

ESCLUSIONE DELLA NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO. I RIFLESSI SULL’AZIONE DI REGRESSO DELL’INAIL

ELEONORA MONDI*

SOMMARIO

1. La *ratio* dell’intervento normativo. - 2. Natura giuridica. - 3. Ambito di applicazione. - 3.1 Il limite di pena edittale. - 3.2 La tenuità dell’offesa e i suoi “indici- requisiti”: la modalità della condotta e l’esiguità di danno o del pericolo. - 3.3 La non abitualità del comportamento. - 4. La disciplina processuale. - 4.1 (segue) Efficacia delle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nei giudizi civili o amministrativi di danno. - 5. Possibili riflessi della ‘nuova’ causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto sull’azione di regresso dell’Inail.

1. La *ratio* dell’intervento normativo

Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, di attuazione della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, ha introdotto nel codice penale, l’art. 131 *bis* rubricato “*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*”. Il nuovo istituto rappresenta un punto di approdo importante nel sistema penale italiano, in quanto risponde alle numerose istanze di deflazione e di economia processuale, negli ultimi anni sempre più sollecitate dalla prevalente dottrina e accolte in gran parte dei progetti ministeriali di riforma del codice penale.

La rinuncia alla pena a fronte di condotte che, seppur integranti gli estremi del fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, rivestano in concreto una portata bagatel-lare, risultando pertanto “non meritevoli” di sanzione penale, garantisce la piena attuazione dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà, nell’ottica di un diritto penale inteso come *extrema ratio*. In altri termini, il legislatore ha ritenuto che l’esigenza punitiva, a cui spesso fa da contraltare un meccanismo sanzionatorio costoso per la collettività e impegnativo per il reo, possa essere “sacrificata” di fronte a fatti di esigua consistenza e, dunque, inidonei a giustificare il dispendio

* Dottore di ricerca in Diritto Penale presso l’Università degli Studi “Roma Tre”.

di energie processuali, inevitabilmente sottratte ai casi più gravi¹. Il nuovo istituto trova, dunque, la sua giustificazione nella riconosciuta graduabilità del reato in relazione al disvalore d'azione e d'evento nonché all'intensità della colpevolezza².

Per perseguire le predette finalità di deflazione processuale e di alleggerimento del carico giudiziario, il legislatore delegante ha indicato una duplice via: da un lato, ha previsto una depenalizzazione generalizzata su singole fattispecie astratte, individuate o nominalmente o attraverso il rinvio al tipo di pena applicabile³; dall'altro, ha rimesso alla discrezionalità del giudice - seppur esercitata nell'ambito di prestabiliti parametri normativi - una sorta di "depenalizzazione in concreto" permettendogli di espungere dall'area della punibilità quei fatti storici che ne appaiono immeritevoli⁴.

La riforma muove dall'implicita premessa che la non punibilità per particolare tenuità del fatto sia figura diversa dalla "inoffensività". Infatti, mentre quest'ultimo istituto - che trova il suo referente codicistico nell'art. 49, secondo comma del codice penale (c.d. reato impossibile)⁵ - attiene alla totale mancanza di offensività del fatto che risulta, pertanto atipico già dal punto di vista oggettivo, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità presuppone, invece, l'esistenza, non solo di un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, ma anche dell'offesa all'interesse tutelato dalla norma che, per essere tenue, deve necessariamente esistere⁶. Non può tuttavia trascurarsi che, essendo particolarmente labile il confine tra esiguità del fatto e inoffensività, l'introduzione nel nostro sistema dell'art. 131 *bis* c.p. produrrà, con ogni probabilità, una contrazione degli spazi di rilevanza dell'art. 49, secondo comma c.p., se solo si considera che, finora, l'esperienza giurisprudenziale ha dimostrato come quest'ultima norma trovasse applicazione proprio nei casi di offese esistenti seppur di scarsa rilevanza.

L'esigenza di giustizia sostanziale che è alla base dell'intervento normativo e che comporta la rinuncia alla sanzione penale a fronte di offese esigue non rappresenta certo una novità, essendo alla base di istituti presenti in due sottosistemi

1 T. PADOVANI, *Un intervento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al diritto* n. 15 del 4 aprile 2015, pp. 19 e ss.

2 In dottrina, al riguardo, si veda C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperfrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681 secondo cui "occorre dunque, compiere una valutazione relativa al fatto concreto; verificare se la irripetibile manifestazione dell'illecito presenti un ridottissimo grado di offensività".

3 Cfr. d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 recante disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, secondo comma, della legge 28 aprile 2014, n. 67".

4 Relazione che accompagna lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 1° dicembre 2014, par. 3.

5 Per la concezione realistica del reato, vedi, per tutti, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Torino, 2001, p. 99.

6 G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2015, p. 3 nonché D. BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offeso nella delega 2014*, in *Leg. pen.*, 2014, 4, p. 449.

della giustizia penale. Il riferimento è all' "esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto" (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000) nel procedimento penale di fronte al giudice di pace e alla "sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto" (art. 27 del d.p.r. n. 448 del 1998) nel processo penale minorile. Tuttavia, pur condividendo, con detti istituti, la medesima logica di fondo e, in parte, le stesse finalità, la riforma del 2015 rappresenta un "avvenimento" di assoluto rilievo, consentendo alla "tenuità del fatto", di superare i ristretti limiti degli specifici settori in cui era stata "confinata" per "elevatorsi" a generale criterio discrezionale per la definizione della *res giudicanda* penale⁷. Il d.lgs. n. 28 del 2015 disciplina l'istituto in esame sia sotto il profilo sostanziale che processuale. In particolare, mentre i profili di diritto sostanziale sono contenuti in un'unica previsione, l'articolo 131 *bis* c.p., per i profili processuali, il legislatore ha provveduto a individuare le modalità con cui la nuova causa di non punibilità opera nel giudizio penale, introducendo disposizioni di coordinamento con la disciplina dell'archiviazione, del proscioglimento predibattimentale, degli effetti civili della sentenza di proscioglimento *ex art. 131 bis* nonché del casellario giudiziale.

2. Natura giuridica

In ordine alla qualificazione dogmatica della "particolare tenuità del fatto" è pressoché pacificamente riconosciuta la sua natura di causa di non punibilità. La riconduzione nell'ambito del diritto sostanziale trova, peraltro, più di una conferma, potendo essere ricavata: *a)* dal tenore letterale della disposizione ("la punibilità è esclusa ..."); *b)* dalla rubrica dell'art. 131 *bis* c.p. ("esclusione della punibilità ..."); *c)* dalla sua collocazione sistematica all'interno del Titolo V, Capo I c.p. ("Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena"), concernente l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena; *d)* dall'art. 651 *bis* c.p.p. - anch'esso introdotto dal d.lgs. n. 28 del 2015 - che ricollega alle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, pronunciate all'esito del dibattimento, efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi di danno; *e)* dall'iscrizione della declaratoria di non punibilità *ex art. 131 bis c.p.* nel certificato del casellario giudiziale; iscrizione che mal si concilia con un fatto considerato lecito.

In questo senso depone, peraltro, anche la Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo che ripetutamente sottolinea come l'istituto in esame presupponga "un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di un reato, ma da

⁷ C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Collana Giustizia Penale Attuale*, Dike Giuridica Editrice, 2015, p. 1.

ritenere non punibile in ragione dei generalissimi principi di proporzione e di economia processuale”.

In realtà, il carattere sostanziale della disciplina contenuta nell'art. 131 *bis* c.p. non è stato, soprattutto in un primo momento, così scontato. Infatti, nonostante l'espressa qualificazione legislativa in termini di non punibilità, profili problematici e dubbi interpretativi sono sorti a causa dalla disciplina processualistica contenuta nel decreto che, per alcuni aspetti, sembrerebbe richiamare quella propria delle condizioni di procedibilità, come noto, operanti immediatamente sul piano processuale. Le perplessità circa l'inquadramento in quest'ultima categoria sono ricollegate, in particolare, alla prevista possibilità per il nuovo istituto di operare anche in fase pre-dibattimentale, potendo il giudice dichiarare la tenuità del fatto con decreto di archiviazione (411, comma 1 *bis*) o con sentenza di non doversi procedere (469, comma 1 *bis* c.p.p.).

