

Università degli studi di Foggia
Dipartimento di Giurisprudenza
Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche
Ciclo XXXII

Curriculum: Storia, teoria e comparazione degli ordinamenti giuridici

**PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO
CON MESSA ALLA PROVA DELL'IMPUTATO NELL'EPOCA PANPENALISTICA:
PARADOSSI E LIMITI DEL SISTEMA PENALE**

a.a. 2019/2020

Coordinatore: Prof. Vittorio Santoro, Università degli studi di Siena

Tutor: Prof. Elio Romano Belfiore, Università degli studi di Foggia

Dottoranda: Eleonora Addante

INDICE

PREMESSA	5
Capitolo I	
L'UBIQUITÀ DEL DIRITTO PENALE: TRA SPINTE INFLAZIONISTICHE E RIMEDI CONTENITIVI.	6
1. Il diritto penale della post-modernità: tra controllo, utopia e distopia.	6
2. Dall'esigenza di frammentarietà alla pretesa di esaustività del diritto penale.	11
3. "Arbitro in terra del bene e del male": il diritto penale di origine giurisprudenziale.	16
4. "Tutto a posto e niente in ordine": il principio della riserva di codice.	23
5. La <i>mancipatio</i> del processo penale dalla prescrizione del reato: effetti collaterali della nuova trovata.	28
6. La depenalizzazione amministrativa e civile: dalle tecniche di tutela alternative extra-penali al diritto penale alternativo.	35
7. Pugno di ferro in guanti di velluto? La deflazione in concreto tra clemenza ed efficienza.	43
Capitolo II	
LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO TRA RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA PENALE E DEFLAZIONE PROCESSUALE: UNA RICETTA VINCENTE?	51
1. Bagatelle, cose da niente...ma sanzionate penalmente.	51
2. Il tortuoso percorso legislativo che ha condotto al risultato.	57
3. La natura giuridica dell'istituto: causa di non punibilità o condizione di improcedibilità? Questo è il problema.	66
4. Il rumore del silenzio: l'assenza di una disciplina intertemporale. La fase di esecuzione: tra mito del giudicato e <i>abolitio criminis</i> .	74
5. Limite edittale massimo della pena e divieto di bilanciamento tra le circostanze	80
6. La particolare tenuità dell'offesa: una inesplorata terra di mezzo.	89

7. Le ipotesi di presunzione assoluta di non tenuità dell'offesa: il rischio di naufragare in un diritto penale d'autore?	96
8. L'indice criterio della non abitualità del comportamento: la necessità di una raffinata lente di ingrandimento.	99
9. Una disciplina processuale dai contorni sfumati.	108
10. L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: un <i>tertium genus</i> .	109
11. L'iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario giudiziale.	113
12. Gli effetti <i>extra</i> -penali del giudicato della declaratoria per particolare tenuità del fatto.	116
13. Tra apparenti garanzie ed effettivi vuoti di tutela.	118

CAPITOLO III

LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA PER ADULTI: NON C'È TRUCCO SENZA INGANNO. 121

1. <i>Probation</i> , "roba da calzolari".	121
2. Un <i>probation system</i> all'italiana.	125
3. La messa alla prova nel processo penale per adulti: <i>diversion</i> o <i>probation</i> ? <i>Tertium datur</i> .	130
4. I limiti oggettivi e soggettivi dell'istituto.	133
5. La natura giuridica sostanziale e processuale: il bipolarismo della messa alla prova.	140
6. Un dialogo a tre voci: discrasie tra teoria e prassi nei rapporti tra accusato, U.E.P.E. e giudice.	148
7. Il contenuto del programma di trattamento o della pena? Forme di metonimie giuridiche.	155
8. La rilevanza del consenso dell'imputato e la necessità dell'accertamento processuale.	169

CAPITOLO IV

UNO SGUARDO ALTROVE 179

1. Premessa metodologica.	179
---------------------------	-----

2. L'esercizio dell'azione penale in Germania: tra principio di legalità e principio di opportunità.	180
2.1. L'archiviazione per irrilevanza penale del fatto.	185
2.2. Archiviazione del procedimento a seguito dell'adempimento di condizioni ed obblighi.	191
3. <i>Ratio</i> , effetti giuridici ed eventuali criticità dei §§ 153 e 153 a) StPO.	196
4. Dalla teoria alla pratica: il caso <i>Mannesmann</i> .	201
4.1. <i>segue</i> : il caso <i>Graf</i> .	204
4.2. <i>segue</i> : il caso <i>Kohl</i> .	205
5. Ordinamento austriaco: dalla mancanza di meritevolezza della pena alla	208
6. L'archiviazione per irrilevanza del fatto: dal § 42 StGB al § 191 StPO.	210
6.1. Rinuncia alla persecuzione penale attraverso le ipotesi di " <i>diversion</i> ". (<i>Rücktritt von der Verfolgung, Diversion</i>).	215
7. L'ordinamento francese tra esercizio dell'azione penale e principio di opportunità: l'archiviazione condizionata e la composizione giudiziaria.	216
CAPITOLO V	
CENNI CONCLUSIVI PER UN NUOVO INIZIO	224
1. Rifondare la premessa.	224
2. Mutare, abrogare, precisare: le proposte per una nuova particolare tenuità del fatto.	225
3. La sospensione con messa alla prova della pronuncia di condanna.	235
4. Guardare avanti: tutto passa tutto cambia.	238
BIBLIOGRAFIA	240

PREMESSA

Uno dei maggiori esponenti della letteratura greca, Polibio, è stato l'ideatore di una delle più note teorie della storia dell'umanità: l'*anaciclosi* (in greco *anakluklosis*). È la teoria dell'evoluzione ciclica dei regimi politici che, a causa del loro progressivo deterioramento, si susseguono nel tempo secondo un andamento ciclico e, una volta giunti all'ultimo stadio, ritornano alla forma iniziale, rigenerandosi nuovamente.

Per dirla con una frase: la storia è destinata a ripetersi...anche nel diritto penale.

Dalla produzione legislativa degli ultimi anni, tuttavia, si fa sempre più fatica a rintracciare una precisa "fase" giuridica, animata da una determinata *ratio* e da una precisa finalità, seguita, una volta logorata, da una fase successiva. Quello che, invece, viene sempre più a galla è il profilo bipolare, per non dire schizofrenico, della politica criminale tesa, da un lato, a massimizzare l'intervento della potestà punitiva statale e, dall'altro, a liberalizzare la ricetta della deflazione sul piano della punibilità.

Su quest'ultimo fronte si è inserita la legge delega n. 67 del 2014 che, avvalendosi della particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.* e della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'adulto, ha invaso il terreno della (non) punibilità, al fine di perseguire due istanze, in parte sovrapponibili, in parte divergenti: l'una deflattiva; l'altra di razionalizzazione del sistema.

Il punto dolente è, dunque, quello di capire se i due istituti di nuovo conio, una volta introdotti abbiano soddisfatto le sole esigenze efficientistiche, o se, invece, abbiano fondato basi solide e razionali che, solo in futuro, permetteranno di raccogliere i famosi frutti caduti dall'albero.

È, ormai, inconfutabile che il diritto penale debba riacquistare la propria razionalità, contenendo la sua spinta inflazionistica e riacquistando il suo ruolo di strumento eccezionale, di *extrema ratio* per la tutela frammentaria dei beni giuridici essenziali per l'esistenza e lo sviluppo della comunità statale¹.

La finalità di questo lavoro non è quella di dare risposte certe a domande retoriche, ma, quanto meno, esporre delle problematiche e cercare di trovare, sulla base degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, degli *escamotage* che possano, in una prospettiva futura, dare una parvenza di ordine e sistematicità al sistema penale. Tutto questo, però, con la consapevolezza che per assicurare un coerente impiego degli istituti in esame, si dovrà fare tutto il possibile per non lasciarsi condizionare dalla pressione degli interessi esterni, in particolare dalle istanze di prevenzione generale, espressive di un clima sociale che, anche a causa del formante mediatico, sempre più incline all'allarmismo, appare molto sensibile alle esigenze di tutela in senso repressivo.

¹ Cfr. VON LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?*, in *Strafrechtliche Aufsätze un Vorträge*, Berlin, 1905, 359 e 347 ss.; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, 382.

*Sono ormai lontani i tempi degli avi nostri,
i quali guardavano il giure punitivo come una cosa seria
anziché come uno spauracchio da servirsene
a qualche occasione di fine politico.*

[CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, 1874, 522 ss.]

Capitolo I

L'UBIQUITÀ DEL DIRITTO PENALE: TRA SPINTE INFLAZIONISTICHE E RIMEDI CONTENITIVI

Sommario: 1. Il diritto penale della *post*-modernità: tra controllo, utopia e distopia. - 2. Dall'esigenza di frammentarietà alla pretesa di esaustività del diritto penale. - 3. "Arbitro in terra del bene e del male": il diritto penale di origine giurisprudenziale. - 4. "Tutto a posto e niente in ordine": il principio della riserva di codice. - 5. La *mancipatio* del processo penale dalla prescrizione del reato: effetti collaterali della nuova trovata. - 6. La depenalizzazione amministrativa e civile: dalle tecniche di tutela alternative extra-penali al diritto penale alternativo. - 7. Pugno di ferro in guanti di velluto? La deflazione in concreto tra clemenza ed efficienza.

1. Il diritto penale della *post*-modernità: tra controllo, utopia e distopia.

«La storia non è magistra di niente che ci riguardi. Accorgersene non serve a farla più vera e più giusta»².

Animate da una visione eccessivamente pessimistica e desolata nei confronti della vita, in cui, crollati gli ideali romantici e positivistici, tutto appare senza senso, oscuro e misterioso, le parole del sommo autore sembrano rispecchiare, a tratti, lo stato di inquietudine che da tempo avvolge lo studioso della scienza penalistica, rianimato, a volte e vanamente, dalla speranza di un suo superamento. Non v'è chi non veda come da anni, ormai, la configurazione del diritto penale, seguendo un *climax* discendente, sia perennemente dominata dall'ansia di invadere il campo di azione della sfera civile, ignorando e relegando

² MONTALE, *La Storia*, in *Satura*, 1971.

ai fasti del passato le lezioni – mai davvero del tutto apprese³ – del pensiero illuminista, finalizzate non solo ad esaltare la valenza prioritaria di una pena giusta, pronta ed infallibile rispetto alla eccessiva severità della stessa, ma anche ad esortare la penna del legislatore a circoscrivere entro precisi confini l'area del penalmente rilevante.

Gli ammonimenti sull'ossequio alla sussidiarietà e alla frammentarietà venerano i bei discorsi della domenica, ma nella quotidianità l'impiego abusivo dello strumento penalistico, come *prima ratio* della politica sociale, ovvero come «illusoria panacea»⁴ di ogni male, restituisce all'immaginario collettivo la visione di un diritto penale omnicomprensivo, alla cui vocazione espansiva corrisponde una graduale retrocessione delle istanze di giustizia e dell'equità del trattamento punitivo⁵.

L'ossessione di controllare e di minacciare con «i guanti di legno del diritto penale»⁶ azioni, che «i veri caratteri di delitto non avrebbero e avverso le quali i padri nostri si appagarono di altri modi di prevenzione»⁷, rende fluida, intangibile e, quindi, non più riconoscibile la struttura tradizionale del reato e della pena, declassando a meri esercizi di stile le teorie di legittimazione (o giustificazione) che, nel corso dei secoli, hanno tentato di fondare la pretesa punitiva dello Stato sul principio di necessità⁸. Nel dettaglio, quest'ultimo concetto, che ha segnato il passaggio al diritto penale moderno, è sorto in funzione del rispetto della dignità umana e della libertà personale, poiché, «posto un obiettivo di politica criminale, alla politica penale si può ricorrere solo se strettamente necessario»⁹. Solo se connotato dalla suddetta qualifica il diritto penale si innalza a legittimo strumento di limitazione della libertà degli individui: «tutto il di più è abuso non giustizia, è fatto, ma non già diritto»¹⁰.

³ Sul punto, doveroso è il richiamo all'opinione di SCARPELLI, *Beccaria e l'Italia civile*, in *Ind. pen.*, 1988, 218, secondo il quale il pensiero di Beccaria nell'ordinamento giuridico italiano è rimasto del tutto inascoltato, sostenendo testualmente «Altre filosofie, altre ideologie, magari figlie di quelle che l'illuminismo combatteva e che si opposero a *Dei delitti e delle pene* fin dalla sua prima apparizione, hanno avuto la meglio sull'eredità di Beccaria. Altri costumi hanno prevalso sui costumi conformi al suo spirito. Resta Beccaria un grande maestro, ci è tolta l'illusione che l'Italia, grande per mille altri motivi, sia il grande Paese dove Beccaria è ascoltato».

⁴ MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1093.

⁵ FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 28-29, i quali sostengono che nell'ottica emergenziale l'obiettivo prevalente al quale tendere è quello della funzionalità pratica o della orientazione delle conseguenze.

⁶ MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, Hannover, 1952, 100.

⁷ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1872, § 17.

⁸ Sul principio di necessità, cfr. PALIERO, *I grandi principi del diritto nell'esperienza giuridica: laicità, sussidiarietà*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, numero speciale, *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, 299; nonché, nella letteratura tedesca, cfr. DRIENDL, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, Tübingen, 1983, 35 ss.

⁹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 476.

¹⁰ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Torino, 1965, § 2, 13.

Osservando, pur superficialmente, l'attuale sistema politico-istituzionale, si scorge la tendenza a considerare la sanzione penale come l'*escamotage* più comodo per la soluzione dei principali problemi socio-culturali, i quali, a loro volta, non fanno altro che rafforzare il ruolo promozionale del diritto penale, innescando la sua deriva inflazionistica: la crisi sociale, trascinando, a mo' di calamita, nel proprio vortice la macchina della giustizia, si tramuta in crisi perenne del diritto penale.

La necessità del diritto penale ha così ceduto il passo alla contingenza, all'interno della quale l'uomo cessa di essere persona e diventa cosa¹¹, o meglio "strumento umano" per la realizzazione dell'interesse pubblico. A riprova di ciò, basti considerare le mosse fin troppo rapide dell'attuale Governo che hanno, infatti, trovato la propria *ratio* giustificatrice nel substrato simbolico-populista, teso ad alimentare i timori più irrazionali, al solo fine di riscuotere consensi a buon mercato¹², relegando nei meandri più oscuri la tutela delle garanzie, sulle quali, invece, dovrebbe vigilare perennemente l'occhio attento del giurista. Nella suddetta strategia di politica criminale il raggio di azione privilegiato dal "legislatore-interventista" diventa il terreno della sicurezza che, se fino a quindici anni fa era un argomento "di periferia", in quanto circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico, oggi, invece, a causa di una crescente atmosfera di ansia e paura¹³, rappresenta il "centro di gravità" dei governi e dell'opinione pubblica, intenti a neutralizzare non solo i danni, ma anche i pericoli e i rischi: «quanto più ci si accorge che molti rischi sono inevitabili, tanto più cresce l'ansia di controllarli»¹⁴.

Guidato dal paradigma dominante della precauzione, lo *ius puniendi* ha perso "i lumi della ragione" - che lo avevano portato ad emanciparsi dalla morale - per far spazio alle logiche e alle finalità securitarie emotivo-irrazionali, volte alla protezione di un intangibile sentimento di sicurezza, anziché di diritti, situazioni, interessi o condizioni di sicurezza allocate in precise procedure, regole o cautele¹⁵.

¹¹ Così BECCARIA, *op. ult. cit.*, § XX, 49, il quale nel paragrafo XX intitolato "Violenze" alludeva proprio alla violenza che le leggi, quando risultino strumento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggera necessità, possono avere nei confronti dell'uomo, così riportato da LARIZZA, *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2081.

¹² Tale fenomeno è ormai etichettato con l'espressione "populismo penale", coniata da SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénale*, Paris, 2005, usata per esprimere l'idea di un diritto penale finalizzato al perseguimento di obiettivi a carattere politico.

¹³ Degna di considerazione è la tesi di GARAPON, SALAS, *La République pénalisée*, Paris, 1996, *passim*, i quali considerano l'inflazione dello strumento penale come il segno della crisi della democrazia rappresentativa e dell'emersione di una "democrazia d'opinione", nella quale «ad essere esaltata è la percezione emozionale del soggetto ridotto alle sue emozioni più elementari: paura e rancore».

¹⁴ DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini, Pavarini, Bologna, 2011, 11 ss.

¹⁵ ALBRECHT, *Krieg gegen den Terror - Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht*, in *ZStW*, 2005, 855.

Non stupisce, allora, come l'indomabile *status* di paura¹⁶, che rende la civiltà estremamente vulnerabile, abbia costituito un *passepertout* per la progressiva affermazione del diritto penale in chiave di "tolleranza zero": espressione allusiva di una utopia reazionaria, in quanto basata sulla eliminazione totale in concreto dei delitti e, contestualmente, sulla assunzione della sicurezza al rango di priorità dell'azione pubblica¹⁷. La suddetta prospettiva, così marcatamente autoritaria e repressiva, non poteva che essere respinta sul piano teorico da uno *slogan* di uguale portata, ma di segno contrario, ossia dalla teoria abolizionista¹⁸ che, incentrata sulla brutalità della pena, sulla ingiustizia dei sistemi penali e sulla inutilità della punizione, per quanto affascinante, si traduce anch'essa in una chimera¹⁹. Ciò posto, al fine di impedire che la libertà venga barattata in cambio della sicurezza, un'idea più utile e meno irrealistica sarebbe - come già prospettato in dottrina²⁰ - l'affermazione di una politica di opposizione da parte della scienza giuridica nei confronti del diritto penale della sicurezza, animata dalla convinzione che la pena abbia l'esclusivo compito di reagire ad un comportamento ingiusto e imputabile al passato, e che, invece, non possa perseguire la sicurezza, la prevenzione, la costruzione del futuro, l'impedimento del rischio e la direzione della società.

Diversamente ragionando, il passaggio da una configurazione utopistica ad una distopica²¹ del diritto penale non sembrerebbe così astratto. Il punto necessita di un approfondimento per cogliere nel segno. In particolare, la maggior parte dei romanzi distopici del Novecento era accomunata dalla descrizione di società future che pretendevano di controllare ogni aspetto della vita umana secondo una logica totalitaristica²², non così lontana dalla attuale

¹⁶ Degne di nota sono le parole di BAUMAN, *Origine, dinamica e uso della paura*, in *Paura liquida*, a cura di Bauman, Torino, 2009, 7, 23 ss., «la cosa che suscita più spavento è l'ubiquità delle paure, esse possono venir fuori da qualsiasi angolo o fessura della nostra casa o del nostro pianeta; [...] quel "qualcosa" che se ne sta sempre sotto la superficie ad attenderci finché ci si parerà davanti improvvisamente [...] qualcosa che è tanto più spaventoso in quanto per la maggior parte del tempo rimane nascosto, per assalire di sorpresa le vittime nel momento in cui striscia dalla sua tana, cogliendole sempre impreparate e incapaci di reagire».

¹⁷ Sull'argomento, cfr. WACQUANT, *Les prison de la misère*, trad. it. *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000, 12 ss.

¹⁸ Per un approfondimento sull'argomento, cfr. MATHIESEN, *Die politics of Abolition*, Oslo, 1974; nonché CHRISTIE, *Limits to Pain*, Oxford, 1981, trad. it. di Urzi, *Abolire la pena? Il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985.

¹⁹ Per un confronto dialettico tra "abolizionismo" e "tolleranza zero", cfr. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Crit. dir.*, 2003, 264 ss.

²⁰ In tal senso, cfr. NAUCKE, *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts: Darstellung in kritischer Absicht*, trad. a cura di Donini, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 79 ss.

²¹ Non è allora un caso che in un recente libro D. MURRAY, *La strana morte dell'Europa*, Milano, 2018, descriva l'emersione di una sorta di "distopia" caratterizzata dalla scomparsa del Vecchio continente e da un diffuso imbarbarimento.

²² Tra le caratteristiche ricorrenti dei suddetti romanzi è possibile rintracciare: a) la presenza di una società gerarchica, al cui interno le classi sociali sono rigidamente divise; b) la propaganda del regime e i sistemi educativi costringono la popolazione al culto dello Stato e del suo governo; c) il dissenso è dominato dal

realtà. A tal proposito, basti pensare che Giuseppe Maggiore²³, in un articolo del 1939, identificava il diritto penale nello Stato totalitario con tre precipue caratteristiche,: a) il metodo giuridico cede il passo al metodo politico giudiziario; b) il fondamento del diritto di punire si rintraccia nella *ratio* secondo cui il delitto e la pena hanno un valore politico; c) nel rapporto tra la legge e il giudice penale si rintraccia un progressivo abbandono della teoria illuministica della divisione dei poteri, tanto è vero che l'analogia è un'integrazione necessaria del magistero punitivo.

Orbene, se il quadro summenzionato dovesse portarsi ad effettivo compimento, ne discenderebbe, come concreto pericolo, l'offuscamento dei confini che separano il diritto penale dal diritto di polizia, oltre che un prezzo troppo alto da pagare: la trasformazione della società democratica in una società panottica²⁴, sottoposta alla vigilanza capillare e pervasiva di un diritto penale di stampo poliziesco, emblema di quella capillarizzazione del potere, del controllo, della disciplina, che sembra, dunque, il destino della moderna società.

Inoltre, la tecnica di controllo sociale attuata dal diritto penale attraverso la tutela più che anticipata del bene giuridico rischia di sanzionare comportamenti prima ancora che gli stessi assumano una connotazione penalmente illecita, così rievocando il romanzo "Minory Report" in cui Philip K. Dick ha raccontato di un ipotetico futuro, dove l'umanità ha completamente eliminato gli omicidi e la maggior parte delle azioni criminali mediante l'istituzione della polizia *Precrime*, che utilizza dei veggenti in grado di prevedere il futuro, i *precog* (abbreviazione di precognitivi), per sventare i crimini prima che questi possano essere commessi.

Paragone indubbiamente esasperato, ma utile per comprendere come l'obbedienza incondizionata dei cittadini deve cedere il passo alla resistenza «responsabile e consapevole»²⁵ di fronte alle leggi contrarie ai principi costituzionali, incentivando il sindacato di costituzionalità come strada alternativa ai più consueti canali della democrazia rappresentativa²⁶. L'iniziativa individuale e collettiva è tesa così a riconquistare quegli spazi

conformismo; d) lo Stato e/o le corporazioni *hi-tech* sono solitamente rappresentati da un *leader* carismatico; e) il mondo al di fuori dello Stato è visto con gli occhi della paura; f) il sistema penale si avvale anche della tortura fisica o psicologica; g) agenzie governative o paramilitari sono impegnate nella sorveglianza continua dei cittadini, la quale può essere effettuata anche con avanzati strumenti tecnologici.

²³ MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 140 ss.

²⁴ BENTHAM, *Panopticon: ovvero la casa d'ispezione*, trad. di Fortinati, a cura di Foucault e Perrot, Padova, 2002, in cui il "Panopticon" è il progetto di un carcere super-razionale fondato sulla perfetta e continua visibilità dei detenuti da parte di un unico sorvegliante centrale che può vederli mediante la struttura architettonica circolare: l'occhio del sorvegliante diventa quasi la presenza tangibile dell'imperativo morale al quale nessuno deve mai sottrarsi.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Uno sguardo ai principi*, lezione tenuta il 1° marzo 2019 alla Scuola di cultura costituzionale dell'Università di Padova.

²⁶ Così PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, relazione tenuta il 23 aprile 2010 alla Scuola di cultura costituzionale dell'Università di Padova, disponibile al seguente link www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/RelazionePugiotto.pdf, secondo il quale «attraverso il

di libertà irrazionalmente e illegalmente compressi dalla sfera penalistica, sempre che si voglia evitare di rivivere, con le vesti della post-modernità, momenti del passato²⁷, ricordando, come *memento*, che «la storia si ripete sempre due volte: la prima come tragedia, la seconda come farsa»²⁸.

2. Dall'esigenza di frammentarietà alla pretesa di esaustività del diritto penale.

Dal punto di vista eziologico, l'"evento" della onnipresenza del diritto penale è il risultato di un "concorso di cause", tra loro simultanee, che vale la pena analizzare singolarmente, al fine di comprendere nel dettaglio i fattori che hanno determinato il passaggio dal paradigma classico dell'unità a quello della eterogeneità, sino al punto di pronosticare un vero e proprio diritto liquido²⁹.

L'analisi non può che cominciare dall'annoso dibattito sul principio di legalità che, da baluardo del sistema, è divenuto il "pezzo" più debole dell'impianto penalistico, essendo stato investito da un turbolento "vortice infernale"³⁰, in cui è apparso sempre più incolmabile lo iato tra "*Tatbestand* legale" e "*Tatbestand* concreto"³¹. In particolare, la riserva di legge, se in astratto rappresenta la pietra angolare dell'ordinamento giuridico nazionale, a sua volta rientrando nei sistemi di *civil law*, in cui vige una legalità definita in dottrina legicentrica³², nel concreto simboleggia il *point breack*, ossia il punto di rottura, difficile da riparare.

In questo stato di perenne crisi si colloca il decadimento dell'organo legislativo che, soprattutto in materia penale, costituisce per antonomasia il potere maggiormente garantista, in quanto espressione della volontà popolare, nonché luogo ideale di sintesi tra la maggioranza e l'opposizione per il conseguimento del proposito politico-criminale, di cui la disposizione incriminatrice si fa portavoce.

A conferma di quanto appena sostenuto, basti riflettere sul *modus operandi*, degli ultimi anni, del Governo che, sotto le mentite spoglie dell'efficienza, ha privilegiato e continua ancor di più oggi a sostenere l'utilizzo del decreto legge, del decreto legislativo e, addirittura,

collegamento giudice-Corte si apre un canale di espressione politica nella disponibilità di coloro che non vogliono, non possono o ritengono inutile passare attraverso le mediazioni politiche parlamentari. E anzi, spesso l'iniziativa di quei cittadini è in polemica con l'inerzia dei parlamentari».

²⁷ TRAVERSO, *I nuovi volti del fascismo*, Verona, 2017, secondo il quale oggi il postfascismo non vuole sopprimere il parlamentarismo o i diritti individuali, ma cerca piuttosto di distruggere la democrazia dall'interno.

²⁸ MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, in Marx-Engels, *Opere scelte*, Roma, 1962, 45.

²⁹ QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, 27 ss.

³⁰ L'espressione rievoca l'immagine, nonché il titolo, di S. BOTTICELLI, *La voragine infernale - Disegni per la Divina Commedia*, ca. 1480-1495.

³¹ DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 116, il quale definisce la divergenza tra i due sostantivi come «la differenza che intercede tra il modello e la copia, fra lo schema e l'esempio che a tale schema può essere ricondotto».

³² L'espressione è di VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2013, 373.

dei maxi emendamenti come mezzi attuativi di riforme strutturali di interesse strategico, al solo fine di attrarre verso di sé il potere normativo, espropriandone buona parte al detentore ufficiale, ossia al Parlamento.

Così operando, però, non v'è chi non veda come il potere legislativo venga sostanzialmente subordinato a quello governativo, in cui l'opinione della minoranza non può influire, se non in maniera del tutto residuale, sulla formazione dello *ius criminale*.³³

Accanto al problema della "legittimazione attiva" nell'esercizio dell'*ars legiferandi*, si pone un quesito di carattere contenutistico in ordine sia all'essenza del reato, che alla tecnica legislativa.

Il primo aspetto è da ricondurre alla concezione sostanziale del bene giuridico³⁴ che, sia nella visione di matrice empirico-fattuale³⁵, secondo la quale la categoria dogmatica ricomprende concreti interessi preesistenti al legislatore, sia in base alla teoria dei beni giuridici costituzionalmente tutelati³⁶, assolve ad una funzione limitativa del potere punitivo, che, stando a tale premessa, può avere ad oggetto solo attacchi rilevanti a beni giuridici fondamentali della persona o della collettività.

Se ciò è quanto si predica in teoria, nella prassi giuridica, invece, la proliferazione di interessi artificiali ed immateriali, strumentali ed intermedi, ha destabilizzato, di fatto, il ruolo del bene giuridico «a fornire indicazioni nella ricerca di fondamentali basi di legittimazione dell'intervento penale»³⁷. Ancor più di prima, infatti, si è registrata la tendenza del legislatore ad assegnare al diritto penale compiti propulsivi per l'adempimento di obblighi di promozione sociale³⁸, che, ben lungi dall'assicurare la tipica funzione conservativa degli interessi giuridici, hanno rafforzato il carattere simbolico³⁹ della pena, la

³³ In tal senso, v. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4^a, Milano, 2017, XXXI ss.

³⁴ La nozione di bene giuridico risale a Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rucksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, Bd. 15, 1834, 149 ss.; successivamente BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890, 339 ss., definiva beni giuridici «quelle condizioni effettive di un salutare bene comune che risultino tali alla luce di un approccio realistico».

³⁵ LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, (1893), in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, II, Berlin, 1905, 80 ss.

³⁶ Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 15.

³⁷ Sulla perenne crisi in cui versa la teoria del bene giuridico, cfr. DE FRANCESCO G.A., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, 58 ss.; nonché FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

³⁸ Sul punto, cfr. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 121 ss., secondo il quale la funzione promozionale del diritto penale non si avvale della sola tecnica premiale, ma anche di quella sanzionatoria; favorevole, invece, alla funzione promozionale nello svolgimento dell'attività economica pubblica e privata e nella gestione della pubblica amministrazione, si rivela NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche della riforma del codice penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, 682.

³⁹ In argomento, particolarmente interessanti risultano le recenti affermazioni di A. VISCONTI, *Memoria e comprensione dell'"altro" tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 2017, 35 ss., secondo la quale in Italia nell'ambito della politica penale a carattere

quale, in quanto posta a tutela di beni apparenti, difficilmente trova un'effettiva applicazione. Non sembra esagerato sostenere che una simile situazione rischia di condurre il sistema penale al collasso, poiché quest'ultimo appare guidato da criteri illogici e irrazionali, in barba all'esigenza professata, coltivata e, ormai, soppressa di ancorare l'oggetto della tutela penale alla afferrabilità⁴⁰ e alla cristallizzazione del bene giuridico.

L'altro versante del problema è rappresentato dalla tecnica approssimativa, sbrigativa e superficiale utilizzata nella redazione delle disposizioni incriminatrici che, avvalendosi di formule vaghe, imprecise ed elastiche, non solo produce complicazioni nell'accertamento processuale della responsabilità penale sul piano strettamente probatorio, ma, aggirando il rigore formale richiesto dall'art. 25, co. 2, Cost., determina un'esasperata intrusione nella sfera giuridica dei cittadini.

L'incedere ritto e spedito del diritto penale rievoca alla mente l'immagine di un fiume in piena che, devastando tutto ciò che casualmente incontra lungo il proprio tragitto, sovrasta gli argini che - proseguendo la metafora - rappresentano i principi costituzionalmente e convenzionalmente orientati, posti come limite all'avanzata pubblicistica.

In particolare, a sostegno dell'esigenza, rivolta al potere legislativo, di ridurre quanto più possibile il ricorso allo strumento penale si pongono una serie di principi e criteri direttivi che, seppur accomunati dalla medesima *ratio* ispiratrice, conservano, ciascuno, la propria indipendenza nell'ambito di una sequenza logica ben definita. Dinanzi alla scelta politico-criminale di penalizzare o meno sulla base della sussidiarietà interna, la quale si concretizza nella valutazione dell'effettiva meritevolezza di pena, occorre che il legislatore metta in correlazione la significatività del bene giuridico, secondo il principio di proporzione, con la possibilità di avvalersi di tecniche di tutela alternative alla pena e parimenti efficaci. Ed è proprio nel processo di ponderazione delle opzioni di criminalizzazione che entra in gioco il criterio di *extrema ratio*, il quale, circondato da un'aurea di razionalità, è posto, in termini utilitaristici⁴¹, a presidio di una valutazione comparativa tra i costi/benefici delle diverse tipologie di sanzioni che dovrebbe condurre in astratto alla scelta di «quella sanzione che

meramente simbolico una delle paure che è stata più cinicamente strumentalizzata è stata quella della convivenza con il "diverso" etichettato, con furbizia, come "il nemico da combattere", «non per quello che fa ma per quello che è, perché è portatore di un modo di pensare e di vivere "diverso" e spesso contrastante con la morale convenzionale».

⁴⁰ Sul concetto di "afferrabilità" del bene giuridico, cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

⁴¹ Sul punto, cfr. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Studi in onore di M. Ronco*, a cura di E.M. Ambrosetti, Torino, 2017, 279, secondo cui l'*extrema ratio* ha una valenza prettamente utilitaristica, poiché risponde ad un giudizio di efficienza, vale a dire di adeguatezza al fine.

riveli il più favorevole rapporto tra i costi della sua applicazione in termini finanziari, umani e sociali e il prevedibile grado della sua efficacia»⁴².

Cionondimeno, mentre la sussidiarietà penale è una questione esclusivamente penalistica, così non può essere la prospettiva di chi intenda affrontarne lo studio. Come sarà chiarito più avanti, l'*extrema ratio* richiede la ricognizione ed il confronto tra *rationes* (ossia tipologie di strumenti sanzionatori) diverse dalla pena, al fine di comprendere se (e per quali fini) le prime siano più efficaci della seconda. Tali *rationes* devono essere indagate nella loro specificità: il predetto confronto funziona – quindi il principio opera – a condizione che i differenti strumenti sanzionatori siano analizzati nelle loro diversità, alla luce delle rispettive specificità di carattere sostanziale e processuale. Nello studio del principio di sussidiarietà, dunque, il penalista deve spogliarsi del proprio bagaglio dogmatico e gettare uno sguardo quanto più possibile “laico” sulle tipologie sanzionatorie *extra-penali*.

In un ipotetico manuale di scienza legislativa, rivolto «a chi nelle aule parlamentari, nelle segreterie dei partiti e nei ministeri è chiamato a concorrere alla formazione della legislazione penale»⁴³, i primi capitoli sarebbero indubbiamente riservati proprio ai suindicati “accorgimenti preliminari”, a cui un legislatore diligentemente medio dovrebbe prestare attenzione, ma che, invece, nel panorama giuridico attuale, non perde tempo a sacrificare e mortificare.

Animato dal convincimento che il fenomeno della criminalizzazione sia suffragato dal consenso sociale⁴⁴, il legislatore si è affidato totalmente alla sanzione penale, elevando quest’ultima a soluzione di *prima ratio* dell’ordinamento giuridico, così rispondendo al paradigma opposto del “massimo mezzo per il minimo scopo” a tutela dell’ansia collettiva, la quale sarebbe bene placare, sovente, con strumenti addirittura estranei alla sfera giuridica, come, ad esempio, l’educazione civica, poiché la paura si manifesta, il più delle volte, in un “attimo fuggente”⁴⁵.

⁴² PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzione*, in *Ind. pen.*, 1992, 215, il quale declina l'*extrema ratio* in termini di efficienza, come utilizzazione del minimo mezzo sanzionatorio per il raggiungimento del massimo grado di tutela.

⁴³ NEPPI MODONA, *L’utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 485.

⁴⁴ In argomento, cfr. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 866

⁴⁵ Esemplicativo della tendenza legislativa ad utilizzare il diritto penale come prima ed unica *ratio* è il recente art. 612-ter c.p. riguardante il delitto di “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” il quale, contenuto nel c.d. “Codice rosso”, pur essendo, da poco, entrato in vigore nel codice penale, è già stato oggetto di critiche in letteratura, cfr. CALETTI, “Revenge porn”. *prime considerazioni in vista dell’introduzione dell’art. 612-ter c.p.: una fattispecie “esemplare”, ma davvero efficace?*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 aprile 2019, secondo cui il testo della disposizione presenta diverse lacune, quali l’assenza di coordinamento con la recente legge di contrasto al “cyberbullismo”, la mancata definizione del ruolo dei *Providers* nella cancellazione dei video dalla rete, nonché evidenti difficoltà probatorie sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, essendo necessario dimostrare il dolo specifico del soggetto agente.

È necessario, pertanto, constatare come questo modo di produrre diritto non solo provochi una manifesta violazione dei principi liberal-democratici su cui, per tradizione secolare, si è fondato l'ordinamento giuridico nazionale e la cui trasgressione delegittima la medesima identità culturale dello Stato italiano, ma determina, altresì, un effetto distorsivo, a tratti controproducente, nella misura in cui "incentiva" il *quisque de populo* a delinquere, soprattutto in presenza di riforme legislative che, come la recente novella dell'istituto della legittima difesa domiciliare⁴⁶, sviscono l'importanza di beni fondamentali, primo fra tutti la vita.

La teoria della prevenzione mediante la pena si rivela, dunque, come un inganno, una vera e propria truffa ai danni dei cittadini, poiché essa se, in apparenza, crea nell'immaginario collettivo un *surplus* di tutela, nella realtà ingenera una concorrenza sleale tra sicurezza e libertà, atteso che il diritto penale si basa e si manifesta con la forza, la quale, come ogni forza che si rispetti, si esprime «a doppia direzione e perciò [è] anche un nemico potenziale di quella libertà che esso intende proteggere»⁴⁷.

⁴⁶ La legge 26 aprile 2019 n. 36 ha modificato l'art. 52 c.p. inserendo nel secondo comma la parola "sempre" (nei casi considerati sussiste sempre il rapporto di proporzione) e introducendo un nuovo comma 4: "agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone". Ha inoltre ristretto l'ambito di punibilità per eccesso colposo, inserendo un nuovo comma nell'art. 55: nel caso di difesa da aggressioni in luogo privato (commi 2, 3, 4 dell'art. 52 c.p.) "la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'art. 61, primo comma, numero 5 (cioè in condizioni di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa), ovvero in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto". Per un commento sulla disciplina, cfr. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° aprile 2019, il quale con tono critico, e a tratti amaro, sostiene che a seguito della riforma «si veicola cioè il messaggio secondo cui, a fronte di un'aggressione nel domicilio, è cosa giusta, o comunque socialmente tollerata, arrivare ad uccidere anche in presenza di un pericolo di offesa non proporzionato alla reazione difensiva e anche in assenza di una vera e propria necessità di uccidere. È insomma bene farsi giustizia da sé, perché la giustizia dello Stato, amministrata da giudici non eletti e privi di legittimazione popolare, non tutela sufficientemente le vittime di aggressioni domiciliari - gli onesti cittadini - costringendoli a sopportare il peso di processi lunghi, costosi e che si concludono raramente con assoluzioni»; invece, per un commento alla lettera del Presidente della Repubblica Mattarella, che ha accompagnato la promulgazione della legge 26 aprile 2019, n. 36, cfr. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 219, il quale, presupponendo che il fulcro del messaggio è ricordare che il fondamento costituzionale dell'istituto è la condizione di necessità, mette in guardia dal non lasciare in mano al discorso populista - ai suoi furbi e fuorvianti *slogan* - temi che possono e dovrebbero essere impostati in ottica liberale; nonché MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 4, secondo cui le istanze populistiche hanno condotto all'introduzione di «un vero *unicum* nel panorama delle scriminanti, cioè la c.d. causa di giustificazione frutto di presunzione assoluta».

⁴⁷ KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, a cura di Lüderssen, Nestler, Tremel, Weigend, Frankfurt, 1990, 37 ss.

Inoltre, non v'è chi non veda come il fenomeno della “ipertrofia”⁴⁸ legislativa, che affligge da anni la scienza penalistica, abbia ridotto sensibilmente la capacità di apprendimento e di assorbimento del precetto da parte del *quisque de populo*, il quale intanto può beneficiare pienamente della funzione di garanzia delle libere scelte d'azione, in quanto abbia l'effettiva conoscenza dell'intero impianto normativo penalistico, risultato che, proprio a causa della “inflazione legislativa”⁴⁹, appare una vera e propria *mission impossible*. Pertanto, il sistema normativo attuale non solo non consente di realizzare l'esigenza della certezza assoluta del diritto, ma si pone nei suoi confronti come un vero e proprio ostacolo, impendendo, a causa dell'eccessivo proliferare e del caotico succedersi di leggi, quella stabilità normativa, richiesta, invero, come *condicio sine qua non* per assicurare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche⁵⁰.

In questa prospettiva, la frammentarietà ha ceduto il passo alla omnicomprensività della tutela penale e, come uno strano gioco del destino, si è giunti a dare concretezza all'originario significato della locuzione «diritto penale frammentario» che, coniata da Binding, esprimeva un rimprovero sul piano metodologico nei confronti del legislatore, incapace di elaborare un prodotto normativo organico e completo, dal momento che accanto ad illeciti minacciati con la pena «ci sono al suo fianco altri illeciti affini, immediatamente confinanti, che egli trascura»⁵¹. Al giorno d'oggi, infatti, è sempre più diffusa la figura del legislatore-inventore, il quale, convinto che il giure penale sana tutti gli assurdi e ad ogni inconveniente ripara, impiega il suo tempo alla ricerca e al rinvenimento di nuovi delitti per darsi il merito di una scoperta e mettersi in “bella vista” come iniziatore di qualche legge-novella.

3. “Arbitro in terra del bene e del male”: il diritto penale di origine giurisprudenziale.

⁴⁸ Formula coniata da FRANK, *Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZstW*, 1898, 737 ss., così definita «poco a poco la pena è diventata uno strumento coattivo che pensiamo di poter usare ogniqualvolta abbiamo interesse ad un determinato comportamento umano [...]; non dobbiamo perciò stupirci se essa ha perduto parte del suo credito e della sua forza intimidatrice, giacché il corpo sociale cessa di reagire nello stesso modo in cui l'organismo umano non risponde più ad un farmaco somministrato quotidianamente». Sul tema, è interessante anche l'opinione di RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, 226, il quale, nel censurare l'eccessiva espansione del diritto penale, osservava che «più medicine riceve il malato e più sicuramente muore».

⁴⁹ L'espressione è di CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, 81, il quale, per descrivere la grave situazione di crisi che, già da allora, affliggeva la legge, paragonò quest'ultima alla lira, assegnandole tutti i caratteri tipici dell'inflazione: moltiplicazione della quantità e scadimento della qualità.

⁵⁰ Sul punto, sia consentito il rinvio a E. ADDANTE, *La prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.

⁵¹ BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Band I, Leipzig, 1902, 21, il quale, tuttavia, si oppone, a fronte della legislazione esistente, contro chi, attraverso l'analogia «in modo naturalmente biasimevole cela sotto la maschera dell'interpretazione estensiva il tentativo di ricondurre sotto la pena condotte non previste dalla legge», così come riportato da VORMBAUM, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 159.

Un contributo a dire poco decisivo al perseguimento della “ossessionante” lotta contro la criminalità è stato dato senz’altro dalla attività interpretativa – per non dire creativa, come si dimostrerà nel proseguo – della giurisprudenza, la quale, ugualmente ispirata al criterio della tutela anticipata e totalizzante del bene giuridico, ha agevolato il processo di decomposizione della frammentarietà del diritto penale, all’interno del quale le lacune, da caratteristiche fondanti ed ineliminabili, sono diventate vuoti di tutela da colmare.

L’immane presenza della figura del giudice dietro la vitalità delle disposizioni incriminatrici ha alimentato una deriva giurisprudenziale pressoché inarrestabile⁵², tant’è che, in dottrina, c’è chi ha icasticamente sostenuto il compimento del passaggio dal «c’è solo la legge, non ci sono interpretazioni» al «non c’è legge, ci sono interpretazioni»⁵³. A tale risultato hanno condotto plurimi fattori⁵⁴, primo fra tutti, in ordine cronologico, l’emersione, intorno agli anni settanta, di fenomeni criminali di origine politica - quali attentati terroristici, stragi di mafia, scandali di corruzione - nei confronti dei quali il ruolo svolto dalla “classe dei magistrati” è stato così significativamente pregnante da conquistare il consenso di una parte rilevante dell’opinione pubblica e dei mezzi di comunicazione.

I periodi particolarmente critici della storia della Repubblica hanno, infatti, trasformato l’ordine giudiziario, autonomo e indipendente dagli altri poteri dello Stato, - così come definito nell’art. 104 della Carta costituzionale - in una sottospecie di potere, che, approfittando della crisi del sistema politico-partitico e del conflittuale rapporto tra il mondo della politica e quello della giustizia, si è elevato a guardiano dell’etica pubblica⁵⁵ e a guida morale della vita collettiva, confermando l’acuto pensiero del Calamandrei, in base al quale i giudici, ormai, costituiscono una sorta di sacerdoti laici⁵⁶. Da qui, l’aspirazione da parte della giurisprudenza di porsi in una posizione di “supplenza”⁵⁷ rispetto al legislatore,

⁵² Sull’argomento, v. AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Fiandaca, Padova, 1997, *passim*.

⁵³ Così FERRUA, *Il controllo della Cassazione sulla motivazione*, in “*L’operazione decisoria*” da emanazione divina alla prova scientifica, a cura di De Cataldo Neiburger, Padova, 2014, 111.

⁵⁴ Per una ricostruzione in chiave storica del ruolo della giurisprudenza nel diritto penale, in particolare dall’illuminismo, dove il giudice era considerato “bocca della legge” ad oggi, cfr. L. VIOLANTE, *L’evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia*, 2015, 341 ss.

⁵⁵ In argomento, cfr. DONINI, *Diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Modena, 2014, il quale qualifica come un vero e proprio fenomeno quello che, ormai da lustri, caratterizza la funzione della magistratura italiana, ossia il controllo della virtù pubblica, a sua volta preceduto da quello della produzione stessa dell’etica pubblica, perché alcune norme vengono riconosciute per la prima volta come vigenti solo dopo la loro qualificazione penalistica. L’autore ritiene che la ricerca del bene comune non possa essere un compito lasciato al giudice penalista, il quale, dunque, non può essere considerato nell’immaginario collettivo come un’autorità morale nella persona fisica che esercita quel ruolo: il suo mestiere e il suo ruolo è stato enfatizzato oltre ogni limite, ma è necessario che etica e diritto rimangano su due piani diversi.

⁵⁶ CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999, *passim* (1° ed. 1959).

⁵⁷ In ordine al fenomeno della supplenza giudiziaria, cfr. NEPPI MODONA, *Fisiologia e patologia della supplenza giudiziaria*, in *Pol. dir.*, 1983, 3, 380-384.

facendosi portavoce di sostanziali esigenze di protezione, dal secondo trascurate, attraverso una tecnica interpretativa elusiva della riserva di legge⁵⁸.

Seppur sia, ormai, consolidata l'opinione di considerare "demodè" la visione tradizionale di stampo illuministico, caratterizzata dal monopolio del potere legislativo e dal ruolo ad esso subordinato della giurisprudenza – racchiuso nella celebre espressione del giudice comune come "bocca della legge" –, poiché è del tutto irrealizzabile ed illusoria la pretesa di applicare la disposizione penale in maniera meccanica ed automatica, essendo la discrezionalità una caratteristica intrinseca all'attività interpretativa, è necessario, tuttavia, mettere in luce un'esigenza: l'interpretazione giudiziaria non può essere un'attività arbitraria, esente da ogni vincolo o limite⁵⁹.

Pertanto, in una materia così "aspra e forte", qual è il diritto penale, in cui la spartizione tra lecito e penalmente rilevante dovrebbe essere tracciata da una linea netta e ben visibile, è doveroso denunciare e osteggiare l'insediamento di prassi giudiziarie volte a scardinare e a manipolare il testo delle disposizioni incriminatrici, al fine di dilatarne la portata punitiva. Nello specifico, si tratta del fenomeno indicato, nel gergo giuridico, con la locuzione "giurisprudenza giuscreativa"⁶⁰, ove il giudice, invertendo il classico schema sussuntivo della fattispecie concreta in quella astratta, travalica, in chiave teleologica⁶¹, la *littera legis* della norma, servendosi, sotto le mentite spoglie dell'interpretazione estensiva, dell'analogia *in*

⁵⁸ Sul punto, cfr. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 39 ss.

⁵⁹ In particolare, sulla questione dell'esistenza di vincoli per il giudice, in ambito penale, nell'interpretazione della disposizione incriminatrice, da una visuale prettamente filosofica, cfr. VELLUZZI, *Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni*, in *Criminalia*, 2016, 230, secondo il quale «Guardare con (giustificata) diffidenza ad alcuni atteggiamenti dei giudici e agli esiti di tali atteggiamenti, non significa nutrire una vana e utopistica nostalgia per un giudice privo di discrezionalità interpretativa. Se si intende per interpretazione la determinazione del significato delle disposizioni normative, degli enunciati delle fonti, non v'è da dubitare che il passaggio dalla disposizione normativa alla norma (...) comporti sempre interpretazione».

⁶⁰ In letteratura, fortemente avverso nei confronti della giurisprudenza giuscreativa è FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, 53 ss., poiché, a detta dell'Autore, la suddetta prassi determina «un'impropria discrezionalità sia politica sia giudiziaria», risultando, al contempo, «indebolita la normatività delle costituzioni»; diversamente opinando, sul punto, cfr. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, la quale tende a giustificare la giurisprudenza giuscreativa nel diritto penale sulla base dell'assenza di una differenza tra interpretazione estensiva ed analogia attraverso il ricorso al criterio del *tertium comparationis*, ponendo, tuttavia, la distinzione tra analogia consentita, se interna alla fattispecie legale, e analogia vietata, se esterna; tesi, a sua volta, criticata da MANNA, *"L'interpretazione analogica" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di Castaldo, De Francesco, Del Fufo, Manacorda, Monaco, 2013, 219 ss.

⁶¹ In senso critico rispetto al criterio teleologico nel diritto penale, cfr. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, 5, il quale paragona il suddetto canone ermeneutico al «cavallo di Troia tramite cui si insinua la tendenza dei giudici a forzare i limiti testuali estendendo l'aerea del penalmente rilevante».

malam partem, vietata dall'art. 14 disp. prel. c.c., peculiare criterio ermeneutico della materia penale⁶². Il passaggio dal giudice-interprete al giudice-creatore del diritto⁶³ ha comportato l'inarrestabile processo della ipertrofia "normativa" - aggettivo da intendere nell'accezione crisafulliana⁶⁴ - che ha decretato la definitiva disfatta della codificazione e del principio di frammentarietà.

Cercando di inquadrare il problema dalla prospettiva che qui interessa, è giocoforza constatare come vi sia una evidente diversità tra "il dire e il fare", perché se a parole continua ad essere mantenuta ben salda la distinzione tra legge e giurisprudenza, elevando solo la prima al rango di fonte - così come affermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012⁶⁵, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca della

⁶² Un caso giurisprudenziale esemplificativo sul punto è quello relativo alle diffusioni delle onde elettromagnetiche di Radio Vaticana, dove la Suprema Corte, cfr. Cass., Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845 (analogamente Cass., Sez. I, 14 ottobre 1999; nonché, successivamente, Cass., Sez. III, 9 gennaio 2009), ha sostenuto si trattasse di una condotta sussumibile nel reato di getto pericoloso ex art. 674 c.p. ritenendo che la diffusione nell'aria delle onde elettromagnetiche, che costituiscono cose mobili in base al rinvio all'art. 624, co. 2, c.p., integrerebbe un'ipotesi di interpretazione estensiva e non già di analogia⁶². Il suddetto ragionamento non convince affatto, dal momento che la contravvenzione di cui all'art. 674 c.p. prevede come modalità alternative della condotta il "gettare" ed il "versare" che fanno chiaramente riferimento, in via esclusiva, ad oggetti solidi e liquidi. Di conseguenza, non vi è posto per le onde elettromagnetiche, nemmeno a livello di interpretazione estensiva. Qualora si parta dal presupposto per cui si ha interpretazione estensiva laddove *lex minus dixit quam voluit*, è giocoforza riferirsi ai lavori preparatori, ove, però, non si rinviene alcun appiglio per sostenere la tesi portata avanti dalla Corte di cassazione, per la semplice ragione che nel 1930 si conosceva l'energia elettrica, ma non anche le onde elettromagnetiche. Così facendo, si rischia di smarrire il valore deontologico dell'ermeneutica penale, l'idea che vi sia effettivamente una responsabilità ermeneutica e che si possano violare attraverso di essa diritti fondamentali. In questo caso, la Suprema Corte ha "avuto occhi" solo per le vittime presunte dell'elettrosmog - per effetti cumulativi e a distanza, effetti già seriamente contrastati dall'illecito amministrativo di cui alla legge 22 febbraio 2001, n. 36 "Legge quadro sulla protezione da esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici" - senza alcuna minima accortezza per la violazione, ai danni dell'imputato, del diritto di prevedere *ex ante* le possibili incriminazioni di fonte applicativa. In argomento, in chiave critica, cfr. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Napoli, 2008.

⁶³ In argomento, LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, 2016.

⁶⁴ Sulla nota distinzione tra disposizione e norma, cfr. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.

⁶⁵ Corte cost., n. 230 del 2012, nel dichiarare non manifestamente fondata la questione in relazione agli artt. 3, 13, 25, co. 2, 27, co. 3, 117, co. 1, Cost., ha riaffermato nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter ricavare dalla giurisprudenza della Corte EDU la retroattività del mutamento giurisprudenziale *in melius*, tra i numerosi commenti in dottrina, aventi ad oggetto la suddetta sentenza, cfr. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2013, secondo il quale «La realtà - guardata con occhi spassionati, senza il velo di troppe impalcature teoriche - è che sentenze delle Sezioni Unite come quella che ha originato la vicenda decisa dalla Corte costituzionale modificano lo stato del diritto 'vivente', orientando le decisioni dei giudici in maniera del tutto analoga a quanto accade con le modifiche del diritto di matrice legislativa, e determinando un fenomeno sovrapponibile ad una vera e propria *abolitio criminis*. In queste condizioni, nulla [...] si opporrebbe a una estensione analogica dell'art. 673 c.p.

sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale, dovuto ad una sentenza delle Sezioni Unite, che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato -, nei fatti, invece, il distinguo tra *jus facere* e *jus dicere* diventa sempre fragile e si assiste ad un ribaltamento della gerarchia delle fonti in cui non è più la legge a tracciare la “strada maestra” da percorrere, ma è la giurisprudenza a “sorpasare” il testo legislativo, comportandosi *de facto* come una fonte di diritto.

Ciò posto, il principio della separazione dei poteri, ex art. 101, co. 2, Cost., secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, rischia di sgretolarsi a fronte di un’attività interpretativa incompatibile con il complessivo quadro normativo, a causa del mancato soddisfacimento di una condizione preliminare: il rispetto della legge da parte dell’organo giudiziario, il quale si dovrebbe collocare in una prospettiva, se non omogenea, quanto meno coerente, non conflittuale, con il legislativo e l’esecutivo.

Cosa fare? Come reagire?

Non essendo previsto nell’ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri Paesi europei e non - come la Spagna, la Germania e il Messico -, l’istituto del ricorso diretto del cittadino alla Corte costituzionale, al fine di sottoporre ad una efficace forma di controllo l’attività ermeneutica dei giudici, una “ricetta vincente” per superare il suddetto *empasse* potrebbe essere il connubio tra due “ingredienti” che, seppur di primo acchito sembrerebbero non compatibili tra loro, se ben dosati, potrebbero amalgamarsi e dar vita ad una intrigante alchimia. In particolare, bisognerebbe, da un lato, declinare e attualizzare l’antico principio della separazione dei poteri nell’odierno contesto storico-politico, caratterizzato da una serie di fattori, endogeni ed esogeni al sistema nazionale, che hanno contribuito al rafforzamento del ruolo creativo della giurisprudenza e, dall’altro, conformare la realtà con i principi costituzionalmente e convenzionalmente orientati. Breve: unire la praticità alla razionalità.

Tra le cause che hanno comportato un depotenziamento della *law in the books* a favore della *law in action* non si pone soltanto la poca chiarezza unita alla ingombrante sciattezza e indeterminatezza del prodotto legislativo, che, dunque, abbisogna di un’intensa opera di decifrazione interpretativa⁶⁶, ma anche la farraginosità del sistema delle fonti - implementato

⁶⁶ Esemplicativa, al riguardo, è legge del 27 maggio 2015, n. 69 “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio” che, tra le diverse novelle, ha modificato il reato di false comunicazioni sociali di cui all’art. 2621 c.c. In particolare, nel corso dei lavori parlamentari, fu approvato un emendamento governativo con cui, non solo è stata nuovamente utilizzata la formula riguardante “la falsità di fatti materiali rilevanti”, ma è stato anche eliminato l’inciso “ancorché oggetto di valutazione” senza, tuttavia, porre alcuna *ratio* giustificatrice alla novella, bensì delegando espressamente alla giurisprudenza il compito di stabilire se le valutazioni dovessero essere considerate ai fini della sussistenza del requisito della non rispondenza al vero. La *quaestio iuris*, infatti, dopo aver scatenato un forte dibattito dottrinale e giurisprudenziale, è stata risolta dall’intervento delle Sezioni unite penali che, con la sentenza Cass., Sez. un., 27 maggio 2016, n. 22474 in www.neldiritto.it, hanno chiarito il reale significato della modifica legislativa, riscrivendo, di fatto, la disposizione incriminatrice. Sull’argomento, in senso critico, MANNA, *II*

dal diritto dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte EDU – con cui è tenuto a rapportarsi il giudice comune, il quale, se fino a qualche anno fa era intrappolato in un «labirinto»⁶⁷, attesa la difficoltà di orientarsi nel *caos* legislativo e giurisprudenziale, nonché di assumere un ruolo di mediatore nel difficile “dialogo tra le Corti”, oggi, invece, lo stesso pretende di imporre la propria decisione su quella dei suoi colleghi, essendo i rapporti tra le fonti e le loro rispettive interpretazioni regolati da una gerarchia non tanto formale, quanto piuttosto assiologica.

Il clima di decisionismo arbitrario e di anarchia giurisprudenziale che ne è derivato ha legittimato «una sorta di “libertinaggio” interpretativo [...] *extra* o addirittura *contra legem* sulla base di un progressivo accumulo di fattispecie (o sotto fattispecie) parallele e aggiuntive rispetto a quelle strettamente legali»⁶⁸, prodotte da interpretazioni estensive o persino analogiche *in malam partem*, totalmente in spregio del principio di prevedibilità di origine europea.

Senza entrare nel merito della vicenda, quanto appena sostenuto ha trovato riscontro nella sentenza di condanna subita dall'Italia in relazione al noto caso Contrada, in cui la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha accertato la violazione dell'art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino (da ora in avanti C.E.D.U.), statuendo che all'epoca dei fatti commessi dall'imputato – precisamente tra il 1979 e il 1988 – la giurisprudenza nazionale in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, sulla base del combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., fosse così incerta e contraddittoria da sacrificare il diritto dell' agente di prevedere con adeguato anticipo la possibilità di essere sottoposto ad un procedimento penale e di essere condannato per quel determinato titolo di reato, riconosciuto, inoltre, dalla medesima Corte come un istituto di origine giurisprudenziale⁶⁹. La *ratio* sottesa alla logica della Corte di Strasburgo è, infatti, quella di assicurare un diritto giurisprudenziale qualitativamente accessibile e prevedibile, estendendo ad esso le medesime garanzie riservate alla legge, *in primis* il principio di irretroattività, cosicché l'individuo, posto di fronte alla scelta se agire o non agire, possa fare affidamento sulla interpretazione della disposizione accolta dai giudici nazionali al momento del fatto di reato, avendo l'agente il diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative, non conoscibili e, dunque, non prevedibili *ex ante*.

nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 487.

⁶⁷ MANES, *Il giudice nel labirinto – Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

⁶⁸ FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 133.

⁶⁹ Per un approfondimento, cfr. la compiuta analisi condotta da DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346 ss.

Se, a detta della Corte EDU, il principio di legalità è stato considerato violato nell'ambito di una situazione caratterizzata non dalla assoluta imprevedibilità, essendo il caso Contrada segnato, tecnicamente, da un contrasto sincronico e non da un *overruling* improvviso, a maggior ragione la lesione dell'art. 7 C.E.D.U. troverebbe "terreno fertile" proprio in quelle ipotesi caratterizzate da evidenti ed improvvise svolte giurisprudenziali *in malam partem* che, a conti fatti, rischiano seriamente di implementare le condanne dell'Italia in sede europea.

Invero, anche negli Stati continentali di *civil law*, legati, almeno teoricamente, alla sola legge scritta di origine parlamentare, la Corte di Strasburgo ha rintracciato un ruolo decisivo della giurisprudenza nella determinazione e nello sviluppo del precetto penale, identificando il diritto vivente con il testo di legge così come interpretato dalle giurisdizioni nazionali, entro il limite dettato dal divieto di analogia.

La portata chiarificatrice della interpretazione giurisprudenziale, tuttavia, intanto risulta plausibile e coerente con gli scopi e gli obiettivi della Convenzione, in quanto non oltrepassi il limite invalicabile dell'interpretazione estensiva o analogica - non c'è differenza tra le due categorie nell'ottica europea - in quanto alla violazione del divieto da parte del giudice corrisponde la condanna dello Stato⁷⁰.

È sempre più impellente, pertanto, l'esigenza che i giudici nazionali metabolizzino i nuovi equilibri scanditi dall'Europa e assorbano, in particolare, la logica del *nullum crimen* europeo, in base alla quale al giudice è vietato condannare l'imputato ... nella misura in cui [quest'ultimo] non possa ragionevolmente prevedere la propria condanna penale al momento della condotta⁷¹. È inevitabile un'avvertenza: legittimare il ruolo del formante giurisprudenziale nel sistema penalistico è cosa ben diversa dal considerare come fonte di diritto la libera creazione del giudice che, data l'assenza di vincoli sostanziali positivi, è per sua natura imprevedibile, oltre ad essere manifestamente in contrasto con il principio della riserva di legge e della separazione dei poteri.

Avviare un simile processo di integrazione - si badi - non vuol dire rinnegare la legalità nazionale e i suoi tradizionali corollari, bensì significa innalzare il livello di tutela a favore del cittadino attraverso il combinato disposto degli artt. 25, co. 2, Cost. e 7 C.E.D.U.,

⁷⁰ Cfr. Corte EDU, 24 maggio 2007, Dragotoni e Militaru-Pidhorni c. Romania, nella quale la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., sotto il profilo del divieto di analogia, nell'ampliamento della qualifica soggettiva, necessaria per integrare il reato di corruzione, avvenuto mediante un'interpretazione estensiva delle figure soggettive, concernenti i funzionari e gli altri dipendenti della pubblica amministrazione, individuate dagli artt. 145-148 del codice penale rumeno.

⁷¹ In argomento, per una illustrazione più articolata, cfr. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penale"*, a cura di Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni e Risicato, Napoli, 2016, 224, il quale, dopo aver analizzato la fisionomia, i corollari e i fondamenti normativi del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, sottolinea come anche in un ordinamento di *civil law* come quello italiano gravi su ogni giudice comune il dovere non solo di rendere giustizia nel caso concreto, ma anche di non svilire, attraverso le proprie decisioni, la prevedibilità delle future decisioni di casi simili da parte di altri giudici.

ottenendo una lettura del principio di legalità in chiave “nazional-europea”, in modo da far rientrare nell’alveo delle garanzie, oltre la conoscibilità della legge penale in sé considerata, la prevedibilità dei concreti orientamenti giurisprudenziali in rapporto all’*an e/o* al *quantum* della punibilità.

Ciò sarebbe necessario, ma non sufficiente per dare forma e sostanza alla “scienza dei limiti del punire”, *Strafbegrenzungswissenschaft*⁷², che, aderendo alla tesi di Vormbaum, può essere concretizzata riprendendo la triade di Radbruch, ossia giustizia, concretezza giuridica e utilità (conformità allo scopo). Nel dettaglio, al fine di far riemergere il carattere “insulare”⁷³ del diritto penale, ormai sostituito da quello “continentale”, le incriminazioni e la loro interpretazione non devono produrre né risultati ingiusti, né dannosi, né tali da non soddisfare le esigenze della certezza giuridica: se uno dei tre compiti non può essere soddisfatto la criminalizzazione legislativa o interpretativa deve segnare il passo.

Solo così, in conclusione, è possibile dare ancora un senso alla regola di chiusura del sistema secondo cui “tutto ciò che non è penalmente rilevante è consentito”, che, tuttavia, necessita di essere integrata dall’osservazione secondo cui nel caso di un comportamento riconducibile a più interpretazioni, occorre privilegiare l’esito ermeneutico più favorevole (*pro reo*) in virtù dell’applicazione *in dubio pro penalmente irrilevante*.

È giunto, allora, il momento che gli artefici, per non dire i responsabili, dell’attuale sistema normativo penale si fermino a riflettere su quanto accaduto e provino a dare una risposta al quesito, posto ben ottanta anni fa dal maestro Vassalli, il quale domandava, con tono retorico, «E’ meglio poter giungere a punire tutto ciò che è meritevole di punizione, attuare cioè su questa terra la giustizia tutta intera, oppure non rinunciare alla libertà, all’uguaglianza e ai tanti altri vantaggi che sono loro connessi?»⁷⁴.

4. “Tutto a posto e niente in ordine”: il principio della riserva di codice.

Bisogna, a questo punto, dare atto che una risposta, seppur timida, da parte del legislatore al fenomeno della “perenne legiferazione” si è avuta con il decreto legislativo n. 21 del 1° marzo 2018 concernente l’attuazione del principio di delega della riserva di codice, teso a fronteggiare uno dei principali fattori dell’espansione della materia criminale, ossia il diritto penale complementare. Prima di esaminare nel dettaglio il contenuto e le ricadute del prodotto normativo sull’impianto interno penalistico, è necessario spendere qualche parola sulla trasmutazione dall’età del codice all’età dei settori specializzati, quest’ultima notoriamente definita come “età della decodificazione”⁷⁵.

⁷² L’espressione è di VORMBAUM, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., 179.

⁷³ Così PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2006, 1307, secondo il quale la frammentarietà è quel carattere del diritto penale per cui «la norma incriminatrice deve restare un’isola nel mare della libertà, e non viceversa».

⁷⁴ VASSALLI, “*Nullum crimen sine lege*” in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1939, 1177.

⁷⁵ IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979,

A partire dagli anni '70 del XIX secolo si è assistito, infatti, alla nascita e al progressivo consolidamento dello Stato interventista⁷⁶, che, a sua volta, ha condotto alla progressiva corrosione dell'unicità del codice penale e, contemporaneamente, alla proliferazione di leggi penali speciali, finalizzate alla protezione di beni giuridici superindividuali.

Seppur l'aggettivo "complementare" sia, di regola, utilizzato per qualificare un sostantivo che abbia la specifica funzione di completamento, di integrazione, nel gergo penalistico, invece, lo stesso sembra avere assunto un ulteriore significato - totalmente disgiunto da quello originario - funzionale ad indicare un oggetto normativo autonomo ed indipendente dal *corpus* codicistico.

Ciò posto, alla razionalità della codificazione, decantata dal pensiero illuministico⁷⁷ come la risposta più idonea a contrastare l'arbitrio statale e a perseguire l'ideale della chiarezza del diritto, è subentrata l'artificialità della specializzazione *extra codicem*, la quale, delocalizzandosi dal "centro trafficato" alla "periferia desolata" del diritto penale, ha prodotto disposizioni giuridiche espressive della volontà di singoli gruppi di potere economico, politico e tecnologico⁷⁸. Nell'ultimo decennio, inoltre, i cambiamenti nei rapporti sia esterni, tra ordinamento nazionale e organi sovranazionali, che interni, tra potere legislativo e giudiziario, hanno influenzato e modificato le modalità di manifestazione del fenomeno in esame, affiancando alla fisionomia tradizionale almeno due nuove sembianze: la decodificazione delle fonti multilivello, da un lato, e la decodificazione "ermeneutica"⁷⁹, dall'altro.

Ciò spiega l'esigenza di un "ritorno al passato": riportare il codice penale ad essere nuovamente il perno attorno al quale ricominci a ruotare il sistema normativo, cosicché

⁷⁶ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro - Profili generali*, Milano, 1983, 205 ss., secondo il quale il suddetto passaggio ha determinato la comparsa di obblighi positivi - destinati a tradursi in precetti penalmente sanzionati - posti a carico non solo dello Stato, ma dell'intera collettività organizzata.

⁷⁷ In argomento, cfr. le osservazioni di G. LEONE, *Discorso inaugurale*, in AA.VV., *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria, Atti delle Celebrazioni indette, sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica, dell'Accademia nazionale dei Lincei e della Commissione Nazionale Italiana dell'Unesco*, Roma, 1965, 25, secondo il quale «Componente razionale e componente emotiva si fusero in perfetta sintesi nel "libricino" del Beccaria e ne determinarono il successo e la decisiva, storica incidenza nel tessuto delle leggi e del costume giudiziario».

⁷⁸ Sul fenomeno della "decodificazione penale" si sono alternate molteplici teorie riconducibili a due orientamenti: in base al primo di essi, è necessario difendere il valore formale del codice, in quanto posto a garanzia dei diritti dei cittadini, biasimando e colpevolizzando l'uso smodato della legislazione complementare, cfr. F. MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, in *Arch. Giur.*, 1994, 263 ss.; secondo altri autori, invece, il suddetto fenomeno non può essere ricondotto solo ed esclusivamente alla negligenza e alla trascuratezza del legislatore, ma anche alla crisi della fattispecie incriminatrice classica, dovuta, a sua volta, dalla crescita della complessità della società contemporanea, cfr. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 142 ss.

⁷⁹ Così DONINI, *L'art. 3-bis in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 443, il quale mette in luce come si sia passati da un "codice-catalogo", contenente definizioni a mo' di dizionario, ad un "codice-enciclopedia" di fonte anche giurisprudenziale, costituito dalle sentenze delle Sezioni unite.

quest'ultimo possa trovare *ex novo* linfa vitale nella sistematicità e nella organicità delle disposizioni incriminatrici.

In questo contesto, si è collocato l'art. 1, co. 85, lett. q) della legge n. 103 del 2017 (c.d. Riforma Orlando) che, nel delegare al Governo la riforma dell'ordinamento penitenziario, ha stabilito tra i criteri direttivi «l'attuazione, sia pure tendenziale del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 ha provveduto, da un lato, ad inserire nella parte generale del codice penale il “Principio della riserva di codice”, *ex art. 3-bis c.p.*, secondo cui «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia», dall'altro, a trasferire nell'apparato codicistico alcune fattispecie disciplinate, prima di allora, in testi speciali.

Questo il quadro normativo. Non resta che analizzarlo, partendo proprio dalla legge delega e dai suoi contenuti al fine di attestare o meno la coerenza tra mezzo impiegato e fine perseguito.

In primo luogo, balza subito all'occhio un insolito collegamento tra riserva di codice e ordinamento penitenziario, come se si sia voluto diffondere la convinzione che la conoscibilità della legislazione complementare da parte del soggetto “potenziale delinquente” sia di per sé sufficiente a realizzare la funzione rieducativa della pena, quando, in realtà, il suddetto binomio appare sconfessato non solo dal limitato uso della pena detentiva in relazione alle fattispecie incriminatrici *extra codicem*, ma anche dalla autentica efficacia del principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 3, Cost. che «difficilmente si compie grazie alle epifanie che illuminano il condannato quando cade in estasi davanti al codice penale “città ideale”»⁸⁰.

Proseguendo, è possibile dedurre da molteplici fattori l'intento della delega di porre la riserva di codice non già come guida per “l'avvenire”, ossia criterio per la legislazione futura, bensì come canone di riordino topografico del “reperibile”, vale a dire del prodotto

⁸⁰ Così PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, 5, 137.

normativo “confezionato” nel passato. Nel dettaglio, si è proceduto, infatti, alla mera traslazione nel codice penale di “fattispecie criminose previste da disposizioni di leggi *in vigore*” senza intervenire in ordine all’opportunità di riscrivere e armonizzare il “contenuto” da interpolare alla forma stilistica e argomentativa del “contenitore”, dal momento che si è preferito lasciare intatte le scelte incriminatrici compiute precedentemente dal legislatore. Sarebbe stato, indubbiamente, più proficuo un diverso *modus operandi*, sostenuto da una differente tecnica normativa, magari prendendo come modello di ispirazione quanto proposto dalla Commissione Grosso del 1998 che, in sede di progetto di riforma del codice penale, aveva previsto all’art. 3, comma 2, che: «Nuove norme penali sono ammesse soltanto se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono». Così formulato, il principio della riserva di codice non solo fungeva da regola per la ricodificazione della parte speciale del codice, ma si proiettava al futuro, in quanto era espressamente collegato alle “nuove norme penali”. A fronte della sconfinatezza del potenziale materiale complementare da importare nel codice, la legge delega, se in teoria ha indicato di selezionare solo - si fa per dire - le fattispecie incriminatrici a tutela di beni giuridici di rilevanza costituzionale, nel concreto ha sminuito, se non proprio contraddetto, la portata enunciativa del suddetto criterio attraverso l’elencazione di beni talmente generici da poter includere, in astratto, tutte le materie regolate dalle leggi speciali.

Ciò posto, è stata la stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto di attuazione ad indicare, sulla base delle direttive poste dalla Commissione Maresca, una serie di branche *a priori* escluse dal progetto di riordino della materia penale⁸¹, nel rispetto di un espresso limite ad intervenire, e precisamente «nel caso in cui sussista una forte interrelazione dei singoli precetti penali con la disciplina di base che già li contiene», poiché - sempre a detta della Relazione - sarebbe stato controproducente «esportare precetti penali dal corpo originario che li contiene, quando già organico o di tipo anch’esso codicistico».

Orbene, il risultato conseguito con il d.lgs. n. 21 del 2018 è stato alquanto deludente: quanto *ab origine* prospettato si è tradotto nello spostamento, al netto, di una quindicina di leggi complementari all’interno della struttura codicistica, quando, invece, l’obiettivo primario era tutt’altro. L’intento del legislatore era, infatti, quello di razionalizzare e rendere, quindi, maggiormente *riconoscibile* e *comprensibile* la normativa penale e di porre un freno alla eccessiva, caotica e non sempre facilmente intellegibile produzione legislativa di settore. Dal canto suo, il decreto legislativo, invece di agevolare il perseguimento di una legislazione *riconoscibile* e *comprensibile* - aggettivi che, a loro volta, rievocano alla mente i criteri qualitativi della legalità europea, ossia l’accessibilità e la prevedibilità - non ha fatto altro che rendere maggiormente ostile e ostico il compito di

⁸¹ Nello specifico, sono state escluse le disposizioni penali in materia di: sicurezza nella circolazione stradale, infortuni sul lavoro, prostituzione, tutela dell’ambiente, gioco e scommesse, nonché armi.

orientamento posto in capo al comune cittadino, atteso che le selezionate leggi speciali, attualmente sparse qua e là nel codice penale in maniera del tutto casuale, essendo state semplicemente spostate “da fuori a dentro le mura” senza alcuna tecnica di armonizzazione e di coordinamento, si presentano ora ancor meno comprensibili e decifrabili di quando si trovavano nel loro *habitat* originario⁸².

È logico, pertanto, sostenere che l’attuazione della *ratio* sottesa alla riserva di codice richieda qualcosa in più di un semplice “cambio di posizione”, ossia un’opera di riordino non solo formale, ma anche sostanziale, provvedendo alla revisione della parte speciale, nonché alla riscrittura con stile codicistico delle sole leggi specializzate che è ragionevole inserire all’interno del codice penale⁸³.

L’incapacità della riforma di condizionare e indirizzare il futuro andamento della legislazione penale è altresì rinvenibile nella scelta di aver collocato il principio della riserva di codice al rango di legge ordinaria, e non costituzionale, poiché così strutturato l’art. 3-bis c.p. non presenta quella forza vincolante tipica dei criteri costituzionali, ma tutt’al più rappresenta una norma di indirizzo⁸⁴ con carattere relativo e derogabile, essendo soggetto al criterio cronologico e di specialità.

A tal proposito, è interessante osservare come in dottrina si sia tentato, attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata, di attribuire un valore di “principio costituente” alla riserva di codice, sostenendo che quest’ultima, a ben considerare, “legifica” i corollari del principio di legalità, quali la determinatezza e l’*ultima ratio*, rispetto alla costruzione del sistema penale, conferendo direttamente il contenuto giuridico minimo ai suddetti principi sovraordinati, altrimenti assenti sul piano operativo. Da questa visuale, ne discenderebbe come corollario che, in caso di violazione dell’art. 3-bis c.p., sarebbe possibile esperire il rimedio del sindacato di costituzionalità, ponendo come parametro di raffronto gli artt. 3 e 25, co. 2, Cost.⁸⁵

⁸² In argomento, cfr. DE FLAMMINEIS, *L’età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, 6, 30, il quale ha paventato il rischio che, essendo le norme extra-codicistiche geneticamente dense di contenuto tecnico, l’operazione di inserimento meramente topografico nel contesto del codice penale, a sua volta ricco di norme e principi generali, di fattispecie prettamente tecniche, potrebbe determinare frizioni e antinomie interpretative, del tutto contrastanti con l’obiettivo di razionalizzare il sistema.

⁸³ In senso concorde, cfr. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, 1, 15, il quale, a fronte della complessità della disciplina penale, non ritenendo auspicabile «l’attuazione tendenziale di un onnivoro codice penale», sostiene sia preferibile tornare a riorganizzare la legislazione complementare in testi unici, capaci di dare un assetto sistematico ad omogenei ambiti di tutela.

⁸⁴ In tal senso si esprime la stessa Relazione

⁸⁵ L’intrigante proposta è da attribuire al pensiero di DONINI, *L’art. 3-bis in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., 437-439, a detta del quale il principio della riserva di codice traduce, da un lato, la determinatezza «perché un sistema decodificato e acefalo produce incoerenza, particolarismo giuridico, irricognoscibilità e inconoscibilità delle regole»; dall’altro, l’*ultima ratio*, «perché la decodificazione moltiplica le fattispecie, causando quell’inflazione che è l’opposto del diritto penale come *extrema ratio*».

