *www.penalecontemporaneo.it*, la quale ritiene che «forse, sarebbe stato più opportuno introdurre nel *corpus* codicistico un nuovo art. 408-*bis* c.p.p., meglio idoneo a sottolineare l'"eccentricità" della nuova fattispecie archiviativa».

so non solo alla persona offesa – indipendentemente dalla manifestata volontà di essere informata degli esiti dell'attività investigativa⁵ – ma anche alla persona sottoposta alle indagini prelinari, precisando che, nel termine di dieci giorni⁶, entrambi «possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta»⁷. Il giudice «se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'art. 409, co. 2, c.p.p. e, dopo aver sentito le parti, se accoglie la richiesta provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'art. 409, co. 4 e 5, c.p.p.». La predetta opposizione, a differenza dell'opposizione della sola persona offesa *ex art. 410 c.p.p.*, non richiede quale condizione d'ammissibilità l'indicazione di ulteriori indagini unitamente ai relativi elementi di prova, ma solo le ragioni del dissenso rispetto alla scelta del pubblico ministero.

Come emerge dalla lettura della motivazione, la Corte di cassazione è pienamente consapevole della differenza tra le cause originarie di archiviazione *ex artt. 408 e 411, co. 1, c.p.p.* e l'ipotesi per particolare tenuità del fatto, dal momento che le prime presuppongono l'infondatezza della notizia di reato per effetto della quale il p.m. chiede la chiusura del procedimento; l'archiviazione per particolare tenuità del fatto necessita, invece, che il reato oggetto delle indagini sia stato commesso ma che, tuttavia, ricorra la causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p., in presenza della quale deve pervenirsi ugualmente alla chiusura del procedimento.

La previsione di una archiviazione “garantita”, poiché “informata”, fa emergere a tutto tondo l'esigenza, da un lato, di investire l'indagato di uno strumento di contrasto agli effetti pregiudizievoli che scaturiscono dal provvedimento di archiviazione e, dall'altro, di tutelare il diritto del medesimo ad ottenere

⁵ Tale soluzione, già sperimentata nell'art. 408, co. 3-*bis*, c.p.p. per l'archiviazione tradizionale in rapporto ai procedimenti per i delitti commessi con violenza alla persona, rende la disciplina conforme al diritto dell'Unione europea, in particolare con la direttiva 2012/29/UE, che prevede l'obbligo degli Stati di assicurare che la vittima sia informata del proprio diritto di essere edotta di un'eventuale decisione di non esercitare l'azione penale, di non proseguire le indagini o di non perseguire l'autore del reato.

⁶ Con la Legge 23 giugno 2017, n. 103 (Riforma Orlando) il termine per presentare opposizione è stato elevato da dieci a venti giorni.

⁷ Sul punto, cfr. Cass., Sez. IV, 1° marzo 2016, Esselunga S.p.a., in www.dirittoegustizia.it, nella quale la Suprema Corte ha statuito che «la persona offesa, nel caso in cui decida di opporsi alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, non deve indagare a fondamento dell'opposizione deduzioni relative alla colpevolezza dell'indagato né indagini suppletive, essendo sufficiente l'esposizione delle ragioni di dissenso in ordine alla ritenuta tenuità del fatto oggetto del procedimento».

l'archiviazione più favorevole.

Infatti, il potere di opposizione concesso all'indagato si comprende se si tiene conto, anzitutto, dello stigma morale di colpevolezza che, comunque, discende dalla prognosi di probabile condanna e, in secondo luogo, della circostanza che il suddetto provvedimento, nelle intenzioni dei riformatori, va iscritto nel casellario giudiziale, potendo, addirittura, fungere da condizione ostativa alla riconoscibilità della non abitudine di un successivo comportamento tenue⁸.

E non è tutto. Poiché detto atto giurisdizionale presuppone l'accertamento della sussistenza di un fatto astrattamente punibile, tale pronuncia, quantomeno in fatto, può pregiudicare la posizione dell'interessato in altri procedimenti, dal momento che «il pubblico ministero dovrà comunque “segnalare” il fatto come da lui ricostruito in sede di indagine, ad esempio, ai titolari dell'azione disciplinare oppure, in altri casi, al giudice contabile, per quanto di competenza»⁹. Infatti, l'interesse ad opporsi all'applicazione dell'art. 131-bis c.p. sussiste non solo quando l'indagato ritenga di non aver comunque violato la normativa penale, ma anche quando lo stesso voglia contrastare possibile ricadute sul rapporto di lavoro, in atto o in accesso¹⁰.