Sarà utile al riguardo un sintetico accenno a quelle che sono le principali differenze tra le cause di non punibilità e le condizioni di improcedibilità, al fine di meglio inquadrare la natura giuridica dell'istituto in esame.

È bene premettere che l'espressione “cause di esclusione della pena”, si riferisce ad una serie di situazioni eterogenee, quali le cause di giustificazione; le cause di esclusione della colpevolezza, e le cause di non punibilità. In particolare le cause di non punibilità *stricto sensu* sono quelle la cui presenza rende non punibile un fatto tipico e colpevole, per mere ragioni di opportunità politico-criminali⁸. Esse quindi, a differenza delle cause di giustificazione e di esclusione della colpevolezza, si collocano all'esterno della struttura del reato e ne presuppongono l'esistenza, limitandosi soltanto a inibire il ricorso alla sanzione penale.

In maniera diversa agiscono, invece le c.d. cause di improcedibilità (o condizioni di procedibilità) ossia quel complesso di fatti e atti, espressamente indicati dal legislatore, il cui mancato verificarsi impedisce l'instaurazione del processo penale e il cui fondamento risiede nell'esigenza di tutelare un interesse⁹ esterno alla dinamica processuale. Infatti, a differenza di quanto avviene per le cause di non punibilità che, di regola, richiedono, come detto, un accertamento nel merito da parte del giudice, la presenza di una causa di improcedibilità comporta l'astensione da qualsiasi pronuncia che possa investire la fondatezza dell'imputazione.

Ebbene, se queste sono le caratteristiche che differenziano le due figure, appare evidente, analizzando la nuova disciplina sulla “particolare tenuità del fatto”, come la sua qualificazione in termini di condizioni di procedibilità non possa essere condivisa per una serie di considerazioni.

⁸ Nel senso che la nozione “causa di non punibilità” sia una nozione meramente ripetitiva del dettato codicistico, che non si traduce in una precisa presa di posizione circa la natura giuridica dell'elemento, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, IV, Dell'estinzione del reato e della pena, Torino, 2006. Sul punto, v. anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1990, p. 64.

⁹ C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 16 e ss.

Innanzitutto, come sopra detto, le condizioni di procedibilità producono un immediato effetto di economia processuale, posto che, la loro assenza preclude l'esercizio dell'azione penale. Il nuovo istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p., soddisfa, invece, solo parzialmente detta esigenza, dal momento che è lo stesso legislatore a prevedere che la declaratoria di non punibilità possa essere pronunciata anche a seguito del giudizio di merito compiuto nella fase dibattimentale: ipotesi che, indubbiamente, è ben lontana dagli auspicati risultati di economia processuale¹⁰. Inoltre, essendo esse solitamente costituite da atti o fatti che operano come tali, non implicano valutazioni, bensì solo l'accertamento della loro presenza o assenza. Evidente appare la differenza con la disciplina della particolare tenuità del fatto, la cui applicazione richiede necessariamente l'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice.

La non riconducibilità nell'alveo delle condizioni di procedibilità non può neanche essere messa in dubbio dalla formula di proscioglimento prevista per il caso di sentenza pre-dibattimentale. Come osservato dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, infatti *“sebbene il nuovo comma 1 bis dell'art. 469 cod. proc. pen. contempli la ‘sentenza di non luogo a procedere’ - prefigurata piuttosto per epiloghi propriamente processuali - tuttavia la disposizione evoca testualmente la categoria della ‘punibilità’, e non invece quella della ‘procedibilità’*¹¹.

Per le medesime considerazioni, non appare quindi nemmeno accettabile quella tesi intermedia che ravvisa la natura di causa di non punibilità o di causa di improcedibilità della *“particolare tenuità del fatto”* a seconda della fase processuale o procedimentale nella quale viene dichiarata¹².

Le considerazioni finora svolte ci portano, dunque, ad affermare - come peraltro dottrina e giurisprudenza prevalente hanno già fatto - la natura di causa di non punibilità della *“particolare tenuità del fatto”*.

Vero è, come vedremo meglio nel prosieguo della trattazione, che si tratta di una causa di non punibilità *“atipica”*, se si guarda agli effetti pregiudizievoli che si producono per l'imputato, quali la possibile rilevanza nei giudizi civili e amministrativi ed, ancora l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziario.

¹⁰ M.L. FERRANTE, *Considerazioni “a prima lettura” sugli aspetti sostanziali delle esclusioni della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.dirittifondamentali.it.

¹¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della “particolare tenuità del fatto” - Rel. N. III/02/2015*, a cura di A. CORBO, G. FIDELBO, in www.cortedicassazione.it, ove viene evidenziato che *“l'adozione della formula di ‘non doversi procedere’ sia stata riservata alle sole pronunce pre-dibattimentali per rimarcare, anche da un punto di vista formale, la differenza di efficacia giuridica - nell'ambito del ‘genus’ delle sentenze di non punibilità ex art. 131 bis cod. pen. - tra le decisioni emesse a norma dell'art. 469 cod. proc. pen. e decisioni adottate all'esito del dibattimento e del giudizio abbreviato: soltanto a queste ultime, infatti, il ‘nuovo’ art. 651 bis cod. proc. pen. attribuisce ‘efficacia di giudicato’ nei giudizi civili e amministrativi”*.

¹² M.L. FERRANTE, *Considerazioni “a prima lettura” sugli aspetti sostanziali delle esclusioni della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 4.

Tale natura è stata altresì affermata, in più occasioni, anche dalla Corte di Cassazione, che ne ha peraltro riconosciuta l'applicazione anche ai procedimenti incorso in virtù dell'art. 2, quarto comma, c.p.¹³.

3. Ambito di applicazione

L'art. 131 *bis* c.p. stabilisce una serie di limiti e condizioni che devono essere rispettati affinché la causa di esclusione della punibilità in esso prevista possa trovare applicazione.

In particolare, i presupposti applicativi sono:

- 1) **il limite di pena edittale**
- 2) **la tenuità dell'offesa**, che deve essere valutata tenendo in considerazione le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo
- 3) **la non abitualità del comportamento**.

Dall'immediata lettura del testo normativo sembrerebbe, *prima facie*, evincersi la volontà di ancorare la valutazione sulla particolare tenuità del fatto alla dimensione oggettiva dell'illecito, non comparando, tra gli indici elencati dal legislatore, quantomeno espressamente, alcun riferimento al grado e all'intensità della colpevolezza.

La stessa Relazione ministeriale allo schema del d.lgs. 28 del 2015 ha motivato detta assenza con l'esigenza di "sganciare", per quanto possibile, il giudizio d'irrelevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, "*sempre ardui e decisamente tanto più problematici quanto più destinati ad essere effettuati nelle fasi prodromiche del procedimento*"¹⁴. Tuttavia, come si vedrà meglio più avan-

¹³ Sul carattere sostanziale dell'istituto e sull'applicabilità dell'art. 2, quarto comma c.p., cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449. Sulla natura di causa di non punibilità atipica, v. Cass. pen., sez. III., 20 maggio 2015, n. 21014 secondo cui "*che si tratti di causa di non punibilità 'atipica' lo si evince dal fatto che nella bipartizione tra cause di non punibilità in senso lato e in senso stretto la collocazione preferibile sembrerebbe all'interno del primo gruppo: non va dimenticato, infatti, che tale causa, per gli effetti negativi che produce per l'imputato (anzitutto la possibile rilevanza nei giudizi civili e amministrativi ed, ancora l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziario), esige il contraddittorio anzitutto con l'imputato, ma anche con la persona offesa che, per effetto di quanto previsto nei casi di archiviazione e di proscioglimento predibattimentale conseguenti all'applicazione dell'istituto, ha diritto ad una interlocuzione, anche se di portata limitata non essendo previsto - per ragioni di politica giudiziaria il diritto di veto della persona offesa*". Da ultimo, cfr. la recente sentenza della Cass. Sez. Un., 6 aprile 2016, n. 13681 nella quale si afferma espressamente che "*in realtà il nuovo istituto è esplicitamente, indiscutibilmente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce dunque figura di diritto sostanziale. Esso persegue finalità connesse ai principi di proporzione ed extrema ratio; con effetti anche in tema di deflazione. Lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena, e dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo.(.). Il dato normativo conduce senza dubbi di sorta a tale esito interpretativo.*".