Seppur apprezzabili e condivisibili gli sforzi interpretativi tesi a risollevere le sorti della riserva di codice, indubbiamente nata sotto una non buona stella, la suesposta soluzione non sembra al momento praticabile, poiché osteggiata dal solito *refrain* che contraddistingue, ormai da anni, le decisioni della Corte costituzionale, accomunate da un atteggiamento “salvifico” avverso la “mannaia” della declaratoria di illegittimità costituzionale.

Anche in questa occasione, dunque, il legislatore ha peccato di superficialità, ritenendo sufficienti le esaminate interpolazioni normative, al fine di regolare i problematici rapporti sottesi al “doppio binario legislativo penale”, composto dal codice e dalle leggi complementari. Quanto descritto, invece, non basta: sono necessari strumenti normativi fortemente ispirati ai canoni della razionalità e della organicità che, pertanto, richiedono un impegno molto più articolato di quello mostrato fino ad oggi dal legislatore (delegante e delegato).

5. La *mancipatio* del processo penale dalla prescrizione: effetti collaterali della nuova trovata.

Fatta salva questa parentesi di tentata, ma non compiuta, opera di riorganizzazione del sistema penale, negli ultimi tempi la “mente diabolica” del legislatore sembra non trovare pace. Proiettato alla continua ricerca di “terre inesplorate” da invadere e “colonizzare”, il diritto penale ha, ormai, intrapreso la marcia, a passi dritti e ben distesi, verso il modello dello stato etico, dominato dalla concezione della pena come «strumento di purificazione dal male»⁸⁶ e dall’idea del raggiungimento di una giustizia “senza se e senza ma”, ossia assoluta, relegando il modello liberale all’ippocampo, parte del cervello deputata, per antonomasia, alla memoria.

Ed è proprio nell’ambito di un diritto penale che non conosce e non ammette limiti di qualsivoglia natura che si è innestata l’irrefrenabile lotta contro la prescrizione del reato, istituto posto come confine temporale al procedere dell’autorità statale.

Inserito nel Codice Rocco del 1930 tra le cause di estinzione del reato, l’istituto *de quo*, nonostante l’assenza di un pacifico riconoscimento sul suo fondamento razionale⁸⁷, è congegnato sul decorso di un determinato lasso temporale, a cui l’ordinamento attribuisce un preciso significato giuridico, connesso a «ragioni relative al punire o non punire»⁸⁸.

Lo scorrere del tempo, infatti, dilatando lo spazio cronologico tra il *tempus commissi delicti* e il momento della decisione che conclude il processo, mette in luce l’affievolimento delle giustificazioni poste a fondamento della risposta punitiva, nonché le difficoltà per l’imputato di provare la propria innocenza o, comunque, l’estraneità al fatto contestatogli,

⁸⁶ PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in www.quotidianogiuridico.it, 30 novembre 2018, 8.

⁸⁷ Sulla difficoltà di rinvenire una *ratio* univoca dell’istituto, v. PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, cit., 79 ss.; GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, cit., 2221 ss.

⁸⁸ Così PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 1, 21.

in quanto l'incedere del tempo svaluta l'attendibilità del materiale probatorio, aumentando simmetricamente la possibilità che il destinatario di un'accusa infondata rimanga vittima di un errore giudiziario.

Ciò posto, negli ultimi anni la prescrizione del reato è tornata a calcare le tavole del palcoscenico giuridico non solo giurisprudenziale, con la nota "saga Taricco"⁸⁹, ma anche, e soprattutto, legislativo, se solo si pensa che non è stato dato agli operatori giuridici nemmeno il tempo utile per studiare le novità apportate dalla legge n. 103 del 2017 che quest'ultima, a distanza di nemmeno un anno, è stata letteralmente spazzata via - sia consentito il gioco di parole - dalla Legge "Spazzacorrotti" n. 3 del 9 gennaio 2019.

Al fine di cogliere nel segno la cospicua metamorfosi subita dall'istituto, è necessario effettuare un'analisi che sia, in primo luogo, rispettosa della cronologia degli eventi e, successivamente, che faccia emergere le ricadute e i nuovi (dis-)equilibri che si sono aggiunti e si aggiungeranno al "gropbone" della macchina penale.

Orbene, la Riforma Orlando (legge 23 giugno 2017, n. 103), seppur animata originariamente dal lodevole proposito di rafforzare le garanzie difensive e di riportare il processo ad una durata ragionevole⁹⁰, ha introdotto nuove ipotesi di interruzione e di sospensione dei termini prescrizionali, così da ottenere, paradossalmente, risultati che hanno smentito le iniziali intenzioni: pregiudizio dei diritti difensivi, da un lato, e allungamento dei tempi processuali, dall'altro.

In particolare, la modifica che ha attirato maggiormente l'attenzione della comunità scientifica è stata quella relativa all'art. 159, co. 2, c.p. nella parte in cui ha inserito due nuovi eventuali periodi di sospensione, per un tempo non superiore a un anno e sei mesi ciascuno - per un totale massimo, quindi, di tre anni - decorrenti dal termine per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo e di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, fino alla pronuncia del dispositivo, rispettivamente, della sentenza che definisce il grado successivo o della sentenza definitiva⁹¹.

È evidente come la nuova ipotesi di sospensione, combinandosi con la disciplina degli atti interruttivi, abbia dato vita ad un modello ibrido che calcola per ben due volte, in modi diversi, i tempi del processo, determinando non solo un ingiustificato prolungamento dei tempi prescrizionali (e conseguentemente processuali), ma anche una lesione del diritto di difesa nella sua tipica manifestazione, ossia il diritto di impugnazione, atteso che la modifica

⁸⁹ L'espressione è da attribuire a MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2017, 3, 1 ss.

⁹⁰ Relazione illustrativa della legge n. 103 del 23 giugno 2017, in www.documenti/camera.it.

⁹¹ La legge 23 giugno 2017 n. 103 del 2017 ha ulteriormente modificato l'art. 159 c.p. precisando che «i periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha proscioltto l'imputato ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'art. 604, co. 1, 4 e 5-bis, c.p.p.».

legislativa si presenta agli occhi dell'imputato come un "ricatto emotivo" del tipo: "ricorda, se impugni la sentenza, la prescrizione si sospende"⁹².

Non c'è stato, tuttavia, neppure il tempo di incassare il colpo, nonché di toccare con mano gli esiti della riforma che, sei mesi non appena più tardi, l'allora neo Governo Giallo-Verde, mosso da una inarrestabile frenesia legislativa, non ha mostrato alcun tipo di esitazione nel mettere mano *ex novo* sulla prescrizione del reato attraverso un emendamento al disegno di legge "Misure urgenti per il contrasto dei reati contro la Pubblica amministrazione", pubblicato sì in Gazzetta ufficiale come legge n. 3 del 2019 in data 16 gennaio 2019, ma i cui effetti cominceranno a decorrere a partire dal 1° gennaio 2020.

Inspirata dalla malsana convinzione che la suddetta causa estintiva rappresenti «l'ancora di salvezza dei delinquenti (nonché) una delle principali cause di intasamento dei Tribunali»⁹³, la neo-riforma, cavalcando l'onda populista e autoritaria, ha apportato rilevanti modifiche agli artt. 158, 159 e 160 c.p. sotto il profilo del decorso del termine di prescrizione del reato. Spingendosi ben oltre rispetto a quanto era stato fatto dal precedente intervento normativo, la legge n. 3 del 2019 ha introdotto un'ulteriore ipotesi di sospensione della prescrizione, decorrente dalla pronunzia della sentenza di primo grado (sia di condanna che di assoluzione) o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna.

Se, infatti, come si è poc'anzi rilevato, la riforma Orlando aveva previsto una sospensione del corso della prescrizione a seguito della sentenza di "sola" condanna in primo e/o in secondo grado, confermata nel grado successivo, ciascuno per un periodo non superiore a un anno e sei mesi, la legge "Spazzacorrotti" ha compiuto una scelta decisamente più radicale, prevedendo il blocco definitivo della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado o il decreto di condanna, indipendentemente dall'esito di condanna o di assoluzione⁹⁴.

Non è da meno la modifica avente ad oggetto il reato continuato che ha riportato le lancette dell'orologio alla regola vigente prima della legge *ex-Cirielli* del 2005, che, sulla base della concezione unitaria (del reato continuato), fa decorrere il termine di prescrizione dalla cessazione della continuazione e non più, quindi, dal momento della commissione di ciascuno dei reati avvinti dal medesimo disegno criminoso, producendo uno spostamento in avanti del *dies a quo*, rimesso alla discrezionalità del giudice.

Le modifiche normative apportate suscitano plurime riserve.

In primo luogo, dal punto di vista metodologico e stilistico, è alquanto bizzarra la scelta di aver qualificato come sospensione il blocco totale della prescrizione, essendo quest'ultimo privo della caratteristica principale che accomuna tutte le cause di cui all'art. 159 c.p., ossia la ripresa del corso dei termini prescrittivi. Tecnicamente, infatti, la novella non configura

⁹² Sia consentito il rinvio sul punto ad ADDANTE, LOMBARDO, *La prescrizione del reato*, Pisa, 2018, 168.

⁹³ Così proclamava il Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede prima d'insediarsi in via Arenula, in www.beppegrillo.it, 24 ottobre 2015.

⁹⁴ Proposta già avanzata dalla Commissione Gratteri del 2014.

un'ipotesi né di interruzione né di sospensione, ma individua, *sic et simpliciter*, un nuovo *dies ad quem*, che, pertanto, avrebbe dovuto essere inserito nell'art. 158 c.p.⁹⁵

La posticipazione dell'entrata in vigore della neo-prescrizione rappresenta un ulteriore dato a conferma del regime più sfavorevole per l'imputato, a cui dovrà essere garantita, considerata l'assenza di una disposizione transitoria e la natura sostanziale dell'istituto, l'applicazione del principio di irretroattività⁹⁶.

I profili della disciplina che, pur non essendo entrati ancora in vigore, hanno sin da subito destato maggiori preoccupazioni sono i possibili contrasti con le garanzie e i correlati principi costituzionali e convenzionali⁹⁷.

In primo luogo, serie perplessità si pongono in ordine alla conformità della riforma con il principio della ragionevole durata del processo tutelato a livello convenzionale dall'art. 6 C.E.D.U. e costituzionale dall'art. 111 Cost., il quale prescrive che la decisione definitiva intervenga in tempi, per l'appunto, ragionevoli, ossia determinati, così da non sottoporre le vicende giudiziarie ad un processo *sine die*.

La scelta di bloccare il decorso dei termini prescrizionali dopo la sentenza di primo grado rappresenta un concreto pericolo per la salvaguardia dei tempi processuali, dal momento che la scomparsa dell'istituto nei gradi di impugnazione si tradurrà inevitabilmente in un fisiologico "calo di prestazione" da parte dei giudici di appello e della Corte di cassazione, il cui operato non sarà più condizionato dallo "spauracchio" della prescrizione del reato⁹⁸. Essendo stato, di recente, manifestato espressamente dal mondo accademico l'esigenza di garantire che la soggezione al potere pubblico non possa essere temporalmente illimitata e che la durata ragionevole del processo debba essere assicurata in forma distinta e autonoma

⁹⁵ In tal senso, cfr. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 gennaio 2019, secondo il quale l'impropria collocazione della nuova disciplina nell'art. 159 c.p. sottolinea, dal punto di vista topografico, la sostituzione della Riforma Orlando.

⁹⁶ Sul punto, GATTA, *op. ult. cit.*, si interroga sulla possibilità o meno di invocare il principio di irretroattività in relazione ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 e prima dell'entrata in vigore delle disposizioni relative alla prescrizione del reato (1° gennaio 2020), dal momento che già da oggi è possibile prevedere il regime normativo più sfavorevole.

⁹⁷ Sul punto, è da segnalare l'appello promosso dall'Unione delle Camere Penali Italiane, sottoscritto da oltre centocinquanta docenti universitari, indirizzato al Presidente della Repubblica per rinviare alle Camere la legge di riforma, sostenendo che la stessa comporterebbe un *vulnus* a diversi principi di carattere costituzionale, cfr. www.camerepenali.it.

⁹⁸ Sul punto, cfr. O. MAZZA, *Ideologie della riforma Orlando*, in *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di Testaguzza, Padova, 2018, 217, a detta del quale «nella prassi applicativa la prescrizione è l'orologio che scandisce i tempi dell'attività del giudice». In argomento, è da segnalare un parere espresso dal C.S.M. sulla legge n. 3 del 2019 che sottolinea come le nuove norme in tema di prescrizione rischiano di comportare che i «gradi di giudizio successivo al primo si svolgano più lentamente che in passato, venendo meno uno dei principali fattori che determinano, di norma, un'accelerazione dei tempi di definizione dei processi, legato al pericolo di prescrizione del reato *sub iudice*, [che] è stato sempre considerato uno dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali».

rispetto alla prescrizione del reato⁹⁹, è necessario rilevare come il suesposto modo di agire configuri un processo oltre ogni ragionevole durata che, assumendo le sembianze di una *poena naturalis*, priva di limiti temporali e di per sé incalcolabile, calpesta i diritti non solo dell'imputato, ma anche della vittima del reato e della collettività, facendo presagire l'eventualità, non così remota, che, in futuro, venga sollevata una questione di legittimità costituzionale, ponendo come parametro interposto proprio il principio della ragionevole durata del processo, a causa del suo allungamento senza alcun legittimo fondamento.

A fronte della concreta possibilità di ottenere una sentenza di condanna all'esito di un processo irragionevolmente lungo appare assordante il silenzio del legislatore nel non aver introdotto nel sistema penale opportuni rimedi di compensazione, previsti, al contrario, da molteplici realtà straniere, come, ad esempio, una circostanza attenuante ad effetto speciale che, a seguito del formale accertamento della durata irragionevole del processo e sempre che non sia intervenuta la prescrizione, comporti una riduzione della pena comminata¹⁰⁰, affidando al legislatore il compito di fissare precisi parametri-guida, al fine di calcolare la giusta dose da scontare, così scongiurando un'eccessiva discrezionalità in capo all'organo giudiziario.

Non meno preoccupanti e tangibili sono le ricadute sul principio della presunzione di innocenza ex art. 6, par. 2, C.E.D.U. e 27, co. 2, Cost., in quanto il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado tramuta gli imputati, sia condannati che assolti, in "eterni giudicabili", considerati alla pari di presunti colpevoli su cui far ricadere le inefficienze del sistema giudiziario: «il retropensiero sembra chiaro, e coincide con l'abbandono del principio *in dubio pro reo* in favore dell'*in dubio pro republica*»¹⁰¹.

È da segnalare, inoltre, la dissonanza con il diritto di difesa ex art. 24 Cost. e con la funzione rieducativa della pena ex art. 27, co. 3, Cost, in quanto, da un lato, l'imputato avrà maggiori difficoltà nella raccolta delle prove, nonché nella ricostruzione compiuta dei fatti, e, dall'altro, la sanzione, che presumibilmente agirà a notevole distanza temporale dal fatto commesso, andrà a colpire una persona che, a causa del corso naturale degli eventi, sarà inevitabilmente cambiata e, pertanto, potrebbe non necessitare più di alcun trattamento rieducativo.

Orbene, la metamorfosi della prescrizione mette in gioco la tenuta di un limite garantista all'intervento penale, aprendo la porta ad un concreto pericolo: quello di trasformare il regime della imprescrittibilità dei reati da eccezione a regola generale.

La *ratio* dell'intervento normativo, infatti, si fonda su di una visione distorta della realtà giuridica, vale a dire quella di considerare la prescrizione del reato come il nemico acerrimo

⁹⁹ Cfr. *Il Manifesto del Diritto Penale liberale e del giusto processo*, punto 31, redatto dall'Unione delle Camere Penali Italiane, con la collaborazione di giuristi delle più autorevoli Università Italiane, e presentato in un Convegno a Milano, presso l'Università Statale, in data 10 e 11 maggio 2019.

¹⁰⁰ In tal senso, v. O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 207 ss.,

¹⁰¹ Così MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1.

da combattere e da spazzare via, costi quel che costi. E così, in maniera del tutto autoritaria, è stato attribuito valore di legge alla falsa convinzione che la suddetta causa estintiva del reato rappresenti «il male da eliminare, o meglio, il cancro che si diffonde anno dopo anno nel corpo del sistema penale italiano»¹⁰², essendo (la stessa) una delle cause principali dell'inefficacia e dell'inefficienza della macchina giudiziaria.

A ben considerare, se è pur vero che lo scorrere del tempo reca con sé l'effetto di impedire all'autorità statale di accertare e giudicare per tempo il fatto (di reato), producendo una distorsione delle dinamiche sostanziali e processuali, è altresì indubbio come esso sia anche il "risultato" ottenuto dalla somma delle principali cause di indebolimento dell'apparato giudiziario, tra cui sicuramente figurano: a) il fenomeno della ipertrofia penale¹⁰³ che, estendendo la minaccia della sanzione penale ad un numero sempre più elevato di comportamenti indesiderati al fine di soddisfare istanze di sicurezza, ha accresciuto la quantità dei procedimenti penali; b) la scarsa applicazione dei riti alternativi e degli strumenti di deflazione, quali gli istituti della particolare tenuità del fatto e della sospensione con messa alla prova, comportando un ingolfamento e un rallentamento dell'*iter* processuale; c) la carente organizzazione degli uffici e delle risorse umane e materiali.

A fronte di questi fattori, l'intervento della prescrizione, ben lungi dall'essere concausa della disfunzione del processo, si limita ad attestarne l'alterazione, nonché a «svuotare progressivamente il fiume dei procedimenti che vengono avviati»¹⁰⁴.

Allo stesso modo, risulta un comportamento sleale e ingannevole, soprattutto nei confronti degli inesperti della materia, l'aver posto a sostegno della riforma l'argomentazione secondo cui la disciplina - ancora vigente - prevista dagli artt. 157 ss. c.p. costituirebbe «un'anomalia nel panorama di tutte le democrazie occidentali», dal momento che l'ordinamento italiano è l'unico in cui la prescrizione [...] non si interrompe mai»¹⁰⁵, laddove negli altri Stati il meccanismo estintivo si bloccherebbe con il rinvio a giudizio o la condanna di primo grado.

Senza voler smentire il carattere peculiare della normativa italiana all'interno del panorama internazionale, è necessario, tuttavia, sottolineare che la prescrizione del reato rappresenta

¹⁰² MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 976, il quale, proprio a fronte del rischio di imminente caduta in prescrizione per molti dei reati contestati nei processi relativi all'inchiesta "Mani pulite", propose con vena provocatoria l'allungamento dei termini prescrizionali con effetto retroattivo, proposta che fu sin da subito fortemente criticata dalla maggior parte della letteratura, tra cui NOBILI, STORTONI, DONINI, VIRGILIO, ZANOTTI, MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, 318 ss., i quali ne hanno sottolineato il palese carattere di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost.; nonché FASSONE, *Troppi processi muoiono per prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 242 ss.

¹⁰³ Per un approfondimento sul fenomeno, v. FIANDACA, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., 26 ss.; FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 149.

¹⁰⁴ SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, 176.

¹⁰⁵ Così CASELLI, *Governo M5s-Lega, cosa va e cosa no nella giustizia immaginata nel contratto*, in *Il Fatto Quotidiano*, 1° giugno 2018.

lo specchio della cultura e della tradizione giuridica del Paese di appartenenza e che, di conseguenza, appare alquanto presuntuoso pretendere di traslare il modello prescrizione tedesco in quello italiano, attese le marcate differenze che contraddistinguono i due ordinamenti giuridici. In particolare, a differenza che in Italia, in Germania il diritto penale è caratterizzato da: a) un numero inferiore di reati; b) un ruolo maggiormente funzionale da parte degli strumenti deflattivi; c) una gamma sanzionatoria meno severa, in cui il dominio è assegnato alla sanzione pecuniaria; d) un regime solo tendenzialmente obbligatorio dell'azione penale poiché temperato dal principio di opportunità; e) una prescrizione del reato a carattere processuale, a conferma del fatto che la natura giuridica di un istituto non rappresenta un mero orpello da confinare in questioni puramente dogmatiche ma, al contrario, determina rilevanti ripercussioni sulla disciplina normativa dell'istituto che avvolge.

Inoltre, ponendosi la riforma come un efficace antidoto ad un altro diffuso stereotipo, quello secondo il quale la maggior parte delle prescrizioni sono da imputare alle strategie dilatorie della difesa, è necessario sottolineare la limitatezza di una siffatta argomentazione sotto un duplice versante: da un lato, non può essere revocata in dubbio la frequenza con cui nelle aule di giustizia si assiste a rinvii di udienze, dovuti a motivi che esulano dalla sfera difensiva dell'imputato, a riunioni di procedimenti non necessarie, nonché a erronee valutazioni sulla competenza; dall'altro, in merito al presunto abuso del diritto di difesa, occorre rimembrare che la recente Riforma Orlando aveva dato ancor più spazio alla c.d. "cultura della inammissibilità delle impugnazioni"¹⁰⁶ ex art. 591 c.p.p., al fine di contenere la pretestuosità dei ricorsi in appello e in cassazione.

Orbene, dall'analisi della nuova prescrizione del reato, entrata effettivamente in vigore il 1° gennaio 2020, appare evidente come la funzione repressiva della logica autoritaria abbia scalzato l'esigenza, promossa dal pensiero liberale, di porre limiti all'intervento statale, rischiando, tuttavia, che la legge n. 3 del 2019 non solo si ponga in contrasto con i principi democratici tipici di uno Stato di diritto, ma che si risolva in un nulla di fatto. Osservando le statistiche giudiziarie si può, infatti, constatare come la maggior parte delle prescrizioni maturi ad oggi nella fase delle indagini preliminari con una percentuale pari a circa il 60% dei casi¹⁰⁷, mentre notevolmente più bassa si presenta l'incidenza della causa estintiva nei giudizi di impugnazione (circa il 25% dei procedimenti in appello e l'1% dei casi in cassazione).

¹⁰⁶ O. MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3472.

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. INSOLERA, *Le clemenze anomale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 settembre 2014, secondo il quale il suddetto dato conferma che l'istituto della prescrizione del reato viene sfruttato dalle Procure della Repubblica come strumento di elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale e, di conseguenza, quale "anomale forma di clemenza" nei confronti dell'indagato.

Ciò conferma che l'attenzione del legislatore avrebbe dovuto concentrarsi altrove¹⁰⁸, ossia sulle reali cause del problema del sovraccarico sul penale, nella sua duplice dimensione sostanziale e processuale. L'errore commesso è stato quello di addossare sulla prescrizione del reato delle responsabilità che, invero, erano da ricondurre alla causa principale dell'intasamento della macchina giudiziaria, ossia all'ipertrofia legislativa, sulla quale, ancora una volta, si è preferito chiudere gli occhi, optando per la trasformazione della prescrizione del reato da causa di estinzione del reato a causa di estinzione della libertà personale.

6. La depenalizzazione amministrativa e civile: dalle tecniche di tutela alternative extra-penali al diritto penale alternativo.

Dinanzi ad un simile scenario, il legislatore, restio ad adottare una tecnica normativa capace di restituire al diritto penale il carattere di *extrema ratio* per la tutela frammentaria dei beni giuridici, a loro volta essenziali per l'esistenza e lo sviluppo della comunità statale¹⁰⁹, è dovuto più volte correre ai ripari, al fine di evitare un corto circuito del sistema penalistico. In particolare, nel corso degli anni, la politica legislativa si è avvalsa, ciclicamente, di strumenti giuridici finalizzati a placare i "bollenti spiriti" tracimanti del diritto penale, come il filo di una spada, è destinato a deteriorarsi, qualora eccessivamente impiegato¹¹⁰.

Ciò spiega la presenza nella storia normativa di periodiche fasi dedicate a mitigare le infauste conseguenze della criminalizzazione, nonché a decongestionare la macchina processuale attraverso le molteplici e articolate vie della deflazione, indirizzate a ripristinare l'ordinamento giuridico su basi sistematiche ed utilitaristiche.

Prima di analizzare nel dettaglio le scelte compiute e le relative ricadute sull'assetto normativo, è necessario effettuare una precisazione di carattere terminologico, al fine di non incorrere in errori o spiacevoli malintesi, considerata la notevole difficoltà di elaborare una nozione unitaria della categoria in questione.

Nonostante le più disparate definizioni e le plurime distinzioni presenti in dottrina, quando si declina il termine "deflazione" nel gergo penalistico si è soliti alludere ad una politica di

¹⁰⁸ Da segnalare la proposta di MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, in *disCrimen*, 8 ottobre 2018, secondo il quale al fine di ridurre il tasso di prescrizione sarebbe sufficiente trasporre nell'ordinamento giuridico italiano «quella semplice regola di civiltà giuridica caratteristica dei Paesi d'oltralpe (cfr. il § 467a StPO tedesco e il § 393a StPO austriaco) in forza del quale nel caso di assoluzione, proscioglimento *et similia*, le spese necessariamente sostenute dall'imputato sono a carico dello Stato. A tale innovazione basterebbe poi affiancare il doveroso controllo della Corte dei Conti, con conseguente responsabilità contabile a carico del titolare dell'azione penale (o del GIP), nel caso di superamento di determinate "soglie di rimborso" fatte registrare dai singoli Uffici Giudiziari».

¹⁰⁹ Cfr. VON LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, 359 e 347 ss.; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, 382.

¹¹⁰ DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2013, 1658.

contenimento e di salvaguardia del diritto penale che, guidata dal criterio della razionalizzazione mista all'efficienza, si pone come obiettivo la concentrazione delle risorse disponibili sui settori della criminalità medio-alta, attraverso l'impiego di tecniche di selezione dell'area penalmente rilevante maggiormente trasparenti e controllabili. Considerata l'ampiezza del fenomeno, capace di racchiudere al suo interno molteplici meccanismi "riduttivi", non stupisce affatto la scelta di aver tracciato al suo interno una preliminare distinzione tra "deflazione in astratto" e "deflazione in concreto", a loro volta ulteriormente scomponibili.

Concentrando, per il momento, l'attenzione sulla prima delle due categorie, dal contenuto maggiormente omogeneo, essa comprende, da un lato, la decriminalizzazione o depenalizzazione secca, che si sostanzia nella radicale cancellazione di una fattispecie incriminatrice dal novero degli illeciti penali e non¹¹¹, dall'altro, la depenalizzazione *lato sensu*, con cui si intende tradizionalmente la degradazione legislativa di un reato in un illecito punitivo amministrativo, civile o disciplinare.¹¹² Pur avendo di mira il medesimo obiettivo, ossia la volontà di combattere l'ipertrofia penale, i due fenomeni conducono a diversi risultati: il primo all'illecito *extra*-penale, il secondo all'abolizione *in toto* della rilevanza penale.

In particolare, al fine di contrastare e ridurre l'eccessivo ricorso al diritto penale, il legislatore ha tentato di dare concreta attuazione al principio di sussidiarietà *ex ante*, utilizzando tecniche alternative di tutela *extra*-penali, meno afflittive e più efficaci, indirizzate alla «progressiva riduzione dell'area di tutela tradizionalmente coperta dal sistema penale e nella sua surroga con altri strumenti di controllo sociale»¹¹³.

All'epidemia del morbo criminale si è, dunque, somministrata come cura l'eliminazione dal campo penale di alcuni fatti considerati di minore rilevanza etico sociale e la conseguente loro sottoposizione alla sanzione amministrativa, in virtù della sua intrinseca minore gravità, ovvero per merito della sua maggiore efficacia rispetto alla sanzione penale.

¹¹¹ Così NUVOLONE, voce *Reati (Depenalizzazione di)*, in *Noviss. Dig. it. App.*, VI, Milano, 1986, 295 ss.; secondo un'opposta interpretazione, maggiormente fedele al dato letterale, la decriminalizzazione individuerrebbe la perdita del solo carattere criminale dell'illecito, che, tuttavia, continuerebbe a mantenere la propria contrarietà all'ordinamento giuridico come illecito *extra*-penale, cfr. GREVI, *Giudice unico e giudice onorario nel processo penale*, in *Atti dell'incontro sul giudice onorario*, Milano, 1979, 27 ss.; un terzo orientamento, invece, identifica la decriminalizzazione con la trasformazione della pena detentiva in pena pecuniaria, cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 237, secondo il quale i crimini dovrebbero essere puniti con la pena detentiva, mentre le contravvenzioni con la pena pecuniaria.

¹¹² Sull'argomento, cfr. GIUNTA, *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. Vassalli, Milano, 1986, 192 ss.; nonché SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995, 46 ss., in base al quale, secondo un'analisi prettamente terminologica, la differenza tra le due nozioni tende a sottilizzarsi fino a venir totalmente meno, dal momento che «"decriminalizzazione" indica l'eliminazione dal fatto - ad opera della normativa - del carattere di crimine, di reato con l'attenzione portata essenzialmente sulla parte condizionante della norma, mentre con "depenalizzazione" si indica l'esclusione - sempre da parte di una norma - della pena come conseguenza della realizzazione di un determinato fatto».

¹¹³ In questi termini, PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, 426 ss.

Per tradizione giuridica, infatti, la depenalizzazione è sempre stata indicata come la via maestra - a tratti smarrita - avente come obiettivo l'aspirazione di «trovare qualcosa di diverso che sia meglio del diritto penale»¹¹⁴ che, come una formula matematica impiegata nello svolgimento di un problema di geometria, richiede il compimento, preciso e dettagliato, di una serie ineliminabile di passaggi, ciascuno di per sé indispensabile, al fine di ottenere il giusto risultato. Il collegamento tra l'«ipotesi» e la «tesi» è stato, tuttavia, sovente interrotto sia dalla incapacità del legislatore di distinguere nettamente tra beni meritevoli e non di tutela penale, sia dalla convinzione di ritenere non opportuno il ricorso a strumenti alternativi di tutela, in quanto etichettati come di minor impatto emotivo nonché più costosi¹¹⁵.

Ciò spiega il discreto, altalenante e contraddittorio impiego della politica deflativa in astratto, che si è tradotto in un totale fallimento della depenalizzazione, dal momento che a quest'ultima - eccetto il pregio di aver codificato l'autonoma disciplina sostanziale e processuale dell'illecito amministrativo punitivo con la legge n. 689 del 1981 - sono, per la maggior parte, riconducibili risultati vuoti ed inconsistenti.

Sin dai suoi esordi nel panorama legislativo nazionale, la degradazione dei reati in illeciti amministrativi è stata, infatti, guidata da due criteri alquanto discutibili sul piano operativo: il primo, di carattere formale, calibrato sulla specie di pena comminata dalla legge, nel dettaglio la multa o l'ammenda, ha dato vita ad una depenalizzazione c.d. «cieca»¹¹⁶, cesellata, di volta in volta, dall'esclusione di una serie di materie in considerazione dei beni giuridici in questione; il secondo, invece, di carattere nominativo, teso a selezionare mirate fattispecie incriminatrici contenute nel codice penale e nella legislazione speciale. Se al primo indice si è soliti obiettare l'assenza di razionalità selettiva, poiché lo stesso pone sotto l'ala della depenalizzazione illeciti con una diversa rilevanza giuridica, al secondo è attribuita un'intrinseca inutilità sotto il profilo del contenimento della sfera penalistica, tanto che in dottrina c'è chi ha parlato di «stesura del certificato di morte di alcuni cadaveri ormai caduti nell'oblio»¹¹⁷. Non c'è, pertanto, alcun dubbio sul fatto che sarebbe stato largamente preferibile fondare, in via prevalente, la politica di depenalizzazione su una strategia diversa,

¹¹⁴ E' la nota formulazione di RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, 57 ss.

¹¹⁵ Sulla illusione del diritto penale a costo zero, quale strumento più conveniente dal punto di vista economico, cfr. le acute osservazioni di PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1092, il quale mette in luce come a causa di «una strana forma di cultura economica [che] impone al legislatore di coprire con appositi stanziamenti di bilancio ogni spesa prevista dalle sue leggi, ma non i costi che derivano dalla loro esecuzione in via amministrativa o per opera della giurisdizione», si ignora il fatto che le riforme legislative penali siano leggi di spesa «che dovrebbero essere attentamente valutate negli oneri che implicano e adeguatamente sostenute con stanziamenti di bilancio corrispondenti».

¹¹⁶ Espressione ideata da PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1692.

¹¹⁷ Così PIERGALLINI, *Pene private e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Basile, Gatta, Paliero e Viganò, Milano, 2018, 635.

come, ad esempio, quella di procedere alla selezione dei reati per materia o per settori di disciplina: tecnica non del tutto estranea all'ordinamento nazionale¹¹⁸, ma ancora fortemente ignorata.

Il legislatore, infatti, applicando pedissequamente il criterio «pigro e formalistico»¹¹⁹ della tipologia di pena ha ridotto soltanto apparentemente l'area dell'illecito penale, quando, invece avrebbe potuto usare la depenalizzazione come uno strumento di rimozione della categoria contravvenzionale¹²⁰, la quale nella maggior parte dei casi è posta a tutela di mere funzioni e non di beni giuridici, basando la deflazione sul tipo di interesse tutelato dalle singole norme incriminatrici¹²¹. Inoltre, non può essere sottovalutato il diffuso atteggiamento di sfiducia nei confronti della potestà punitiva della Pubblica amministrazione che, relegata all'interno degli angusti confini della tutela degli interessi amministrativi in senso stretto, ha notevolmente ostacolato la configurazione di un illecito amministrativo punitivo sorretto da una disciplina organica e matura.

In conclusione, la degradazione dell'illecito da penale ad amministrativo - soprattutto quella attuata con la legge n. 689 del 1981 - non ha dato i frutti sperati, perché la stessa ha omologato la sanzione amministrativa alla pena, impendendo un confronto in termini di sussidiarietà e riducendo il suddetto paragone ad un mero vaglio di maggiore - sanzione penale - minore - sanzione amministrativa - intensità afflittiva.

Ciò posto, se fino a qualche anno la depenalizzazione era paragonabile ad un soliloquio affidato all'esclusiva voce dell'illecito amministrativo punitivo, oggi, invece, la stessa si è tramutata in un coro a due voci, in cui la storica sanzione amministrativa non ha più l'esclusivo monopolio.

La legge n. 67 del 28 aprile 2014, tra i suoi molteplici contenuti, ha, infatti, conferito al Governo una duplice delega in materia di depenalizzazione, facendo ricorso a due distinte tecniche di degradazione, avente ad oggetto l'una la tradizionale conversione di determinati reati in illeciti amministrativi, l'altra, invece, l'abrogazione di specifiche fattispecie incriminatrici con la contestuale loro trasformazione in illeciti civili sottoposti alla inedita

¹¹⁸ Si fa riferimento alla depenalizzazione attuata con il d.lgs. n. 507 del 1999, il quale, appunto, ha operato non sulla base di un criterio generale, ma per campi di materia, come la disciplina degli assegni a vuoto, della tutela degli alimenti, della navigazione.

¹¹⁹ Così è stato definito il criterio di depenalizzazione fondato sulla tipologia di pena (della multa e dell'ammenda), da parte di BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 189 ss., spec. 220.

¹²⁰ Sul punto, cfr. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 60 ss., secondo cui una delle cause incentivanti il processo di depenalizzazione era la sfiducia nell'effetto intimidatorio delle contravvenzioni per la loro obiettiva tenuità, per la scarsità degli effetti penali ad esse collegati, nonché per il loro breve termine prescrizione.

¹²¹ In tal senso, cfr. il progetto di depenalizzazione della Commissione per la revisione del sistema penale, presieduta dal Prof. Antonio Fiorella, che, al fine di individuare le fattispecie incriminatrici da trasformare in illeciti amministrativi, nell'art. 1 del disegno di legge delegava il Governo a trasformare in illeciti amministrativi non solo i reati puniti con la pena della multa o dell'ammenda, ma anche le contravvenzioni sanzionate con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

sanzione civile pecuniaria¹²². Se la depenalizzazione classica, che ha trovato attuazione con il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, si è posta in linea con i tradizionali criteri di degradazione, in precedenza esaminati e criticati, la rivoluzionaria strategia deflativa, eseguita con il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7, ha introdotto nel sistema penalistico significativi elementi di novità che meritano a questo punto di essere analizzati, al fine non di interrogarsi sullo stato dell'arte del risarcimento del danno nell'ambito del sistema sanzionatorio - su cui ci si soffermerà, in maniera analitica, nel proseguo della trattazione - ma di cogliere l'effettivo ruolo della sanzione punitiva civile sul piano deflativo. La configurazione del nuovo istituto suscita, invero, molteplici quesiti su distinti profili, che, se sommati tra di loro, conducono ad una conclusione ben distante dalla *ratio* sottesa alla disciplina normativa: la costante presenza del carattere penale, nonostante l'istanza di ridurne la quantità.

L'operazione di *restyling* normativo ha richiesto due distinte fasi esecutive: in primo luogo si è proceduto alla abrogazione formale dei reati, apportando le necessarie modifiche di coordinamento all'impianto codicistico; successivamente, si è proseguito con la configurazione dei nuovi illeciti civili, recuperando quasi *in toto* la struttura normativa della originaria versione, inserendo le sole modifiche ritenute necessarie¹²³. In particolare, partendo dal nucleo centrale dell'intervento, il d.lgs. n. 7 del 2016 ha decretato il passaggio dalla sfera penale a quella civile di un elenco tassativo di reati, posti a tutela di interessi prettamente privatistici, quali l'ingiuria¹²⁴ - ma, appositamente, non la diffamazione -, la falsità in scritture private e quelli relativi a rapporti economico-patrimoniali intercorrenti tra privati, come il danneggiamento semplice, la sottrazione di cose comuni e le appropriazioni indebite minori¹²⁵. Non desta, pertanto, stupore la scelta di aver lasciato

¹²² Uno studio pionieristico sull'argomento è stato condotto da MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale: le alternative di tutela*, Padova, 1989.

¹²³ Le interpolazioni normative degne di nota sono quelle che hanno riguardato, rispettivamente, l'ingiuria e le ipotesi di falso in scrittura privata: nella prima fattispecie all'offesa prodotta con le tradizionali modalità - comunicazione telefonica o telegrafica - è stata aggiunta quella realizzata con mezzi informatici e telematici, così legiferando un approdo giurisprudenziale già ben saldo; nella seconda categoria, invece, il dolo specifico, come criterio selettivo di rilevanza penale, è stato sostituito con un più specifico evento di danno, giustificando tale scelta in virtù dello stretto legame intercorrente tra i nuovi illeciti civili e l'azione di risarcimento del danno.

¹²⁴ Intervento legislativo abrogativo salutato sì con favore dalla Associazione italiana dei Professori di Diritto penale, ma che a detta di quest'ultima sarebbe stato maggiormente efficiente attraverso l'introduzione di un illecito civile tipizzato, avente ad oggetto la tutela dell'onore e del decoro della persona presente. La relativa fattispecie, magari da inserire dopo l'art. 10 del c.c., potrebbe in teoria così configurarsi: "Ogni persona ha diritto alla tutela del proprio onore e decoro, se presente. Il pregiudizio a tali diritti può comportare che il soggetto passivo si rivolga al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno, eventualmente anche in forma simbolica, come scuse, aut similia", in https://www.aipdp.it/documenti/6_gruppo/001_Reati_contro_l_onore_di_Adelmo_Manna.pdf.

¹²⁵ Per una analisi dettagliata sui singoli illeciti civili punitivi, cfr. GUERRINI, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina e Mancuso, Padova, 2017, 1 ss.; sulla funzionalità del suddetto intervento appare dubbiosa l'opinione di RISICATO, *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

immutata la veste giuridica dell'elemento soggettivo, statuendo all'art. 3 del d.lgs. n. 7 del 2016 che i fatti "dolosi" previsti dall'art. 4 obbligano oltre alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile.

Ed è proprio qui che si innesta uno dei nodi di fondo dell'intera disciplina: aver indicato come principale ed unico beneficiario della sanzione punitiva la Cassa delle ammende, discostandosi sul punto dalla musa ispiratrice della nuova categoria, ossia dall'istituto delle "pene private"¹²⁶ (legali) che, al contrario, indirizza l'importo del pagamento al soggetto passivo dell'illecito civile. Individuando, dunque, lo Stato come legittimo destinatario della somma "ultra-compensativa", il legislatore non solo ha riprodotto il modello della sanzione pecuniaria penale e amministrativa, attribuendo, di conseguenza, una forte valenza pubblicistica ad un campo dichiaratamente privatistico, ma ha anche deliberatamente "escluso dai giochi" il soggetto danneggiato, in quanto ha subordinato l'inflizione della sanzione punitiva alla decisione *ex officio* del giudice civile, considerando alla stregua di una mera "condizione di procedibilità" il previo accoglimento della fondatezza della domanda di risarcimento del danno proposta dalla persona offesa¹²⁷.

Nonostante la scelta da parte del legislatore di creare l'ennesimo fondo pubblicistico sia stata giustificata nella Relazione governativa dalla esigenza di prevenire pretestuosi contenziosi, evitando, appunto, di assegnare al privato la somma liquidata a titolo punitivo, a ben considerare il suddetto *empasse* sarebbe stato facilmente superabile adottando una diversa prospettiva: assegnare l'iniziativa nonché destinare il godimento della sanzione punitiva al privato. Questa soluzione avrebbe, invero, comportato inevitabili ricadute positive sia sul piano collettivo, in termini di deterrenza, che su quello individuale, atteso che il danneggiato sarebbe stato debitamente compensato dei costi legati all'azione civile¹²⁸.

2019, 2, 493, secondo la quale «è lecito chiedersi se ne valesse realmente la pena, specie considerando che due degli ex reati trasfigurati appartenevano già alla competenza del giudice di pace, laddove il risarcimento del danno svolge un ruolo autenticamente fondativo».

¹²⁶ Uno studio pionieristico sull'argomento è stato condotto da BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli, Scafi, Milano, 1985, 29 ss., secondo cui per aversi una pena privata è necessario, da un lato, l'iniziativa del danneggiato e, dall'altro, la destinazione dei proventi della sanzione pecuniaria alla persona offesa.

¹²⁷ La soluzione alternativa che si poneva al legislatore delegato era quella di rimettere la sanzione pecuniaria civile alla disponibilità della persona offesa attraverso una sua esplicita richiesta. La scelta compiuta dal legislatore ha, invece, comportato l'isolamento del danneggiato in ordine al contraddittorio sull'illecito punitivo civile, dal momento che, come ha rilevato sul punto GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in www.legislazionepenale.eu, 29 luglio 2016, 48 ss., «la persona offesa che agisce in giudizio per il risarcimento del danno non avrà motivo - né è tenuta - nell'atto introduttivo a far menzione dell'illecito punitivo civile che rimarrà "estraneo" al giudizio sino all'accoglimento della domanda di risarcimento del danno».

¹²⁸ In tal senso, cfr. RISICATO, *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico*, cit., 494, secondo la quale la necessità di impedire un trasferimento di ricchezza sproporzionato rispetto al fatto illecito a favore della persona offesa si risolve in una preoccupazione più apparente che reale, considerato che sembra «difficile immaginare che l'importo della sanzione pecuniaria non entri a far parte, sia pure in via ufficiosa, delle voci

Inoltre, gli indici di commisurazione delle sanzioni pecuniarie civili, che vanno da un minimo di cento euro ad un massimo di dodici mila euro, ricalcano i criteri di matrice punitiva di cui all'art. 133 c.p. Si è stabilito, infatti, all'art. 5 del d.lgs. cit. che il giudice civile debba determinare l'importo della sanzione tenendo conto: della gravità della violazione; della reiterazione dell'illecito; dell'arricchimento del soggetto responsabile; dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; della personalità dell'agente e, infine, delle condizioni economiche di quest'ultimo. Questo ennesimo richiamo ha condotto parte della dottrina a ritenere sussistente un collegamento non effimero con le categorie del diritto penale e con la copiosa elaborazione giurisprudenziale in tema di causalità e colpevolezza¹²⁹. Non può essere, infatti, sottaciuto sul punto il divieto normativo di copertura assicurativa ex art. 9 a cui fa seguito l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione pecuniaria come espressione del principio di carattere costituzionale ex art. 27, co. 1, Cost. secondo cui la responsabilità penale è personale.

Il risultato è tutt'altro che prevedibile: l'impressione che si ha è quella di essere dinanzi ad una (ennesima?) categoria giuridica "spuria" che, nonostante il nome e qualche orpello civilistico, conserva, di fatto, un'anima penalistica con funzioni general-preventive e repressive analoghe a quelle esercitate dalle sanzioni pecuniarie penali¹³⁰.

Seppur si sia tentati, specie dal *nomen iuris* impiegato dal legislatore, di ricondurre l'istituto di nuovo conio nel ramo del diritto civile, a ben riflettere in esso sono fortemente rintracciabili, sotto il profilo sia sostanziale che processuale, i tipici caratteri della sanzione penalistica, ossia la punizione e la deterrenza.

Se, infatti, al marchio amministrativo o civilistico corrisponde l'essenza penale, la depenalizzazione, da meccanismo giuridico finalizzato a guidare sotto il criterio della razionalità il sistema punitivo, si trasforma in un ambiguo *escamotage*, teso ad aggirare le garanzie di carattere sostanziale e processuale proprie del sistema penale, agevolando gli arbitrii e gli abusi della potestà punitiva nei confronti del cittadino.

Dalla conclusione appena tratteggiata ne consegue come corollario che entrambi i modelli di illeciti depenalizzati, nonostante le plurime differenze, siano riconducibili al concetto, di matrice europea, di *materia penale*, nozione più ampia di "diritto penale", poiché include aspetti non solo sostanziali ma anche procedurali, facendo convergere in essa tutte le infrazioni e le sanzioni che, al di là della etichetta formale assegnata dagli ordinamenti nazionali, possiedono un contenuto attinente alla pena e/o ad una dimensione

di un'eventuale transazione tra danneggiante e danneggiato [...] in un caso del genere [...] sarebbero i protagonisti a restituire all'illecito quella netta connotazione privatistica negata dal legislatore del 2016».

¹²⁹ Così BLAIOTTA, *Colpa e causalità civilistiche come alternative alla responsabilità penale*, in *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini, Foffani, Modena, 2018, 200.

¹³⁰ Sull'argomento, conformemente, cfr. PADOVANI, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida al Dir.*, 2016, 1, 12, secondo il quale la nuova sanzione ultra-compensativa è «civile soltanto in rapporto al giudizio, ma è in realtà concepita in termini strettamente punitivi».

sostanzialmente afflittiva¹³¹. Se l'estensione agli illeciti amministrativi punitivi delle garanzie sostanziali e procedurali regolate dagli artt. 6 e 7 CEDU rappresenta, ormai, un dato acquisito, non v'è motivo di sostenere diversamente in relazione agli illeciti civili punitivi, in virtù della vicinanza alla sfera penale, comprovata dai criteri in precedenza analizzati.

Orbene, l'emersione dello statuto convenzionale come minimo comune denominatore delle aree *extra*-penali si ripercuote, inevitabilmente, sulla capacità selettiva e riduttiva della depenalizzazione, la quale, ben lungi dal garantire, in tale contesto, "tecniche di tutela alternative" alla sanzione penale, configura, al contrario, un "diritto penale alternativo", all'interno del quale le caratteristiche tradizionali riservate al reato si mescolano con quelle dell'illecito amministrativo ovvero civile punitivo.

Pertanto, se l'obiettivo iniziale era quello di restituire al sistema penalistico una depenalizzazione caratterizzata da una profonda e netta biforcazione tra il ramo amministrativo, teso alla tutela di beni giuridici meta-individuali, e quello civilistico, rivolto alla protezione di interessi privatistici, il risultato finale, a conti fatti, è stato quello di aver delineato una struttura panpenalistica che, annichilendo le divergenze tra le molteplici strategie punitive, ha fatto sorgere il legittimo dubbio se sia ancora attuale divulgare ed esercitare la pratica della deflazione in astratto¹³² che, rivelatasi già da tempo una prassi illusoria, sembra aver perso per strada quei criteri di efficienza e di effettività che, all'interno

¹³¹ Dalla sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel ed al. c. Paesi Bassi, §§ 80-82, la Corte di Strasburgo, al fine di determinare se un illecito, una sanzione o una procedura, a prescindere dalla nomenclatura formale utilizzata all'interno degli Stati europei, possano rientrare nella nozione di "materia penale", ha individuato tre criteri: 1) la qualificazione del diritto nazionale; 2) la natura del fatto o del comportamento vietato; 3) lo scopo e la severità della sanzione. Tali requisiti sono stati ulteriormente approfonditi nella sentenza Corte EDU, 21 febbraio 1984, Oztürk c. Repubblica federale tedesca, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss., con nota di PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale.

¹³² Sul punto si registrano due orientamenti: secondo l'indirizzo interpretativo più tradizionale, è necessario evitare una applicazione incondizionata e generalizzata delle garanzie penalistiche al settore amministrativo (e civile), al fine di rifuggire da effetti disfunzionali, cfr. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 54 ss.; VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1991, 724, secondo il quale «se si vuole veramente realizzare un proficuo largo ricorso a sanzioni amministrative in luogo di quelle penali, occorre anche una certa cautela prima di asserire l'estensione di tutte le garanzie proprie del diritto penale al diritto punitivo amministrativo. Non esiste solo il rischio tante volte sottolineato della "truffa delle etichette": bisogna anche considerare quello attinente ad una totale perdita di funzionamento del sistema nel suo complesso»; al contrario, il secondo orientamento, più recente, ritiene che, in realtà, la configurazione di diverse discipline normative incentivi mirati interventi di depenalizzazione, finalizzati ad eludere le garanzie convenzionali, attraverso la creazione di zone neutrali ai principi di carattere penale, cfr. F. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 3, 6 ss.

di un meccanismo sano e funzionante, le permetterebbero di arginare entro delimitati confini lo strumento penalistico¹³³.

7. Pugno di ferro in guanti di velluto? La deflazione in concreto tra clemenza ed efficienza.

Essendosi sempre più acuito il senso di sfiducia nei confronti della tecnica di degradazione legislativa penale, il sistema giuridico nazionale, per evitare il collasso, ha implementato il ricorso alla depenalizzazione in concreto, concernente quegli istituti deflattivi disciplinati sì dal legislatore, ma che necessitano dell'intervento di altri soggetti - come il giudice, il pubblico ministero o la vittima del reato - al fine di accertare, sulla base di criteri normativamente definiti, se il fatto posto in essere meriti o meno la sanzione penale in astratto comminata.

Alla incapacità del legislatore di maneggiare i confini mobili della materia penale attraverso la concreta attuazione del principio di sussidiarietà *ex ante*, si è così cercato di porre rimedio adottando meccanismi di selezione punitiva, compendiatosi nella politica della «deflazione senza depenalizzazione»¹³⁴.

In particolare, se per consuetudine l'*extrema ratio* è stata sempre considerata un criterio ispiratore della sola attività legislativa, essa, soprattutto negli ultimi anni, ha rappresentato una costante guida nelle successive fasi giudiziali, conferendo una autonoma identità e un preciso campo operativo al «modello dell'amministrazione giudiziale della pena»¹³⁵, il quale sottende la sussidiarietà c.d. mediata o delegata, da attuarsi nella fase della commisurazione e della applicazione della sanzione, mediante la fattiva collaborazione tra i plurimi protagonisti istituzionali. Configurata, pertanto, come il *fil rouge* che alimenta e attraversa le plurime componenti dell'apparato processual-penale, il principio di sussidiarietà, nella sua nuova veste, si manifesta sotto forma di una serie di istituti giuridici che, seppur animati da caratteristiche tra loro estremamente eterogenee, conducono alla medesima conclusione, ossia alla "non punibilità", finale del tutto distante dalla promessa della canonica punizione del reato commesso ed accertato. Suscettibile di plurime definizioni, a seconda di cosa si faccia in essa convergere, il concetto di non punibilità, nella sua accezione più ampia, ricomprende tutte quelle ipotesi nelle quali l'esenzione della pena dipende da

¹³³ In argomento, si è paventata l'esigenza di tratteggiare nuovi criteri di differenziazione tra i plurimi settori sanzionatori, al fine di distinguere con precisione le aree di intervento dei singoli strumenti punitivi, così come prima del criterio "nominalistico", introdotto con l'entrata in vigore del codice penale nel 1930, si avvertiva la necessità di discernere la sanzione pecuniaria penale da quella amministrativa; di rilievo la tesi di DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2^a, Torino, 2012, 52, secondo cui l'attestata omogeneità funzionale tra le diverse tipologie di sanzioni punitive non significa una loro precisa sovrapposizione, atteso che in virtù della «complessiva mitezza della fisionomia del diritto punitivo amministrativo», quest'ultimo, a differenza della pena, non riesce «ad evocare le impegnative componenti positive della prevenzione generale e speciale, in termini rispettivamente di orientamento culturale e di risocializzazione-rieducazione»

¹³⁴ Così GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, 1495.

¹³⁵ DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 82.

valutazioni, comportamenti, o prestazioni successive alla commissione del fatto illecito, nelle quali si inseriscono anche alcune situazioni definite *expressis verbis* dal codice penale come cause di estinzione del reato¹³⁶.

Se l'idea della non punibilità condurrebbe, di primo acchito, a constatare come essa comporti un fenomeno dai tratti patologici, ossia quello della scissione tra reato e pena, totalmente in contrasto con gli insegnamenti di matrice illuministica secondo cui, da un lato, "non c'è reato senza pena"¹³⁷ (*nullum crimen sine poena*) e, dall'altro, la risposta punitiva dello Stato deve essere certa sotto il profilo dell'infalibilità e della prontezza, in realtà la stessa determina non l'eliminazione *tout court* della componente punitiva della disposizione incriminatrice violata, bensì la possibilità di far conseguire sanzioni degradate o rinunce della pena condizionate a determinate situazioni.

A suffragare tale tesi v'è anche l'amara constatazione che il legame tra reato e pena è sempre più indebolito dalla tecnica legislativa impiegata nella formulazione di alcune fattispecie incriminatrici, la cui struttura normativa evidenzia sin dall'origine l'impossibilità di giungere ad una pena compiuta, determinando *ab imis* la rottura della "sequenza penale"¹³⁸.

Confermata, ulteriormente, l'inconsistenza e, dunque, la liquidità del diritto penale, diventa sempre più tangibile l'esigenza di modellare tecniche di degradazione giudiziale, la cui massima espressione è data dalla categoria delle cause di non punibilità sopravvenuta¹³⁹, comprendente, in linea generale, tutte quelle ipotesi in cui la punibilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole è ostacolata da un accadimento cronologicamente successivo ed antagonista rispetto al reato commesso. In particolare, la situazione sopravvenuta si identifica, di regola, con un comportamento del reo dal significato opposto rispetto al fatto precedentemente posto in essere, la cui efficacia si manifesta attraverso la capacità di neutralizzare o ridurre gli effetti offensivi prodotti sul bene giuridico dall'illecito penale.

¹³⁶ Sul punto, si aderisce *in toto* alla visione di DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1050 ss., il quale pone sullo stesso piano dal punto di vista teleologico le cause sopravvenute di non punibilità e alcune cause estintive, in particolare quelle dipendenti da prestazioni o collaborazioni *post-factum*, distaccandosi dalla tradizionale visione, accolta da VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 628, tesa ad escludere le cause estintive dalla categoria delle cause di non punibilità.

¹³⁷ In tal senso, tra le posizioni più autorevoli, cfr. ART. ROCCO, *Sul concetto di diritto penale obiettivo*, in *Opere giuridiche*, III, Roma, 1932, 328, secondo il quale «il *praeceptum legis* e la *sanctio legis* sono elementi non soltanto essenziali ma indissociabili della legge penale, come di ogni altra legge, non potendosi concepire sanzione senza precetto e precetto senza sanzione»; nonché PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 669 ss.

¹³⁸ A titolo esemplificativo, si pensi alla legge n. 68 del 2015 che ha introdotto nel codice penale i delitti ambientali, oppure alla legge 16 giugno 2016, n. 115 che ha, da un lato, modificato la circostanza aggravante di cui all'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, e, dall'altro, ha introdotto il reato di negazionismo all'art. 3, co. 3-bis. Per un approfondimento compiuto e analitico sul fenomeno della scissione tra reato e pena, cfr. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Pisa, 1998.

¹³⁹ Per un approfondimento sull'argomento, cfr. ZICCONI, *Le cause «sopravvenute» di non punibilità*, Milano, 1975.

L'antinomia che, tuttavia, unisce gli elementi costitutivi del reato e la condotta susseguente è stata sin da subito oggetto di una fervida disquisizione dottrinale, sfociata in un animato dibattito sulla natura giuridica da attribuire alla categoria dogmatica in esame.

Esemplificativo di quanto testé affermato è il prototipo delle cause sopravvenute di non punibilità, ossia l'istituto giuridico della desistenza volontaria¹⁴⁰ nel tentativo ex art. 56, co. 3, c.p., il cui contegno *post-factum*, impeditivo della condotta criminosa, da parte del soggetto agente, è stato interpretato ora come causa di non punibilità - orientamento a sua volta frazionabile in plurime teorie¹⁴¹ - ora come elemento impeditivo alla tipicità del fatto e, perciò, ostativo alla realizzazione del delitto tentato medesimo¹⁴².

Allargando lo sguardo dal particolare al generale, è possibile constatare come la *quaestio iuris* relativa alla natura giuridica delle cause sopravvenute di non punibilità abbia avuto difficoltà a trovare un'univoca collocazione, persistendo sull'argomento un caotico ginepraio dottrinale, in cui il criterio cronologico è stato oggetto di plurime interpretazioni. Ponendo come premessa teorica l'impossibilità di scindere la pena dal reato, è possibile rintracciare un duplice inquadramento giuridico, a seconda della connessione cronologica

¹⁴⁰ Scelta del tutto discutibile quella effettuata dal Codice penale del 1930, consistente nel differenziare la disciplina sanzionatoria della desistenza volontaria, ex art. 56, co. 3, c.p., da quella del recesso attivo, ex art. 56, co. 4, c.p., che, configurandosi tutte le volte in cui l'azione criminosa si è compiutamente realizzata, ma l'agente riesce ad impedire il verificarsi dell'evento lesivo, si rivolge in una mera riduzione della punibilità, pur trattandosi come nella prima ipotesi di una condotta, posta in essere dal reo, susseguente e di segno contrario rispetto al comportamento precedente. Non è, infatti, un caso che nell'ordinamento giuridico tedesco il § 24 StGB, dedicato alla disciplina del *Rücktritt* (recesso) dal tentativo compiuto o incompiuto, prevede per entrambe le ipotesi la non punibilità del delitto tentato.

¹⁴¹ La legittimazione politico-criminale, rispettivamente, della non punibilità nel caso di desistenza volontaria e della riduzione del carico sanzionatorio nell'ipotesi di recesso attivo è stata rinvenuta in plurime tesi, tra cui: a) la teoria del ponte d'oro, secondo la quale l'ordinamento giuridico, in un'ottica di prevenzione positiva, al fine di prevenire l'offesa ai beni giuridici, farebbe affidamento sulla promessa di impunità o di riduzione della pena come contropinta psicologica alla spinta criminosa: esemplificativa la frase "al nemico che fugge ponti d'oro". Tale tesi, tuttavia, è oggetto di serrate critiche riassumibili nella constatazione che appare alquanto controverso che l'agente, giunto ad uno stadio comunque avanzato del suo proposito criminoso, possa astenersi dal portare a termine la consumazione del delitto sulla base di disposizioni normative mediamente sconosciute al cittadino comune, cfr. ROXIN, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2001, 3, § 4; 2) la teoria dello scopo della pena, declinata in funzione di prevenzione speciale, in cui l'interruzione volontaria del disegno criminoso da parte dell'agente basterebbe di per sé a giustificare, da un lato, l'assenza del bisogno rieducativo del reo e, dall'altro, la minore quantità di pena, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 7^a, 2014, Bologna, 499, i quali riprendono, sul punto, la dottrina maggioritaria tedesca, tra cui BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?*, in *NJW*, 1955, 1420 ss.; 3) la teoria premiale-vittimologica, in base alla quale la disciplina giuridica della desistenza e del recesso comporta, come diretta conseguenza del ravvedimento volontario, sia un premio sotto forma di impunità nei confronti del reo che una tutela *in extremis* nei confronti della vittima, cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, 3^a, Milano, 2004, 605.

¹⁴² In tal senso, cfr. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, 115 ss., secondo il quale nell'ipotesi di desistenza volontaria è la stessa azione del tentativo che non sussiste.

che viene ad instaurarsi tra il reato ed il fatto giuridico (ad esso) esterno: in particolare, quest'ultimo assume la qualifica, rispettivamente, di causa impeditiva dell'efficacia dell'illecito, se è rispetto ad esso antecedente o concomitante, ovvero, quando è ad esso successivo, di causa estintiva dell'efficacia già sorta (del reato)¹⁴³.

La configurazione delle ipotesi di non punibilità come cause di esclusione del reato, in virtù della loro qualifica come elementi costitutivi negativi della fattispecie incriminatrice, da cui discende che la non punibilità è una diretta conseguenza di un accadimento strettamente connesso alla condotta illecita, non è di per sé sufficiente a dimostrare l'apprezzamento in termini di liceità della condotta criminosa precedentemente commessa, nonché l'annullamento del tratto offensivo del reato¹⁴⁴, maggiormente persuasivi appaiono gli orientamenti fondati sul riconoscimento del carattere autonomo dell'elemento della punibilità¹⁴⁵. Lo scenario giuridico si infittisce ulteriormente, in quanto diventa maggiormente problematico dal punto di vista logico-formale inquadrare aprioristicamente le figure sopravvenute nell'ambito di una singola categoria dogmatica. Nel dettaglio, all'orientamento secondo cui il mancato compimento del ravvedimento operoso funziona da condizione obiettiva sospensiva, di tipo negativo, della sola punibilità¹⁴⁶, si contrappone la valida opzione tra cause di estinzione del reato¹⁴⁷ e cause di non punibilità¹⁴⁸ e/o cause di esclusione della sola pena¹⁴⁹.

¹⁴³ Criterio delineato da CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 54, e sulla cui concreta applicazione PANNAIN, *La natura giuridica dell'«exceptio veritatis» in un recente studio di Aldo Moro*, in *Arch. pen.*, 1955, I, 20, ha qualificato le cause sopravvenute di non punibilità come cause estintive dell'efficacia del reato.

¹⁴⁴ CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 4, secondo il quale far dipendere il giudizio di illiceità da un comportamento successivo al reato vorrebbe dire tradire la visione tradizionale del fenomeno penalistico, fortemente legata sì al dogma imperativistico, ma non meno idoneo rispetto ad altre posizioni di pensiero.

¹⁴⁵ Per un approfondimento sull'argomento, cfr. COCCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2014, il quale pone in essere un'analisi favorevole alla costruzione di una teoria della punibilità come quarto elemento del reato, criticando le concezioni che, viceversa, si oppongono proponendo soluzioni alternative; nonché nella manualistica, cfr. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4^a, Milano, 2017; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019.

¹⁴⁶ In tal senso, cfr. VANNINI, *La natura giuridica del ravvedimento attuoso*, 74.; nonché VALLETTA, *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della norma*, cit., 121, secondo cui, aderendo alla suddetta tesi, «il reato può dirsi perfezionato e la punibilità sorta soltanto quando l'intervento della causa sopravvenuta risulti definitivamente esclusa».

¹⁴⁷ In questa prospettiva, cfr. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, 36 ss.; nonché PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Roma, 1942, 507.

¹⁴⁸ In dottrina, cfr. SANTORO, *Estinzione del reato e della pena (diritto penale comune)*, in *Nss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 995.

¹⁴⁹ Conformemente a tale soluzione, cfr. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, cit., 628 ss., il quale, analizzando approfonditamente la *quaestio iuris* relativa alla esistenza o meno di un'autonoma categoria di cause di non punibilità in senso stretto, ha dato al quesito risposta positiva, osservando come le cause

Non potendo scegliere, in via assoluta, un'unica soluzione, considerata l'impraticabilità di ricondurre le eterogenee fattispecie di non punibilità nell'ambito di una matrice unitaria di politica criminale, è opportuno ritenere che la strada interpretativa più proficua sia quella di esaminare singolarmente ciascuna di esse, al fine di ricavarne la rispettiva natura giuridica.

L'eterogeneità delle cause sopravvenute di non punibilità è stata, in parte, temperata da una teoria¹⁵⁰ che, accolta in via unanime dalla dottrina penalistica, ha delineato, a mo' di regola aurea, quattro comuni caratteristiche della categoria in esame, così riassumibili: 1) il ravvedimento operoso si identifica in un comportamento specularmente opposto a quello punito; 2) la condotta *post-factum* è in connessione con l'interesse offeso dal reato precedentemente commesso attraverso la eliminazione o l'attenuazione del danno o del pericolo in cui si è concretata l'offesa criminosa; 3) la sussistenza dell'efficienza causale tra il comportamento sopravvenuto ed il risultato positivo richiesto¹⁵¹; 4) il ravvedimento operoso deve essere il frutto della pura volontarietà dell'agente, la quale non implica in alcun modo l'apprezzamento del processo motivazionale sotteso all'atteggiamento del soggetto.

La presenza di siffatti istituti giuridici ha messo in luce la capacità persuasiva del diritto penale, indirizzata allo svolgimento di una funzione di prevenzione generale "positiva", attraverso la previsione normativa di tassativi "momenti premiali"¹⁵², previsti espressamente dal codice penale, finalizzati alla salvaguardia dello stesso bene giuridico posto a presidio della norma incriminatrice violata, la cui realizzazione, portando a compimento la funzione di prevenzione-generale e speciale, fa venir meno l'esigenza di ricorrere alla pena¹⁵³.

sopravvenute alla commissione del reato non possono essere ricondotte alla disciplina delle cause estintive del reato, riservata esclusivamente alle ipotesi qualificate espressamente come tali dalla legge.

¹⁵⁰ Così PADOVANI, *La soave inquisizione - Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss.

¹⁵¹ Sul punto si avrà modo di approfondire, nel capitolo dedicato alla comparazione, come il conseguimento del risultato sotteso alla condotta susseguente, ossia l'eliminazione o l'attenuazione del danno o del pericolo in cui si è concretata l'offesa, non possa essere surrogato dagli sforzi, pur tenaci del reo, se rimasti infruttuosi, a differenza dell'ordinamento giuridico tedesco, in particolare nel § 46a StGB.

¹⁵² Locuzione definita da BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., 126, come quelle «tecniche di incoraggiamento che si muovono parallelamente alle tecniche sanzionatorie di tipo afflittivo e che sono dirette a stimolare da parte del reo o un arresto della condotta criminosa (desistenza volontaria) ovvero una contro-azione del reo che impedisca l'evento (recesso attivo ex art. 56, co. 4, c.p.), che elimini o attenui il danno o il pericolo in cui si è concretata l'offesa (ad es. i casi di non punibilità nei delitti di cospirazione politica - art. 308 c.p. - e di banda armata - art. 309 c.p. - ovvero l'attenuante della restituzione in libertà dei delitti di ratto), che si traduca in un adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose del reato (locuzione usata dall'art. 62 n. 6 c.p. e che fa riferimento alle proiezioni ulteriori dell'offesa dell'interesse protetto, già realizzata) ovvero che esprima un significato antitetico rispetto a quello manifestato dalla condotta criminosa».

¹⁵³ Per una analisi delle fattispecie codicistiche di parte speciale finalizzate alla salvaguardia, seppure tardiva, del bene protetto dalla norma incriminatrice violata, cfr. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., 112 ss.

Nel corso degli anni, tuttavia, alla logica premiale tradizionale, tesa alla tutela *ex post* del bene giuridico interno alla fattispecie incriminatrice violata, nonché espressiva di un interesse costituzionalmente tutelato, si è affiancata una logica premiale utilitaristica ed efficientistica, incentrata sul perseguimento di esigenze diverse da quelle che si otterrebbero con l'applicazione della pena comminata in astratto e, dunque, non direttamente riconducibili alle finalità dell'intervento sanzionatorio¹⁵⁴.

Trattasi, nel dettaglio, di istituti, di origine sostanziale o processuale, in cui la rinuncia alla pena rappresenta il premio ottenibile soltanto a seguito di condotte "collaborative" da parte del presunto reo, finalizzate ad integrare la raccolta del materiale probatorio dell'autorità giudiziaria procedente e, conseguentemente, a ridurre o, *in extremis*, ad eliminare la fase di accertamento della responsabilità penale¹⁵⁵.

Esemplificativa, al riguardo, è la causa sopravvenuta di non punibilità conseguente ad una condotta di collaborazione processuale, la quale, se inizialmente era riservata ad ambiti delittuosi del tutto eccezionali, connotati da una intrinseca gravità, quali i reati attinenti al terrorismo e all'associazione a delinquere di stampo mafioso, col passare del tempo è stata estesa anche a settori della criminalità comune¹⁵⁶, come, da ultimo, quello relativo ai reati contro la pubblica amministrazione, nella cui disciplina è stata, per l'appunto, inserita, con la legge Spazzacorrotti, una inedita causa di non punibilità sopravvenuta, regolata dal nuovo art. 323-ter c.p.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Secondo DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 30 le fattispecie premiali possono essere suddivise in tre categorie dal *climax* discendente sul piano delle garanzie e, in particolare: 1) quelle che, svolgendo la stessa funzione della norma incriminatrice violata, sono conformi ai principi; 2) quelle che, pur tutelando il medesimo bene giuridico leso o messo in pericolo dal reato commesso, sono contrarie ai principi; 3) quelle che sono non solo finalizzate al perseguimento di scopi diversi rispetto alla salvaguardia del bene giuridico, ma anche in contrasto con i principi.

¹⁵⁵ Tra i molteplici istituti processuali, finalizzati all'esigenza di deflazione, vi rientra a pieno titolo il rito del patteggiamento, il cui accordo tra le parti in causa, se valutato positivamente da parte del giudice, incide automaticamente sulla valutazione giudiziale del reato, il quale viene accertato presuntivamente come sussistente, pur in assenza di un effettivo e definitivo accertamento: cfr. sull'argomento la compiuta analisi di M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 279 ss.

¹⁵⁶ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di collaborazione processuale previste in relazione ai reati di sequestro di persona, traffico di stupefacenti, furto, ricettazione, ampiamente analizzate da RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 28-29.

¹⁵⁷ Art. 323-ter c.p. "Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 c.p. se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla

È evidente, pertanto, che alla logica premiale pura e tipizzata si sia ormai affiancata ed affermata una logica premiale “contaminata” ed atipica, costituita da figure giuridiche che, sotto la maschera clemenziale, sottendono il raggiungimento di scopi deflattivi, la cui compatibilità con il sistema penale, non potendo essere presunta, deve essere costantemente sorvegliata ed accertata.

Recentemente, la necessità di calmierare l’ipertrofia del diritto penale ha comportato l’introduzione di nuove forme di rinuncia alla pena, quali la particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p. e la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato ex art. 168-*bis* c.p. che, pur avendo presupposti e conseguenze giuridiche tra loro differenti, sono “figlie della stessa madre”, essendo state entrambe introdotte dalla legge n. 67 del 2014 e accomunate dalla “disapplicazione finalizzata” della pena edittale in astratto prevista dalla legge.

Tali istituti, uniti dal medesimo luogo di origine, e cioè il giudizio dinanzi al giudice di pace e/o minorile, sono stati traslati con una nuova ed autonoma fisionomia nell’ambito del giudizio ordinario, al fine di alleviare il problema della criminalizzazione attraverso l’ingresso nel codice penale di tipologie di non punibilità, in senso lato, non riconducibili a quelle classiche, creando problemi, di non poco conto, sul piano esegetico.

Senza anticipare quanto verrà analiticamente trattato nei prossimi capitoli, si può sin da ora sostenere, in via preliminare, che l’apparente e fittizia impunità dei nuovi meccanismi deflattivi sottende, invero, alternative modalità sanzionatorie le quali, pur avendo un grado di afflittività sicuramente inferiore rispetto alla pena edittale in astratto comminata dalla disposizione incriminatrice violata, sollevano molteplici dubbi di conformità con i principi di carattere costituzionale e convenzionale. L’applicazione degli istituti, infatti, non richiedendo un accertamento sostanziale e giuridico definitivo del fatto illecito e della responsabilità penale del soggetto sottoposto al procedimento, necessiterebbe quanto meno di un valido bilanciamento sul piano delle garanzie, dovendo assicurare, da un lato, la volontarietà dell’imputato di optare per le suddette strade secondarie rispetto a quella principale che – si badi – oltre alla sentenza di condanna, potrebbe condurre alla piena assoluzione, e, dall’altro, il giusto dosaggio, nelle nuove cause estintive fondate sulle condotte *post-factum*, della portata afflittiva delle prescrizioni da assolvere che, essendo delle sanzioni positive¹⁵⁸, rischiano di contrastare con il principio della presunzione di non colpevolezza.

Orbene, a questo punto non resta che analizzare singolarmente ciascun modello normativo, al fine non solo di accertare il rispetto degli opportuni *standard* di tutela, ma anche di verificare le adeguate giustificazioni politico-criminali, ad essi sottese, indispensabili per legittimare la deroga al modello illuminista (*nullum crimen sine poena*)

commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell’agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell’articolo 9 L. 16 marzo 2006, n. 146”.

¹⁵⁸ In argomento, è d’obbligo il rinvio a BOBBIO, *Le sanzioni positive*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1977, 38 ss.

ed impedire che la dissociazione tra reato e pena tradizionale possa condurre al baratto dei mezzi per il perseguimento di scopi che, essendo diversi da quelli essenziali del diritto penale, possono comportare il sacrificio delle garanzie fondamentali della persona.

Soltanto alla fine, sulla base degli elementi raccolti, si riuscirà a rispondere al quesito se gli istituti di nuovo conio, complici nell'aver incrementato la messa in crisi delle tradizionali funzioni della pena e del processo penale, siano o meno dotati di un'intrinseca razionalità capace di allinearli con i classici principi della materia penale, o se, invece, il prezzo da pagare per la loro applicazione sia effettivamente sproporzionato ed incompatibile con il premio della non punibilità.

*La giustizia penale è un male necessario,
se essa supera i limiti della necessità
resta soltanto il male.*

[ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen der Strafrechtsreform*,
in *Radius*, 1966, Heft 3, 37]

CAPITOLO II

LA PARTICOLARE TENUTÀ DEL FATTO TRA RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA PENALE E DEFLAZIONE PROCESSUALE: UNA RICETTA VINCENTE?

Sommario: 1. Bagatelle, cose da niente...ma sanzionate penalmente. - 2. Il tortuoso percorso legislativo che ha condotto al risultato. - 3. La natura giuridica dell'istituto: causa di non punibilità o condizione di improcedibilità? Questo è il problema. - 4. Il rumore del silenzio: l'assenza di una disciplina intertemporale, tra mito del giudicato e *abolitio criminis*. - 5. Limite edittale massimo della pena e divieto di bilanciamento tra le circostanze. - 6. La particolare tenuità dell'offesa: una inesplorata terra di mezzo. - 7. Le ipotesi di presunzione assoluta di non tenuità dell'offesa: il rischio di naufragare in un diritto penale d'autore? - 8. L'indice criterio della non abitualità del comportamento: la necessità di una raffinata lente di ingrandimento. - 9- Una disciplina processuale dai contorni sfumati. - 10. L'archiviazione per particolare tenuità del fatto: un *tertium genus*. - 11. L'iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario giudiziale. - 12. Gli effetti *extra*-penali del giudicato della declaratoria per particolare tenuità del fatto. - 13. Tra apparenti garanzie ed effettivi vuoti di tutela.

1. Bagatelle, cose da niente...ma sanzionate penalmente.

Tramontato, se non proprio sepolto, il mito della legge penale ossequiosa verso il criterio della assoluta necessità, la tendenza giuridico-culturale degli ultimi anni è stata quella di individuare valide ed efficaci soluzioni per contrastare la crisi della giustizia penale¹³⁹, ormai

¹³⁹ Sull'argomento, cfr. MARANDOLA, *Il nuovo obiettivo della giustizia penale: la decongestione endoprocedurale*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola, La Regina, Aprati, Napoli, 2015, 1 ss.

sempre più ingolfata, depauperata, in termini di risorse umane e materiali, incapace di affrontare l'ordinaria amministrazione e, ancor di più, di smaltire l'arretrato.

L'estenuante ed esasperata lentezza dei processi¹⁶⁰, che si traducono in tardive e, talora, in arbitrarie risposte da parte dell'ordinamento giuridico alla domanda di giustizia, segna una incolmabile distanza tra la reazione dello Stato ed il reato commesso: da un lato, la vicenda criminosa viene diluita in un arco temporale talmente dilatato da perderne l'effettiva concretezza, dall'altro, l'imputato è costretto, suo malgrado, a rimanere a lungo in un limbo giudiziario, la cui via d'uscita, ossia la sentenza definitiva, diventa del tutto imprevedibile e, a tratti, poco attendibile.

La pena, segno distintivo del diritto penale, rileva, come se non bastasse, il processo di dissolvimento, frantumazione e collasso del sistema sanzionatorio, rendendo ancor più labile, nella mente del *quisque de populo*, il confine tra illecito e consentito.

Ciò nonostante, va constatato come alla persistente denuncia di ineffettività della sanzione detentiva corrisponda, paradossalmente, un aumento della relativa domanda, in virtù della erronea, seppur radicata, convinzione che le sbarre della prigione assicurino alla collettività il maggior grado di giustizia.