Dal quadro fin qui delineato si comprende ciò che ha condotta gran parte della dottrina a qualificare il provvedimento *de quo* come «la formula peggiore nella prospettiva dell'indagato»¹¹, al punto da giustificare l'interesse di quest'ultimo ad opporsi al fine di essere ascoltato e di chiedere, in attuazione del più generale principio del *favor rei*¹², l'archiviazione per una causa più fa-

⁸ Sul punto v. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Quattrococo, Torino, 2015, 56, secondo il quale ciò avverrebbe «non a causa della prognosi di probabile condanna in essa contenuta, che di per sé non integrerebbe il requisito della precedente “commissione” di un reato tale da comportare automaticamente l'abitudine del comportamento ai sensi dell'art. 131-bis, co. 3, c.p., ma per una diversa ragione: nel corso di un altro procedimento il pubblico ministero potrebbe essere indotto ad acquisire ex artt. 371 o 117 c.p.p. e ad utilizzare per la valutazione di abitudine gli atti di indagine compiuti nell'ambito del procedimento archiviato; oppure potrebbe domandare la riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p. qualora pure il procedimento in questione si fosse concluso con un'archiviazione».

⁹ SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, 88.

¹⁰ A tal riguardo, v. S. M. CORSO, *La garanzia della “interlocuzione necessaria” nel procedimento di applicazione dell'art. 131-bis c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 542, il quale ritiene che «la particolare tenuità del fatto non rimuove la valutazione del datore di lavoro circa le conseguenze da trarre dalla commissione del fatto, con il limite della proporzionalità della reazione, e consente una netta divaricazione tra epilogo penale ed epilogo lavoristico».

¹¹ BRONZO, *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in www.la-legislazione-penale.eu, 21 settembre 2015, 3.

¹² Per quanto riguarda il diritto dell'indagato ad una formula più favorevole tra le cause di archiviazione in fatto e in diritto, v. MARZADURI, *sub art. 129*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a

vorevole, ovvero di domandare l'oblazione¹³, oppure un accertamento di merito che possa, eventualmente, condurre all'assoluzione.

Inoltre, dall'affermazione di un tale diritto discende un necessario corollario: il pubblico ministero potrà formulare la richiesta di archiviazione *ex art.* 411, co. 1-*bis*, c.p.p. solo a fronte di indagini complete che abbiano positivamente escluso la sussistenza di cause meno infamanti di desistenza dell'azione penale. Di conseguenza, il pubblico ministero non potrà affrettarsi a chiedere l'archiviazione non appena il fatto si appalesi tenue nel corso delle indagini, quando ancora non ne abbia verificato la sussistenza, la rilevanza penale e la riferibilità all'indagato, in quanto una simile richiesta andrebbe incontro all'opposizione dell'indagato, di fronte alla quale il giudice non potrebbe fare altro che ordinare un supplemento di indagini¹⁴.

3. Tra garanzie apparenti e vuoti di tutela effettivi

Ad un'analisi più attenta è possibile intravedere il *punctum dolens* della disciplina, riconosciuto, con i dovuti accorgimenti, anche dalla Corte di cassazione.

Infatti, il sistema di garanzie predisposto dal legislatore delegato, limitandosi a riconoscere alla persona sottoposta alle indagini il diritto di essere avvisato della richiesta di inazione per irrilevanza del fatto e di opporsi alla stessa, si rivela del tutto insufficiente a compensare le conseguenze pregiudizievoli summenzionate.

Ciò crea un *vulnus* per la posizione dell'indagato, il quale non ha un potere di veto assoluto – il giudice, dunque, non è minimamente vincolato alla sua eventuale opposizione e potrà accogliere la richiesta del pubblico ministero anche in presenza di un suo dissenso – né dispone di una sede di controllo

cura di Chiavario, Torino, 1990, 125, nt. 66, secondo il quale per reperire una giustificazione più tangibile basti sottolineare che a seguito di archiviazione per improcedibilità o per estinzione del reato, non è possibile chiedere la riparazione per ingiusta detenzione ai sensi dell'art. 314, 1 e 3 co., c.p.p.: da tale norma, dunque, discenderebbe una sorta di principio di prevalenza dell'archiviazione nel merito.

¹³ Cfr. MENDITTO, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

¹⁴ In tal senso, v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2015, 82 ss.; in senso contrario, v. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, *ivi*, 13 settembre 2015, 30, secondo il quale «le indagini non possono essere piegate a fini puramente privati, rispondendo sempre ad un pubblico interesse, rispetto al quale risulta sostanzialmente indifferente che un procedimento debba essere archiviato per una ragione più o meno favorevole all'indagato o alla persona offesa. Ne consegue che se ad un certo punto delle indagini emerge che il fatto è di particolare tenuità e che pertanto deve trovare applicazione l'art. 131-*bis* c.p., il p.m. non solo può, ma deve presentare richiesta di archiviazione anche se, in ipotesi, sussistessero indagini per meglio accertare il fatto sotto diversi profili astrattamente rilevanti».

del provvedimento con cui il giudice ignori le sue difese.

Da qui, si può constatare che l'opposizione reca in sé una funzione molto limitata, apprestando, in realtà, una tutela che si svolge solo sul piano retorico-argomentativo, ma non su quello giurisdizionale, dal momento che la procedura si conclude con un provvedimento non impugnabile nel merito e, contemporaneamente, non garantisce pienamente il diritto alla prova¹⁵ o, meglio, è precluso all'indagato quello che il maestro Vassalli definiva «il diritto di difendersi provando»¹⁶.