¹⁴ Relazione allo schema di decreto legislativo, cit.

ti, la formula adottata non sembra in grado di escludere qualunque rilevanza all'atteggiamento soggettivo del reo, stante il riferimento alle "modalità della condotta", da valutarsi ai sensi dell'art. 133 c.p.; rinvio, quest'ultimo, che sembra attribuire rilievo anche all'intensità del dolo e al grado della colpa, sul presupposto che simili dati si riflettano sulle modalità esecutive dell'azione¹⁵.

3.1 *Il limite di pena edittale*

L'art. 131 *bis* prevede, anzitutto, una soglia edittale quale limite per l'applicabilità dell'istituto. La nuova causa di non punibilità riguarda, infatti, i soli reati - delitti e contravvenzioni - per i quali è prevista la pena detentiva, non superiore, nel massimo, a cinque anni ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva.

La disposizione precisa, al quarto comma, che tale limite deve essere determinato secondo il criterio - peraltro già adottato nella legislazione vigente¹⁶ - che vieta di tener conto delle circostanze (sia aggravanti che attenuanti), ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e di quelle ad effetto speciale, che per la loro "significatività" in termini di disvalore sono in qualche modo accostabili - nelle valutazioni del legislatore - a sottofattispecie autonome¹⁷. Al fine di contenere il margine di discrezionalità giudiziale, è stato inoltre previsto che, nel caso ricorrano dette circostanze, il giudice non potrà effettuare il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.

La scelta legislativa di subordinare l'operatività dell'istituto ad una soglia sanzionatoria massima dallo stesso predeterminata, comportando un'esclusione oggettiva di tutte le fattispecie non ricomprese entro tale limite, determina una presunzione assoluta di non particolare tenuità dei reati eccedenti detta soglia, a prescindere da ogni indagine sulla reale portata dell'offesa nel caso concreto.

Si tratta di un limite che il legislatore ha imposto, senza dubbio, in un'ottica di prevenzione generale, avendo evidentemente ritenuto che, per i reati oltre una

¹⁵ In questo senso, fra gli altri, G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, cit., p. 7. In senso critico, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 6; T. PADOVANI, *Un intervento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., p. 21; F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2014, p. 1709.

¹⁶ Ad es. in materia di prescrizione del reato (art. 157c.p.), di misure cautelari (art. 278 c.p.p.), di competenza per materia (art. 4 c.p.p.). Sulle incongruenze di un tale sistema nell'ambito della disciplina della particolare tenuità del fatto, C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 36, secondo cui l'adozione di questo criterio di determinazione della pena in questa materia "porta ad incongruenze significative, rappresentate dal fatto che reati assolutamente bagatellari, per i quali sussista un'aggravante ad effetto speciale o che comporti una pena di specie diversa, vengono ad essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'istituto pur essendo poi tali aggravanti destinate ad essere neutralizzate nel giudizio di bilanciamento".

¹⁷ Relazione allo schema di decreto legislativo, cit.

determinata soglia di gravità, l'osservanza scrupolosa della legge sia imposta in termini assoluti, senza alcuna possibilità di contemperamenti in chiave di opportunità¹⁸.

Tuttavia, come correttamente osservato¹⁹, tale soluzione non può non destare perplessità, quantomeno sotto il profilo della ragionevolezza della stessa, posto che ben potrebbe realizzarsi un'offesa "particolarmente tenue" in reati astrattamente sanzionati con pena edittale eccedente i limiti imposti dalla norma.

Tra l'altro, per le ipotesi di "eccezionale tenuità" concernenti reati puniti con pena superiore al limite edittale previsto dall'art. 131 *bis* c.p., il giudice si è finora avvalso - stante l'incerto confine interpretativo che intercorre tra offesa tenue e offesa inesistente - dell'art. 49, secondo comma c.p. che consente di pronunciare sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste in quanto inoffensivo; ora è evidente che qualora un simile orientamento continuasse anche a seguito della riforma, si assisterebbe all'inevitabile "effetto paradossoso" di applicare la più vantaggiosa clausola del reato impossibile, cui si ricollegano, come abbiamo visto, effetti meno pregiudizievoli per l'imputato²⁰, a reati astrattamente più gravi, per cui il legislatore ha invece escluso il beneficio della tenuità, in evidente controtendenza rispetto alla *ratio* della scelta legislativa.

A questa prima osservazione critica, si potrebbe affiancare altresì quella concernente la scelta di legislatore di ancorare il limite di operatività dell'istituto in parola ai massimi edittali anziché ai minimi²¹, posto che è quest'ultimo parametro ad esprimere *la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa*²².

Il richiamo alla sanzione edittale quale criterio determinante l'ambito di applicazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto non è invece risolutivo per una serie di ipotesi non considerate dal legislatore.

Il riferimento è, in particolare, al delitto tentato, non menzionato affatto nella disciplina dell'art. 131 *bis*, ma a cui la dottrina dominante ritiene applicabile la

18 T. PADOVANI, *Un intervento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., p. 20.

19 Sul punto, P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Archivio penale*, 2015, 2, p. 13 ss.

20 Nell'ipotesi dell'art. 49, secondo comma c.p., infatti, il giudice "può" ordinare che l'imputato proscioltosi sia sottoposto a misura di sicurezza, mentre il proscioglimento per particolare tenuità del fatto comporta un obbligo di iscrizione nel casellario giudiziario.

21 La scelta di ancorare il limite edittale al minimo di pena era stata, invece, la soluzione scelta nel Progetto Fiorella aprile 2013 che consentiva la declaratoria di tenuità "per contravvenzioni e delitti per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel minimo a tre anni o la pena della multa, sola o congiunta alla predetta pena detentiva". Nella relazione a detto progetto (cfr. Commissione Fiorella - per la revisione del sistema penale (14 dicembre 2012) Relazione, in www.giustizia.it) si legge infatti che "la scelta di riferirsi al minimo edittale si spiega con il fatto che esso esprime il quantum di pena pensato dal legislatore per le sottospecie bagatellari di ogni fattispecie di reato".

22 T. PADOVANI, *Un intervento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., p. 20. Sul punto v. anche F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 luglio 2015, pp. 3 ss.

nuova causa di non punibilità, trattandosi, come noto, di una fattispecie autonoma di reato con una propria cornice edittale²³.

3.2 *La tenuità dell'offesa e i suoi "indici- requisiti": la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo*

Una volta accertato che il reato per cui si procede rientri nei limiti editali previsti dall'art. 131 *bis*, è necessario verificare la sussistenza delle condizioni che consentono l'esclusione della punibilità.

Come brevemente già anticipato, i presupposti applicativi del nuovo istituto, che peraltro devono sussistere congiuntamente, sono due: *la particolare tenuità dell'offesa* e *la non abitualità del comportamento*.

È inoltre previsto che il primo dei predetti criteri - *la particolare tenuità dell'offesa* - debba essere desunto sulla base di due "indici- requisiti": *le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo*, valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma, c.p.²⁴.

Per *modalità della condotta*, si intendono, specificamente, le modalità di aggressione al bene tutelato, il cui parametro valutativo va individuato, come detto, nell'art. 133, primo comma c.p., ove sono indicati i criteri per la determinazione della "gravità del reato" ai fini dell'esercizio del potere discrezionale nell'applicazione della pena.