Quanto appena esposto aderisce *in toto* ad un'impostazione del sistema pervicacemente carcerocentrica, da cui è sorta la *vexata quaestio* del sovraffollamento carcerario, motivo per il quale il nostro Paese ha subito l'onta della condanna in sede europea¹⁶¹.

Essendo ben visibile il profondo iato tra il requisito della dannosità sociale – quale condizione indispensabile affinché la generalità dei consociati possa approvare e comprendere la criminalizzazione di un fatto e, di conseguenza, il singolo possa accettare la pena detentiva – e l'imperturbabile proliferazione di fattispecie incriminatrici, diventa sempre più impellente l'esigenza di soffermarsi non tanto su ciò che viene attratto nell'area del penalmente rilevante, quanto piuttosto su ciò che dovrebbe essere escluso dall'arena del processo. Ci si riferisce, in particolar modo, alle fattispecie bagatellari, la cui estromissione dal sistema penale sarebbe rivolta a potenziare la difesa dei beni e dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, compresi di tutte quelle garanzie, individuali e collettive, emerse nell'ordinamento giuridico intorno alla metà degli anni '60 e che, oramai, appartengono a pieno titolo alla famiglia dei beni costituzionalmente rilevanti¹⁶². È

¹⁶⁰ La *quaestio iuris* della lentezza cronica della giustizia penale ha attirato amare osservazioni, a testimonianza del fatto che trattasi di un problema non recente e, a tutt'oggi, non risolto. Sull'argomento, per una ricostruzione in chiave storica, cfr. M. PISANI, *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, 25 ss.; nonché CONSO, *Tempo e giustizia nel processo penale*, in *Giur. it.*, 1967, IV, 154 ss., il quale constatava con amarezza «l'exasperante lentezza delle procedure, l'accumularsi dell'arretrato presso la quasi totalità degli uffici giudiziari [...], il non infrequente scattare della prescrizione, l'inesorabile succedersi dei sempre più deprecati provvedimenti di amnistia».

¹⁶¹ Si fa riferimento alle sentenze di condanna Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia; Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

¹⁶² Sul punto, cfr. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di Curi, Palombarini, Roma, 2002, 102-103.

statisticamente provato che i problemi più delicati ed urgenti, sotto il profilo sia politico-criminale che economico-giudiziale, vengono sollevati dal denso nucleo della «piccola criminalità quotidiana di massa»¹⁶³, ossia dai *minima*, dalle bagatelle. Solo attraverso l'analisi della suddetta categoria è possibile cogliere compiutamente i risultati degli studi effettuati all'inizio del '900 da Von Liszt, le cui parole risuonano, al giurista contemporaneo, come una profezia dei giorni d'oggi: «la nostra attuale legislazione fa un uso eccessivo dell'arma della pena. Ci sarebbe da riflettere, se non meriti di trovare di nuovo accoglimento il vecchio principio "*minima non curat praetor*", come regola di diritto processuale (superamento del principio di legalità), o come norma di diritto sostanziale (esenzione da pena per le violazioni di minore entità)¹⁶⁴». In particolare, il fenomeno che all'epoca si tentava e, ancora oggi, si tenta di osteggiare era quello dell'"ipertrofia penale verticale" che, a differenza di quella orizzontale, si manifestava non tanto in un incremento della cifra della criminalità *lato sensu* intesa, quanto piuttosto nell'aumento di una criminalità che si caratterizzava per l'esiguità dei fatti corrispondenti alle fattispecie legali¹⁶⁵. Le conseguenze provocate dalla estensione, appunto, verticale della criminalità sono facilmente intuibili: aumento irrefrenabile dei procedimenti penali pendenti e congestionamento degli uffici giudiziari, i quali, nel far fronte alle numerose bagatelle sottraggono "uomini e mezzi" all'accertamento dei reati più gravi¹⁶⁶. Il suddetto spaccato criminale, contrassegnato dal carattere della esiguità, è stato, storicamente, oggetto di studio da parte di attenta dottrina tedesca¹⁶⁷, la quale ha consegnato alla scienza giuridica la tradizionale distinzione tra reati

¹⁶³ Si tratta di una categoria introdotta, per fini prevalentemente politico-criminali, da Roxin, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in *Kriminologie und Strafverfahren-Kriminologische Gegenwartsfragen*, a cura di Göppinger, Kaiser, Heft 12, 1976, 16 ss., il quale, accentuando le componenti eziologiche del fenomeno, pone in risalto la sussistenza di una duplice forma di devianza di massa: «da un lato, una "criminalità di tutti i giorni" (*Alltagskriminalität*) connessa e funzionale al carattere convulso e tecnologizzato della vita quotidiana; dall'altro, una "criminalità occasionale" (*Gelegenheits kriminalität*), indotta da particolari condizioni e circostanze dell'esistenza. Nel primo gruppo si annoverano gli oltraggi, le ingiurie familiari, di vicinato e sul posto di lavoro, le lesioni personali lievi e il passaggio abusivo sui mezzi di pubblici di trasporto (*Schwarzfahren*). Nel secondo gruppo si collocano le sottrazioni nei negozi e nei grandi magazzini, nonché i furti e le appropriazioni indebite sul posto di lavoro, ossia illeciti prodotti dalla "occasione" data dal luogo o dalla situazione particolare in cui si trova l'agente».

¹⁶⁴ VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12^a, Berlin, 1903, 76.

¹⁶⁵ Sull'argomento, cfr. R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la c.d. ipertrofia verticale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473 ss.

¹⁶⁶ Sul punto, rilevante è quanto affermato da ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg-München, 1975, 14, in base al quale «il non perseguimento della criminalità bagatellare rappresenta, per così dire, il prezzo da pagare per realizzare un intenso perseguimento penale nei settori della criminalità medio-alta».

¹⁶⁷ Si fa riferimento a MAYER, *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege - Ein grundsätzlicher Versuch*, Leipzig, 1922, 53 ss., nonché ID., *Das Strafbefehlsverfahren*, in *Der Gerichtssaal*, Band, 96, 1928, 406 ss. Una fedele immagine del pensiero dell'autore tedesco ci è data da PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperptrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 175, secondo il quale «Hellmuth

bagatellari propri o autonomi e reati bagatellari impropri o non autonomi, posta a fondamento di tutte le indagini penalistiche concernenti la materia *de qua*.

Nel dettaglio, alla prima categoria sono da ricondurre quelle fattispecie incriminatrici in cui «l'esiguità è carattere immanente alla struttura genetica del "tipo" di illecito, che il legislatore, in chiave generale e astratta, concepisce in termini di "microviolazione" e, come tale, edittalmente sanziona»¹⁶⁸. Trattasi, dunque, di illeciti che, in virtù dell'intrinseco e prestabilito disvalore penale lieve, sono facilmente esportabili dal settore penale a quello amministrativo o civile attraverso lo strumento della depenalizzazione in astratto. Seppur sia comune identificare i reati propri con le contravvenzioni, tuttavia è logico ritenere che gli indici utili per riconoscere e circoscrivere la natura bagatellare debbano essere non solo formali, ossia finalizzati alla valutazione del trattamento sanzionatorio e all'appartenenza alla categoria delle contravvenzioni, ma anche sostanziali, tesi a mostrare gli elementi materiali delle bagatelle autonome¹⁶⁹.

Per quanto attiene ai reati bagatellari impropri, indicati come «sottotipi (sottofattispecie) di reati in astratto «gravi», suscettibili peraltro di assumere in concreto un disvalore penale esiguo». Essi, rappresentando, dunque, forme marginali di manifestazione di reati sanzionati astrattamente in modo rigoroso, si inseriscono pacificamente nell'area della tipicità, ma in concreto, a causa della tenue offensività, sono incapaci di giustificare una reazione penale.

In tale contesto, ferma restando la configurazione di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, la "variabile", oggetto di scrupolosa valutazione, è il peso concreto del reato commesso, la cui lesione e/o messa in pericolo del bene giuridico incide, prima ancora che sulla commisurazione della pena in senso stretto, sullo stesso *an* della punibilità, sempre che l'offesa abbia superato quel limite minimo qualitativo-quantitativo richiesto per la sussistenza del reato¹⁷⁰. È bene, infatti, sin da ora sottolineare che, se in base al principio di necessaria offensività, rintracciabile nell'art. 49 c.p., il fatto inoffensivo, pur essendo conforme ad una fattispecie incriminatrice, non è di per sé idoneo a configurare la tipicità del reato, nel caso considerato, invece, il fatto, essendo conforme al dettato normativo e dotato di una certa carica offensiva, sussiste, ma la sua gravità non raggiunge quella soglia che induce a ritenere meritevole la pena la condotta posta in essere.

Mayer - nell'ambito di un'analisi volta a individuare i confini e le interferenze fra potere disciplinare e giustizia penale - muoveva dalla considerazione che distinzioni *quantitative*, se sono (erano) controverse fra settori distinti dell'ordinamento (ad es., fra settore penale e amministrativo) risultano invece ben percepibili e importanti (benché fino allora sottovalutate) *all'interno* del diritto penale: prima fra tutte, quella tra reati "gravi" e reati "lievi".

¹⁶⁸ Così DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di Scalfati, Padova, 2001, 336.

¹⁶⁹ In tal senso, cfr. ISOLABELLA, *Criminalità bagatellare minorile e "irrelevanza del fatto"*, in *Ind. pen.*, 1995, 375.

¹⁷⁰ Sul punto, cfr. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 2 ss.

Non potendo, dunque, far coincidere l'illecito penale con una mera violazione giuridica (ossia con l'automatica sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta), un ruolo primario nella tripartizione tra fatto inoffensivo, particolarmente tenue ed offensivo è assegnato alla gravità della dimensione sostanziale del reato, che è destinata a ramificarsi in plurime sotto-fattispecie di diverso spessore criminale.

Da quanto appena esposto, emerge che la vera difficoltà consiste nell'individuare criteri, quantomeno oggettivi ed affidabili, in grado di segnare uno spartiacque, bel visibile agli occhi dell'autorità giudiziaria, tra fattispecie concrete meritevoli di pena e quelle per le quali l'irrogazione della sanzione risulti eccessiva, raggruppando, nello specifico, tutte quelle ipotesi che, per la loro esiguità, in una ricostruzione graduale dell'illecito, si dispongono verso il basso, senza, tuttavia, scavalcare i principi che innervano il diritto penale, primo fra tutti il principio di legalità e quello di obbligatorietà dell'azione penale.

Prodromica a qualsiasi opera di ingegno normativo, finalizzato a superare l'*empasse* suesposto, è la concezione gradualistica del reato¹⁷¹, teoria che riconosce nell'illecito penale globalmente considerato, sia nelle sue componenti oggettive che soggettive, una entità graduabile, rilevante non solo sul terreno della *Strafzumessung* (commisurazione della pena), ma anche su quello della sussistenza del reato e della responsabilità dell'agente. Ciò posto, la scienza giuridica, specialmente quella tedesca, ha cercato di dare forma e sostanza al "tipo bagatellare", ripensando *tout court* alla fisionomia della fattispecie incriminatrice, sia nel suo complesso che in ordine ad ogni suo elemento costitutivo, passibile di graduazione verso il basso. Passando dalla teoria alla pratica, un contributo decisivo è stato apportato dal c.d. "modello di Krümpelmann"¹⁷², secondo il quale alla configurazione del fatto bagatellare concorrono, contestualmente, l'esiguità del disvalore dell'azione, dell'evento e del grado di colpevolezza. Se l'entità del primo indice è deducibile dalle concrete modalità della condotta e dal grado di probabilità della stessa di realizzare l'evento, senza, tuttavia, prendere in considerazione tutto ciò che attiene alla sfera prettamente soggettiva, il disvalore dell'azione è, invece, ricavabile dalla rilevanza e dall'intensità dell'offesa al bene giuridico tutelato; infine, il terzo criterio riguarda la colpevolezza per il fatto, rimanendo escluse tutte le componenti impiegate, di regola, nella commisurazione della pena¹⁷³. Il risultato finale, pertanto, è la rappresentazione di un "*Bagatelldelikt/Tatbestand* bagatellare" saldamente ancorato al fatto, alla sfera oggettiva, venendo, di conseguenza, esclusi dalla sfera valutativa tutti gli elementi, per quanto esigui, legati alla persona imputata, nonché tutti i parametri connessi alla funzione della pena,

¹⁷¹ Sull'argomento, risulta fondamentale l'indagine di HEMPEL, OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936.

¹⁷² KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlino, 1966, spec. 92 e 129.

¹⁷³ Per un approfondimento, cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 283 ss.

come, ad esempio, la condotta risarcitoria *post-factum* da parte della persona ritenuta responsabile¹⁷⁴.

Al modello elaborato da Krümpelmann, sempre nell'ambito della dottrina tedesca, si è contrapposto un altro tipo bagatellare¹⁷⁵, che, basato non solo sulla esiguità dei tradizionali elementi del reato, ma anche sulle componenti di disvalore soggettivo, quali i motivi dell'agente, la vita pregressa e i precedenti giudiziari del reo, la posizione della vittima, oltre che valutazioni di prevenzione generale e speciale, ha acquisito una posizione dominante, riempiendo, nello specifico, il contenuto delle clausole di depenalizzazione per esiguità, previste dai §§ 153 ss. StPO tedesco e dal § 191 StPO austriaco (che ha sostituito il § 42 StGB)¹⁷⁶. Essendo il c.d. "modello onnicomprensivo"¹⁷⁷ animato dai tipici parametri che delineano la fase predisposta alla quantificazione della pena, c'è chi ha prontamente messo in luce, con vena critica, come il paradigma abbia dato origine più che ad una figura dogmatica unitaria, ad una sorta di pseudo-commisurazione anticipata della pena¹⁷⁸.

Anticipando quanto emergerà nel corso dell'analisi, l'istituto introdotto dal legislatore italiano ha assorbito entrambi i modelli tedeschi suesposti, poiché, secondo quanto emergerà nel corso dell'analisi, esso si basa su elementi sia oggettivi che soggettivi della condotta e dell'evento, cui viene aggiunto il parametro della "non abitualità del comportamento" come espressione delle esigenze di prevenzione speciale.

Orbene, la breve, seppur necessaria, ricostruzione dogmatica dell'illecito bagatellare, rileva l'esigenza, in un sistema penale razionale e moderato, di disporre di un istituto giuridico, a carattere generale, capace di calmierare l'applicazione delle disposizioni incriminatrici, valorizzando il concetto di "esiguità" o sul piano sostanziale, come causa di non punibilità, o su quello processuale, come causa di improcedibilità. Entrambe le soluzioni, non consistendo in una depenalizzazione in astratto, bensì rimesse nelle mani del giudice, richiedono di essere ancorate a criteri determinati, precisi e tassativi, al fine non solo di assicurare la compatibilità dell'istituto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale e con quello di legalità, sotto il profilo della determinatezza e/o precisione, ma anche di evitare che il pubblico ministero, nell'esercizio dell'azione penale, e l'autorità giudiziaria,

¹⁷⁴ Osservazioni critiche sul punto sono espresse da BOUCHARD, *I bassorilievi dell'irrelevanza*, in *Quest. Giust.*, 1998, 576 ss., secondo il quale è obiettivamente difficile disconoscere alla condotta risarcitoria *post-factum* la capacità di ridurre il disvalore dell'evento.

¹⁷⁵ Cfr. MÜLLER DIETZ, *Das Bagatellprinzip im Strafrecht - am Beispiel des § 42 StGB öStGB*, GedS Constantinesco, 1983.

¹⁷⁶ Gli istituti sia dell'ordinamento giuridico tedesco che di quello austriaco verranno analiticamente analizzati nel capitolo IV.

¹⁷⁷ Così è definito da CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 225.

¹⁷⁸ L'espressione è di ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, cit., 23; invece, MOOS, *Zur Reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte*, Wien-New York, 1981, 155, parla di "commisurazione ipotetica" (*hypothetische Strafbemessung*).

nelle successive fasi processuali, detengano una discrezionalità incontrollata, foriera di decisioni arbitrarie e discriminatorie¹⁷⁹.

Non stupisce, pertanto, che l'elaborazione di un istituto giuridico di tal fatta abbia richiesto un tempo di gestazione particolarmente lungo, attraversato da plurimi tentativi che, seppur non andati in porto, meritano di essere analizzati, in quanto hanno indubbiamente lasciato il segno, tracciando la strada che ha condotto all'effettiva introduzione nel sistema penale dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.

2. Il tortuoso percorso legislativo che ha condotto al risultato.

Poter vantare la presenza nel sistema penale di una clausola generale di particolare tenuità del fatto, che consenta al giudice di rinunciare all'applicazione della sanzione penale sulla base di criteri solidi e precisi, è un obiettivo funzionale alla piena realizzazione di principi giuridici inossidabili, come quello di offensività, di proporzione e di sussidiarietà, sovente trascurati e sacrificati a causa di sentenze di condanna, aventi ad oggetto reati bagatellari posti in essere da soggetti non bisognosi di rieducazione o di risocializzazione.

Al fine di comprendere appieno il presente, è, dunque, indispensabile volgere lo sguardo al passato, ossia alle singole esperienze normative, attraverso le quali il legislatore ha manifestato – a volte più, a volte meno – la volontà di introdurre la figura della esiguità del fatto nella cornice ordinamentale¹⁸⁰. È doveroso, a questo punto, premettere, sul piano metodologico, che verranno ripercorse, seppur brevemente, anche le iniziative sulla legiferazione del principio di offensività, atteso l'inscindibile legame tra i tentativi incompiuti di attribuire al suddetto principio una veste giuridica ufficiale e la formulazione legislativa del concetto di particolare tenuità del fatto.

L'*excursus* storico non può che cominciare dal Progetto Pagliaro, compreso tra il 1988 ed il 1992, che ha cercato di dare la giusta rilevanza al principio di offensività sia in astratto che in concreto nell'ambito di due distinte disposizioni normative, con ambiti e sfere applicative ben diverse. Nel dettaglio, l'art. 54 c.p., rivolto al legislatore, richiedeva di descrivere le fattispecie incriminatrici in modo che la loro realizzazione assumesse una dimensione di concreta lesività o di concreto pericolo per il bene giuridico, sebbene l'uso della locuzione “di regola” legittimava la possibilità di derogare alla suddetta tecnica di normazione «ogni qual volta, evidentemente, la particolare natura del bene o le (speciali)

¹⁷⁹ Sulla discrezionalità del giudice in relazione all'istituto della particolare tenuità del fatto, cfr. GIACONA, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 2016, 56, secondo il quale «l'art. 131-bis c.p. porta con sé il rischio di applicazioni giudiziarie assai divaricate tra loro e difficilmente controllabili. E la previsione della non punibilità per tenuità del fatto *anche per reati di una certa rilevanza* accresce l'inconveniente e lo proietta sul grande schermo della prevenzione generale, potendo i cittadini avvertire le decisioni dei magistrati come ingiustamente discriminatorie e frutto di un loro eccesso di potere».

¹⁸⁰ Per un'approfondita ricostruzione delle vicende normative, cfr. FERRARO, *La particolare tenuità del fatto tra principi costituzionali ed esigenze di efficienza del sistema*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola, La Regina, Aprati, Napoli, 2015, 61 ss.

ragioni di prevenzione impon[essero] (al legislatore) di allontanarsi dal modello ideale di offensività”; invece, l’art. 4 statuiva che compito del giudice fosse quello di interpretare le norme in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico. La peculiarità del progetto era che, al fine di fugare il rischio di assolutizzare la depenalizzazione, in astratto e in concreto, anche nei confronti fatti illeciti caratterizzati da una modesta entità, aveva classificato la tenue offensività nell’ambito delle circostanze attenuanti, comportante una mera riduzione della pena ex art. 22, n. 4 c.p. Successivamente, c’è stato il Progetto Riz del 1995 che ha tentato la codificazione del solo principio di offensività, proponendosi, come obiettivo, quello di assorbire i reati di pericolo astratto in un unico super bene giuridico da tutelare in via anticipata, ossia la sicurezza sociale, proposta, tuttavia, non piacevolmente accolta dalla dottrina.

Maggiormente significativo è stato, invece, il lavoro della Commissione Bicamerale, volto a costituzionalizzare il principio di offensività (in astratto e in concreto) nell’art. 129 Cost., in base al quale, posto che il diritto penale trova legittimazione soltanto nella tutela di beni socialmente rilevanti (primo comma), ai fini della sussistenza di un reato non basta la realizzazione di un comportamento materiale, ma è necessario che tale comportamento leda o ponga in pericolo beni giuridici (secondo comma).

Le disposizioni in esame si rivolgevano, quindi, sia al legislatore che alla giurisdizione ed erano tra loro strettamente e funzionalmente connesse. Esse, in sostanza, proponevano la costituzionalizzazione di quei principi che si compendiano nella formula "diritto penale minimo". La prima parte della disposizione conteneva la nozione di “beni di rilevanza costituzionale”, che, dunque, non avrebbero dovuto essere espressamente menzionati nel testo costituzionale, attribuendo, pertanto, al legislatore ordinario la possibilità di sanzionare penalmente l’offesa anche di beni o interessi che, seppur non espressamente contemplati nella Costituzione, fossero funzionalmente collegati alla salvaguardia di quelli, invece, espressamente indicati nel testo costituzionale¹⁸¹. Il *punctum dolens* della proposta, tuttavia, era quello di inquadrare l’offensività come un elemento ulteriore ed integrativo

¹⁸¹ In senso critico rispetto alla scelta di costituzionalizzare il principio di offensività, cfr. FIANDACA, *L’offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 4 ss., il quale non ha perso occasione nel sottolineare che «un forte aumento del contenzioso di costituzionalità, con la conseguenza di accentuare l’incidenza del ruolo politico-discrezionale della Consulta» potrebbe comportare «una sovraesposizione politica della Corte costituzionale [...] difficilmente compatibile col principio della divisione dei poteri»; nonché MASULLO, *Aspettando l’offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1779, secondo la quale «la previsione avrebbe trovato migliore collocazione all’interno di una norma codicistica ordinaria, scongiurando, al contempo, il rischio di strumentalizzare il ricorso alla Corte costituzionale ogni qual volta fosse stato negato l’effetto di impunità per concreta assenza di offesa». Per un’opinione radicalmente opposta, invece, cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 205, in base al quale «davanti ad uno scenario che visualizzi il compito della Corte come autentico deuteragonista del legislatore [...] occorre semmai interrogarsi se non sia più proficuo dotare i giudici costituzionali dello strumentario tecnico e metodologico necessario ad una dimensione nuova degli equilibri tra i poteri e della composizione dei conflitti».

rispetto alla tipicità, tentando, dunque, di costituzionalizzare, senza una doverosa unanimità di pensiero, una delle plurime correnti di pensiero sviluppatasi sul tema.

Orbene, i molteplici progetti di riforma, pur essendo formalmente e contenutisticamente diversi tra loro, si sono tutti egualmente arrestati allo stato embrionale di proposta di legge, poiché accomunati dalla carenza di lineari e tassativi criteri, normativamente prefissati, in grado di definire e precisare il concetto di offesa, con il rischio di attribuire all'interprete una dilagante discrezionalità, contrastante con il ruolo selettivo del carattere "inoffensivo"¹⁸². Considerata la difficoltà, oggettiva e soggettiva, di elaborare una disposizione normativa in grado di convogliare un pensiero giuridico unanime, si è preferito indirizzare l'attenzione sul confinante concetto di "esiguità del fatto", tema che non è stato accolto come una vera e propria novità nel panorama giuridico italiano, poiché il terreno era stato in larga parte preparato dalle omologhe figure previste nel rito dinanzi al giudice minorile e a quello di pace, sotto forma, rispettivamente, della "sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto" e della "esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto"¹⁸³. L'art. 131-bis c.p. costituisce, dunque, l'esito di un percorso già avviato da tempo, prima nella legislazione minorile con l'art. 27 del d.p.r. n. 448 del 1988 connotato da una marcata impronta personalistica, e, successivamente, nel giudizio di pace con l'art. 34 del d.lgs. 274 del 2000 che, condizionato al consenso della vittima, echeggia l'idea di una mediazione tra autore e vittima finalizzata alla conciliazione.

Sin da subito, nell'ambito delle Commissioni ministeriali di riforma del codice penale e di procedura penale, nonché in taluni progetti di legge via via presentati, si è assistito ad un animato dibattito in cui sono emerse posizioni diverse, se non proprio antitetiche, sull'abito giuridico da far indossare all'istituto, qualificandolo ora come condizione di improcedibilità, ora come causa di non punibilità¹⁸⁴.

A sostegno della prima posizione, maggiormente funzionale alle finalità deflattive, bisogna ricordare la proposta di legge C-4625, finalizzata a predisporre un Titolo III-bis nel libro V

¹⁸² Sul punto, cfr. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2013, 4, 13, secondo cui «il paradigma dell'offensività rischia di diventare ideologia, in quanto tutta la sua gestione si sposta sull'interprete, cioè sulla giurisprudenza, costretta a concretizzare offese indeterminate»; nonché FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, cit., 6, secondo cui la mancanza di criteri attorno a cui fondare il concetto di offesa implica esporre «la verifica giudiziale dell'offensività [...] anche a parametri extralegali di giudizio, con aggiramento più o meno palese del principio di legalità».

¹⁸³ In particolare, nella Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000, consultabile sul sito www.penale.it, si sottolineava come l'inserimento dell'istituto della particolare tenuità del fatto «in un'orbita piuttosto circoscritta e limitata» quale quella della giurisdizione del giudice di pace, avrebbe ben potuto fungere da campo di sperimentazione per possibili, future estensioni del suo raggio di applicazione.

¹⁸⁴ È noto che l'attenzione a tale istituto risale alla c.d. "IV Bozza Boato" redatta dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali nell'ambito delle deroghe all'obbligo di esercizio dell'azione penale. In particolare, una delle ipotesi di riforma dell'art. 112 Cost. stabiliva che «la legge stabilisce le modalità di deroga all'obbligo di esercizio dell'azione penale se nel corso delle indagini risulterà la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento».

Libro del codice di procedura penale, composto da un solo articolo, l'art. 346-*bis* c.p.p., rubricato "Esclusione della procedibilità per irrilevanza del fatto"¹⁸⁵. Analoghe soluzioni, in chiave di improcedibilità, si rinvengono nel testo licenziato nel 2013 dal Gruppo di studio sulla depenalizzazione presieduto dal Prof. Fiorella¹⁸⁶, in cui si prevedeva l'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., teso a disciplinare la particolare tenuità del fatto come nuova causa di non procedibilità. In particolare, i requisiti previsti consistevano, come gli altri progetti, nella esiguità del danno e del pericolo e nel grado della colpevolezza, ma il carattere che lo contraddistingueva dalle precedenti proposte era non tanto l'assenza del requisito della occasionalità, quanto piuttosto il parametro sanzionatorio cui legare l'ambito di applicazione dell'istituto: non più il massimo edittale di pena, ma quello minimo previsto dalla legge, atteso che solo quest'ultimo esprime il *quantum* di pena pensato dal legislatore per le sottospecie bagatellari di ogni fattispecie di reato. Sull'altro versante, a favore della causa di non punibilità si collocava la Commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta da Carlo Federico Grosso, che nell'art. 74 della Bozza definitiva prevedeva una clausola generale di non punibilità per particolare tenuità del fatto, applicabile ai reati con pena detentiva non superiore ai due anni¹⁸⁷, in presenza di requisiti quali: la minima entità del danno o del pericolo, la minima colpevolezza dell'agente, il comportamento occasionale dell'agente, la mancanza di pretese risarcitorie, ovvero le esigenze di prevenzione generale o speciale, tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato. La scelta di formulare la clausola di esiguità in veste sostanziale è dipesa fortemente dall'indubbia rilevanza attribuita, dal legislatore, a parametri

¹⁸⁵ La proposta di legge a firma congiunta degli allora Ministri della Giustizia, G.M. Flick, e del tesoro, Ciampi, porta la data 3.3.1998. Con riguardo alla natura prettamente processuale dello strumento previsto in quel disegno di legge, cfr. APRILE, *Il principio di irrilevanza del fatto nel d.d.l. 4625-bis/C: si profila un ritorno all'aequitas medievale?*, in *Doc. giust.*, 1998, 1810; DIOTALLEVI, *L'irrilevanza del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Crit. Pen.*, 1998, 2806 ss.; QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., 213 ss.; CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, 292 ss.; RONCO, *L'irrilevanza penale del fatto. Verso la depenalizzazione per mano del giudice*, in *Critica pen.*, 1998, 13 ss.

Per una attenta analisi sulla *ratio* della proposta di legge, v. TAORMINA, *L'irrilevanza penale del fatto tra diritto e processo*, in *Giust. pen.*, 1998, 258 ss., secondo il quale «la *intentio legis* di questo progetto mirava ad un mutamento del panorama giuridico, nel senso che per determinati reati per i quali si riporta condanna, nel futuro si vuole dare vita ad un'astensione della affermazione della penale responsabilità».

¹⁸⁶ La Commissione Fiorella è stata istituita, sotto il Governo Monti, il 14 dicembre 2012, con decreto dell'allora Ministro della Giustizia, Angelino Alfano, per la revisione del sistema penale e presentava ad aprile del 2013 la sua proposta in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale.

¹⁸⁷ Conformemente v. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 167, secondo la quale l'aspetto qualificante di tale inquadramento è dato dal rilievo di un vaglio giudiziale che «prende le mosse dai connotati della condotta illecita, scandagliandone le caratteristiche, soppesandole alla luce degli interessi protetti dalla norma ed effettivamente aggrediti dalla condotta che l'ha violata; [...] una verifica, quindi, simile a quella compiuta dal giudice in base all'art. 133 c.p., in sede di commisurazione della pena, che, come questo, presuppone che il giudicante si trovi di fronte alla commissione del fatto da parte dell'imputato, solo che, nel caso della irrilevanza, la verifica conduce a rinunciare alla sanzione».

valutativi interni al fatto di reato, comportanti una verifica giudiziale simile a quella compiuta in sede di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. Sulla stessa lunghezza d'onda, si poneva anche la Commissione governativa di riforma del Codice di procedura penale presieduta dal Prof. Riccio, chiamata ad affrontare la questione giuridica se la clausola dovesse operare anche in sede di archiviazione della notizia di reato o soltanto in ambito puramente processuale, inquadrando, dunque, la modesta offensività della condotta come una causa di legittima desistenza dall'esercizio dell'azione¹⁸⁸. Sotto il profilo strettamente processuale, i sostenitori del progetto hanno ritenuto preferibile ricondurre la declaratoria di particolare tenuità del fatto nell'alveo della ordinaria procedura di archiviazione, superando le obiezioni di quella parte della dottrina che, attesa l'impossibilità di decidere senza aver previamente accertato la responsabilità dell'indagato, riteneva che la relativa declaratoria potesse avvenire soltanto all'esito dell'udienza preliminare e del giudizio attraverso il pronunciamento di una sentenza¹⁸⁹. Alla fine dei conti, tuttavia, anche il progetto Riccio si è risolto in un vano tentativo che non vide mai la luce, ma fu di grande importanza in quanto riapparve sotto le mentite spoglie della proposta di legge C-2094, presentata con il governo Berlusconi alla Camera dei deputati il 22 gennaio 2009 dal sen. Tenaglia¹⁹⁰, che ebbe, però, lo stesso triste esito.

Decaduto, infatti, il progetto di legge AC-2094, che ottenne l'approvazione di una sola delle due Camere, per l'interruzione della legislatura, il ministro Annamaria Cancellieri, del successivo governo, non rinunciò a perseguire l'obiettivo di una riforma organica del sistema penale sanzionatorio, nominando con decreto ministeriale del 10 giugno 2013 una Commissione *ad hoc*, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo¹⁹¹, mediante un mandato ancora più ampio di quello affidato dall'originario disegno di legge del precedente

¹⁸⁸ Per un organico commento su tale proposta, cfr. MELILLO, RUGGIERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2006, 1439 ss.

¹⁸⁹ In particolare, si prevedeva la modifica degli artt. 129 e 425, co. 1, c.p.p., nonché l'introduzione dell'art. 530 *bis* c.p.p., rubricato «Sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto».

¹⁹⁰ La proposta della Commissione Tenaglia aveva come obiettivo quello di fondare l'applicazione dell'istituto su una ricostruzione del fatto di reato "in ipotesi", ossia sull'assenza, da parte dell'autorità giudiziaria, di ogni tipo di accertamento, né in positivo né in negativo, sull'esistenza del fatto e sulla responsabilità dell'imputato, assumendo questi temi, per l'appunto, come ipotesi. In senso critico, v. DOMINIONI, *Interesse alla prosecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Studi in onore di Mario Pisani, vol. I, Diritto processuale penale*, a cura di Corso-Peroni, Piacenza, 2010, 332, che, ritenendo preferibile l'introduzione nel sistema di una «clausola di irrilevanza sociale del fatto» costruita come causa di improcedibilità, precisa che la pronuncia che ne seguirebbe sarebbe di rito, cioè prettamente processuale.

¹⁹¹ Per una corretta e analitica ricostruzione dei lavori parlamentari che hanno condotto alla legge delega n. 67 del 2014, cfr. ANDREUCCIOLI, *I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n. 28 del 2015*, in *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, a cura di Santoriello, Roma, 2015, 131 ss.

governo¹⁹². Abbandonato il miraggio di una rinascita organica del codice penale, si è privilegiato concentrare le energie verso un unico obiettivo: «mettere ordine nello stratificato guazzabuglio sanzionatorio senza avventurarsi sulla strada, certo maestra ma impraticabile, della riforma del codice; [...] il tiro verso una riforma, certamente non organica del diritto penale, ma orientata a raggiungere risultati di maggiore sistematicità seppure nel limitato campo delle sanzioni»¹⁹³.

Affidatole, dunque, il compito di elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, la Commissione, in un arco temporale di sei mesi, ha provveduto alla predisposizione di uno “*Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*”, contenente nell’ art. 27 la particolare tenuità del fatto come causa di improcedibilità¹⁹⁴. I componenti del Gruppo di lavoro, in quell’occasione, pur consapevoli che sarebbe stata maggiormente coerente sul piano logico e strutturale la scelta di configurare l’istituto come causa di non punibilità, considerata la preliminare valutazione del giudice sulla gravità del reato e sul grado di colpevolezza, hanno preferito l’opzione processuale, poiché maggiormente aderente alla *ratio* deflativa¹⁹⁵ attraverso la sua collocazione nella sede di archiviazione. Nonostante l’ambizione del progetto ministeriale, sul piano concreto l’azione governativa non si è

¹⁹² Si tratta del disegno di legge n. 5019 del precedente Governo recante “Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili”.

¹⁹³ PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n.67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1704. A favore di una riforma sistematica delle sanzioni si è espressa anche autorevole dottrina come BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 2, 381, il quale non ha esitato ad esprimere la sua opinione con parole forti: «Proporre ancora - come si sente dire in questi giorni a proposito dei compiti delle commissioni ministeriali di nuova istituzione - agli studiosi di fabbricare ordigni di pronto impiego per tamponare le falle, è una scelleratezza pari a (o peggiore di) quella di decidere di non fare nulla». «In assenza di una rifondazione radicale, qualunque intervento contingente, fosse anche quello tecnicamente più raffinato e politicamente più condiviso, è destinato a sicuro fallimento».

¹⁹⁴ Art. 27 - Improcedibilità per la particolare tenuità del fatto -. Prevedere l’improcedibilità dell’azione penale in presenza delle seguenti condizioni: - che si tratti di contravvenzione ovvero di delitto punito con pena non detentiva (pena pecuniaria, prescrittiva, interdittiva, detenzione domiciliare) o con pena detentiva non superiore nel minimo a tre anni, anche congiunta alle predette pene; - che, ai fini della determinazione della pena della detenzione, non si tenga conto delle circostanze eccetto quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente [o ad effetto speciale]; - che il fatto risulti di lieve entità in ragione delle modalità della condotta, della minima gravità dell’offesa e della colpevolezza, e dell’occasionalità del comportamento: - che i provvedimenti dichiarativi dell’improcedibilità per particolare tenuità del fatto siano inseriti nel casellario giudiziale.

¹⁹⁵ Nella relazione di accompagnamento dello schema si precisa come la maggior parte dei componenti si è espressa a favore dell’inquadramento dell’istituto in una causa di improcedibilità, sulla scia di quanto previsto dall’art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 e dal progetto di riforma della Commissione Fiorella. Questa opzione è stata giustificata con la circostanza che il diverso inquadramento avrebbe comportato una consistente riduzione degli effetti deflazionistici.

contraddistinta, di certo, per impegno profuso. È stato, infatti, il Parlamento, e più precisamente l'On. Donatella Ferranti, a riassumere l'iniziativa della riforma del sistema sanzionatorio con l'originario progetto di legge AACC 331-927 che, strada facendo, si è arricchito di ulteriori contenuti ed ha indossato la veste definitiva della legge delega n. 67 del 2014¹⁹⁶, contenente «Deleghe al governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del processo con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili».

La legge delega aveva un contenuto indubbiamente invitante: oltre all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, si ramificava in un gruppo di deleghe che, *ictu oculi*, potevano sembrare alquanto eterogenee e figlie di un diverso padre, ma, in realtà, erano accomunate da un evidente intento deflativo¹⁹⁷. L'art. 1, infatti, conteneva le prime due deleghe - entrambe da esercitarsi entro otto mesi dall'entrata in vigore della legge, e cioè entro gennaio 2015 -, riguardanti, rispettivamente, l'introduzione del nuovo istituto della non punibilità per speciale tenuità del fatto e la revisione del sistema sanzionatorio codicistico, che, non essendo mai stata portata a compimento, avrebbe dovuto condurre alla riforma del catalogo delle pene principali di cui all'art. 17 c.p., mediante l'inserimento della detenzione domiciliare e la radicale eliminazione dell'arresto¹⁹⁸. Nell'art. 2, invece, erano inserite le altre due deleghe, da esercitarsi ugualmente entro novembre 2015, concernenti l'una un intervento di depenalizzazione di tipo tradizionale, con la trasformazione di reati in illeciti amministrativi, l'altra una trasformazione di taluni illeciti penali in illeciti civili sanzionati, oltre che con il risarcimento del danno, con una inedita sanzione pecuniaria civile.

Il fine perseguito dalla legge era, pertanto, quello di innestare una "rivoluzione copernicana" nell'ambito del sistema sanzionatorio, favorendo il ricorso a sanzioni che non producessero il marchio indelebile del carcere, e, contestualmente, creando nell'ambito del rito ordinario un meccanismo che fosse in grado di selezionare i procedimenti aventi ad oggetto fatti in concreto meritevoli di attenzione dibattimentale, facendo convergere le

¹⁹⁶ Per la ricostruzione dei passaggi che hanno condotto alla approvazione della legge delega n.67 del 2014, cfr. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.*, cit., 3 ss. In particolare, nella iniziale proposta di legge Ferranti non vi era alcuna traccia dell'istituto della particolare tenuità del fatto; ad allargare lo spettro degli interventi fu la Commissione Giustizia del Senato nel corso dell'esame del testo, a sua volta già approvato dalla Camera. Infatti, soltanto con la presentazione da parte del relatore, on. Casson, di un emendamento riassuntivo dello "stato dell'arte", l'istituto della particolare tenuità del fatto fece il suo ingresso in Commissione. Questi i successivi passaggi: il testo, trasmesso dal Senato il 23 gennaio 2014, fu oggetto di esame da parte dell'altro ramo del Parlamento e fu approvato definitivamente il 2 aprile 2014.

¹⁹⁷ PALAZZO, *Le difficoltà interpretative degli istituti sostanziali previsti dalla L. n. 67/2014*, in *Gli speciali Giur. it.*, 2015, 1.

¹⁹⁸ Il governo non ha esercitato quest'ultima delega che, pur nella cautela del legislatore delegante, avrebbe comunque impresso una svolta alla politica sanzionatoria del paese. A sostegno di tale impostazione si veda Palazzo, secondo cui non sembrano ancora esistenti le condizioni politiche e culturali per un intervento sulle sanzioni penali che sia non soltanto più organico e sistematico, ma che corrisponda ad una linea politico-criminale più costruttiva e positiva di quella rappresentata dall'ansia di deflazionare la nostra giustizia penale.

ipotesi bagatellari verso modalità di definizioni alternative, capaci di perseguire ulteriori obiettivi, quali il recupero sociale del reo e la riparazione del danno subito dalla vittima del reato¹⁹⁹.

Non ci si può esimere dall'osservare come la formulazione della legge delega fosse a tratti carente e insufficiente, mancando, su punti qualificanti della disciplina, di principi e di criteri direttivi che, allorquando presenti erano, invece, poco chiari e contraddittori, esponendosi a dubbi di incostituzionalità se non opportunamente interpretati²⁰⁰.

Entrando *in medias res*, la legge delega all'art.1, co.1, lett. m) ha incaricato il Governo di adottare una nuova disciplina che escludesse "la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno ed adeguando la relativa normativa processuale".

Di primo acchito, si può osservare la diversità del livello di precisione dei criteri di delega, considerato che solo alcuni di essi hanno tracciato la strada da percorrere- come il limite edittale di pena²⁰¹ -, altri, invece, hanno scaricato sul legislatore delegato scelte notevolmente significative, come le modifiche relative alla parte processuale.

Ad ogni modo, è stata presa, sin da subito, posizione sugli indici della tenuità del fatto, fondandoli sul terreno dell'offesa e sulla sfera dell'autore, ma con una diversa formulazione rispetto ai modelli dell'esperienza passata; inoltre, in controtendenza rispetto agli ultimi due progetti di riforma, è stato scelto per la definizione dell'ambito di operatività dell'istituto il massimo edittale di pena previsto dalla legge, innalzando il limite rispetto ai progetti passati, ugualmente impostati²⁰².

¹⁹⁹ Cfr. PICCIONI, *Tenuità del fatto e non punibilità*, Roma, 2015, 35.

²⁰⁰ Cfr. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n.67/2014)*, cit., 1704; ANDREUCCIOLI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 134, secondo la quale uno dei motivi principali delle evidenti lacune è da attribuire alla relativa celerità - meno di un anno (dal luglio 2013 all'aprile 2014) - con la quale entrambi i rami del Parlamento sono giunti all'approvazione definitiva del testo.

²⁰¹ Al riguardo, si deve constatare come uno dei punti critici della legge delega sia proprio l'individuazione della sfera di operatività dell'istituto, ma non a causa della sua eccessiva ampiezza, un'ampiezza sulla quale, come è stato giustamente notato, il Governo non aveva il potere di incidere attraverso la previsione di esclusioni mirate, che avrebbero costituito "senz'altro un eccesso di delega", cfr. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n.67/2014)*, cit., 1706. Inoltre, la scelta normativa edittale, trasfusa nell'art.131-bis c.p., sembra destinata ad incidere negativamente su quella giurisprudenza che ha più volte applicato il principio di offensività a fattispecie criminose sanzionate con pene che superano il limite di cinque anni, come il peculato, la calunnia, il falso in atto pubblico, i reati di bancarotta, cfr., sul punto, BRUNELLI, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Leg. pen.*, 2014, 454 ss.

²⁰² Si fa riferimento al progetto Grosso e al disegno di legge Carotti ove l'ambito di applicazione dell'istituto era riservato ai delitti sanzionati con una pena detentiva non superiore nel massimo, rispettivamente, a due e tre anni. Critico nei confronti di tale scelta, sul presupposto che si sarebbe dovuto fare riferimento al minimo edittale, PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, 20.

Le vicende successive all'esercizio della delega sono state caratterizzate da un rientro in scena dell'esecutivo, attraverso un processo distinto in due fasi. In primo luogo, si è assistito alla istituzione di una nuova Commissione di studio, incaricata di elaborare proposte per l'attuazione della delega, che ha concluso i propri lavori presentando al ministro Orlando quattro diversi articolati accompagnati da una sintetica relazione finale, nella quale sono stati esplicitati i principi e i criteri direttivi della non facile, ma indispensabile, attività di interpretazione per l'esercizio del potere delegato. Con riguardo alla proposta relativa alla irrilevanza del fatto, nonostante si trattasse di un istituto già noto all'ordinamento italiano, l'attività interpretativa è risultata alquanto ampia a causa della scarsa precisione dei criteri direttivi. Il primo "step" si è concluso con la presentazione, da parte della Commissione ministeriale, di uno schema di decreto legislativo²⁰³, da sottoporre alle Camere per il parere parlamentare, incentrato *tout court* sulle caratteristiche oggettive del fatto con un approccio decisamente semplificato. La seconda fase ha avuto ad oggetto l'esame dello schema in questione da parte della Commissione Giustizia (di Camera e Senato) e le susseguenti condizioni apposte in sede di formulazione dei relativi pareri, parzialmente recepite dal Governo in occasione dell'emanazione del decreto legislativo²⁰⁴. Proprio in quella sede, infatti, venne a galla una indomabile inquietudine sullo stato di sicurezza dei cittadini, a causa della eccessiva portata depenalizzatrice del nuovo istituto, aggravata dalla sua applicabilità in assenza di una piena cognizione. Tutto questo ha condotto alla modifica del testo governativo, mediante l'inserimento di ulteriori criteri di valutazione del fatto e molti limiti oggettivi e soggettivi al suo utilizzo²⁰⁵. E finalmente, dopo mille peripezie, «la linea di continuità è riuscita ad imboccare la via della foce a delta»²⁰⁶. Solo al termine di questo lungo percorso si è giunti ad una soluzione compromissoria, che ha decretato il definitivo *trapianto nel processo ordinario della clausola di particolare tenuità del fatto*²⁰⁷, attraverso il decreto legislativo del 16 marzo 2015, n. 28 recante "Disposizioni in materia di non

L'Autore sottolinea che «trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si debba aver riguardo non già alla sua massima gravità possibile, ma alla minima gravità necessaria, espressa, per l'appunto, dal minimo di pena previsto prevista dal reato».

²⁰³ Lo schema si contraddistingue per una ferma adesione all'impianto oggettivo predisposto dal legislatore delegante, con il richiamo all'indice di esiguità della particolare tenuità dell'offesa e per la scelta di non definire che cosa dovesse intendersi per "comportamento non abituale".

²⁰⁴ Con riguardo all'iter d'esame in sede consultiva è indispensabile una notazione: i due rami del Parlamento hanno mostrato una diversa attenzione al provvedimento. Infatti, in Senato la trattazione si è conclusa con appena tre sedute, alla Camera, invece, la Commissione giustizia ha dedicato al provvedimento, oltre al doppio delle sedute di merito, anche un ciclo di audizioni che hanno visto come protagonisti anche il Professor Palazzo e i rappresentanti dell'Associazione nazionale magistrati e dell'Unione delle Camere penali.

²⁰⁵ Cfr. PALAZZO, *Le difficoltà interpretative degli istituti*, cit., 1.

²⁰⁶ DI CHIARA, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrilevanza del fatto alla mediazione*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, a cura di Ruggieri, Milano, 2012, 325.

²⁰⁷ TURCO, *I prodromi della riforma*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Triggiani, Torino, 2014, 233.

punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. m), della legge 28 aprile 2014, n. 67”.

3. La natura giuridica dell'istituto: causa di non punibilità o condizione di improcedibilità.

Questo è il problema.

Da lì in poi, la figura della *particolare tenuità del fatto ha acquistato definitivamente piena cittadinanza*²⁰⁸ nell'ordinamento giuridico italiano, apportando delle modifiche al codice sia penale che processuale penale. La disposizione cardine del nuovo istituto, sotto il profilo sostanziale, è rappresentata dall'art. 131-bis c.p., rubricato “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”

Propedeutica all'analisi dei singoli criteri, su cui occorre ancorare la valutazione della esiguità del fatto, è la soluzione del quesito relativo al corretto inquadramento dogmatico del nuovo istituto, in perenne tensione tra le cause di non punibilità e le condizioni di improcedibilità.

La scelta non è di poco conto, poiché, come è stato attentamente osservato, l'opzione riassume in sé differenti «implicazioni concrete, che si riverberano sulla rispettiva fisionomia dell'istituto in esame, sulla efficacia funzionale che ha rispetto agli obiettivi che con la sua introduzione il legislatore persegue, sulla tenuta di cui è capace rispetto all'impianto costituzionale»²⁰⁹.

I frequenti cambi di rotta, sul punto, da parte del legislatore nei precedenti progetti rimasti incompiuti, rappresentano la spia d'allarme della difficoltà di collocare la clausola di particolare tenuità del fatto all'interno di una, ed univoca, categoria giuridica²¹⁰, ma, allo stesso tempo, suggeriscono di adottare un approccio maggiormente elastico rispetto alla rigidità che contraddistingue la distinzione tra l'area sostanziale e quella processuale²¹¹.

Lo stretto legame esistente tra le due aree rende particolarmente arduo il compito di tracciare confini nitidi tra il fenomeno della punibilità e quello della procedibilità, fermo restando che “la necessità di distinguere le condizioni relative al dovere di punire da quelle relative al dovere di procedere è da tutti riconosciuta ed affermata²¹²”.

La difficoltà è acuita dalla mancanza di definizioni univoche: basti riflettere sulla nozione di “causa di non punibilità”, che “in senso ampio” include, sotto il comune denominatore della inapplicabilità della sanzione a un dato fatto, le cause più varie²¹³; “in senso stretto”,

²⁰⁸ SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali.*, cit., 1.

²⁰⁹ CESARI, *Le clausole di irrilevanza nel sistema penale*, cit., 148.

²¹⁰ V. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, 6.

²¹¹ Sull'argomento, cfr. BARTOLI, *L'irrilevanza del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena, in Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di De Francesco-Venafro, Torino, 2002, 104 ss.

²¹² ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995, 44.

²¹³ PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995, 525, ove si riconosce come sia emblematica in tal senso la previsione contenuta nell'art.129 c.p.p., la cui rubrica, intitolata “Obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità”, racchiude pressoché tutte le ipotesi di

invece, è una nozione che designa quelle cause che hanno l'effetto di escludere la sola pena, lasciando sussistere la illiceità del fatto e la sua colpevolezza.

Nel corso del tempo, tuttavia, si è cercato di effettuare una *reductio ad unum*, riferendo la qualifica di causa di non punibilità esclusivamente a quelle circostanze, a quelle vicende che - ferma restando l'illiceità del fatto e la responsabilità penale dell'autore - precludono l'applicazione della sanzione, che, di regola, seguirebbe ad un determinato comportamento penalmente illecito²¹⁴.

Per quanto attiene all'altro versante, costituito dalle condizioni di improcedibilità risulta meno complicato fornire un'univoca definizione, seppur sia ugualmente incerto il novero delle ipotesi che vi rientrano²¹⁵. La locuzione, di regola, designa "un complesso di fatti e atti, espressamente indicati dal legislatore, il cui mancato verificarsi impedisce l'instaurazione del processo penale²¹⁶" e la cui ragione d'essere risiede nella esigenza di tutelare un interesse esterno alla dinamica processuale, solitamente alternativo al perseguimento del reato.

Ciò posto, le differenze strutturali tra le due categorie si ripercuotono, inevitabilmente, sugli effetti giuridici che derivano dalla loro applicazione. In particolare, le cause di non punibilità, presupponendo l'accertamento della commissione del reato e la responsabilità penale dell'autore, afferiscono al merito, oggetto di valutazione in sede processuale; mentre, la dichiarazione di improcedibilità, concernendo i soli atti giuridici e, più precisamente, le dichiarazioni di volontà coordinate e finalizzate allo svolgimento del

proscioglimento dell'imputato, da quelle di completa assenza di responsabilità alle circostanze in cui l'assoluzione deve essere pronunciata perché il comportamento, pur sussumibile in una fattispecie criminosa, è stato tenuto in presenza di una causa di giustificazione o di una causa scusante, fino alle ipotesi in cui ricorre una condizione che esclude la sola applicazione della sanzione, lasciando sussistere la illiceità del fatto e la colpevolezza del suo autore. Sul punto un fondamentale contributo è stato dato da VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 609, secondo cui «in senso latissimo vengono indicate talvolta come cause di non punibilità tutte quelle situazioni o circostanze, oggettive come soggettive, preesistenti alla commissione del fatto o ad esso sopravvenute, ad esso collegate o da esso indipendenti, attinenti al merito o alla procedura, a cui è riconducibile la non applicabilità o la non applicazione della sanzione penale a un fatto determinato o a carico di una determinata persona». L'A. ricollega la nozione all'art. 152 c.p.p. del codice del 1930, che si riferiva testualmente alla immediata declaratoria di determinate «cause di non punibilità». Si può rilevare che tale considerazione ha un suo peso anche oggi con l'art. 129 c.p.p. che accorpa in un unico testo le ipotesi più disparate, dall'insussistenza del fatto, all'estinzione del reato, alla improcedibilità, anche se nel corpo della disposizione, a differenza della rubrica, non vengono citati proprio i casi tecnicamente emblematici della categoria della punibilità in senso stretto, come l'imputabilità e le cause di esenzione o esclusione della pena.

²¹⁴ A favore di questa impostazione, cfr. FONTI, *L'immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Trattato di procedura penale, I, II, Gli atti*, a cura di Dean, diretto da Spangher, Torino, 2008; MARANDOLA, *Declaratoria immediata di cause di non punibilità (obbligo di)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2002; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, 67.

²¹⁵ Così MONTAGNA, *Procedibilità (condizioni di): b) le singole condizioni di procedibilità*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998.

²¹⁶ CORDERO, *Merito nel diritto processuale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1995, 665.

processo, si risolve, invece, in una *absolutio ab instantia*²¹⁷, «lasciando assolutamente impregiudicato ogni profilo del merito dell'accusa»²¹⁸. È da rilevare, tuttavia, che tale impostazione, nel corso degli anni, è stata ridimensionata dal legislatore, che ha qualificato come condizioni di procedibilità vicende fattuali, per nulla equiparabili a manifestazioni di volontà da parte di un soggetto²¹⁹.

Orbene, a questo punto non resta che “scavare” più a fondo nella “miniera del diritto”, al fine di comprendere se la particolare tenuità del fatto possa essere inserita, indifferentemente, a seguito di una scelta discrezionale operata dal legislatore, nell'alveo delle cause di non punibilità o di improcedibilità, ovvero se la stessa, per come è strutturata, abbia un'unica intrinseca qualificazione giuridica²²⁰.

Non avendo il legislatore (né delegante né delegato) preso posizione sulla *quaestio iuris*, la dottrina e la giurisprudenza si sono sentite legittimate a ricostruire autonomamente la natura giuridica dell'istituto, affermandone, quasi all'unanimità, l'inquadramento sostanziale tra le cause di non punibilità²²¹, sulla base dei seguenti fattori: a) il tenore letterale della rubrica dell'art.131-bis c.p. - intitolata “*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*”; b) il testo della disposizione, nella parte in cui statuisce “*la punibilità è*

²¹⁷ Per un approfondimento, cfr. GAITO, voce *Procedibilità (dir. proc. pen)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 816. Di regola, l'assenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione penale è accertata nella fase delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero, la cui relativa istanza dovrà essere accolta dal giudice delle indagini preliminari con l'adozione del decreto di archiviazione; se, invece, tale realtà emerge una volta esercitata l'azione penale - o perché ce ne si avvede solo in questo momento oppure perché la condizione di procedibilità, prima esistente, è poi venuta meno - la situazione di improcedibilità va dichiarata con sentenza, in qualsiasi stato e grado del procedimento ai sensi dell'art.129, comma 1, c.p.p., e ciò in quanto l'accertamento del dovere di procedere ha natura pregiudiziale rispetto all'accertamento del dovere di punire

²¹⁸ CORDERO, *op. ult. cit.*, 665.

²¹⁹ Ad esempio, è il caso del mancato pagamento dell'assegno emesso senza provvista entro un dato termine, circostanza in presenza della quale diventava possibile esercitare la relativa azione penale ai sensi dell'art.8 della L. n. 386 del 1990.

²²⁰ Cfr. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali.*, cit., 17 ss.

²²¹ In dottrina, a favore dell'inquadramento dell'art. 131-bis c.p. tra le cause di non punibilità, cfr. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 669; CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della particolare tenuità del fatto*, relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, 2015, 2; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 517; PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Padova, 2014, 371; POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, 2, 8; in senso critico, invece, SANTORIELLO, *Commento al d.lgs. 16 marzo 2015, n.28- Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Assago (MI), 2015, VII ss.; TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2015, 3.

esclusa”; c) la collocazione topografica dell’istituto tra gli articoli concernenti l’esercizio del potere discrezionale del giudice nell’applicazione della pena²²².

Procedendo per gradi, sicuramente non è stata introdotta una nuova ipotesi di scriminate, avendo l’art. 131-*bis* c.p. una struttura del tutto incompatibile con una causa di giustificazione, atteso che il reato sussiste in tutti i suoi elementi, compresa l’antigiuridicità²²³.

Né si può sostenere che il fatto sia scriminato in quanto “atipico”, secondo la tradizionale costruzione teorica che vuole la scriminante come elemento negativo del fatto²²⁴. La disposizione, infatti, prevede il requisito, tipico, della lesività in concreto: ciò che fa difetto è un grado di offensività tale da giustificare l’applicazione della pena.

Un ulteriore punto fermo è costituito dal fatto di non essere in presenza di una causa di esclusione della colpevolezza, con la quale lo Stato rinuncia alla sanzione sulla base dei «riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere»²²⁵, pur continuando a sussistere la dimensione oggettiva di disvalore del fatto commesso.

²²² In tal senso, v. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il libro dell’anno del diritto 2016*, a cura di Garofoli, Treu, Roma, 2016; si v. GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, 2598; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 517; SERRA, *La causa di non punibilità per “particolare tenuità del fatto” ex art. 131-bis c.p.*, in www.camerapenlenovara.it, 2015, 2. Gli Autori mettono in evidenza come la nuova fattispecie di non punibilità sia stata collocata nel Titolo V, Capo I, del libro I del c.p. (Titolo e Capo dei quali sono state modificate anche le originarie denominazioni: “Titolo V: Della non punibilità per particolare tenuità del fatto; Capo I: Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena), e non nel Titolo III, Capo I, dove, invece, sono collocate le cause di non punibilità/cause di giustificazione. Indirizzano verso questa interpretazione *Le linee guida della Procura di Lanciano*.

²²³ GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.*, cit., 12, il quale esclude la natura di causa di giustificazione, in quanto essa richiede un bilanciamento di interessi, tutto interno alla meritevolezza di pena, che si risolve nella neutralizzazione di un giudizio negativo da parte dell’ordinamento, vista la prevalenza dell’interesse preso in esame dalla norma scriminante.

²²⁴ Una osservazione molto acuta, al riguardo, viene da APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, 1320, la quale nota che «la nuova causa di non punibilità, infatti, non è un nuovo elemento costitutivo del reato, costruito in forma negativa. L’esiguità del fatto non entra nella tipicità, non si può ritenere che i fatti per essere tipici devono essere non tenui; essa è, invece, un modo in cui si è realizzato il fatto storico al momento in cui è stato commesso. Di conseguenza il suo accertamento si basa su una “prognosi postuma” del fatto per come è stato già accertato; non è quindi una valutazione autonoma e aggiuntiva su dei requisiti di fattispecie ulteriori; ma è una valutazione sull’accertamento già compiuto attraverso i parametri dell’art.131-*bis* c.p.».

²²⁵ ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit. 61.

Da qui il convincimento, non solo della maggior parte della dottrina, ma anche della giurisprudenza della Corte costituzionale²²⁶ e della Corte di cassazione²²⁷, che l'opera del legislatore abbia cristallizzato nell'ordinamento giuridico una nuova causa di non punibilità. Consolidato, inoltre, è l'orientamento secondo cui la suddetta clausola non possa essere qualificata quale causa di non punibilità né sopravvenuta né originaria, nei significati loro tradizionalmente ascritti²²⁸: la particolare tenuità è, infatti, una connotazione della vicenda che non preesiste, né tanto meno segue all'accaduto, bensì è ad esso intrinseca e, dunque, cronologicamente contemporanea²²⁹.

²²⁶ Corte cost., sent. 28 gennaio 2015, n. 25 (dep. 3 marzo 2015), in www.cortecostituzionale.it, dove, in sede di giustizia costituzionale, nell'esaminare l'art. 1, co. 1, lett. m) della legge delega, è stato evidenziato come si tratti «di una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 del d.lgs. n.274 del 2000, perché configura la particolare tenuità come una causa di non punibilità, invece che come una causa di non procedibilità, con una formulazione che, tra l'altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla "non abitudine del comportamento"), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato», e come corollario «che una causa di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto" può essere basata su una fattispecie diversa da quella prevista dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000».

²²⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 aprile 2015, con nota di GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art.131-bis c.p.)*. In senso conforme, cfr. Cass., Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni; Cass., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, in www.cortedicassazione.it; Cass., Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, in *Giur.it.*, 2015, 1307, che la definisce come causa di non punibilità sui *generis*, precisando che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale sulla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, sia perché sono diverse le conseguenze scaturenti dai due istituti, sia perché il primo estingue il reato, l'altro lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica; Cass., Sez. III, 24.6.2015, n.34932, in www.cortedicassazione.it, che la qualifica come causa di non punibilità atipica, dunque - secondo i Giudici- classificabile tra «le cause di non punibilità in senso lato», producendo per l'imputato taluni effetti negativi, quali la possibile rilevanza nei giudizi civili e amministrativi e l'iscrizione della pronuncia nel casellario giudiziario), ed esigendo il contraddittorio con lo stesso imputato, ma anche con la persona offesa nei casi di applicazione dell'istituto nella fase di archiviazione e della pronuncia predibattimentale».

²²⁸ Per un approfondimento sul tema, cfr. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 609, dove si chiarisce come con le cause di non punibilità sopravvenute il legislatore ritiene di dover soprassedere dalla punizione del responsabile di un illecito perché lo stesso, dopo i fatti, ha assunto una condotta antagonista rispetto all'offesa incriminata; invece, con le cause di non punibilità originarie si fa riferimento a quelle ipotesi in cui è la stessa fattispecie incriminatrice a prevedere in termini generali ed astratti la non punibilità della condotta vietata, in quanto sussistono alcune particolari caratteristiche personali in capo all'autore del reato, prima ancora della commissione dell'illecito.

²²⁹ Conformemente, cfr. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015, 3; SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 27; in senso difforme, cfr. NISCO, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari, La Regina, Mancuso, Padova, 2015, 196, il quale sostiene come «nonostante sia ricalcata su un dato strutturale del fatto, qual è - o può essere vista - l'esiguità, l'esimente si regge su una valutazione discrezionale, che sopraggiunge al fatto stesso, attecchendosi alla stregua di una causa di non punibilità sopravvenuta».

Pur aderendo alla tesi sostanziale, dai tratti indubbiamente dominanti, resta un ulteriore nodo da sciogliere, ovvero se la causa di non punibilità abbia una natura oggettiva²³⁰ o soggettiva²³¹.

Non si tratta di un aspetto di secondo ordine, poiché la soluzione comporta significative conseguenze in materia di concorso di persone nel reato ex art. 119 c.p. e, conseguentemente, sul terreno, assai spinoso, degli effetti estensivi delle impugnazioni ex art. 587 c.p.p.

Qualora, infatti, si consideri la particolare tenuità del fatto come una causa di non punibilità oggettiva, essa si applicherebbe a tutti i concorrenti nel reato, in caso contrario, invece, sarebbe limitata alla sfera soggettiva del singolo agente.

Concentrando l'attenzione sul requisito oggettivo dell'offesa, è logico aderire alla prima soluzione, concludendo che della clausola ne beneficerebbero tutti coloro che prendono parte alla vicenda criminosa, senza dover misurare il peso e la significanza della condotta di ciascun concorrente rispetto all'esito finale dei fatti²³², perché ciò che importa è la portata dannosa del fatto complessivamente inteso.

Essendo stati, tuttavia, aggiunti ai criteri oggettivi ulteriori indici che attengono alla posizione personale dell'agente, per via sia legislativa che giurisprudenziale - si pensi, rispettivamente, alla abitudine del comportamento e al grado di colpevolezza - risulta prevalente il carattere soggettivo²³³, ritenendo operante una nuova causa personale di esclusione della punibilità, trovando, così, applicazione l'art. 119, co. 1, c.p., secondo il quale «le circostanze soggettive che escludono la pena per taluno di coloro che hanno concorso nel reato, hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono»²³⁴.

²³⁰ A sostegno della natura oggettiva dell'istituto, cfr. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit., 3; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5^a, (Agg. a cura di DOLCINI E GATTA), Milano, 2015, 409; PADOVANI, *Un intento dellattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 20.

²³¹ In linea con la visione soggettiva, cfr. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., §4; GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, cit., 2598; POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 8.

²³² SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 27, sebbene l'A. sollevi un dubbio sull'applicabilità dell'art.131-bis c.p., nel caso in cui la tenuità del fatto sia da ricondurre esclusivamente alla condotta di uno dei concorrenti che, a fronte della incidenza offensiva delle condotte tenute dai complici, si attivi per ridurre, in modo significativo, la portata offensiva dell'illecito. Al quesito, tuttavia, il medesimo Autore risponde, sostenendo che anche in tal caso la clausola si estenderà a tutti i concorrenti, in quanto l'operatività dell'art.131-bis c.p. non è connessa ad una qualche meritevolezza dell'agente, quanto piuttosto all'oggettiva scarsa valenza offensiva dell'accaduto.

²³³ Cfr. DI NICOLA, *Breve introduzione al nuovo istituto della non punibilità del fatto per particolare tenuità*, in *Quest. Giust.*, 16 novembre 2015, 5.

²³⁴ Così ragionando, in una ipotesi di concorso di persone in un reato caratterizzato da una particolare tenuità dell'offesa, nei confronti di uno dei concorrenti gravato da precedenti specifici della stessa indole, la causa di non punibilità non troverà applicazione, cfr. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 9.

La questione è stata subito affrontata anche dalla giurisprudenza²³⁵, risolvendola nel senso di attribuire all'istituto una natura "mista", ossia prevalentemente oggettiva, ma anche soggettiva, che implica «*considerazioni inerenti all'opportunità di non punire la singola persona*», che ha posto in essere con determinate modalità e con un certo coefficiente psicologico il fatto che costituisce reato.

A questo punto, sarebbe forte la tentazione di voltare pagina, ma le novità della disciplina processuale fanno riemergere dubbi e dilemmi sulla natura giuridica dell'istituto, tali da sostenere che la nuova causa di non punibilità presenti pochi punti di contatto con la tradizionale omonima categoria penalistica²³⁶, dal momento che essa, a differenza delle classiche ipotesi disciplinate dal codice penale, fondate su agevoli valutazioni aventi ad oggetto fatti esterni al reato contestato, necessita di un accertamento (pieno) del fatto e della responsabilità penale dell'autore²³⁷.

A tal proposito, nella legge delega si rinviene una indicazione al legislatore delegato, nel senso di provvedere *all'adeguamento della normativa processuale*, lasciando chiaramente desumere l'inapplicabilità al nuovo istituto della disciplina "comune" riservata alle cause di non punibilità: tutto ciò fa pensare che non si sia in presenza di una normale causa di non punibilità²³⁸. Nel momento in cui viene fatta allestire una disciplina processuale *ad hoc* in sede di archiviazione, l'istituto assume su di sé anche una valenza processuale, poiché, se l'irrilevanza avesse dovuto funzionare esclusivamente come causa di non punibilità

²³⁵ Trib. Milano, Sez. IV, 9 aprile 2015, n. 3937; Id., 9 aprile 2015, n. 3936; Id., 16 aprile 2015, n. 4195, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 maggio 2015, con osservazioni di ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto (art.131-bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*. Il Tribunale di Milano, sottolinea, infatti, che la presenza, tra i criteri di valutazione dei presupposti applicativi, di parametri di carattere soggettivo conduce ad escludere la natura oggettiva della non punibilità per particolare tenuità del fatto, e quindi conclude per l'applicazione, nel caso di concorso di persone nel reato, dell'art. 119 co. 1 c.p. Nella sentenza n. 4195/2015 il Tribunale ha affrontato il problema dell'estensione della causa di esclusione della punibilità ai concorrenti nel reato, in un caso di sostituzione di persona e di truffa, materialmente realizzati da uno degli imputati che, mediante una telefonata all'ente fornitore di energia elettrica, fingendosi la persona offesa, stipulava in nome di quest'ultima un contratto di fornitura relativo all'utenza dell'appartamento di cui era inquilino, di proprietà della persona offesa stessa. In esecuzione di questo contratto l'energia è stata erogata per un mese, dopo di che la persona offesa si è accorta della truffa perpetrata a suo danno e ha richiesto all'Enel la cessazione della fornitura. Il Tribunale ha riconosciuto l'esistenza dei presupposti del concorso morale in capo alla convivente dell'autore materiale dei reati contestati e si è posto il problema di analizzare separatamente le posizioni dei due imputati, in relazione all'applicabilità dell'art. 131-bis, osservando che le considerazioni effettuate a proposito dell'autore materiale potevano essere estese anche al partecipe, in ragione del fatto che quest'ultimo ha tenuto una condotta solamente rafforzativa del proposito criminoso dell'autore, non connotata da un diverso e particolare disvalore.

²³⁶ MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit., 3.

²³⁷ Cfr. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 28.

²³⁸ Un riconoscimento in questo senso lo si trova nella Relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, §6, ove si afferma che l'adeguamento della normativa processuale penale prescritto al delegato appare imposto dalla considerazione che non si è in presenza di una comune causa di non punibilità.

“sostanziale”, non si sarebbe avvertita l’esigenza di alcuna integrazione, essendo più che sufficiente quanto statuito dall’art. 129 c.p.p.²³⁹

È chiaro che la fisionomia assegnata alla clausola di tenuità rispecchia gli obiettivi perseguiti dall’apparato normativo, quali la depenalizzazione in concreto e la deflazione del carico giudiziale, ma è ugualmente evidente come, al fine di raggiungere l’agognata efficienza, il legislatore abbia compiuto valutazioni che, a livello giuridico, appaiono delle e vere proprie forzature. Si allude alla scelta di aver riservato alla particolare tenuità del fatto non solo l’ambito prettamente processuale, che si instaura formalmente dopo l’esercizio dell’azione penale, ma anche la fase delle indagini preliminari²⁴⁰, la quale, per struttura, è ontologicamente incompatibile con un accertamento come quello richiesto dall’art. 131-*bis* c.p. Di conseguenza, al fine di aggirare il problema, ci si accontenta di una ricostruzione ipotetica del fatto, compiuta dal pubblico ministero, prescindendo da ogni accertamento circa la veridicità dell’accaduto e la sua effettiva riconducibilità al soggetto indagato²⁴¹. Quanto appena descritto porta ad interrogarsi su come il criterio della tenuità, così configurato, possa coniugarsi con i fondamentali caratteri della responsabilità penale, nonché con il generale principio della obbligatorietà dell’azione penale, dal momento che quest’ultimo può essere limitato solo da criteri espressamente previsti dalla legge, in particolare dalle condizioni di improcedibilità, nelle quali risulta difficile inserire l’art. 131-*bis* c.p., fondandosi quest’ultimo su un accertamento empiricamente differente da quello che è solito reggere una declaratoria di *absolutio ad instantia*.

A fronte di tutto ciò, risulta maggiormente coerente configurare il nuovo istituto come una causa di non punibilità “atipica”, sulla base, da un lato, delle differenze con le tradizionali caratteristiche della categoria dogmatica, a cui la stessa, a gran voce²⁴², viene ricondotta, e, dall’altro, dei richiami alle condizioni di improcedibilità²⁴³.

In conclusione, pur accettando un inquadramento dogmatico “elastico” della particolare tenuità del fatto - che, tuttavia, porta con sé divergenze interpretative, a loro volta foriere di dubbi di legittimità costituzionale - è necessario, quanto meno, evitare che l’obiettivo della

²³⁹ Cfr. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n.67/2014)*, cit. 1707.

²⁴⁰ ²⁴⁰ SANTORIELLO, *Commento al d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 - Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., XIV, il quale rileva come l’istituto si presenti in maniera diversa a seconda della fase procedimentale in cui viene ad operare: nella fase di indagine, con l’archiviazione, si manifesta più come una causa di improcedibilità; invece, nella fase dibattimentale, con l’epilogo assolutorio, lo stesso agisce come una causa di non punibilità, che presuppone l’accertamento pieno del fatto.

²⁴¹ Cfr. SANTORIELLO, *Commento al d.lgs. 16 marzo 2015, n.28- Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., XII-XIV.

²⁴² A tal riguardo v. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, cit., 149, dove si segnala che «come causa di non punibilità l’istituto sarebbe destinato a trovare applicazione tendenzialmente solo mediante una sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione».

²⁴³ Nel senso di attribuire all’istituto una qualificazione in termini di causa di improcedibilità, cfr. Cass., Sez. V, 11 febbraio 2016, Markiku.

deflazione giudiziaria venga perseguito secondo il motto “ad ogni costo e con ogni mezzo”, poiché, in caso contrario, il pericolo a cui si va incontro è la compressione dei diritti e delle garanzie dell'accusato.

4. Il rumore del silenzio: l'assenza di una disciplina intertemporale tra mito del giudicato e *abolitio criminis*.

Un richiamo ai profili di diritto intertemporale è reso necessario dalla esigenza di completare il quadro relativo allo stato dell'arte dell'applicazione del nuovo art. 131- bis c.p., anche al fine di verificare la coerenza delle soluzioni adottate in ordine alla natura della clausola e alle ragioni applicative dell'istituto.

Di fronte ad una inopportuna omissione da parte del legislatore di fornire una disciplina transitoria²⁴⁴, idonea a regolare l'applicazione del nuovo istituto ai procedimenti in corso in relazione al loro grado di sviluppo, la Suprema Corte, all'indomani della riforma, ha dovuto risolvere tale lacuna normativa²⁴⁵.

L'esigenza di risolvere il problema dell'applicazione del nuovo istituto ai processi penali in corso e, in particolare, a quelli che avevano già oltrepassato la fase del merito allorquando la nuova normativa è entrata in vigore, doveva necessariamente trovare una subitanea risposta.

Fin dalle prime pronunce, la Corte di cassazione si è espressa in favore dell'applicazione dello *ius superveniens*, in quanto norma di diritto sostanziale più favorevole all'imputato ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p. e, a sua volta, scelta conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con specifico riferimento all'art. 7 CEDU²⁴⁶.

L'indirizzo della Suprema Corte impone di condividere la modifica normativa alla stregua della *lex mitior* rispetto al precedente regime normativo, nel quale dall'accertamento di responsabilità penale sarebbe scaturita la condanna²⁴⁷.

Una volta riconosciuta la immediata applicabilità della nuova disciplina non solo ai procedimenti in corso aventi ad oggetto fatti commessi dopo la sua entrata in vigore, - secondo la regola generale dell'art. 11 disp. prel. c.c.- ma anche a quelli commessi sotto il vigore della disciplina previgente e pure ai reati commessi prima dell'entrata in vigore

²⁴⁴ V. GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, cit., 2614, per i quali trattasi di una scelta non casuale, ma ponderata: una disciplina transitoria di *lex mitior* è ad alto rischio, andando comunque incontro a pericolosi dubbi di compatibilità costituzionale che, se riconosciuti fondati, rischiano di rivelarsi nel tempo un disastroso *boomerang* per la funzionalità del sistema.

²⁴⁵ Cfr. AMATO, *Senza fase transitoria operatori del diritto in “crisi di nervi”*, in *Guida Dir.*, n. 15/2015, 46.

²⁴⁶ Circa l'affermazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole come corollario del principio di legalità convenzionale, si rimanda alle note sentenze C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; in senso conforme, C. eur. dir. uomo, 27 aprile 2010, Morabito c. Italia e C. eur. dir. uomo, 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia (le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono consultabili nella banca dati della Corte sul sito <http://hudoc.echr.coe.int>).

²⁴⁷ Cfr. MARANDOLA, *Prime applicazioni della particolare tenuità del fatto*, cit., 54.

dell'art. 131-*bis* c.p., è del tutto pacifico che il fenomeno vada annoverato nella successione di norme penali dell'art. 2 c.p.²⁴⁸, la cui effettiva e reale portata va correlata alla situazione di fatto e di diritto della fattispecie a cui, di volta in volta, detta nuova disciplina va applicata. In particolare, la disposizione «*deve essere processualmente calibrata*» in ragione dello stato e del grado dei processi in corso di trattazione, in quanto i maggiori problemi di compatibilità e di adattamento normativo sollevati riguardavano il caso in cui la domanda di declaratoria di non punibilità per irrilevanza penale del fatto, o anche la sua astratta rilevanza *ex officio*, si fosse innestata nel corpo, del tutto peculiare, rappresentato dal giudizio di legittimità²⁴⁹.

A tal riguardo le prime pronunce della Corte di Cassazione hanno, senza esitazione, affermato l'applicabilità dell'art. 2, co. 4, c.p. La Suprema Corte ha enunciato il principio in base al quale la causa di non punibilità, sopravvenuta nelle more del giudizio, trova applicazione per la prima volta davanti alla Corte di legittimità in virtù del principio di applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, argomentando tale possibilità sulla base dell'art. 609, co. 2, c.p.p., nella parte in cui prevede che la Corte decida anche sulle questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in appello. La Suprema Corte dovrà limitarsi ad una valutazione in termini meramente astratti della sussistenza dei presupposti dell'art. 131-*bis* c.p.; pertanto, una volta eseguita la preliminare verifica della cornice edittale, il giudice di legittimità procederà all'apprezzamento dei presupposti, basandosi «su quanto emerso nel corso del giudizio di merito, tenendo conto, in particolare, della eventuale presenza, nella motivazione del provvedimento impugnato, di giudizi già espressi che abbiano pacificamente escluso la particolare tenuità del fatto»²⁵⁰.