Orbene, da questa analisi risultano più che legittimi i sospetti di contrasto della disciplina con la Costituzione, e non solo. La previsione del diritto di veto, infatti, è una diretta esplicazione dei principi costituzionali del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio ex artt. 24 e 111 Cost., i quali trovano effettiva tutela soltanto con l'assunzione delle prove in dibattimento, poiché è proprio in tale fase processuale che si ha il pieno accertamento della responsabilità penale, attraverso la partecipazione delle parti alla formazione della prova¹⁷.

È opportuno a tal proposito ricordare che nella fase di elaborazione dello schema del d.lgs. n. 28 del 2016 fu sottolineata dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la necessità di introdurre sia per l'indagato che per la persona offesa uno specifico reclamo di merito per potere far valere il dissenso in ordine all'archiviazione; tuttavia, la proposta non è stata accolta, dovendosi ritenere le ragioni di entrambi i soggetti tutelate nella preposta sede dell'opposizione e della conseguente udienza camerale¹⁸.

Questo vuoto di tutela contrasta - oltre che con il diritto ad un equo proces-

¹⁵ A tal riguardo, v. PICCIONI, *Per gli avvocati "armi spuntate" nella strategia*, in *Guid. Dir.*, 4 aprile 2015, 15, 42, secondo il quale al fine di evitare l'applicazione coattiva della non punibilità nei confronti di chi si dichiara innocente sarebbe stato più opportuno prevedere un meccanismo attraverso il quale ottenere il necessario consenso dell'indagato ai sensi dell'art. 111 Cost.

¹⁶ VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3.

¹⁷ Cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 11^a ed., 2016, 778, secondo il quale il diritto al dibattimento rappresenta un aspetto centrale del diritto di difesa, con la conseguenza che soltanto l'indagato/imputato, in quanto titolare di tale diritto, può validamente rinunciarvi; *contra* APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1323, secondo la quale se si attribuisse all'indagato il diritto di esprimere il consenso al fine della pronuncia di archiviazione, la stessa finirebbe per divenire un istituto disponibile e l'indagato acquisterebbe il diritto ad essere processato: così facendo si attribuirebbe all'indagato la titolarità dell'esercizio dell'azione penale.

¹⁸ Tra le osservazioni rivolte al Governo dalla Commissione Giustizia della Camera figurava l'invito, non raccolto dagli uffici governativi, a valutare l'opportunità di prevedere uno specifico reclamo di merito coordinandolo con l'istituto disciplinato dall'art. 10 del d.d.l. n. 2798 del 2015 che, quando era in discussione alla Camera dei deputati, non prevedeva reclami di merito contro il provvedimento di archiviazione, ma solo un'atipica procedura di correzione dell'errore materiale nei casi di nullità del decreto di archiviazione e un'impugnazione alla corte d'appello nei casi di nullità dell'ordinanza di archiviazione.

so, ed in particolare con le garanzie in favore del diritto di difesa previste dall'art. 6, § 3, C.E.D.U. – con il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale di cui all'art. 2 Protocollo n. 7 C.E.D.U. in base al quale «Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore»¹⁹.

Proseguendo il viaggio nei “meandri oscuri” della disciplina, non è azzardato sostenere un ulteriore contrasto con un principio fondamentale di carattere sovranazionale: il principio di presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 C.E.D.U. secondo il quale «Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Premessa necessaria è che il provvedimento di archiviazione ex art. 131-bis c.p., pur non accertando legalmente la colpevolezza dell'indagato, deve dar conto nella motivazione della illiceità del fatto e della responsabilità penale di chi ne è protagonista. Quindi, l'indagato diviene “spettatore” di un provvedimento che contiene una “sostanziale” affermazione di colpevolezza, non accompagnata, però, da una “formale” dichiarazione della stessa. Poiché la Convenzione non tutela diritti illusori e astratti, ma effettivi e concreti, la presunzione di innocenza investe anche un altro aspetto, e cioè quello di impedire che il destinatario di un'assoluzione o di un'archiviazione sia trattato da agenti o autorità pubbliche come se fosse in concreto colpevole del reato che gli era stato imputato²⁰. Ed infatti, una volta che il procedimento penale si è concluso, quel che è ancora in gioco è la reputazione dell'interessato e la modalità di risposta dell'opinione pubblica nei suoi riguardi: sotto tale profilo il principio di presunzione di innocenza sembra intrecciarsi con il diritto alla riservatezza ex art. 8 C.E.D.U.²¹.