A tal proposito, assumono un particolare rilievo tutti quegli elementi con cui l'autore del reato ha realizzato la condotta criminosa: natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione (art. 11, primo comma, n. 1). Importanza assume poi il grado della colpevolezza, ossia l'intensità del dolo o della colpa, dovendo il giudice, in concreto, tener conto dell'atteggiamento soggettivo dell'autore del reato rispetto all'offesa determinata al bene giuridico tutelato.

Al riguardo, merita di essere ricordato che, nel testo originario proposto al parere delle Camere, mancava un esplicito riferimento al grado della colpevolezza: l'art. 131 *bis* c.p., infatti, si limitava a richiamare, nell'ambito dei criteri da valutare per la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, il solo profilo delle "modalità della condotta", senza alcuna menzione all'art. 133 c.p.

²³ In tal caso il calcolo dell'entità della pena prevista in astratto, al fine di verificare l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., andrà effettuato diminuendo di un terzo la pena edittale massima prevista per il reato consumato ex art. 56, secondo comma c.p. Sulla configurabilità della condizione di non punibilità anche quando il fatto contestato è rimasto allo stato di tentativo cfr. C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 38; G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, cit. p. 5; A. TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, in *Officina del diritto - Penale e Processo*, Giuffrè editore, 2016, p.12. In giurisprudenza, cfr., fra le altre, Trib. Milano, sent. 23 aprile 2015, n. 3936; Trib. Novara sent. 4 maggio 2015, n. 634.

²⁴ Come noto, tale ultima disposizione vincola il giudice a tener conto della gravità del reato, desunta dalle modalità dell'azione, dalla gravità del danno o dal pericolo cagionato alla persona offesa, dall'intensità del dolo o dal grado della colpa.

Solo nel testo definitivo, in accoglimento di un'esplicita indicazione in tal senso espressa dalla Commissione di Giustizia della Camera dei deputati, si è provveduto a specificare che le modalità della condotta e l'esiguità del danno devono essere "valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma" c.p., con la conseguenza che, per la valutazione di questo profilo, si deve tenere conto anche dell'intensità del dolo e del grado della colpa²⁵.

Tale soluzione interpretativa si basa, oltre che sul tenore letterale della norma, anche sul criterio *ubi lex voluit dixit*, posto che il legislatore, qualora avesse voluto escludere il predetto criterio di cui all'art. 133 primo comma, n. 3, lo avrebbe fatto espressamente, così come espressamente ha escluso dal giudizio sulla particolare tenuità del fatto, il secondo comma dell'art. 133 c.p. relativo alla capacità a delinquere del reo²⁶.

Il secondo parametro che deve essere considerato, per riconoscere l'eventuale tenuità del fatto, attiene all'**esiguità del danno o del pericolo**.

Esso si riferisce all'offesa prodotta al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice che deve risultare positivamente sussistente, ma talmente modesto, da non meritare alcuna risposta sanzionatoria. È evidente che l'apprezzamento dell'esiguità - che deve essere anch'esso effettuato avendo riguardo a quanto disposto dall'art. 133, primo comma c.p. - lascia al giudice un ampio margine di discrezionalità. In questo caso, tuttavia, l'espresso richiamo, quale criterio valutativo, all'art. 133, primo comma c.p., fa venire in rilievo, in concreto, il solo requisito della "*gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa*" che, com'è intuitivo, poco aggiunge a quello dell'"esiguità del danno o del pericolo"²⁷.

Inoltre, il giudice, nella sua valutazione discrezionale, dovrà tenere conto di tutte quelle ipotesi in cui l'ordinamento, attribuendo rilevanza all'esiguità o tenuità del danno arrecato dall'imputato, prevede, ferma restando la rilevanza penale della condotta, un trattamento sanzionatorio attenuato (si pensi, ad esempio, alla circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.). Questa rilevanza, tuttavia, non intacca, per espressa previsione del legislatore (art. 131 *bis*, quinto comma c.p.) la possibilità di pervenire a una declaratoria di non punibilità²⁸.

Per quanto riguarda il riferimento al danno è opportuno precisare come esso non sia necessariamente correlato al danno patrimoniale subito dalla persona offesa, giacché l'ambito di operatività dell'Istituto è molto più ampio, potendosi appli-

²⁵ G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitualità si "aggancia" il caso*, in *Guida al diritto*, 2015, 15, p. 29.

²⁶ G. ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art. 131 bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 maggio 2015, p. 2.

²⁷ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Prime linee guida per l'applicazione del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28*, cit., p.12.

²⁸ Il 131 *bis* c.p., quinto comma, precisa infatti che "*la disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante*". Detta disposizione sembrerebbe essere diretta a prevenire il rischio d'interpretazioni preclusive dell'applicabilità del nuovo istituto in presenza di determinate figure circostanziali di tenuità.

care anche in ipotesi in cui manchi una persona offesa o comunque non si sia verificato alcun danno risarcibile²⁹.

Resta da dire che la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto opera anche con riferimento ai reati di pericolo, posto che anch'essi possono presentare caratteri di particolare esiguità, ogni qualvolta venga accertata una bassissima probabilità di pregiudizio al bene giuridico tutelato³⁰.

Sempre in relazione al presupposto attinente all'entità dell'offesa, l'art. 131 *bis*, secondo comma c.p. precisa che quest'ultima non può essere ritenuta di particolare tenuità quando l'autore ha agito per *motivi abietti o futili, con crudeltà* anche in danno di animali, quando ha *adoperato sevizie* o ha *profittato delle condizioni di minorata difesa* della vittima.

Dette ipotesi sono considerate dal legislatore come cause ostative alla declaratoria di non punibilità, nonostante i reati da essi caratterizzati rientrino edittalmente nell'ambito di operatività dell'istituto³¹.

In ragione dell'essenzialità del bene della vita e dell'integrità psico-fisica, nel testo definitivo del decreto, il legislatore ha individuato anche un'ulteriore presunzione di non tenuità: trattasi delle ipotesi in cui la condotta abbia cagionato o da essa siano derivate, quali conseguenze non volute la *morte* o le *lesioni gravissime* di una persona. Ne deriva che, sono comunque sottratte al giudizio di esiguità le fattispecie di omicidio colposo non aggravato, l'omissione di soccorso da cui derivi la morte, le lesioni colpose gravissime nonché ogni altra ipotesi di evento di tale tipo che derivi, quale conseguenza non voluta, dalla commissione di un delitto doloso, secondo il paradigma normativo dell'art 586 c.p.

Tale ultima previsione ha dato vita a letture contrastanti: da una parte, coloro³² che la ritengono tutt'altro che scontata, posto che, perlomeno in astratto, la clausola d'esiguità potrebbe essere applicata a prescindere dal bene giuridico leso dalla commissione del reato; dall'altra, chi³³, invece, la reputa superflua in quanto, per la gravità che connota tali situazioni, in nessun caso, si sarebbe potuta ipotizzare una irrilevanza della portata offensiva del fatto. Nell'ambito di quest'ul-

²⁹ G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitudine si "aggancia" il caso*, cit., p. 30.

³⁰ *Ibidem*. L'A. ha infatti osservato che "l'esclusione della punibilità sarebbe consentita anche in riferimento ai reati di pericolo astratto o presunto, vuoi perché anche per essi il principio di necessaria offensività consente l'individuazione in concreto di un'offesa anche minima al bene protetto, vuoi perché la particolare tenuità si apprezza per mezzo di un giudizio sintetico sul fatto concreto, elaborato alla luce di tutti gli elementi normativamente indicati".

³¹ Cfr. A. TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, in *Officina del diritto*, cit. p. 26. In senso favorevole a una simile conclusione, G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitudine si "aggancia" il caso*, cit., p. 30 nonché Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, cit., p. 4. Gli AA. evidenziano come dalla formulazione della norma sembrerebbe potersi dedurre che la sussistenza di tali situazioni possa essere apprezzata dal giudice senza necessità di una formale contestazione da parte del Pubblico Ministero, essendo sufficiente che esse emergano dagli atti o dall'istruzione dibattimentale.