Avendo, ormai, come punto fermo la natura sostanziale dell'art. 131-*bis* c.p. e la sua riconducibilità, quanto agli aspetti di diritto intertemporale, nell'ambito di applicazione dell'art. 2 c.p., durante questo primo anno e mezzo di vita dell'istituto si è posto, sia in

²⁴⁸ Cfr. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, cit., 1331. Per approfondimenti v. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 20 ss.; in senso critico in dottrina v. RUSSO, *Ancora sulla tenuità del fatto: novella sfinge*, in *Arch. pen. web*, n. 2/2015, 1 ss.

²⁴⁹ GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, cit., 2614, nel quali si continua sostenendo che la nuova clausola dovrà essere inserita nei procedimenti in corso tenendo conto delle peculiarità che - in difetto di disciplina transitoria- caratterizzano, per un verso, i presupposti e la relativa dinamica di accertamento della norma sostanziale e, per altro verso, alle peculiarità che caratterizzano il giudizio di legittimità

²⁵⁰ Cass., Sez. III, 8 aprile 2015, Mazzarotto, n. 15449, in *Cass. pen.*, 2015, cit., 2590; Cass., Sez. III, 20 maggio 2015, n. 21014, 21015 e n. 21016, 27 maggio 2015, cit., Con le tre ordinanze appena richiamate sono state rimesse alle Sezioni Unite varie questioni, tra le quali, se la Corte abbia il potere di rilevare d'ufficio la possibile applicazione della nuova causa di non punibilità ed anche in presenza di un ricorso inammissibile e se il suo intervento debba sempre tradursi in un annullamento con rinvio o se possa, in talune situazioni, pronunciare un annullamento senza rinvio. In tutte e tre i casi il Primo Presidente ha restituito i ricorsi, a norma dell'art. 172 disp. att. c.p.p. Solo nell'ordinanza n. 21015, relativa ad un caso di ricorso ritenuto inammissibile, ci si pone il problema di una possibile applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. sia pure in senso decisamente negativo.

dottrina che in giurisprudenza, il quesito se si è davvero certi della validità dell'opinione, quasi unanime, secondo cui la particolare tenuità del fatto andasse assunta all'art. 2, comma 4, c.p., anziché al comma 2 della medesima disposizione. In maniera più esplicita, ci si è chiesti se la nuova clausola costituisse una mera *lex mitior* o una forma atipica di *abolitio criminis* in grado di travolgere i fatti giudicati con sentenza irrevocabile.

La soluzione favorevole all'applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p. con salvezza, quindi, del giudicato – tesi che ha seguito le orme di quanto affermato dalla Corte di Cassazione – è maggiormente presente in dottrina²⁵¹.

Tale orientamento affonda le sue radici nel riconoscimento della natura di causa di non punibilità in senso stretto, che produce i suoi effetti sull'*an* della pena rispetto ad un fatto la cui illecità resta indiscussa, considerando la modifica normativa alla stregua della *lex mitior* e non dell'*abolitio criminis* e, di conseguenza, esclude che la stessa possa produrre effetti rispetto ai giudici definiti con sentenza passata in giudicato.

Su tale scia si è posta una giurisprudenza di merito. In particolare, il Tribunale di Milano, Sez. XI, a fronte dell'istanza con la quale l'interessato chiedeva al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. e art. 673 c.p.p., la revoca della sentenza di condanna, invocando la sopravvenuta disposizione di cui all'art. 131-bis c.p., ha dichiarato con ordinanza del 3 novembre 2015 inammissibile il ricorso, escludendo, pertanto, che la nuova causa di esclusione della punibilità possa travolgere il giudicato di condanna per fatti di particolare tenuità commessi prima del d.lgs. n.28 del 2015²⁵². L'ordinanza si basa sul presupposto che l'introduzione dell'art. 131-bis c.p. non abbia comportato alcuna *abolitio criminis*, in quanto per l'operatività dell'istituto il fatto concreto deve rivestire una rilevanza penale: deve, sia pure marginalmente, ledere o porre in pericolo il bene protetto dalla singola norma incriminatrice. Nel caso, invece, dell'*abolitio criminis* per effetto di una diversa opzione del legislatore, la fattispecie astratta non riveste più carattere penale. È un ragionamento fondato, soprattutto, sul profilo dogmatico: le cause di esclusione della punibilità presuppongono, logicamente, l'attuale rilevanza penale del fatto che il legislatore, per le più svariate ragioni di opportunità, rinuncia a punire²⁵³.

²⁵¹ Ritiene che non si tratta di *abolitio criminis* e che, pertanto, non sia possibile superare il limite del giudicato, APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, cit., 1331; GULLO, *Art. 131-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Gatta, IV ed., 2015, I, 1959; MILONE, *La particolare tenuità del fatto: alcune riflessioni su profili sostanziali della nuova causa di non punibilità, tra obiettivi dichiarati e prime applicazioni*, cit., 44.

²⁵² Cfr. G.I.P. Milano, 28 maggio 2015, in *Quest. Giust.*, 2 luglio 2015, con nota di PICCICHÉ, *Inammissibile la richiesta di revoca della sentenza per abolizione del reato in conseguenza della sopravvenuta causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto*.

²⁵³ Così PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 19, che sottolinea come «privo di senso sarebbe richiamare una qualche forma di depenalizzazione, perché il fatto dichiarato non punibile non assume alcuna diversa rilevanza (non diviene lecito, né si trasforma in illecito amministrativo): è reato e resta tale, anche se non punibile».

Il Tribunale di Milano ha così concluso affermando che la nuova disciplina, non incidendo sul disvalore astratto del fatto, ma semplicemente sulla punibilità in concreto della fattispecie che mantiene il carattere illecito, soggiace al disposto del comma 4 dell'art. 2 c.p. e, quindi, non trova applicazione per i fatti giudicati con sentenza irrevocabile²⁵⁴. La soluzione è fedele a quella dottrina che da tempo ha sottolineato l'importanza nel distinguere non solo i diversi fenomeni dell'abolizione e dell'estinzione del reato, ma anche la necessità di differenziare la novazione legislativa e l'abolizione del reato con la natura e la *ratio* delle cause di non punibilità²⁵⁵.

Tale orientamento è parso logicamente ineccepibile, dal momento che l'intangibilità del giudicato è ritenuta un interesse prevalente rispetto all'esigenza di parità del trattamento penale che emerge in relazione a valutazioni di opportunità del legislatore²⁵⁶.

La coerenza di tale impostazione, che fa salva l'invalidità del giudicato da parte dell'art. 131-bis c.p., sul piano della ragionevolezza potrebbe essere ritenuta non immune da vizi, se si utilizza come metro di comparazione l'art. 2, comma 3, c.p. che prevede, nel caso in cui una nuova legge sostituisca la pena detentiva con la pena pecuniaria, la conversione della pena precedentemente inflitta, a prescindere dalla definitività della statuizione relativa alla sanzione.

Rischia di apparire senza senso e difficilmente comprensibile una disciplina che imponga il superamento del giudicato quando si tratti di sostituire una pena detentiva con una pecuniaria, mentre mantenga fermo quel limite, quando, sia pure attraverso la mediazione di un giudizio di merito sul fatto concreto, la pena detentiva comminata dal giudice debba rimanere ferma.

Su questo punto, si potrebbe prospettare una questione di legittimità costituzionale di una simile disciplina, per violazione del principio di uguaglianza, fondata sul termine di

²⁵⁴ La soluzione dell'ordinanza è stata accolta e commentata in dottrina da GATTA, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. e il limite del giudicato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23 novembre 2015, 4.

²⁵⁵ Si rinvia, anche per riferimenti ad autorevole dottrina, GATTA, *art. 170*, in *Codice penale commentato*, cit., 2364.

²⁵⁶ Sulla legittimità di limiti al principio di retroattività della legge penale più favorevole, purché "sorretti da una valida giustificazione" v. Corte Cost., 19 luglio 2011, n. 236, in *Giur. It.*, n. 2/2012, 269. La progressiva erosione del giudicato da parte della giurisprudenza è, invece, avvenuta avvalendosi delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale di norme che incidono sul trattamento sanzionatorio. A tal riguardo v. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, n. 18821, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, n. 1/2014, 250 ss., con commento di VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la "saga" dei fratelli minori di Scoppola*, e Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, GATTO, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2/2015, 173 ss., con commento di PECORELLA, *La rideterminazione della pena in sede di esecuzione: le Sezioni Unite danno un altro colpo all'intangibilità del giudicato*, e su www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2014, con commento di RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*.

paragone rappresentato, appunto, dall'art. 2, comma 3, c.p., almeno in presenza di una sentenza in cui sia stata applicata una pena detentiva e non solo pecuniaria²⁵⁷.

È stato osservato, infatti, che il giudizio di merito sulla irrilevanza penale del fatto è reso possibile da una norma astratta, quale l'art. 131-*bis* c.p., che finisce con il ritagliare classi di fatti concreti, riconducibili ai reati più diversi, non per determinare un mero miglioramento del regime sanzionatorio, ma per escluderne completamente la punibilità. Da questi dati appare difficile contestare la vicinanza, sotto il profilo sostanziale, tra la depenalizzazione in astratto e la depenalizzazione in concreto, la cui distinzione dal punto di vista teorico, non sembra di per sé sufficiente nel giustificare una diversa disciplina di successioni di leggi nel tempo, con riferimento al giudicato²⁵⁸.

Partendo da tali premesse si è registrato sia in dottrina che in giurisprudenza un orientamento, che nettamente in contrasto con quello dominante, ha intrapreso la strada dell'art. 2, co. 2, c.p. in modo da applicare la relativa disciplina, pur in assenza di una *abolitio criminis* in senso proprio²⁵⁹. Proseguendo sul punto, con riferimento alla particolare tenuità del fatto ci si troverebbe di fronte ad un'«*abrogazione parziale, poiché l'insieme della delibazione di merito genera due sottoinsiemi*»²⁶⁰: quello che rientra nei criteri e presupposti prefigurati dall'art. 131-*bis* c.p., venendo così meno all'applicazione della pena, e quello che sfugge a tale descrizione.

Questa ricostruzione è stata recepita da una giurisprudenza di merito, che si riporta brevemente in commento. Nel caso di specie, il Tribunale di Palmi ha sostenuto che, dopo la riforma in discorso, i fatti particolarmente tenui sarebbero stati oggetto di una sostanziale *abolitio criminis*, con inevitabili implicazioni sia sull'art. 2, comma 2, c.p. che sull'art. 673

²⁵⁷ Tale osservazione viene effettuata da DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 15. Una simile questione è stata posta anche da RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, cit., 6, con riguardo alla successione di leggi in materia di fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990, che hanno fortemente inciso *in melius* sulla cornice edittale della pena detentiva originariamente prevista.

²⁵⁸ V. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della tenuità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 727, osserva come «la tenuità del fatto si configuri come tecnica complementare alla depenalizzazione, perché mentre quest'ultima incide sulle norme incriminatrici, la prima le erode dall'interno, espellendo dal novero delle condotte punibili quelle di minimo rilievo materiale».

²⁵⁹ In tal senso v. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 16; RUSSO, *Ancora sulla tenuità del fatto: novella sfinge*, cit., 3 ss.; GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 1, il quale afferma che il problema della possibile applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. si pone e dovrà essere necessariamente affrontato dalla giurisprudenza in sede di richiesta di revoca di una condanna, a norma dell'art. 673 c.p.p. per un fatto di particolare tenuità. Anche *Le linee guida della Procura di Lanciano*, cit., 4, 24, fanno espresso riferimento all'art. 2, comma 2, c.p. senza particolari approfondimenti.

²⁶⁰ RUSSO, *Ancora sulla tenuità del fatto: novella sfinge*, cit., 4, e da 5 a 9 individua una forma di depenalizzazione di merito, atipica e parziale. L'A. ricorda che un fenomeno simile si ebbe con la legge "Balduzzi" in quanto, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 L. n. 189/12, si era attuata una depenalizzazione vera e propria, poiché si era esclusa la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, dando luogo, così, ad una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p.

c.p.p. Quanto al *modus procedendi*, il giudice dell'esecuzione potrà giovare dell'art. 673 c.p.p. solo quando la sentenza passata in giudicato abbia disegnato le condizioni di cui all'art. 131-*bis* c.p., in modo che il giudice nelle sue valutazioni sia legato alla motivazione della sentenza. In sostanza il giudice dell'esecuzione dovrebbe limitarsi ad integrare il giudicato rispetto al *novum* legislativo, eseguendo quella valutazione in ordine alla particolare tenuità dell'offesa e alla non abitudine del comportamento che il giudice della cognizione non avrebbe potuto eseguire²⁶¹.

Il Tribunale di Palmi, pur rilevando l'ammissibilità della domanda di revoca della sentenza di condanna, nel merito ha dovuto rigettare con ordinanza la richiesta, in quanto ostavano alcuni dati emergenti dalla decisione, indicativi di un apprezzamento sulla gravità del fatto che non consentivano di ritenere concretamente configurabili i presupposti per la non punibilità.

È opportuno concludere la trattazione del problema con una interessante ordinanza del Tribunale di Enna²⁶², che ha revocato per sopravvenuta *abolitio criminis*, sulla base di una interpretazione analogica dell'art. 673 c.p.p., una sentenza dichiarativa della non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131 *bis* c.p., fornendo così un primo significativo riscontro giurisprudenziale alla tesi della natura non pienamente assolutoria di questo tipo di sentenze, che, si ribadisce, presuppongono una almeno implicita affermazione della colpevolezza dell'imputato. La sentenza di non punibilità revocata aveva come destinatario un soggetto imputato del reato di cui all'art. 2, comma 1-*bis* l. 638/1983, e nella fattispecie sottoposta ad esame l'omesso versamento di ritenute previdenziali ed assistenziali per un valore pari a 94, 94 euro era stato ritenuto dal giudice di particolare tenuità.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8 la disposizione in questione è stata travolta da un parziale effetto di *abolitio criminis*, in quanto l'omesso versamento continua a risultare penalmente perseguibile solo qualora superi la soglia dei diecimila euro, risultando, invece, tutte le ipotesi quantitativamente sottostanti sanzionabili solo amministrativamente. La difesa, facendo valere tale novità normativa, ha proposto davanti al giudice dell'esecuzione istanza di revoca, invocando l'art. 673 c.p.p., che ha deciso di accoglierla sulla base di una serie di argomenti, raccolti intorno alla precisazione che la depenalizzazione comporta un'abrogazione del reato tale da consentire la revoca del giudicato. Per giungere a tale conclusione, il giudice dell'esecuzione ha dovuto stabilire se

²⁶¹ Cfr. Tribunale di Palmi, Sez. I, 23 ottobre 2015, in *Arch. pen. web*, 2015, 3, con nota di GIUNTA, *È possibile che il giudice dell'esecuzione possa revocare la sentenza definitiva che abbia condannato un cittadino per delitti oggi ritenuti "tenui"?; contra*, rispetto alle valutazioni condotte dal Tribunale, Santoriello, *Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen. web*, 3/2015, il quale sostiene che l'art. 131-*bis* c.p. non abbia comportato alcuna *abolitio criminis* e che la scelta di rinunciare a punire condotte conformi ad una determinata fattispecie incriminatrice in ragione della loro insignificanza, presuppone necessariamente che la valutazione circa la tenuità del fatto sia attuale, sia cioè operata in tempi pressoché contestuali rispetto all'assunzione del comportamento vietato e comunque al momento in cui il fatto stesso è giudicato.

²⁶² Cfr. Trib. Enna, ord. 22 giugno 2016, Giud. Minnella, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

la sentenza di proscioglimento potesse o meno rientrare nell'alveo applicativo dell'art. 673 c.p.p., il quale dispone, nel comma 1, la possibilità di revocare la sentenza di condanna e il decreto penale e, nel comma 2, la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di punibilità.

Osservando l'ambito applicativo della disposizione, risulta evidente come la possibilità di revoca non sia limitato alle sole sentenze di condanna di cui all'art. 533 c.p.p., ma sia estesa anche a quelle tipologie di pronunce che, inevitabilmente, producono effetti pregiudizievoli in capo all'imputato, consentendo allo stesso la possibilità di vedere eliminata ogni conseguenza a lui più o meno sfavorevole derivante da un provvedimento divenuto, ormai, privo di fondamento normativo, così da ottenere una piena riaffermazione della propria innocenza.

Su tale scia, il giudice dell'esecuzione, sottolineando gli effetti pregiudizievoli²⁶³ prodotti dalla sentenza in esame - efficacia *extra*-penale nel campo civile e amministrativo con correlativa iscrizione nel casellario giudiziale - ha affermato il carattere non pienamente assolutorio della declaratoria di particolare tenuità del fatto, e così ha revocato la sentenza sulla base di una estensione analogica in *bonam partem* dell'art. 673 c.p.p.

Le riflessioni che sono state riportate non hanno, qui, la presunzione di essere presentate come soluzioni, ma hanno la finalità di evidenziare la presenza di un problema che, sorto dalle lacune legislative, merita di essere affrontato e risolto nelle competenti sedi, dove si dovrà riflettere, circa i rapporti tra l'intervento legislativo in commento e il limite del giudicato, quale soluzione appaia la più approfondita alla luce del fondamento politico-criminale e assiologico del nuovo istituto²⁶⁴.

5. Limite edittale massimo della pena e divieto di bilanciamento tra le circostanze.

Il primo criterio, indicato per delimitare il perimetro di applicabilità della particolare tenuità del fatto, è il trattamento sanzionatorio stabilito in astratto dalla legge²⁶⁵. L'art. 131-*bis* c.p. specifica, infatti, sin dall'esordio, che la non punibilità riguarda esclusivamente i reati «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».

In linea di principio, dunque, il legislatore, nonostante ogni reato sia suscettibile di una valutazione in concreto, basata sul disvalore in termini di offesa, circoscrivendo in astratto

²⁶³ Nell'ordinanza la natura pregiudizievole della sentenza di proscioglimento ex art. 131-*bis* viene ulteriormente avvalorata attraverso il richiamo ad una recentissima pronuncia della Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2015 n. 27055., che ha ritenuto prevalente sulla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, dal momento che, mentre quest'ultima estingue ontologicamente il reato, la prima lascia inalterato l'illecito penale nella sua materialità storica e giuridica.

²⁶⁴ A tal riguardo DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 15, sostiene che la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. potrebbe essere sollevata in sede di richiesta di revoca, a norma dell'art. 673 c.p.p., di una sentenza di condanna per fatto di particolare tenuità, sul presupposto dell'impossibilità di un suo accoglimento.

²⁶⁵ QUATTROCOLO, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 14.

l'area di esiguità, ha posto una barriera all'utilizzo dell'istituto, ricavando una presunzione assoluta di non particolare tenuità dei reati eccedenti la (suddetta) soglia prestabilita.

Un autentico rebus è il ruolo assegnato, in sede di attuazione della legge delega, alle circostanze nel computo della pena: l'art. 131-bis, co. 4, c.p. dispone testualmente che «Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69».

La *ratio* della disciplina, che ricorda, ma solo in parte, la soluzione già adottata dal codice di procedura penale in materia di competenza ex art. 4 c.p.p., di misure cautelari ex art. 278 c.p.p. - disposizione, quest'ultima, ampiamente richiamata dalla stessa legge delega n. 67 del 2014 come punto di riferimento per le pene detentive non carcerarie²⁶⁶ - e di arresto in flagranza ex art. 379 c.p.p.²⁶⁷, è quella di attribuire rilievo alle sole circostanze «che, comportando una specie di pena diversa od essendo ad effetto speciale, rilevano una particolare significatività tale da essere in qualche modo accostabili - nelle valutazioni del legislatore - a sottospecie di fattispecie autonome»²⁶⁸. Così ragionando, accanto alle circostanze autonome e a quelle ad effetto speciale che comportano una variazione frazionaria della pena, in aumento o in diminuzione superiore ad un terzo, è logico ritenere che debbano essere prese in considerazione anche quelle c.d. indipendenti²⁶⁹, le quali determinano la pena, per l'appunto, in misura indipendente da quella prevista dalla fattispecie base.

²⁶⁶ V. art.1 lett. g della legge delega.

²⁶⁷ Occorre notare che, mentre l'art. 4 c.p.p., richiamato dall'art. 550 co. 1 c.p.p., allude alle sole circostanze aggravanti, l'art. 131-bis c.p., non ponendo distinzioni tra aggravanti ed attenuanti, sia in linea con l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza in relazione all'art. 278 c.p.p., così come modificato dall'art. 6, co. 2, legge 8 agosto 1995, n. 332, consentendo espressamente di tener conto anche delle circostanze attenuanti ad effetto speciale, o di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria. In senso contrario, dando rilevanza alle sole circostanze aggravanti di tal specie, v. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665.

²⁶⁸ Relazione allo schema del decreto legislativo, §5.

²⁶⁹ A sostegno di tale tesi si v. per tutti GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.*, cit., 15, il quale sostiene che dovrebbero venire in rilievo soltanto le circostanze indipendenti che comportano, secondo un calcolo frazionario ideale, una variazione superiore ad un terzo, secondo l'interpretazione data dalla maggior parte della dottrina all'art. 63 c.p.; in senso contrario v. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665, il quale ritiene che se sono presenti circostanze autonome e ad effetto speciale, se ne tiene conto nell'ipotesi in cui la loro applicazione determina il superamento del massimo edittale del limite dei 5 anni (se il superamento non avviene non se ne tiene conto e l'istituto si applica). Se, invece, sono presenti circostanze indipendenti oppure comuni, non se ne tiene conto, anche se determinano un limite massimo edittale superiore ai 5 anni.

Particolarmente insidiosa è la regola di esclusione del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. che, sin da subito, ha suscitato non pochi dubbi interpretativi criticità non solo per il suo contenuto, ma anche per la poca chiarezza espositiva.

Stabilita *expressis verbis* l'irrilevanza delle circostanze comuni nella determinazione della pena, si è posto il problema della loro efficacia in un eventuale giudizio di bilanciamento. Nel dibattito avvenuto in Commissione Giustizia alla Camera²⁷⁰ si è precisato che il divieto di bilanciamento fosse da riferire al caso in cui una circostanza aggravante, rilevante al fine della determinazione della pena, risultasse destinata a soccombere per effetto della prevalenza di una circostanza attenuante ad effetto comune.

Il testo normativo, effettivamente, non brilla per chiarezza espositiva, dal momento che, soprattutto in virtù dell'inciso "in quest'ultimo caso", l'art. 131-bis, co. 4, c.p. sembra alludere alla diversa ipotesi in cui concorrano circostanze eterogenee - quindi aggravanti ed attenuanti - ad effetto speciale o tali da determinare l'applicazione di una pena di specie non corrispondente a quella ordinaria²⁷¹. Non si comprende, allora, una volta vietato il bilanciamento, come debba orientarsi il giudice innanzi al concorso delle menzionate circostanze²⁷², quando, invece, la soluzione più corretta²⁷³ ed immediata sarebbe proprio l'applicazione dell'art. 69 c.p.

L'infelice formulazione della disposizione normativa, tuttavia, rischia di togliere efficacia a qualsiasi circostanza attenuante e di dare rilievo alle sole circostanze aggravanti²⁷⁴,

²⁷⁰ Cfr. Allegato I, 17 del resoconto stenografico della seduta del 28 gennaio 2015. Una delle condizioni imposte nel Parere favorevole rilasciato dalla Commissione, consisteva nello «stabilire espressamente l'esclusione del giudizio di bilanciamento tra le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale, da un lato, e le circostanze attenuanti a effetto comune, dall'altro, ad eccezione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, 1 co., n. 4 del c.p.».

²⁷¹ A favore di una simile interpretazione, cfr. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 14; RUSSO, *D.lgs. 16 marzo 2015, n.28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1, 2, il quale, constatando l'impossibilità di applicare l'art. 69 c.p., si interroga *quid iuris* se concorrono insieme aggravanti ad effetto speciale (o con pena di specie diversa dalla pena base) con attenuanti a effetto speciale? L'A. si pone la seguente domanda: «Come se ne verrà fuori, una volta che l'art.131-bis prevede l'impossibilità di bilanciamento anche tra tali tipi particolari di circostanze?»

²⁷² Cfr. Nisco, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 205; Il problema è colto anche da RUSSO, *D.lgs. 16 marzo 2015, n.28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 2.

²⁷³ A favore di tale interpretazione v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 14; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.*, cit., 16. In questo senso si esprimeva la stessa relazione Palazzo del dicembre 2014 allo schema di decreto, ove si sosteneva che in tal caso «sarà giocoforza procedere al previo giudizio di bilanciamento», sottolineando criticamente (ma con rassegnazione) l'inevitabile margine di discrezionalità giudiziale che avrebbe accompagnato un simile giudizio, a dimostrazione della consapevolezza da parte del legislatore circa la rilevanza tanto delle circostanze aggravanti quanto di quelle attenuanti di tale tipo.

²⁷⁴ Così DIES, cit., 4. Secondo una parte della dottrina, al fine di sciogliere il nodo gordiano bisognerebbe escludere il giudizio di bilanciamento al cospetto delle sole circostanze comuni, cfr. CAPRIOLI, *Prime*

ingenerando significative incongruenze, come, ad esempio, l'inapplicabilità dell'istituto ad ipotesi criminose, per antonomasia, bagatellari²⁷⁵.

La rilevanza della *quaestio iuris*, avvertita sin da subito anche nelle aule di giustizia, ha condotto il Tribunale di Padova²⁷⁶ a sollevare, in riferimento all'art. 76 Cost., una questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-bis, 4 co., c.p., poiché il legislatore delegato, attesa

considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto, cit., 15; in senso contrario v. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665., il quale sostiene che la *ratio* della esclusione *tout court* del giudizio di bilanciamento si rintraccia, da un lato, nella volontà del legislatore di eliminare quel margine di discrezionalità che si presenta tutte le volte in cui il giudice deve procedere a tale bilanciamento, e, dall'altro, nel tentativo di ridurre il pericolo di strumentalizzare il ricorso all'art. 69 c.p., al solo fine di neutralizzare la circostanza aggravante che impedirebbe l'applicazione dell'istituto; v. SERRA, *La causa di non punibilità per "particolare tenuità del fatto" ex art. 131-bis c.p.*, cit., 3, n.5, la quale sostiene che il legislatore ha voluto espressamente evitare che i reati per i quali sussista un'aggravante, ad effetto speciale o che comporti una pena di specie diversa, potessero rientrare nell'ambito applicativo dell'art.131-bis c.p. attraverso un giudizio di bilanciamento che riconosca come prevalente una o più circostanze attenuanti.

²⁷⁵ Si pensi al furto, commesso con una circostanza aggravante di cui all'art. 625 c.p. (pena massima sei anni) o all'ipotesi di tentato furto, ex artt. 56 e 624 c.p., con la contestazione di due o più circostanze aggravanti (pena massima dieci anni). In questi casi, l'art. 131-bis c.p., stando alla *littera legis*, non può trovare applicazione, a causa del livello edittale di pena superiore nel massimo a 5 anni, attesa l'inapplicabilità del giudizio di bilanciamento ex art 69 con una più circostanze attenuanti ad efficacia comune, prima fra tutte quella di cui all'art. 62, n. 4, c.p. Sul punto, in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 9157, la quale ha statuito che la cornice edittale prevista per il furto consumato aggravato dal concorso di due o più circostanze previste dall'art. 625 c.p. va da tre a dieci anni. Applicando la diminuzione per il tentativo ai sensi dell'art. 56, comma 2, c.p. (diminuzione di un terzo a due terzi) si perviene ad una cornice edittale di un anno per la pena minima e 6 anni e 8 mesi per la pena massima. Pertanto il massimo di pena prevista in astratto per la fattispecie contestata (6 anni e 8 mesi) non rientra nel limite dei 5 anni previsto dall'art. 131-bis c.p., con la conseguenza che la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto non è applicabile al caso in esame.

con tono fortemente critico, cfr. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, cit., 37, il quale, al fine di sottolineare l'illogicità e la irragionevolezza della disposizione con la *ratio* deflativa dell'istituto, riporta come esempio il furto consumato di una mela: sicuramente, in sede di giudizio finale l'attenuante di cui all'art.62 n.4 c.p. verrebbe giudicata prevalente rispetto alle ben due aggravanti- violenza sulle cose per strappo del frutto dall'albero e condotta tenuta su cose esposte per necessità alla pubblica fede-, eppure l'attuale disciplina preclude l'applicazione dell'istituto a tale ipotesi formulata.

²⁷⁶ Trib. Padova, ord. 6 aprile 2016, nell'ambito di un procedimento in cui l'imputata era stata citata a giudizio per rispondere del reato di cui agli artt. 624 e 625, n. 5 e 7, c.p. per aver agito con altre due donne non identificate ed essersi impossessata, al fine di trarne profitto per sé o per altri, di uno spolverino del valore di euro 45,00, (sottraendolo dal negozio "Incontro Moda", agendo con destrezza ed infilando ed infilando il capo sottratto nella borsa mentre le altre due complici distraevano la titolare del negozio, con l'aggravante di aver commesso il fatto in tre persone e su cose esposte per necessità alla pubblica fede, nonché con l'aggravante della recidiva specifica reiterata e infraquinquennale. Accertata la sussistenza del reato e delle circostanze aggravanti contestate, il Tribunale ha posto in evidenza come l'esclusione della regola del bilanciamento ex art. 69 c.p., impedisce di attribuire la giusta rilevanza alla circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. che, nel caso in esame, potrebbe qualificare il fatto di particolare tenuità, considerato il valore esiguo del bene sottratto.

la mancata indicazione nella legge delega di criteri funzionali al calcolo della pena, avrebbe dovuto fare ricorso agli ordinari canoni di cui agli artt. 4 e 278 c.p.p. e alle norme che regolano, in via ordinaria, il giudizio di bilanciamento tra le circostanze di cui all'art. 69 c.p., invece di creare un peculiare criterio che, negando rilevanza a qualsiasi circostanza attenuante, non trova alcun modello corrispettivo nel sistema penale sostanziale e processuale. In via aggiuntiva ed in termini indipendenti, seppur collegati, il giudice *a quo*, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost., ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-bis, 4 co., c.p. nella parte in cui dopo le parole “non si tiene conto delle circostanze”, non è scritto “fatta eccezione della circostanza attenuante prevista dall'art. 62, n. 4, c.p. e delle altre circostanze attenuanti”. Il Tribunale rimettente ha, infatti, giustamente evidenziato che: a) la scelta da parte del Governo di non attribuire rilevanza alle suddette circostanze attenuanti sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., rendendo impossibile «discernere tra autore di una condotta connotata da maggiore pericolosità sociale (violenza sulle cose, minorata difesa o altro) e fatti del tutto bagatellari, ma aggravati in termini idonei ad essere bilanciati; b) l'interdizione a valorizzare, in qualsiasi modo, l'elemento circostanziale che più di ogni altro riconduce al modesto impatto patrimoniale il danno da reato sarebbe in contrasto con l'art. 25, co. 2, Cost.; la sproporzione della sanzione che deriva dalla impossibilità di considerare la diminvente *de qua* determinerebbe una violazione di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

Essendo state le suddette questioni sollevate dal giudice rimettente “in via subordinata” rispetto ad una preliminare eccezione riguardante il criterio della non abitudine del comportamento, la Corte costituzionale, avendo dichiarato manifestamente infondata la doglianza pregiudiziale, ha, conseguentemente, (dovuto) dichiarato le successive questioni di legittimità costituzionale manifestamente inammissibili²⁷⁷.

La controversia sulla efficacia delle circostanze attenuanti, al fine dell'applicazione dell'art. 131-bis c.p., non essendo, pertanto, stato concretamente affrontato e risolto dalla Consulta, continua ad essere un tabù, che meriterebbe di essere adeguatamente “sfatato”, magari sollevando nuovamente la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta, con un *petitum* del tutto autonomo ed indipendente.

Orbene, a questo punto non resta che tornare alla regola aurea che investe la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: la delimitazione dell'istituto ai reati il cui limite edittale massimo non superi i cinque anni di reclusione.

Il riferimento al massimo edittale di pena ha una intrinseca funzione di prevenzione generale, poiché tende ad escludere dall'ambito applicativo della clausola di esiguità un novero di fattispecie più ampio rispetto a quello che si sarebbe avuto prediligendo il minimo edittale. La scelta normativa è stata sin da subito bersaglio di serrate critiche²⁷⁸, in

²⁷⁷ Corte cost., n. 279 del 2017, in www.giurcost.org.

²⁷⁸ In letteratura, tra le voci contrarie al livello edittale massimo di pena, v. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 4; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665; PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 20; PICCIONI, *Tenuità del*

quanto, essendo il *minimo edittale fissato a tutela dell'ordinamento e il massimo a tutela del reo, sarebbe stato più opportuno fare riferimento al secondo, indicativo del reato* nella sua minima espressione offensiva²⁷⁹.

È evidente come l'automatica operatività di un limite massimo di pena sia destinata a creare inspiegabili ed ingiuste disparità di trattamento, come l'esclusione dal perimetro applicativo dell'istituto di fattispecie incriminatrici che, nella loro minima portata offensiva, risultano, indubbiamente, meno gravi di altre, alle quali la nuova causa di non punibilità è, invece, applicabile, solo perché dotate di una comminatoria di pena legislativa inferiore o pari a quella indicata dalla disposizione in esame.

Se, infatti, l'anima dell'istituto va ricondotta alle peculiarità che il fatto assume in concreto, si può concludere che il criterio edittale, così impostato, non solo si pone in contrasto con la *ratio* deflativa dell'istituto, ma evidenzia, persino, profili di irragionevolezza, posto che qualunque fatto, anche se in astratto gravemente punito, può atteggiarsi a reato bagatellare in concreto²⁸⁰.

Comunque sia, la scelta del massimo edittale era per il Governo l'unica strada percorribile, essendo stata prevista espressamente nella legge delega²⁸¹.

fatto e non punibilità, cit., 77; Considera un evidente handicap del nuovo istituto la sua operatività entro i limiti di pena individuati dal legislatore, giudicati «molto bassi», SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n.67/2014*, in *La deflazione giudiziaria*, a cura di TRIGGIANI, cit., 7; per un giudizio di segno radicalmente contrario alla scelta operata dai riformatori, utilizzando l'espressione «raggio operativo oltremodo esteso», cfr. SCACCIAOCE, *La legge delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, cit., 243.

²⁷⁹ In senso conforme, cfr. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 55, secondo il quale «un riferimento al minimo edittale sarebbe meno selettivo e più ragionevole: un minimo edittale basso fa apparire meno remota l'ipotesi della particolare tenuità del fatto...».

²⁸⁰ Si pensi, ad esempio, alla fattispecie della sottrazione e trattenimento di minore all'estero che rientra nell'area dell'art.131-bis c.p., perché la pena spazia da uno a quattro anni, mentre il sequestro di persona è escluso, perché la pena va da sei mesi a otto anni, nonostante l'illecito, nella sua minima espressione offensiva, appaia meno grave del delitto di cui all'art. 574-bis c.p., cfr. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 18. Un altro esempio esemplificativo di tale critica è riportato da ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 5, nell'ipotesi del parcheggiatore abusivo che, minacciando anche solo implicitamente l'automobilista, richiede il pagamento di una somma di denaro irrisoria (uno o due euro), ipotesi di lieve entità riconducibile al delitto di estorsione, che è punito con una pena (la reclusione da cinque a dieci anni) ben superiore nel massimo al limite edittale stabilito dalla clausola; v. NISCO, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 204; POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, cit., 13, il quale pone all'attenzione del lettore l'ipotesi della micro-ricettazione, rientrante nello schema tipico dell'art. 648, co. 2, c.p. che prevede una pena edittale sino a sei anni di reclusione, ovvero a determinate ipotesi di peculato o di furto aggravato che, non sembrano rientrare nei limiti di operatività della clausola.

²⁸¹ BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665, il quale sostiene che una maggiore coerenza, si sarebbe potuta ottenere soltanto se la stessa legge delega avesse fatto riferimento al minimo edittale fissandolo tuttavia in termini più bassi rispetto ai cinque anni (es. tre anni).

Infine, l'ultimo comma dell'art. 131-*bis* c.p. completa l'individuazione dell'ambito applicativo della fattispecie, precisando che «La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante». La *ratio* del comma 5²⁸² è verosimilmente quella di regolare il concorso tra l'art. 131-*bis* c.p. e le figure circostanziali di tenuità²⁸³, risolvendo l'eventuale coincidenza in favore della non punibilità, in deroga all'art. 15 c.p., sempreché non vi ostino il limite di pena e/o l'abitudine del comportamento²⁸⁴.

Più controversa è, invece, la soluzione dell'ipotesi in cui la circostanza attenuante faccia essa stessa riferimento alla "particolare tenuità del fatto", come l'art. 323-*bis* c.p., che a proposito di alcuni delitti contro la p.a., prevede una pena diminuita in ragione della "particolare tenuità" del fatto, ovvero l'art. 648, co. 2, c.p., che statuisce una diminuzione di pena per la ricettazione se il fatto è di "particolare tenuità". L'applicazione della causa di non punibilità potrebbe, infatti, rendere non operativo, in concreto, il reato, a tal punto da far parlare di abrogazione implicita²⁸⁵, sebbene sia da ritenere preferibile una lettura che consenta la coesistenza tra circostanza e causa di non punibilità ex art.131-*bis* c.p.²⁸⁶

Per una pacata critica nei confronti del livello (elevato) di pena massima edittale scelto dal legislatore delegante come limite all'applicazione del nuovo istituto, SCACCIANOCE, *La legge delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Triggiani, Torino, 2014, 243.

²⁸² Si sofferma sulla funzione dell'istituto BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 665, il quale avanza dei dubbi sulla sua precisa individuazione, avanzando l'ipotesi che tale precisazione normativa sia stata inserita al fine di fugare un preciso timore del legislatore, ossia che in presenza delle attenuanti di particolare tenuità si ritenesse non applicabile l'istituto in esame, come se la presenza della circostanza attenuante, in quanto norma speciale, neutralizzasse l'operatività della non punibilità.

²⁸³ Vari interrogativi su tale circostanza attenuante nell'ambito dell'art.131-*bis* c.p. sono sollevati da RUSSO, *D.lgs. 16 marzo 2015, n.28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 2, in particolare ci si chiede: «L'attenuante di cui al n. 4 dell'art. 62 c.p. rientra o non rientra in tale ipotesi? E, se sì, perché si è omesso di specificarlo? [...] E ancora, se si aderisce alla interpretazione secondo cui il n. 4 citato è destinato ad esplicitare valenza, prende subito corpo un altro dubbio: l'attenuante della speciale tenuità del danno incide soltanto se il reato commesso è scevro di aggravanti ad effetto speciale (o con pena diversa), oppure è altresì capace di prevalere su tali eventuali aggravanti?».

²⁸⁴ In un passo della Relazione al progetto Fiorella, dove era stata inserita la medesima soluzione normativa, si sottolineava con chiarezza che: «lo scopo della previsione è di evitare che le norme che contemplano la tenuità del fatto siano considerate prevalenti, in virtù di un supposto rapporto di specialità, e di chiarire, al contrario, che esse hanno un carattere residuale, essendo destinate ad operare laddove l'art.131-*bis* non possa trovare applicazione (come, ad esempio, nel caso in cui il fatto, pur tenue, non sia occasionale)».

²⁸⁵ In tal senso v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 15; per Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 20, nel caso in cui il reato autonomo in forma tenue e la causa di non punibilità per tenuità corrispondano strutturalmente, si deve ritenere inoperativa la causa di non punibilità, sul presupposto che altrimenti si realizzerebbe un'abrogazione della fattispecie penale.

²⁸⁶ In tal senso GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-*bis* c.p.*, cit., 14; APRATI *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, cit., 1321.

L'automatismo del livello di pena nonché il divieto di bilanciamento tra le circostanze, entrambi inseriti quali antidoti alla eccessiva discrezionalità dell'autorità giudiziaria, oltre a porre sullo stesso piano situazioni del tutto eterogenee, rischiano, in realtà, di produrre l'effetto contrario a quello prospettato, dal momento che il giudice si trova nella condizione di padroneggiare, a suo piacimento, la contestazione di una o più circostanze aggravanti, impedendo l'applicazione dell'istituto.

Ciò posto, se queste sono le premesse, era più che prevedibile quello che, a meno di un anno dall'entrata in vigore della particolare tenuità del fatto, si è verificato: il limite edittale è stato oggetto di una eccezione di incostituzionalità. In particolare, il *casus belli* è stata una ricettazione attenuata che ha condotto il Tribunale di Nola a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* c.p. "laddove, stabilendo che la disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante, non estende l'applicabilità della norma all'ipotesi attenuata di cui all'art. 648, co. 2, c.p., fattispecie irragionevolmente esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. in ragione del limite massimo della pena astrattamente superiore ad anni cinque"²⁸⁷. A parere del giudice *a quo*, la disciplina normativa si pone in contrasto con molteplici cardini costituzionali, quali: a) il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., in quanto consente la non punibilità di condotte "astrattamente sanzionate con pene edittali massime inferiori ad anni cinque e concretamente di pari o maggiore offensività rispetto ad altre condotte, invece necessariamente punibili, in quanto sanzionate con limiti edittali massimi maggiori (anche se dotate di scarsa o minima offensività); b) l'art. 13 Cost., perché "essendo la libertà costituzionalmente tutelata, la sanzione penale può essere ammessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango"; c) il principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost., dal momento che l'applicazione di una sanzione penale dovrebbe seguire all'accertamento di una condotta materiale offensiva; d) il principio di rieducazione della pena ex art. 27, co. 3, Cost., considerato che, "presupposto della rieducazione del condannato è la percezione da parte dello stesso dell'antigiuridicità del proprio comportamento, la condanna conseguente a mera violazione di un precetto concretamente inoffensiva di alcun bene, frusterebbe la funzione rieducativa della pena".

A sostegno delle suddette argomentazioni, il Tribunale remittente ha, inoltre, provveduto a stilare un elenco di fattispecie incriminatrici, rispettivamente, incluse ed escluse dall'ambito applicativo dell'istituto, al fine di sottolineare l'arbitrarietà e la causalità che contraddistinguono, nella prassi, l'applicazione della causa di non punibilità.

La Corte costituzionale²⁸⁸, a mo' di premessa, non ha perso occasione nel precisare, in primo luogo, che la presenza di un'ipotesi attenuata all'interno di una fattispecie incriminatrice non determini l'automatica applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. e, successivamente, che le fattispecie incriminatrici elencate nell'ordinanza dal giudice *a quo*,

²⁸⁷ Trib. Nola, 14 gennaio 2016, n. 88.

²⁸⁸ Corte cost., n. 207 del 2017, con nota di LARIZZA, *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale: prime indicazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 5, 638 ss.

a causa della loro eterogeneità, fossero inidonee a fungere da *tertium comparationis*, al fine di verificare la lamentata violazione di uguaglianza/ragionevolezza²⁸⁹. (tale incongruenza, ma ha deciso di non seguire l'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza n. 236 del 2016).

Entrando nel merito della questione, la Consulta ha dichiarato infondate le censure sollevate, ritenendo che la fissazione dei limiti edittali massimi, cui ancorare la gravità delle fattispecie incriminatrici, sia da ritenere legittima, in quanto rientrante nell'apprezzamento discrezionale del legislatore, sempreché non vengano prodotte conseguenze irragionevoli. Stando, dunque, alle parole della sentenza, secondo cui la discrezionalità legislativa, nella individuazione delle pene edittali, deve essere declinata nell'area della razionalità, è logico interrogarsi se possa qualificarsi effettivamente come razionale l'esclusione della ricettazione attenuata dall'ambito operativo della particolare tenuità del fatto, considerato il livello edittale massimo (di pena) pari a sei anni, pur essendo il reato punito nel minimo con quindici giorni di reclusione.

Un'ammissione implicita di ragionevolezza, a dire il vero, è possibile coglierla tra le righe della medesima motivazione che non ha mancato di rilevare, in relazione alla ricettazione attenuata, che "mentre il massimo di sei anni, rispetto agli otto anni della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione particolarmente contenuta (meno di un terzo), al contrario il minimo di quindici giorni, rispetto ai due anni della fattispecie non attenuata costituisce una diminuzione enorme [...] ma, nonostante ciò, è esclusa dall'ambito applicativo dell'art. 131-bis c.p., a differenza di altri reati, come il furto e la truffa, che presentano il minimo edittale di sei mesi, "pena che, secondo la valutazione del legislatore, dovrebbe essere indicativa di fatti di ben maggiore offensività".

Ed è proprio sul finale della sentenza che subentra il colpo di scena. La Corte costituzionale, come se non fosse pienamente convinta della strada intrapresa, ha cercato di appianare la situazione o, come suole dirsi, di smussare gli angoli della decisione, incentivando il potere legislativo ad intervenire, al fine di modificare *in melius* il testo dell'art. 131- *bis* c.p. La Consulta non si è fermata a spronare la penna del legislatore, ma ha persino indicato un preciso rimedio al limite "limitante" del massimo edittale di pena di cinque anni, affermando che "per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre al limite di pena massima edittale, al di sopra del quale la causa di non punibilità non può operare, si potrebbe prevedere anche un limite di pena minima edittale, al di sotto della quale i fatti possono comunque essere considerati di particolare tenuità".

La mancanza indicazione di un termine perentorio entro cui il legislatore avrebbe dovuto agire ha, tuttavia, ridimensionato l'ammonimento della Corte costituzionale, liberando il legislatore da qualsiasi obbligo di adempimento.

²⁸⁹ La Corte costituzionale, così statuendo, ha tacitamente espresso la volontà di non seguire l'indirizzo aperto dalla sentenza n. 236 del 2016, che ha dichiarato irragionevole il trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di cui all'art. 567, co. 2, c.p. (alterazione di stato) sulla base di una valutazione prettamente interna alla fattispecie incriminatrice, prescindendo, dunque, dall'indicazione di un *tertium comparationis*.

Sono trascorsi più di due anni dalla sentenza della Corte costituzionale e nulla è stato fatto, quando invece sarebbe stato auspicabile un pronto intervento da parte del legislatore, poiché la soluzione prospettata avrebbe, se non risolto, quanto meno ridotto le conseguenze irragionevoli provocate dallo sbarramento del massimo edittale e dal divieto di bilanciamento delle circostanze. Quelle della Corte, al momento, rimangono parole – dolosamente o negligenemente – inascoltate.

6. La particolare tenuità dell'offesa: una inesplorata terra di mezzo.

L'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. ha riportato in auge uno dei temi più antichi e complessi della scienza giuridica penale: quello della quantificazione dell'offesa in misura talmente lieve, da rendere inopportuna e non meritevole la risposta sanzionatoria. Trattasi, quindi, non di un'idea contemporanea, usata per fronteggiare un sistema giuridico sempre più indomabile, ma del punto più nobile della teoria della pena²⁹⁰, illustrata nelle pagine dei più importanti autori classici, quali Beccaria, Stuart Mill, Feuerbach, Birnbaum.

L'istituto di nuovo conio ruota, infatti, attorno al concetto della “particolare tenuità dell'offesa” che, rendendo inadeguata l'applicazione della sanzione ad un fatto, pur sempre tipico, antigiuridico e colpevole, si colloca a metà strada tra l'inoffensività della condotta ex art. 49 c.p. e la minima sanzione conforme al reato²⁹¹.

Secondo parte della dottrina, uno dei grandi meriti dell'art. 131-*bis* c.p. è quello di aver introdotto per la prima volta in una disposizione di parte generale la nozione di offesa e, parallelamente, di aver rivitalizzato il relativo principio che la sostiene. Occorre, però, fare una precisazione: l'articolo in esame non enuncia il principio di “necessaria offensività”, ma rappresenta una norma di chiusura che prevede la esclusione della punibilità non nei casi di carenza totale di offesa, ma qualora l'offesa sia presente, anche se esigua²⁹².

Solo per cenni, va ricordato come la Corte Costituzionale abbia lungamente esitato ad affermare esplicitamente la qualità di rango costituzionale del principio di offensività²⁹³,

²⁹⁰ Sul tema v. NICOLOSI-TEDESCHI, *La teoria della pena a tempo indeterminato*, Catania, 1905; MONACO, *Prospettiva dell'idea dello “scopo” nella teoria del reato*, Napoli, 1984; PAVARINI, *Nuovo revisionismo penale. «Silete poenologi in munere alieno!»*. *Teoria della pena e scienza penalistica*, Bologna, 2006.

²⁹¹ Così GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, cit., 2599, i quali affermano che la causa di non punibilità «sembra collocarsi in un *milieu*, al quale fanno da sponda un livello “alto” di proclamazione dell'offensività quale principio costituzionale ed una soglia, in basso, di incomprimibilità dell'offensività stessa [...], che va individuata nell'art. 49, comma 2, c.p.».

²⁹² MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, 3, 4.

²⁹³ Sul tema del principio di offensività la bibliografia è amplissima. A titolo esemplificativo, cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, 1973, 14 ss.; CAVALIERI, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di Giostra, Insolera, Milano, 1998; DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4 ss.; FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 103 ss.; MANTOVANI, *Il*

pervenendo ad un tale risultato solo nella seconda metà degli anni '90²⁹⁴. Il Giudice delle leggi più che come “essenza qualificativa” della fattispecie astratta e tipica, ha declinato detto principio come criterio ermeneutico indirizzato al giudice²⁹⁵, e teso all'accertamento in concreto del *minimum* di lesività necessario ad integrare la fattispecie. Solo in tal modo, risulta possibile mantenere vivo quel legame con la realtà sociale, senza perdere di vista l'entità oggettiva, la cui protezione giustifica l'intervento punitivo. Se così non fosse, si arriverebbe a punire la mera disobbedienza ad un precetto penale, in tutti i casi in cui essa non si concretizzi in un'offesa al bene protetto²⁹⁶.

Essendo l'offesa un concetto quantitativamente graduabile secondo scale di diversa gravità, la linea di demarcazione tra mancanza di offensività e particolare tenuità dell'offesa, se può apparire chiara e definita sul piano dogmatico - nonostante l'inquadramento sistematico del reato impossibile sia ancora fortemente dibattuto, considerata la storica diatriba, da un lato, tra i fautori della c.d. “concezione realistica del reato”, in base alla quale l'offesa è un elemento che si aggiunge alla tipicità, ed i suoi detrattori, secondo i quali i casi ritenuti tipici ma non offensivi, sono a ben vedere tipici solo in apparenza²⁹⁷ - si rivela, invece, sfumata sul piano applicativo, dove il giudice, in sede di valutazione, propende per l'una o l'altra soluzione sulla base di un ragionamento prettamente casistico. Basti pensare a come l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. stia comportando un graduale ridimensionamento del reato impossibile, posto che il primo è fatalmente destinato ad invadere spazi occupati (di diritto) dal proscioglimento per inoffensività, così assegnando la configurazione di reato anche a fatti precedentemente esclusi dall'area della tipicità, in assoluto contrasto con le intenzioni del legislatore²⁹⁸.

principio di offensività del reato nella Costituzione, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 445 ss.; MONGILLO, *Il principio di offensività tra costituzionalizzazione e ricodificazione*, in *Giur. mer.*, 2002, 1144; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 629 ss.

²⁹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1995, in <http://www.giurcost.org/>, nella quale si distingue tra principio di offensività in astratto, da intendersi quale «limite costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore», e in concreto che «implica la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente».

²⁹⁵ Cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

²⁹⁶ Così, FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 791. Secondo l'A., in tal modo, si aprirebbe il rischio di un passaggio «da una visione del reato come offesa al bene giuridico a quella del reato offesa del dovere», che farebbe slittare l'obiettivo dal fatto alla persona che lo realizza, il «disobbediente».

²⁹⁷ Non essendo possibile soffermarsi in questa sede sul reato impossibile e sul collegato principio di inoffensività, si rimanda, come principale riferimento, a NEPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 1 ss.

²⁹⁸ Cfr., ad esempio, Trib. Roma, 2 maggio 2000, che ha ritenuto inoffensivo un furto in un grande magazzino per merce del valore di lire 12.000, in *Cass. pen.*, 2001, 9, 2535, con nota di GROSSO, *Proscioglimento per*

Ciò posto, al fine di impedire che problemi di coordinamento tra discipline comportino una *deminutio capitis*, si è auspicato, ragionevolmente, una differenziazione, di carattere quantitativo tra le due aree, che assegnasse al reato impossibile «*i casi di totale inoffensività e di offensività assolutamente marginale*» e al nuovo istituto «*i casi in cui la soglia di offensività del fatto, pur tenue, superi comunque il livello della assoluta marginalità*»²⁹⁹. La questione è stata affrontata anche dalla Corte di cassazione che ha ribadito come il principio di offensività operi sul piano della tipicità, attenga all'essere o non essere del reato o di una sua circostanza, mentre l'istituto della particolare tenuità riguardi fatti senza incertezze pienamente riconducibili alla fattispecie legale

La posta in gioco è alta: da una parte c'è la liceità penale, meta ambita dall'imputato, dall'altra c'è l'irrelevanza penale del fatto che, oltre ad essere pur sempre percepita in termini di disvalore dalla coscienza sociale, porta con sé due conseguenze non del tutto trascurabili: l'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziario e l'efficacia di giudicato della sentenza dibattimentale, o emessa a seguito di rito abbreviato, di proscioglimento quanto all'accertamento del fatto tipico, antiggiuridico e colpevole commesso dall'imputato nei giudizi civili e amministrativi di danno. . L'esattezza della tracciata divisione, tuttavia, non fa venir meno l'incongruenza a cui è esposto l'apparato sanzionatorio, nel momento in cui dal quasi-reato può conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza, sulla base della ritenuta pericolosità sociale dell'agente, mentre il fatto particolarmente tenue non determina alcun tipo di sanzione³⁰⁰.

furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività o irrilevanza penale del fatto?. Così come, sempre nella giurisprudenza di merito, non sono mancate assoluzioni rispetto a condotte di omesso versamento di ritenute aventi ad oggetto somme minime, in quanto ritenute inoffensive, cfr. Trib. Aosta, 7 novembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GIUDICI, con riguardo all'importo di 929 euro; *contra* Trib. Torino, sez. IV, 3 novembre 2014, con nota di GIORDANA, *Il delitto di omesso versamento delle ritenute INPS è ancora reato?*, in *Arch. pen. (web)*, 2014, 3, che ha ritenuto di non poter qualificare come inoffensiva la condotta di omesso versamento di un importo pari ad euro 696,00. Dopo l'introduzione dell'art.131-bis c.p. alcuni giudici di merito hanno preferito avvalersi del proscioglimento per particolare tenuità del fatto rispetto ad alcune condotte di omesso versamento, in continuazione, aventi ad oggetto un importo complessivo pari a 330,00 euro, cfr. Trib. La Spazia, 8 aprile 2015, n. 464, in *De iure*, quando precedentemente erano ritenute condotte inoffensive; Cass., Sez. V, 11 febbraio 2016, Markiku, in *Arch. pen.*, 2016, 1, con nota di Brunelli, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, dove la Suprema Corte è ricorsa alla particolare tenuità del fatto e non all'inoffensività nel caso di un uomo che, rovistando all'interno di una discarica, aveva tentato di impossessarsi di alcuni oggetti privi di valore, quali un braccialetto di plastica e un orologio non funzionante.

²⁹⁹ GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 522.

³⁰⁰ Contraddizione messa in luce da AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2015, 976 ss., a cui si è tentato, in dottrina, di dare una risposta, cfr. DI GIOVINE, *La particolare tenuità del fatto e la "ragionevole tutela" del diritto ad una morte degna di aragoste, granchi, fors'anche mitili*, in *Cass. pen.*, 2016, 808, secondo la quale «questa imbarazzante contraddizione scompare (e la geometria del disegno viene recuperata), semplicemente evitando di ricorrere all'art. 49, co. 2, c.p. per giustificare la mancata risposta ai fatti inoffensivi».

Essendo alta la posta in gioco, è utile qualificare e quantificare il primo indice-criterio dell'art. 131-bis c.p., ossia la particolare tenuità dell'offesa, ricavabile, a sua volta, da due indici-requisiti, consistenti nella modalità della condotta e nella esiguità del danno e del pericolo³⁰¹. Il termine *offesa*, evocando il nocumento potenziale o effettivo del bene giuridico protetto, dalla norma incriminatrice violata, trasla l'attenzione del giudice dai soggetti – autore e vittima – verso ciò che rappresenta “la concretizzazione, l'essenza, del principio di offensività”³⁰². Il criterio, dunque, sottolineando il disvalore d'azione e d'evento, in base alla *voluntas* del legislatore, ha una natura prettamente oggettiva, e ciò trova conferma anche nella scelta di aver rinunciato al criterio del “grado di colpevolezza” - presente, invece, nella maggior parte dei precedenti progetti legislativi in *subiecta materia*³⁰³ -, al fine di sganciare, per quanto possibile, la valutazione del giudice da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, difficilmente maneggiabili, specialmente nelle fasi prodromiche del procedimento³⁰⁴.

Tale impostazione è in linea con l'orientamento, qui condiviso, secondo il quale nella ricostruzione del «*disvalore d'azione rilevante al fine dell'esiguità del fatto, occorre rinunciare a qualsiasi forma di soggettivizzazione, per ancorarsi piuttosto ai soli connotati oggettivi, gli unici evocativi del bene giuridico finale, qualificandone l'intensità della lesione e che caratterizzano altresì l'ambientazione criminologica del fatto e il suo disvalore attenuato nella coscienza sociale*»³⁰⁵.

Logica avrebbe voluto che le medesime considerazioni fossero estese anche ai due indici-requisiti, ma così non è stato. Il testo definitivo del decreto legislativo, tradendo le intenzioni iniziali espresse dal legislatore, ha, infatti, aggiunto l'inciso in base al quale le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo «devono essere valutate ai sensi dell'art. 133, co. 1, c.p.», innescando non pochi problemi applicativi³⁰⁶.

³⁰¹ La maggior parte della dottrina ha deciso di accogliere la proposta ricostruttiva di AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida dir.*, 2015, 15, 21.

³⁰² MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a, Padova, 2013, 208 ss.

³⁰³ Cfr., ad esempio, il *Progetto Fiorella aprile 2013*, cit., nel quale avrebbero dovuto essere valutati «l'intensità del dolo, il grado della colpa, ma anche la presenza di semiscusanti, l'eventuale riduzione della capacità di intendere e volere e la scarsa conoscibilità del precetto penale». Meno recentemente, cfr. il *Progetto Grosso maggio 2001*, cit., secondo il quale «il fatto è di particolare tenuità per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza». Nel senso recepito dal *Progetto Palazzo dicembre 2014*, cfr. il precedente *Progetto Canzio novembre 2013*, cit., «il fatto è di particolare tenuità [...] per le modalità e occasionalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose».

³⁰⁴ Cfr. *Relazione Palazzo dicembre 2014*, cit., nella quale «rimettere al giudice una valutazione vasta e comprensiva [del grado di colpevolezza] avrebbe finito con l'accentuare pericolosamente la discrezionalità applicativa». Cfr. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 21.

³⁰⁵ PALIERO, “*Minima non curat practor*”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit. 740 ss.

³⁰⁶ La modifica è frutto di una delle condizioni poste al Governo dalla Commissione Giustizia della Camera nel parere favorevole espresso sullo schema di decreto legislativo nel corso della seduta del 3 febbraio 2015:

Le principali difficoltà interpretative concernono la rilevanza delle valutazioni attinenti all'elemento soggettivo e, nello specifico, i dubbi si annidano proprio su come il giudice debba tener conto dell'intensità del dolo e del grado della colpa, considerato il richiamo all'art. 133, co. 1, c.p. nel suo complesso³⁰⁷ e non ai soli nn. 1 e 2.

Secondo un primo orientamento, l'inciso è da interpretare nel senso che il giudice debba tener conto degli elementi attinenti alla sfera soggettiva nella valutazione delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, in modo da inserire nell'*iter* dell'accertamento giudiziale anche il grado della colpevolezza³⁰⁸. Successivamente, non sono mancate voci in dottrina che hanno segnalato come la suddetta soluzione non potesse essere condivisa, soprattutto se intesa come autonomo accertamento del grado di colpevolezza, in quanto ciò che deve essere valutato nel prisma dell'art. 133 c.p. sono le caratteristiche oggettive della condotta e la portata offensiva di quest'ultima³⁰⁹. Così impostato, il collegamento con il primo comma dell'art. 133 c.p. rileva *sic et simpliciter* nella parte in cui si riferisce alle modalità dell'azione e alla gravità del danno o del pericolo, potendosi apprezzare il profilo soggettivo - intensità del dolo e grado della colpa - nella misura in cui si rifletta sulla condotta posta in essere³¹⁰. Per dirlo con altre parole, in tanto può assumere rilevanza l'elemento soggettivo, in quanto quest'ultimo contribuisca a misurare il disvalore d'azione³¹¹. Viceversa, qualora si consentisse l'introduzione del grado della colpevolezza tra i criteri di valutazione della particolare tenuità dell'offesa, si darebbe ingresso nel sistema penale ad una interpretazione irragionevole, poiché contrastante con lo spirito della legge.

«specificare ulteriormente gli indici di valutazione della tenuità del fatto, attraverso la considerazione dei criteri specificati dall'art. 133, primo comma, del codice penale».

³⁰⁷ Un'acuta osservazione è proposta da QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio* in absentia, a cura di Daniele, Paulesu, Torino, 2015, § 11, la quale rileva che, nell'apprezzamento delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, da svilupparsi ai sensi dell'art. 133, co. 1, c.p., non si può fare a meno di constatare “un effetto doppiamente ridondante”, poiché quest'ultima disposizione «richiama, per un verso, le modalità della condotta e, per altro verso, la valutazione del danno o del pericolo subito dalla vittima».

³⁰⁸ Così MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, cit., 3.

³⁰⁹ V. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 6. Di conseguenza, il giudice non potrà negare la particolare tenuità del fatto sul solo presupposto di un dolo intenso da parte dell'agente, pur in presenza di un'offesa esigua.

³¹⁰ V. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.*, cit., 24; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 519.

³¹¹ Il diverso coefficiente di pericolosità espresso dalle diverse forme di imputazione soggettiva, già nella «dimensione obiettiva del fatto di reato», emerge, nella letteratura più recente, solitamente con riferimento alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente v. DE VERO, *Il dolo e la preterintenzione*, in AA. VV., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di De Vero, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, dir. da Palazzo, Paliero, I, Torino, 2010, 195-197.

In particolare, le “modalità della condotta” attengono alle forme di aggressione al bene giuridico, caratterizzate dall’impiego di un mezzo criminoso, come l’inganno, la violenza, l’abuso o uno strumento materiale peculiare, e/o dallo sfruttamento di circostanze contingenti, relative, ad esempio, al tempo, al luogo, o alle condizioni della vittima. Tale indice-requisito, nonostante le apparenze, di per sé sarebbe bastato, senza l’apporto dell’art. 133 c.p., a dare rilevanza all’elemento soggettivo del reato, in quanto avrebbe consentito di valutare sia il grado della colpa, posto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della tipicità della condotta, sia l’intensità del dolo, che, comunemente, si riverbera nell’adozione da parte dell’autore di determinate modalità esecutive della condotta³¹² che, in definitiva, sono rivelatrici di un atteggiamento psicologico da valutarsi favorevolmente o meno nel giudizio di tenuità³¹³.

A tal proposito, una riprova della tesi appena sostenuta la si può avere, dando uno sguardo allo scenario giudiziario, in cui le prime linee guida predisposte in materia da alcune procure della Repubblica³¹⁴, così come alcune pronunce di merito³¹⁵, in sede di valutazione delle modalità della condotta, hanno preso in considerazione l’intensità del dolo e il grado della colpa, ai fini dell’accertamento della particolare tenuità dell’offesa.

Il secondo indice-requisito, ossia l’esiguità del danno o del pericolo, è da riferirsi al c.d. danno-pericolo criminale, ossia alla dimensione offensiva relativa al disvalore del fatto, e non alle eventuali conseguenze civili subite dalla persona offesa, la quale potrebbe anche mancare nella fattispecie (incriminatrice).

Trattasi di un passaggio valutativo particolarmente delicato, in quanto connotato da un intrinseco ed ineliminabile margine di discrezionalità: tanto è vero che sin da subito si è

³¹² V. *Relazione allo schema*, cit., §6.

³¹³ A tal riguardo v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 7, secondo il quale «il riferimento esclusivo alle modalità della condotta non avrebbe impedito valutazioni legate al grado di colpevolezza dell’imputato, consentendole, tuttavia, solo nella misura in cui il grado di colpa o l’intensità del dolo fossero svelate dalle caratteristiche oggettive dell’azione o dell’omissione». In tal senso v. 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, 3496 ss., «dalle modalità della condotta - ma solo da esse - dovrà essere desunto anche il grado di colpevolezza dell’autore del fatto esiguo. Tale criterio, dunque, non è stato rinnegato, ma semplicemente ridimensionato, nel tentativo di scongiurare valutazioni discriminatorie legate in via esclusiva alla personalità del reo».

³¹⁴ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Prime linee guida per l’applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2015, 5; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n.28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime riflessioni*, *ivi*, 18 giugno 2015, 5; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *D.lgs. 16 marzo 2015 n.28 “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto” Circolare esplicativa/applicativa*, *ivi*, 2 luglio 2015, 8.

³¹⁵ Cfr. Trib. Milano, 29 aprile 2015, n. 4195, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 maggio 2015; Trib. Milano, 2 aprile 2015, n. 3805, inedita; Trib. Torino, 9 aprile 2015, in *www.archiviopenale.it*.

richiesto, sul punto, l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite³¹⁶, incaricate di far luce su dilemmi giuridici non risolti, ma addirittura incentivati dalla lettera legis. Il giudice, infatti, perviene ad un giudizio di esiguità solo qualora accerti delle conseguenze lesive di minima entità o una bassissima probabilità di pregiudizio al bene oggetto di tutela, tenendo conto anche delle condizioni della persona offesa, laddove presente³¹⁷.

La Suprema Corte, dunque, chiamata ad esprimersi sulla compatibilità o meno della particolare tenuità del fatto con i reati, rispettivamente, di guida in stato di ebbrezza e di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolimetrico, ha affrontato e definito alcune problematiche strettamente connesse tra loro. In primo luogo, diversamente da quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, è stata riconosciuta l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. con la categoria dei reati di pericolo presunto, considerato che il pericolo, seppur presunto da parte del legislatore nella fattispecie incriminatrice, può essere oggetto di valutazione da parte del giudice, cosicché il pericolo, per quanto esistente, possa essere considerato nel concreto particolarmente tenue. Successivamente, ammessa, ormai pacificamente, la compatibilità dei reati caratterizzati da limiti soglia con l'istituto in esame, la Corte di cassazione ha affrontato la problematica sottesa al rapporto tra la fattispecie penale e l'illecito amministrativo, in cui rientrano i comportamenti sotto-soglia, nonché il quesito della applicabilità delle sanzioni amministrative accessorie anche in caso di proscioglimento *ex art. 131-bis* c.p. In particolare, a parere delle Sezioni unite la denunciata irragionevolezza del sistema sanzionatorio, derivante dalla non punibilità di un illecito penale sopra-soglia particolarmente tenue a fronte della persistente sanzione amministrativa per le condotte sotto-soglia, era apparentemente illogica, in quanto superabile attraverso il principio di autonomia della normativa amministrativa, ricavabile dalla c.d. teoria della diversità che nega qualsiasi rapporto di continuità tra reato ed illecito amministrativo. Allo stesso modo, è stata riconosciuta l'applicabilità delle sanzioni amministrative accessorie, da parte non del giudice, ma della Pubblica amministrazione: soluzione non condivisibile, perché, da un lato, la pronuncia *ex art. 131-bis* c.p. è una sentenza di proscioglimento e non di condanna, dall'altro, la particolare tenuità del fatto non contiene una prescrizione analoga all'art. 168-*ter* c.p. che, riferita all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, dispone *expressis verbis* che l'estinzione del reato per esito positivo della prova non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge. Le Sezioni unite, infine, hanno riconosciuto la compatibilità dell'istituto anche con il reato di rifiuto di sottoporsi agli

³¹⁶ Cass., Sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681-13682, in *Giur. it.*, 2016, 1729, con nota di BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*.

³¹⁷ V. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, cit., 245, la quale, nel sostenere che l'entità del danno potrà essere valutata anche in relazione alle condizioni della vittima, fa l'esempio delle condizioni patrimoniali nel caso di reati contro il patrimonio, in linea con la giurisprudenza in materia di attenuante comune *ex art. 62, co. 1, n. 4 c.p.* Così Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n.28*, cit., 14.

accertamenti alcoolimetrici, sostenendo che «pure per i reati senza offesa, di disobbedienza o comunque poveri di tratti descrittivi, contrassegnati magari da una mera omissione o da rifiuto, la valutazione richiesta dalla legge è possibile e doverosa, dovendosi considerare la concreta manifestazione del fatto illecito».

Orbene, allo stato attuale, può concludersi che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto trovi applicazione in relazione ai reati di danno, di pericolo, in forma concreta e astratta, nonché a quelli senza offesa.

Una questione interessante, del tutto aperta, concerne la possibilità per il giudice di prendere in debita considerazione, all'interno del giudizio di tenuità, condotte risarcitorie o riparatorie successive al fatto di reato. Anche se la *littera legis* non ne fa alcuna menzione, in ragione del mancato richiamo al comma 2 dell'art. 133 c.p., nella prassi si possono segnalare al momento timide pronunce giurisprudenziali che hanno cercato di valorizzare il comportamento post-delictum dell'agente nell'ambito ora della valutazione dell'esiguità del danno o del pericolo³¹⁸, ora nell'accertamento dell'indice criterio della non abitualità della condotta.

7. Le ipotesi di presunzione assoluta di non tenuità dell'offesa: il rischio di naufragare in un diritto penale d'autore?

Una volta assegnato alla particolare tenuità dell'offesa un ruolo decisivo, ma non esclusivo, ai fini dell'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., il Governo ha individuato determinate deroghe alla regola generale, in presenza delle quali l'offesa non può mai essere ritenuta di particolare tenuità, precisamente: «quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona».

Le ipotesi espressamente elencate costituiscono delle presunzioni *iuris et de iure* di non particolare tenuità, che mal si conciliano con una visione dell'istituto basata sulla valutazione in concreto della fattispecie incriminatrice. Trattasi di oggettivi limiti all'operatività della causa di non punibilità, inseriti dal legislatore delegato³¹⁹ a seguito degli

³¹⁸ Cfr. Trib. Foggia, 10 aprile 2015, n.1670, inedita, nella quale il giudice ha ritenuto rilevante, per escludere la punibilità dell'imputato per il reato di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, il successivo pagamento integrale dell'indebito. Cfr. in materia di infortuni sul lavoro, Trib. Genova, 21 maggio 2015, inedita. Per un approfondimento su tale aspetto v. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 23, nota 51.

³¹⁹ L'art. 131-*bis*, co. 2, c.p. è stato inserito su sollecitazione del Parere della Commissione Giustizia della Camera, 3 febbraio 2015, in base al quale era necessario «specificare [...] alcuni criteri di valutazione della modalità della condotta, quali: l'aver agito per motivi abietti o futili, l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà o in violazione del sentimento di pietà per gli animali o in condizioni di minorata difesa della persona offesa anche in riferimento all'età».

incessanti mormorii e delle inarrestabili critiche mosse dai *mass-media* e delle associazioni di categoria, al fine di scongiurare il pericolo di mandare esente da pena determinati comportamenti, ritenuti dall'opinione pubblica particolarmente riprovevoli e carichi di disvalore.

Le cinque cause ostative, pur non prestandosi ad una lettura omogenea e unitaria a causa della loro diversità, altro non sono che esemplificazioni delle modalità della condotta e, dunque, da questa prospettiva, esse appaiono come una superflua specificazione dell'indice-criterio, ampiamente richiamato dalla disposizione in esame.

Esse, invero, riproducono parte delle circostanze aggravanti previste nell'art. 61 c.p. che, a prescindere dalla lettura in chiave oggettiva o soggettiva, sono strettamente collegate alle manifestazioni della condotta. La particolare tenuità dell'offesa, infatti, è esclusa *de plano* non appena il giudice ritenga sussistente una sola delle predette situazioni ostative, anche qualora le stesse non siano state espressamente formalizzate nell'imputazione mediante la contestazione della rispettiva aggravante, come di regola avviene³²⁰.

Ragionando dal generale al particolare, l'aver agito con crudeltà anche in danno di animali - che nella sostanza esclude l'applicazione dell'istituto alle fattispecie di cui agli artt. 544-bis 544-*quinquies* c.p.³²¹ - l'aver adoperato sevizie e l'aver approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima anche in riferimento all'età della stessa sono fattispecie imperniate su condotte rivelatrici di atteggiamenti psicologici riprovevoli e, pertanto, la presenza di una sola di esse innalza un muro invalicabile alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, rendendo automaticamente non tenue la modalità della condotta³²². Uguale negli effetti, ma diversa nella valutazione è la causa ostativa dell'aver agito per motivi abietti o futili che, avente una natura soggettiva, attiene alla personalità dell'autore, riferendosi esclusivamente all'intento psichico del soggetto agente, senza riverberi sulle modalità attuative, perdendo definitivamente di credibilità l'attestazione di non aver attribuito alcun autonomo rilievo alla dimensione psicologica³²³.

L'ultima ipotesi di esclusione della particolare tenuità dell'offesa è l'aver la condotta cagionato o l'essere da essa derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona, chiamando in causa determinate fattispecie incriminatrici, quali l'omicidio colposo, le lesioni personali gravissime colpose, le ipotesi rientranti nell'art. 586

³²⁰ AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, cit., 21.

³²¹ Con particolare riferimento all'ipotesi della crudeltà nei confronti di animali, è opportuno precisare che la disposizione non esclude *tout court* l'operatività del nuovo istituto rispetto ai delitti di maltrattamento di animali di cui all'art. 544-*ter* c.p. L'art. 131-*bis* non risulterà applicabile solamente quando tale reato venga commesso con crudeltà. Singolare il caso sottoposto all'attenzione del Trib. Torino, 15 luglio 2015, riguardo il quesito se l'esposizione di aragoste sul banco del mercato potesse considerarsi detenzione di animale in condizioni incompatibili con la sua natura oppure un'ipotesi di maltrattamenti.

³²² Cfr. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667.

³²³ Su tale profilo tra tutti v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 8.

c.p., nonché i reati aggravati dall'evento³²⁴, sebbene in dottrina c'è chi ha sostenuto come anche l'omicidio possa in concreto «essere almeno oggettivamente “esiguo”»³²⁵ o le lesioni personali gravissime atteggiarsi con connotazioni “minime”³²⁶.

Ciò posto, interrogandosi, dunque, sulla effettiva utilità della parte normativa in questione, da alcuni fortemente rinnegata, considerata l'incompatibilità tra la gravità delle situazioni elencate e l'esimente della tenuità del fatto, può concludersi che l'omissione delle cause ostative non avrebbe avuto ripercussioni negative sul sistema giuridico, anzi avrebbe agevolato la funzionalità dell'istituto³²⁷.

Cercando di tratte le fila del discorso, le ipotesi elencate - ad eccezione dell'ultima, più vicina ad una dimensione obiettiva - rappresentano presunzioni legali negative della particolare tenuità dell'offesa, strettamente connesse al giudizio di colpevolezza, in quanto «esprimono atteggiamenti interiori che non modificano né punto né poco l'entità dell'offesa, ma elevano il grado di colpevolezza in termini di rimproverabilità personale»³²⁸. Sul piano strettamente sistematico non mancano perplessità in ordine alla pretesa di determinare *de iure* l'esclusione di una causa di non punibilità incentrata sul fatto, a seguito della constatazione - e non di un pieno accertamento - di elementi che sono, invece, tipici del giudizio di colpevolezza.

Non è così lontana, dunque, l'eventualità che in futuro venga sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art.131-*bis* c.p. per eccesso di delega, avendo il legislatore delegato subordinato l'operatività dell'esimente ad una condizione di carattere negativo non prevista dalla legge delega³²⁹.

In conclusione, non è esagerato sostenere che si è di fronte ad un ennesimo escamotage normativo finalizzato ad estendere il giudizio vertente sull'art. 131-*bis* c.p. anche alla sfera soggettiva dell'imputato, nonostante «confondere le acque e mescolare le carte non è mai

³²⁴ Il decreto legislativo recepisce, sul punto, le specifiche sollecitazioni della Corte EDU, la quale ha ritenuto che il valore primario del bene vita debba essere adeguatamente considerato dal legislatore interno, anche nei casi in cui la lesione sia dovuta a condotta colposa (Corte EDU, Sez. II, 29 marzo 2011, Alikaj e altri c. Italia).

³²⁵ DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 97, il quale rileva che «ciò avviene quando la causazione della morte di un uomo (si pensi soprattutto all'ipotesi colposa) riguardi solo l'avergli abbreviato la vita ad es. di poche ore, con incommensurabile discrasia tra il disvalore d'azione (che potrebbe essere intatto) e il disvalore d'evento».

³²⁶ PONGILUPPI, *Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico criminali*, in Mattevi, Ventura, Pongiluppi, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Assago, 2009, 64, la quale fa l'esempio di un taglio sulla fronte, come tale qualificabile come sfregio permanente del viso che, per le dimensioni e la posizione effettiva, si colloca ai confini inferiori della tipicità.

³²⁷ A favore di tale conclusione, cfr. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 7; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667.

³²⁸ SANTORIELLO, *La non punibilità per la tenuità del fatto: esame delle prime decisioni della Cassazione*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 4.