Orbene, la Corte di cassazione non ignora tali rilievi, al punto da riconoscere in astratto la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 409, co. 6, c.p.p. nella parte in cui la disposizione non consente il ricorso in cassazione nel caso di lesione degli interessi dell'indagato a seguito della procedura di archiviazione per particolare tenuità del fatto. In concreto, però, la Suprema Corte fornisce un'interpretazione costituzional-

¹⁹ Come argomento a *fortiori* si consideri come l'art. 2 Protocollo n. 7 CEDU si stato ritenuto applicabile anche alle decisioni di assoluzione perché l'imputato non è imputabile o non è punibile per altra ragione, cfr. SPANGHER, *sub art. 2*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 943.

²⁰ Sul punto, v. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 ottobre 2015.

²¹ Cfr. Corte EDU, G.C., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito.

mente orientata del quadro normativo di riferimento, tale da garantire il rispetto della Carta costituzionale.

4. Il dilemma dell'iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario giudiziale

Proseguendo nell'analisi della sentenza, infatti, è proprio a questo punto che entra in scena la "mossa apparentemente cauta" – nel proseguo si spiegherà il motivo – della Corte di cassazione, la quale enuncia il principio di diritto secondo il quale «il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto non è ricorribile per cassazione, ad esclusione delle ipotesi previste nell'art. 409, co. 6, c.p.p. sia perché espressamente previsto dall'art. 409, co. 6, c.p.p., e sia perché il provvedimento di archiviazione non risulta iscrivibile nel casellario giudiziale, trattandosi di provvedimento non definitivo e, pertanto, viene a mancare l'interesse ad impugnare, non risultando il provvedimento lesivo di alcun interesse dell'indagato».

Per giungere a tale conclusione la Suprema Corte ricostruisce il corretto significato da attribuire alla disciplina in tema di provvedimenti iscrivibili nel casellario giudiziale. Invero, l'art. 4 del d.lgs. n. 28 del 2015 ha modificato il d.p.r. n. 313 del 2012, integrando l'art. 3, dedicato ai provvedimenti iscrivibili, con l'aggiunta al testo originario della lett. f) - che già prevedeva «i provvedimenti giudiziari definitivi che hanno prosciolto l'imputato o dichiarato il non luogo a procedere per difetto di imputabilità o disposto una misura di sicurezza – del seguente «nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.»». L'iscrizione è eliminabile trascorsi dieci anni dalla pronuncia del provvedimento giudiziario *ex art. 5, co. 2, lett. d-bis*); giova, inoltre, rilevare che agli artt. 24, co. 1, e 25, co.1, del d.p.r. n. 313 del 2012 sono state, rispettivamente, aggiunte le lettere f-*bis*), impedendo così che vengano riportate nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesti dai privati le iscrizioni riguardanti eventuali provvedimenti giudiziari che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., quando le relative iscrizioni non sono state eliminate.

Occorre in primo luogo soffermarsi sulle ragioni che hanno spinto il Governo a prevedere tale iscrizione. L'obiettivo era quello di garantire un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolare tenuità del fatto, al fine di verificare il requisito della "non abitualità" che, in base all'art. 131-*bis*, co. 3, c.p. è escluso nel caso in cui l'indagato/imputato abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità.

C'è da dire, però, che tale modifica legislativa ha comportato non poche diffi-

coltà interpretative e finanche dubbi di legittimità costituzionale.

Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza di merito dal testo della disposizione si evince che debbano essere iscritti nel casellario giudiziale non solo tutti i provvedimenti giudiziari definitivi che abbiano dichiarato la non punibilità per particolare tenuità del fatto, ma anche i decreti e le ordinanze di archiviazione (e le sentenze di non luogo a procedere), che non assumono mai connotati di autentica definitività, proprio al fine di rendere possibile la valutazione del giudice circa la sussistenza del requisito ostativo dell'abitudine del comportamento²². Tale unanime visione, al suo interno, si dirama in due "sotto-voci" a seconda di voler attribuire o meno al provvedimento di archiviazione il valore di "precedente" e far discendere o no, a seconda della strada che si voglia seguire, l'effetto preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza del fatto²³.

A contrariis, l'orientamento minoritario della dottrina²⁴ ritiene che quella di cui sopra sia un'interpretazione da respingere perché contrastante con la lettera della legge e finisce inevitabilmente per contraddire con fondamentali principi costituzionali. In particolare, assumendo come base della propria tesi il testo della modifica che ha integrato l'art. 3 lett. f) del d.p.r. n. 313 del 2012 - «nonché quelli che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale» - si sostiene che la congiunzione «nonché quelli» ri-

²² Sulla necessità dell'iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione, v. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit., 4; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 150, il quale giustifica tale scelta con la necessità di evitare che il soggetto possa beneficiare all'infinito dell'istituto; SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Dir. e giust. min.*, 2015, 20.