³² R. BORSARI, *Commento al d.lgs. 28/2015*, cit., p. 18.

³³ Cfr., tra gli altri, G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, cit., p. 8.

tima opzione interpretativa vi è stato poi chi ha ritenuto detta previsione “*fin troppo largheggiante laddove preclude la non punibilità solo in caso di morte o lesioni gravissime*” senza riconoscere la medesima portata ostativa anche alle lesioni gravi, posto che il concetto di “grave” sembrerebbe, già a livello letterale, incompatibile con quello di tenuità³⁴.

La questione dell’esclusione della causa di non punibilità in esame per le fattispecie di morte e lesioni gravissime assume, per il tema oggetto del presente lavoro, una notevole importanza. Come sarà ampiamente illustrato nel prosieguo della trattazione, il presupposto dell’azione di regresso dell’ Inail è la commissione di un fatto di reato perseguibile d’ufficio; reato che solitamente coincide con l’omicidio colposo o le lesioni personali colpose gravissime o gravi, qualora, queste ultime, siano commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro³⁵.

A fronte della presunzione di non tenuità espressamente prevista dal legislatore per le ipotesi di omicidio colposo e di lesione colpose gravissime, è evidente che l’ambito di possibile interazione tra la nuova causa di non punibilità e l’azione di regresso del predetto Istituto è particolarmente limitata, potendo avere ad oggetto solo i casi in cui il presupposto della stessa sia la commissione di un fatto di reato integrante gli estremi delle lesioni colpose gravi commesse con la violazione della normativa antinfortunistica.

In merito, tuttavia, non può non osservarsi come, risultati difficile ipotizzare una declaratoria di non punibilità a fonte delle predette lesioni colpose gravi, posto che in tale specifica fattispecie il bene offeso non è solo l’integrità psico-fisica del lavoratore, ma anche l’interesse, di rilievo collettivo, alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Ed è proprio la rilevanza sociale di tale bene che sembra ostare a un giudizio di tenuità del reato.

3.3. *La non abitualità del comportamento*

L’esiguità dell’offesa è requisito necessario ai fini della non punibilità, ma non sufficiente in quanto, l’art. 131 *bis* c.p., prevede espressamente che il comportamento del reo deve risultare anche “non abituale”.

Si tratta di un presupposto negativo che, ispirandosi a esigenze di prevenzione speciale, tende ad evitare che vadano esenti da pena coloro che sono soliti a commettere reati: chi delinque con continuità, infatti, mostra una tendenza

³⁴ In tal senso, C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 57.

³⁵ Le lesioni semplici sono infatti escluse dall’ambito di operatività dell’azione di regresso, stante la necessità della querela; le lesioni gravi invece vi rientrano in quanto, se commesse in violazione delle norme per la prevenzione sugli infortuni sul lavoro, sono perseguibili d’ufficio.

criminale che necessita di essere punita, a prescindere dalla considerazione dei concreti effetti dannosi derivati dalla singola vicenda oggetto del giudizio³⁶.

Quanto alla concreta disciplina di tale requisito, l'art. 131 *bis*, terzo comma c.p. stabilisce una serie di ipotesi in cui il comportamento deve considerarsi abituale: a) *quando l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza*; b) *quando abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascuno fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità*; c) *quando si tratta di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*.

Ebbene, se nessun dubbio interpretativo si è posto in relazione alla prima delle suddette ipotesi³⁷, le altre due hanno invece necessitato di un maggior sforzo chiarificatore.

Ed invero, notevolmente dibattuta è stata la portata applicativa della seconda ipotesi di comportamento abituale che ricorre, come visto, allorché il soggetto abbia commesso più reati della stessa indole³⁸.

Secondo alcuni autori³⁹, essa andrebbe circoscritta ai fatti oggetto di accertamento giudiziale definitivo, a prescindere dalla dichiarazione di recidiva⁴⁰. È stato peraltro osservato che la genericità e la *ratio* della norma consentono di attribuire rilevanza ostativa, non solo alla condizione dell'imputato che sia già stato condannato con sentenza definitiva per un reato della stessa indole di quello per cui si procede, ma anche alla condizione dell'imputato (anche se incensurato) accusato di

36 Come precisato nella Relazione allo schema di d.lgs. n. 28/2015, il legislatore ha voluto qui utilizzare un concetto (l'abitualità) più ampio di quello della "occasionalità" del comportamento (impiegato negli omologhi istituti del rito minorile e davanti al Giudice di pace), in modo che "la presenza di un 'precedente' giudiziario non sia di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti". In questo senso, R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2015, p. 5, nota 11 nonché G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, cit., p. 8.

37 La dichiarazione di abitualità, professionalità o di tendenza a delinquere necessita di un'espressa dichiarazione giudiziale, non essendo possibile ritenere sussistente detta causa ostativa sulla base della mera ricorrenza dei presupposti per la dichiarazione. Da tenere, inoltre, in considerazione che la preclusione all'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* viene meno nel caso in cui gli effetti delle predette dichiarazioni si estinguano con la riabilitazione e art. 109, ultimo comma c.p.

38 Per quanto riguarda la nozione di "reati della stessa indole", l'art. 131 *bis* sembrerebbe far riferimento a quanto previsto dall'art 101 c.p., secondo cui "agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole, non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono presentano nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni".

39 G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitualità si "aggancia" il caso*, cit., p. 31 secondo cui "la genericità dell'indicazione normativa conforta nel senso della rilevanza ostativa non solo delle condotte pregresse.

40 *Ibidem*. L'A. ha evidenziato che la "recidiva" di per sé - purché non reiterata e specifica - non può essere ritenuta ostativa alla declaratoria di non punibilità. Parimenti ostativa ritiene essere la situazione di colui, il quale, pur non essendosi vista riconosciuta e applicata la recidiva reiterata e specifica con un accertamento giudiziale definitivo, risulti aver commesso più reati della stessa indole (es. una pluralità di truffe).

aver commesso una pluralità di reati della stessa indole, tutti giudicati nell'ambito dello stesso procedimento ove si discute dall'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p.⁴¹. Con particolare riferimento allo specifico oggetto della trattazione, la formulazione della norma conduce a ritenere non applicabile la causa di esclusione della punibilità in esame qualora, il soggetto - a cui si addebita il reato di lesioni colpose gravi, presupposto dell'azione di regresso dell' Inail - sia già stato condannato per reati di lesioni colpose (gravi o gravissime) ovvero per omicidio colposo, commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Resta invece da chiedersi se, ai fini della configurabilità della condizione ostativa dei "reati della stessa indole", possano essere presi in considerazione anche quei reati contravvenzionali, anch'essi commessi in violazione della medesima normativa antinfortunistica e che sembrerebbero rappresentare un'anticipazione della tutela rispetto ai medesimi interessi che la predetta fattispecie di lesioni mira a proteggere.

Ancor maggior contrasti ermeneutici potrebbe generare l'ipotesi di abitualità del comportamento riconducibile alla commissione di condotte "*abitudinali, plurime e reiterate*", stante la difficoltà di attribuire un significato diverso a ciascuno degli aggettivi utilizzati dal legislatore.

In proposito, fermo restando l'evidente atecnicismo della formulazione letterale, se da una parte non sembra dubitabile che l'esclusione della punibilità non possa applicarsi ai c.d. "reati abituali"⁴², dall'altra, sembrerebbe che il legislatore, con il riferimento alle "*condotte plurime, abituali e reiterate*" abbia optato per un'endiadi rafforzativa in cui sono ricomprese sia la reiterazione nel tempo di condotte che finiscono per costituire la fattispecie tipica del reato oggetto del giudizio, sia una pluralità di condotte poste in essere nel medesimo contesto spazio - temporale, eventualmente anche riconducibili al paradigma della continuazione qualora vi sia il medesimo disegno criminoso⁴³.