³²⁹ CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida al dir.*, 2015, 15, 69.

buona legislazione: anche i cavoli possono far da merenda. Ma restano pur sempre cavoli a merenda»³³⁰. Si delinea, sempre più, all'orizzonte un diritto penale d'autore³³¹, dove non sono gli effetti dell'agire a venire in considerazione per fondare la punibilità, quanto le motivazioni con cui si è agito: «non è il male cagionato a giustificare la pena, ma la cattiveria con cui quel pochissimo male si è arrecato»³³².

8. L'indice criterio della non abitualità del comportamento: la necessità di una raffinata lente di ingrandimento.

Il secondo indice-criterio della particolare tenuità del fatto è la «non abitualità del comportamento», concetto del tutto nuovo nel lessico giuridico, a cui, se in un primo momento non era stata fornita alcuna definizione né dalla legge delega né tanto meno dallo schema di decreto legislativo inviato alle Camere, affidando totalmente all'interprete il compito di dare forma e sostanza al «contenitore, successivamente – precisamente in sede di delle Camere³³³ – il Governo ha tentato di attribuirvi un significato. Anche in questo caso si è agito attraverso un meccanismo presuntivo, stabilendo nel comma 3 dell'art. 131-*bis* c.p. che «il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate».

Non stupisce come anche questa parte della disposizione sia stata al centro di una *querelle* interpretativa, avente ad oggetto il quesito se le ipotesi di abitualità fossero da considerare un *numerus clausus*, ovvero mere esemplificazioni suscettibili di essere ampliate dall'opera interpretativa del giudice. Sebbene i compilatori e le prime pronunce di legittimità

³³⁰ PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 14.

³³¹ Non è una causalità, dunque, che il convegno dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto penale di quest'anno abbia ad oggetto la tematica del diritto penale d'autore, come si evince dal titolo «Il diritto penale dei nemici. Verso un nuovo diritto penale dell'autore», VIII Convegno Nazionale, Siracusa, 25, 26 ottobre 2019.

³³² SANTORIELLO, *La non punibilità per la tenuità del fatto: esame delle prime decisioni della Cassazione*, cit., 5.

³³³ In merito, v., soprattutto, MORAMARCO, *Dettagliate le ipotesi in cui c'è ripetizione del comportamento*, in *Guida dir.*, 2015, 15, 23, in cui si evidenzia come non abbiano avuto riscontro le indicazioni fornite, invece, dalla Commissione Giustizia del Senato.

affermassero il contrario³³⁴, le Sezioni unite³³⁵ hanno statuito l'impossibilità di ampliare il novero di ipotesi richiamate tassativamente dalla disposizione, a fronte della eccessiva discrezionalità giudiziaria che ne sarebbe conseguita³³⁶, anche al fine di evitare che i giudici di merito potessero sconfinare in derive soggettivistiche, con il rischio di appiattare la valutazione di abitudine su quella di incensurabilità del soggetto³³⁷.

Balza subito all'occhio la scelta del legislatore di essere ricorso ad un concetto diverso da quello di "occasionalità", utilizzato altrove, in particolare, sia nei precedenti progetti di riforma, sia nel procedimento penale davanti al giudice di pace, all'art. 34 d.lgs. n.274 del 2000, nonché nel procedimento penale minorile, all'art. 27 d.p.r. n. 448 del 1988. La ratio sottesa alla decisione è quella di aver voluto adottare un criterio più ampio rispetto a quello della occasionalità, il cui impiego nell'art.131-*bis* avrebbe inevitabilmente determinato una chiusura applicativa dell'istituto, in quanto il termine riecheggia in sé il carattere di eccezionalità, di sporadicità, sia in senso cronologico, come episodio del tutto isolato, sia in senso psicologico, come espressione di circostanze particolari legate al momento della commissione del fatto³³⁸.

³³⁴ Nella Relazione di accompagnamento allo schema di decreto delegato § 4 vi erano alcune indicazioni nel senso di riconoscere un potere discrezionale in capo al giudicante, avendo considerato la previsione normativa come la descrizione di «talune ipotesi in cui il comportamento non può considerarsi non abituale». La Corte di cassazione, inizialmente, si è espressa in forma dubitativa sul punto, cfr. Cass. Sez.III, 7 maggio 2015, n.21014, in www.penalecontemporaneo.it; in seguito, ha, invece, aderito alla tesi della non esaustività delle ipotesi di abitudine, contemplate dal legislatore, le quali si porrebbero, quindi, come delle presunzioni di non abitudine, cfr. Cass., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897; Id., Sez. V, 11 febbraio 2016, n. 5800, in www.cortedicassazione.it.

³³⁵ Cass., Sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681 Tushaj, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 782 ss., con nota di AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis ai reati con soglie di punibilità*.

³³⁶ Tra tutti, cfr. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 22, il quale ne afferma la natura tassativa «sia per la corrispondenza simmetrica tra le due disposizioni, sia per l'assenza di locuzioni idonee ad esprimere un intento di semplificazione, sia, soprattutto, per l'evidente esigenza di tassatività che si impone nella disciplina di una causa di non punibilità generale e comune».

³³⁷ Cfr. Trib. Campobasso, 22 maggio 2015; Trib. Napoli, sez. I, 20 aprile 2015, in banca dati *Pluris-Cedam*.

³³⁸ In dottrina si è registrato un orientamento incline a sottolineare una differenza qualitativa tra i due concetti normativi, e, precisamente, mentre la "non abitudine" si riferirebbe solo al passato dell'autore, alludendo all'assenza di precedenti criminosi reiterati e specifici, l'occasionalità guarderebbe principalmente al futuro, in quanto in esso sarebbe insito un giudizio prognostico, inerente a valutazioni personalistiche dell'agente, cfr. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 18; SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, cit., 19. In senso contrario, v. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, cit., 1473, secondo il quale la prospettiva orientata al futuro è quella che si presta a fornire la migliore interpretazione della nozione di abitudine del comportamento, perché intanto ha un senso punire un fatto bagatellare, in quanto l'abitudine del comportamento sia concretamente indice di una pericolosità sociale dell'autore; DIES, *Questioni varie in tema di irrelevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 5, nota 11, che accoglie una differenza tra non abitudine ed occasionalità solo di grado, non di qualità, implicando entrambi gli elementi un giudizio prognostico e qualifica l'occasionalità come requisito più rigoroso, almeno al netto dell'impropria definizione contenuta nell'art.131-*bis* c.p.

La prima presunzione di abitualità del comportamento è lo *status* dell'agente in caso di dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza³³⁹. Trattasi delle tre figure di pericolosità qualificata, disciplinate dagli artt. 102, 103, 105 e 108 c.p., ispirate da esigenze preventive, in quanto in loro presenza il reo viene sottoposto non solo alla pena per i reati commessi, ma anche ad una misura di sicurezza. L'ipotesi richiamata rappresenta, indubbiamente, un limite soggettivo, in quanto l'applicazione dell'istituto è esclusa *ipso facto* a determinate categorie di soggetti, a prescindere dall'entità offensiva del fatto, soddisfacendo esigenze meramente securitarie. Seppur priva di problemi applicativi, poiché condizionata dalle definizioni, presenti nel codice penale, degli elementi normativi, l'ipotesi di abitualità, chiamando in causa la pericolosità del soggetto, è certamente in contrasto con la *ratio legis* dell'esimente, la quale si dovrebbe arrestare alla valutazione concreta del fatto³⁴⁰.

Il rischio che si prospetta è un celato *revirement* degli istituti più retrogradi del codice Rocco, come, appunto, le diverse figure di delinquente, mediante un uso distorto del diritto mite, il quale, così applicato, permette la riscoperta di un triste armamentario sanzionatorio che dovrebbe essere riservato a pochi "eletti".

Fortemente ambigua appare la seconda ipotesi, ossia l'aver commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità. Il primo profilo problematico attiene alla nozione di *reati della medesima indole*³⁴¹, dove vi è un implicito richiamo all'art.101 c.p., il quale individua due ipotesi di identità fra diversi reati, a seconda che le violazioni concernano la medesima disposizione di legge, la cd. indole *ope legis*, o, invece, riguardino norme diverse, in quest'ultimo caso legando il concetto di medesimezza alla comunanza di determinati caratteri fondamentali.

La nozione di "reati della stessa indole" richiama, implicitamente, il contenuto dell'art. 101 c.p., secondo cui un reato della stessa indole è non solo quello che viola la medesima disposizione di legge del reato per cui un soggetto è già stato condannato, ma altresì quello che, pur essendo inserito in un'altra norma, per la natura dei fatti o per i motivi che hanno spinto il reo a delinquere, presenta caratteri fondamentali comuni, con ciò intendendosi le

³³⁹ Per un adeguato approfondimento sul tema, cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, I, Bologna, 2009, 819; MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007, 318-319; ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, 2005, 104.

³⁴⁰ Cfr. MILONE, *La particolare tenuità del fatto: alcune riflessioni su profili sostanziali della nuova causa di non punibilità, tra obiettivi dichiarati e prime applicazioni*, in *Gli Speciali Giurisprudenza Italiana*, Milano, 2015, 42; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 667, il quale sottolinea come tale ipotesi potrebbe essere fatta oggetto di una questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega in quanto, a differenza delle altre due ipotesi di abitualità, parrebbe introdurre un limite ulteriore, di tipo soggettivo, rispetto al contenuto della legge delega.

³⁴¹ Per un approfondimento su tale argomento, cfr. AMATO, *sub art.101*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio, Dominioni, III, Milano, 1990, 37; GIANNITI, *I reati della stessa indole*, Milano, 1959, 62; SABATINI, *Reati della stessa indole*, in *Giust. pen.*, 1958, 421; SIGISMONDI, *Reati dolosi e colposi e reati della stessa indole*, in *Scuola pos.*, 1970, 70.

ipotesi in cui diverse fattispecie incriminatrici presentano profili di omogeneità sul piano oggettivo, in relazione al bene tutelato ed alle modalità esecutive, ovvero sul piano soggettivo, in relazione ai motivi a delinquere che hanno avuto efficacia causale nella decisione criminosa³⁴².

Dopo i primi contrasti interpretativi³⁴³, le Sezioni Unite³⁴⁴, riempiendo il vuoto normativo, hanno specificato che la suddetta causa di abitualità ricorre quando l'autore abbia commesso almeno altri due illeciti oltre quello preso in esame (per l'applicazione della esimente) e, perciò, non può essere assimilata a quella di recidiva, che opera in un ambito diverso ed è fondata su un distinto apprezzamento; di conseguenza, la recidiva, purché non reiterata e specifica, sebbene accertata e applicata giudizialmente, non può essere ritenuta ostativa alla declaratoria di non punibilità. Ribadita, dunque, la diversità tra il criterio della pluralità di illeciti *ex art. 131-bis*, co. 3, c.p. e l'istituto della recidiva, la Corte di cassazione ha affermato la rilevanza, ai fini della configurabilità della causa tipica di non abitualità, anche dei reati commessi successivamente a quelli presi in esame. Altra questione è quella relativa alla rilevanza delle condotte *post-delictum*: in particolare, dal momento che ai fini della valutazione della abitualità del comportamento assumono rilevanza anche i reati commessi successivamente al fatto tenuto sottoposto al giudizio, non si comprende perché mai non dovrebbero essere prese in considerazione anche le condotte riparatorie successive al delitto³⁴⁵.

Orbene, una volta stabilito che il terzo illecito della medesima indole determina la serialità che osta all'applicazione dell'istituto, bisogna affrontare la spinosa questione relativa al "valore del precedente" e all'individuazione dello standard processuale di accertamento necessario affinché gli altri comportamenti penalmente rilevanti, commessi dall'autore, possano ritenersi utili nella valutazione del requisito dell'abitualità.

Ciò posto, sulla base di una interpretazione meramente letterale si è consolidato l'orientamento secondo cui l'abitualità (del comportamento) non richieda necessariamente l'accertamento definitivo degli altri (almeno due) reati commessi dall'agente, risultando, al contrario, sufficiente che la commissione di più condotte, integranti una pluralità di reati della stessa indole, siano giudicate nell'ambito dello stesso procedimento, ove si discuta

³⁴² Cass, Sez. II, 16 luglio 2018, n. 32577, nella quale è stato espresso il principio di diritto per cui è da effettuarsi la suesposta verifica, per valutare la configurabilità del presupposto ostativo della "non abitualità del comportamento", ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità *ex art. 131-bis* c.p.

³⁴³ In particolare, un orientamento era volto a ritenere la pluralità di reati rilevante solo laddove questi fossero tutti oggetto del giudizio in corso; l'altro, invece, finalizzato a considerare esclusivamente i fatti commessi in precedenza e accertati in diversi procedimenti penali, cfr. Cass., Sez. III, 16 gennaio 2015, n. 27885, Gaffino, in www.iusexplorer.it, per la quale sarebbe ostativa al riconoscimento della "non abitualità del comportamento" la presenza di un solo precedente della stessa indole.

³⁴⁴ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

³⁴⁵ Cass, Sez. III, 29 gennaio 2018, con nota di PENCO: «se assumono rilievo anche i reati commessi successivamente a quello per cui si procede, allora il riferimento al comportamento successivo alla commissione del reato (rimozione-demolizione o sanatoria) non appare manifestamente illogico».

della causa di non punibilità³⁴⁶. A ben vedere, il significativo ruolo assegnato ai precedenti non convince appieno, per due ragioni tra loro connesse: a) così interpretato, si legittima l'ingresso di un ulteriore limite soggettivo che, come quello basato sullo *status* di delinquente, è espressione di pericolosità sociale; b) la medesima nozione di "precedente", pervenutaci dalle Sezioni unite, suscita fondati dubbi di illogicità, poiché se inizialmente era stato precisato che per integrare il requisito fosse necessario una sentenza di condanna passata in giudicato, successivamente è stato aggiunto, sulla spinta di istanze special-preventive, che (come precedenti) rilevano anche reati dichiarati con sentenza di proscioglimento ex art. 131-*bis* c.p.

La precisazione, infine, secondo cui la pluralità di reati, in qualunque modo venga intesa, rileva anche se ciascun fatto, singolarmente considerato, è di particolare tenuità mette in risalto la sottostante volontà di lasciar spazio alle esigenze special-preventive, dando così maggior rilievo al carattere soggettivo della personalità dell'autore - delinquente seriale - rispetto al profilo oggettivo del fatto di per sé considerato³⁴⁷.

La terza presunzione di abitualità definita dalla disposizione riguarda i reati «che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate». Il problema che si pone per l'interprete è quello di delimitare, quanto più puntuale possibile, i confini definitivi dei tre aggettivi, compito per nulla facile, tant'è che in dottrina c'è chi ha sostenuto trattarsi di una "ripetizione pleonastica", che ha il solo intento di fondare il carattere ostativo sulla ripetizione - in astratto anche per una sola volta - della medesima condotta integrante il reato³⁴⁸.

Preliminarmente, a fini applicativi, si è posto il dubbio se l'ipotesi dovesse fare riferimento alla fattispecie legali astratte, in particolare a quelle nell'ambito delle quali la ricorsività del comportamento illecito rappresenti una condizione necessaria per la sussistenza del reato, oppure all'episodio criminoso nella sua concretezza. Seppur la dottrina, seguendo una interpretazione teleologicamente orientata, abbia deciso di sostenere la seconda opzione, ritenendo la norma riferita al fatto concreto³⁴⁹, la giurisprudenza di legittimità ha considerato degne di nota entrambe le soluzioni.

L'espressione "condotte plurime", per alcuni, attiene o a una pluralità di fatti tipici omogenei commessi nel medesimo contesto spazio-temporale, così da poter rilevare come

³⁴⁶ In questo senso la Circolare n. 4 del 2015 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, 6, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 giugno 2015. In dottrina, cfr. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 668.

³⁴⁷ V. MILONE, *La particolare tenuità del fatto: alcune riflessioni su profili sostanziali della nuova causa di non punibilità, tra obiettivi dichiarati e prime applicazioni*, cit., 43.

³⁴⁸ Così AMATO, *Con l'estensione al giudice ordinario si apre una nuova era*, cit., 26.

³⁴⁹ In tal senso, cfr. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 669; SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, 73; SERRA, *La causa di non punibilità per "particolare tenuità del fatto" ex art. 131-bis c.p.*,

unico reato³⁵⁰ (ad esempio, più ingiurie, più minacce, più lesioni, più sottrazioni), oppure a più atti rispetto a fattispecie incriminatrici che tipizzano più condotte progressive³⁵¹ (ad esempio, accettazione della promessa e ricezione, oppure realizzazione della promessa e dazione); per altri riguarda le condotte concorsuali, eventuali o necessarie, presupponendo che l'espressione sia da riferire alla pluralità di autori, con l'intento di evitare la degradazione della "evanescente" circostanza attenuante di cui all'art. 114. c.p. in causa di non punibilità³⁵².

Per quanto riguarda l'interpretazione dell'espressione "condotte abituali", sin dal dibattito in Parlamento è emerso come "retroterra culturale" di siffatta circostanza fosse la consolidata categoria di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del reato abituale³⁵³, che si perfeziona, appunto, con il compimento di una pluralità di atti costituenti o meno autonomi reati legati tra loro dal vincolo della abitudine, cioè della continuità e ripetitività nel tempo (ad esempio, i maltrattamenti contro familiari o conviventi).

³⁵⁰ ROMANO, *Sub art. 71*, in *Commentario sistematico codice penale*, a cura di ROMANO, I, artt.1-84, III ed., Milano 2004,725.

³⁵¹ Così Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n.28*, cit., 7. In dottrina, in tal senso, v. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 669; dubbi sul punto sono esposti da MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, cit., 5, secondo cui in simili ipotesi «l'esclusione del beneficio [...] non pare giustificarsi sufficientemente. [...] ciò che lascia perplessi sono gli effetti sulla possibilità di utilizzo del nuovo istituto laddove, ad es., la lesione sia stata prodotta con un unico colpo, mentre sarà negato nel caso in cui la medesima lesione segua ad un'aggressione nella quale, nello stesso contesto, siano stati inferti due colpi: un simile esito non pare assolutamente ragionevole, dovendosi ben più opportunamente consentire l'esercizio dei poteri discrezionali del giudice a fronte di simili fattispecie concrete».

³⁵² Così PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 22; in senso contrario MILONE, *La particolare tenuità del fatto: alcune riflessioni su profili sostanziali della nuova causa di non punibilità, tra obiettivi dichiarati e prime applicazioni*, cit., 43, la quale critica tale opzione interpretativa, in quanto la *ratio* dell'esclusione della particolare tenuità del fatto finirebbe per fondarsi sulla maggiore pericolosità della partecipazione criminosa e, quindi, apparirebbe in contrasto con il disvalore obiettivo del fatto.

³⁵³ Cfr. PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Dig. pen.*, Torino, 1996. In giurisprudenza, un'interessante sentenza è quella della Cass., Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, in www.dirittoegiustizia.it, che, esaminando un ricorso relativo al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 c.p., ha evidenziato la difficoltà di concludere se fosse ammissibile l'operatività del nuovo istituto con riguardo ai reati abituali: la decisione, infatti, ha osservato che, se un ostacolo a rispondere positivamente al quesito è costituito dalla "struttura del reato abituale in quanto tale", presupponendo lo stesso una reiterazione di condotte, tuttavia, il testo dell'art. 131-bis c.p. non sembra indirizzare con immediatezza alla soluzione negativa. Il problema interpretativo, peraltro, non è stato risolto, poiché già in concreto, alla luce della protrazione della condotta illecita e della gravità dell'inadempimento degli obblighi, si era escluso che fossero ravvisabili i presupposti per la configurabilità della causa di non punibilità di nuovo conio.

Le maggiori difficoltà si incontrano nel decodificare la nozione di condotta “reiterata”, ritenuta, per alcuni, un sinonimo di condotta “plurima”³⁵⁴, per altri di condotta “abituale”³⁵⁵, ma l’orientamento prevalente la riferisce ai reati necessariamente abituali³⁵⁶, che anche in concreto comportano sempre la sussistenza di più atti (ad esempio, gli atti persecutori ex art. 612-bis c.p.), distinguendola dalla nozione di condotta “abituale”, da riferire, invece, ai reati eventualmente abituali³⁵⁷.

Ancora una volta, la penna del giudice ha riempito i puntini lasciati in bianco dal legislatore. Recentemente, infatti, la Corte di cassazione ha differenziato sul piano qualitativo e quantitativo gli aggettivi indicati nella disposizione, stabilendo che la condotta è: reiterata, ove la stessa, con identiche modalità fenomeniche, sia ripetuta nel tempo; abituale, laddove, non essendo episodica, si segnali per una certa metodicità; plurima, quando essa, ancorché sotto diverse guise, intervenga un numero considerevole di volte, presupponendo l’esistenza di almeno tre condotte fra loro disomogenee³⁵⁸.

Last but not least, occorre analizzare il rapporto tra l’art. 131-bis c.p. ed il reato permanente, il concorso formale (di reati) ed il reato continuato.

Cominciando dal primo, è ormai riconosciuta, in linea generale, la compatibilità tra i due istituti, sulla base del fatto che il reato permanente è caratterizzato non dalla reiterazione, bensì dalla persistenza della condotta, la quale è riconducibile nell’alveo non tanto del comportamento abituale, quanto piuttosto della particolare tenuità dell’offesa, tenuto conto che quanto più tardi cessa la permanenza, tanto più difficilmente potrà ritenersi sussistente l’indice-criterio³⁵⁹.

Proseguendo, il concorso formale di reati non configura il requisito dell’abitualità del comportamento sulla base di una ricostruzione lessicale: mentre l’art. 81, co. 1, c.p., pur

³⁵⁴ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, *Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Prime riflessioni*, cit., 7.

³⁵⁵ PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, cit., 22.

³⁵⁶ Cfr. RONCO, *Il reato, Commentario sistematico al codice penale*, I, Torino, 2007, 130, sulla natura di reato necessariamente abituale che si caratterizza per la sussistenza di una serie di fatti per lo più commissivi, ma anche omissivi i quali isolatamente considerati possono anche essere non punibili o non perseguibili, ma acquistano rilevanza penale per effetto della loro reiterazione nel tempo.

³⁵⁷ Cfr. RONCO, *op. ult. cit.*, 130, il reato di molestia è un reato eventualmente abituale. Nel senso di attribuire a tale fattispecie incriminatrice la qualifica di reato abituale, con conseguente ammissibilità di una sua consumazione tramite una sola azione, cfr. Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, n. 19718. Interessante su tale argomento è C. App. di Caltanissetta, Sez. I, 28 aprile 2015, che ha disposto l’applicazione dell’art.131-bis c.p. anche per il reato di molestia (una condotta di molestia a mezzo telefono, pur astrattamente riconducibile nella fattispecie di cui all’art. 660 c.p., quando la stessa si sia concretata in un numero minimo di telefonate e sia determinata da ragioni che siano in qualche modo umanamente comprensibili, pur se non idonee a giustificarla).

³⁵⁸ Cass., 16 aprile 2019, n. 16502.

³⁵⁹ Cass., Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215; Cass., Sez. III, n. 47039 del 2015; Cass., Sez. III, 27 novembre 2015, n. 47039, in *il Quotidiano giuridico*, 3 dicembre 2015.

alludendo a plurime violazioni, presuppone una sola azione od omissione – ergo una sola condotta –, l’art. 131-bis c.p. fa riferimento a “reati con condotte plurime”³⁶⁰.

A questo punto, non resta che esaminare il problematico rapporto dell’esimente con il reato continuato³⁶¹. È incontestabile l’atteggiamento di chiusura della giurisprudenza nei confronti del “nuovo arrivato”. Se inizialmente la giurisprudenza di legittimità era totalmente chiusa ad un possibile “rapporto di convivenza” tra i due istituti, sostenendo che la circostanza del vincolo della continuazione configurasse un’ipotesi di abitudine e, dunque, fosse di per sé ostativa all’applicazione dell’art. 131-bis c.p.³⁶², recentemente la stessa, in linea con sporadiche pronunce di merito, secondo le quali il generale trattamento di favore di cui gode il reato continuato non possa essere per ciò solo preclusivo per il nuovo istituto³⁶³, ha aperto leggermente le porte. In particolare, la Corte di cassazione, ha precisato che la logica antinomia fra reato continuato e particolare tenuità del fatto è rilevabile solo nel caso in cui le violazioni, espressive del medesimo disegno criminoso, siano in numero tale da dimostrare una certa serialità nel delinquere, ovvero una progressione criminosa, nonché una particolare intensità del dolo o della versatilità offensiva, evidenziando, dunque, un insanabile contrasto con il giudizio di particolare tenuità dell’offesa in tal modo arrecata, ovvero, in altre parole, ove detta reiterazione non sia espressiva di una chiara tendenza od inclinazione al crimine³⁶⁴.

In conclusione, malgrado quanto stabilito dalla giurisprudenza, è opportuno sottolineare come l’orientamento minoritario che considera la compatibilità tra le norme di cui agli artt. 131-bis e 81 c.p. risulti più in linea con la natura giuridica della causa di non punibilità diretta ad assumere un carattere deflativo nel sistema penale.

³⁶⁰ Cass., Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, cit.; Cass., Sez. III, 27 novembre 2015, n. 47039, cit. Secondo BOVE, *Reato permanente e concorso formale: non sono comportamenti abituali ma rilevano per la tenuità*, in *il Quotidiano Giuridico*, 3 dicembre 2015, 2, è un principio condivisibile se rapportato al concorso formale eterogeneo, ma che risulta criptico con riferimento al concorso formale omogeneo, rispetto al quale appare difficile sostenere che le violazioni delle medesime disposizioni non integrino “reati della stessa indole”, a meno di non dare rilievo, come fa la Corte, all’unicità della condotta.

³⁶¹ Sull’argomento v. ZAGREBELSKY, *Il reato continuato*, Milano, 1970.

³⁶² Cass., Sez. VI, 15 maggio 2017, n. 48352; Id., Sez. III, 7 maggio 2015, n. 21015, sia pur ancora in forma dubitativa sul punto; Id., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, che ha affermato la riconducibilità del reato continuato alle condotte plurime e reiterate con riferimento a due condotte di violazione di sigilli tra loro in continuazione, commesse a distanza di circa quattro mesi l’una dall’altra; Cass., Sez. V, 11 novembre 2015, n. 45190, che ha ricondotto il reato continuato alle condotte abituali.

³⁶³ Trib. Milano, 9 aprile 2015, n. 3937, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 aprile 2015; Trib. Grosseto, 6 luglio 2015, n. 650, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015.

³⁶⁴ Cass., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 16502; in senso conforme Cass., Sez. II, 26 aprile 2017, n. 19932, secondo la quale l’applicazione della causa di non punibilità sarebbe automaticamente preclusa solo con riguardo alle condotte connotate da serialità e abitudine al crimine, nonché nei confronti di reati strutturalmente abituali o reiterati nel tempo, mentre in tutti gli altri casi, e quindi anche per la continuazione, il giudice dovrebbe restare libero di apprezzare in concreto se i predetti indici di attitudine al crimine sussistano o meno.

Orbene, dall'analisi compiuta emerge un quadro a tinte fosche, in cui l'estensione e la contrazione (del criterio) dell'abitudine del comportamento sono rimesse nelle mani dell'ordine giudiziario, il quale, sommando le plurime interpretazioni, ha finora restituito un indice-criterio del tutto indipendente dalle tradizionali categorie della condanna definitiva e della recidiva, escludendo così dall'ambito applicativo dell'istituto le condotte seriali, non definitivamente accertate, seppur di live entità. I molteplici riferimenti alla sfera soggettiva e squisitamente personalistica del (presunto) colpevole hanno condotto a dubitare delle legittimità costituzionali del parametro di cui all'art. 131-*bis* c.p. in relazione ai principi costituzionali espressi negli artt. 3, 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost.

La Corte costituzionale, pur riconoscendo la rilevanza e l'ammissibilità della questione sollevata, ha dichiarato la manifesta infondatezza della eccezione, sostenendo che situazioni soggettive differenti possono legittimare un diverso trattamento sanzionatorio a fatti materialmente uguali, senza che ciò comporti un sacrificio del principio di legalità. È stato, inoltre, messo in luce come il criterio sia funzionale ad evitare la creazione di aeree di impunità riservate a soggetti proclivi a delinquere.

Avendo i giudici costituzionali salvato il parametro della abitudine del comportamento, è sempre più evidente come il peso della bilancia sia sempre più spostato verso un diritto penale della persona, tradendo le indicazioni della Carta costituzionale, fautrice di un diritto penale del fatto, basato sulla logica secondo cui se il reato è lieve, come tale va sanzionato anche se non lieve è il peso che il criminale pone sulla collettività con le sue plurime condotte delinquenti.

In conclusione, non può passare sotto silenzio la scelta del legislatore di aver elevato la pericolosità sociale a parametro ostativo della causa di non punibilità attraverso il meccanismo presuntivo delle ipotesi di abitudine del comportamento *ex art. 131-bis*, co. 3, c.p., ciò risultando in palese contrasto con la *ratio* dell'istituto che, fondata sull'esigua offensività del fatto, nulla ha a che vedere con la personalità del soggetto. Rievocando un recente approdo della Consulta³⁶⁵, secondo il quale gli automatismi sanzionatori sono del tutto privi di ragionevolezza, poiché inadeguati a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati, se ad oggi non risulta possibile scacciare via dal sistema penale le preclusioni assolute di abitudine, pur essendo cadute sotto le scure della Corte costituzionale, (ma da esse riuscite a risalire), quanto meno occorre relativizzare il meccanismo presuntivo. In particolare, prendendo spunto da una sentenza di merito che ha applicato l'art. 131-*bis* c.p. al reato di furto semplice, pur essendo stata contestata all'imputato la recidiva reiterata e specifica³⁶⁶, è necessario che l'autorità giudiziaria effettui in concreto la valutazione della pericolosità sociale, utilizzando come criterio discretivo la distanza (temporale) che intercorre tra le

³⁶⁵ Corte cost., n. 185 del 2015 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, co. 5, c.p.

³⁶⁶ Trib. Torino, IV Sez., 5 ottobre 2016, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016, con nota di BARTOLI, *Particolare tenuità del fatto: condanne irrevocabili risalenti nel tempo possono escludere, anziché fondare, l'abitudine del comportamento*.

condanne definitive ed il nuovo reato, con la conseguenza che un precedente giudiziario risalente nel tempo possa essere indice, anziché ostacolo, dell'assenza della abitudine del comportamento. Tutto il contrario di tutto.

9. Una disciplina processuale dai contorni sfumati.

Nella prospettiva accusatoria-garantista, il rispetto delle regole e delle forme processuali legislativamente ed assiologicamente predeterminate è una condizione imprescindibile per il conseguimento del risultato conoscitivo, in cui la verità giudiziale non rappresenta più la meta assorbente di ogni attività giurisdizionale, ma l'esito delle azioni compiute da tutti i soggetti che partecipano allo svolgimento del giusto processo disciplinato dalla legge. Aderendo all'assioma secondo il quale «*la caccia vale più della preda*»³⁶⁷, non si può transigere: le regole vanno effettivamente rispettate.

Muovendo da tale premessa, è indispensabile analizzare il *modus operandi* dell'istituto nel luogo ufficiale in cui si celebra l'incontro tra diritto sostanziale e diritto procedurale: il processo.

A tal fine, il delegante ha disposto ben poco, limitandosi a statuire, nell'art. 1, co. 1, lett. m), che l'istituto dovesse essere introdotto «...senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale». Il carattere ristretto e stringato della legge delega se in primo momento ha comportato un aggravio nel lavoro di adeguamento in capo al Governo, successivamente ha acuito le difficoltà ricostruttive dell'interprete.

In linea generale, due erano i percorsi che potevano essere seguiti³⁶⁸. Secondo un primo orientamento dottrinale³⁶⁹, si sarebbe potuto lasciare inalterata la struttura processuale preesistente, considerandola idonea ad accogliere il "nuovo arrivato": in tal caso, la particolare tenuità del fatto sarebbe stata dichiarata solo dopo l'esercizio dell'azione penale, attraverso le declaratorie di cui agli artt. 425 c.p.p. e 529 c.p.p. Tale modello, di contro, avrebbe comportato un aggravio sul piano processuale e avrebbe leso una delle funzioni più importanti assegnate all'istituto, ossia quella di perseguire la deflazione processuale, restituendo razionalità ed economicità nell'impiego di energie e di risorse³⁷⁰. Si è deciso, così, di percorrere l'altra strada, interpretando quell'«adeguamento» come un'unica

³⁶⁷ CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, a cura di Cordero, Milano, 1966, 220.

³⁶⁸ La scelta tra queste due opzioni viene prospettata da MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 795-796.

³⁶⁹ Per un approfondimento sul tema, v. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, cit., 216 ss. V., anche, BRONZO, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, II, *Misure cautelari-Indagini preliminari-Giudizio*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 963, il quale evidenzia come a questi fini rilevano soprattutto i parametri di esiguità che attengono, più o meno direttamente, alla dimensione soggettiva del fatto: perciò l'inserimento di simili parametri, non richiesti dalla delega, hanno leso la coerenza della disciplina dell'istituto.

³⁷⁰ V. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, cit., 25.

occasione da non poter perdere: permettere all'istituto di fare il suo ingresso in scena sin dalla fase conclusiva delle indagini preliminari come causa di archiviazione, modificando l'art. 411, co. 1 c.p.p. e introducendo l'art. 411, co- 1-*bis* c.p.p. A parte aver inserito la declaratoria di non punibilità nella fase predibattimentale ai sensi dell'art. 469, co. 1-*bis*, c.p.p., nulla è stato, invece, stabilito per le successive fasi o gradi processuali.

Sin da subito le modifiche processuali sono apparse poco articolate e laconiche, nonostante il legislatore sia stato chiamato a compiere un delicato intervento "riduttivo" della sfera penale, incisivo sia sulle logiche deflative che sulle garanzie processuali.

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

Nel realizzare la non facile, ma necessaria esigenza di assicurare una significativa, quanto trasparente, deflazione del carico giudiziario, 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»³⁷¹, 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 destinata una procedura *ad hoc* ai sensi dell'art. 411, co. 1-*bis*, c.p.p.

Sin dall'inizio è sorto il quesito se la nuova formula dovesse 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.

Potendo, tuttavia, 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*³⁷².

La peculiarità della fattispecie ha comportato la creazione di una specifica procedura, definita "garantita" per la sua capacità di coinvolgere in modo inedito sia la persona offesa

³⁷¹ MARANDOLA, *Prime applicazioni della particolare tenuità del fatto*, in *Gli Speciali Giur. it.*, 2015, 47.

³⁷² 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 archiviata».

che l'indagato. Il pubblico ministero, infatti, da' avviso della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto non solo alla persona offesa - indipendentemente dalla manifestata volontà di essere informata degli esiti dell'attività investigativa³⁷³ - ma anche alla persona sottoposta alle indagini prelinari, precisando che, nel termine di dieci giorni³⁷⁴, entrambi «possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta»³⁷⁵. 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.». In questo ambito, l'opposizione 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.

Partendo dalla persona offesa, essa, nella fase investigativa, per salvaguardare i propri interessi, non può fare altro che ricorrere alla procedura di opposizione, senza che i suoi interessi e la sua volontà possano incidere significativamente sulla scelta operata dal p.m.

Il mancato riconoscimento di un potere di veto appare, dunque, conforme alla legge delega, che nulla prevedeva sul punto, e conferma la circostanza per cui non sussiste alcun "principio dispositivo" del processo in mano alla persona offesa, se non nei casi in cui sia esplicitamente previsto³⁷⁶.

La previsione di una archiviazione "garantita", poiché "informata", fa emergere a tutto tondo l'esigenza, da un lato, di attribuire all'indagato uno strumento di contrasto agli effetti pregiudizievoli che scaturiscono dal procedimento penale e, dall'altro, di tutelare il diritto del medesimo ad ottenere l'archiviazione più favorevole.

³⁷³ 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.

³⁷⁴ Con la Legge 23 giugno 2017, n. 103 (Riforma Orlando) il termine per presentare opposizione è stato elevato da dieci a venti giorni.

³⁷⁵ Sul punto, cfr. Cass., Sez. IV, 1° marzo 2016, Esselunga S.p.a., in www.dirittoegiustizia.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».

³⁷⁶ Cfr. FRANCINI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Profili procedurali e prime pronunce giurisprudenziali*, in *Quest. Giust.*, 12 giugno 2015, 3.

In tanto può comprendersi la *ratio* sottostante al potere di opposizione dell'indagato, in quanto si tenga conto, anzitutto, dello stigma morale di colpevolezza che discende dalla prognosi di probabile condanna e, in secondo luogo, della circostanza che il suddetto provvedimento va iscritto nel casellario giudiziale, fungendo da condizione ostativa alla riconoscibilità della non abitudine di un successivo comportamento tenue³⁷⁷.

E non è tutto. Poiché detto atto giurisdizionale presuppone l'accertamento della sussistenza di un fatto astrattamente punibile, tale pronuncia, quantomeno in fatto, pregiudica, inevitabilmente, 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»³⁷⁸. L'interesse ad opporsi all'applicazione dell'art. 131-bis c.p. sussiste, dunque, non solo quando l'indagato, convinto di non aver violato la fattispecie incriminatrice, ritenga di far valere la propria innocenza, ma anche quando lo stesso voglia contrastare le possibili ricadute sul rapporto di lavoro, in atto o in accesso³⁷⁹. Dal quadro fin qui delineato, si comprende la ragione che ha spinto parte della dottrina a qualificare il provvedimento *de quo* come «la formula peggiore nella prospettiva dell'indagato»³⁸⁰, 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*³⁸¹,

³⁷⁷ 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».

³⁷⁸ SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015, 88.

³⁷⁹ 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».

³⁸⁰ BRONZO, *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21 settembre 2015, 3.

³⁸¹ Sull'interesse dell'indagato ad ottenere una formula archiviativa più favorevole, cfr. MARZADURI, *sub art. 129*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Torino, 1990, 125, nt. 66, il quale, sottolineando come la causa di archiviazione per improcedibilità o per estinzione del reato non legittimi alla richiesta di riparazione per ingiusta detenzione ex art. 314, co. 1 e 3, c.p.p., sostiene una sorta di principio di prevalenza delle ipotesi di archiviazione di merito su quelle *de iure*.

l'archiviazione per una causa più favorevole, ovvero di domandare l'oblazione³⁸², oppure un accertamento di merito che possa, eventualmente, condurre all'assoluzione.

Il diritto di opposizione, per quanto apprezzabile, non è, tuttavia, paragonabile al potere di veto, in quanto non possiede la medesima forza vincolante, di conseguenza, non riuscendo ad offrire una piena ed effettiva tutela nei confronti dell'indagato, è necessario quanto meno garantire che la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto sia subordinata al compimento delle indagini, da parte del pubblico ministero, nel rispetto del principio di completezza, così da escludere la sussistenza di cause meno infamanti di desistenza dell'azione penale.

Il pubblico ministero, di conseguenza, non può affrettarsi a chiedere l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, 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 indagini³⁸³.

A ben considerare, si è incorso in un significativo appesantimento della procedura archiviativa, tale da indurre il pubblico ministero, gravato da eccessivi oneri, a preferire il *commodus discessus*, rappresentato dall'abbandono della notizia di reato «sullo scaffale degli affari penali non prioritari»³⁸⁴, considerato che «l'ampliamento dello spettro decisionale conseguente all'introduzione della nuova formula di proscioglimento comporterà un inevitabile appesantimento delle scadenze processuali, dovuto anche al notevole incremento degli obblighi motivazionali negativi gravanti sul giudice»³⁸⁵.

Una volta eliminata dal procedimento archiviativo la componente di semplicità, a livello di forme e di speditezza delle scadenze, si sarebbe dovuto, allora, cercare di assicurare appieno le garanzie sottese ad un giudizio cognitivo³⁸⁶, come, ad esempio, il diritto dell'indagato di

³⁸² Cfr. MENDITTO, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

³⁸³ 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».

³⁸⁴ Denuncia questo rischio PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, *cit.*, 22, il quale prospetta il ricorso, ancora più insidioso, al "modello 45".

³⁸⁵ Progetto e Relazione Riccio, febbraio 2008, in www.giustizia.it.

³⁸⁶ Così CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, *cit.*, 216 ss. Favorevoli alla soluzione adottata dal legislatore si mostrano, invece, tra gli altri, GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, *cit.*, 521; MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e*

impugnare nel merito il provvedimento di archiviazione³⁸⁷. Il risultato finale è una procedura troppo garantita per poter costituire un'appetibile alternativa alla pura e semplice inazione penale, troppo poco garantita per assumere funzioni autenticamente accertative³⁸⁸.

11. L'iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario giudiziale.

Di recente, le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere una questione giuridica particolarmente spinosa, ossia «Se il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto a norma dell'art. 131-*bis* c.p. sia soggetto all'iscrizione nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f), d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313».

Partendo dal dato normativo, 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 in ordine alla non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., quando le relative iscrizioni non siano state eliminate.

Il contrasto interpretativo, invero, muoveva proprio dalla *littera legis*, ossia dalla congiunzione «nonché» e dalla nozione di «provvedimento giudiziario definitivo»^[3], e concerneva il quesito se fosse ricompreso anche il provvedimento di archiviazione ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. tra i provvedimenti giudiziari cui la norma si riferiva, essendo l'iscrizione funzionale al corretto apprezzamento, in eventuali procedimenti futuri, dell'abitudine del comportamento illecito da parte dell'agente, integrante condizione ostativa all'ulteriore applicazione della medesima causa di non punibilità.

L'orientamento maggioritario, sia giurisprudenziale che dottrinario³⁸⁹, assumendo come base argomentativa il testo legislativo nella parte in cui 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» - sosteneva che la congiunzione «nonché quelli» richiamasse, in

declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p., cit., 8; SCACCIANOCE, *La legge delega sulla tenuità del fatto*, cit., 259.

³⁸⁷ A tal proposito v. BRONZO, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., il quale, in relazione agli effetti sfavorevoli di questa archiviazione, evidenzia in particolare l'inoppugnabilità del relativo provvedimento.

³⁸⁸ CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 30.

³⁸⁹ In tal senso, v. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 26 ss.

modo inequivoco, l'*incipit* dell'elenco, ossia «i provvedimenti giudiziari definitivi»³⁹⁰, concetto destinato a comprendere solo le sentenze e i decreti penali passati in giudicato, rispetto ai quali il provvedimento di archiviazione – e non solo, considerata la caducità anche della sentenza di non luogo a procedere a seguito dell'udienza preliminare – era da considerare estraneo.

Viceversa, l'opinione minoritaria sosteneva la necessità di iscrivere nel casellario giudiziale non solo i provvedimenti giudiziari definitivi, che avessero 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, per loro natura, non possiedono i connotati dell'autentica definitività. La soluzione era animata dalla finalità di permettere a tutto tondo la valutazione del giudice in ordine alla sussistenza del requisito ostativo dell'abitualità del comportamento³⁹¹. Tale visione, al suo interno, si dirama in due versanti 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 fatto³⁹².

³⁹⁰ 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 *Arch. pen. (web)*, 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.

³⁹¹ 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.

³⁹² 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 dotato di valore preclusivo anche il 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, secondo cui «non sarebbe consentita una ulteriore declaratoria di non punibilità per i reati della stessa indole (si noti: anche allorquando 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 determinate 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,

Al fine di indurre ad un ripensamento dell'orientamento maggioritario, si aggiungeva che anche il dato letterale potesse confortare tale scelta, atteso che alla congiunzione «nonché», utilizzata nella disposizione dianzi richiamata, si sarebbe dovuto attribuire il valore di congiunzione aggiuntiva, sicché oltre ai “provvedimenti giudiziari definitivi” avrebbero dovuto essere iscritti nel casellario anche quelli, indipendentemente dalla loro definitività, che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131-bis c.p.

Chiamate a dirimere il contrasto interpretativo, le Sezioni Unite, prima di prendere posizione, hanno ricostruito il quadro normativo di riferimento, ricordando come il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122, *Disposizioni per la revisione della disciplina del casellario giudiziale, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 18 e 19, della legge 23 giugno 2017, n. 103*, abbia eliminato la distinzione tra certificato generale e certificato penale del casellario, mentre, per quanto riguarda il certificato destinato alle pubbliche amministrazioni, abbia riformulato l'art. 28 del Testo Unico, così che a queste viene rilasciato un certificato generale ovvero un certificato "selettivo", ma, che entrambi non debbano fare menzione dei provvedimenti giudiziari che dichiarino la non punibilità per particolare tenuità del fatto, esattamente come nel caso dei certificati rilasciati all'interessato ed ai privati.

Nel prendere posizione, la Corte di cassazione ha valorizzato il ruolo svolto dal criterio soggettivo della “non abitudine del comportamento”, che - a detta dei giudici -, esigendo la conoscibilità del nesso di serialità e, conseguentemente, la concretezza e l'immediata operatività dell'effetto ostativo, richiede la memorizzazione dei provvedimenti di applicazione dell'art. 131-bis c.p., ancorché non definitivi.

Di conseguenza, le Sezioni unite hanno deciso di condividere l'orientamento minoritario, in quanto non solo ritenuto coerente con la *ratio* dell'istituto di cui all'art. 131-bis c.p., ma anche confortato da una serie di criteri normativi e sistematici, affermando il principio di diritto secondo cui il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione

La soluzione, tuttavia, impone di modificare l'impianto normativo della disciplina nella parte in cui non prevede alcun tipo di strumento difensivo avverso il provvedimento di archiviazione. Fino a prima della declaratoria delle Sezioni Unite, l'esclusione del ricorso per cassazione, ad esclusione delle ipotesi previste nell'art. 409, co. 6, c.p.p., si era giustificata sulla base della mancanza di interesse ad impugnare, dal momento che il decreto e l'ordinanza di archiviazione, non essendo iscrivibili nel casellario giudiziale, non risultavano lesivi di alcun interesse dell'indagato.

proprio come avviene quando la tenuità viene dichiarata con provvedimento di archiviazione, a cui, pertanto, non può ascriversi l'effetto pregiudizievole di attestare l'abitudine del comportamento criminoso.

Essendo cambiata la premessa - dalla negazione all'affermazione dell'iscrizione del provvedimento archiviato nel casellario giudiziale - è più che doveroso azionare un adeguamento normativo in materia di impugnazione, al fine di tutelare la posizione giuridica dell'indagato.

12. Gli effetti *extra-penali* del giudicato della declaratoria per particolare tenuità del fatto.

L'art. 1 comma 1 lett. *m* della legge 28 aprile 2014, n. 67, nel delegare il Governo ad introdurre nel processo ordinario il nuovo istituto della particolare tenuità del fatto, faceva espresso riferimento ai risvolti *extra-penali* della nuova causa di non punibilità, indirizzando il legislatore delegato ad evitare «un pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno». Tale direttiva, al fine di non apparire superflua agli occhi del mondo giuridico³⁹³, non poteva essere riferita alla mera esigenza di salvaguardare il danneggiato da eventuali effetti negativi della sentenza di “particolare tenuità” avente valore di giudicato, per il cui fine sarebbe bastato il mero silenzio, dal momento che una sentenza di assoluzione per non punibilità dell'imputato non avrebbe comportato, *ex art. 652 c.p.p.*³⁹⁴ simili effetti, ma doveva essere letta come indice di preminente attenzione alle esigenze della vittima del reato, al fine di bilanciare il sacrificio delle sue aspettative sul piano penalistico con una più attenta ed esaustiva tutela risarcitoria.

Al fine di salvaguardare il danneggiato da eventuali effetti negativi del giudicato, il Governo, bilanciando il sacrificio delle aspettative della persona offesa sul piano penalistico con una più attenta ed esaustiva tutela risarcitoria, ha introdotto una nuova regola sugli effetti extrapenalistici del giudicato, introducendo l'art. 651-*bis* c.p.p., secondo il quale «La sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato». L'iniziale intento del legislatore appare fortemente disatteso, anche perché il nuovo articolo non è stato accompagnato da alcun intervento sui poteri decisori del giudice penale a fronte dell'azione civile risarcitoria, né sulle modalità di esercizio, revoca e trasferimento di quest'ultima.

³⁹³ La considera, invece, tale PALAZZO, “*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n.67/2014)*”, cit., 1708, secondo cui «la delega abbastanza inutilmente ribadisce l'esigenza di lasciare ferma la tutela della vittima in sede civile».

³⁹⁴ Il giudicato penale di assoluzione, infatti, vincola il giudice civile solo in ordine all'accertamento dell'insussistenza del fatto e della responsabilità dell'imputato, nonché della circostanza che il fatto sia stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima.

Nel tracciare l'ambito operativo, la nuova fattispecie di efficacia *extra*-penale del giudicato, si è allineata a quelle già preesistenti ex artt. 651-652 c.p.p., attribuendo rilievo alle sole «sentenze», pronunciate a seguito di dibattimento o di giudizio abbreviato, in quest'ultimo caso a condizione che non si opponga la parte civile, che non abbia accettato il rito speciale. Nessun effetto pregiudizievole di danno può, dunque, riconoscersi alla declaratoria di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p. adottata con provvedimento di archiviazione, con la sentenza di non luogo a procedere o con la sentenza predibattimentale.

La scelta di circoscrivere in maniera così rigorosa tali effetti, si fonda sulla peculiare incisività dell'accertamento sottostante a tale *species* di provvedimento, che si risolve in una pronuncia ibrida, certamente non del tutto assolutoria, poiché contenente un accertamento, definitivo, sulla sussistenza del reato, completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, e sulla colpevolezza della persona dichiarata non punibile³⁹⁵. L'ambito applicativo, inoltre, è destinato a restringersi, ulteriormente, sul piano pratico, dal momento che procedimenti penali per fatti tenui, in cui possa emergere la suddetta causa di non punibilità, sono destinati, nell'ottica dell'economia processuale, ad arrestarsi nelle fasi precedenti a quelle del giudizio³⁹⁶.

L'intervento normativo, inoltre, lascia alquanto insoddisfatte le aspettative del soggetto danneggiato, in quanto nulla è stato stabilito in merito al diritto alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile, alla possibilità di impugnare la decisione di non punibilità, e al risarcimento del danno, a cui, inoltre, si poteva pensare come condizione sospensiva³⁹⁷.

Un punto nodale della disciplina è capire fino a dove si estenda la portata vincolante, per il giudice civile, degli elementi costitutivi della "particolare tenuità". Per quanto riguarda il danneggiato che sia rimasto estraneo al processo penale e abbia tempestivamente esercitato l'azione risarcitoria in sede civile, vale quanto è stato osservato a proposito della efficacia *extra*-penale della sentenza di condanna: «riconoscere un'efficacia in *peius* al giudicato penale contrasterebbe con la logica sottostante al disposto dell'art. 75 c.p.p. e, in senso più ampio, con l'art. 24, comma 2, Cost»³⁹⁸. Bisogna, dunque, escludere che l'effetto *extra*-penale statuito all'art. 651-*bis* c.p.p. possa operare a carico del danneggiato che sia rimasto estraneo al giudizio penale o si sia opposto al rito ex art. 438 c.p.p. In secondo luogo, incertezze sono sorte nei confronti della parte civile che abbia partecipato al giudizio o abbia esercitato l'azione risarcitoria dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado. A fronte dell'orientamento finalizzato a circoscrivere la vincolatività del giudicato all'accertamento sostanziale del fatto e della responsabilità dell'imputato, è più coerente,

³⁹⁵ Cfr. MARANDOLA, *Prime applicazioni della particolare tenuità del fatto*, cit., 56

³⁹⁶ Cfr. LAVARINI, *Gli effetti extra-penal del giudicato di "tenuità"*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di QUATTROCOLO, Torino, 2015, 111.

³⁹⁷ In tal senso v. GIARDA, *Introduzione*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di BACCARI-LA REGINA-MANCUSO, Padova, 2015, 191, il quale suggerisce un richiamo all'art. 165 c.p.

³⁹⁸ VICOLI, *L'efficacia extrapenale del giudicato*, in *Procedura penale dell'esecuzione*, a cura di CAPRIOLI-VICOLI, Torino, 2011, 127.

invece, sostenere la ricostruzione volta ad estendere l'effetto vincolante anche agli elementi costitutivi della particolare tenuità³⁹⁹.

Ed ecco il vero inganno. Il danneggiato costituitosi parte civile, al fine di veder soddisfatte le proprie pretese, dovrà esercitare nuovamente l'azione risarcitoria in sede civile dopo la conclusione del processo penale: tutto ciò per ottenere un ristoro economico per un danno che, essendo prodotto da un fatto tenue, sarà probabilmente minimo⁴⁰⁰. La strada da percorrere non sembra la più appropriata, dunque, sarebbe stato opportuno regolare diversamente la materia. Si sarebbe dovuto consentire al danneggiato di trasferire l'azione in sede civile dopo la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità, aggiornando l'elenco delle eccezioni previste dall'art. 75, co. 3, c.p.p. Un'altra opzione, maggiormente fedele alla delega legislativa, sarebbe stata quella di spingere ulteriormente l'assimilazione della sentenza di proscioglimento per tenuità con le sentenze di condanna, intervenendo sull'art. 538, co. 1, c.p.p. in modo da consentire al giudice penale di pronunciarsi sull'azione risarcitoria anche contestualmente alla pronuncia di tenuità⁴⁰¹.

13. Tra apparenti garanzie ed effettivi vuoti di tutela.

Il sistema difensivo 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 derivanti dall'esecuzione del provvedimento archiviativo.

L'indagato, non avendo né un potere di veto - il giudice, dunque, non essendo minimamente vincolato alla sua eventuale opposizione, può accogliere la richiesta del pubblico ministero anche in presenza di un suo dissenso - né un mezzo di impugnazione con cui sottoporre il provvedimento ad un controllo di merito e/o di legittimità, subisce un forte *vulnus* sul piano del diritto di difesa.

L'opposizione, apprestando, in realtà, una tutela che si estrinseca solo sul piano retorico-argomentativo, ma non su quello giurisdizionale, dal momento che la procedura si

³⁹⁹ In tal senso v. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 33; LAVARINI, *Gli effetti extra-penali del giudicato di "tenuità"*, cit., 115; Scaccianoce, *La legge-delega sulla tenuità del fatto*, cit. 251; *contra* PICCIONI, *Per gli avvocati "armi spuntate" nella strategia*, cit., 43, secondo il quale «non sembra revocabile in dubbio che l'efficacia debba estendersi anche alla circostanza che l'offesa è di particolare tenuità».

⁴⁰⁰ Sul punto CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, cit., 67; PICCIONI, *Per gli avvocati "armi spuntate" nella strategia*, cit., 43.

⁴⁰¹ LAVARINI, *Gli effetti extra-penali del giudicato di "tenuità"*, cit., 115

conclude con un provvedimento non impugnabile, non garantisce pienamente il diritto alla prova⁴⁰² o, meglio, preclude all'indagato «il diritto di difendersi provando»⁴⁰³.

Il vuoto normativo è inaccettabile se si considera che la previsione del potere di veto è un corollario 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 prova⁴⁰⁴.

È opportuno, a tal proposito, ricordare che nella fase di elaborazione dello schema del d.lgs. n. 28 del 2016 era stata sottolineata, dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, la necessità di introdurre sia per l'indagato che per la persona offesa uno specifico reclamo sul merito, al fine di far valere il dissenso in ordine all'archiviazione per irrilevanza del fatto; tuttavia, la proposta non è stata accolta, ritenendo le ragioni di entrambi i soggetti tutelate nella preposta sede dell'opposizione e della conseguente udienza camerale⁴⁰⁵.

Stando così le cose, sono più che legittimi i dubbi di conformità della disciplina non solo con la Costituzione, ma anche con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo sia del diritto di difesa ai sensi dell'art. 6, § 3, C.E.D.U., che del diritto ad un doppio grado di giudizio 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»⁴⁰⁶.

Proseguendo il viaggio nei “meandri oscuri” della disciplina, non è azzardato sostenere un attrito con il principio di presunzione di innocenza ex art. 6 § 2 C.E.D.U. secondo il quale

⁴⁰² 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.

⁴⁰³ VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3.

⁴⁰⁴ 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.

⁴⁰⁵ 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.

⁴⁰⁶ Un argomento a *fortiori* è la considerazione per cui 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.

«Ogni persona accusata di un reato si presume innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». 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 imputato⁴⁰⁷. Concluso il processo, quella 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 si intreccia con il diritto alla riservatezza ex art. 8 C.E.D.U.⁴⁰⁸

Dal momento che il provvedimento di archiviazione ex art. 131-*bis* c.p., pur non accertando legalmente la colpevolezza dell'indagato, contiene una motivazione in ordine alla sussistenza del reato, seppur tenue, e alla responsabilità penale di chi ne è protagonista, l'accusato diviene "spettatore" di un provvedimento attestante una "sostanziale" affermazione di colpevolezza, non accompagnata, tuttavia, da una "formale" dichiarazione della stessa.

⁴⁰⁷ Sul punto, v. BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 ottobre 2015.

⁴⁰⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito.

„La frode, ond'ogne coscienza è morsa,
può l'omo usare in colui che 'n lui fida e in quel che fidanza non imborsa.
Questo modo di retro par ch'incida pur lo vinco d'amor che fa natura;
onde nel cerchio secondo s'annida ipocresia, lusinghe e chi affattura, falsità,
ladroneccio e simonia, ruffian, baratti e simile lordura“.
[Dante Alighieri, Virgilio, XI, 52-60.]

CAPITOLO III

LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA PER ADULTI: NON C'È TRUCCO SENZA INGANNO

Sommario: 1. *Probation*, “roba da calzolai”. – 2. Un *probation system* all'italiana. – 3. La messa alla prova nel processo penale per adulti: *diversion* o *probation*? *Tertium datur*. – 4. I limiti oggettivi e soggettivi dell'istituto. – 5. La natura giuridica sostanziale e processuale: il bipolarismo della messa alla prova. – 6. Un dialogo a tre voci: discrasie tra teoria e prassi nei rapporti tra accusato, U.E.P.E. e giudice. – 7. Il contenuto del programma di trattamento o della pena? Forme di metonimie giuridiche. – 8. La rilevanza del consenso dell'imputato e la necessità dell'accertamento processuale.

1. *Probation*, “roba da calzolai”.

A fronte della incapacità da parte dello Stato di soddisfare integralmente la pretesa punitiva e di assicurare condizioni di umanità conformi al principio di legalità dell'esecuzione penitenziaria, la legge delega n. 67 del 2014 ha conferito immediata efficacia all'istituto della “sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato adulto”, al fine di perseguire, contemporaneamente, lo snellimento del carico giudiziario e la rieducazione del reo a seguito del reato commesso. Intento ambizioso o manipolativo?

Domanda prematura, ma non inopportuna.

Prima di sviscerare le finalità nonché i profili sostanzialistici e processualistici del nuovo istituto, è necessario ripercorre la dimensione storico-giuridica della “messa alla prova”, al fine non solo di comprendere la *ratio* ad essa sottesa, ma soprattutto di verificare se il legislatore del 2014 abbia prestato fede oppure tradito le origini del *probation*. Non resta, a questo punto, che scavare nel passato per scorgere a partire da quando si è giuridicamente messo alla prova un accusato nell'ambito di un procedimento penale.

Le lancette dell'orologio segnano, come data, il 1841, quando John Augustus, un calzolaio benestante di Boston, entrò in un'aula giudiziaria e convinse il giudice procedente a concedergli l'affidamento di un ubriaco, considerato colpevole, in luogo della sua sottoposizione a pena detentiva, affinché questi col suo controllo, sostegno ed avviamento al lavoro superasse il comportamento criminale e fosse indirizzato verso il recupero sociale. L'uomo, sotto la guida di Augustus, dimostrò un gran rispetto verso le regole civili, oltre che mirabili doti di onesto lavoratore, al punto che il giudice si convinse a lasciare libero il soggetto, condannandolo simbolicamente ad una pena pecuniaria di un centesimo. Così, da quell'episodio, il calzolaio di Boston cominciò a frequentare più spesso il tribunale, al fine di individuare e raccogliere potenziali candidati per quello che egli stesso chiamò “*probation*” (lett. prova)⁴⁰⁹.

Nato, dunque, negli Stati Uniti, almeno in origine, il *probation system* consisteva nella sospensione della pronuncia di condanna a pena detentiva nel corso della quale l'imputato, di cui fosse stata accertata nel merito la responsabilità penale, ma a cui non si fosse ancora inflitta una condanna, era lasciato in condizione di “libertà assistita e controllata” sotto la supervisione di un agente, chiamato *probation officer*.

Il nuovo modello, superate le iniziali diffidenze, cominciò a diffondersi non solo in numerosi ordinamenti statali statunitensi, ma nel Regno Unito, dove il *Summary Jurisdiction Act* del 1879 ed il *Probation Act* del 1907 inaugurarono il *probation system* di tipo anglosassone, con cui il giudice, dopo aver accertato che l'imputato è sì colpevole del reato ascrittogli, ma non socialmente pericoloso, può pronunciare l'affermazione della sua colpevolezza, ma astenersi dall'infliggergli una vera e propria pena, sottoponendolo a “*probation*” per un certo periodo di tempo, durante il quale l'imputato è sottoposto al controllo di persone qualificate, i c.d. *probation officers*. Una volta scaduto il periodo di prova, a seconda dell'esito fausto o nefasto, il giudice decide definitivamente se infliggere o no al soggetto la pena detentiva⁴¹⁰.

È utile precisare che nei Paesi di *common law* la eventuale deviazione dal corso ordinario del processo, a seguito del *probation*, si colloca nell'ambito di un rito bifasico, atteso che il processo penale è articolato in due distinte fasi: la prima è la *condemnation*, consistente nell'accertamento e nella affermazione di colpevolezza; la seconda è la *sentence*, ossia l'irrogazione della pena.

Nel corso del secolo scorso, tra la fine dell'800 e l'inizio del '900, la “messa alla prova” si è progressivamente diffusa nell'Europa continentale, seguendo il modello franco-belga che, a differenza di quello anglo-americano, che prevedeva, appunto, la sospensione della pronuncia di condanna, comportava la sospensione dell'esecuzione della pena.

⁴⁰⁹ L'uomo raccontò la sua esperienza nel libello *A report of the Labors of John Augustus for the last ten years in aid of the unfortunate*, Boston, 1852.

⁴¹⁰ Per un approfondimento sul *probation system*, cfr. DRESSLER, *Practice and Theory of Probation and Parole*, New York, 1962.

Nato, dunque, come istituto di *common law*, il *probation* si è sviluppato nell'Europa continentale soprattutto attraverso strumenti legislativi quali la sospensione condizionale della pena, anche se non sono mancate esperienze, come quella francese, che, distinguendo l'esecuzione della pena *en milieu fermé* da quella *en milieu ouvert*, ha previsto (e prevede tuttora) per la seconda ipotesi la possibilità di azioni di sostegno e di controllo nella sospensione condizionale con conseguente pronuncia di estinzione della condanna in caso di esito positivo della prova.

La *probation*, così strutturata, venne ufficialmente istituita per i maggiorenni negli Stati Uniti nel 1954, mediante la promulgazione di una legge, che attribuiva ai giudici il potere di sospendere le sentenze per un periodo di tempo indeterminato al fine di valutare l'esito dell'esperimento del periodo di prova.

La crescita e la differenziazione del modello in forme sempre più articolate hanno fatto sì che attualmente, nei sistemi giuridici europei, si alternino almeno cinque tipi di *probation*: 1) il *probation* di polizia, laddove non esista alcun obbligo per le forze dell'ordine di riferire all'autorità giudiziaria (*prosecutor*) di ogni reato di cui sono a conoscenza, la polizia può (e questo anche in Inghilterra) esonerare l'individuo dalla denuncia penale e sottoporre il soggetto ad un periodo di prova sotto controllo, affinché si comporti in maniera adattata alle regole sociali; 2) il *probation* giudiziale nella fase istruttoria, affidata al *prosecutor*, nel corso della quest'ultimo sospende il procedimento, sottopone l'individuo, con il suo consenso, ad un periodo di prova e, ove l'esito sia positivo, l'azione penale viene dismessa (è quello che avviene nei paesi dove non esiste l'obbligatorietà dell'azione penale, Norvegia e Belgio); 3) il *probation* nella fase di giudizio, in cui il giudice, dopo aver accertato la responsabilità dell'accusato, può sospendere la pronuncia della condanna, salvo poi che l'individuo non fallisca la prova (modello praticato in molti ordinamenti degli Stati Uniti, in Belgio, in Danimarca, in Svezia e in Canada); 4) il *probation* sempre di fase giudiziale che determina, invece, la sospensione della pena irrogata, dando luogo al c.d. "*condiction sentence*", in cui ad essere sospesa è la "*sentence*" non come pronuncia, ma come provvedimento di esecuzione. Quest'ultimo modello, praticato negli Stati Uniti, in Belgio, in Francia, in Olanda, in Danimarca, in Norvegia, in Svezia, nella Repubblica federale tedesca, nel Granducato di Lussemburgo, e in Finlandia, ma limitatamente ai minori, è noto come *sursis* secondo la terminologia delle legislazioni franco-belga, e può essere semplice - in tal caso corrisponde alla nostra sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p. -, ovvero "con sottoposizione a prova", ricalcando le linee tipiche del *probation*; 5) il *probation* penitenziario, che interviene nella fase dell'esecuzione della sanzione penale, come misura alternativa alla detenzione, presuppone la colpevolezza dell'accusato e l'irrogazione della pena. Orbene, a prescindere dalle varie coloriture che il *probation system* può assumere in relazione sia ai singoli aspetti culturali, legislativi ed organizzativi di ogni Stato, sia alle caratteristiche del reato, alle circostanze del crimine e alla situazione personale e sociale del soggetto, è importante sottolineare come la caratteristica costante della suddetta misura penale sia quella di essere applicata a seguito dell'accertamento del

fatto e della responsabilità dell'accusato, al fine di sottrarre quest'ultimo al regime detentivo ordinario. Si tratta, pertanto, di un trattamento sanzionatorio correzionale, che si svolge all'interno della comunità al fine di attivare, sulla base del libero convincimento del soggetto, quei programmi di supervisione e di assistenza più idonei a garantire il reinserimento sociale dell'imputato, sottraendo quest'ultimo da quel processo di stigmatizzazione e di privatizzazione tipico della detenzione carceraria.

I modelli di *probation* distribuiti a macchia di leopardo nei diversi ordinamenti giuridici, pur avendo plurime differenze sul piano dei requisiti oggettivi e soggettivi, della prognosi di rieducabilità, delle prescrizioni imposte al soggetto, dell'esito della prova e dei suoi effetti, presentano, tuttavia, un minimo comune denominatore, costituito dalla concomitanza di tre elementi: la sospensione del processo di criminalizzazione - punizione in un certo stadio del medesimo; l'imposizione al reo di oneri e prescrizioni più tenui rispetto alla sanzione criminale sostituita, ed intesi al suo reinserimento sociale; l'affiancamento al reo di persone o enti, in funzione di sostegno durante il periodo di prova⁴¹¹.

Essendo, dunque, un meccanismo giuridico che travalica e trascende i confini di un singolo Paese, non stupisce come la rispettiva definizione sia rintracciabile solo a livello internazionale e, precisamente, nella Raccomandazione n. R (2010)1 - esito di un percorso istituzionale - nella cui Appendice 1 il *probation* è definito come «l'esecuzione in area penale esterna di sanzioni e misure, definite dalla legge ed imposte ad un autore di reato. [Esso] comprende una serie di attività ed interventi, tra cui il controllo, il consiglio e l'assistenza, mirati al reinserimento sociale dell'autore di reato e volti a contribuire alla sicurezza pubblica»⁴¹².

È un fenomeno, dunque, che a differenza del *diversion*, consistente nella sottrazione del reo al circuito giudiziario prima ancora che venga esercitata formalmente l'azione penale⁴¹³, si situa nella fase conclusiva della vicenda giudiziaria, configurandosi la sanzione risocializzante della messa alla prova come una pura alternativa alla pena detentiva. *Rebus sic stantibus*, non resta che analizzare come il “modello alternativo” sia stato importato nell'ordinamento giuridico italiano, constatando sin da adesso, tuttavia, l'adozione di esempi di *probation* del tutto nuovi, mai sperimentati altrove.

⁴¹¹ Cfr. FASSONE, (voce) *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 783 ss.

⁴¹² Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle «Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation», adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010. Per un approfondimento sull'*iter* che ha condotto alla approvazione della suddetta Raccomandazione, cfr. CIARPI, TURRINI VITA, *Le trasformazioni del probation in Europa*, Roma, 2015.

⁴¹³ Per uno studio pionieristico sull'argomento, cfr. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, 1, 47, il quale definisce “diversione” «ogni deviazione del processo penale, anteriore alla sentenza di condanna pronunciata da un tribunale, che sfocia nella partecipazione dell'indiziato a qualunque programma non penale [...] il cui fine non è di punire il colpevole, bensì di aiutarlo a risocializzarsi, o a risolvere il conflitto che l'ha condotto al reato».

2. Un *probation system* all'italiana.

I primi passi compiuti dall'ordinamento giuridico italiano verso un risultato riconducibile alla semantica del *probation* risalgono alla metà degli anni '70, quando con la legge del 26 luglio 1975, n. 354 fu introdotto nel sistema penitenziario l'affidamento in prova al servizio sociale come misura alternativa alla detenzione⁴¹⁴. È il c.d. *probation* penitenziario, finalizzato a garantire una risposta sanzionatoria modulata e personalizzata attraverso la predisposizione di un programma trattamentale che, rivolto a soggetti condannati in concreto ad una pena detentiva non superiore a tre anni, consiste oltre che nell'adempimento di prescrizioni di vario genere e contenuto, anche nel controllo e nel sostegno del servizio civile per un periodo esattamente uguale a quello della pena da scontare⁴¹⁵.

L'affidamento al servizio sociale, impostato come un trattamento di libertà, essendo, tuttavia, figlio dell'ordinamento penitenziario, presenta nella sua formulazione una grande contraddizione: la misura è, infatti, adottata, sulla base dei risultati raccolti collegialmente per almeno un mese nell'istituto carcerario⁴¹⁶, a seguito dell'osservazione della personalità del soggetto. La disposizione, richiedendo come implicito requisito l'accesso del condannato all'interno della struttura carceraria, ha comportato uno svisamento della originaria *ratio* dell'istituto, trasmessa da Augustus, secondo cui anche un solo giorno di carcere avrebbe stigmatizzato a vita il soggetto condannato.

Nella versione italiana il condannato, una volta ammesso al beneficio, cessa ogni tipo di rapporto con l'istituzione carceraria, prospettandosi nei suoi riguardi un trattamento di libertà sotto la guida ed il controllo di un organo della pubblica amministrazione, quale l'Ufficio di esecuzione penale esterna.

⁴¹⁴ Per un recente approfondimento sul sistema penitenziario, cfr. BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020.

⁴¹⁵ A differenza di quanto avviene, invece, in altri Paesi europei: ad esempio, in Francia, ai sensi dell'art. 131-42 c.p., la durata del *sursis avec mise à l'épreuve*, essendo sganciata dalla lunghezza della pena in esecuzione, non può essere inferiore ad un anno e superiore a tre anni; in Germania il § 56a StGB, in tema di *Strafsetzung zur Bewährung* prevede un periodo di prova ricompreso tra un minimo di due anni ed un massimo di cinque anni.

⁴¹⁶ Sul punto, è da segnalare l'intervento della Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 569, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1315 con nota di BERNASCONI, *La divaricazione funzionale dell'affidamento in prova e l'obsolescenza del modello correzionale*, la quale, dopo l'art. 11 della legge n. 663 del 1986, che aveva ridotto il periodo di osservazione inframuraria da tre mesi ad un mese, eliminò il carattere di condicio sine qua non precedentemente attribuito all'osservazione del condannato nell'istituto carcerario. È utile ricordare che il condannato *in vinculis*, a seguito dell'istanza, può chiedere, ex art. 47, co. 4, ord. penit. che il magistrato di sorveglianza sospenda l'esecuzione della pena, in modo da attendere al di fuori dal carcere la decisione del tribunale di sorveglianza. Sul punto, cfr., DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 832, nota 100, secondo cui «meglio sarebbe stato se il legislatore avesse previsto, analogamente a quanto dispone l'art. 47-ter, co. 1-quater, ord. pen. in tema di detenzione domiciliare, l'applicazione provvisoria della misura da parte del magistrato di sorveglianza, al posto della pura e semplice sospensione, su richiesta del detenuto, dell'esecuzione della pena.

La misura, indirizzata alla rieducazione del reo e ad assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati, comporta, in caso di esito positivo da parte del condannato, l'estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto penale, così attuando, almeno sul piano astratto, la tipica logica del reinserimento sociale sottesa al modello di origine anglosassone.

Non può, tuttavia, omettersi come nel passaggio dalla teoria alla prassi qualcosa sia andato storto.

Le istanze di recupero sociale hanno, infatti, ceduto il passo a valenze di carattere premiale, per poi oggi, forse, far riemergere quel senso di umanità volto ad incrinare il principio della retribuzione quale funzione principale della pena, rimanendo, ciononostante, intatta la natura giuridica, intrinseca all'istituto, di misura con una forte valenza penale, le cui prescrizioni, dando forma e sostanza alla pena⁴¹⁷ della *probation*, attraverso obblighi sia di assistenza familiare sia in favore della vittima del reato, sono soggette ai principi di legalità e di tassatività⁴¹⁸.

Le circostanze che hanno segnato dal 1975 ad oggi la vita del *probation* nel sistema penale italiano sono un magnifico indicatore della storia giuridico-morale del nostro Paese in tema di ordinamento penitenziario. Nel corso degli anni, si è, infatti, attestata un'assidua alternanza tra atteggiamenti di apertura e di chiusura nei confronti delle misure alternative alla detenzione, in generale, e dell'affidamento in prova al servizio sociale, in particolare, a seconda delle contingenze di carattere storico-politico. Le novità, indubbiamente positive, introdotte dalla legge sull'ordinamento penitenziario, dopo esser state limitate dalla legge del 1977, e rinvigorite dalla legge Gozzini, (legge 10 ottobre 1986 n. 663) - che ha apportato un mirabile apporto alla materia - sono tornate nel buio con la decretazione d'urgenza degli anni '90 che, dettata per far fronte ai fenomeni terroristici e mafiosi, ha introdotto uno strumento normativo legittimato *secundum legem* a creare un vero e proprio sottosistema penitenziario riservato a persone condannate per determinate categorie di delitti, rispetto alle quali la sola pena idonea si presume essere la sanzione detentiva.

Ma non è finita qui. Nuovi scenari si prospettano all'orizzonte a seguito di un'ondata di sano ottimismo, proveniente sia dalla Corte europea nel caso *Viola c. Italia*⁴¹⁹, dove è stata

⁴¹⁷ La natura giuridica dell'istituto è stata al centro di un animato dibattito giurisprudenziale, che ha visto contrapporsi due diversi orientamenti: da un lato, la posizione volta ad affermarne la natura di alternativa integrale alla pena, e cioè di misura sospensiva dell'esecuzione iniziata; dall'altro, la tesi che sostiene la sua natura giuridica di pena, essa stessa alternativa alla detenzione. Alla fine dei conti, il secondo orientamento è quello che ha avuto la meglio, tanto è vero che è stato avallato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 185 del 1985, nonché, successivamente, dalla Corte di cassazione, cfr. Cass., Sez. I, 15 ottobre 1990, Cimmino, in *Cass. pen.* 1992, 753; Id, 20 aprile 1994, Baracchetti, *ivi*, 1995, 1972.

⁴¹⁸ In tal senso, cfr. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale, in Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 398 ss.

⁴¹⁹ Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, 2, 1 ss., con nota di V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*.

affermata la incompatibilità del c.d. “ergastolo ostativo” con l’art. 3 C.E.D.U., sia dalla Corte costituzionale⁴²⁰ che, in accoglimento di analoghe questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia con riguardo a condanne per delitti di mafia, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del citato articolo 4-*bis* ord. penit., co. 1, nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, ove anche siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l’attualità della partecipazione all’associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, sempre che il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo. Così statuendo, la Consulta ha definitivamente sottratto la concessione del permesso premio alla generale applicazione del meccanismo “ostativo”, postulando che, diversamente da quanto desumibile dalla disposizione censurata, la presunzione di “pericolosità sociale” del detenuto non collaborante non possa mai operare come assoluta, ma semmai soltanto come relativa, essendo, comunque, superabile dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni del carcere nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica.

Inserito su questi nuovi binari, il modello del *probation* penitenziario potrebbe recuperare quelle radici che sembravano ormai perse.

La vera metamorfosi della *ratio* e delle funzioni tradizionalmente connesse al modello del *probation* si è avuta con l’introduzione della sospensione del processo con messa alla prova per imputati minorenni⁴²¹, che si colloca, per l’appunto, nel corso del processo, precisamente nella fase cognitiva, e non dopo la sentenza di condanna, nella fase esecutiva. L’istituto permette al giudice competente di sospendere il processo per un periodo determinato⁴²², articolando l’adempimento del programma trattamentale, da parte dell’imputato⁴²³, come misura alternativa non più alla classica sanzione detentiva *post-*

⁴²⁰ Corte cost., 23 ottobre 2019, in *Arch. pen. (web)*, 2019.

⁴²¹ Gli artt. 28 e 29 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 hanno dato attuazione ad uno dei criteri compresi nella legge delega al Governo per l’emanazione 54 del nuovo codice di procedura penale, ossia l’art. 3, lett. c), legge 16 febbraio 1987, n. 81, in base al quale al giudice andava attribuita la facoltà di sospendere il processo, per un determinato arco temporale, allo scopo di valutare la personalità del minore sotto l’aspetto psichico, sociale ed ambientale. In letteratura, sull’argomento, cfr. CESARI, *artt. 28-29*, in *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano, 2016, 455 ss.