²³ Per una compiuta analisi su tale tematica, v. CARRILLO, *L'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 125 ss. A favore della qualifica di "precedente", v. *Le linee guida della Procura di Lanciano*, con nota di GATTA, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015, ove si ritiene che possano valutarsi comportamenti risultanti da precedenti giudiziari anche le declaratorie di non punibilità per particolare tenuità del fatto risultanti anche da decreto di archiviazione; della stessa opinione il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento, Amato, con nota di ALBERTI, *Particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Trento*, *ivi*, 18 giugno 2015, 6, il quale ritiene che «non sarebbe consentita una ulteriore declaratoria di non punibilità per i reati della stessa indole (si noti: anche allorché la non punibilità sia stata dichiarata con provvedimento di archiviazione)». In senso contrario, senza tuttavia smentire la necessità dell'iscrizione anche dei provvedimenti di archiviazione, v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 19, secondo il quale un elemento determinante per la punibilità, come la previa commissione di reati della stessa indole ex art. 131-bis, co. 3, c.p., non può essere giudizialmente accertato se l'indagato non è stato posto nelle condizioni di poter esercitare appieno i suoi diritti difensivi, proprio come avviene quando la tenuità viene dichiarata con provvedimento di archiviazione, a cui, pertanto, non può ascrivere l'effetto pregiudizievole di attestare l'abitudine del comportamento criminoso.

²⁴ In tal senso, v. DIES, *Questioni varie in tema di irrelevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 26 ss.

chiama in modo inequivoco l'*incipit* dell'elenco, ossia «i provvedimenti giudiziari definitivi»²⁵, concetto destinato a comprendere solo le sentenze e i decreti penali passati in giudicato, rispetto al quale il provvedimento di archiviazione è estraneo. Inoltre, proseguendo tale chiave di lettura, a stretto rigore anche la sentenza di non luogo a procedere *ex art.* 469, co. 1-*bis*, c.p.p. non dovrebbe essere iscritta nel casellario giudiziale, in quanto suscettibile di revoca a norma dell'art. 434 c.p.p., tuttavia viene inserita nell'elenco dell'art. 3 lett. f) perché quella dichiarazione di non punibilità riposa sul consenso dell'imputato, sotto forma di non opposizione, richiesto dall'art. 469, co. 1 c.p.p., con implicita accettazione dell'effetto sfavorevole rappresentato; viceversa, durante la fase delle indagini preliminari l'indagato non presta alcun consenso a tale esito, essendogli garantito solo un avviso della richiesta del p.m. ed un'inedita facoltà di opposizione archiviazione.

4. La posizione della Corte di cassazione

Ebbene, la Corte di cassazione ha aderito all'orientamento minoritario, affermando che la disciplina va interpretata nel senso che possono essere iscritti nel casellario giudiziale solo i provvedimenti definitivi, ovvero non impugnati o altrimenti definitivi per rigetto dell'impugnazione. Conseguentemente, il provvedimento di archiviazione non deve essere iscritto nel casellario perché trattasi per sua natura di provvedimento sempre provvisorio, dal momento che i relativi effetti vengono meno con la riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p. sulla base della semplice "esigenza di nuove investigazioni".

La Suprema Corte al fine di dare maggiore solidità alla propria argomentazione, si sofferma brevemente su un determinato profilo sistematico, ossia sull'effetto preclusivo dell'archiviazione, così come interpretato negli ultimi anni all'interno del panorama giuridico.

In primo luogo, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'effetto pre-

²⁵ Secondo la norma definitoria di cui all'art. 2 del t.u. per "provvedimento giudiziario" si intende «la sentenza, il decreto penale ed ogni altro provvedimento emesso dall'autorità» (lett. f) ed invece per "provvedimento giudiziario definitivo" si intende «il provvedimento divenuto irrevocabile, passato in giudicato o, comunque, non più soggetto ad impugnazione con strumenti diversi dalla revocazione (cfr. lett. g). da segnalare che, in virtù delle modifiche in precedenza apportate al co. 3, dalla legge n. 67 del 2014, mediante l'inserimento della lett. i-*bis*), si iscrive nel certificato del casellario anche l'ordinanza che ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p. abbia disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova. In termini critici, v. MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *questa Rivista online*, 2015, 1, 9, il quale, pur comprendendo la *ratio* dell'iscrizione, ne denuncia l'irragionevolezza trattandosi di provvedimento estintivo qualora l'esito della prova sia stato negativo.