41 A. TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, cit., p. 20. Secondo un diverso orientamento (R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP GD*, 2015, 15 p. 668), invece, l'abitudine deve essere accertata in relazione al reato oggetto del giudizio, giacché quest'ultimo si dovrebbe necessariamente inserire in un rapporto di seriazione con altri episodi criminosi, siano essi legati o meno dal vincolo della continuazione. In altri termini, ciò che rileverebbe ai fini dell'esclusione della declaratoria di non punibilità è la sola "*commissione di più condotte integranti una pluralità di reati della stessa indole che siano giudicati nell'ambito dello stesso procedimento*". Un'interpretazione ancora più estensiva è stata accolta dalle prime linee guida di alcune Procure della Repubblica che, ai fini del giudizio sulla abitualità del comportamento, hanno dato rilevanza anche ai decreti di archiviazione e le sentenze di non luogo a procedere *ex art.* 131 *bis* c.p. iscritti nel casellario giudiziario (cfr., ad es., Procura di Lanciano, *Prime linee guida*, cit., p. 24; Procura di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015*, n. 28, cit., p. 6).

42 G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitualità si "aggancia" il caso*, cit., p. 33 il quale ha, tuttavia osservato che sarebbe più opportuno limitare l'esclusione della punibilità ai soli reati "necessariamente abituali" giacché per quelli "eventualmente abituali" - ossia quei reati che possono essere commessi anche con il compimento di un solo atto tipico della condotta incriminata - la "particolare tenuità del fatto" sarebbe inapplicabile solo quando risultino commessi più atti tipici della condotta incriminata.

43 Sull'assenza di qualsiasi distinzione tra condotte "plurime" e "reiterate", G. AMATO, *Con l'offesa lieve e la non abitualità si "aggancia" il caso*, cit., p. 33 secondo cui "si tratta di una indicazione normativa frutto di una non significativa superfetazione, che vuole solo fondare il carattere ostativo alla ripetizione (in astratto anche per una sola volta) della stessa condotta integrante il reato."

Tra le questioni più ricorrenti, molte delle quali ancora dibattute, vi sono quelle concernenti l'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* al reato continuato, al concorso formale nonché al concorso materiale di reati.

Al riguardo, mentre per il reato continuato e per il concorso materiale di reati è prevalente la tesi⁴⁴ che li considera preclusivi alla declaratoria di non punibilità, escludendoli così dall'ambito applicativo dell'art. 131 *bis*, l'orientamento giurisprudenziale dominante⁴⁵ ritiene che la particolare tenuità del fatto non possa escludersi a priori nel caso il concorso formale di reati (81, secondo comma c.p.), stante l'unicità della condotta.

4. La disciplina processuale

Il d.lgs. n. 28 del 2015, in conformità con le previsioni della legge delega, ha disciplinato anche i profili processuali dell'istituto, individuando così le modalità con cui lo stesso è destinato a operare nel giudizio penale.

La necessità di un adeguamento dell'apparato processuale evidenzia come, quella in esame, rappresenti una causa di non punibilità "atipica", non operante secondo i tradizionali meccanismi processuali di tale categoria dogmatica. Infatti, se il legislatore, si fosse limitato ad inserire all'interno del codice penale il nuovo istituto, senza modificare il codice di rito, la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto avrebbe potuto essere dichiarata soltanto dopo l'esercizio dell'azione penale, così frustrando gli obiettivi di alleggerimento del carico processuale alla base della riforma.

Ed è proprio in ragione di tale esigenza che il legislatore ha previsto la possibilità di anticipare l'accertamento della particolare tenuità fin dalle prime fasi procedurali, consentendo al Pubblico Ministero di richiedere l'archiviazione quando il fatto oggetto di indagini preliminari non si ritenga meritevole di punizione. Prima di procedere all'analisi delle modifiche normative si può, sin da ora, anticipare che le fasi del procedimento in cui è possibile giungere ad una pronuncia di non punibilità *ex art. 131 bis c.p.* sono: *a)* la fase delle indagini, in cui giudice per le indagini preliminari può disporre, con decreto o ordinanza, l'archiviazione, *ex art. 411, comma 1 bis, c.p.p.*; *b)* la fase predibattimentale, con sentenza di non luogo a procedere *ex art. 469, comma 1 bis, c.p.p.*; *c)* il dibattimento, ove il giudice, ravvisata la particolare tenuità, può emettere sentenza di assoluzione *ex art. 530 c.p.p.*

⁴⁴ In tal senso, R. BORSARI, *Commento al d.lgs. 28/2015*, cit., p. 22; C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 73; TRINCI, *Particolare tenuità del fatto*, cit., p. 23.

⁴⁵ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. alle ipotesi di concorso formale di reati v. Cass. pen., sez. III, 8 maggio 2015 n. 47039, in www.cortediassazione.it.

Inoltre, pur non avendo il d.lgs. n. 28 del 2015 introdotto alcuna specifica disciplina per l'applicazione della particolare tenuità del fatto all'esito dell'udienza preliminare, si ritiene che il silenzio legislativo non possa essere di ostacolo alla sua applicazione in tale fase processuale, stante anche il disposto dell'art. 425, primo comma, c.p.p. ove è previsto che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere qualora si tratti di "*persona non punibile per qualunque causa*"⁴⁶. Senza dubbio, la novità più importante concerne la modifica dell'art. 411 c.p.p., recante la disciplina dell'*archiviazione*: nel prevedere, la possibilità di dichiarare l'esclusione della punibilità anche in tale fase, il legislatore ha tentato di "*realizzare il non facile contemperamento tra le esigenze di massima anticipazione processuale e i contrapposti interessi dei due soggetti privati*", imponendo al Pubblico Ministero di dare avviso della richiesta di archiviazione all'indagato e alla persona offesa (anche se questa non ne abbia fatto specifica richiesta *ex art. 408 c.p.p.*) che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione⁴⁷ specificando, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso alla predetta richiesta. Tali ragioni, tuttavia, rischiano di essere "*flatus voci*"⁴⁸, non essendo vincolanti per le valutazioni del giudice presuppone.

È da osservare come l'interlocuzione con l'indagato in tale fase sia una novità per il nostro sistema processuale che, finora, aveva conosciuto la sola interlocuzione con la persona offesa.

La giustificazione dell'obbligo di avviso all'imputato è palese: il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità dell'offesa - stante l'accertamento del fatto reato e la sua riconducibilità all'autore in esso contenuti - ha effetti pregiudizievoli per l'imputato sotto vari profili, primo fra tutti l'iscrizione del relativo provvedimento nel casellario giudiziale, potenzialmente preclusiva di una successiva declaratoria di non punibilità⁴⁹. Per tali ragioni, l'indagato potrebbe avere interesse a proseguire il giudizio al fine di ottenere una formula assolutoria più favorevole con un risultato pienamente liberatorio nel merito.

Come detto, la declaratoria di non punibilità per tenuità del fatto può essere pronunciata anche dopo l'esercizio dell'azione penale, potendo essa essere emessa *o prima del dibattimento* o *in esito al giudizio*, seppur per le due ipotesi il legislatore ha stabilito discipline ed effetti differenti.

Con riferimento alla definizione nella fase pre-dibattimentale, il nuovo comma 1

⁴⁶ In questo senso, G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, cit., p. 10.

⁴⁷ La presentazione dell'opposizione determina la necessità dell'udienza in camera di consiglio all'esito della quale il giudice potrà pronunciare l'archiviazione (con ordinanza) dopo aver sentito l'indagato e l'offeso, eventualmente comparsi. In mancanza dell'opposizione il giudice deciderà *de plano*. Qualora non ritenga di archiviare è prevista la restituzione degli atti al pubblico ministero.

⁴⁸ L'espressione è di C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 87.