⁴²² Per quanto concerne la durata del periodo di prova, la normativa pone un limite massimo di tre anni quando si procede per reati puniti con la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni, di un anno in tutti gli altri casi.

⁴²³ Circa il requisito dell’età dell’imputato, è pacifico l’orientamento secondo cui l’istituto del giudizio minorile è applicabile anche a coloro i quali, infradiciottenni al *tempus commissi delicti*, siano divenuti maggiorenni prima o nel corso del processo, cfr. Cass., Sez. I, 15 dicembre 2006, n. 4539, in proc. p.g. M, in *Guida dir.*, 2007, 10, 64.

iudicatum, bensì alla pronuncia di merito, intervenendo, dunque, *ante-iudicatum* nel corso del processo.

È il c.d. *probation processuale* che, disciplinato dagli artt. 28 e 29 del d.p.r. n. 448 del 1988, costituisce uno degli strumenti di attuazione di alcuni obiettivi tipici del sistema di giustizia minorile⁴²⁴, quali la rapida uscita dal circuito penale dell'accusato, la mediazione tra autore e vittima del reato, l'esigenza di fornire al minore risposte individualizzanti attraverso strumenti di recupero sociale che consentano di dare concreta attuazione ai principi di carattere costituzionale, quali gli artt. 27, co. 3, e 31, co. 2, Cost.

Nel giudizio minorile, essendo l'imputato un soggetto da recuperare e non da punire, la sospensione del procedimento con messa alla prova assolve ad una funzione prevalentemente educativa sulla scia di una logica "riduzionista", cercando di intervenire quanto prima possibile nel corso del processo, pur a costo di sacrificare il tradizionale modello di accertamento del fatto e della responsabilità penale. Il *probation* si sostanzia in un progetto redatto dai servizi sociali minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio-assistenziali degli enti locali e contenente precise attività ed impegni a carico dell'imputato, a cui possono aggiungersi, ai sensi dell'art. 29, prescrizioni, impartite dal giudice, dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa.

Dalla lettura del dato normativo si evince come il legislatore abbia attribuito in capo al giudice un potere discrezionale molto più ampio rispetto sia al perdono giudiziale ex art. 169 c.p. sia all'improcedibilità per irrilevanza del fatto ex art. 27 del d.p.r. n. 448 del 1988, considerato che, da un lato, non sono previsti limiti di carattere oggettivo all'ambito operativo dell'istituto, essendo quest'ultimo applicabile in astratto a qualsiasi delitto, dall'altro, il requisito soggettivo, concernente la personalità del minore, è il risultato di un probabile giudizio prognostico di tipo positivo sugli effetti della prova, attestante l'evoluzione del minore verso modelli socialmente adeguati⁴²⁵. Il giudice, una volta accertato in concreto l'esito positivo della prova, a seguito del mutamento *in melius* dell'imputato minorenni, dichiara estinto il reato con sentenza di non luogo a procedere, ovvero di non luogo a provvedere, a seconda che ci si trovi nella fase dell'udienza preliminare o del

⁴²⁴ L'istituto della sospensione del processo con messa alla prova nel campo minorile attribuisce al giudice, secondo PULVIRENTI, *Il giudizio e le impugnazioni*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Pennisi, 2^a, Milano, 2012, 390, «il difficile compito di processare educando, di coniugare cioè nel modo più equilibrato possibile, le esigenze giurisdizionali di accertamento del fatto-reato con quelle di prevenzione speciale nei confronti di un soggetto la cui personalità è in fase di formazione» così da «evitare un tardivo intervento *post-iudicatum*».

⁴²⁵ Secondo la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. II, 19 marzo 2008, X, in *Guida dir.*, 2008, n. 21, 70, gli elementi su cui basare la suddetta prognosi positiva sono: il tipo di reato commesso, le modalità esecutive, i motivi a delinquere, i precedenti penali, la personalità e il carattere dell'imputato, nonché ogni altro elemento utile alla valutazione, senza che nessuno di essi, isolatamente considerato, possa risultare determinante per una valutazione negativa.

dibattimento; mentre, nel caso in cui venga accertato un risultato negativo, il processo riprenderà dal momento in cui è stato sospeso.

L'iniziativa della sospensione del processo (per messa alla prova) può essere assunta sia su richiesta delle parti, cioè del pubblico ministero e dell'imputato (con l'aiuto del difensore tecnico), sia d'ufficio da parte del giudice competente, ma ad una necessaria condizione: che sia stata quanto meno esercitata l'azione penale. Pur non essendo, infatti, espressamente indicato nel dato normativo, è possibile ricavare da un'interpretazione *a contrariis* dell'art. 29 del d.p.r. n. 448 del 1988 che l'ordinanza di sospensione del "processo" possa essere adottata non durante la fase delle indagini preliminari - altrimenti sarebbe stato utilizzato il termine "procedimento" -, ma solo nel corso dell'udienza preliminare e del dibattimento⁴²⁶.

Un ulteriore requisito, non richiesto dal legislatore, ma ricavabile implicitamente dalla natura penale della misura, tesa a limitare la libertà personale del soggetto destinatario, è l'accertamento degli elementi probatori sulla responsabilità dell'imputato. Quanto appena rilevato è stato precisato a chiari lettere anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 25 del 1995, secondo la quale *condicio sine qua non* del provvedimento di sospensione è l'accertamento (sia pure sommario, a seconda della fase in cui si trova il processo) del fatto e della responsabilità dell'imputato, oltre che della sua capacità di intendere e di volere⁴²⁷. D'altronde, al fine di valutare positivamente il ravvedimento dell'imputato durante l'affidamento ai servizi minorili, è necessario accertare preliminarmente la sussistenza del reato in tutti i suoi elementi, oggettivi e soggettivi, essendo l'illecito penale il presupposto su cui fondare il processo di recupero e di (re)inserimento sociale del minore, nel corso del quale il soggetto è portato a riflettere su quello che ha commesso⁴²⁸.

⁴²⁶ Nonostante vi siano sostenitori della possibilità che la messa alla prova possa svolgersi anche nel corso del giudizio di appello consentendo, invero, una gestione del *probation* confortata da un maggiore bagaglio di conoscenze dell'imputato, tale da favorire la predisposizione di un progetto efficace, capace cioè di adeguarsi alla personalità del soggetto e di realizzare gli scopi di risocializzazione[6], il diritto vivente ne esclude la possibilità. La richiesta, formulata per la prima volta nel giudizio di appello, di sospensione del processo per la valutazione della personalità del minorenne, sarebbe inammissibile secondo quanto disposto dall'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, potendo il giudice d'appello intervenire sul punto solo nell'esercizio del controllo della decisione appellata e, quindi, alla condizione che l'inerzia del giudice di primo grado abbia formato oggetto dei motivi d'impugnazione.[7]

⁴²⁷ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 25, in *Giur. cost.*, 1995, 972 ss., ha affermato che l'accertamento di responsabilità è il presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova, in assenza del quale si impone il proscioglimento. Per un commento favorevole all'impostazione data dalla sentenza della Consulta, cfr. SCOMPARIN, *Sospensione del processo minorile e "messa alla prova": limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, 512 ss.

⁴²⁸ La giurisprudenza di legittimità ritiene che gli elementi probatori sussistenti allo stato degli atti, in ordine alla dimensione dei fatti e alla penale rimproverabilità dell'imputato, debbano essere indicati dal giudice nella motivazione dell'ordinanza di sospensione, attesa la facoltà di ricorso attribuita alle parti ai sensi dell'art. 28, a differenza della sentenza di non luogo procedere per estinzione del reato, a seguito dell'esito positivo della

Ciò posto, il centro di gravità attorno a cui ruota l'istituto è rappresentato dalla esigenza di anticipare, per fini dichiaratamente (ri)educativi, il trattamento sanzionatorio, pur sempre afflittivo, dalla fase esecutiva a quella cognitiva, impendendo la segregazione e la stigmatizzazione carceraria e, contestualmente, guidando il soggetto verso un cambiamento positivo della propria personalità, da cui discende la necessità di un consenso o almeno della non contrarietà del minore, la cui adesione rappresenta il presupposto per la riuscita delle attività di trattamento, osservazione e sostegno, poste in essere nei suoi confronti¹²⁹.

Rebus sic stantibus, l'ordinanza di sospensione, adottata dal giudice sentite le parti, rappresenta un'alternativa alla sentenza di condanna, o meglio, alla pena detentiva, sempreché il *probation* vada a buon fine, atteso che, in caso contrario, pur essendo prevista la ripresa del processo dalla fase in cui viene interrotto, è altamente improbabile – per non dire impossibile – che la vicenda giudiziaria si concluda con l'assoluzione dell'imputato

Orbene, pur essendo stata la sospensione del processo con messa alla prova minorile la musa ispiratrice per il medesimo istituto rivolto all'imputato maggiorenne, avendone il legislatore del 2014 replicato il meccanismo funzionale – sospensione del procedimento, messa alla prova dell'imputato, estinzione del reato o ripresa del processo –, è possibile anticipare sin da ora come il *probation* processuale nel giudizio ordinario presenti autonomi presupposti applicativi, nonché *ratio* e funzioni talmente diverse da quelle circoscritte al settore minorile, (a tal punto) che la “materia del contendere” è solo apparentemente la medesima e, di conseguenza, ogni tentativo di automatica estensione è fallace, oltre che poco proficuo.

Il “passaggio di testimone” del *probation* dalla giustizia settoriale a quella ordinaria, per quanto auspicato, non è stato indolore, avendo la messa alla prova per adulti non solo ereditato “gioie e dolori” dal modello minorile, ma anche ingenerato nuovi dilemmi interpretativi – a titolo esemplificativo, si pensi al livello di accertamento del fatto e della responsabilità dell'accusato, alla rilevanza del consenso, alla natura giuridica sostanziale o processuale del nuovo istituto – che, particolarmente insidiosi, hanno attirato, sin dal loro esordio, l'attenzione del panorama giuridico giurisprudenziale e dottrinario, nonostante il risultato finale sia stato il frutto di un percorso legislativo per nulla improvvisato, ma parecchio accidentato, che merita di essere tratteggiato nelle sue linee essenziali.

3. La sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti: *probation* o *diversion*? *Tertium datur*.

Prima di fare il suo definitivo ingresso nel sistema processuale-penale classico, molteplici iniziative legislative, seppur conclusesi con un nulla di fatto, hanno cercato di estendere su larga scala la messa alla prova giudiziale. Proposte, tutte, egualmente connotate dalla ferrea

prova, la quale non può essere censurata in sede di legittimità per la carenza dei suddetti elementi, cfr. Cass., Sez. IV, 12 aprile 2013, C.A., in *Mass. uff.* n. 255521.

¹²⁹ In tal senso, cfr. MAZZA, GALANTI, PATRONE, *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 2, 162.

convinzione che non potesse essere sufficiente una mera operazione di esportazione dell'istituto dall'area penale minorile a quella degli adulti, ma che fosse, al contrario, indispensabile conformare il *probation system* ai ritmi, alle cadenze, alle funzioni e ai destinatari del processo penale ordinario⁴³⁰.

Se i primi, timidi, tentativi risalgono alla XIV legislatura⁴³¹, è solo nella fase politica successiva che ha cominciato ad intravedersi un maggior coraggio espositivo. Disegni di legge di iniziativa governativa, nonché progetti di riforma del codice penale e di procedura penale, varati da Commissioni di studio ministeriali, pur stentando ad arrivare all'approvazione parlamentare, sono stati indispensabili termini di paragone per la legge n. 67 del 28 aprile 2014, che ha definitivamente condotto alla immediata introduzione della c.d. sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati adulti.

L'istituto, presentato al pubblico come un meccanismo del tutto o tendenzialmente autonomo dal paradigma retributivo, anticipa, in realtà, la risposta sanzionatoria alla fase o delle indagini preliminari o del giudizio – precisamente, fino alla apertura del dibattimento – attraverso la stesura del programma di trattamento, del tutto estranea alla logica della dosimetria aritmetica della pena detentiva, precorrendo la rielaborazione critica del fatto illecito da parte del presunto reo, in linea con gli obiettivi di prevenzione generale e speciale⁴³².

Le aspettative e le speranze del mondo giuridico, che hanno animato il clima in cui si è formato l'*iter* legislativo, sono state, tuttavia, deluse dall'ambiguità dell'impianto normativo attribuito, in via definitiva, all'istituto che, sospeso a metà strada tra la sfera penale e quella processuale, si presenta, contemporaneamente, sia come nuova causa di estinzione del reato, sia come nuovo rito speciale alternativo al giudizio ordinario.

Le incertezze strutturali dell'istituto si sono, inevitabilmente, convertite in equivoci funzionali, in virtù del fatto che, pur conservando il medesimo nome, il legislatore ha

⁴³⁰ Pur avendo caratteristiche, finalità e destinatari diversi rispetto all'istituto del rito minorile, rimane fermo il potere discrezionale del giudice di sospendere la sequenza processuale, affidando l'accusato ai servizi sociali per lo svolgimento di un programma concordato di durata predeterminata, al termine del quale la valutazione positiva, eseguita dall'autorità giudiziaria, conduce al pronunciamento di una declaratoria di estinzione del reato.

⁴³¹ Merita di essere segnalata la proposta di legge C-3252, d'iniziativa dell'on. Ghedini e altri, recante "Disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato", presentata il 4 dicembre 2002 e approvata con modifiche, in sede referente, dalla Commissione Giustizia della Camera il 1° luglio 2004.

⁴³² In tal senso si è espresso il Professor Eusebi nella sessione "La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali" del Convegno "Non solo pena. Alla ricerca di un sistema di non punibilità", Firenze, 23-24 novembre 2018, secondo il quale «la messa alla prova si inserisce nell'ambito di questi strumenti che rispondono alla prospettiva secondo cui alla pena tradizionale si arriva, quando una attivazione del ritenuto autore de reato in senso antitetico non abbia avuto effetto. Alla logica del negativo si sostituisce la logica di un agire positivo dell'agente del reato che deve ripristinare in modo credibile nei tempi più brevi la norma violata e deve attuare il ripristino di condizioni rilevanti, possibilmente anche sul piano relazione, ai fini della prevenzione di offese future o di riparazione, per quanto possibile, dei danni cagionati».

dovuto adattare le finalità educative dell'impianto minorile alle istanze punitive, retributive, riparatorie e di prevenzione speciale del processo penale ordinario, configurando la messa alla prova come un'anticipazione della pena alternativa a quella detentiva e/o pecuniaria, al fine di conseguire una nuova dimensione valoriale, ossia quella di strumento deflativo, del tutto inedita rispetto ai suoi tradizionali obiettivi riparatori e rieducativi⁴³³.

Ciò posto, non stupisce se alla natura bivalente della messa alla prova per adulti corrisponda una doppia finalità, e precisamente: da un lato, quella special-preventiva e, dall'altro, quella premiale.

In particolare, la prima è volta a recuperare il reo attraverso il programma trattamentale che, una volta portato a compimento dall'accusato, se in astratto sostituisce, quasi certamente, la pena (detentiva), che sarebbe stata irrogata a seguito di una sentenza di condanna, nel concreto, si pone come alternativa alla ricostruzione processuale del fatto e della responsabilità del presunto reo. La seconda, invece, si spiega in virtù del fatto che l'eventuale scelta da parte del presunto reo di sottoporsi alla prova si traduce, in caso di esito positivo, in una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, seppur i contenuti del programma siano connotati da un grado di afflittività, a tratti, paradossalmente, più consistente rispetto a quello della pena detentiva minima che, nella maggior parte dei casi, non viene portata ad esecuzione, oppure della sanzione pecuniaria. La messa alla prova per adulti, prevista anche nella fase delle indagini preliminari, al fine di evidenziare la prevalente connotazione di strumento di deflazione giudiziaria e carceraria, rappresenta un ibrido, a metà strada tra il "*diversion*", in quanto proponibile dall'indagato sin dalle prime battute del procedimento giudiziario senza, tuttavia, né impedire l'esercizio dell'azione penale⁴³⁴, né determinare la fuoriuscita del reo dal circuito penale, ed il *probation*, sostanziandosi in un progetto trattamentale di carattere afflittivo, pur non collocandosi nello stadio finale della vicenda giudiziaria, bensì in una fase di gran lunga anticipata, come strumento alternativo al processo, ancor prima che alla pena.

Dalla combinazione dei due fenomeni di origine statunitense, ma ormai rintracciabili in molti istituti stranieri, ha preso forma il c.d. *probation* processuale del giudizio ordinario che, pur derivando da fattori che sottintendono una logica di giustizia "temperata", basata su un percorso di reinserimento dell'individuo alternativo a quello sanzionatorio classico, non è detto che ne riproduca pedissequamente le medesime caratteristiche.

Da queste prime battute, è possibile constatare come si sia di fronte ad un qualcosa di totalmente diverso rispetto al *probation system* anglosassone, diffuso dal calzolaio di Boston, poiché quest'ultimo, collocandosi nella fase finale del processo, determina la

⁴³³ Conformemente sul punto, cfr. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 675.

⁴³⁴ Il consenso del pubblico ministero, alla richiesta dell'indagato di sospendere il procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari, rappresenta l'esercizio dell'azione penale, a differenza di quanto avviene nei Paesi anglofoni dove esistono strumenti di *diversion* che, affidati alla gestione della polizia giudiziaria, si pongono come alternativi allo stesso esercizio dell'azione penale.

sospensione della sentenza di condanna con la contestuale supervisione dell'imputato da parte di un soggetto per un determinato periodo di tempo. L'istituto italiano di nuovo conio, invece, rappresenta una modalità di giustizia alternativa alla ordinaria sequenza del processo penale, che, dietro la maschera risocializzante, nasconde interessi di carattere efficientistico ed economicistico.

Orbene, la sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti, rappresentando un "cambiamento di paradigma" rispetto al binomio classico "accertamento del fatto e della responsabilità e irrogazione della sanzione", abbisogna di essere osservata da ogni possibile angolazione, al fine non solo di valutare compiutamente la sua compatibilità con i principi costituzionali, ma anche di risolvere le problematiche sostanziali e processuali che sono derivate dalla sua introduzione, considerato che l'istituto ha previsto l'individuazione personalizzata della risposta sanzionatoria e la relativa esecuzione in un momento di gran lunga antecedente rispetto alla (eventuale) sentenza di condanna.

4. I limiti oggettivi e soggettivi dell'istituto

Il funzionamento della messa alla prova, se nell'ambito della giustizia minorile gode di una libertà di espressione privo di condizionamenti⁴³⁵, all'interno del processo ordinario, invece, è subordinato alla presenza nonché all'assenza di determinati requisiti, funzionali a perimetrare l'area applicativa.

Dal punto di vista oggettivo, l'istituto è azionabile su richiesta dell'imputato soltanto per quei reati selezionabili sulla base di due criteri, tra loro alternativi: l'uno quantitativo, riferito al livello edittale di pena in astratto, l'altro nominalistico, basato sul richiamo di specifiche fattispecie incriminatrici. In particolare, l'art. 168-*bis* c.p., statuendo che la sospensione del procedimento con messa alla prova è applicabile ai reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva - esclusa, congiunta o alternativa - non superiore nel massimo a quattro anni, nonché ai delitti indicati dall'art. 550, co. 2, c.p.p.⁴³⁶, ha destato, sin dalle prime applicazioni, dubbi interpretativi in ordine alla rilevanza o meno delle circostanze

⁴³⁵ Ai fini dell'applicazione dell'istituto in sede minorile, non è prevista alcuna preclusione, in quanto esso è: applicabile per qualsiasi tipologia di reato; reiterabile illimitatamente; estendibile anche al minore che in precedenza sia stato destinatario di perdono giudiziale o condannato, cfr. LOSANA, *Sub art. 28 d.P.R. 448/88*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, *Leggi collegate*, I, *Il processo minorile*, Torino, 1994, 299.

⁴³⁶ Trattasi, nel dettaglio, dei reati di: violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale ex art. 336 c.p.; resistenza a un pubblico ufficiale prevista dall'art. 337 c.p.; oltraggio ad un magistrato in udienza aggravato a norma dell'art. 343, co. 2, c.p.; violazione di sigilli aggravata ex art. 349, co. 2, c.p.; rissa aggravata ai sensi dell'art. 588, co. 2, c.p., con esclusione dei casi in cui taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime; furto aggravato ex art. 625 c.p.; ricettazione ai sensi dell'art. 648 c.p. Tutte ipotesi che, essendo connotate da un minore allarme sociale, sono assegnate alla competenza del giudice monocratico, cfr. F. RUGGIERI, *Il procedimento davanti al tribunale monocratico*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, 2000 50 ss.

aggravanti, seppure di tipo autonomo o ad effetto speciale, nella determinazione del limite edittale di pena.

Nella determinazione del criterio quantitativo, infatti, il legislatore del 2014 non ha precisato se, per il computo del limite edittale, si debba o meno tener conto anche degli *accidentalia delicti*.

Lo stato di incertezza che avvolge il criterio quantitativo ha creato una spaccatura all'interno della giurisprudenza di legittimità, divisa tra pronunce, da un lato, tese a valorizzare l'esistenza di un principio generale di quantificazione della pena volto a riconoscere un ruolo effettivo alle circostanze di cui all'art. 63, co. 3, c.p.⁴³⁷, e, dall'altro, pronte ad escludere qualsiasi rilievo alle aggravanti, eventualmente contestate, per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, mettendo in risalto il dato testuale e la finalità deflativa dell'istituto⁴³⁸.

Non si è avuto neanche il tempo di prendere confidenza con – l'allora - novella normativa, che si è immediatamente richiesto, sulla *quaestio iuris*, l'intervento risolutore delle Sezioni unite, le quali hanno sciolto il nodo interpretativo, statuendo che ai fini della individuazione dei reati per i quali è astrattamente applicabile la disciplina in esame, il richiamo contenuto nell'art. 168-*bis* c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, escludendo qualunque rilievo agli effetti di tutte le circostanze aggravanti⁴³⁹. La soluzione data dalla Suprema Corte, facendo un nobile uso del brocardo *in claris non fit interpretatio*, regola aurea dell'art. 12 disp. prel. c.c.⁴⁴⁰, si è, correttamente, basata su di un'argomentazione logico-letterale, secondo cui l'art. 168-*bis* c.p. non presenta alcun riferimento esplicito o implicito alla disciplina delle circostanze, a differenza di quanto previsto per altri istituti, sostanziali e processuali, come l'art. 4 c.p.p. sulla competenza per materia, l'art. 157 c.p. in tema di prescrizione del reato, l'art. 278 c.p.p. in ordine alla applicazione delle misure cautelari, e l'art. 131-*bis* c.p. sulla causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto⁴⁴¹,

⁴³⁷ Cass., Sez. VI, 30 giugno 2015, Fagrouch, in *Mass. uff.*, n. 264045; Id., Sez. VI, 6 ottobre 2015, Crocitti, *ivi*, n. 265484.

⁴³⁸ Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2014, Gnocco, in *Mass. uff.*, n. 262341; Id., Sez. II, 14 luglio 2015, Ardisson, *ivi*, n. 264154; Id., Sez. IV, Jenkins Rossi, *ivi*, 264325.

⁴³⁹ Cass., Sez. Un., 1° settembre 2016, n. 36272, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 325, con commento di MELCHIONDA, MATTEVI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, secondo i quali la motivazione della sentenza fornisce una sintesi convincente delle ragioni che supportano la tesi favorevole, almeno in astratto, ad un'applicazione più ampia dell'istituto.

⁴⁴⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 268 ss.

⁴⁴¹ Secondo R. BARTOLI, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in *Gli Speciali Giur. it.*, 2015, 9, la rilevanza delle circostanze c.d. autonome e di quelle ad effetto speciale per la determinazione della pena detentiva rispetto all'istituto della particolare tenuità del fatto è coerente con l'esclusione assoluta della punibilità e la rinuncia, a differenza della sospensione del procedimento con messa alla prova, di qualsiasi trattamento sanzionatorio, risultando, di conseguenza, opportuno confinare la sua applicazione a fatti con un ridotto disvalore sociale.

nei confronti dei quali il legislatore ha previsto *expressis verbis* l'incidenza delle circostanze ai fini della determinazione del livello edittale di pena. L'approccio comparativo, operato dalla Corte di cassazione, ha permesso non solo di confutare la possibilità di rinvenire, nel sistema penale, un "criterio normativo unitario" di determinazione della pena attraverso un uso improprio e distorto dell'interpretazione analogica⁴⁴², ma anche di mettere in luce come il mancato richiamo alla disciplina delle circostanze nel corpo del testo legislativo sia non una "lacuna normativa", da colmare con un'interpretazione estensiva, bensì una "tecnica normativa", coerente con le finalità special-preventive e premiali dell'istituto⁴⁴³.

Di conseguenza, non deve destare dubbi la presenza nell'art. 550, co. 2, c.p.p. di reati il cui livello edittale massimo superi i quattro anni di reclusione - si pensi, a titolo esemplificativo, ai cinque anni della violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale e resistenza ad un pubblico ufficiale, agli 8 anni della ricettazione, o addirittura ai dieci anni del furto aggravato -, dal momento che il loro richiamo serve, invero, ad incarnare la volontà del legislatore di estendere la messa alla prova anche ai delitti di maggior disvalore sociale, e non a dare rilievo agli ulteriori rimandi che compie la suddetta disposizione.

Pur condividendo l'analisi ermeneutica compiuta dalle Sezioni Unite, risultando, tuttavia, "ozioso" e a tratti barocco il richiamo alla finalità deflativa, al fine estendere l'ambito applicativo dell'istituto, non può essere sottaciuta un'altra via interpretativa, egualmente praticabile, in grado di risolvere la controversa questione, conducendo al medesimo risultato. In particolare, il divieto di analogia *in malam* partem sarebbe stato di per sé sufficiente a demolire qualsiasi impianto costruttivo finalizzato ad estendere il presunto criterio normativo di determinazione della pena alla sospensione del procedimento con messa alla prova, poiché una simile operazione analogica avrebbe avuto come effetto quello di escludere numerose ipotesi delittuose dall'area applicativa dell'istituto, comportando un palese contrasto con l'art. 14 disp. prel. c.c. e con il principio di stretta legalità, sostanziale e processuale.

Per quanto concerne il piano soggettivo, la messa alla prova dell'imputato adulto non può essere applicata né ai delinquenti e contravventori abituali, né ai delinquenti professionali e per tendenza. Così statuendo, una nutrita categoria di soggetti è stata automaticamente estromessa dal diritto di poter beneficiare dell'istituto, in quanto - ancora una volta - si è scelto di aderire ad un'impostazione presuntiva *iuris et de iure* di pericolosità sociale,

⁴⁴² Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, Sorcinelli, cit., ha osservato, in maniera condivisibile, che la qualifica di criterio normativo unitario non possa essere attribuita né all'art. 4 c.p.p. né all'art. 278 c.p.p., poiché adottano criteri non perfettamente sovrapponibili e, soprattutto, si riferiscono a situazioni non omologabili.

⁴⁴³ La soluzione giurisprudenziale è corroborata da ulteriori rilievi, efficacemente segnalati da DI LERNIA, *Sezioni Unite e messa alla prova: criteri per la quantificazione del limite edittale di pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 890, il quale sostiene che «un prezioso avallo sarebbe stato fornito dai lavori preparatori afferenti la L. n. 67/2014 poiché il silenzio del dato normativo era stato spiegato come la volontà di distinguere la soluzione normativa in disamina da quelle già presenti nell'ordinamento [...] ed il fatto che la formulazione originaria della norma, recante l'indicazione anche delle circostanze in discussione, durante l'iter legislativo di approvazione della legge fu successivamente sostituita da quella attuale (priva di tale menzione)».

quando, invece, sarebbe stato preferibile relativizzare il carattere assoluto della preclusione, lasciando la valutazione della pericolosità soggettiva alla discrezionalità giudiziaria⁴⁴⁴.

Di converso, nessun valore preclusivo è stato attribuito alla recidiva, seppure reiterata, concludendo, almeno in astratto, per un giudizio di compatibilità tra la messa alla prova e un soggetto precedentemente condannato o beneficiario della sospensione condizionale della pena, poiché, in caso contrario, sarebbe compromessa la stessa finalità special-preventiva dell'istituto, così fortemente caldeggiata. Nella prassi, tuttavia, è difficile escludere che il giudice, ai fini del giudizio prognostico, non tenga conto della recidiva, così come risultante dai precedenti penali del soggetto.

La condizione, per l'appunto, necessaria, affinché il giudice possa disporre, in concreto, la sospensione del procedimento nei confronti dei suddetti destinatari, è che l'autorità giudiziaria, ex art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p., valuti come idoneo il programma di trattamento presentato anche sulla base di un giudizio prognostico favorevole a ritenere che l'accusato si asterrà in futuro dal commettere ulteriori reati⁴⁴⁵. Ciò nonostante, secondo la giurisprudenza di legittimità, essendo il giudizio prognostico fondato su tutti i criteri di cui all'art. 133 c.p., la presenza di un precedente penale non può essere considerato di per sé sufficiente ad escludere *de iure* l'applicazione dell'istituto⁴⁴⁶.

È, infine, escluso che l'istituto possa essere concesso più di una volta⁴⁴⁷ nell'ambito della "carriera criminale" di un individuo: scelta che, seppur dettata dalla opportunità di evitare

⁴⁴⁴ In senso critico rispetto alla efficacia preclusiva degli status criminali, in particolare della delinquenza abituale, cfr. FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 71 ss., il quale, atteso che la preclusione mantiene la sua natura assoluta in relazione all'istituto anche qualora la declaratoria sia risalente nel tempo e, per tale motivo, può non sussistere una pericolosità soggettiva concreta ed attuale, ritiene contraddittoria la suddetta constatazione, dal momento che «non appare irragionevole ritenere che il decorso del tempo e l'eventuale percorso di recupero sociale possano avere *medio tempore* ridotto o, addirittura, esaurito la carica antisociale dell'interessato, sterilizzandone quindi la relativa pericolosità soggettiva».

⁴⁴⁵ Secondo R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 668, «dipende tutto da come opererà il giudizio di prognosi di non recidiva: se in termini rigorosi si dovrebbe tendere all'esclusione dell'applicazione; se in termini flessibili, invece, si dovrebbe tendere alla concessione».

⁴⁴⁶ Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2016, n. 4526, nella quale la Suprema Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il Tribunale di Bergamo aveva rigettato la richiesta di messa alla prova con contestuale sospensione del procedimento, in quanto all'imputato era stata contestata una recidiva specifica infraquinquennale che, a detta del giudice, avrebbe impedito una prognosi positiva; precedentemente, in senso difforme, cfr. Cass., Sez. IV, 21 marzo 2015, *Zaari*, in *Mass. uff.*, n. 16683, nella quale, confermando la sentenza d'appello, i giudici di legittimità hanno qualificato l'aver riportato una condanna penale come causa ostativa per accedere al rito deflattivo, dal momento che la ricaduta nel delitto avrebbe dimostrato che l'imputato non ha tratto alcun insegnamento dalla pregressa esperienza giudiziaria, non dimostrando alcun elemento positivo sul quale poter fondare una prognosi favorevole.

⁴⁴⁷ Requisito che rappresenta, per alcuni, un limite di segno soggettivo, cfr. CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 1028; per altri, una condizione oggettiva negativa, cfr. CALABRETTA, MARI, *La sospensione del procedimento penale (l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Il Penalista*, Milano, 2014, 17;

la strumentalizzazione dell'istituto e il conseguente incremento della categoria dei delinquenti seriali, collide con la finalità deflativa della messa alla prova, oltre che a comportare rilevanti dilemmi sul piano operativo.

Il requisito ha comportato la necessità di novellare il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, d.P.R. n. 313 del 2002, inserendo nel novero dei provvedimenti iscrivibili anche l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova e, da ultimo, la sentenza di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova, a seguito della modifica dell'art. 3, co. 1, lett. i-bis, ad opera dell'art. 1 del Decreto lgs. n. 122 del 2 ottobre 2018, rubricato "Modifiche al testo unico sul casellario giudiziale in materia di provvedimenti iscrivibili".

Novelle che, si badi, pur iscritte in G.U. dal 26 ottobre 2018, sono entrate in vigore, per motivi di *vacatio legis*, solamente dopo un anno dalla loro pubblicazione e, precisamente, il 26 ottobre 2019. Ciò spiega perché, pur essendo il legislatore delegato intervenuto sul contenuto del "certificato rilasciato su richiesta dell'interessato", inserendo, nello specifico, tra i provvedimenti espressamente esclusi anche l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova e la sentenza che dichiara estinto il reato per esito positivo della stessa, sia nel frattempo intervenuta in materia la Corte costituzionale, confermando alcuni profili di irragionevolezza, derivanti dalla mancata inclusione dei suddetti provvedimenti fra quelli non menzionabili nel certificato.

Nel dettaglio, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 24, co. 1, e 25, co. 1, D.P.R. 313 del 2002 (nel testo anteriore alle modifiche) «nella parte in cui non prevedono che nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesti dall'interessato non siano riportate le iscrizioni dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p. e della sentenza che dichiara l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 464-septies c.p.p.»⁴⁴⁸.

L'iter argomentativo, tracciato dai Giudici delle leggi, ha dimostrato come la disciplina previgente si ponesse in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché l'inclusione dei provvedimenti sulla messa alla prova tra i certificati del casellario richiesto dai privati determinava «*un trattamento deteriore dei soggetti che beneficiano di questi provvedimenti, orientati anche a una finalità deflativa con correlativi risvolti premiali per l'imputato, rispetto a coloro che - aderendo o non opponendosi ad altri procedimenti, come il patteggiamento o il decreto penale di condanna, ispirati essi pure alla medesima finalità - beneficiano già oggi della non menzione dei relativi provvedimenti nei certificati richiesti dai privati.*

BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 9.

⁴⁴⁸ Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 231, in *Dir. proc. pen.*, 2019, 7, 955, con nota di PERONI, *La messa alla prova per adulti nuovamente al vaglio della Corte costituzionale.*

Nella stessa sede, inoltre, la Consulta ha ritenuto ugualmente fondate le censure di incostituzionalità sollevate in relazione all'art. 27, co. 3, Cost., sulla base dell'argomentazione secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova, essendo parte integrante del sistema sanzionatorio penale, debba essere attratto al concetto di "finalismo rieducativo". Conseguentemente, «*la menzione dei provvedimenti concernenti la messa alla prova nei certificati richiesti dai privati appare [...] disfunzionale rispetto a tale obiettivo*», risolvendosi in «*un ostacolo al reinserimento sociale del soggetto che abbia ottenuto, e poi concluso con successo, la messa alla prova, creandogli - in particolare - più che prevedibili difficoltà nell'accesso a nuove opportunità lavorative*».

Orbene, la preclusione normativa ha posto, sul piano applicativo, il quesito se fosse ammissibile o meno una richiesta (di messa alla prova), allorché si proceda per più reati. Essendo la questione giuridica divisibile in due diverse situazioni, conviene affrontare in primo luogo quella, almeno in apparenza, più lineare, ma non per questo priva di soluzioni difformi. Ci si riferisce all'ipotesi in cui si procede per più reati, tutti suscettibili di beneficiare dell'istituto. Nei suoi confronti la giurisprudenza di merito, sin da subito, si è espressa favorevolmente, nel senso della ammissibilità della richiesta, sostenendo che un'interpretazione restrittiva, fondata sulla coincidenza dell'espressione legislativa "per più di una volta" con la locuzione "per più reati", comporterebbe una evidente distorsione (*in malam partem*) della *littera legis* della disposizione (art. 168-bis, ultimo comma, c.p.)⁴⁴⁹. Residuano, tuttavia, problemi interpretativi, nel caso in cui sussistano, contemporaneamente, plurimi procedimenti, dal momento che, essendo il beneficio concedibile una sola volta, persiste il dubbio se debba prevalere l'ipotesi cronologicamente prioritaria o quella più favorevole al beneficiario o, ancora, se essa operi solo nei confronti della medesima o anche di un'altra autorità giudiziaria.

La seconda ipotesi affronta, invece, uno dei profili maggiormente discussi del nuovo istituto, ossia se sia ammissibile (o meno) una richiesta di messa alla prova c.d. "parziale", presentata da un soggetto nei cui confronti siano contestati cumulativamente sia reati rientranti nell'art. 168-bis c.p., sia fattispecie incriminatrici non sussumibili in tale disposizione.

La Corte di cassazione ha risposto al quesito in senso negativo, sostenendo che la sospensione non possa essere disposta, previa separazione dei processi, soltanto per quella parte dei reati per i quali sia consentito l'accesso al beneficio, in quanto la messa alla prova è diretta alla completa eliminazione delle tendenze antisociali del reo e una sua applicazione frazionaria sarebbe incompatibile con le finalità dell'istituto poiché

⁴⁴⁹ Trib. Milano, ord. 28 aprile 2015, secondo il quale «sarebbe fuorviante escludere l'applicabilità dell'istituto allorché all'imputato venga contestata una pluralità di reati anche quando - per ciascuno di essi, singolarmente considerato - sia ammissibile la sospensione con messa alla prova».

comporterebbe una rieducazione “parziale”⁴⁵⁰. I giudici di legittimità, infatti, ponendo l'accento sulla *ratio* dell'istituto, fortemente improntata alla risocializzazione e rieducazione (art. 27, co. 3, Cost.), hanno sostenuto che «appare stridente con la struttura del sistema e [...] con gli stessi presupposti dell'istituto che possa avvenire una "parziale" risocializzazione del soggetto interessato».

Riprendendo, testualmente, la motivazione della sentenza, la messa alla prova parziale sarebbe inammissibile non per un problema di mancato effetto deflativo del procedimento, come nel caso del patteggiamento parziale⁴⁵¹, quanto piuttosto per il fatto che, pur avendo l'imputato un diritto di accesso all'istituto, non «appare pensabile che taluno possa essere "risocializzato" solo per alcuno dei fatti in contestazione e nel contempo continui a rispondere di ben più gravi [...] fatti-reato [connessi] per i quali l'accesso all'istituto [...] non è consentito». Ciò perché - conclude il Collegio - l'essenza rieducativa della messa alla prova non può ricollegarsi al solo fatto di consentire all'imputato di ottenere l'estinzione del reato, ma ha basi più profonde, «che tendono all'eradicazione completa delle tendenze di condotta antiggiuridica del soggetto e che contrastano con l'idea di un individuo semi-risocializzato».

Orbene, le argomentazioni della Suprema Corte appaiono non condivisibili e suscitano non pochi tentennamenti, soprattutto laddove si è tentato di dedurre dalla finalità rieducativa e risocializzante dell'istituto l'assoluta preclusione alla possibilità di ammettere la richiesta di messa alla prova parziale. Se è vero che il legislatore ha assegnato un ampio potere discrezionale in capo al giudice nella valutazione del giudizio prognostico, è altrettanto vero che la disposizione (normativa) tace del tutto sulla problematica in esame. Di conseguenza, l'esegesi giurisprudenziale ostativa al riconoscimento della sospensione del procedimento con messa alla prova c.d. parziale contrasta fortemente con il brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, poiché inserisce nel sistema giuridico, in via interpretativa, una preclusione assoluta all'operatività della messa alla prova nel procedimento cumulativo,, non prevista dal legislatore, quando, al contrario, l'art. 18, co. 1, lett. b) c.p.p. sancisce espressamente la separazione dei processi se «[...] per una o più

⁴⁵⁰ Cass., Sez. II, 8 aprile 2015, Allotta, in *Mass. uff.*, n. 263125, è stato osservato che il legislatore, nel formulare l'art. 168-bis c.p., non ha fatto riferimento ai reati ma ai “procedimenti per reati”, lasciando intendere “una visione unitaria e complessiva della prospettiva di risocializzazione del soggetto che potrà realizzarsi attraverso la messa alla prova previa sospensione dell'intero ‘procedimento’ ma solo quando ciò sia possibile in relazione a tutti i reati in contestazione”.

⁴⁵¹ Un nutrito orientamento giurisprudenziale utilizza l'argomento del mancato effetto deflativo per negare l'ammissibilità del patteggiamento o del giudizio abbreviato "parziale". Per le dovute indicazioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, tra i più recenti, cfr. CERCOLA, *Patteggiamento parziale: ancora resistenze dai giudici di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2014, 2581 ss.; REMELLI, *Deflazione dibattimentale e parcellizzazione dei riti speciali: un mosaico di difficile composizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 963 ss.

imputazioni, è stata disposta la sospensione del procedimento»⁴⁵², che, senza precisare quale sia la causa della sospensione, è idonea a recepire anche l'ipotesi qui in esame.

Quanto appena teorizzato non è, invero, così astratto, se solo si pensi che proprio in una delle prime ordinanze in materia di *probation* per adulti, il Tribunale di Torino, disponendo la separazione dei procedimenti, ha ritenuto ammissibile un'istanza parziale⁴⁵³, valorizzando quelle stesse finalità rieducative e risocializzanti su cui, successivamente, la Corte di cassazione ha, di converso, puntato, per negare la possibilità di accedere parzialmente al rito.

5. La natura giuridica sostanziale e processuale: il bipolarismo della messa alla prova.

All'indomani di una novella legislativa, che introduca un istituto giuridico nel sistema penale, tradizione vuole che il primo *step* da superare, da parte degli operatori del diritto - compresi magistrati, avvocati, studiosi -, sia quello di rintracciare la natura giuridica, sostanziale o processuale, del nuovo arrivato.

A tal fine, se, in via preliminare, ma non esclusiva, si è soliti fare riferimento alla collocazione sistematica dell'istituto, ossia al criterio topografico, quest'ultimo, a ben considerare, in relazione alla sospensione del procedimento con messa alla prova risulta di poco aiuto, dal momento che l'istituto è disciplinato tanto dal codice penale, ai sensi degli artt. 168-*bis* ss. c.p., come nuova causa di estinzione del reato, in caso di esito positivo della prova, quanto dal codice di rito, ex artt. 464-*bis* ss. c.p.p., essendo stato rubricato nel Libro VI, dedicato ai procedimenti speciali.

È plausibile, dunque, che per il *probation* processuale debba ammettersi un'"eccezione", in quanto appare indiscusso come esso sia attraversato, intrinsecamente, da un dualismo morfologico, nel quale si intrecciano aspetti di diritto penale e procedurale. Ciò nonostante, se la tesi della natura bivalente è accettabile sul piano dottrinario, non può dirsi lo stesso sul piano operativo, dove l'individuazione della componente prevalente, non rappresentando una questione squisitamente nominalistica, risulta necessaria, al fine di risolvere quale chiave di volta il problema relativo alla sfera del diritto intertemporale. Essendo, infatti, sempre più raro rinvenire nel corpo descrittivo di una legge una parte espressamente dedicata alla disciplina transitoria, non stupisce come anche in questa occasione il legislatore abbia preferito il silenzio alla parola, suscitando consistenti dubbi

⁴⁵² In tal senso, cfr. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 427 ss.

⁴⁵³ Trib. Torino, ord. 21 maggio 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014, viene messo, acutamente, in evidenza che «il ritenere inammissibile un'istanza come quella in esame potrebbe condurre a conseguenze paradossali: ragionando in linea astratta, potrebbe darsi il caso di un imputato che - accusato in un processo oggettivamente cumulativo - si veda respingere l'istanza per esservi nell'imputazione anche reati per cui la definizione alternativa non è prevista dalla legge; è, in tale contesto, occorre chiedersi cosa potrebbe avvenire nel caso in cui - all'esito del giudizio - l'imputato venga assolto per i soli reati che precludevano l'accesso alla messa alla prova e debba essere condannato per i reati avrebbe avuto diritto alla sospensione del processo e alla messa alla prova»

interpretativi circa l'applicabilità della messa alla prova ai processi in corso che, al momento dell'entrata in vigore della Legge n. 67 del 2014, si trovavano in una fase successiva alla dichiarazione di apertura del dibattimento, termine ultimo, ai sensi dell'art. 464-bis, co. 2, c.p.p., per la presentazione della relativa istanza. Prima di entrare nel vivo della trattazione, mostrando la soluzione data e quella ad essa alternativa, bisogna tenere ben a mente la "formula giuridica astratta" da applicare: laddove il legislatore decida di non disciplinare espressamente il regime transitorio, la soluzione del problema è affidata ai principi di diritto intertemporale, diversi a seconda della natura giuridica della disposizione normativa⁴⁵⁴. In particolare, se il campo processuale è regolato dal brocardo *tempus regit actum*, rintracciabile nell'art. 11, co. 1, disp. prel. c.c., quello sostanziale è soggetto al principio della irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole, ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost. e dell'art. 2 c.p.

Calando l'istituto nei principi generali, si è posto il quesito se la messa alla prova potesse essere estesa, attraverso l'applicazione dell'art. 2, co. 4, c.p., anche ai processi in corso, ormai in stadi del procedimento successivi all'apertura del dibattimento, o se, invece, la regola del *tempus regit actum* imponesse di ritenere inammissibile ogni richiesta intervenuta successivamente al termine indicato nell'art. 464-bis c.p.p.

A fronte di un quadro giuridico così nebuloso, prevedibile era la formazione di due contrapposti orientamenti interpretativi, uno favorevole, l'altro contrario al principio di retroattività, a loro volta divisibili in ulteriori indirizzi, a seconda delle argomentazioni addotte⁴⁵⁵; non altrettanto pronosticabile era la così prematura "chiamata in causa" della Corte costituzionale, a cui è stata rimessa una questione di legittimità dell'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. per contrasto con il principio di rango costituzionale della retroattività della *lex mitior*, fondato su di una lettura combinata dell'art. 117 Cost. e dell'art. 7 C.E.D.U. e con il diritto di difesa e il diritto ad essere sottoposto ad un giusto processo ex artt. 24 e 111 Cost. nella parte in cui prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa

⁴⁵⁴ Per un approfondimento sull'argomento, cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, I, Milano, 1999, 91 ss.

⁴⁵⁵ Il dilemma relativo al regime intertemporale della nuova normativa è stata rimessa sin da subito alle Sezioni Unite da Cass., Sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, commentata da GIUNCHEDI, *In nome della nomofilachia. La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di overruling*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, 1, ordinanza nella quale si affermava testualmente che «il nuovo istituto ha effetti sostanziali perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da una intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di messa alla prova». Pur affidando la soluzione della questione alle Sezioni Unite, in quella occasione la Quarta Sezione della cassazione ha appoggiato la soluzione sostanzialistica, affermando che «la soluzione più garantista, che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco, è ovviamente quella della immediata applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i processi pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria, in applicazione delle regole generali previste dall'art. 2, co. 4, c.p.». La questione, tuttavia, si è risolta in un nulla di fatto, perché le Sezioni Unite hanno dichiarato inammissibile il ricorso.

alla prova può essere disposto fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento nel giudizio direttissimo⁴⁵⁶.

La Consulta, messa alle strette, ha fornito la propria visione sulla natura ibrida dell'istituto, sostenendo che «questa nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio»⁴⁵⁷. Optando per una visione processuale, la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni sollevate, risolvendo il quesito interpretativo sulla base del principio *tempus regit actum*. Di conseguenza, il limite temporale entro il quale l'imputato può richiedere la sospensione del processo con messa alla prova è stato ricondotto nell'alveo della ragionevolezza, sulla base di due motivi: da un lato, il termine è espressione delle caratteristiche e della funzione deflativa dell'istituto; dall'altro, consentire, sia pure in via transitoria, la richiesta nel corso del dibattimento, anche dopo che il giudizio si è protratto nel tempo, avrebbe significato - a detta della Corte - alterare in modo rilevante il procedimento, e il non averlo fatto non giustifica alcuna censura riferibile all'art. 3 Cost. Pertanto, nella parte conclusiva della sentenza, è stato chiarito che l'aver privato l'imputato, nei procedimenti in corso, della facoltà di scegliere il nuovo rito non contrasti con il diritto di difesa e con le garanzie del giusto processo.

Con riferimento alla seconda censura, la Consulta, precisando che il principio di retroattività della *lex mitior* attiene al «rapporto tra un fatto e una norma sopravvenuta, di cui viene in questione l'applicabilità», ha dedotto sia che l'operatività del principio in questione non viene messa in discussione, atteso che la novella introdotta dalla legge n. 67 del 2014 ha trovato applicazione anche ai reati commessi prima della sua entrata in vigore, sia che l'art. 464-bis c.p.p., nella parte impugnata, «riguarda esclusivamente il processo ed è espressione del principio *tempus regit actum*».

Così motivando, l'istituto della messa alla prova trova sì applicazione nei processi pendenti, in base all'art. 11, co. 1, disp. prel. c.c., ma solo in quelli in cui le situazioni giuridiche, non ancora esaurite, non hanno ancora oltrepassato le soglie decadenziali fissate dall'art. 464-bis c.p.p.

⁴⁵⁶ Trib. Torino, ord. 28 ottobre 2014, provvedimento che, secondo O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. cost.*, 2015, n. 6, 2197, per come impostato, avrebbe meritato una declaratoria di inammissibilità, e non di infondatezza, a causa della contraddittorietà della argomentazione, posta alla base della ordinanza di rimessione. Il giudice *a quo*, infatti, pur convinto della natura penale sostanziale della messa alla prova, convinzione dimostrata dal fatto che costruisce una delle due principali questioni di legittimità facendo riferimento all'art. 7 CEDU, ritiene di non poter applicare il principio intertemporale della retroattività della *lex mitior*, dal quale conseguirebbe l'ammissibilità dell'istanza di messa alla prova nel primo momento utile successivo all'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, in quanto la stessa giurisprudenza costituzionale non avrebbe escluso la possibilità per il legislatore di derogare a tale principio e la limitazione alla retroattività favorevole sarebbe individuata proprio nel limite imposto dall'art. 464-bis comma 2 c.p.p.

⁴⁵⁷ Corte cost., n. 240 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 2189.

Riassumendo, sia la Corte costituzionale che la giurisprudenza di legittimità dominante si sono orientate a favore della dimensione processuale, con la conseguente applicazione del principio *tempus regit actum*, sulla base, prevalentemente, di due argomentazioni: 1) l'assonanza con gli altri riti alternativi, essendo la messa alla prova un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide sulla richiesta con ordinanza; 2) la funzione deflativa dell'istituto.

Orbene, da qui in poi si tenterà di ridimensionare la portata applicativa delle suddette argomentazioni, giungendo a prendere debitamente in considerazione la soluzione opposta a quella prospettata, ossia la prevalenza della natura sostanziale.

Pur rilevando che l'inquadramento tra i riti alternativi sia una soluzione normativamente corretta, è possibile, in primo luogo, constatare, sul piano operativo ed interpretativo, peculiari caratteristiche che distinguono nettamente il *probation* processuale dai tradizionali procedimenti speciali. In particolare, se nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento la deflazione è un effetto immediato dell'accoglimento della richiesta da parte del giudice, nella messa alla prova, invece, l'auspicato risultato deflativo è solo un effetto desiderato, condizionato, da un lato, dal comportamento attivo dell'accusato, il quale è chiamato ad adempiere ad una pluralità di prestazioni e condizioni, dall'altro, dall'esito positivo della prova.

In secondo luogo, accanto alla finalità ipoteticamente deflativa, si colloca quella special-preventiva, tesa alla rieducazione e risocializzazione dell'interessato, scopi del tutto assenti negli altri riti speciali, divenendo un'ulteriore peculiarità del procedimento *de quo*⁴⁵⁸.

Assodate tali divergenze, appare innegabile come, similmente agli altri procedimenti alternativi, la richiesta di messa alla prova costituisca una modalità di esercizio del diritto di difesa⁴⁵⁹, essendo una scelta consapevole – così, almeno, dovrebbe essere – dell'interessato,

⁴⁵⁸ In tal senso, cfr. MURRO, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*, in *Giur. it.*, 2017.

⁴⁵⁹ È quanto si ricava dalla sentenza della Corte cost., 21 luglio 2016, n. 201, in cui è stata statuita l'illegittimità costituzionale dell'art. 460, co. 1, lett. e) c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova. Secondo la Corte costituzionale, «il complesso dei principi, elaborati da questa Corte, sulle facoltà difensive per la richiesta dei riti speciali non può non valere anche per il nuovo procedimento di messa alla prova. Per consentirgli di determinarsi correttamente nelle sue scelte difensive occorre pertanto che all'imputato, come avviene per gli altri riti speciali, sia dato avviso della facoltà di richiederlo. Poiché nel procedimento per decreto il termine entro il quale chiedere la messa alla prova è anticipato rispetto al giudizio, e corrisponde a quello per proporre opposizione, la mancata previsione tra i requisiti del decreto penale di condanna di un avviso, come quello previsto dall'art. 460, comma 1, lettera e), cod. proc. pen. per i riti speciali, della facoltà dell'imputato di chiedere la messa alla prova comporta una lesione del diritto di difesa e la violazione dell'art. 24, secondo comma, Cost. L'omissione di questo avvertimento può infatti determinare un pregiudizio irreparabile, come quello verificatosi nel giudizio a quo, in cui l'imputato nel fare opposizione al decreto, non essendo stato avvisato, ha formulato la richiesta in questione solo nel corso dell'udienza dibattimentale, e quindi tardivamente».

volta ad ottenere il “beneficio” della estinzione del reato, a fronte della rinuncia al processo e, dunque, all'accertamento della responsabilità penale.

Se, dunque, risulta idonea la qualifica di “procedimento”, in quanto anche la messa alla prova si risolve in una sequenza di atti giuridici, posti in essere da uno o più soggetti, necessaria per la validità e l'efficacia dell'atto terminale, ossia il provvedimento (che, nel caso di specie, è l'ordinanza del giudice), attraverso il quale viene esercitata una pubblica potestà, «viceversa, la denominazione di “speciale” non convince»⁴⁶⁰. A differenza del processo penale “classico”, inteso come strumento di accertamento del fatto nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, l'istituto *de quo*, per come è disciplinato, si presenta come una modalità di definizione della giustizia alternativa al processo, piuttosto che come un nuovo procedimento speciale.

Passando alla seconda argomentazione, la tanto decantata capacità deflativa dell'istituto, che induce i supremi giudici a ritenere prevalente la sua natura processuale, oltre ad essere un epilogo eventuale, si traduce, quando si verificano tutti i presupposti che conducono all'esito positivo della prova, nel suo esatto contrario, ossia in un «procedimento lungo e farraginoso [che] sembra tutt'altro che celere, come si desume sia dai dati normativi sia da quelli forniti dalla prassi»⁴⁶¹.

Inoltre, una volta accolta la richiesta, il procedimento è sospeso per un arco di tempo pari a uno o due anni - a seconda della gravità dei reati ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p. -, nel corso del quale il giudice ha il potere di modificare i contenuti del programma (art. 464-*quinquies* c.p.) e l'obbligo di sovrintendere allo svolgimento del progetto sanzionatorio, nonché di acquisire prove non rinviabili, che possono condurre al proscioglimento dell'interessato (art. 464-*sexies* c.p.p.). Se, tuttavia, sia stato accertato l'esito negativo del programma trattamentale - per grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero in seguito al rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede -, il giudice dispone con ordinanza la revoca della messa alla prova, cosicché, riprendendo il procedimento dalla fase in cui era stato sospeso, quanto effettuato fino a quel momento si sarà risolto in un nulla di fatto, anzi in una perdita di tempo.

⁴⁶⁰ Così BOTTINO, *Principi costituzionale e probation processuale: un contrasto inesistente*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, 16.

⁴⁶¹ MUZZICA, *Sospensione del processo con messa alla prova e “materia penale”: tra Corte Edu e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1443., il quale, dall'analisi dei numerosi protocolli adottati dai tribunali, ha riportato/rilevato che «il rinvio per l'elaborazione del programma oscilla da un minimo di due mesi ad un massimo di sei mesi [...]. A tali termini, già di per sé [...] non compatibili con una finalità deflattiva del processo, va comunque cumulo l'eventuale rinvio necessario per citare la persona offesa. Infine, una volta che il giudice dispone con ordinanza la sospensione, rinvierà ad un'udienza successiva rispetto al termine della durata della messa alla prova ed anche tale data varia da caso a caso come si evince dai protocolli».

L'impianto normativo assegnato alla sospensione del procedimento con messa alla prova è composto, dunque, da requisiti, prescrizioni e tempi di valutazione che fanno sorgere seri dubbi sulla effettiva efficacia deflativa e decarcerizzante dell'istituto, la cui applicabilità, inoltre, subisce «la concorrenza di istituti indulgenziali»⁴⁶², nonché di meccanismi processuali alternativi che, non richiedendo l'adempimento di obblighi e condizioni da parte del presunto reo, risultano più allettanti agli occhi dell'accusato.

Vista da questa prospettiva, l'immagine della natura processuale della messa alla prova non appare più così tanto nitida, al punto da far dubitare seriamente dell'orientamento giurisprudenziale dominante, fondato, fino ad ora, su deboli argomentazioni che, a parere di chi scrive, e non solo,⁴⁶³ possono essere smentite da opposte dissertazioni.

La Corte costituzionale, infatti, per rimarcare la natura processuale dell'istituto, ha esteso alla messa alla prova quanto aveva, in passato, affermato in relazione al giudizio abbreviato, ricordando come l'art. 2 c.p. trovi applicazione «solo e soltanto ove vi sia stato un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto tipico oggetto del giudizio», e non allorquando vi siano mutamenti della norma processuale riguardante lo «sconto» di pena, pronto «a stimolare, nei limiti dell'esperibilità del procedimento abbreviato, la richiesta, da parte dell'imputato, dello stesso procedimento: l'intento «stimolatorio» della richiesta del giudizio abbreviato non p[otrebbe], pertanto, assurgere a mutata valutazione sociale, in senso favorevole al reo, del fatto, oggetto del giudizio, previsto e punito dal codice penale sostanziale»⁴⁶⁴.

Il confronto tra messa alla prova e rito abbreviato, oltre a non convincere perché quest'ultimo, in caso di condanna, pur avendo effetti favorevoli, conduce il reo a scontare una pena, mentre gli effetti favorevoli del *probation*, in caso di esito positivo della prova, conducono alla estinzione del reato per cui si procede, è il risultato di una tesi ormai *vintage* e non più sostenibile. Essa è stata, infatti, superata da quanto affermato nel celebre caso Scoppola c. Italia⁴⁶⁵ che, pur dovendo la sua fama all'aver riconosciuto nell'art. 7 C.E.D.U.

⁴⁶² Espressione della CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1010; conformemente MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 aprile 2014.

⁴⁶³ Condivisibili sono le argomentazioni di PICCICHÉ, *La messa alla prova per adulti alla Consulta*, in *Quest. Giust.*, 10 febbraio 2016, (3), secondo il quale, anche ammettendo la natura processuale dell'istituto, la soluzione data dalla Corte costituzionale non è convincente, perché se, in generale e pur con qualche riserva, appare sostenibile «che l'istituto in questione non debba essere applicato ai processi in corso, che si trovino pendenti in secondo grado o, addirittura, in cassazione, per evitare quanto meno la dispersione delle attività processuali fino a quel momento svolte, l'averne escluso drasticamente l'applicabilità ai processi in corso in primo grado, in cui potrebbe non avere avuto inizio un'attività istruttoria, pare, a dir poco, eccessivo», soprattutto laddove si pensi alle udienze di smistamento, nella quali il giudice si limita, sovente, a dichiarare formalmente l'apertura del dibattimento, riservando alla successiva udienza l'inizio dell'attività istruttoria.

⁴⁶⁴ Corte cost., n. 277 del 1990, in *Giur. cost.*,

⁴⁶⁵ Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, nella quale la vicenda processuale, oggetto del ricorso, è stata particolarmente «altalenante» a causa delle numerose modifiche, in tema di rito abbreviato, succedutesi nelle diverse fasi del processo che, alla fine dei conti, hanno determinato un contrasto di vedute sulla prevedibilità

il principio di retroattività della *lex mitior* come diritto fondamentale dell'individuo all'applicazione della legge più favorevole intervenuta successivamente alla commissione dell'atto, ha condotto, non di meno, la Corte Edu a qualificare la disciplina del giudizio abbreviato ex art. 442, co. 2, c.p.p. come norma di diritto penale sostanziale, nonostante la collocazione topografica dell'istituto, in virtù del suo impatto sulla *species* e sul *quantum* della sanzione applicabile. Sconfessando, dunque, la tesi della natura processuale sostenuta dai giudici nazionali, la Corte europea ha motivato l'applicazione delle garanzie ex art. 7 C.E.D.U. alla disposizione sul giudizio abbreviato, sottolineando che le sanzioni cui allude l'art. 442 c.p.p. non sono riconducibili alle misure riguardanti l'applicazione o l'esecuzione della pena, né a quelle relative all'accesso al rito, giacché denotano uno scopo propriamente deterrente e repressivo e, quindi, necessitano di un'applicazione nella versione più favorevole all'imputato.

Partendo, dunque, dal presupposto che, come sosteneva Carnelutti, «esistono delle norme processuali a rilevanza sostanziale»⁴⁶⁶, se è stata riconosciuta al giudizio abbreviato la capacità di incidere sulla punibilità, a maggior ragione appare logico sostenere la medesima conclusione in relazione alla messa alla prova, sostanziandosi il *probation* in un trattamento sanzionatorio alternativo alla pena detentiva.

La tesi della natura sostanziale è, inoltre, avvalorata mettendo in evidenza l'altra faccia della medaglia, ossia la qualifica dell'istituto come causa di estinzione del reato⁴⁶⁷ ex art. 168-ter c.p. che, a differenza delle altre ipotesi estintive, quali la prescrizione, la morte del reo e l'amnistia, non opera *de plano*, ma richiede da parte dell'interessato un comportamento attivo *contra delictum*, che conduca al superamento positivo della prova.

Sulla base, pertanto, di una logica deduttiva, premettendo che la categoria giuridica delle cause di estinzione del reato è un istituto sostanziale, conseguentemente, è implicito che alla medesima conclusione deve pervenirsi in relazione alla sospensione del procedimento con messa alla prova, riconoscendo che la successione nel tempo delle corrispondenti norme rimane sottoposta al regime intertemporale disciplinato dall'art. 2 c.p.⁴⁶⁸

del *quantum* di sanzione. In particolare, se al tempo della commissione del fatto sussisteva il divieto di accesso al rito abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, durante la fase delle indagini preliminari il suddetto limite veniva meno con la modifica dell'art. 442 c.p.p., ad opera della Legge n. 479 del 1999 (c.d. Legge Carotti), di cui l'imputato Scoppola decideva di avvalersi, in virtù della commutazione della pena perpetua in anni trenta di reclusione. Condannato in primo grado alla pena ridotta, la Corte d'assise d'appello riformulava la sentenza, condannando l'imputato alla pena più severa dell'ergastolo, prevista da una norma di interpretazione autentica, nel frattempo entrata in vigore, sulla base di una rigida applicazione della regola del *tempus regit actum*.

⁴⁶⁶ CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, 189 ss.

⁴⁶⁷ Secondo MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016, 64 ss., la collocazione della messa alla prova tra le cause di estinzione del reato appare "imprecisa", sembrando, di converso, più idonea una rubricazione tra le cause di non punibilità.

⁴⁶⁸ Conformemente, cfr. O. MAZZA, *op. ult. cit.*, secondo cui, a seguito del superamento positivo della prova, «l'effetto estintivo finisce così per proiettare a ritroso la sua natura sostanziale: precludere l'accesso al rito

Non si tratta di ragionare per assurdo, dal momento che, non appena è entrata in vigore la legge n. 67 del 2014, una parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità⁴⁶⁹, si è espressa favorevolmente alla possibilità di avanzare la richiesta di messa alla prova, ancorché il limite decadenziale fosse risultato superato, ritenendo l'applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* come unico antidoto al rischio di dare ingresso ad una disparità di trattamento tra gli imputati che possono avvalersi del nuovo istituto, essendo il processo in una fase anteriore all'apertura del dibattimento, e quelli (gli imputati) il cui processo si trovi in una fase più avanzata. In particolare, alla critica, secondo cui «parrebbe irragionevole il criterio [...] che dando tempo all'interessato di richiedere la messa alla prova sino a che non sia comunque intervenuta la decisione di primo grado, consentirebbe allo stesso di operare le scelte per lui più convenienti a seconda dell'andamento e degli sviluppi dell'istruzione dibattimentale sino a quel momento tenutasi», è possibile controbattere configurando – come è stato già fatto – il mancato rispetto del termine di cui all'art. 464-bis c.p.p. come causa di forza maggiore (vertendo il processo già in fase di istruzione dibattimentale all'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014), applicando agli imputati l'istituto della restituzione in termini di cui all'art. 175 c.p.p., con cui consentire loro di richiedere l'accesso al *probation*⁴⁷⁰.

Muovendo dalla ritenuta natura sostanziale dell'istituto, una strada alternativa, sul piano operativo, all'istituto della restituzione in termine potrebbe essere quella dell'interpretazione dell'art. 464-bis c.p.p. in chiave costituzionalmente orientata, secondo cui, nel regime transitorio, «la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere formulata solo nel primo momento processualmente utile

della sospensione del procedimento con messa alla prova significa escludere i reati già commessi dalla nuova causa di estinzione».

⁴⁶⁹ Cass., Sez. fer., 31 luglio 2014, (dep. 13 agosto 2014), n. 35717, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015, con nota di MARTELLA, *Messa alla prova "per adulti": la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, ha ritenuto applicabile la disciplina dell'istituto ai processi in corso, ad esclusione di quelli giunti in grado di impugnazione; Cass. Sez. Un., 31 marzo 2016, Sorcinelli, nella quale la Suprema Corte ha riconosciuta una prevalente natura sostanziale, affermando testualmente della messa alla prova che «di essa va riconosciuta soprattutto la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi special-preventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

⁴⁷⁰ Trib. Torino, 21 maggio 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, nel cui provvedimento si è sostenuto che, con la suddetta soluzione, «non sarebbe il singolo giudice ad individuare il momento in cui poter presentare la richiesta, ma sarebbe pur sempre il legislatore a fornire lo strumento per permettere alla parte di richiedere il beneficio della *probation* anche nei procedimenti in cui le fasi processuali di cui all'art. 464-bis, co. 2, c.p.p., siano state superate».

immediatamente successivo alla data di entrata in vigore dell'istituto di favore e, quindi, soltanto all'inizio della prima udienza successiva a tale data»⁴⁷¹.

In conclusione, la soluzione maggiormente garantista che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco, è ovviamente quella dell'immediata applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i processi pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria, in applicazione delle regole generali previste dall'art. 2, co. 4, c.p.p., senza, dunque, limiti di tempo, se non il passaggio in giudicato della sentenza. Qualora a tale interpretazione continuino ad essere opposte le ben note resistenze dell'orientamento, al momento, maggioritario, una strada alternativa potrebbe essere quella di sottoporre al giudizio della Corte costituzionale l'eventuale irragionevolezza dello sbarramento temporale di cui all'art. 464-*bis* c.p.p. per i processi in corso, in quanto potenzialmente contrastante non solo con il principio di legalità convenzionale ex art. 7 C.E.D.U., ma anche con la ragionevolezza ex art. 3 Cost., il diritto di difesa ex art. 24 Cost. e il principio di proporzionalità ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.

6. Un dialogo a tre voci: discrasie tra teoria e prassi nei rapporti tra accusato, U.E.P.E. e giudice.

A calcare il "palcoscenico" della sospensione del procedimento con messa alla prova sono più "attori", i quali, da "copione", sono chiamati a rispettare precise "battute", integrate, il più delle volte, da vere e proprie "improvvisazioni".

Calando l'istituto *de quo* nella metafora teatrale, ai sensi dell'art. 464-*bis* c.p.p. il primo protagonista ad entrare in scena è l'accusato - indagato o imputato - che, ai sensi dell'art. 464-*bis* c.p.p., effettua la richiesta, oralmente o per iscritto, di sospensione con messa alla prova, in via diretta o per mezzo di procuratore speciale⁴⁷². Il *dies a quo* per la presentazione dell'istanza varia a seconda che si proceda per via ordinaria, oppure all'interno di un rito speciale. Se nel primo caso la richiesta deve essere manifestata fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p.⁴⁷³, nel secondo caso, invece, occorre fare delle opportune distinzioni: all'interno di un procedimento a citazione diretta o di un giudizio direttissimo il termine finale è la dichiarazione di apertura del dibattimento; nel caso di giudizio immediato, il limite temporale è di quindici giorni dalla notifica del

⁴⁷¹ Trib. Genova, 7 ottobre, 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2014, con commento di C. PECORELLA, *Il Tribunale di Genova ammette la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014 n. 67*.

⁴⁷² In questo caso la sottoscrizione della firma dovrà essere autenticata nelle forme di cui all'art. 583 c.p.p.

⁴⁷³ Il testo della disposizione echeggia il dettato dell'art. 438, co. 2, c.p.p., riferito ai termini di presentazione della richiesta di giudizio abbreviato. Una riprova di tale sovrapposizione la si riscontra anche in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2014, n. 20214, dove la Corte di cassazione ha sostenuto che i principi giurisprudenziali espressi in relativo al rito abbreviato trovano applicazione anche in relazione alla sospensione del procedimento con messa alla prova, chiarendo, nello specifico, che la richiesta può essere manifestata dopo la formulazione delle conclusioni del pubblico ministero ma, al più tardi, quando il difensore espone le proprie conclusioni.

decreto che dispone il giudizio; infine, a fronte di un decreto penale di condanna, l'istanza deve essere contestuale all'atto di opposizione.

Se questo è quanto dispone la normativa in ordine all'imputato, non bisogna trascurare il dato secondo cui la messa alla prova possa essere richiesta e, dunque, usufruita, nel corso delle indagini preliminari, anche dalla persona indagata, formulando la relativa istanza dinanzi al giudice per le indagini preliminari (g.i.p.), il quale è tenuto a trasmettere gli atti al pubblico ministero, affinché quest'ultimo esprima, entro cinque giorni, il proprio consenso o dissenso all'applicazione dell'istituto. In particolare, l'art. 464-ter c.p.p. statuisce che l'"opinione" del pubblico ministero venga manifestata diversamente a seconda del contenuto: se il consenso richiede un atto scritto e sinteticamente motivato, accompagnato dalla formulazione dell'imputazione, il dissenso, invece, comporta, in capo al p.m., l'enunciazione delle ragioni che sostengono la decisione.

Il dettato normativo ha comportato molteplici dubbi sulla conformità della *littera legis* rispetto alla funzione deflativa sottesa all'istituto, dal momento che è apparso poco coerente, oltre che inutilmente dispendioso, indirizzare la richiesta di messa alla prova in prima battuta al g.i.p. e solo successivamente all'organo requirente, poiché si sarebbe potuto evitare il "doppio passaggio di consegne" identificando il pubblico ministero come primo destinatario della richiesta⁴⁷⁴. La critica, mossa da ragioni di efficienza processuale, trova, tuttavia, l'ostacolo del dato normativo che, seppur non condivisibile, espone con chiarezza l'ordine dei destinatari da rispettare. Ciononostante, la prassi è andata oltre il vincolo della legge e, declassando il testo codicistico da fonte vincolante *erga omnes* a documento facoltativo, ha elaborato una versione alternativa dell'instaurazione dell'istituto nella fase pre-processuale, stabilendo che la richiesta (di messa alla prova) da parte dell'indagato debba essere indirizzata direttamente (in prima battuta) al pubblico ministero, il quale, dopo aver effettuato l'attività istruttoria necessaria per esprimere il consenso o il dissenso, la segnalerà al g.i.p.⁴⁷⁵. Ecco, dunque, la prima difformità tra teoria e prassi che, originata dall'obiettivo di alleggerire il carico di lavoro dell'ufficio giudiziario, rischia di alimentare disparità di trattamento, sul piano procedurale, all'interno della categoria degli indagati intenti a richiedere l'applicazione dell'istituto, a seconda che si rivolgano a tribunali rispettosi o meno del diritto scritto.

Tornando al piano strettamente "attoriale", il pubblico ministero ha un ruolo secondario nello sviluppo del percorso di prova, essendo chiamato in causa, come illustrato, solo nel corso delle indagini preliminari, mentre nelle fasi successive il suo operato non è più determinante ai fini dell'operatività dell'istituto, essendo semplicemente "sentito", in

⁴⁷⁴ Sul punto, cfr. AMATO, *La messa alla prova vista dal P.m.*, in *Guida al dir.*, 2014, 87, secondo il quale «il naturale destinatario della richiesta di sospensione e di messa in prova durante la fase delle indagini preliminari» è il pubblico ministero, essendo quest'ultimo il *dominus* della suddetta fase processuale, a differenza del g.i.p. che, eccetto specifiche situazioni, quali l'incidente probatorio, l'adozione di misure cautelari o di intercettazioni telefoniche, non è edotto del fascicolo di indagine.

⁴⁷⁵ Questo è quanto è stato disposto dalla Procura (*vademecum*) di Torino.

qualità di “parte”, ai fini sia della pronuncia originaria sulla richiesta di messa alla prova (ex art. 464-quater, co. 1, c.p.p.) sia della modifica, in corso di prova, delle prescrizioni originarie (art. 464-quinquies, co. 3, c.p.p.). Nella medesima scia, uno spazio ancora più ridotto, simile a quello di una comparsa, è quello riservato alla persona offesa che, interpellata a sprazzi dal giudice, più che un attore è un mero spettatore del percorso, in attesa di ricevere giustizia.

L’*iter* procedurale richiede, pertanto, la cooperazione e la collaborazione, nell’ordine, dell’accusato, dell’U.E.P.E. e del giudice, ognuno di essi con precisi compiti e obblighi da assolvere: come si suole dire “a ciascuno il suo”.

Orbene, sia che si tratti di indagato o di imputato, la richiesta di messa alla prova dinanzi all’autorità giudiziaria, ex art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p., deve essere corredata dall’allegazione o del programma di trattamento, elaborato d’intesa con l’ufficio di esecuzione penale esterna (da qui in avanti U.E.P.E.), ovvero della richiesta di elaborazione del predetto programma, nel caso in cui non sia possibile l’immediata elaborazione.

Il meccanismo procedurale è attivato, ai sensi dell’art. 141-*ter* disp. att. c.p.p., dall’imputato, il quale rivolge all’organo atto a svolgere le funzioni dei servizi sociali per la messa alla prova, ossia all’ufficio locale di esecuzione penale esterna “competente”, la richiesta di predisporre un programma di trattamento.

Il dettato normativo, pur individuando il destinatario dell’istanza, appare monca, poiché non definisce sulla base di quali criteri debba essere individuato l’U.E.P.E. competente, determinando un’ambivalenza, sul piano operativo, che è stata, in parte, colmata dalla proposta, proveniente da alcuni protocolli applicativi, di individuare l’ufficio in base al luogo di domicilio o di residenza dell’interessato, assicurandone così la vicinanza all’imputato e al suo stile di vita¹⁷⁶.

Ciò posto, il soggetto interessato è onerato dal compito di allegare alla richiesta le osservazioni, le proposte che ritenga di fare, nonché “gli atti rilevanti del procedimento penale”, locuzione quest’ultima che, per la sua genericità e ampiezza, rappresenta una vera e propria “tentazione di arbitrio” per i singoli uffici, i quali sono liberi di apprezzare come “rilevante” qualsiasi atto a loro piacimento.

Una manovra di contemperamento alla eccessiva discrezionalità, è stata fatta dal Ministro della Giustizia che ha proposto un modello di richiesta di elaborazione del programma, il

¹⁷⁶ Così il Tribunale di Torino, Reggio Emilia, Parma e Piacenza nei protocolli stretti con i tribunali di indicazione. In dottrina, concorde con la soluzione, cfr. CESARI, *Commento* sub art. 464-*bis* c.p.p., 2129, che avvalorata tale soluzione, sulla base della considerazione che anche nel giudizio di esecuzione il criterio per individuare la competenza del magistrato o del tribunale di sorveglianza è rappresentato, ai sensi dell’art. 677 c.p.p., dalla residenza o dal domicilio dell’interessato non detenuto o internato. Sul punto, cfr. L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 5, 1768, la quale osserva la “relatività” della suddetta soluzione, in quanto la stessa, pur permettendo all’ufficio di osservare e assistere l’imputato durante il periodo di prova, non esclude a priori la possibilità per l’ufficio di ricevere richieste per procedimenti pendenti dinanzi a tribunali distanti, lontani geograficamente e professionalmente.

c.d. “MAP. 1”, ideato proprio al fine di ridurre il rischio di una eccessiva disparità di vedute tra le singole realtà territoriali. Stando a quanto indicato, la richiesta del progetto trattamentale deve contenere:

La richiesta di programma di trattamento deve contenere: l’indicazione degli atti rilevanti del procedimento penale (capo di imputazione, numero procedimento, tribunale competente); la disponibilità a svolgere il lavoro di pubblica utilità; la disponibilità ad azioni riparatorie e risarcitorie e da un percorso di mediazione con la persona offesa; l’indicazione sintetica della situazione personale e familiare; l’eventuale attività lavorativa svolta; l’indicazione della struttura presso la quale svolgere il lavoro di pubblica utilità, se individuata. Proseguendo, ad essa dovranno essere allegati gli atti relativi al procedimento penale, nonché le osservazioni e le proposte in relazione agli impegni personali. L’ufficio, inoltre, una volta acquisita la richiesta con la relativa documentazione rilascia un’attestazione di avvenuto deposito.