clusivo dell'archiviazione si esplica soltanto in merito allo stesso fatto già attribuito alla stessa specifica persona ed oggetto d'iscrizione nel medesimo registro delle notizie di reato²⁶. Pertanto, il provvedimento di archiviazione gode di una limitata efficacia preclusiva: l'inizio di un nuovo procedimento nei confronti della stessa persona e per lo stesso fatto è subordinato ad un provvedimento autorizzativo del giudice che renda possibile il riaprirsi di un procedimento per il fatto già archiviato e l'eventuale esercizio dell'azione penale che, in difetto di autorizzazione, è precluso «come nel caso più eminente di preclusione, quello del giudicato...in carenza di autorizzazione del giudice a riaprire le indagini è la instaurabilità di un nuovo procedimento e quindi la procedibilità ad essere impedita; sicché, se il presupposto del procedere manca, il giudice non può che prenderne atto, dichiarando con sentenza che l'azione penale non doveva essere iniziata»²⁷. Si tratta, dunque, di una definitività condizionata ad un duplice presupposto: formale, costituito dal mancato provvedimento autorizzativo; sostanziale, costituito dall'esigenza di nuove investigazioni. Inoltre, la Corte Suprema ricorda che ad avviso delle Sezioni Unite l'effetto preclusivo non si verifica nei confronti di un p.m. territorialmente diverso da quello che ha provveduto alla precedente iscrizione, considerato, da un lato, che quest'ultimo non sarebbe legittimato a chiedere la riapertura e, dall'altro, che difficilmente, sul piano fattuale, un ufficio è in grado di conoscere l'attività svolta da un altro ufficio operante in diverso territorio. Orbene, per quanto possa essere apprezzabile la premessa fattuale della Corte di cassazione – il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto non è iscrivibile nel casellario giudiziale – è doveroso soffermarsi sulle conseguenze, dai tratti criticabili, che ne fa discendere.

In primo luogo, non può sottacersi che una simile interpretazione si pone in contrasto con la *voluntas legis*²⁸, espressa nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo, nella quale in più passaggi presuppone l'iscrizione dei provvedimenti di archiviazione, ed in particolare ove si afferma che «la non punibilità comporta comunque un'affermazione di responsabilità, dalla quale, tuttavia, non derivano effetti e conseguenze penali diversi da quello della iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale»; nonché ove si precisa

²⁶ Cass., Sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto, in *Guid. dir.*, 2003, 28, 90.

²⁷ Corte Cost., sent. n. 27 del 1995. In dottrina, v. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 365; GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, 98; *contra*, v. CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1374.

²⁸ Sull'attuale espansione e predominanza del potere giudiziario sul potere legislativo, ponendo in crisi la stessa legalità penale con il conseguente sviluppo del fenomeno della giurisprudenza "giuscreativa", v. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Roma, 2017, spec. 44 ss.

che «posta la necessità di iscrivere nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione del nuovo istituto, ancorché adottato mediante decreto di archiviazione, ne viene che l'indagato potrebbe avere interesse ad evitare tale effetto sfavorevole in quanto eventualmente preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza, mirando invece ad ottenere un risultato pienamente liberatorio»; ed ancora ove si legge che «il requisito della non abitudine del comportamento[...]impone un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolare tenuità del fatto che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tale causa»²⁹. È, dunque, la stessa relazione a collegare strettamente i tre profili, concernenti l'archiviazione garantita, l'iscrizione nel casellario giudiziale ed il realizzarsi della causa ostativa. Di conseguenza, l'interpretazione della Suprema Corte fa venir meno la *ratio* della speciale procedura di archiviazione ai sensi dell'art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p. e, seguendo tale visione, sarebbe ancora più marcato ed evidente quanto sostenuto da un'autorevole voce in dottrina, in base al quale la nuova disciplina determina una irragionevole disparità di trattamento, poiché un analogo diritto all'opposizione non è previsto a favore di chi sia accusato di un fatto infamante non previsto dalla legge come reato, o di un fatto punibile soltanto al superamento di una determinata soglia quantitativa, o chi sia non punibile per una causa diversa dalla tenuità del fatto (ad esempio per aver sottratto denaro ad un fratello convivente)³⁰.

6. Il principio di tassatività delle impugnazioni e l'interesse ad agire: la necessità di una lettura alternativa

C'è un altro aspetto da analizzare. Avendo la Corte di cassazione dichiarato il ricorso inammissibile sulla base del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, occorre analizzare la validità e le ripercussioni di tale principio in rapporto ai provvedimenti adottati dal giudice per le indagini preliminari in materia di archiviazione.

L'art. 568, co. 1, c.p.p. dispone che «la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati». Come rivelato dalla dottrina, tale principio deve essere inteso nella duplice direzione della previsione legislativa dell'impugnazione e, quando questa sia consentita, della determinazione del mezzo ogni volta indicato³¹, comportando come corollario la regola secondo

²⁹ Relazione al decreto legislativo per particolare tenuità del fatto, in www.ilsole24ore.com.

³⁰ Cfr. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 100.

³¹ MELE, *sub art. 568 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, 1991, 21.

cui «il provvedimento del giudice che non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione non è soggetto ad altri rimedi giuridici»³².