⁴⁹ Per una dettagliata analisi della disciplina dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto, G. AMATO, *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso delle parti*, in *Guida al diritto*, 2015, 15, p. 35.

bis dell'art. 469 c.p.p. ha previsto, come formula dichiaratoria dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, la sentenza di non doversi procedere. La disciplina contenuta in tale disposizione è, tuttavia, parzialmente diversa da quella ordinaria tratteggiata dal primo comma del medesimo articolo, essendo previsto l'obbligo di "sentire", non solo il pubblico ministero e l'imputato⁵⁰, ma anche la persona offesa (se compare), per consentirle di interloquire sul tema della tenuità. In merito, si deve tuttavia ricordare che, diversamente da quanto stabilito per l'archiviazione, in questa fase non è previsto uno specifico avviso finalizzato a mettere la persona offesa a conoscenza della possibile applicabilità della definizione predibattimentale *ex art.* 469 c.p.p.

Tuttavia, è da ritenersi che la declaratoria di non punibilità nel predibattimento avrà, nella pratica, una portata residuale, non essendo questa la sede più idonea per quelle valutazioni "di merito" sottese alla causa di non punibilità in esame. Infatti, a differenza di quanto accade nelle altre fasi processuali in cui è prevista la possibilità di applicare l'art. 131 *bis* c.p. (indagini preliminari e esito del giudizio), nell'ipotesi di decisione predibattimentale il giudice ha a disposizione il solo "scarno" fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p., non contenente tutti gli elementi necessari per valutare la gravità della vicenda⁵¹.

La causa di non punibilità in esame può poi trovare applicazione anche all'esito del dibattimento, come si desume dal nuovo art. 651 *bis* c.p.p. che attribuisce efficacia di giudicato, nei giudizi civili o amministrativi di danno, alla sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto "*in seguito a dibattimento*". Trattandosi, come precedentemente visto, di una causa di esclusione della punibilità e non di una condizione di procedibilità, il giudice dovrà pronunciare una sentenza di assoluzione *ex art.* 530, primo comma, c.p.p., indicando nel dispositivo che il reato è stato commesso da persona non punibile per particolare tenuità del fatto.

In tale fase, peraltro, a differenza da quanto accade nelle precedenti, non è prevista alcuna specifica interlocuzione con le parti, già garantita dalla pienezza del contraddittorio dibattimentale, né alle stesse è riconosciuto un potere di veto o di

⁵⁰ La non opposizione del Pubblico Ministero e dell'imputato costituisce presupposto necessario anche per la sentenza emessa ai sensi dell'art. 469, comma 1-*bis*, c.p.p., così come previsto in linea generale dal primo comma del medesimo articolo. Non è stata invece espressamente considerata la possibilità di opporsi per la persona offesa.

⁵¹ Nella fase finale delle indagini, infatti, il giudice delle indagini preliminari ha disposizione, ai fini della sua decisione, il fascicolo, trasmessogli dal Pubblico ministero, contenente tutti gli atti d'indagine, mentre all'esito del giudizio, la pronuncia di non particolare tenuità del fatto si basa sugli elementi emersi dall'istruttoria dibattimentale appena conclusa. In questo senso, C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 100 e G. ALBERTI, *Non punibilità tenuità del fatto*, cit., p. 6. Sul punto, alcune pronunce giurisprudenziali hanno sostenuto che, allo scopo di formulare una decisione in termini di scarsa offensività è consentita l'acquisizione del fascicolo del pubblico ministero nel caso in cui il Giudice ravvisi la possibilità di definire, in via predibattimentale, un processo per particolare tenuità del fatto (cfr., fra le altre, Tribunale di Bari, sentenza 4 maggio 2015, n. 1521).

rinuncia analogo a quello previsto per alcune cause di estinzione del reato (come la prescrizione e l'indulto)⁵².

Non paiono invece esservi ostacoli alla declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto nei giudizi di appello e di legittimità⁵³.

Ulteriore problema è, infine, quello dell'ammissibilità di tale declaratoria "in ogni stato e grado", ai sensi dell'art. 129, secondo comma, c.p.p. A tal proposito, l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione ha evidenziato che la mancanza, in quest'ultimo articolo, di qualsivoglia richiamo alla "particolare tenuità del fatto", tra le cause di proscioglimento immediato, non è di ostacolo alla possibilità per il giudice di rilevarla immediatamente⁵⁴.

4.1. (Segue) Efficacia delle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nei giudizi civili o amministrativi di danno

Coerentemente con l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi della fattispecie penale che l'applicazione della nuova causa di esclusione della punibilità reca con sé, il legislatore - introducendo il nuovo articolo. 651 *bis* c.p.p. - ha attribuito alla sentenza di proscioglimento per particolare tenuità, pronunciata all'esito del dibattimento o del giudizio abbreviato⁵⁵, efficacia di giudicato, quanto all'accertamento del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nell'eventuale successivo giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto o del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale.

⁵² In questo senso, C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 122, il quale evidenzia che, nel caso di declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto all'esito del dibattimento, il giudice si pronuncia sulla tenuità della vicenda in quanto ha accertato la fondatezza dell'accusa, con la conseguenza che la rinuncia dell'imputato al "beneficio" di cui all'art. 131 *bis* c.p. vorrebbe dire richiedere al giudice di essere punito per il fatto commesso.

⁵³ La questione dell'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. nei giudizi innanzi alla Corte di Cassazione, stante le valutazioni di merito ad essa connaturate normalmente precluse sede di legittimità stata risolta in termini positivi dalla medesima Corte, che ravvisandone la natura sostanziale, ha affermato che essa "può trovare applicazione anche nei procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, stante il principio di retroattività della legge più favorevole ed è proponibile anche per la prima volta in sede di giudizio di cassazione nella misura in cui non sia stato possibile dedurla nelle fasi precedenti". (Cass., sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449). Rimane da verificare la possibilità, per la Corte di Cassazione, di rilevarla d'ufficio. A sostegno di tale soluzione potrebbe richiamarsi l'art. 609, secondo comma c.p.p. che attribuisce alla Corte il potere di decidere le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo. In tal senso, A. Trinci, *Particolare tenuità del fatto*, cit., p. 62.

⁵⁴ Sul tema, si veda ampiamente, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"* - Rel. N. III/02/2015, a cura di A. CORBO, G. FIDELBO, in www.cortedicassazione.it.

⁵⁵ Nel caso del giudizio abbreviato, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato etto rito accogliendo.

Chiare le ragioni di una simile scelta: una volta giudizialmente accertati i profili della vicenda ed individuate le responsabilità dell'imputato, il quale non merita una sanzione penale solo per l'irrisorietà dell'offesa arrecata, non si vede perché negare l'utilizzabilità in tale sede giurisdizionale di tali acquisizioni probatorie, non influenzando certo sulla correttezza della ricostruzione giudiziale dell'accaduto la circostanza che i fatti siano andati esenti da pena per la tenuità del fatto⁵⁶.

Peraltro, considerati i presupposti e gli effetti della predetta sentenza di proscioglimento, si deve necessariamente concludere che l'imputato, pur non potendo opporsi o rinunciare all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., ha tuttavia un qualificato interesse ad agire per proporre un'impugnazione finalizzata all'ottenimento di un pronuncia di assoluzione piena nel merito.

Alcuna efficacia *extra* penale è stata invece riconosciuta al provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto e alla sentenze che riconoscono tale causa di non punibilità all'esito dell'udienza preliminare o nella fase predibattimentale. Ciò si spiega in quanto, in questi casi - a differenza della completa valutazione di "merito" a cui è subordinata la declaratoria della tenuità del fatto all'esito del giudizio - è presumibile che il giudice possa definire il procedimento limitandosi a valutare il fatto nella sua portata offensiva e sulla base della ipotetica ricostruzione fatta dal Pubblico Ministero. Elementi questi inidonei a fare stato nel processo civile ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p.

5. Possibili riflessi della "nuova" causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto sull'azione di regresso dell'Inail

Alla luce dell'analisi effettuata, c'è ora da chiedersi come potrebbe incidere la nuova causa di esclusione di punibilità sui giudizi aventi ad oggetto l'azione di regresso dell'Inail nei confronti dei responsabili degli infortuni, la cui disciplina è contenuta negli articoli 10 e 11 del Testo unico sugli infortuni sul lavoro (d.p.r. n. 1124 del 1965).