Per quanto apprezzabile sia stato lo sforzo da parte del Governo di attribuire sostanza alla forma vaga ed indefinita della legge, trattasi pur sempre di una guida sì autorevole, ma non vincolante, potendo i soggetti competenti - il Tribunale di intesa con l’U.E.P.E. e la Camera Penale - discostarsene ed elaborare un modello proprio ed autonomo⁴⁷⁷.

Questo profilo diventa maggiormente problematico nel momento in cui subentra il passaggio successivo della procedura, in cui la richiesta dell’interessato deve essere valutata dall’U.E.P.E., competente a verificare la “completezza degli atti presentati”.

A questo punto è più che lecito chiedersi sulla base di quali criteri debba essere accertata la completezza o meno della domanda a fronte della mancanza indicazione da parte del legislatore di un *numerus clausus* di atti rilevanti o, quanto meno, di indici utili per identificarli.

Come può conciliarsi la rilevanza con la completezza? Un’istanza, infatti, in linea astratta, potrebbe essere sì basata sugli atti rilevanti, che, tuttavia, a detta dell’U.E.P.E., potrebbero essere considerati non completi.

Quid iuris?

Il quadro normativo, così impostato, permette, in via astratta, agli U.E.P.E. di respingere l’istanza, additando la mancanza nella medesima della “documentazione necessaria”, essendo, tuttavia, quest’ultima una clausola aperta che, di volta in volta, viene riempita a piacimento degli uffici e a detrimento degli accusati, interessati alla messa alla prova, i quali si trovano ad essere gravati da pesi ed oneri di allegazione non solo non previsti dal testo legislativo, ma addirittura, alcuni di essi⁴⁷⁸, ricadenti *ex lege* proprio sull’U.E.P.E.

⁴⁷⁷ È quello che è stato fatto, a titolo esemplificativo, dal Tribunale di Milano, in accordo con l’U.E.P.E. e la Camera penale, elaborando una propria modulistica, rintracciabile in www.tribunale.milano.it.

⁴⁷⁸ Si pensi, ad esempio, che l’art. 141-ter disp. att. c.p.p. affida all’U.E.P.E. il compito di acquisire il consenso dell’organizzazione o dell’ente presso il quale il soggetto, eventualmente, svolgerà il lavoro di pubblica utilità, senza, invece, porre alcun tipo di obbligo in capo all’imputato. Di conseguenza, la mancata allegazione da parte del richiedente dell’indicazione della struttura presso la quale svolgere il lavoro di pubblica utilità non

Alla fine dei conti, nonostante la scelta, in buona fede, fatta dal Ministero, di dare agli uffici una traccia da seguire, questi ultimi hanno indicato nelle loro linee guida – chi più chi meno – un elenco di documenti da includere, creando «condizioni “tacite” di ammissibilità»⁴⁷⁹ dell’istanza, sconosciute al dato normativo, oltre che disuguaglianze di trattamento.

Il successivo *step* prevede, come condizione sospensiva alla redazione del programma di trattamento, lo svolgimento da parte dell’U.E.P.E. di un’indagine socio-familiare, nella quale l’ufficio reperisce informazioni sulle possibilità economiche dell’imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie, nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione da svolgersi in centri o strutture sia pubbliche che private presenti sul territorio. Sulla base dei dati raccolti, l’ufficio predispone il contenuto del programma trattamentale, acquisendo su di esso il consenso dell’imputato e l’adesione dell’ente o del soggetto presso il quale l’imputato è chiamato a svolgere le proprie prestazioni. A tal proposito, il Ministero della giustizia ha predisposto una circolare che, indirizzata agli U.E.P.E. dislocati sul territorio nazionale, ha individuato le prescrizioni indispensabili, da osservarsi nella redazione di un programma di trattamento⁴⁸⁰.

In particolare, una volta definito il programma di trattamento come il documento elaborato all’esito di un processo conoscitivo che si realizza di norma nel corso dell’indagine sociale, nel quale sono indicati gli impegni e le modalità di esecuzione della prova comportamentale, compito dell’U.E.P.E. è la formulazione di una proposta che ha l’obiettivo di: prevenire e ridurre la recidiva e contribuire alla sicurezza collettiva; promuovere una riflessione critica del reo sulle condotte antigiuridiche, responsabilizzandolo sulle conseguenze verso la comunità e la vittima; favorire un’adeguata riparazione del danno arrecato alla vittima e/o alla collettività; promuovere quando necessario il reinserimento sociale del soggetto e la sua riabilitazione e l’abbandono dei comportamenti illeciti.

Una volta confezionato, il progetto è trasmesso al giudice procedente, assieme all’indagine socio-familiare e alla relazione, in cui sono contenute le “considerazioni” in base alle quali

può essere considerata un legittimo motivo per ritenere incompleta la domanda e, dunque, respingerla, come fa il protocollo d’intesa per la sospensione del procedimento con messa alla prova in Umbria che prevede come la disponibilità dell’ente debba essere accertata dall’imputato. Sul punto, cfr. L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1769, secondo la quale «Al di là del dato normativo, a concludere diversamente si rischierebbe di aprire un ulteriore profilo di disuguaglianza tra chi è difeso da un avvocato con molti contatti nel mondo delle associazioni – o che comunque può investire tempo per curare al meglio gli interessi del cliente – e chi invece, magari difeso d’ufficio, incontra più difficoltà nel raggiungere un ente disponibile, convenzionato o non convenzionato».

⁴⁷⁹ Così L. BARTOLI, *op. ult. cit.*

⁴⁸⁰ Ministero della Giustizia – Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria – Ufficio del Capo del Dipartimento (Santi Consolo) – Circolare n. 3661/6111 del 5 marzo 2015, avente per oggetto “Programma di trattamento per richiedenti misure alternative – articolo 72, co. 2 lett. c) dell’ordinamento penitenziario – e sospensione del procedimento con messa alla prova – art. 464-*bis* c.p.p. – Avvio della sperimentazione”.

l'ufficio ha ritenuto i caratteri del programma stilato coerenti e confacenti con i risultati dell'indagine svolta.

È proprio a questo punto che subentra l' "assolo" del giudice, il quale, dotato di poteri discrezionali particolarmente intensi - sui quali ci si soffermerà nel corso della trattazione - decide se disporre o meno la sospensione del procedimento con messa alla prova, avvalendosi, qualora lo voglia, di un'indagine suppletiva, finalizzata ad ottenere, attraverso la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, ogni informazione necessaria con riguardo alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato, che debbono essere portate tempestivamente a conoscenza del pubblico ministero e del difensore dell'imputato. Riservando al prosieguo della trattazione il compito di tratteggiare il *modus decidendi* dell'autorità giudiziaria, quello che preme ora sottolineare è la difformità tra il piano teorico-normativo e quello pragmatico-casistico, tra quello che dovrebbe essere e quello che effettivamente accade (nelle aule giudiziarie) rispetto a quanto tracciato fino ad ora.

Dalla lettura dell'art. 141-ter disp. att. c.p.p., in combinato disposto con l'art. 464-bis c.p.p., si evince, infatti, come l'architettura del *probation* processuale sia paragonabile ad una catena di montaggio, fondata su una successione ben scandita di atti e compiti che, posti in essere da soggetti ben individuati, si "assemblano" tra loro, instaurando e guidando l'attivazione e la messa in opera dell'istituto.

Stando ad un'interpretazione rigorosa del dettato normativo, la regola generale impone che ad "aprire le danze" sia l'imputato attraverso una richiesta personalissima, indirizzata al giudice procedente, contenente il programma di trattamento, realizzato su istanza e con l'accordo dell'interessato, mentre l'alternativa (lo sviamento dalla regola), ossia la presentazione dell'istanza con allegata la sola richiesta di elaborazione del predetto programma, subentra in via eccezionale, essendo prevista solo "nel caso in cui non sia stata possibile l'elaborazione (del programma)", ossia nelle ipotesi in cui il richiedente non abbia la disponibilità del documento, per fatti a lui non imputabili. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ristrette tempistiche del giudizio immediato (non custodiale), del giudizio direttissimo⁴⁸¹, del procedimento per decreto, o al carico di lavoro dell'U.E.P.E. che, impedendo all'ufficio di predisporre, per tempo, il progetto di trattamento, non possono tradursi in cause di irricevibilità della domanda (di messa alla prova) a scapito dell'imputato, risultando compatibile con il dato normativo la scelta da parte del giudice,

⁴⁸¹ Secondo BOVE, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti"*, cit., 4, nel giudizio direttissimo, a causa dei tempi particolarmente ristretti che connotano il procedimento, è estremamente difficile che l'imputato possa avere a disposizione non solo il programma di trattamento, ma addirittura l'attestato di presentazione della richiesta all'U.E.P.E. Ciò posto, a detta dell'Autrice, una soluzione, compatibile con il dettato normativo, potrebbe essere la fissazione di un breve rinvio, da parte del giudice, per consentire all'imputato di avanzare all'U.E.P.E. la richiesta di elaborazione del programma, la cui attestazione sarà presentata al giudice competente; se questi riterrà che sussistano i presupposti per concedere la sospensione, concederà un ulteriore breve rinvio per permettere la stesura del programma dell'U.E.P.E. d'intesa con l'imputato.

qualora ritenga non sussistenti ragioni di inammissibilità della richiesta, di disporre un breve rinvio, affinché l'U.E.P.E. possa predisporre per tempo il programma di trattamento. Solo in questi casi entra in gioco la deroga alla regola generale.

La disposizione, tuttavia, tace sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla mancata allegazione, nell'istanza, della richiesta di elaborazione del programma, per un fatto imputabile al reo, non essendo l'omessa indicazione sanzionata a pena di inammissibilità: silenzio normativo che riduce sensibilmente il valore vincolante del requisito, la cui carenza è oggetto di interpretazioni variabili⁴⁸².

Il meccanismo, che, tuttavia, ha preso piede nella prassi giuridica ha, invece, invertito l'ordine degli addendi, alterando il rapporto tra regola ed eccezione, al fine non solo di rendere più agevole l'iter giudiziario, ma anche di impedire un inutile dispendio di energie e risorse da parte dell'UEPE, qualora il giudice *ex post* rigetti la richiesta. Nel dettaglio, non essendo stata assunta alcuna misura a livello organizzativo, per far sì che gli uffici fossero preparati ad affrontare le numerosissime richieste di elaborazione del programma di trattamento, si è andata sempre più a consolidarsi la prassi per cui l'imputato si trova ad avanzare l'istanza di messa alla prova al giudice, allegando solamente la richiesta di elaborazione del programma, che, in concreto, consiste unicamente in una comunicazione via email da inviare via PEC agli uffici UEPE, cosicché l'autorità giudiziaria possa vagliare l'ammissibilità della domanda, anche compiendo gli atti istruttori necessari a tale scopo, e individuare, sentite le parti, i contenuti minimi del programma, a cui l'UEPE deve conformarsi nella redazione del progetto, da comunicare alla data di rinvio dell'udienza.

Nella versione modificata, si assiste, dunque, ad una invasione di campo, dettata da una interferenza di ruoli, ben tangibile, in quanto il giudice, a cui spetterebbe la sola valutazione e la eventuale modifica del programma trattamentale, subentra sin dagli albori nella elaborazione del programma, espropriando gli uffici dell'esecuzione penale esterna dal compito loro riservato *ex lege* di inaugurare la veste del progetto trattamentale.

⁴⁸² Nel caso di specie, secondo una parte della dottrina, cfr. LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflattivo*, Milano, 2017, 279, a fronte del dettato normativo, dovrebbe risultare impedito l'accoglimento della richiesta, non essendo previsto formalmente che il giudice possa sospendere la decisione in attesa che il soggetto provveda all'elaborazione del progetto, insieme all'UEPE; secondo altri, invece, vi è una ragione di economia processuale nell'ammettere la possibilità che il programma sia stilato sempre (o nella maggioranza dei casi) in un secondo momento, cfr. cfr. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit., 433, che si riferisce al fatto che «il giudice non è costretto a valutare il programma presentato - o ad attenderlo se ancora non fornito - per esprimere il suo dissenso alla prova in ragione della carenza della prognosi di non recidivazione». In giurisprudenza, sul punto, cfr. Trib. Taranto, G.i.p. Rosati, 22 settembre 2015, che ha pedissequamente dichiarato inammissibile l'istanza non corredata da un programma o da una richiesta di elaborazione, muovendo dal presupposto che il suddetto requisito non è solamente formale, ma anche sostanziale, assolvendo alle funzioni di attestare la volontarietà della sottoposizione alla prova e ti attivare l'ufficio di esecuzione penale esterna.

Così aggiornata, la procedura ha rafforzato il dubbio – già ben consistente – su chi ricada il compito di quantificare il periodo di messa alla prova, fortemente condizionante i caratteri qualitativi del programma di trattamento, poiché se, da un lato, un’indicazione del genere da parte dell’UEPE sembrerebbe sconfinare dalle competenze dell’ufficio⁴⁸³, essendo un’attività prettamente giurisdizionale, dall’altro, riconoscere tale mansione al giudice potrebbe sollevare un problema di compatibilità con le attività successive che l’organo è chiamato a svolgere, qualora l’istituto non trovi applicazione⁴⁸⁴.

Orbene, più sono gli interrogativi che aleggiano attorno all’istituto, più si infittiscono le modalità di applicazione dello stesso, incentivando un clima di disorientamento e disuguaglianza di trattamento nella realtà giuridica, dove, invero, è sempre più avvertita l’esigenza di predisporre percorsi che consentano di realizzare soluzioni organizzative uniformi, capace di far rodare al meglio, e senza discrepanze, la macchina della messa alla prova attraverso la costruzione di solidi “ponti comunicativi” tra giurisdizione, uffici di esecuzione penale esterna ed individui della società civile.

7. Il contenuto del programma di trattamento o della pena? Forme di metonimie giuridiche.

L’aspetto rivoluzionario della sospensione del procedimento con messa alla prova è rappresentato dal programma di trattamento, il cui contenuto, così ricco e variopinto, non prestandosi a facile letture, rende indispensabile un delicato lavoro di sezionamento, da cui ricavare – per quanto possibile - i tratti genetici e la natura giuridica della “prova”, a cui è sottoposto l’accusato che ne fa richiesta.

Che l’argomento sia avvolto da un’aurea di nebulosità e complessità lo si percepisce sin da subito, soffermandosi sugli aspetti “statici” della materia, ossia sul lessico giuridico impiegato e sulle fonti normative che la disciplinano.

Il percorso trattamentale, finalizzato a risocializzare l’imputato e ad assistere gli interessi della persona offesa, viene, infatti, indicato con plurimi nomi⁴⁸⁵ - da “programma di trattamento”, a “progetto di trattamento”, passando per “prova”, fino a “trattamento”, accompagnato, talvolta, dall’aggettivo “sanzionatorio” - che destano nell’operatore

⁴⁸³ A titolo esemplificativo, la durata della messa alla prova è indicata dal Tribunale Lazio, Molise, Abruzzo.

⁴⁸⁴ In tal caso, secondo SALVADORI, ARATA, *La scommessa “culturale” della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, in *Quest. Gius.*, 17 ottobre 2014, la definizione, da parte del giudice, di una durata possibile del trattamento potrebbe costituire una sorta di anticipazione del giudizio di responsabilità sul fatto contestato; gli Autori, inoltre, hanno riportato la soluzione intermedia, adottata dal Tribunale di Torino, nella quale si è affidato all’imputato il compito di indicare al giudice, nell’ambito dell’interlocuzione svolta nel corso dell’udienza in cui presenta l’istanza, la durata del periodo in cui si rende disponibile a svolgere il lavoro di pubblica utilità.

⁴⁸⁵ Sul punto, cfr. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 669, il quale rileva che il termine “programma” venga utilizzato dal legislatore ora come contenuto specifico connesso all’affidamento al servizio sociale, ora come contenitore di tutte le prescrizioni da svolgere durante il periodo di messa alla prova.

giuridico quel senso di disorientamento, acuito, a sua volta, dall'*impasse* di coordinare la normativa sostanziale e quella processuale⁴⁸⁶, che mostrano punti di divergenza, difficili da conciliare, sul contenuto delle attività da svolgere durante il periodo di messa alla prova.

Prima di procedere alla carrellata delle prescrizioni che compongono il *puzzle del* trattamento, la normativa ha reso omaggio alla sospensione del procedimento minorile, riprendendo da essa l'indicazione per cui il programma debba prevedere, ai sensi dell'art. 464-*bis*, sub a), c.p.p., le modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale. La partecipazione dei soggetti "vicini" all'accusato, se è vincolante nel settore minorile, dove il coinvolgimento della famiglia è indispensabile nella redazione del progetto, è, invece, facoltativa nei confronti degli adulti, essendo prevista per legge solo "ove ciò risulti necessario e possibile"⁴⁸⁷: differenza ragionevole, dettata dalla previsione in capo al genitore verso il minore di precisi obblighi giuridici, del tutto assenti nei confronti del maggiorenne⁴⁸⁸. Orbene, a questo punto non resta che leggere congiuntamente gli artt. 168-*bis* c.p. e 464-*quater* c.p.p., al fine di unire, a mo' di collage, i ritagli delle due disposizioni, e attribuire una disciplina, quanto più organica (e prevedibile) al contenuto del programma di trattamento.

Nonostante la difficoltà di far fede, congiuntamente, a due dettati normativi tra loro non sovrapponibili, è possibile dividere le prescrizioni della messa alla prova in due macro-categorie, a loro volta ulteriormente scomponibili: la prima, contenente le attività ristorative nei confronti della vittima del reato; la seconda, finalizzata a raccogliere adempimenti di rilievo sociale, che si risolvono esclusivamente a vantaggio della collettività.

Ciò posto, nella prima sezione un ruolo fondamentale è svolto da quelle condotte che meglio si prestano, secondo il linguaggio sostanziale, ad "eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato" o - per dirlo con le parole processuali - "ad elidere o ad attenuare le conseguenze del reato. Nonostante i due codici condividano la medesima finalità, seppur espressa con differenti formule linguistiche, essi disciplinano diversamente le attività, funzionali al suddetto risultato. In particolare, se l'art. 168-*bis* c.p. disciplina le prescrizioni riparatorie e risarcitorie come due (distinte) attività, autonome, indipendenti e

⁴⁸⁶ Il problema è posto in luce da L. BARTOLI, 1756, secondo la quale, pur essendo le attività del *probation* dettate "in stereofonia" dal codice penale e dal codice di procedura penale, «i due testi [...] mostrano varie discrepanze a partire dalla stessa "confezione" del trattamento»

⁴⁸⁷ Secondo GALLUZZO, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in www.treccani.it, si tratta di «un'endiadi che, da un lato, si riferisce alle sole ipotesi in cui in cui il percorso di prova è indipendente rispetto all'ambiente familiare e di vita dell'interessato, e, dall'altro, esime dalla partecipazione i soggetti vicini all'imputato».

⁴⁸⁸ Per un approfondimento, cfr. CESARI, *Art. 464-bis c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso, Illuminati, Padova, 2015, 2130, secondo la quale, essendo difficile ipotizzare la presenza nel programma di trattamento di previsioni, frutto dell'accordo tra accusato e giudice, che obblighino terzi, le forme di coinvolgimento eventualmente stabilite a loro carico richiedono di essere adempiute su base volontaria.

concorrenti tra loro, di converso, l'art. 464-*bis*, co. 4, lett. b), c.p.p. pone sullo stesso piano il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e quelle restitutorie, considerandole tra loro alternative, poiché ciascuna, di per sé, idonea a rimuovere o ad alleviare le conseguenze del reato.

Al fine di capire da quale parte pende l'ago della bilancia, occorre precisare che, essendo il diritto una scienza valutativa, anche in questo contesto non è possibile tracciare soluzioni nette e ben marcate, atteso che le attività riparatorie e risarcitorie non hanno una fissa ed univoca modalità di manifestazione, ma si plasmano sulle caratteristiche dei reati a cui conseguono. Quanto si va sostenendo trova un effettivo riscontro, qui di seguito dimostrabile. In particolare, le condotte riparatorie, per quanto abbiano accresciuto la loro fama, passando dalla "periferia" al "centro" del sistema penale⁴⁸⁹, non sono prestazioni suscettibili di avere una portata generale, se solo si pensi che nei reati di pura condotta o in quelli senza vittima le conseguenze dannose o pericolose possono mancare, o, ancora, ai reati di pericolo o a quelli permanenti, nei quali è difficile - per non dire impossibile - ripristinare lo *status quo ante* alla commissione del reato⁴⁹⁰.

Per quanto riguarda il profilo "monetario" della questione, il risarcimento del danno, rivestendo una funzione essenzialmente economica, poiché attua una traslazione di una perdita dal soggetto passivo, che l'ha subita, all'agente individuato come responsabile in base ad uno dei criteri di imputazione, consiste nel pagamento volontario di una somma di denaro a titolo compensativo dei danni, patrimoniali e non, causati dal reato.

Pur essendo, in astratto, la condotta risarcitoria soggetta al principio di integrale riparazione del danno⁴⁹¹, quest'ultimo diretto a ristabilire l'equilibrio alterato a causa del fatto penalmente illecito, tuttavia, il tentativo di assicurare una riparazione integrale del pregiudizio è meramente illusorio, non solo per la difficoltà di rinvenire un valore di mercato cui ancorare, effettivamente, la liquidazione⁴⁹², ma anche per altre diverse cause.

⁴⁸⁹ Ci si riferisce, in particolar modo, all'istituto dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie che, previsto originariamente, ex art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 solo nei confronti dei reati rientranti nella competenza del giudice di pace, è stato recentemente esteso anche nel giudizio ordinario con la nuova causa di estinzione del reato, prevista dall'art. 162-*ter* c.p.

⁴⁹⁰ LEOPIZZI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Considerazioni a caldo sul prevedibile impatto della riforma e qualche riflessione de iure condendo*, in *Gius. pen.*, 2014, 617, ha stilato, a titolo esemplificativo, un elenco di condotte riparatorie, suscettibili di essere inserite in un ipotetico programma di *probation*: chi abbia invaso un fondo privato al fine di occuparlo, deve lasciarlo all'avente diritto, libero da cose e persone; chi ha costruito un edificio senza il permesso di costruire e l'autorizzazione dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, lo deve demolire; chi tiene condotte moleste oppure provoca emissioni di fumo, gas e vapori molesti oppure si è appropriato di beni mobili altrui, deve cessare tali comportamenti».

⁴⁹¹ Per un approfondimento sul principio di integrale riparazione, senza pretesa di esaustività, cfr. MASTROPAOLO, voce *Danno - Risarcimento del danno*, in *Enc. giu.*, Roma, X, 1988. 6 ss.

⁴⁹² Cfr., FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; nonché TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*.

Riprendendo, infatti, l'orientamento giurisprudenziale⁴⁹³, avente ad oggetto l'istituto affine e "familiare" a quello in esame, ossia il *probation* penitenziario, il risarcimento del danno, nell'ambito del programma di trattamento della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, è oggettivamente non realizzabile qualora ricorrano cause non addebitabili all'accusato, quali: la mancanza di un danno o, comunque, di un pregiudizio quantificabile a seguito della violazione formale di una fattispecie incriminatrice; l'irreperibilità della persona offesa o degli aventi diritto, ovvero il rifiuto da parte degli stessi di avere ogni tipo di contatto con l'imputato; la dichiarazione ad opera della "vittima" di essere stata integralmente risarcita; ovvero l'espressa rinuncia dell'avente diritto a pretendere il risarcimento⁴⁹⁴.

L'impossibilità di adempiere la condotta risarcitoria, inoltre, è giustificata anche da cause che avvolgono la sfera personale dell'accusato, come le sue scarse condizioni economiche, rintracciate dall'U.E.P.E. nelle indagini socio-familiari, condotte preliminarmente alla redazione del programma di trattamento, atteso che, qualora così non fosse, si sottoporrebbe l'imputato ad una prestazione inesigibile⁴⁹⁵, contrastante con il brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.

Se il carattere "condizionato" e "relativo" delle condotte risarcitorie è stato confermato dallo stesso legislatore nella parte in cui ha previsto la loro presenza nel programma di trattamento solo "ove [il risarcimento del danno] sia possibile", lo stesso trattamento, tuttavia, non è stato esteso alle condotte riparatorie e restitutorie, quando, invece, (anche per queste ultime) sarebbe stato corretto statuire la medesima disciplina, essendo le stesse non sempre, in concreto, realizzabili.

In tale contesto, dunque, lascia il tempo che trova la necessità di scegliere la soluzione migliore tra la cumulabilità o l'alternatività delle condotte risarcitorie, riparatorie e restitutorie, in quanto ciò che preme assicurare è una interpretazione della normativa che garantisca la finalità perseguita dal combinato disposto delle due disposizioni, ossia l'attenuazione o l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, a prescindere da come (*quomodo*) essa venga raggiunta (se attraverso tutte o solo una delle suddette condotte): ciò spiega il carattere flessibile del contenuto del programma, modellato sul fatto commesso, sulla personalità e sul contesto di vita economico-sociale dell'individuo, sulle esigenze della vittima e sulle risorse disponibili che rendono effettivamente concrete le prescrizioni.

⁴⁹³ Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2016, Minzolini, in *Mass. uff.*, n. 265831.

⁴⁹⁴ Secondo FIORENTINI, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, in *Guida al dir.*, 2014, 75, le suelencate ipotesi rappresentano idonee giustificazioni all'omesso adempimento dell'obbligazione risarcitoria o all'omessa tacitazione delle ragioni creditorie della persona offesa.

⁴⁹⁵ Non è condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale è legittimo il rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova contenente solo una generica dichiarazione dell'imputato di voler risarcire il danno, essendo egli tenuto a comprovare, con idonee allegazioni, il suo intento di porre in essere condotte riparative, cfr. Cass., Sez. III, 1° aprile 2016, n. 13235, Venanzetti, in *Mass. uff.*, n. 266322.

Aderendo, quindi, alla visione finalistica del programma di trattamento, è possibile fornire una risposta, in chiave positiva, al quesito se sia possibile o meno per l'imputato, che, sottoscrivendo il programma, si obbliga personalmente ad avvalersi dell'adempimento di terzi. Il problema, tutto sommato, non è nuovo, anzi ha coinvolto molteplici istituti, vicini a quello in esame, come le circostanze attenuanti *ex art. 62 c.p.* e la causa di estinzione del reato per condotte riparatorie *ex art. 35 d.lgs. n. 274*, e dopo essere stato oggetto di studio da parte di una giurisprudenza⁴⁹⁶ un po' ondivaga, ha trovato un punto fermo nella presa di posizione da parte della Corte costituzionale che, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, ha sottolineato come il risalto della natura soggettiva dell'obbligazione non solo comporterebbe «una macroscopica disparità di trattamento tra danneggianti a seconda delle loro condizioni patrimoniali, ma si risolverebbe in un inammissibile restringimento del diritto alla resipiscenza o al ravvedimento che verrebbe riservato alle sole persone provviste di mezzi finanziari che siano in grado di provvedere personalmente all'integrale ristoro dei danni»⁴⁹⁷. Sulla scorta di tale insegnamento, la giurisprudenza di legittimità in relazione agli istituti suelencati, ha aperto le porte al risarcimento proveniente dal terzo⁴⁹⁸, non trovando, al momento, ostacoli applicativi nell'estendere il principio anche alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

A differenza di tutte le altre prescrizioni contenute nel programma, il risarcimento del danno non può essere adempiuto durante l'intero arco temporale della messa alla prova, ma entro il termine indicato dal giudice, eventualmente prorogabile una sola volta, per gravi motivi e su istanza dell'imputato⁴⁹⁹.

Sempre nell'ambito della prima macro-categoria, ossia quella riguardante le attività ristorative della vittima, è possibile inserire la prescrizione della mediazione tra imputato e

⁴⁹⁶ In senso restrittivo rispetto alla possibilità di accogliere il risarcimento del danno da parte dei terzi, cfr. Cass., Sez. Un. 23 novembre 1988, Presicci, in *Mass. uff.*, n. 181084, con nota critica di PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno*, in *Cass. pen.*, 1989, 1181, in cui la Suprema Corte aveva statuito che l'attenuante della riparazione del danno non fosse applicabile qualora il risarcimento fosse stato effettuato da un ente assicuratore, anche se il contratto di assicurazione fosse stato stipulato dall'imputato per la propria responsabilità civile, perché, essendo detto contratto stipulato prima della commissione del reato, e dovendosi individuare la ragione ispiratrice della circostanza nella resipiscenza che si esprime con l'atto di riparazione, il comportamento risarcitorio, per integrare la previsione normativa, deve essere posto in essere dall'imputato dopo l'esaurimento del reato e non può essere sostituito da una condotta antecedente al reato stesso, concepita solo in previsione ed a titolo di garanzia per le conseguenze dannose che esso potrebbe produrre, cioè per sfuggire all'adempimento dell'obbligo di integrale risarcimento.

⁴⁹⁷ Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138.

⁴⁹⁸ Cass., Sez. IV, 24 settembre 2008, n. 41043, in *Guida al dir.*, 2008, 49, sostenendo che «ai fini dell'operatività della speciale causa di estinzione dei reati di competenza del giudice di pace prevista dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, non è necessario che al risarcimento provveda personalmente l'imputato, assumendo rilevanza anche il risarcimento integrale effettuato dalla compagnia con la quale quest'ultimo si era assicurato»

⁴⁹⁹ L'art. 464-*quinquies* c.p.p. statuisce, in ordine alle modalità di pagamento, che il giudice possa autorizzare la rateizzazione delle somme dovute se vi consente la persona offesa.

persona offesa che, seppur accolta nei primi tempi con entusiasmo da parte della comunità scientifica, ha mostrato di lì a breve i profili più deboli e incerti del suo volto apparentemente suggestivo.

Ma procediamo con ordine.

A fronte del silenzio del codice penale, se formalmente è possibile rintracciare i riferimenti normativi della mediazione sia nell'art. 464-*bis*, lett. c), c.p.p., a detta del quale il programma prevede "le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa, sia nell'art. 141-*ter* disp. att. c.p.p., nella parte in cui dispone che l'U.E.P.E. riferisca specificatamente sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio, sostanzialmente si riscontra, tuttavia, un vuoto normativo, non essendo stata prevista, nel merito, alcuna disciplina. Di conseguenza, in tema di "mediazione" non resta che avvalersi della nozione data e dei risultati provenienti *aliunde*, al fine di cogliere l'effettivo legame tra la forma più diffusa negli altri ordinamenti giuridici, europei e non, di giustizia riparativa e l'istituto della messa alla prova. Definita dalla normativa internazionale come il procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)⁵⁰⁰, la mediazione consente di ripristinare un contatto comunicativo tra le parti coinvolte, che accettano di assumere il punto di vista dell'altro, ponendo come *condicio sine qua non* il riconoscimento del reato da parte dell'autore, al fine di incentivare il processo di comprensione del disvalore oggettivo commesso.

Se questo è il punto da cui partire per effettuare un raffronto, è da ritenere più che ragionevole l'inserimento nella disposizione processuale della clausola normativa "ove possibile", funzionale ad assicurare la volontarietà delle parti nel collaborare e risolvere il conflitto ingenerato dal reato⁵⁰¹, mentre risulta del tutto carente il presupposto logico-formale della ammissione della responsabilità penale, non essendo la confessione un requisito della messa alla prova. Inoltre, la mediazione, essendo un fenomeno *extra*-processuale, è affidata non al giudice, bensì alla figura del mediatore che, tuttavia, anche in questa occasione, non è riuscita a trovare un'apposita normativa in grado di disciplinare uniformemente, sul territorio nazionale, il suo profilo formativo ed organizzativo.

Così impostata, la mediazione, nell'ambito del programma trattamentale, rischia di tradursi, sul piano operativo, in una prescrizione del tutto ipotetica, che, facendosi portavoce delle

⁵⁰⁰ Raccomandazione 19(99) del Consiglio d'Europa.

⁵⁰¹ Nel caso in cui la vittima non presti il proprio consenso alla mediazione, tuttavia tanto in fase di ammissione della misura quanto in fase di valutazione della prova, bisogna ugualmente dare rilievo alla disponibilità e all'impegno profuso dall'imputato sul versante della riparazione intersoggettiva piuttosto che all'effettivo conseguimento del risultato o alla soddisfazione della persona offesa.

istanze risocializzative e rieducative, più a parole che a fatti, rappresenta, al momento, un miraggio allettante, ma di difficile realizzazione di giustizia riparativa⁵⁰².

Nell'ambito della seconda macro-categoria, ossia quella rivolta a vantaggio della collettività, l'art. 168-*bis*, co. 2, c.p. prevede l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che **può** implicare tra l'altro attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. La disposizione riecheggia, senza sforzi interpretativi, il contenuto dell'affidamento in prova al servizio sociale, regolato dall'art. 47 ord. pen., in cui, tuttavia, il destinatario è un soggetto condannato in via definitiva, a differenza del *probation* processuale, che è rivolto ad un imputato da ritenere presunto innocente, suscitando remore sulla compatibilità con il principio di presunzione di non colpevolezza ex art. 27, co. 2, Cost. Come se ciò non bastasse, le prescrizioni comportamentali tipiche, indicate dalla disposizione, a detta della giurisprudenza⁵⁰³, sono meramente esemplificative e, dunque, possono essere integrate da prescrizioni innominate, finalizzate a limitare ulteriormente la sfera della libertà personale dell'individuo, assegnando al programma di trattamento una forte carica afflittiva e sanzionatoria e comportando seri dubbi di compatibilità con il principio di tassatività⁵⁰⁴.

Regolamentata sotto forma di possibilità è lo svolgimento di attività di volontariato di rilievo sociale⁵⁰⁵, che per la vaghezza e la fumosità dei contenuti, rischia di tradursi in una copia della ulteriore ed indefettibile prescrizione del lavoro di pubblica utilità, determinando una duplicazione del volto sanzionatorio della misura.

⁵⁰² Più che condivisibili sono le osservazioni fatte da L. BARTOLI, *op. ult. cit.*, 1767, secondo la quale «se per giustizia riparativa si intende la promozione di forme di riparazione del danno più veloci e dirette, la messa alla prova sicuramente ne è manifestazione. Se invece ci si rifà alle definizioni normative di giustizia riparativa o ai teorici del *restorative justice*, il discorso cambia di molto: si tratterebbe di procedure che lasciano ai protagonisti dei fatti - autore e vittima - la ricerca di una soluzione, pur guidati e aiutati da un terzo imparziale. La messa alla prova non segue questa china: è il frutto di un patto tra giudice e imputato, senza che la persona offesa abbia altre facoltà oltre a quella di essere sentita, accettare o rifiutare l'esperimento di un percorso di mediazione e chiedere al pubblico ministero di impugnare l'ordinanza di sospensione. La vittima, in fin dei conti, continua ad essere un soggetto marginale, che si ha tutt'al più il dovere di tutelare».

⁵⁰³ In relazione all'affidamento in prova al servizio sociale, cfr. Cass., Sez. I, 7 aprile 1998, Girardo, in *Mass. uff.*, 211029, le prescrizioni atipiche purché non contrarie alla legge e non immotivatamente afflittive, devono considerarsi legittime se rispondenti alla finalità di impedire al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possano portare al compimento di altri reati.

⁵⁰⁴ Similmente titubante, in ordine alla conformità della normativa con il principio di determinatezza, TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, 1, 23.

⁵⁰⁵ Secondo FIORENTIN, *Volontariato quale forma di "riparazione sociale"*, in *Guida al dir.*, 2014, 78, tale attività dovrebbe essere sempre prescritta nella circostanza in cui l'imputato, a causa della indisponibilità patrimoniale o impossibilità oggettiva di adempiere, non sia nelle condizioni di risarcire, «configurandosi in dette ipotesi il volontariato sociale quale forma di riparazione sociale del danno causato dal reo alla società civile con la propria condotta».

A questo punto, non resta che spostare l'attenzione sul cuore pulsante del programma di trattamento, appartenente alla macro-categoria pubblicistica, ossia sul lavoro di pubblica utilità, consistente in una prestazione non retribuita, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, gli enti territoriali (Regioni, Province e Comuni), le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. L'oggetto e i contenuti del lavoro vengono individuati tenendo conto del profilo professionale e delle attitudini lavorative dell'imputato, cosicché anche l'ente presso cui la prestazione viene effettuata possa appieno beneficiarne, e le modalità di esercizio non devono pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del medesimo.

A differenza di tutte le altre prescrizioni, il lavoro di pubblica utilità, come può desumersi dalla lettura combinata dell'art. 168-*quater* c.p., secondo cui il rifiuto dell'imputato alla prestazione rappresenta una causa di revoca dell'istituto, con l'art. 464-*bis*, co. 4, lett. b) c.p.p., che indica il lavoro di pubblica utilità tra i contenuti obbligatori del programma, è disciplinata come un'attività necessariamente prevista nel programma di trattamento.

Il carattere cogente della prescrizione ha posto non pochi dilemmi sul piano applicativo, tanto è vero che, nella sua versione originaria, il disegno di legge indicava il lavoro come un'attività "eventuale e non obbligatoria", divenendo, invece, nel passaggio dalla Camera al Senato, un requisito essenziale per la messa alla prova.

Sono, infatti, più che condivisibili le obiezioni rivolte alla radicalità della scelta compiuta dal legislatore, considerato che le carenze organizzative degli enti e degli istituti ad essi parificati, nonché la difficoltà di reperire un posto di lavoro secondo i canoni prescritti possono rendere particolarmente problematico, in concreto, l'adempimento della prescrizione. Il legislatore, invece, ha ignorato del tutto tale eventualità, prediligendo il carattere del tutto vincolante del lavoro di pubblica utilità, al punto da precludere in via assoluta l'accesso al beneficio, anche a fronte dell'eventuale sforzo dell'imputato nella ricerca di una collaborazione lavorativa, o della fattiva cooperazione con gli U.E.P.E., naufragate, tuttavia, nel mancato reperimento di un soggetto presso cui effettuare la prescrizione. Si sarebbe, infatti, potuto elaborare una normativa "compromissoria", capace di non far ricadere sull'imputato, per una causa a lui non addebitabile, nonché dipendente anche dal tessuto economico-sociale in cui quest'ultimo è inserito, la mancanza di un requisito e, quindi, la perdita di una *chance* di beneficio, prevedendo, nei casi di impossibilità oggettiva, un rinvio dell'udienza, da parte del giudice, funzionale a reperire una possibilità lavorativa⁵⁰⁶.

A ben considerare, la soluzione era a portata di mano: il legislatore avrebbe potuto ritenere non solo il risarcimento del danno, ma anche il lavoro di pubblica utilità "necessario, solo

⁵⁰⁶ Soluzione proposta anche da CESARI, *Sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 1035, la quale, tuttavia, prospetta anche l'altra faccia della medaglia della suddetta soluzione: «si prospetterebbe il rischio di far perire la vicenda giudiziaria per l'intervento della prescrizione, così di fatto traducendo il nuovo istituto a sfondo riparativo in una occulta dinamica di impunità, con costi sociali assai alti.

ove possibile”, così da permettere, ove si fosse dimostrata l’assoluta irreperibilità di un posto di lavoro, l’ammissione della messa alla prova e l’adempimento delle altre e diverse prescrizioni del programma, salvo il dovere di reintrodurre, non appena disponibile, il lavoro di pubblica utilità⁵⁰⁷. Nonostante il dato normativo attuale sia univoco nel configurare, nell’ambito della sospensione del procedimento con messa alla prova, la prestazione del lavoro di pubblica utilità come un’attività indefettibile, a cui non poter e voler rinunciare, appare ragionevole incentivare interpretazioni maggiormente “sistemiche” da parte dei giudici comuni, tese a rintracciare, così come è stato fatto in via analogica per le condotte riparatorie, un carattere maggiormente elastico alla obbligatorietà della prescrizione e, quindi, a riconoscere l’operatività dell’istituto a fronte della impossibilità oggettiva del lavoro di pubblica utilità, valorizzando l’impegno e la serietà dell’imputato nel trovare una posizione di lavoro, permetterebbe di fugare qualsiasi dubbio di contrasto della normativa con gli artt. 3 e 24 Cost.

Concludendo: il problema che pone il lavoro di pubblica utilità è quello della concreta operatività, allorquando non vi siano oggettive possibilità presso le categorie di enti, previste dalla legge, che tengano conto delle professionalità e attitudini dell’imputato. Deve ritenersi, tuttavia, che tale evenienza non possa precludere l’accesso al rito qualora l’imputato si sia attivato per tempo e seriamente per trovare l’occasione lavorativa senza riuscirci, procedendosi all’approvazione del programma con le altre prescrizioni imposte ove ritenute idonee.

La scelta da parte del legislatore di condizionare l’applicazione dell’istituto alla presenza della prestazione lavorativa stride, ulteriormente, con la perdita di credibilità del lavoro di pubblica utilità, che negli ultimi anni, pur essendo un istituto poliedrico, non ha prodotto i risultati sperati in alcuno dei settori in cui è stato utilizzato⁵⁰⁸, a causa sia del ristretto numero di enti con cui stipulare le convenzioni, sia della difficoltà di assicurare un controllo pratico ed effettivo; problemi che, seppur in parte attenuati nell’istituto di nuovo conio dall’incremento delle strutture presso cui effettuare la prescrizione e dalla possibilità di

⁵⁰⁷ Sul punto, cfr. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.cortedicassazione.it, 7.

⁵⁰⁸ La poliedricità del lavoro di pubblica utilità è ricavabile dal fatto di essere stato posto al centro del funzionamento di numerose discipline normative, in qualità di: pena principale irrogabile dal giudice di pace (alternativamente alla permanenza domiciliare); di misura sostitutiva della pena pecuniaria non adempiuta; di sanzione sostitutiva della pena detentiva in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope ai sensi dell’art. 73, co. 5-bis, d.p.r. 309 del 1990; di pena sostitutiva per la guida in stato di ebbrezza ex artt. 186, co. 9-bis e 187, co. 8-bis, d.lgs. 285 del 1992; di sanzione amministrativa accessoria nell’art. 224-bis del codice della strada; di prescrizione cui subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena ex art. 165, co. 1, c.p.

avvalersi anche di enti non convenzionati⁵⁰⁹, permangono questioni complicate, come la copertura assicurativa⁵¹⁰, del tutto trascurate sul piano legislativo.

Sorvolando sui profili più strettamente tecnici, e soffermandosi su quelli più intimamente dogmatici, il lavoro di pubblica utilità, vantando un *curriculum* di pena principale, pena sostitutiva, sanzione accessoria amministrativa, misura di conversione delle pene pecuniarie ineseguite per insolvibilità del condannato⁵¹¹, non ha tradito le sue origini, configurandosi anche nella sospensione con messa alla prova dell'imputato come una misura dall'indole affittiva, asservita ad una logica e ad una funzione prevalentemente sanzionatoria⁵¹².

Accertata, dunque, la natura sanzionatoria del lavoro di pubblica utilità, la prestazione richiede di essere legata a doppio filo con il consenso dell'imputato, poiché, se così non fosse, violerebbe le fonti internazionali che statuiscono il divieto di lavoro forzato, quali l'art. 4, co. 2 e 3, C.E.D.U. e gli artt. 1 e 2 della Convenzione sul lavoro forzato, n. 29 del 1930, adottata dall'Organizzazione Internazionale del lavoro, obbligatorie per lo Stato italiano, in quanto entrambe oggetto di ratifica.

Se la normativa interna appare rispettosa del piano sovranazionale nella parte in cui è previsto che l'istanza di messa alla prova e la stesura del programma di trattamento richiedono la volontà dell'interessato, espressa in un formale consenso, la stessa suscita, invece, perplessità di coordinamento e di compatibilità sovranazionale, laddove statuisce, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p., l'eventualità in cui il giudice, durante lo svolgimento della messa alla prova, decida di modificare le prescrizioni inerenti il lavoro di pubblica utilità. Qualora ciò accadesse, l'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p. richiede, al posto del

⁵⁰⁹ L'art. 168 bis c.p. non prevede espressamente alcun obbligo di preventiva stipula di una convenzione da parte dell'Ente e non fa alcun rinvio al d.m. 26 maggio 2001, facendo, dunque, dubitare della necessità di una previa stipulazione di una convenzione da parte dell'Ente.

⁵¹⁰ Sull'argomento, osservazioni alquanto critiche e preoccupanti, vengono effettuate da BOVE, *Messa alla prova a poco più di un anno*, cit., 17, la quale constata che la legge nulla abbia disciplinato in merito al «se e da quali fondi attingere per coprire le spese legate all'assicurazione per le malattie e gli infortuni, qualora il lavoro di pubblica utilità venga svolto dalle pubbliche amministrazioni», in quanto, a differenza delle convenzioni con gli enti privati che regolamentano gli oneri per la copertura assicurativa, per gli enti pubblici «la questione non è di facile e pronta soluzione perché essi devono attingere, per farvi fronte, ad un capitolo di spesa che allo stato non sembra essere stato individuato», comportando addirittura casi in cui il richiedente si sia offerto di accollarsi le spese degli oneri assicurativi obbligatori per poter adempiere alle prescrizioni impostegli nel programma di trattamento».

⁵¹¹ Cfr. MENEHINI, MATTEVI, *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2014, 118, le quali definiscono il lavoro di pubblica utilità come «una sanzione dalla natura giuridica proteiforme».

⁵¹² La natura sanzionatoria è stata confermata anche dalla giurisprudenza nomofilattica, cfr. Cass., Sez. IV, 5 ottobre 2015, Pettorino, in *Mass. uff.*, n. 264819, in cui è stato chiarito che «la previsione obbligatoria del lavoro di pubblica utilità costituisce il profilo sanzionatorio di maggior rilievo della nuova misura (una sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo, secondo una definizione dottrina), quello che esprime la sua «necessaria componente affittiva» secondo quanto si evince dai lavori preparatori della legge 67/2014».

consenso, il mero diritto dell'imputato, destinatario dei nuovi obblighi lavorativi, di essere sentito, come tutte le altre parti del processo.

La differente regolamentazione in ordine alla volontà dell'accusato di sottoporsi alla prescrizione lavorativa non trova alcun appiglio giustificativo nel diverso momento temporale in cui il soggetto viene chiamato ad esprimersi in merito ai contenuti del programma: il consenso inizialmente prestato dall'imputato è conformato sulle caratteristiche originarie del lavoro di pubblica utilità: di conseguenza, la modifica dell'obbligazione lavorativa, effettuata dal solo giudice, allo stato dell'arte, comporta un vizio di volontà, in quanto il consenso, originariamente prestato dall'imputato, risulta collegato ad obblighi lavorativi, elaborati *ex post*, del tutto diversi ed estranei rispetto a quelli a cui l'interessato aveva partecipato nella formazione, risultando, quindi, il soggetto vincolato ad un qualcosa non effettivamente voluto e dal quale potrebbe divincolarsi solo a costo di far fallire la prova⁵¹³.

Un secondo profilo minaccioso della tenuta costituzionale e convenzionale della messa alla prova è la carenza di determinatezza in ordine alla durata massima del lavoro di pubblica utilità, a differenza di tutte le altre ipotesi in cui la misura è disciplinata dall'ordinamento giuridico. L'art. 168-*bis* c.p. ha stabilito, infatti, il solo limite inferiore della durata complessiva, che è di dieci giorni, anche non continuativi, nulla prevedendo, invece, in ordine al limite massimo, - previsto, invece, per la durata giornaliera, che non può superare le otto ore lavorative - così innescando un effetto a cascata: una eccessiva discrezionalità giudiziale nella determinazione in concreto del *quantum* temporale della prescrizione, da cui si origina una disparità di trattamento per nulla trascurabile. La soluzione interpretativa che è andata per la maggiore è quella per cui il lavoro di pubblica utilità non possa superare la durata massima di sospensione del procedimento, pari a due anni per i reati puniti con pena detentiva e un anno per i reati puniti con la sola pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p. Trattasi pur sempre di una soluzione ermeneutica che, per quanto condivisibile e ragionevole, non può sostituire la fermezza e la solidità del testo legislativo: e infatti - come volevasi dimostrare - non si è fatta attendere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* c.p. per contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui l'omessa indicazione della durata massima del lavoro di pubblica utilità, dei parametri per determinarla e del soggetto competente impedirebbe all'imputato di conoscere le sanzioni in cui può incorrere⁵¹⁴.

Chiamata ad intervenire, la Consulta ha ritenuto la censura relativa alla violazione dell'art. 24 Cost., oltre che manifestamente infondata, anche non pertinente, perché l'eventuale

⁵¹³ Tra le plurime questioni di legittimità costituzionale, sollevate in relazione all'istituto, cfr. Tribunale di Grosseto, ord. 10 marzo 2015, n. 157, in *Gazzetta Ufficiale*, 2 settembre 2015, n. 15, che ha eccepito l'illegittimità dell'art. 464-*quater*, co. 4, c.p.p., per contrasto con gli artt. 97, 101 e 111, co. 2, Cost., nella parte in cui non prevede il consenso dell'imputato quale condizione di ammissibilità, di validità e di efficacia dei provvedimenti giurisdizionali modificativi o integrativi del programma di trattamento.

⁵¹⁴ Trib. Prato, ord. 21 aprile 2015, n. 289, in *Gazzetta ufficiale*, 2015.

indeterminatezza normativa del trattamento attiene al profilo sostanziale e non a quello processuale dell'istituto in questione, e in particolare al diritto di difesa, che non è in alcun modo pregiudicato dalla norma censurata⁵¹⁵. Nell'affrontare il *punctum dolens* della questione, la Corte costituzionale ha sostenuto in primo luogo che, benché non espressamente indicata, la durata massima del lavoro di pubblica utilità risulta indirettamente dall'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p., perché, in mancanza di una diversa determinazione, l'estensione temporale coincide con la durata della sospensione del procedimento; e, secondariamente, che il giudice, nello stabilire in concreto la durata, deve avvalersi dei criteri previsti dall'art. 133 c.p. e delle caratteristiche dei contenuti della prestazione lavorativa⁵¹⁶. La decisione, che ha inaugurato un atteggiamento salvifico della Corte costituzionale nei confronti della messa alla prova, non appare convincente, in quanto, una volta accertata e accettata la natura di pena del lavoro di pubblica utilità, la mancata indicazione della durata massima della sanzione determina un attrito, non trascurabile, con il principio di determinatezza, ragionevolezza e uguaglianza, sul piano costituzionale, e con il principio di legalità, nell'ottica della prevedibilità, sul piano convenzionale.

Orbene, sommando i contenuti e le funzioni delle singole prescrizioni si ottiene il programma di trattamento che, essendo il risultato dato dalla somma degli addendi, rispecchia le caratteristiche e le funzioni di ciascun componente in modo direttamente proporzionale alla loro presenza.

Dall'*excursus* sulle prestazioni della messa alla prova, si constata come esse possano dividersi in: meramente eventuali; concretamente realizzabili; indefettibili. La presenza costante e vincolante del lavoro di pubblica utilità trasmette al programma di trattamento un ineliminabile carattere sanzionatorio ed afflittivo che, a sua volta, si unisce ad una pletora di obblighi che, in concreto, risultano assai afflittivi, anche se astrattamente collegati al modello della giustizia riparativa.

A ben vedere, la riparazione del danno intesa in senso lato - quella che i tedeschi definiscono *Wiedergutmachung* - e quindi comprensiva anche del risarcimento del danno, per quanto tradizionalmente, avente una funzione compensativa-satisfattoria, si caratterizza per una funzione di prevenzione generale, tesa a confermare la fedeltà e la fiducia nei confronti dell'ordinamento giuridico, e special-preventiva, indirizzata a favorire lo sviluppo della revisione critica sulla condotta criminosa realizzata. Recentemente, tuttavia, le Sezioni

⁵¹⁵ Corte cost., 10 marzo 2017, n. 54, in www.giur.cost.org.

⁵¹⁶ Sui compiti e (sui) poteri del giudice, cfr. Cass., Sez. III, 13 dicembre 2017, Zezza, in www.dirittoegiustizia.it, 14 dicembre 2017, in cui la Suprema Corte ha evidenziato che, nel caso in cui il giudice non si limiti a recepire il contenuto del programma, ma lo integri, ad esempio fissando la durata del lavoro di pubblica utilità, non determinata nel programma, deve fornire una motivazione, non limitandosi a un semplice richiamo al programma stesso o, genericamente, ai parametri dell'art. 133 c.p., ma deve dare conto delle ragioni delle scelte operate in relazione alle peculiarità del caso concreto.

Unite civili⁵¹⁷ hanno attribuito al rimedio risarcitorio anche una funzione, rispettivamente, di deterrenza, in quanto l'obbligo del risarcimento è una conseguenza sfavorevole che, comminata a carico dell'autore del fatto, comporta un corrispondente impoverimento del responsabile, e di sanzione, in quanto l'imposizione dell'obbligo risarcitorio rappresenta la reazione dell'ordinamento alla commissione di un fatto antigiuridico.

La mediazione tra imputato e vittima, per quanto sia, in astratto, ascrivibile allo strumentario del modello riparativo, difficilmente porta a segno gli effetti della *restorative justice*, essendo una prescrizione "eventuale", rimessa, sostanzialmente, agli "umori" delle parti, in particolare della vittima, la quale, spinta dalla sete di giustizia, potrebbe non prendere minimamente in considerazione l'eventualità di instaurare un rapporto collaborativo con il presunto innocente che, ai suoi occhi, appare come il presunto autore. Qualora la mediazione riesca, come si coordina con il programma di trattamento? Il mancato raggiungimento della mediazione "per colpa" della vittima, non può comportare conseguenze negative in capo all'interessato.

A parole possono dirsi tante cose, ma il punto più difficile è capire se l'astrattezza possa trovare concretezza. Dire che in teoria la messa alla prova è una forma di *restorative justice* è una frase che fa bene all'anima e al cuore dei giuristi, ma se essa non trova riscontro nella prassi, ecco che allora si trasforma in una delusione. Se si prende in considerazione la nozione "popolare" di *restorative justice*, ossia come forma di riparazione del danno più veloce ed efficiente rispetto al percorso tradizionale, allora in essa possono farsi rientrare tanti istituti, oltre alla messa alla prova. Se, invece, si prende in considerazione la nozione normativa, adottata dalle Carte internazionali, ossia come ricerca di una soluzione affidata alle parti (reo e vittima), a loro volta guidati da una persona terza, ossia il mediatore, la conclusione è inesorabilmente diversa. L'istituto della sospensione con messa alla prova rappresenta, infatti, un percorso che vede come protagonisti il (presunto) reo, il giudice e l'UEPE, ma non la persona offesa, la quale, invece, è relegata ai margini del procedimento. Per quanto attiene a tutti gli altri contenuti - prescrizioni comportamentali, affidamento al servizio sociale, volontariato di rilievo sociale - pur essendo vincoli disposti a titolo non sanzionatorio, restano di indubbia carica afflittiva. Il contenuto della disciplina riflette, invero, connotati retributivi e non riparativi, nei quali i momenti di confronto tra il reo e la persona offesa sono del tutto eventuali.

Messi l'uno di fianco all'altro, i contenuti prescrittivo-reintegratori determinano un effetto amplificato, al punto da apparire più afflittivi di quelli previsti - spesso solo sulla carta - negli strumenti affini a quello in esame, come la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al servizio sociale, che richiedono, invece, un puntuale accertamento della responsabilità penale contenuto in una sentenza di condanna, facendo emergere appieno il volto retributivo-special preventivo, anziché quello rieducativo, del *probation*.

⁵¹⁷ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1365, con nota di C. CONSOLO, S. BARONE, *Punitive damages e ordine pubblico*.

A fronte dei dati raccolti, per quanto variegati siano, in apparenza, le prescrizioni, si può concludere che la componente prevalente del contenuto della messa alla prova sia quella afflittiva-sanzionatoria, così da poter qualificare sostanzialmente come sanzione penale o “cripto-pena”⁵¹⁸, quello che formalmente viene definito “programma di trattamento”.

Ciò posto, appare lontano dalla realtà quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui il programma di trattamento sarebbe non una vera e propria sanzione penale, da eseguire coattivamente, ma un’attività legata al volontario rispetto delle prescrizioni da parte dell’imputato, nei cui confronti, in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un’eventuale condanna⁵¹⁹. Posizione interpretativa, in qualche modo, “costretta”, poiché la Consulta, trincerandosi dietro la natura non sanzionatoria del programma di trattamento, è riuscita ad assicurare la conformità e la tenuta costituzionale dell’istituto della messa alla prova; tanto è vero che la giurisprudenza di legittimità, nella sua composizione più autorevole, aveva, già precedentemente, riconosciuto la natura sanzionatoria al programma di trattamento, sostenendo che «in considerazione delle finalità special-preventive perseguite dall’istituto [...] e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un *trattamento che conserva i caratteri sanzionatori*, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi».

A corroborare la natura sanzionatoria-penale del programma di trattamento vi sono anche fattori esterni, quali: 1) i c.d. criteri Engel, elaborati dalla Corte EDU al fine di individuare la materia penale, secondo i quali una misura debba qualificarsi come pena, a fronte della afflittività della sanzione; 2) l’iscrizione nel casellario giudiziale non solo della ordinanza di messa alla prova, ma anche della sentenza di estinzione del reato, emessa a seguito dell’esito positivo della prova; 3) l’art. 657-bis c.p.p., che prevede il computo del periodo di messa alla prova in caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova stessa, stabilendo che il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita (ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda); 4) il giudice, ai sensi dell’art. 464-*quater*, c.p.p. ammette la domanda di messa alla prova, qualora reputi idoneo il programma di trattamento sulla base dell’art. 133 c.p. contenente (proprio) i criteri commisurativi della pena, utilizzati dall’autorità giudiziaria per

⁵¹⁸ Così SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 61, secondo il quale la sospensione del procedimento con messa alla prova consiste in «una richiesta unilaterale dell’imputato [...] di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparativo)».

⁵¹⁹ Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, in www.cortecostituzionale.it, su cui si tornerà dopo in maniera approfondita, che per quanto abbia cercato di salvare dalla rupe l’istituto della messa alla prova, tentando di renderla conforme ai principi costituzionali, non sembra sia riuscita nell’intento (la corte si è arrampicata sugli specchi).

parametrare la pena detentiva o pecuniaria a seguito dell'accertamento della responsabilità penale; 5) la funzione riabilitativa e rieducativa, assegnata all'istituto, sottende, invero, una concezione sanzionatoria della misura, dal momento che in tanto si può rieducare un soggetto, in quanto quest'ultimo sia stato riconosciuto come colpevole a seguito di un formale accertamento, a cui sia conseguita l'irrogazione di una pena, l'unica misura che ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost. tende alla rieducazione del reo.

Ricostruita e riconosciuta la natura di pena del programma di trattamento, essendo quest'ultimo disposto a seguito di un provvedimento provvisorio, quale è appunto l'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, sono state evidenziate ineludibili frizioni con plurimi principi a caratura costituzionale e convenzionale, che, a seguito del giudizio della Corte costituzionale, sono risultati, in parte, compressi e sviliti, pur a costo di salvare l'integrità dell'istituto.

8. La rilevanza del consenso dell'imputato e la necessità dell'accertamento processuale.

La chiave di volta è costituita dalla sentenza n. 91 del 2018, con cui la Corte costituzionale ha stilato un vero e proprio "libretto di istruzioni" della messa alla prova, contenente le regole da seguire, indirizzate agli operatori del diritto, al fine di mettere a frutto le potenzialità dell'istituto e rendere quest'ultimo conforme alla Costituzione: ma, così come accade con la manutenzione da autodidatta, in cui non sempre è sufficiente avere un manuale, ma è indispensabile che non manchi neppure una vite per portare a termine il risultato, anche nella sentenza della Consulta occorre verificare se i singoli passaggi della motivazione siano singolarmente e congiuntamente abbastanza solidi da assicurare una impalcatura giuridica alquanto stabile alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

Tanti i profili incostituzionali sollevati dal giudice *a quo*, al punto da produrre una vera e propria denuncia di illegittimità di un istituto che, leggendo l'ordinanza di rimessione⁵²⁰, sarebbe da smantellare e rifondare.

Orbene, il Tribunale remittente ha fondato le questioni di legittimità costituzionale sulla premessa logica-giuridica secondo cui l'istanza di messa alla prova comporta, da parte dell'imputato, la sua «volontaria soggezione [...] alla esecuzione di una pena criminale, quantunque morfologicamente strutturata in forma alternativa e sostitutiva rispetto alle ordinarie sanzioni [pecuniarie e/o detentive] previste dal codice penale», consistendo,

⁵²⁰ Trib. Grosseto, ord. 16 dicembre 2016, in *Gazzetta Ufficiale*, 2017, 23, che rappresenta la bella copia di ben tre precedenti ordinanze (cfr. Trib. Grosseto, 10 marzo 2015, n. 157, n. 158 e n. 159), le cui questioni, tuttavia, sono state ritenute dalla Corte cost., ord. 10 novembre 2016, n. 237, in *Giur. cost.*, 2016, 2115, manifestamente inammissibili, per insufficiente descrizione della fattispecie e, conseguentemente, per difetto di motivazione sulla loro rilevanza nei giudizi *a quibus*. La Consulta ha così richiamato la giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile attraverso la diretta lettura degli atti perché impedita dal principio di autosufficienza dell'atto di rimessione, preclude il necessario controllo circa la rilevanza della questione.

dunque, in «un trattamento giuridico sanzionatorio penale (necessariamente) irrogato in funzione retributiva, special-preventiva, rieducativa e risocializzante nonché (eventualmente) irrogabile anche in funzione ripristinatoria e riparatoria».

Inquadrata la messa alla prova come un «trattamento sanzionatorio criminale il cui positivo esito applicativo darebbe luogo alla causa di estinzione del reato», il giudice *a quo* ha osservato come, secondo il vigente ordinamento processuale e costituzionale, l'irrogazione di qualsiasi sanzione penale «postula l'indefettibile presupposto del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato in relazione» al reato per cui si procede. Per contro, nel procedimento con citazione diretta, ovvero nell'ipotesi di riproposizione della domanda di *probation*, precedentemente respinta, al giudice del dibattimento e prima della formale apertura del giudizio, la decisione (da parte del giudice) sull'istanza di messa alla prova è presa sulla base del solo contenuto del fascicolo del dibattimento, che, in quel momento è alquanto misero – per non dire inesistente – cosicché i dati cognitivi in possesso del giudice risultano, di regola, largamente insufficienti a fornire la plausibile rappresentazione del fatto illecito, indispensabile ai fini della formulazione di un giudizio positivo di responsabilità.

Il Tribunale remittente, inoltre, dopo aver constatato la situazione di *empasse* originata dall'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., ha escluso la possibilità di attribuire alla disposizione menzionata una interpretazione costituzionalmente orientata, poiché ciò avrebbe consentito al giudice, ogni qual volta i dati cognitivi risultanti dal fascicolo del dibattimento fossero risultati insufficienti ai fini delle decisioni da adottare sul merito della procedura di messa alla prova, di procedere all'istruzione dibattimentale «al solo scopo di assumere le prove occorrenti alla decisione sull'istanza di messa alla prova e sulla idoneità del programma di trattamento». Un simile *modus operandi* sarebbe, però, in contrasto con la *ratio* di un rito speciale alternativo al dibattimento, perché comporterebbe «lo svolgimento delle medesime attività» dibattimentali e, quindi, frustrerebbe le finalità di deflazione processuale.

Esclusa, dunque, l'esistenza di una interpretazione conforme all'assetto costituzionale, è stata sollevata la prima questione di legittimità costituzionale, concernente il contrasto dell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. con gli artt. 3, 11, co. 6, 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost., «nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel [procedimento speciale di messa alla prova], proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari, restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova».

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, perché – a suo giudizio – proposta senza tenere conto della praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente

orientata⁵²¹, diversa da quella prospettata e coerente con la cornice normativa in cui la norma si colloca: nel dettaglio, la strada che il giudice *a quo* avrebbe dovuto percorrere era l'applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. c.p.p.⁵²² che consente al giudice, nell'ipotesi di richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, di decidere ordinando l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, i quali, se la richiesta è accolta, vengono inseriti nel fascicolo del dibattimento, salva la restituzione degli stessi, qualora il procedimento debba riprendere il corso ordinario.

Soffermandoci sulla prospettiva adottata dalla Consulta, quest'ultima, invero, ha promosso una soluzione esegetica, frutto di una interpretazione non costituzionalmente orientata della disposizione censurata, bensì analogica, basata sull'accostamento della messa alla prova al patteggiamento. Tralasciando i dubbi sulla correttezza applicativa, in tale contesto, dell'analogia la quale, basata su norme giuridiche che disciplinano casi simili o materie analoghe, nel caso di specie, ha assimilato istituti tra loro non così affini, la Corte, ammonendo il giudice *a quo* nel non avere fatto tutto quello che era nelle sue disponibilità, ha peccato di presunzione, nel momento in cui ha prospettato come "semplice e scontata" una soluzione "ardita e fantasiosa" da essere assunta, autonomamente, da parte di un giudice comune. L'*escamotage* trovato dalla Corte, secondo cui, laddove non si debba procedere al dibattimento, non vi sarebbe ragione di impedire l'estensione della cognizione del giudice (del dibattimento) agli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, di regola sottratti al bagaglio conoscitivo del giudice, quando ciò risultasse necessario ai soli fini della decisione sulla richiesta (di messa alla prova, tuttavia, ingenera alterazioni a livello costituzionale, sul piano della imparzialità e dell'indipendenza del giudice, allorché venga meno la circostanza per cui "non si deve procedere a dibattimento". Tale eventualità non è così remota nel rito della sospensione del procedimento con messa alla prova, se solo si pensi al mancato accoglimento della richiesta di *probation* da parte del giudice, o al caso della revoca o dell'esito negativo della messa alla prova, ai quali segue, di diritto, la prosecuzione del procedimento nelle sue forme ordinarie, dal momento in cui era stato sospeso. Nelle menzionate situazioni il giudice del dibattimento, precedentemente "inebriatosi dell'odore e del sapore" del fascicolo del pubblico ministero, al fine di vagliare

⁵²¹ In base alla costante giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. n. 253 e n. 45 del 2017; ordinanze n. 97 e n. 58 del 2017, lo scrutinio nel merito della questione sollevata è precluso dalla mancata o inadeguata sperimentazione, da parte del giudice *a quo*, della possibilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale e tale da determinare il loro superamento o da renderli comunque non rilevanti nel procedimento *a quo*.

⁵²² La giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 44711, ha considerato l'art. 135 disp. att. c.p.p. applicabile in via analogica anche nel caso in cui l'imputato rinnovi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, una richiesta condizionata di giudizio abbreviato, già respinta dal giudice per le indagini preliminari; mentre la dottrina ne ha ritenuto l'applicabilità anche nei casi di richiesta di un rito speciale presentata nell'udienza di comparizione, a seguito di citazione diretta ex art. 555 c.p.p.

l'ammissione dell'imputato all'istituto, è tenuto, formalmente, a restituire gli atti delle indagini preliminari (al fascicolo del pubblico ministero), ma tale procedura si rivela, in realtà, alquanto inutile, atteso che il contenuto di quegli atti ha, ormai, condizionato il *modus operandi* del giudice nonché creato in capo allo stesso una "forza di prevenzione" capace di annichilire i requisiti, costituzionali e convenzionali, della terzietà, dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice. Avvalendosi dell'analogia promossa dalla Corte costituzionale, se nel caso di accesso negato al patteggiamento è stata riconosciuta l'idoneità pregiudicante del provvedimento, dal momento che quest'ultimo è preceduto da un giudizio in negativo sulle cause di proscioglimento ex art. 129 c.p.p., a maggior ragione nella sospensione del procedimento con messa alla prova, essendo un rito basato su di un giudizio ancor più pregnante, ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p., si profilano tutte le condizioni di un'ipotesi di incompatibilità⁵²³.

In secondo luogo, al centro del mirino è stato posto il contrasto degli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.p. con il principio della presunzione di non colpevolezza, ex art. 27, co. 2, Cost. nella parte in cui le disposizioni menzionate «prevedono la irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva». In particolare, il giudice *a quo*, ritenendo che con l'ordinanza che dispone la messa alla prova l'imputato venga assoggettato a una pena, ha sottolineato come ciò avvenga «sempre e soltanto sulla base del mero titolo esecutivo provvisorio», comportando «non tanto una violazione, quanto una radicale negazione della garanzia formale racchiusa nel principio secondo cui l'imputato non può essere considerato e tantomeno trattato come colpevole sino alla condanna penale definitiva», senza che vi sia alcuna contrapposta «esigenza di tutela di valori» di dignità costituzionale pari o superiore. La questione è stata dichiarata infondata dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che «se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna».

⁵²³ Sul punto, una questione di legittimità costituzionale è stata già sollevata in relazione all'art. 43, co. 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p. L'eccezione, tuttavia, è stata dichiarata inammissibile da Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 19, per ragioni prettamente procedurali, ossia per aver il rimettente mancato di motivare adeguatamente la propria ordinanza. Secondo PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 99, «un'analogia questione, dunque, se riproposta sarebbe promettente, soprattutto essendosi ora aperto per il giudice, con la sentenza n. 91 del 2018, il varco alla consultazione del fascicolo del p.m.», aprendo «in definitiva la prospettabilità di censure dell'art. 34, co. 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità, a partecipare al dibattimento, del giudice che abbia respinto la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Posta questa densa precisazione, la Consulta, facendosi scudo della similitudine tra il rito dell'applicazione di pena su richiesta delle parti e della sospensione del procedimento, si è avvalsa delle argomentazioni rese in passato sul patteggiamento e, in particolare, sull'applicazione di una sanzione in assenza di un accertamento⁵²⁴, al fine di salvare l'istituto della messa alla prova dal denunciato contrasto con il principio della presunzione di non colpevolezza. In particolare nell'*iter* motivazionale, dopo aver sottolineato come entrambi i riti siano basati sulla volontà dell'imputato che, non contestando l'accusa, in un caso si sottopone al trattamento e nell'altro accetta la pena, viene rimembrato agli "addetti ai lavori" come nel procedimento previsto dall'art. 444 c.p.p. sia stata esclusa la paventata possibilità di «un sostanziale capovolgimento dell'onere probatorio, contrastante con la presunzione d'innocenza contenuta nell'art. 27, co. 2, Cost.». A detta della Corte costituzionale, la tendenza, sempre più accentuata, nel nuovo ordinamento giuridico, di lasciare all'iniziativa delle parti il settore probatorio non travolge il rispetto dei principi, neppure in sede di patteggiamento, dove, dopo la verifica negativa da parte del giudice di procedere ad una immediata declaratoria di proscioglimento ex art. 129 c.p.p., l'imputato, qualora lo voglia, può richiedere l'applicazione di una pena, così «rinuncia[ndo] ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa, senza che ciò significhi violazione del principio di presunzione d'innocenza, che continua a svolgere il suo ruolo fino a quando non sia irrevocabile la sentenza»⁵²⁵.

Ad un certo punto, però, la Corte costituzionale ha preso le distanze da se stessa, rischiando di smentire quanto fino a quel momento sostenuto, affermando che in realtà il procedimento di messa alla prova, a differenza del patteggiamento, presenta notevoli peculiarità, tali «da non consentire un riferimento nei termini tradizionali alle categorie costituzionali penali e processuali», in quanto il carattere innovativo della messa alla prova ha determinato «un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 31 marzo 2016, n. 36272). Mostrando un atteggiamento a tratti "bipolare", la Consulta ha, dunque, elencato le plurime differenze tra i due riti, ricordando che: se la sentenza che dispone l'applicazione della pena su richiesta delle parti è equiparata ad una vera e propria sentenza di condanna, conducendo all'irrogazione della pena prevista per il reato contestato, anche se diminuita fino ad un terzo, la messa alla prova, invece, conduce ad una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato. Inoltre, la sentenza di patteggiamento costituisce un titolo esecutivo per l'applicazione di una sanzione tipicamente penale, mentre l'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento e ammette l'imputato alla prova non costituisce un titolo per dare esecuzione alle relative prescrizioni, poiché - come già riportato - la Corte

⁵²⁴ Per queste caratteristiche anche il patteggiamento è stato sospettato di illegittimità costituzionale, sostenendosene il contrasto con la presunzione di non colpevolezza contenuta nell'art. 27, secondo comma, Cost., ma questa Corte con più decisioni ha ritenuto la questione priva di fondamento (sentenza n. 313 del 1990; ordinanza n. 399 del 1997).

⁵²⁵ Corte cost., n. 313 del 1990.

costituzionale ha sconfessato la natura di sanzione penale del programma di trattamento, essendo un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso. Tuttavia, a parere della Corte, «in questa struttura procedimentale [...] non manca, in via incidentale e allo stato degli atti (perché l'accertamento definitivo è rimesso all'eventuale prosieguo del giudizio, nel caso di esito negativo della prova), una considerazione della responsabilità dell'imputato», atteso che il controllo giudiziale è, comunque, doverosamente proteso alla emissione di una sentenza ex art. 129 c.p.p., qualora risulti che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso.

In risposta, infine, ad una paventata violazione dell'art. 25, co. 2, Cost. sotto il profilo del principio di indeterminatezza in ordine alle disposizioni relative alla durata e alle caratteristiche del programma di trattamento, la Consulta, riprendendo quanto già sostenuto in tema di lavoro di pubblica utilità, ha ribadito che la mancata indicazione, da parte della legge, di un termine finale del probation è supplita dalla durata della sospensione del procedimento, stabilita dall'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p. Dal punto di vista contenutistico, invece, non è stata accertata alcuna violazione del menzionato principio costituzionale, in quanto a detta della Corte il programma di trattamento, per sua natura, non può essere specificatamente dettagliato ex ante dal legislatore, il quale, dal canto suo, può soltanto fornire una indicazione di massima sulle diverse attività prescrittive da compiere.

Orbene, dal quadro delineato emerge come le argomentazioni della Consulta siano state chiaramente finalizzate a “liberare dalle sabbie mobili” la messa alla prova, offrendo una versione rivisitata dell'istituto a tratti contraddittoria, che tuttavia, ha suscitato non poche riserve.

Riprendendo, coerentemente, quanto sostenuto in precedenza sulla natura giuridica del programma di trattamento – definito “sanzionatorio” dalla stessa Corte costituzionale nella parte in cui ha ripreso la sentenza delle Sezioni Unite Sorcinelli -, la messa alla prova, replicando lo schema del *probation* penitenziario, rappresenta l'esecuzione di una misura sanzionatoria alternativa alla pena detentiva, in una fase di gran lunga precedente all'accertamento formale di responsabilità. Ciò posto, essendo una ordinanza provvisoria l'ingranaggio del sistema, appare più che logico sollevare fondati dubbi di compatibilità dell'istituto con la presunzione costituzionale di non colpevolezza. L'argomentazione, secondo cui il consenso dell'imputato sia di per sé sufficiente ad impedire il contrasto e a salvaguardare l'integrità del principio di cui all'art. 27, co. 2, Cost., appare fragile, in quanto la presunzione *di* non colpevolezza è un diritto non disponibile, a cui può rinunciarsi neppure con il consapevole e libero consenso dell'imputato di sottoporsi al trattamento

sanzionatorio, posto che «la presunzione d'innocenza implica un impegno dello Stato nei confronti di tutti i cittadini e non può essere oggetto di occasionali rinunce»⁵²⁶

Il consenso dell'imputato è una *condicio sine qua non* per l'operatività dell'istituto, in quanto deve accompagnare l'intero "ciclo di vita" della messa alla prova: in particolare, non solo l'instaurazione, ma anche l'attuazione e le eventuali modifiche, avvenute pure in corso d'opera, del programma di trattamento. La regola, tuttavia, è trasgredita dalla stessa legge e, precisamente, dall'art. 464-*quinquies* c.p.p. nella parte in cui consente al giudice, una volta avviato il programma di trattamento, di modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, senza il consenso dell'imputato, il quale, al pari del pubblico ministero, è, invece, soltanto sentito.

Il giudice, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 2, c.p.p., qualora lo ritenga opportuno, può verificare la volontarietà della richiesta, disponendo la comparizione dell'imputato: tuttavia, affinché possa essere confermata la regolare ed effettiva sussistenza del requisito, non è sufficiente convocare l'interessato, ma è necessario accertare che il consenso sia il risultato di un convincimento liberamente espresso e non condizionato o estorto, neppure indirettamente.

Premesso ciò, la presunzione costituzionale di non colpevolezza risulta oggettivamente non negoziabile con il consenso dell'imputato, poiché è faticoso rintracciare un'autentica volontarietà - *Freiwilligkeit* nell'accezione tedesca - nella scelta del soggetto di sottoporsi al programma di trattamento, dal momento che, il più delle volte, l'interessato ritiene di non avere concrete alternative all'ingresso in carcere, oppure di non possedere quelle risorse, economiche e morali, indispensabili per sostenere le lungaggini e "le miserie del processo penale", ormai assimilato sempre più ad una pena.

Paradossalmente, infatti, la sospensione del procedimento con messa alla prova potrebbe richiamare maggiormente l'attenzione dell'accusato innocente, che, timoroso dell'andamento processuale, è fisiologicamente più propenso ad arginare una sentenza di condanna - con inevitabili ricadute in altri contesti, diversi da quello penale - , a differenza dell'imputato "delinquente" che, nella logica della sua razionalità criminale, preferisce, invece, risparmiare la menzionata "chance" in quanto convinto di poter ottenere la sospensione condizionale della pena o altri benefici penitenziari.

Si rischia, pertanto, di avere, nella maggior parte dei casi, un consenso non tanto spontaneo, quanto piuttosto persuaso e indotto dalla logica contrattualistica ad accedere ad un rito alternativo, pur di evitare l'irragionevole durata di un faticoso processo penale, posto che, secondo gli insegnamenti della Corte EDU, quando la legge impone all'imputato di rinunciare ai propri diritti difensivi in cambio di una trasformazione o attenuazione della pena, i principi del *due process of law* sono rispettati solo se non ci sia una palese

⁵²⁶ Così ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, 9^a, Milano, 2018, 693.

sproporzione tra i termini dell'alternativa (ovvero tra la afflittività della pena negoziata e quello della pena astrattamente irroganda).