Per quanto attiene ai provvedimenti ex art. 409 c.p.p., il co. 6 prevede come unica ipotesi di impugnazione il ricorso per cassazione contro l'ordinanza di archiviazione al termine dell'udienza in camera di consiglio nei casi di nullità previsti dall'art. 127, co. 5, c.p.p., ossia delle ipotesi di mancata osservanza delle regole che garantiscono il contraddittorio nella procedura camerale. Fuori da tali limitate ipotesi i provvedimenti emessi al termine dell'udienza sono inoppugnabili. In un sistema legale così rigoroso resterebbe esclusa qualsiasi altra possibilità di impugnazione. Ed è proprio a fronte di tale eccessiva rigidità che la giurisprudenza, in ipotesi nelle quali si percepisce la necessità di prevedere un rimedio a fronte di situazioni gravemente patologiche, ha invocato in varie occasioni la categoria del provvedimento abnorme, che legittima il ricorso per cassazione e che non costituisce una deroga al principio di tassatività delle impugnazioni, ma agisce come una «sanzione di autoconservazione del sistema stesso»³³. Dal momento che non è possibile predisporre un elenco completo di tali violazioni, che per loro natura non risultano prevedibili, occorre fare ricorso alle regole e ai principi fondamentali che disciplinano il sistema dei rapporti tra azione ed archiviazione e le prerogative dei soggetti che vi partecipano. Da tale rimedio rimangono escluse le ipotesi di vizi di merito del provvedimento, pena un uso indebito del concetto di abnormità, ma, indubbiamente, meritano attenzione ricorsi avverso provvedimenti di archiviazione per mancanza o manifesta illogicità della motivazione³⁴. Di fronte ad un tale scenario, appare poco ortodossa la scelta della Corte di cassazione di aver rigettato il ricorso avverso l'ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto, contenente una motivazione solo dal punto di

³² DEL POZZO, *Le impugnazioni penali: parte generale*, Padova, 1951, 23. È opportuno ricordare che tale principio è temperato dal riconoscimento ai sensi dell'art. 568, co. 2, c.p.p. della generale impugnabilità, attraverso il mezzo del ricorso per cassazione, sia delle sentenze sia dei provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale, per dare concreta attuazione a quanto previsto dall'art. 111, co. 2, Cost.

³³ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, 1993, Milano, 324.

³⁴ In questo senso, esplicitamente, v. Cass., Sez. I, 3 dicembre 1992, Dufrital Spa e Marro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 466; Id., Sez. I, 23 ottobre 1992, Cassiano, *ibidem*. Secondo una parte della dottrina, sussistendo una previsione esplicita di nullità (ex art. 125, co. 3, c.p.p.) si può ritenere consentita anche l'impugnazione del decreto e dell'ordinanza di archiviazione che siano totalmente immotivati, v. BERNARDI, *Commento all'art. 409 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 535 ss.; NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare, Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1990, 326; *contra* GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., 55. Secondo SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., 327, tali provvedimenti sarebbero, invece, suscettibili di ricorso per cassazione in quanto abnormi.

vista formale, ma carente nella sostanza, considerato che la nuova ipotesi archiviativa, essendo la più sfavorevole per l'indagato, necessita *a fortiori* di un'esplicitazione dell'*iter* argomentativo, al fine di avere un parametro cui ancorare il conforme rispetto delle esigenze di coerenza sistematica richieste al pubblico ministero e, in seconda battuta, al giudice per le indagini preliminari.

Ad abundantiam, se ci si sofferma sul dato che anche il Procuratore generale ha concluso per l'annullamento del provvedimento di archiviazione, qualche criticità può essere riscontrata anche nella scelta di ancorare il rigetto del ricorso alla carenza di interesse ad impugnare.

L'art. 568, co. 4, c.p.p. codifica la possibilità di attivare l'intervento della *iurisdictio*, nei gradi successivi al primo, all'esistenza di un attuale e concreto interesse della parte per il provvedimento conseguente, interesse che, secondo la dottrina, si riscontra quando dal raffronto tra la decisione oggetto di gravame e la decisione perseguita emerga per l'impugnante una situazione di vantaggio meritevole di tutela giuridica³⁵. Dal momento che il legislatore non ha fornito una nozione precisa di interesse, col tempo è prevalso un criterio definitorio essenzialmente pragmatico, soprattutto grazie alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Infatti, una lunga serie di sentenze della Corte costituzionale ha dato piena cittadinanza al concetto di pregiudizio, come sinonimo di interesse, - eliminabile mediante atto di impugnazione - non solo giuridico, ma direttamente etico o morale, in quanto legato alla sentenza che prosciogla l'imputato per il sopravvenire di amnistia o di prescrizione, ritenendo, però, sussistenti gli elementi costitutivi del reato addebitatogli³⁶.

Peraltro, va segnalato un consolidato orientamento giurisprudenziale che riconosce l'interesse dell'imputato ad impugnare la sentenza di assoluzione per evitare conseguenze extrapenali, per assicurarsi effetti extrapenali più favorevoli, ovvero evitare pregiudizi nell'ambito del rapporto di impegno o per evitare il consolidarsi di un pregiudizio di carattere esclusivamente morale.

Ciò posto, non sembra azzardato affermare la possibilità di configurare un interesse ad agire in capo al destinatario del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, atteso che, a prescindere dalla iscrizione o meno nel casellario giudiziale, è stato proprio il danno reputazionale e tutti gli altri effetti sopra menzionati ad aver indotto il legislatore a creare una procedura archiviatoria specifica.