In particolare, il citato art. 10 dopo aver stabilito - nella sua formulazione originaria -, quale regola generale, il principio dell'esonero parziale del datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro, prevedeva, in termini derogatori, che l'esonero venisse meno e, dunque, permanesse la predetta responsabilità civile del datore di lavoro, qualora il fatto generatore dell'infortunio costituisse reato perseguibile d'ufficio, per il quale il datore di lavoro stesso o un soggetto da lui incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, avesse riportato condanna penale. La norma prevedeva, inoltre, due ipotesi residuali, in cui, indipendentemente dalla pronuncia di condanna, il giudice civile poteva

⁵⁶ C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., p. 119.

accertare la presenza del fatto-reato: l'estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato e l'amnistia⁵⁷.

Il testo originario dell'art. 10 - evidentemente conforme al codice di procedura penale del 1930 e al rapporto di pregiudizialità necessaria tra giudizio penale e giudizio civile che lo caratterizzava⁵⁸ - configurava quindi la sentenza di condanna quale presupposto o condizione sia del diritto sostanziale che dell'azione di regresso, sicché l'azione promossa prima della definizione del procedimento penale sarebbe risultata improponibile o improcedibile, ancor prima che infondata⁵⁹.

Nella vigenza di tale formulazione è evidente che una sentenza di proscioglimento resa ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. sarebbe stata preclusiva per un'eventuale azione di regresso, stante la mancanza del presupposto della condanna penale.

Senonché, l'articolo sopra citato è stato, in più occasioni, sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale che ne ha, in parte, modificato il contenuto⁶⁰. Per quel che interessa ai nostri fini, la Corte, dopo aver esteso alla prescrizione il novero delle cause estintive del reato non preclusive dell'accertamento incidentale del giudice civile⁶¹, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il predetto articolo 10, nella parte in cui faceva derivare un effetto preclusivo da una sentenza penale di condanna pronunciato all'esito di un processo a cui l'Inail non era stato parte o non era stato posto in grado di partecipare⁶².

Per effetto di tali sentenze il presupposto dell'azione di regresso non è più la sentenza penale di condanna⁶³, bensì il mero fatto costitutivo di un reato perseguibile d'ufficio che, fatti salvi i casi in cui la sentenza penale sia opponibile all'Istituto⁶⁴,

⁵⁷ A sua volta, il successivo art. 11 dispone che in tali ipotesi il predetto Ente deve comunque pagare le indennità previste dalla legge, ma può agire in regresso verso le persone civilmente responsabili per le somme corrisposte.

⁵⁸ Nel nuovo codice di procedura penale, difatti, non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3, secondo comma del vigente codice, né le disposizioni ad esso collegate con conseguenziale soppressione di ogni riferimento alla c.d. pregiudiziale penale nel testo dell'art. 295 c.p.c. e la pressoché completa autonomia (se non per le ipotesi previste dall'art. 75 c.p.p.) tra il giudizio penale e quello civile.

⁵⁹ L. LA PECCERELLA, *Diritto di regresso dell'Inail e processo penale*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Fasc. 2, 2008, pp. 313 e ss.

⁶⁰ Corte Costituzionale, sent. 9 marzo 1967, n. 22; sent. 19 giugno 1981, n. 102; sent. 24 aprile 1986, n. 118; sent. 31 marzo 1998, n. 372.

⁶¹ Cfr. in particolare, Corte Cost., sent. 19 giugno 1981, n. 10).

⁶² Corte Cost., sent. 19 giugno 1981, n. 102. Vedi anche Cass. Civ., sez. lav., 18 agosto 2000, n. 10950.

⁶³ *Rectius*: il presupposto non è più l'esistenza di un provvedimento del giudice penale (sentenza di condanna, sentenza di proscioglimento per estinzione del reato per morte dell'imputato, per amnistia, per prescrizione, per provvedimento di archiviazione).

⁶⁴ La sentenza penale è opponibile quando l'Istituto abbia partecipato al processo nel quale essa è stata pronunciata ovvero quando, pur non avendovi preso parte, sia stato posto nelle condizioni di farlo. A tal proposito, si ricorda che, per espressa previsione legislativa (Legge n. 123 del 2007, successivamente riprodotta nell'art. 61 del d.lgs. 81 del 2008), al Pubblico Ministero è fatto obbligo di dare immediata notizia all'Inail dell'esercizio dell'azione penale, per i delitti di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbia determinato una malattia professionale, ai fini dell'eventuale costituzione di parte civile e dell'azione di regresso.

può essere accertato, seppur *incidenter tantum*, dal giudice civile, anche in maniera diversa dal giudice penale.

Qualunque altra sentenza o provvedimento giudiziale diverso dall'assoluzione nel merito, non ha effetti preclusivi nei confronti dell'Inail, quand'anche quest'ultimo abbia partecipato al procedimento penale, ben potendo anche in questi casi essere richiesto al giudice civile quell'accertamento sulla natura di "reato perseguibile d'ufficio" del fatto generatore dell'infortunio sul lavoro oggetto dell'azione di regresso.

Ovviamente, invece, in applicazione dei principi generali sul giudicato, l'Istituto potrà ben avvalersi, in sede civile, della sentenza penale di condanna nei confronti del datore di lavoro che sia stato parte - in qualità di imputato o responsabile civile - del relativo procedimento penale. Diversamente, se il datore di lavoro non è stato parte del procedimento penale conclusosi con la condanna dell'autore materiale del fatto del cui operato egli sia tenuto a rispondere civilmente, il predetto giudicato non gli sarà opponibile.

Così brevemente riassunti i principi che regolano attualmente i rapporti tra l'azione di regresso dell'Inail e il processo penale, dobbiamo ora verificare quali possano essere i possibili effetti, su detta azione, di un proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

Ebbene, sulla base delle coordinate finora enunciate, si può giungere alla conclusione che la sentenza dibattimentale di assoluzione per particolare tenuità del fatto, non solo non è preclusiva per il citato Istituto, non contenendo alcun accertamento negativo in ordine alla configurazione del reato, ma, al contrario, è allo stesso "favorevole", contendo un accertamento positivo circa la sussistenza dello stesso e la sua attribuibilità all'imputato. Essa è pertanto opponibile al prevenuto anche quando l'Ente non abbia partecipato al processo.

D'altronde non si ravvisano ragioni che inducano a ritenere che il disposto dell'art. 651 *bis* c.p.p. non si applichi anche a tale fattispecie.

Con riferimento invece ai casi in cui l'esclusione per la particolare tenuità del fatto non venga dichiarata in esito al giudizio, bensì in fase pre-dibattimentale allo stesso, l'assenza del richiamo a tali ipotesi nell'art. 651 *bis* c.p.p. e il conseguente effetto non pregiudizievole per l'imputato nei giudizi civili e amministrativi di danno si ritiene valga anche per i giudizi in cui venga esercitata l'azione di regresso da parte dell'Inail, fermo restando, ovviamente, che il materiale probatorio acquisito in sede penale potrà essere liberamente valutato dal giudice civile.

RIASSUNTO

La 'nuova' causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, introdotta dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 con l'evidente finalità di economia processuale,

consente al giudice di evitare l'inflizione della pena per quei fatti caratterizzati da un'offesa esigua. Il presente contributo, dopo aver chiarito la natura giuridica del nuovo istituto e averne analizzato i presupposti e i limiti, sia sotto il profilo sostanziale quanto processuale, evidenzia i riflessi e gli aspetti di interazione tra la nuova causa di non punibilità e l'azione di regresso dell'Inail.

SUMMARY

The 'new' cause of non-punishment of the particular tenuousness of the event, introduced by Italian Legislative Decree 16 march 2015, n. 28 with the evident purpose of procedural economy, allows the judge to avoid infliction of the penalty for events characterised by a meagre offence. This contribution, after having clarified the legal nature of the new institute and having analysed the conditions and limitations, both in substantive and procedural terms, highlights the reflections and the aspects of interaction between the new cause of non-punishment and Inail's action for recourse.