È necessario, dunque, una più ampia verifica volta ad accertare se il sistema

³⁵ SPANGHER, *Impugnazioni*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, cit., 667.

³⁶ Corte cost., sent. n. 224 del 1983.

processuale abbia in sé meccanismi di controllo e di intervento in tutte le ipotesi in cui la tassatività dei mezzi di impugnazione lasci il singolo privo di tutela e del suo diritto all'effettività della difesa e ad una decisione giusta³⁷.

7. Il nuovo istituto del reclamo e le eventuali ripercussioni sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto

Sarebbe un'analisi incompleta ed anacronistica, se non si prendessero in considerazione le rilevanti modifiche apportate dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (Riforma Orlando), in particolare, quelle che hanno inciso "trasversalmente" sulla materia *de qua*.

La riforma Orlando, entrata definitivamente in vigore il 3 agosto 2017, ha inciso su alcuni snodi fondamentali della procedura di archiviazione con il nuovo art. 410-*bis* c.p.p. rubricato «nullità del provvedimento di archiviazione», prevedendo, da un lato, specifici casi di nullità del provvedimento di archiviazione, dall'altro lato, introducendo uno specifico mezzo di impugnazione da esperire per rimuovere tali patologie. La nuova disposizione, infatti, riprendendo i casi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, dispone che la nullità colpisce, in primo luogo, il decreto emesso in mancanza dell'avviso di presentazione della richiesta di archiviazione alla persona offesa, oppure dell'omologo avviso dovuto, in materia di particolare tenuità del fatto, sia alla persona offesa che alla persona sottoposta alle indagini. In seconda battuta, la nullità è comminata se il decreto viene emesso prima che il termine di cui all'art. 408, co. 3 e 3-*bis*, c.p.p. sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione; infine, la sanzione colpisce il decreto reso senza tener conto dell'opposizione presentata, salvi i casi di inosservanza dell'art. 410, co. 1, c.p.p.

L'art. 410-*bis*, co. 2, c.p.p., invece, sancisce la nullità dell'ordinanza di archiviazione e, con un richiamo all'art. 127, co. 5, c.p.p. precisa che tale atto è nullo soltanto nell'ipotesi in cui vi sia il «mancato avviso dell'udienza, la mancata indicazione dei destinatari dell'avviso se comparsi, ed il mancato rinvio dell'udienza se l'imputato legittimamente impedito ha chiesto di essere sentito personalmente»³⁸.

³⁷ GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, I, 1998, 108. Sulla necessità di riconsiderare il principio - oramai anacronistico - della tassatività delle impugnazioni, v. ID., *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 7, secondo il quale «una volta entrati nell'era del giusto processo, non può più essere consentito alcuno iato fra tutela formale e diritti sostanziali».

³⁸ SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 92.

Tuttavia, la più rilevante modifica è contenuta nei co. 3 e 4 della medesima disposizione, dedicati alla disciplina da seguire per eccepire le invalidità sopra menzionate. In tal senso, è stato abrogato l'art. 409, co. 6, c.p.p. facendo scomparire, in tale fase, il ricorso per cassazione, che è stato così sostituito da un rimedio fino ad ora inedito per il codice di procedura, ossia il reclamo, che deve essere presentato dall'interessato – si tratta della persona offesa e, in caso di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, anche della persona sottoposta alle indagini – entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento, dinanzi al tribunale in composizione monocratica.

La disciplina prevede che il tribunale decide con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate, le quali avranno soltanto la possibilità di presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza.

Gli scenari ipotizzabili sono, essenzialmente, tre, in quanto il tribunale può: dichiarare inammissibile il ricorso, perché presentato fuori termini; se, invece, la doglianza è fondata, procede all'annullamento, ordinando la restituzione degli atti al giudice; mentre, in caso contrario, si limita a confermare il provvedimento.

La presente modifica è animata dalla volontà di ridurre il carico di lavoro della Corte di cassazione. E proprio tale “passaggio di testimone” dalla Suprema Corte al Tribunale in composizione monocratica potrebbe legittimare, in futuro, una lettura ed un'applicazione della disposizione in chiave aperturista, estendendo l'oggetto della impugnazione anche alle valutazioni di merito, soprattutto a fronte di una “dubbiosa” ordinanza di archiviazione per particolare tenuità del fatto.

Infine, la legge Orlando contiene una serie di deleghe al Governo, accompagnate dalle rispettive direttrici, per l'emanazione di decreti legislativi in distinte materie, tra cui proprio “la revisione della disciplina del casellario giudiziale”, che pone come principio direttivo di «eliminare la previsione di iscrizione dei provvedimenti applicativi della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, prevedendo che sia il pubblico ministero a verificare, prima che venga emesso il provvedimento, che il fatto addebitato sia occasionale».

Non resta a questo punto che attendere l'intervento legislativo, con la speranza che esso possa restituire al testo normativo quella chiarezza e quell'univocità di significato che fino ad ora sono state difficili da riscontrare.

ELEONORA ADDANTE