Da questa angolatura a piombo viene a galla altra incongruenza affermata dalla Corte costituzionale, ossia la supposta conformità della messa alla prova con un modello cognitivo di tipo sommario, da cui – riportando testualmente le parole della sentenza – non discende un'attribuzione di colpevolezza in capo all'accusato, ma non manca, in via incidentale e allo stato degli atti, una considerazione della responsabilità dell'imputato.

Al contrario di quanto predicato, la necessità di considerare l'accertamento formale della responsabilità come un presupposto della messa alla prova deriva non solo dalla natura sanzionatoria del programma di trattamento, ma anche dalla tipologia di giudizio che deve precedere il vaglio di ammissibilità della richiesta. Il giudice, infatti, dopo aver escluso l'applicazione dell'art. 129 c.p.p., da un lato, effettua una prognosi di non recidivanza, dall'altro, stima la idoneità del programma di trattamento ex art. 133 c.p.: (entrambi) passaggi valutativi che richiedono necessariamente l'accertamento del reato nelle sue componenti oggettive e soggettive.

La prognosi di non recidivanza, infatti, se negli altri istituti, di regola, viene effettuata *ex post*, ossia dopo l'accertamento del fatto e la sentenza di condanna, nella sospensione del procedimento è condotta, invece, *ex ante*: di conseguenza, negare il contenuto accertativo dell'ordinanza che dispone la messa alla prova significa sostenere che il giudice effettua una prognosi virtuale, poiché basata, da un lato, su di una mera *factio iuris* di commissione del reato e, dall'altro, sulle «prospettive di successo del trattamento proposto, pur privo di un referente oggettivo»⁵²⁷. Similmente, l'idoneità o meno del programma di trattamento difficilmente può essere compiuto sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., in quanto il giudice ignora in tutto o in parte se, come e da chi sia stato commesso il reato oggetto di imputazione: ancora una volta, insomma, il giudizio formulato sarebbe illogico e/o fittizio, essendo relativo a un fatto storico ignoto.

La sussistenza del reato, tuttavia, è data per presupposta, soprattutto a causa carenza probatoria, colmabile neppure dalla estensione analogica dell'art. 135 disp. att. c.p.p., presente non solo nella fase in limine all'apertura del dibattimento, ma anche, e ancor di più, nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, atteso che il luogo deputato, per antonomasia, alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti è il dibattimento, portando la Corte costituzionale a negare il contenuto accertativo dell'ordinanza che dispone la messa alla prova.

L'ordinanza di messa alla prova comporta l'irrogazione di un trattamento penale, pronunciato sul presupposto di un convincimento di responsabilità di carattere simulatorio, poiché formulato senza cognizione degli elementi occorrenti a stabilire se alcun fatto sia avvenuto, come, da chi sia stato commesso e quale ne sia la qualificazione giuridica.

⁵²⁷ Così CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Gli Speciali Giur. it.*, 2015, 12.

Così impostato, il *probation* processuale, non richiedendo l'accertamento del fatto e il giudizio di colpevolezza dell'imputato, viola inevitabilmente il principio di giurisdizionalità, valore fondante del sistema penale, basato sulla inderogabilità del giudizio. A fronte degli eventuali benefici sanzionatori, l'imputato, scegliendo il rito alternativo, rinuncia alle (sole) garanzie difensive e probatorie del dibattimento, ma non abdica alla funzione giurisdizionale, consistente nell'accertamento del fatto e della responsabilità dell'accusato. Se, infatti, nel patteggiamento si assiste ad una conversione, in termini quantitativi e qualitativi, delle modalità di accertamento e di commisurazione della pena, nella messa alla prova, invece, si prospetta un superamento delle categorie dogmatiche classiche, comportando quella c.d. "sequenza infranta", che, appunto, infrangendo il principio del *nulla poena sine iudicio*, elude l'ortodossia costituzionale.

Per quanto l'istituto sia mosso da istanze rieducative, nella sospensione del procedimento con messa alla prova risulta prevalente il modello retributivo-special preventivo, che, sottintendendo un finto accertamento del fatto con conseguente espiazione della pena, per apparire appetibile agli occhi dell'imputato, determina, a seguito del buon esito della prova, la estinzione del reato, sebbene in realtà sia un esito puramente formale, poiché, sul piano sostanziale la sanzione è già abbondantemente espia, addirittura in sede di cognizione.

Uno degli epiloghi del rito è rappresentato, infatti, dalla sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato, con la quale è accertato il buon esito della messa alla prova, sebbene risulti complicato «ammettere che un imputato, presunto innocente, possa, sia pure a sua richiesta, sottoporsi a una forma alternativa di esecuzione della pena prima che sia accertata la responsabilità in via definitiva – ma in realtà anteriormente anche alla decisione di primo grado – per conseguire, al termine dell'esecuzione, una pronuncia di proscioglimento fondata sulla declaratoria di estinzione di un reato mai accertato»⁵²⁸.

La "stravaganza" della nuova causa di estinzione del reato, rispetto alle altre tradizionali ipotesi, si desume, inoltre, dalla sua modalità di attuazione, consistendo in «una sorta di inversione metodologica per cui l'esecuzione della pena estingue il reato»⁵²⁹. Il carattere apparentemente liberatorio della sentenza di proscioglimento lo si desume, in effetti, da tre ulteriori fattori: 1) durante la sospensione del procedimento con messa alla prova il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, ai sensi dell'art. 464-sexies c.p.p., a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento, così evidenziando una netta distinzione qualitativa tra l'assoluzione nel merito e la declaratoria di estinzione del reato come premio destinato all'imputato, per aver portato a termine il programma di trattamento; 2) con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 122 del 2018, non solo l'ordinanza di sospensione del procedimento, ma anche la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato è iscritta nel casellario giudiziale di cui all'art. 3

⁵²⁸ Così O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, cit., 2197.

⁵²⁹ CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, cit., 17.

del d.p.r. n. 313 del 2002; 3) l'estinzione del reato non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge.

Nel caso di revoca o esito negativo della messa alla prova, il procedimento riprende il suo corso dall'istante in cui è stato sospeso, anche se, a fronte di quanto accaduto fino a quel momento, risulta davvero difficile immaginare la celebrazione, addirittura da parte dello stesso giudice che ha giudicato e valutato l'imputato-probando, di un giudizio equo ed imparziale, secondo le regole e i principi di un giusto processo.

Nessuna cultura può vivere se cerca di essere esclusiva.
[Mahatma Gandhi]

CAPITOLO IV

UNO SGUARDO ALTROVE

Sommario: 1. Premessa metodologica. - 2. L'esercizio dell'azione penale in Germania: tra principio di legalità e principio di opportunità. - 2.1. L'archiviazione per irrilevanza penale del fatto. - 2.2. L'archiviazione del procedimento a seguito dell'adempimento di condizioni ed obblighi. - 3. *Ratio*, effetti giuridici ed eventuali criticità dei §§ 153 e 153 a) StPO. - 4. Dalla teoria alla pratica: il caso *Mannesmann*. - 4.1. *segue*: il caso *Graf*. - 4.2. *segue*: il caso *Kohl*. - 5. La conciliazione tra autore e vittima attraverso la riparazione. - 6. Ordinamento austriaco: dalla mancanza di meritevolezza della pena alla archiviazione per irrilevanza del fatto: dal § 42 StGB al § 191 StPO. - 6.1. Rinuncia alla persecuzione penale attraverso le ipotesi di "*diversion*". (*Rücktritt von der Verfolgung, Diversion*). - 7. L'ordinamento francese tra esercizio dell'azione penale e principio di opportunità: l'archiviazione condizionata e la composizione giudiziaria.

1. Premessa metodologica.

Compito fondamentale del giurista è di individuare il giusto bilanciamento - si è soliti utilizzare l'espressione "*praktische Konkordanz*"⁵³⁰ - tra l'obiettivo di assicurare l'efficienza del processo e la necessità di tutelare il diritto di difesa dell'accusato, considerato dall'ordinamento presunto innocente sino a prova contraria, anche sotto forma del diritto fondamentale alla ragionevole durata del processo. Essendo la "deflazione processuale" un obiettivo dal carattere universale, appare estremamente utile volgere lo sguardo ad alcune esperienze straniere che hanno adottato strumenti diversi da quelle accolti dal legislatore italiano, al fine di verificare se la strada intrapresa, da ultimo, dall'ordinamento italiano con la legge n. 67 del 2014, era davvero l'unica soluzione percorribile, o se, in realtà, vi erano altre vie, magari scrutando con più attenzione l'orizzonte.

Orbene, punto di partenza dell'analisi è riconoscere una funzione guida al diritto comparato che, a parere di un illustro studioso, corrisponde a quella scienza che si propone di «estrapolare dall'insieme delle istituzioni particolari un fondo comune o, per lo meno,

⁵³⁰ Così VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Riv. trim - Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 9.

dei punti di avvicinamento capaci di far comparire, sotto l'apparente diversità delle forme, l'unità sostanziale della vita giuridica universale»⁵³¹.

Ciò posto, quello che si tenterà di intraprendere sarà utilizzare lo strumento della comparazione al fine di mettere in luce la dimensione prettamente dialettica del diritto, ossia la sua dimensione a valorizzare la molteplicità dei dati giuridici, la pluralità dei sistemi, nonché l'eterogeneità delle fonti.

In tale prospettiva, la frammentazione del mondo giuridico non è un ostacolo da superare attraverso l'imposizione di un diritto-unitario comune a tutti i popoli e a tutte le nazioni ma, al contrario, è un "valore aggiunto", dal quale attingere ricchezza non solo sul piano prettamente conoscitivo, ma anche su quello culturale e ideologico.

2. L'esercizio dell'azione penale in Germania: tra principio di legalità e principio di opportunità.

Nel sistema processuale penale tedesco l'esercizio dell'azione (penale) è dominato fondamentalmente dal *Legalitätsprinzips*, principio di legalità, di per sé connesso con il principio di obbligatorietà. Tale principio rappresenta una garanzia di fronte al monopolio di cui gode il *Staatsanwaltschaft*⁵³², il pubblico ministero, trovando il suo fondamento nell'interesse della società affinché i reati non rimangano impuniti. È un pilastro giuridico, che garantisce l'applicazione rigorosa del diritto penale senza distinzione alcuna in base alla persona dell'imputato, sulla base dei nobili insegnamenti del *Gleichheitssatz*, principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 GG secondo il quale: «l'esercizio obbligatorio dell'azione penale è un corollario dell'uguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge e della soggezione ad essa del pubblico ministero».

La *Grundgesetz*, (GG, la Costituzione) non ha assicurato una copertura costituzionale all'obbligatorietà dell'azione penale⁵³³, di conseguenza al suo interno non è possibile rintracciare un omonimo dell'art. 112 della Carta fondamentale dell'ordinamento italiano, baluardo di un corretto rapporto istituzionale tra pubblico ministero e i diversi poteri dello Stato. Tale nota distintiva ha permesso l'inserimento di un'ampia costellazione di ipotesi di discrezionalità dell'azione penale per la piccola e media criminalità, soprattutto a fini deflattivi, consentendo la mancata persecuzione di reati in virtù dell'*Opportunitätsprinzip*⁵³⁴.

⁵³¹ SALEILLES, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, 383.

⁵³² V. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*. Ein Studienbuch, XXVIII ed., C. H. Beck, 2014, 77, nel quale si sottolinea come il principio di legalità dell'azione penale si accompagna al monopolio del potere di accusa attraverso la subordinazione dell'accertamento giurisdizionale all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero (principio accusatorio).

⁵³³ V. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978, 70 ss., secondo il quale ciò lascerebbe aperta la questione sul livello di tutela del principio, in quanto un abbandono del modello di legalità dell'azione si ripercuoterebbe sul piano del rispetto di diversi principi di rango costituzionale, primo tra tutti il principio di legalità ex art. 103, II, GG, ma anche quello di uguaglianza ex art. 3 GG.

⁵³⁴ V. SATZGER-SCHLUCKBIER-WIDMAIER, *Strafprozessordnung*, a cura di HEYMANN, 2014, §153, Rn.1.

Nel panorama tedesco la razionalizzazione del sistema attraverso la deflazione processuale e l'utilizzo della sanzione penale come *ultima ratio* tra gli strumenti del legislatore sono obiettivi che nell'opera del legislatore sono stati perseguiti intervenendo non tanto sul piano del diritto sostanziale - ridimensionando l'ambito delle ipotesi perseguibili tra i reati bagatellari- quanto invece sul piano processuale, consentendo che in determinate fattispecie concrete si prescindano dall'esercizio dell'azione penale⁵³⁵.

Sin dall'emanazione della *Strafprozessordnung* - codice di procedura penale: StPO- entrata in vigore nel 1877, si è cercato di ricomporre la tensione tra *Legalitätsprinzip* e *Opportunitätsprinzip*, cercando di consolidare un bilanciamento, attraverso una evoluzione legislativa e giurisprudenziale⁵³⁶. Se inizialmente il codice di rito ha avuto una chiara predisposizione per il principio di legalità, in linea con l'esigenza di assicurare che lo Stato perseguisse, senza eccezioni, ogni violazione della legge penale, con il passare del tempo tale radicale posizione è stata attenuata da scelte normative di opportunità, che hanno gradualmente ridotto la portata operativa del principio di legalità. Attualmente, nell'incertezza che le deroghe finiscano col vanificare la regola, la relazione tra i due modelli è oggetto di un costante dibattito dottrinale, che pone a confronto vedute opposte nel tentativo di riconoscere il sistema di fatto prevalente⁵³⁷. Secondo la dottrina maggioritaria, tali deroghe non facendo venir meno la sostanza del principio, non comportano decisioni svincolate da ogni parametro posto dal legislatore, con il rischio di rimetterle alla logica dell'arbitrio. La chiave di lettura per un corretto rapporto tra regola ed eccezioni è rappresentata dalla discrezionalità in senso stretto, ossia dalla possibilità di tenere comportamenti alternativi a seconda della valutazione data ad una fattispecie concreta in base ai criteri individuati dalle norme. Di conseguenza, sulla base del *Gleichheitssatz*, quale espressione di un ideale di giustizia non assoluta e fortemente legata alle particolarità della questione specifica, si riconosce al pubblico ministero il potere di esaltare nei limiti consentiti dalla legge le differenze esistenti tra i vari episodi criminosi per applicare il precetto penale con ragionevolezza. In conclusione, solo in fase applicativa è possibile far

⁵³⁵ Cfr. BEULKE, *Sub §153a StPO*, in *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, a cura di LÖWE-ROSENBERG, V, Berlin, 2008, 66.

⁵³⁶ Sin dagli anni appena successivi all'entrata in vigore della StPO era emerso il bisogno di un temperamento dell'obbligatorietà dell'azione penale. Il tema del principio di legalità è stato, in particolar modo, discusso nell'ambito del Congresso dei giuristi tedeschi tenutosi a Karlsruhe nel 1908, prima che l'applicazione del principio di opportunità fosse oggetto di una serie di riforme tendenti ad incrementare le fattispecie di archiviazione informate al principio medesimo. Per un approfondimento sulle novelle susseguitesi sino agli anni settanta v. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, cit., 30. Per un quadro di sintesi, v. LETTIERI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *Cass. pen.*, 1994, 2290 ss. e nota 92.

⁵³⁷ Per un raffronto tra le diverse posizioni, v. per tutti, da un lato FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, in *ZStW*, 1994, 34 ss., che evidenzia l'ampiezza delle eccezioni al principio di legalità dell'azione e, dall'altro, v. WOHLERS, *Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip im teilharmonisiert europäischen Strafverfahren und der Grundsatz ne bis in idem*, in *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, a cura di AA.VV., München, 2009, 807, che mantiene fermo quel principio come fondamentale riferimento, sottolineando la contingenza delle deroghe.

emergere le diversità delle questioni che impongono un trattamento ragionevolmente diseguale⁵³⁸.

In particolare, il pubblico ministero attua correttamente il principio di legalità se fin dalla fase di instaurazione della controversia contribuisce nell'adeguare al sistema il «se» (*ob*) della sanzione, in quanto il «come» (*wie*) dell'intervento punitivo spetta al giudice⁵³⁹. Da qui, è naturale intravedere sullo sfondo, come linea guida delle deroghe alla legalità dell'azione, il principio di proporzionalità secondo cui la pena mantiene un adeguato livello di efficienza solamente se garantisce un adeguato tasso di repressione, oltre il quale la reazione al delitto diviene controproducente⁵⁴⁰.

Facendo una ricognizione delle norme processuali che presiedono i due versanti, si può constatare che diverse sono le disposizioni fondanti il principio di legalità. In base al §152, II StPO, la Procura della Repubblica è tenuta ad attivarsi in relazione a tutte le condotte penalmente perseguibili, qualora sussistano sufficienti elementi a sostegno dell'accusa, ossia se sussiste almeno un livello minimo di *fumus boni iuris*. La norma si riferisce al cosiddetto *Anfangsverdacht*, sospetto iniziale, ossia la possibilità dell'avvenuta commissione di un reato, connotata da un livello indiziario ridotto, il quale – raggiunta, comunque, una certa soglia di verosimiglianza della fattispecie di reato e della sua perseguibilità – fa sì che il procedimento possa essere avviato anche quando non sia individuabile un possibile autore della fattispecie medesima⁵⁴¹. Se al termine delle indagini viene messa in luce la sussistenza di «sufficienti elementi per l'esercizio dell'azione penale pubblica», il pubblico ministero è tenuto a formulare l'accusa in base al §170, I StPO. In quest'ultima ipotesi si è al cospetto del *hinreichender Tatverdacht*, fondato sospetto, cioè la probabilità che l'indagato abbia compiuto il reato che gli viene contestato⁵⁴².

L'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero è destinato a valere, ai sensi del §152, II StPO, nei limiti in cui «la legge non disponga altrimenti». Ed è proprio qui che si innesta l'articolata disciplina dell'archiviazione che presenta un'emblematica contrapposizione tra i casi in cui essa ha luogo «in mancanza di sospetto

⁵³⁸ Cfr. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Arch. pen.* 2/1992, 177.

⁵³⁹ Cfr. JEUTTER, *Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzip im Strafverfahren*, München, 1971, 20.

⁵⁴⁰ In tal senso cfr. HOLTZENDORFF, *Rechtslexikon*, Leipzig, 1881, 953.

⁵⁴¹ V. SCHULEMBURG, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren*, in *JuS*, 2004, 765 ss. Nel senso che, tuttavia, non deve trattarsi di mera ipotesi v. SCHÖCH, *sub §152 StPO*, in *Kommentar zur Strafprozessordnung*, II, 1, a cura di AA.VV., Neuwied, Krißel, Berlin, 1992, 651.

⁵⁴² Il § 170, I StPO dispone «*Conclusionone delle indagini preliminari. (1) Quando le indagini danno sufficienti elementi per l'avvio dell'azione penale, la procura la promuove, presentando un atto di accusa presso il giudice competente*».

Cfr. JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153° StPO*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 173. Per un approfondimento v. MITTERMEIER, *Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage*, in *Reform des Strafprozesses. Kritische der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge*, Berlin, 1906, 152 ss.

del reato» e quelli in cui è consentita «nonostante la sussistenza» di tale sospetto. Nella prima classe rientra il tradizionale dovere di archiviazione previsto dal § 170, II, StPO, che dipende dalla impossibilità di richiedere la condanna in giudizio sulla scorta degli accertamenti compiuti in vista della formulazione dell'accusa, in base ai quali risulta concretamente non perseguibile l'imputato⁵⁴³.

Nell'ambito della seconda categoria si inseriscono i margini di deroga al principio di legalità, traducendosi nelle ipotesi della *Privatklage* (domanda privata) ex §§ 376, 377 StPO e nelle archiviazioni per ragioni di opportunità ex §§ 153 StPO, le quali compongono un fronte comune, dove l'astensione dall'azione assume un connotato discrezionale - nei limiti precedentemente analizzati - che spezza la relazione biunivoca tra archiviazione e fase preliminare del procedimento e, in particolare, la dipendenza di tale scelta dalle valutazioni esclusivamente endoprocessuali del titolare dell'azione⁵⁴⁴.

La prima tipologia di archiviazione dovrebbe prevalere rispetto all'altro gruppo di cause archiviate, in quanto più liberatoria; tuttavia, tale superiorità non è prevista in via legislativa rispetto ad alcuna delle ipotesi di cui ai §§ 153 ss. StPO, a prescindere dallo stato delle indagini in cui le rispettive decisioni sono destinate ad intervenire. A tal punto, per comprendere l'effettiva portata applicativa delle varie fattispecie che rispondono alle ragioni dell'opportunità, sembra utile distinguerle in quattro categorie⁵⁴⁵. In una prima categoria possono farsi rientrare determinati delitti, per i quali il privato cittadino leso dal reato o legittimato a presentare querela ha il potere autonomo di esercitare l'*azione penale privata sussidiaria (Privatklage)* ai sensi dei §§ 374-394 StPO: con ciò dà luogo al procedimento penale per iniziativa ed attività propria, indipendentemente da qualsiasi esercizio di funzioni da parte del pubblico ministero, in quale in tal caso può esercitare l'azione penale solo se sussiste un interesse pubblico a procedere penalmente⁵⁴⁶. Per i rimanenti tre gruppi è interessante individuare, rispettivamente, i casi in cui l'addebito è

⁵⁴³ Il § 170, II StPO dispone «(2) In caso contrario la procura archivia il procedimento. Di questo fatto informa l'indiziato quando è stato interrogato come tale o quando era stato contro di lui emesso un mandato di cattura; lo stesso vale quando l'indiziato aveva chiesto di essere informato o quando è evidente un particolare interesse alla comunicazione».

Si deve considerare che l'archiviazione ex §170 StPO non avviene sugli stessi presupposti del decreto di archiviazione previsto nell'ambito dell'ordinamento italiano: la decisione del pubblico ministero è infatti presa al termine di una fase processuale, dopo che si sono valutate le prove raccolte, e non in *limine litis* rispetto alla manifesta superfluità del giudizio. Sulla importanza di di tal modo di definizione dei giudizi v. JESCHECK, *Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform*, in *Probleme der Strafprozessreform*, Berlin, 1975, 21. Nell'ambito della letteratura italiana, sull'argomento v. CORDERO, *Istruzione e immediatezza nella Strafprozessordnung della Repubblica Federale tedesca*, in *Riv. it. dir. e proc.*, 1986, 118 ss.

⁵⁴⁴ Cfr. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, cit., 273.

⁵⁴⁵ Per un'attenta analisi v. MOLINARI, *P.M. e azione penale nell'ordinamento germanico*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 223.

⁵⁴⁶ Per un approfondimento sull'argomento v. KLEINKNECHT, *Strafprozessordnung*, München, 1977, 409; ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 90.

caratterizzato dalla lievità del fatto e non si riconosce un interesse della collettività alla persecuzione penale⁵⁴⁷ (§§ 153, 154, 154 a, 153 c, I n. 1-3 StPO); quelli in cui, invece, l'interesse sussiste, ma può essere soddisfatto in modo alternativo⁵⁴⁸ (§ 153 a, I, n. 1-4 StPO); e, infine, le ipotesi in cui al processo penale cede il passo ad altre prevalenti istanze, di carattere statale o facenti capo alla vittima⁵⁴⁹ (§§ 153 d, 153 e, I, 154 c, 154 d, 154 e StPO). A fronte di questa breve carrellata è importante evidenziare che nella prassi l'archiviazione per ragioni di opportunità finisce per dominare in misura ancora maggiore rispetto a quanto già risulti alla luce delle scelte legislative espresse nei paragrafi sopra citati. La prevalenza fattuale dei §§ 153 ss. StPO rispetto al modello archiviatorio del § 170, II StPO non si traduce in una rilevanza prettamente teorica, ma assume notevoli ripercussioni nella sfera giuridica della vittima, soprattutto in ordine al suo interesse al controllo sull'azione del pubblico ministero. A tal proposito, è necessario sottolineare la presenza nell'ordinamento tedesco di un rilevante potere in capo al privato cittadino, che sia nel contempo persona offesa dal reato, in ordine al controllo sull'operato del pubblico ministero. Infatti, di fronte a reati perseguibili d'ufficio la persona lesa dal reato, oltre che presentare denuncia, può espletare un ricorso amministrativo formale davanti al capo d'ufficio del pubblico ministero inerte, chiedendo formalmente l'esercizio dell'azione penale ex § 172, I StPO. In caso di rifiuto, il denunciante-parte lesa può fare istanza alla corte d'appello affinché imponga al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale, attraverso il *Klageerzwingungsverfahren* previsto dai §§ 172-177 StPO⁵⁵⁰. La corte di appello, investita del procedimento, decide tramite ordinanza il rigetto (§ 174 StPO) o l'accoglimento (§ 175 StPO) dell'istanza del procedimento coercitivo dell'accusa, disponendo in tal caso il promovimento dell'azione penale: a questo punto il pubblico ministero deve dare esecuzione a tale provvedimento, procedendo all'esercizio dell'azione penale. All'interno del procedimento così instaurato,

⁵⁴⁷ Cfr. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 86, dove si distinguono i casi di irrilevanza assoluta di cui al § 153 StPO, dai casi di irrilevanza relativa, di cui 154 e 154 a; a questi si aggiungano le ipotesi di rapporti con l'estero, nelle quali si riconosce un effimero interesse alla persecuzione penale del reato, in quanto il fatto è stato commesso in territorio straniero ex § 153 c, I, n. 1-2 StPO; o, poiché per quella violazione è già in corso di esecuzione una pena in un altro Stato ex § 153 c, I, n. 3 StPO.

⁵⁴⁸ Si tratta delle fattispecie di cui al § 153 a, di cui si parlerà diffusamente nei prossimi paragrafi.

⁵⁴⁹ Nell'ambito di questa ampia categoria la dottrina distingue diversi sottoinsiemi così composti: a) le ipotesi di cui al § 153 d StPO legate alla protezione di interessi statali considerati prevalenti, o che comunque potrebbero subire conseguenze negative in relazione all'accertamento penale; b) le ipotesi di cui al § 153 e StPO riconducibili al ravvedimento operoso del soggetto agente; c) i casi di cui al § 154 c StPO, norma che tiene conto dell'interesse della vittima affinché non si proceda all'accertamento penale; d) il disposto del § 154 d, che tende ad evitare un contrasto tra giudicati. A queste fattispecie si aggiunge quella, particolarmente discussa, riguardante la riconoscibilità al pubblico ministero del potere di prescindere dall'accertamento della responsabilità di un soggetto del quale intende assicurarsi la testimonianza: il c.d. *Kronzeuge o Aufklärungsgehilfe*. Per questa ricostruzione v. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 75 ss.

⁵⁵⁰ V. MAIWALD, *Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren*, in *GA*, 1970, 33 ss.; NOTHMANN, *Klageerzwingungsrecht und Strafprozessreform*, in *GA*, 1976, 71 ss.

il privato può intervenire ed agire affianco al pubblico ministero, in qualità di coaccusatore. E in merito alla differenza prima accennata, tale istituto non trova applicazione, oltre che nei casi di *Privatklage*, anche nelle ipotesi di archiviazione per motivi di opportunità, giungendo così ad escludere la vittima da qualsivoglia influenza sulla decisione.

Tra le ipotesi più significative e più attinenti al tema della trattazione qui in esame spiccano quelle disciplinate dai §§ 153 e 153 a StPO concernenti la possibilità di archiviare le ipotesi meno gravi, rientranti nella categoria dogmatica dei reati bagatellari, lasciando al pubblico ministero e al giudice il compito di valutare e decidere sulla tenuità del fatto e sulla lieve entità del grado di colpevolezza.

A questo punto non resta che analizzare le due norme contenute necessariamente nello *Strafprozessordnung*, in quanto disciplinanti due tipiche cause di improcedibilità.

2.1. L'archiviazione per irrilevanza penale del fatto.

Il § 153 StPO è stato introdotto nel panorama giuridico tedesco nel 1924 con la cosiddetta «novella *Emminger*», dal nome dell'allora Ministro della Giustizia, e successivamente è stato modificato a più riprese, con particolare incidenza nel 1974 e nel 1993. Il paragrafo è rubricato «*Archiviazione per l'irrilevanza penale del fatto*» e risulta suddiviso in due commi che, rispettivamente, dispongono: «*(I) Quando il procedimento ha per oggetto un delitto, la Procura può- con l'approvazione della Corte competente- astenersi dal perseguimento penale se la colpevolezza dell'autore sarebbe da considerarsi esigua e se non sussiste alcun interesse pubblico al perseguimento stesso. Non è necessario il consenso del giudice nel caso di un delitto contro l'altrui patrimonio per il quale non sia comminata una pena aggravata nel minimo, se il danno prodotto dal fatto è esiguo. (II) Se è stata già esercitata l'azione penale il giudice, in qualsiasi fase del processo, può archiviare il procedimento con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato se sussistono i presupposti di cui al comma primo. Il consenso dell'imputato non è necessario se il dibattimento non può essere svolto per i motivi previsti dal § 205, oppure può essere svolto anche in sua assenza, nei casi previsti dal § 231 comma II e dai §§ 232 e 233. La decisione viene emessa con decreto. Il decreto non è soggetto ad impugnazione*».

Ad una prima lettura si ricavano due dati oggettivi: da una parte, l'ipotesi di improcedibilità può avere luogo non solo prima dell'esercizio dell'azione penale, ma anche in seguito, dall'altra, viene indicato un preciso ambito di applicazione. Infatti, sulla base della nota bipartizione presente nello *Strafgesetzbuch* (StGB), codice penale tedesco, che distingue tra *Verbrechen* § 12, I StGB, ossia i crimini sanzionati con la pena detentiva non inferiore nel minimo ad un anno, e *Vergehen*, delitti sanzionati con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o pena pecuniaria, § 12, II StPO, l'oggetto del procedimento può essere esclusivamente un delitto rientrante nella seconda categoria⁵⁵¹. Secondo autorevole dottrina tale limitazione non si basa esclusivamente sull'idea, in forza della quale l'esiguità deve

⁵⁵¹ La traduzione dei concetti del StGB è tratta da VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, Cedam, 2003.

essere valutata in astratto prima ancora che in concreto, ma sembra derivare anche da una considerazione di coerenza sistematica: a seguito della conversione delle contravvenzioni (*Übertretungen*) in illeciti amministrativi, il legislatore tedesco ha compiuto una depenalizzazione in concreto dei delitti, escludendo dalla cerchia dei prescelti i delitti più gravi e i crimini che non potrebbero mai essere considerati esigui, né in concreto né, a maggior ragione, in astratto⁵⁵².

Cominciando l'analisi dal primo periodo del comma I, si è di fronte all'ipotesi di rinuncia all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, condizionata al consenso dell'autorità giurisdizionale competente per il giudizio (*Hauptverfahren*)⁵⁵³. La corresponsabilità del giudice è un corollario del principio di legalità, la sua decisione non si limita ad un controllo di legittimità, ma attiene ad una valutazione sulla sussistenza dei presupposti del § 153 StPO. Nonostante l'accordo espresso, l'accusa potrà recedere dal manifestato intento archiviativo ed esercitare l'azione, così come il giudice rimarrà libero di revocare il proprio consenso, fino a quando non sia intervenuta l'archiviazione.

Quest'ultima annotazione permette di affrontare il problema concernente il potere o dovere del pubblico ministero di pronunciare l'archiviazione in presenza dei requisiti stabiliti. Nella formulazione del § 153 StPO (e anche del § 153 a StPO) è utilizzato il verbo *kann* (da *können*, ossia potere): mentre una parte della dottrina lo ritiene indicativo di una vera e propria discrezionalità dell'autorità giudiziaria⁵⁵⁴, altra parte della letteratura ritiene che il pubblico ministero e il giudice siano obbligati a rinunciare all'azione quando sussistono i requisiti di *geringe Schuld*, lieve colpevolezza, e dell'assenza di *öffentliches Interesse*, interesse pubblico⁵⁵⁵.

Questi due indici rappresentano il cuore della previsione normativa ed è indispensabile analizzarli singolarmente.

La *Geringe Schuld* rappresenta il fondamento del § 153 StPO, poiché intanto vi sarà archiviazione in quanto la colpevolezza dell'indagato sia considerata di lieve entità. La colpevolezza non deve essere necessariamente provata, ma è sufficiente che allo stato delle

⁵⁵² In tal senso v. FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, cit., 8.

⁵⁵³ Può trattarsi dell'*Amtgericht*- tribunale cantonale- del *Landgericht*- tribunale regionale-, oppure del *Oberlandgericht*- tribunale regionale superiore. Per un approfondimento sull'inquadramento delle diverse competenze degli uffici giurisdizionali, v. JUY-BIRMANN, *Il processo penale in Germania*, in *Procedure penali d'Europa*, ed. italiana a cura di Chiavario, Padova, 2001, 189 ss. È interessante osservare che nel caso in cui più giudici risultino competenti, il pubblico ministero deve scegliere a quale rivolgersi: ma se quello adito nega il consenso all'archiviazione per tenuità, l'accusa non potrà rivolgersi ad un altro, ciò che, invece, risulta possibile quando l'organo giurisdizionale investito in prima battuta si dichiara incompetente, cfr. SCHOREIT, *sub § 153*, in *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, a cura di AA.VV., München, 1987, 633.

⁵⁵⁴ In tal senso v. DIEMER, *sub § 153*, in *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, cit., Rn. 15; MEYER-GOSSNER-SCHMITT, *sub § 153 StPO*, in *Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, a cura di LÖWE-ROSENBERG, LVIII ed., C.H. Beck, 2015, § 153, Rn. 8

⁵⁵⁵ Per tale diverso orientamento v. BEULKE, *Strafprozessrecht*, XII ed., C.F. Müller, 2012, 223; JARVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153° StPO*, cit., 178.

indagini vi sia al riguardo una certa probabilità, riveniente da una valutazione ipotetica, sulla base dei parametri enunciati dal § 46 StGB relativo ai principi sulla commisurazione della pena⁵⁵⁶, ossia l'omologo dell'art. 133, comma 1 e 2, del codice penale italiano. Così potranno essere presi in considerazione i motivi e gli scopi dell'autore (es. furto commesso per necessità), le modalità esecutive e le conseguenze colpevoli del fatto, ma anche le circostanze che attengono alla personalità del reo, come la condotta successiva al fatto (es. sforzo per risarcire il danno), il suo precedente stile di vita e le sue condizioni personali ed economiche⁵⁵⁷. Alcune voci in letteratura ritengono che il giudizio di esiguità della colpevolezza possa, inoltre, estendersi anche ad altre circostanze ed elementi che emergono nel processo motivazionale dell'autore, come le semi-scusanti e le quasi-scriminanti: così ad esempio possono rilevare l'impunità diminuita (§ 21 StGB), l'errore evitabile sul precetto ex § 17 StGB, che può comportare una diminuzione di pena, e le scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità, i cui elementi costitutivi non siano stati del tutto integrati⁵⁵⁸. La confessione dell'indagato, invece, non è un requisito né per l'applicazione del § 153 StPO, né un motivo per supporre che la colpevolezza sia esigua.

In secondo luogo è necessario procedere alla relativizzazione del singolo giudizio di esiguità in rapporto ai fatti corrispondenti al reato per cui si procede; pertanto «*la colpevolezza,*

⁵⁵⁶ Si riporta il testo del § 46 StGB: «*Principi della commisurazione della pena. (I) La colpevolezza dell'autore è il fondamento per la commisurazione della pena. Sono da tenere in considerazione gli effetti che ci si può attendere dalla pena sulla futura vita sociale dell'autore.*

(II) Ai fini della commisurazione, il giudice valuta le circostanze favorevoli e contrarie all'autore. Al riguardo vengono in considerazione:

-i motivi e gli scopi dell'autore;

-l'atteggiamento interiore che emerge dal fatto e la volontà esplicita nel fatto;

-la misura dell'antidoverosità;

-le modalità esecutive e le conseguenze colpevoli del fatto;

-la vita anteatta e le condizioni personali ed economiche dell'autore, come pure la sua condotta successiva al fatto, in particolare il suo sforzo per riparare il danno, così come lo sforzo dell'autore di raggiungere una composizione con la parte offesa;

(III) Non sono da prendere in considerazione le circostanze che già sono elementi costitutivi della fattispecie legale».

⁵⁵⁷ A sostegno di tale orientamento v. BOXDORFER, *Das öffentliche an der Strafverfolgung trotz geringer Schuld des Täters*, in NJW, 1976, 318; HOSSE, *“Geringer Schuld” und “öffentliche Interesse” in den §§ 153 und 153 a StPO*, in *Festschrift für H. Lefrenz*, Heidelberg, 1983, 634-636; KUNZ, *Das Strafrechtliche Batatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin, 1984, 266 ss. In senso contrario, ossia che bisognerebbe fare riferimento alla colpevolezza del fatto (*Tatschuld*), con esclusione di tutte le circostanze prese in considerazione in sede di commisurazione della pena (precedenti giudiziari, condotta susseguente al fatto), v. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, 99, 212-213; VOGLER, *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, in ZStW, 1978, 166-167.

⁵⁵⁸ V. per tutti KUNZ, *Das Strafrechtliche Batatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, cit., 229 ss.

valutata alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto, deve essere comparata alla misura media di colpevolezza che è tipica delle infrazioni dello stesso tipo. Se rimane nettamente al di sotto di questa media, allora possiamo definirla esigua»⁵⁵⁹.

A questo punto, si è giunti all'analisi del secondo indice richiesto per l'applicazione dell'istituto: la mancanza dell'*öffentliche Interesse*. Se il requisito della esiguità della colpevolezza può contare su numerose indicazioni codicistiche che permettono di rendere il contenuto del giudizio di rimproverabilità abbastanza determinato, non si può giungere alla medesima conclusione per la mancanza dell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione, che risulta assai vago.

Seppur alcuni autori sostengono che la particolare tenuità della colpevolezza farebbe, di per sé, venir meno l'interesse pubblico alla persecuzione, tuttavia è doveroso sostenere che a prescindere dal grado esiguo della rimproverabilità, l'*öffentliche Interesse* deve essere valutato alla luce dei parametri della prevenzione, generale e speciale⁵⁶⁰. Esso viene ricondotto alle funzioni della pena, per cui si ritiene che tale interesse sussista quando la rinuncia al proseguimento del procedimento può indurre l'autore a commettere nuovi reati- qui il procedimento penale si considera necessario per ragioni di prevenzione speciale riguardanti la persona dell'autore- oppure quando tale rinuncia può compromettere la salvaguardia degli interessi della comunità- in questo caso la punizione appare necessaria per ragioni di prevenzione generale, finalizzata alla tutela della comunità. In particolare, tra le ragioni riguardanti la sfera dell'autore vengono in considerazione l'atteggiamento antisociale, *Gesinnung*, oppure l'ostilità manifestata dallo stesso nei confronti delle autorità statali. In realtà, l'utilizzo di tali fattori ha suscitato severe critiche da parte della dottrina, la quale ha sottolineato il rischio di pericoloso passaggio dal diritto penale del fatto al diritto penale dell'intenzione-autore. Su tale scia si dovrebbe dare rilevanza soltanto alla esistenza di eventuali precedenti penali intesi, in *lato sensu*, sia come condanne, sia come archiviazioni ex § 153 StPO, riportate in un breve lasso di tempo⁵⁶¹.

«Il pubblico interesse al perseguimento» è stato ricostruito dalla dottrina nei termini seguenti: «*la necessità della punizione sussiste ogni qual volta occorra rafforzare energicamente nel cittadino, fedele al diritto, la fiducia nell'intangibilità dell'ordinamento giuridico, (...) quando cioè nel reato sia riconoscibile l'introdursi di chiari elementi di illegalità nella vita sociale*»⁵⁶².

Occorre, dunque, scongiurare la possibilità che la collettività possa risultare in qualche modo minacciata dalla pronuncia di archiviazione per tenuità della colpevolezza, ossia, ad esempio, quando le conseguenze derivanti dal fatto sono eccezionali, oppure sussiste la

⁵⁵⁹ PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 729.

⁵⁶⁰ Cfr. MEYER-GOSSNER-SCHMITT, *sub § 153 StPO*, cit., 495; SCHORHEIT, *sub § 153*, cit.

⁵⁶¹ Cfr. RIESS, in *Strafprozessordnung. Grosskommentar*, a cura di LÖWE-ROSENBERG, 24 Aufl., Berlin-New York, 1986, 28 vor § 153.

⁵⁶² Cfr. BOXDORFER, *Das öffentliche an der Strafverfolgung trotz geringer Schuld des Täters*, cit., 319.

possibilità che fatti analoghi siano commessi da altri soggetti, ovvero se la posizione dell'autore o della vittima ha una certa influenza nella vita pubblica. L'applicazione della causa di improcedibilità viene ammessa anche nei confronti delle fattispecie di reato particolarmente diffuse, in quanto la valutazione deve essere compiuta caso per caso, sulla base delle circostanze concrete del fatto che potrebbero rilevare la mancanza di ragioni di prevenzione generale⁵⁶³.

Il secondo periodo del comma I del § 153 STPO, introdotto in occasione della novella del 1974, esclude la necessità del consenso del giudice, qualora il fatto oggetto di indagine integri un reato punibile in astratto con una pena non aggravata nel minimo, - un mese di pena detentiva ex § 38, II StGB o cinque giorni di tasso giornaliero nel caso di pena pecuniaria ex § 40, I StGB - che abbia cagionato un danno tenue e che abbia i due requisiti sopra analizzati. Originariamente l'archiviazione assolutamente incondizionata operava solo con riguardo ai delitti contro il patrimonio, inclusi i delitti contro la proprietà, ma non quelli in materia tributaria; solo con un intervento legislativo del 1993 è stato eliminato tale limite, permettendo l'applicazione anche a fattispecie di reato che tutelavano interessi diversi. Sin dall'inizio si è registrata una grande difficoltà in ordine alla quantificazione del danno esiguo, poiché risultava complesso individuare una cifra che, in via unanime, potesse circoscriverne i confini, provocando una forte instabilità nel concreto operato⁵⁶⁴. Per cercare una soluzione, da tempo è stata auspicata, almeno, l'indicizzazione del valore del danno ai tassi di crescita economico-sociale, in modo da garantire un costante adeguamento dei parametri sui quali si regge lo strumento predisposto dal legislatore.

Il pubblico ministero comunica la sua decisione priva di motivazione, adottata con decreto di archiviazione, all'indagato, se sussistono i presupposti del § 170, II S. 2, StPO⁵⁶⁵: quindi può succedere che l'indagato non sappia né che era sottoposto ad indagine né dell'archiviazione per fatto tenue. Per quanto riguarda la persona offesa, invece, non occorre che la stessa venga informata.

⁵⁶³ Cfr. RIESS, in *Strafprozessordnung. Grosskommentar*, 24 Aufl., Berlin-New York, 1986, 28 vor § 153; Sul punto sono interessanti le osservazioni di PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 730, secondo il quale il riferimento ai criteri della prevenzione speciale e generale entra in contraddizione con la criminalità bagatellare di massa, in particolare «quanto più diffuso è un comportamento criminale nella popolazione, tanto più esiguo è il rimprovero che può muoversi all'agente per aver tenuto quella condotta e, indirettamente, tanto inferiori appaiono nei suoi confronti le esigenze special-preventive; per converso tanto più elevata risulta in questi casi la necessità di rafforzare la fiducia dei consociati nell'intangibilità dell'ordinamento penale».

⁵⁶⁴ Cfr. PALIERO, *Note sulla disciplina dei reati bagatellari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 944, il quale evidenzia come la prassi abbia fatto registrare pericolosi sbandamenti, che hanno portato, per un verso, a riconoscere la tenuità, ad esempio, di reati a stampo economico produttivi di un danno fino a 10.000 DM e, per altro verso, a negare l'archiviazione per furti da grandi magazzini su oggetti di valore superiore a 50, ma inferiore a 100 DM.

⁵⁶⁵ Se l'indagato è stato interrogato, se contro di lui è stato emanato un mandato d'arresto, se ha chiesto di essere informato, o se è evidente un interesse particolare alla comunicazione.

Una volta che il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale mediante la richiesta di rinvio a giudizio al giudice competente, il procedimento e, di conseguenza, anche il potere di archiviazione per tenuità della colpevolezza passa nelle mani dell'autorità giurisdizionale che potrà disporla in qualsiasi fase del processo, in base a quanto prevede il comma II del § 153 StPO. Il pubblico ministero e l'indagato hanno la facoltà di sollecitare presso il giudice l'epilogo in questione, ma non il diritto di vederlo pronunciato⁵⁶⁶.

È imprescindibile il consenso del pubblico ministero e dell'imputato, salve alcune eccezioni espressamente individuate dal testo della disposizione, che fa esplicito richiamo al § 205. In particolare, si richiede il consenso del pubblico ministero in quanto detentore del monopolio dell'accusa e, inoltre, per assicurare un controllo sull'agire del giudice. Sul versante dell'imputato, il suo consenso assolve una funzione di garanzia, poiché si rende necessario non frustrare l'interesse che questi può vantare a difendersi in giudizio, nella speranza di addivenire ad una pronuncia assolutoria⁵⁶⁷. Tale consenso non implica ammissioni di colpevolezza di alcun genere, anzi la dottrina maggioritaria ritiene che l'imputato potrebbe essere indotta a compiere tale scelta dal fatto che l'erario gli rimborsi le spese di difesa⁵⁶⁸.

In presenza dei presupposti richiesti dal paragrafo il giudice durante tutto il procedimento-fase intermedia, giudizio, appello, ricorso in cassazione- fino alla irrevocabilità della decisione, nonché nel giudizio di revisione, emana il decreto di archiviazione, che non prevede un obbligo di motivazione, anche se essa sarebbe opportuna per determinare i confini della *res iudicata*. La decisione, infatti, passa in giudicato limitatamente all'oggetto della questione controversa. A questo profilo è strettamente collegato quello attinente agli effetti preclusivi dell'archiviazione ex § 153 StPO: se il provvedimento di cui al comma I non richiede particolari condizioni per un'eventuale successiva riapertura del procedimento da parte del pubblico ministero, va detto che a seguito della pronuncia del giudice, l'instaurazione di un nuovo procedimento per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona sarà ammissibile solo quando: a) sia possibile assumere nuovi elementi di prova che inducano ad una prognosi di insussistenza dei requisiti di legge; b) si sospetti che il fatto oggetto del primo procedimento costituisca, in verità, un crimine e non un delitto; c) il fatto originariamente oggetto di indagine risulti essere parte di una condotta più ampiamente rilevante; d) la riconsiderazione degli stessi fatti, o elementi di prova già valutati, conduca ad una diversa "quantificazione" della colpevolezza⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ Così KLEINKNECHT, *Strafprozessordnung*, cit., 577.

⁵⁶⁷ L'interessato può, quindi, revocare il proprio consenso, fintanto che non sia effettivamente intervenuto il provvedimento archiviativo. Non è, invece, necessario il consenso del *Nebenkläger* (persona offesa che si è costituita parte civile), il quale deve tuttavia essere ascoltato.

⁵⁶⁸ OLG Frankfurt, *NSZ-RR*, 1998, 52,

⁵⁶⁹ Per tale dettagliata analisi cfr. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., 142.

Il provvedimento statuisce anche sulle spese: di regola l'erario sostiene le spese del processo (§ 467, I StPO), ma non quelle di difesa dell'imputato (§ 467, IV, StPO). A differenza del decreto emesso dal pubblico ministero, il provvedimento del giudice può essere oggetto di impugnazione, con la quale non può essere contestata la valutazione sulla esiguità della colpevolezza e sulla mancanza dell'interesse pubblico, ma è possibile esclusivamente contestare che in realtà il procedimento riguardava un crimine e non un delitto, oppure mancavano i presupposti processuali, come il consenso del pubblico ministero e/o dell'imputato⁵⁷⁰.

2.2. L'archiviazione del procedimento a seguito dell'adempimento di condizioni ed obblighi.

Il § 153 a) StPO fu introdotto nel 1974 con l'aggiunta successiva del comma 3⁵⁷¹ e nell'ultimo decennio ha subito due rilevanti interventi di *restyling* che hanno condotto, rispettivamente, all'inserimento di una quinta "condizione" e alla modifica dei presupposti generali nonché all'introduzione di un'ulteriore condizione. La norma, sotto la rubrica: «*Sospensione provvisoria dell'imputazione: archiviazione provvisoria*», così dispone: «(1) *Con il consenso dell'imputato e del tribunale competente per l'apertura del dibattimento, il pubblico ministero può sospendere in via provvisoria la proposizione dell'azione pubblica penale contro un reato e allo stesso tempo imporre all'imputato oneri e prescrizioni, quando sono appropriati per rimuovere l'interesse pubblico all'azione penale e non vi osta il grado della colpevolezza. In particolare, gli oneri e le prescrizioni che vengono in considerazione sono:*

- 1. adempiere ad una determinata prestazione per riparare il danno cagionato;*
- 2. pagare una somma di denaro a favore di una istituzione di interesse comune o del patrimonio pubblico;*
- 3. adempiere ad altra prestazione di interesse pubblico;*
- 4. adempiere ad una obbligazione alimentare di un determinato valore;*
- 5. adoperarsi seriamente per giungere alla riconciliazione con la vittima e per cancellare in tutto o in parte considerevole il fatto o per procurarne il risarcimento.*
- 6. la partecipazione a corsi di riqualificazione, quando si stia procedendo per determinate violazioni del codice della strada.*

Il § 153, comma 1, II periodo, trova corrispondente applicazione nei casi del primo periodo nn. da 1 a 4, quando tali oneri e prescrizioni sono appropriati per rimuovere l'interesse pubblico all'azione penale e non vi osta la gravità della colpevolezza.

Per l'adempimento degli oneri e delle prescrizioni il pubblico ministero assegna all'imputato un termine che, nei casi dei nn. 1, 2, 3, 5 e 6 del II periodo, non è superiore a 6 mesi e nel caso del n. 4 del II periodo, non è superiore ad un anno. Il pubblico

⁵⁷⁰ DIEMER, *sub § 153*, cit., Rn. 38.

⁵⁷¹ Cfr. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1994, 325.

ministero può togliere successivamente gli oneri e le prescrizioni e prorogare una volta il termine per la durata di tre mesi; con il consenso dell'imputato può ingiungerli e modificarli anche successivamente. Se l'imputato li adempie, il fatto non può più essere perseguito come delitto. Se l'imputato non li adempie, le prestazioni che egli ha già adempiuto non possono più essere ripetute. Per analogia si applicherà il § 153, comma 1, II periodo.

(2) Quando è già stata promossa l'azione penale, il giudice può con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato archiviare provvisoriamente il procedimento fino alla fase dibattimentale in cui per l'ultima volta possono essere comprovate le constatazioni reali (risultanze probatorie) e allo stesso tempo può imporre all'imputato gli obblighi e le prescrizioni stabiliti nel comma 1, I periodo. Il comma 2 dal n. 2 al n. 6 trova corrispondente applicazione. La decisione di cui al primo periodo avviene mediante *Beschluss* (risoluzione). Il *Beschluss* non è impugnabile. Il IV periodo ha validità anche per l'accertamento che obblighi e prescrizioni imposti secondo il I periodo siano stati adempiuti.

(3) Durante il decorso del termine posto per l'adempimento degli obblighi e delle prescrizioni, la prescrizione è sospesa»⁵⁷².

Si cercherà di procedere con ordine, mostrando i requisiti richiesti per l'applicazione del § 153 s StPO e le varie fasi in cui esso può trovare esplicazione.

Il primo comma attiene al momento finale della fase istruttoria, prevedendo che il pubblico ministero con il consenso del giudice competente per l'apertura del dibattimento e, in questo caso, anche dell'imputato può rinunciare provvisoriamente all'esercizio dell'azione penale (*vorläufig vor der Erhebung der öffentlichen Klage absehen*) con riguardo ad un *Vergehen* (delitto) e, contestualmente, imporre all'imputato di adempiere, entro un determinato termine, precise condizioni (*Auflagen*) e prescrizioni (*Weisungen*), solo se queste ultime sono in grado di eliminare l'interesse pubblico al perseguimento e se la gravità della colpevolezza non lo esclude.

Il primo requisito che si può estrarre dalla lettura del paragrafo è che la declaratoria di improcedibilità può essere adottata sul presupposto di un requisito negativo, la non sussistenza di una *Schwere der Schuld*, ossia una colpevolezza grave, ostativa all'archiviazione. È opportuno ricordare, al riguardo, l'intervento riformatore del 1993, realizzato per agevolare l'applicazione della norma. Prima di tale riforma, infatti, il § 153 StPO trovava applicazione quando la colpevolezza risultava esigua, pertanto, dal punto di vista dei presupposti, si differenziava dal § 153 StPO solo per la presenza dell'interesse pubblico al perseguimento⁵⁷³. In base alla formulazione attuale, invece, la norma richiede la presenza di una colpevolezza la cui gravità non deve essere di ostacolo alla rinuncia

⁵⁷² Per la traduzione fondamentale è stato il lavoro di GALAIN-PALERMO, *Sospensione condizionata del processo penale in Germania: progressi o regressi del sistema penale?*, in *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, a cura di Picotti, Cedam, 2010, 22 nota 2.

⁵⁷³ Anche se dalla giurisprudenza si è ricavato che già durante la vigenza del vecchio testo si applicava il § 153 a StPO in casi di maggior colpevolezza rispetto al § 153 StPO.

provvisoria dell'azione penale, ossia la sua intensità non deve essere tale da apparire in contrasto con l'opzione deprocessualizzante⁵⁷⁴. In tale contesto, deve sussistere almeno il fondato sospetto che l'indagato abbia commesso il reato, implicando ciò un più elevato *fumus boni iuris* rispetto al § 153 StPO, e la rimproverabilità deve attestarsi non al di sotto, bensì su un livello medio.

Dunque, se originariamente la norma era destinata a limitare la persecuzione di reati bagatellari, oggi è stata resa applicabile anche alla sfera della media criminalità, suscitando non poche preoccupazioni in ordine alla possibilità di dar vita, nella prassi, ad una sorta di deprocessualizzazione a raggio indefinito. Casi tipici sono i delitti contro il patrimonio non gravi, i reati stradali lievi o medi, i reati economici o tributari, se il danno non è rilevante e se si tratta di un unico comportamento illecito⁵⁷⁵. Di conseguenza, è necessario tracciare un confine, seppur difficile da individuare in modo analitico, tra colpevolezza media e colpevolezza grave. In dottrina si ritiene che la valutazione di ordinaria rimproverabilità è fatta coincidere, da un lato, con la possibilità di applicare in concreto, per il fatto, una pena pecuniaria o detentiva sospendibile⁵⁷⁶, dall'altro, con il carattere primario del delinquente⁵⁷⁷. L'altro presupposto richiesto per l'applicazione della norma è la presenza dell'*öffentliche Interesse* all'azione penale, tale, però, da poter essere controbilanciato dall'adempimento da parte dell'autore di condizioni e/o prescrizioni, con le quali l'indagato ha la possibilità di "sporcarsi le mani", così da mostrare di meritare un atteggiamento benevolo del pubblico ministero.

In presenza dei due requisiti sopra enunciati, il pubblico ministero, con il *placet* del giudice e con il consenso dell'indagato - elemento che contraddistingue il § 153 a, comma 1, StPO dal § 153, comma 1, StPO - si astiene temporaneamente dall'esercizio dell'azione, in attesa che, entro un determinato termine, l'accusato adempia ad una delle condizioni indicate nella norma.

Il consenso della persona sottoposta alle indagini si intende prestato liberamente, anche se parte della dottrina sostiene che non possa considerarsi tale, in quanto espresso sotto la minaccia del procedimento penale che incombe sull'interessato⁵⁷⁸. Quest'ultimo deve

⁵⁷⁴ Sulle ragioni della riforma e sugli effetti che discendono dalla nuova formulazione del § 153 a StPO, v. ampiamente FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, cit., 31-32.

⁵⁷⁵ Cfr. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 81, dove si sottolinea che il § 153 a StPO trovi applicazione soprattutto nel diritto penale economico, nella prassi, però, è applicato anche in casi molto complessi (di fatto e di diritto) di truffa (§ 263 StBG), o di infedeltà patrimoniale (§ 266 StGB), che riguardano danni estremamente elevati.

⁵⁷⁶ Cfr. BEULKE, *sub § 153 StPO*, cit., Rn. 32.

⁵⁷⁷ Tuttavia, l'applicazione della norma non è necessariamente esclusa quando si tratta di un indagato recidivo, v. MEYER-GOSSNER-SCHMITT, *Strafprozessordnung*, cit., § 153 a, Rn. 7.

⁵⁷⁸ V. ROXIN-SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, cit, 15 vor § 14, secondo i quali l'adempimento degli oneri è teoricamente libero, mentre sul piano pratico agisce come una costrizione, con conseguente violazione del § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni.

essere informato in maniera esaustiva sia sulle modalità di adempimento della condizione che viene imposta, sia sulle conseguenze dell'inadempimento⁵⁷⁹.

Il consenso è revocabile fino all'adempimento completo e, in virtù della presunzione di innocenza, il consenso non rappresenta un'ammissione di colpevolezza, perciò, nel caso in cui il procedimento venga continuato per mancato adempimento entro i termini, esso non può essere valutato come mezzo di prova della responsabilità dell'indagato⁵⁸⁰.

In sostanza, il § 153 a StPO disciplinerebbe una particolare definizione del procedimento mediante volontaria sottomissione dell'indagato all'esecuzione di *Auflagen* e *Weisungen*, che, pur costituendo sanzioni, non hanno natura penale, in quanto il soggetto deve dare sempre il suo consenso e, anche dopo averlo dato, può sempre non adempiere⁵⁸¹.

Il comma 1 nella seconda parte enumera tassativamente le condizioni e gli obblighi che, nell'essere imposti, dovranno essere conformi al principio di proporzionalità, escludendo che all'indagato siano richiesti sforzi irragionevoli. Per quanto riguarda la riparazione del danno, la finalità reintegrativa può essere raggiunta attraverso l'imposizione tanto di una somma di denaro, quanto di una prestazione particolare. L'alternativa tra queste due forme soddisfattive non risponde necessariamente alla distinzione tra danno materiale e danno immateriale; tuttavia, si ritiene che la dazione in denaro non possa consistere in un mero accrescimento della somma già dovuta in sede di liquidazione civilistica del danno derivato dal reato. Tuttavia, quello appena indicato non è il percorso maggiormente intrapreso. Infatti, gli obblighi maggiormente prescritti sono, da una parte, quelli relativi al versamento di somme di denaro a favore di enti di beneficenza e organizzazioni che, a livello fiscale, non godono di questo *status*; dall'altra, quelli riguardanti le prestazioni di pubblica utilità, a cui non possono iscriversi i versamenti di somme di denaro, ma solo i servizi prestati presso ospedali, enti caritatevoli.

Il termine fissato può essere prorogato dal pubblico ministero per un massimo di 3 mesi, una sola volta, ed è una possibilità strettamente legata alla effettività dell'istituto: i benefici

⁵⁷⁹ Cfr. SCHOREIT, *sub § 153 a StPO*, cit., 645, constata che lo stesso diritto spetti tanto al denunciante- al quale deve essere offerto sì un quadro esplicativo dell'istituto, ma non anche delle condizioni e degli obblighi imposti al reo-, quanto al soggetto beneficiario del pagamento o della prestazione.

⁵⁸⁰ Cfr. BVerfG, in *NJW*, 1991, 1530, 1531.

⁵⁸¹ Interessante è quanto afferma MORGENSTERN, «*Diversion*» e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, in *Competenza penale del giudice di pace e «nuove» pene non detentive*, a cura di PICOTTI-SPANGHER, Milano, 2003, 97: l'A. ricorda come i criminologi tedeschi siano soliti definire tanto l'istituto del § 153, quanto quello del § 153 a StPO come «sanzioni informali», in quanto il reo in entrambi i casi è sottoposto alle indagini e in quanto il reato viene a conoscenza della famiglia e dell'ambiente sociale. Sulla dottrina a favore dell'impostazione non penale delle sanzioni v. BLAU-FRANCKE, *Diversion und Schlichtung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, 498; HERRMANN, *Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1984, 472; SCHÖCH, *sub § 153 a StPO*, cit.; Parte della dottrina, invece, ritiene che la natura di tali sanzioni sia penale, v. HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW*, 1980, 224-225; MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 303-305.

tipici della causa di improcedibilità si producono solo se l'adempimento risulta completo, di conseguenza emerge la necessità di individuare il puntuale assolvimento dell'obbligo.

La provvisorietà della rinuncia all'azione penale viene in evidenza in tutta la sua portata se l'indagato non adempie agli obblighi entro il termine stabilito: il pubblico ministero, in questo caso, procede alla richiesta di citazione, essendo già stati constatati i sufficienti motivi che la giustificano, altrimenti non sarebbe stato possibile pretendere dall'indagato tali particolari obblighi⁵⁸² e non viene restituito quanto eventualmente già versato o prestato dal terzo.

Diversamente, dopo che l'indagato abbia adempiuto completamente alle condizioni o prescrizioni, il pubblico ministero procederà all'archiviazione definitiva del procedimento, il cui tipico effetto è la preclusione alla riapertura del procedimento per il medesimo fatto; tuttavia, un eventuale esercizio dell'azione penale non è escluso laddove la vicenda possa essere riqualificata come *Verbrechen*.

L'accusato, in linea generale, non può impugnare il provvedimento di archiviazione, avendo precedentemente accettato gli obblighi stabiliti dall'accusa, a meno che il decreto non contenga vizi di illegittimità di cui egli non era a conoscenza al momento dell'accettazione⁵⁸³.

Il secondo comma del § 153 a StPO disciplina il caso in cui il provvedimento in questione viene emanato dal giudice, essendo stata l'azione penale già esercitata. In particolare, se ricorrono i presupposti sostanziali del § 153 a, comma 1, StPO il giudice, con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato può archiviare provvisoriamente il procedimento ed imporre contemporaneamente all'imputato gli ordini e gli oneri suddetti, ma fino al termine del dibattimento, nel quale possono essere valutati per l'ultima volta gli accertamenti di fatti. Per il resto, l'operatività dell'istituto rimane invariata rispetto al primo comma, di cui il legislatore richiama espressamente i periodi da 2 a 5.

La dottrina non è unanime riguardo al provvedimento da assumersi di fronte all'adempimento incompleto, che comporta, come noto, la prosecuzione del giudizio: alcuni sostengono che sia sufficiente il mandato di comparizione ad informare l'imputato della ripresa delle attività processuali⁵⁸⁴, altri ritengono, invece, necessaria una vera e propria decisione sulla riapertura, formale e motivata, da contrapporsi alla decisione di archiviazione temporanea⁵⁸⁵.

Se l'imputato adempie nel termine fissato, il giudice dispone il decreto di archiviazione non motivato e non impugnabile.

⁵⁸² Cfr. CORDERO, *Oltre il «patteggiamento» per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il «nostro» art. 112 Cost.*, in *Leg. pen.*, 1/1986, 661.

⁵⁸³ Cfr. SCHOREIT, *sub § 153 a StPO*, cit., 645.

⁵⁸⁴ Cfr. SCHOREIT, *sub § 153 a StPO*, cit., 649.

⁵⁸⁵ Cfr. KLEINKNECHT, *Strafprozessordnung*, cit., 590.

Per quanto attiene ai rapporti tra archiviazione pronunciata nella fase delle indagini e decisione assunta in giudizio, valgono le considerazioni già effettuate con riguardo al §153 StPO, espressamente richiamato dalla medesima disposizione qui commentata.

3. *Ratio*, effetti giuridici ed eventuali criticità dei §§ 153 e 153 a) StPO.

Esaminata la disciplina delle due cause di improcedibilità, occorre ora soffermarsi sulla *ratio* delle due norme. La maggior parte della dottrina sostiene che attraverso queste disposizioni il legislatore tedesco abbia voluto perseguire due finalità. In via prioritaria, soddisfare un'esigenza di economia processuale che consentisse di razionalizzare e accelerare la durata di definizione dei procedimenti, in modo da perseguire in via più efficace i fatti dotati di un maggior disvalore. Secondariamente, a tali disposizioni è stata riconosciuta anche una funzione di politica criminale, ossia una funzione di decriminalizzazione-depenalizzazione di fatti di scarsa entità⁵⁸⁶. Su tale scia le ipotesi di archiviazione dei §§ 153 e 153 a StPO rispecchiano una rilettura del rapporto tra diritto e processo fondata su di una concezione antiformalistica della legalità e dell'uguaglianza, in virtù della quale si ritiene che una rigorosa applicazione del principio di ragionevolezza nell'ambito dell'intervento repressivo dello Stato sia compatibile con la legittimazione di istanze politiche non traducibili nelle classiche forme della fattispecie tipica e della conseguente applicazione della pena. Perciò, tali casi di archiviazione politica si riconducono al principio di proporzionalità dell'intervento pubblico nella sfera privata⁵⁸⁷, e cioè alla necessità di adeguare i mezzi dell'azione autoritaria dello Stato allo scopo da perseguire, prescindendo dalla natura dei poteri esercitati.

A conferma di quanto appena rilevato, occorre rilevare che con la riforma del 1993 la funzione deflativa del § 153 a StPO è stata ulteriormente rafforzata, in quanto, essendo stata estesa l'archiviazione anche ai fatti dotati di maggior disvalore, risulta evidente come la norma serva ad una semplificazione del procedimento e ad un alleggerimento della giurisdizione penale⁵⁸⁸.

Dall'esame delle singole possibilità di archiviazione si desume che la maggior parte dei procedimenti riguardanti rei (potenzialmente) punibili viene archiviata dalla procura senza

⁵⁸⁶ In questo senso, tra tutti, v. MEYER-GOSSNER-SCHMITT, *Strafprozessordnung*, cit., 1 vor § 153 a StPO; in senso contrario, un'altra parte della dottrina, tra cui RIESS, *sub § 153 StPO*, cit., 1 vor § 153 StPO, invece, sostiene che l'ordine delle finalità perseguite dalle due disposizioni deve essere invertito, per cui esse costituiscono non tanto strumenti diretti a decongestionare gli uffici giudiziari, quanto piuttosto mezzi per salvaguardare anche in ambito applicativo la funzione di *ultima ratio* del diritto penale e per evitare l'effetto stigmatizzante che consegue ad una pronuncia di condanna; la soddisfazione dell'esigenza deflativa viene fatta conseguire dal fatto che la finalità di decriminalizzazione è perseguita con uno strumento processuale.

⁵⁸⁷ In tal senso v. JEUTTER, *Sinn und Grenzen des Legalität im Strafverfahren*, München, 1976, 47 ss.; SCHMIDT-JORTZIG, *Möglichkeit des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips bei der Polizei*, NJW, 1989, 129.

⁵⁸⁸ Sullo scopo deflattivo della "legge per lo sgravio dell'amministrazione della giustizia" del 1993, v. FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, cit., 31, il quale osserva come nella relazione di accompagnamento di tale legge l'aspetto della decriminalizzazione non sia più menzionato.

obblighi. Differenziando, invece, le archiviazioni con obblighi secondo la loro specie si ricava che il 98% viene definito con l'obbligo ad un pagamento: tale popolarità va a scapito delle sanzioni non detentive previste dallo StGB, ossia l'ammonizione con riserva di pena, utilizzata nell'ambito della criminalità lieve e media⁵⁸⁹.

È utile aprire una breve parentesi sugli effetti giuridici prodotti dalle due disposizioni. Avendo una natura esclusivamente processuale, non si tratta di procedimenti che producono effetti sostanziali- come, ad esempio, l'estinzione del reato prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 77 l. 689/81- né di pronunce giurisdizionali precedute da un accertamento. Infatti, non contengono alcun tipo di accertamento o ammissione di responsabilità penale da cui possono derivare sanzioni penali: in virtù di quanto enunciato, i provvedimenti di archiviazione non vengono iscritti nel casellario giudiziale. L'unico effetto rilevante è la preclusione di procedere nuovamente nei confronti del medesimo fatto, efficacia che non può considerarsi assoluta, in quanto risolvibile in presenza di nuovi fatti o mezzi di prova: la stessa decisione ex § 153 a StPO, pur avendo una portata vincolante e una resistenza al *novum* probatorio maggiore rispetto all'altra declaratoria ex § 153 StPO, poiché ha un livello di accertamento incompleto può cedere in presenza di circostanze che rendano possibile la qualificazione del fatto come *Verbrechen*, cioè come fattispecie delittuosa punibile con una pena detentiva di almeno un anno, non essendo più lo stesso fatto perseguibile come *Vergehen*.

Nonostante il riconosciuto successo pratico delle due ipotesi di chiusura del contenzioso processuale, numerose sono state e continuano ad essere le critiche mosse alla normativa in esame, in particolare al § 153 StPO, le quali sono apparse rafforzate soprattutto a seguito della riforma del 1993.

In primo luogo, secondo una parte della dottrina notevoli perplessità sono state suscitate dalla eccessiva estensione dell'oggetto del giudizio di esiguità della colpevolezza. Come è stato rilevato nei precedenti paragrafi, esso costituisce un giudizio di ponderazione-bilanciamento di tutte le circostanze favorevoli o meno all'autore del reato, le quali possono consistere non solo in componenti di riprovevolezza soggettiva, ma anche in elementi di disvalore oggettivo, oppure attinenti la personalità dell'autore. In virtù di tale onnicomprensività, consegue che le tre componenti che costituiscono il tipo bagatellare - disvalore di evento, colpevolezza e personalità dell'autore- non hanno un ruolo paritario, nel senso che ai fini dell'applicazione degli istituti non è necessario che tutte e tre le

⁵⁸⁹ Questi i dati riportati da HEINZ, *Die Staatsanwaltschaft Selektions- und Sanktionsinstanz im statistischen Graufeld*, in *Festschrift für G. Keiser*, Berlin, 1998, 96, dai quali emerge che dei 4.327.190 procedimenti affrontati nel 1996 contro indizii noti ben 1.170.407 procedimenti (27%) sono stati archiviati mediante istituti ispirati al principio di opportunità, e in particolare 247.116 (5,7%) in base alle archiviazioni condizionate (tra le quali rientra oltre al § 153 a StPO, anche il § 45, comma e, JGG, simile al nostro istituto dell'irrelevanza del fatto previsto per il processo penale minorile) e 923.291 procedimenti (21,3%) in base alle archiviazioni incondizionate (tra le quali rientra anche il § 153 StPO) e 923.291 procedimenti (21,3%) in base alle archiviazioni incondizionate (tra le quali rientra anche il § 153 StPO).

componenti risultino esigue (per cui, nulla esclude che venga esercitata azione penale per una lesione personale lieve commessa con dolo intenzionale da un soggetto pienamente imputabile, oppure che l'azione non venga esercitata nei confronti di una lesione oggettivamente più grave, commessa con dolo eventuale da un semi-imputabile. Da qui, viene dedotto che la mancanza di ordine prestabilito da parte del legislatore, circa la gerarchia degli indici di esiguità, si tradurrà in uno stato di "anarchia" dove le scelte verranno prese di volta in volta dai singoli pubblici ministeri e giudici a seconda della loro visione, con un serio rischio per la certezza del diritto e per la parità di trattamento⁵⁹⁰.

Continuando su questo filone, alcune voci in letteratura hanno criticato l'assoluta indeterminazione del criterio del pubblico interesse al perseguimento, del quale non viene stabilito alcun presupposto materialmente verificabile⁵⁹¹ e che, da questo punto di vista, comporterebbe una violazione del principio di legalità e, più precisamente, del principio di determinatezza sancito dall'art. 103, comma 2, GG. Circostanza che, come ha sostenuto Kausch, rende il «*pubblico ministero un giudice che opera come il giudice, ma prima del giudice*»⁵⁹².

La dottrina tedesca condanna particolarmente il § 153 a StPO, nella parte in cui attribuisce al pubblico ministero il potere di desistere dal processo infliggendo sanzioni, seppur non penali, all'imputato. Si tratta, a dire il vero, di una norma che legittima il pubblico ministero di prerogative spettanti al giudice, da cui potrebbe intravedersi un pericoloso ritorno all'organo inquirente, che assume su di sé le funzioni di accusa e di giudizio⁵⁹³.

Osservazioni in chiave negativa sono state fatte anche all'idea di sottoporre la rinuncia al perseguimento penale di un reato alla condizione che l'imputato adempia gli oneri e le prescrizioni inflittele: questo meccanismo è stato considerato come una spia di degradazione della funzione giurisdizionale, che assumerebbe le vesti di un mercato. Infatti, lo stesso Roxin ha sostenuto che la negoziazione tra l'amministrazione della giustizia ed il presunto colpevole ai sensi del § 153 a StPO risponde ad un obiettivo di commercializzazione dell'amministrazione della giustizia penale⁵⁹⁴ che, dietro la maschera della celerità della giustizia penale, si risolve in un vantaggio per le casse dello Stato.

Tuttavia, il terreno più fertile per le critiche è rappresentato dai poteri, o meglio dai mancati poteri, della vittima nel procedimento penale, poiché la decisione di inazione che poggia

⁵⁹⁰ Sul punto v. ampiamente MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 305; KUNZ, *Das Strafrechtliche Batatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, cit., 57 ss.

⁵⁹¹ In tal senso v. KAUSCH, *Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter?*, Berlin, 1980, 35 ss; FEZER, *Vereinfachte Verfahren im Strafprozess*, 32.

⁵⁹² KAUSCH, *Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter?*, cit., 61.

⁵⁹³ Su posizioni critiche specialmente BAUMANN, *Grabgesang für das Legalitätsprinzip*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1972, 273 ss; ENGELS-FRISTER, *Nichtöffentliches Verfahren vor dem Strafrichter?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, 168.

⁵⁹⁴ ROXIN, *Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão*, in *Que Futuro para o Direito processual penal? Simposio em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 387 ss.

sul disposto dei §§ 153 e 153 a StPO è messa al riparo da ogni sua iniziativa, in controtendenza rispetto a numerose novelle che, negli ultimi anni, ne hanno valorizzato il ruolo processuale⁵⁹⁵.

Ponendo nel centro del mirino il § 153 a StPO, seppur sarebbe esagerato qualificarla come una norma *nemica della vittima*⁵⁹⁶, non si può certo considerarla mezzo di garanzia per le sue istanze, come ad esempio la sua aspirazione nel vedere accertato il fatto con la correlativa risposta sanzionatoria nei confronti del reo ed, eventualmente, non metterebbe al riparo altre potenziali vittime di condotte analoghe. Con un leggero sforzo interpretativo si potrebbe sostenere che l'esito archiviativo sia in grado, in un certo senso, di tutelare la persona offesa dalle conseguenze, in particolar modo emotive, dell'udienza pubblica

Assumendo questo profilo la qualifica di punto debole della disciplina ex § 153 a StPO, il dibattito su di una puntuale modifica non sembra essersi sopito, anzi numerose sono le soluzioni, al riguardo, prospettate. In primo luogo, si è paventata la possibilità di prevedere forme di audizione della persona offesa, che possano precedere l'eventuale decisione archiviativa, oppure si è suggerito di estendere alle archiviazioni ex §§ 153 e 153 a StPO lo strumento del *Klageerzwingungsverfahren*, per mezzo del quale sarebbe possibile verificare la rispondenza delle scelte discrezionali del pubblico ministero ai criteri stabiliti dalla legge. Nondimeno da ultimo, tenuto conto anche della giurisprudenza della Corte di giustizia, si ammette che i problemi legati alla sottovalutazione del ruolo dell'offeso possano essere risolti anche in via interpretativa, in base alle fonti dell'Unione europea, in particolar modo facendo riferimento alla Direttiva 2012/29/UE⁵⁹⁷.

Nonostante le aspre critiche cui viene fatto oggetto, il § 153 StPO è considerato, anche dai suoi detrattori, uno strumento selettivo ormai imprescindibile del sistema tedesco: mettere in moto il meccanismo processuale in via automatica nei confronti di ogni reato bagatellare, senza un vaglio, porterebbe inevitabilmente alla paralisi della giustizia penale. Di conseguenza gli argomenti con cui si difende la discrezionalità, spesso tacciata di assumere dimensioni eccessive, sono in linea di massima di ordine pratico.

Una moderata elasticità del *Legalitätsprinzip* è, quindi, doverosa, specialmente in considerazione del fatto che un suo rigido rispetto non sarebbe assolutamente possibile, a

⁵⁹⁵ Sull'evoluzione normativa che, dall'OpferschutzG (*Ersters Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren*) del 18 dicembre 1986, BGBl. I 2496, ha condotto alle più recenti riforme (2. Opferrechtsreformgesetz, del 29 luglio 2009, BGBl. I 2280) per tutti v. HILGER, *Das 2. Opferrechtsreformgesetz*, in *GA*, 2009, 655 ss.; nella letteratura italiana v. PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., 42 ss.

⁵⁹⁶ BÖTTCHER, *Rücksichtnahme auf Opferinteressen bei der Verfahrenseinstellung nach § 153 a StPO*, in *Strafrechtspraxis und Reform, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, a cura di AA.VV., Berlin, 2010, 161 ss.

⁵⁹⁷ Per queste soluzioni, in chiave interpretativa e propositiva, v. ⁵⁹⁷ BÖTTCHER, *Rücksichtnahme auf Opferinteressen bei der Verfahrenseinstellung nach § 153 a StPO*, cit., 177 ss.

causa del naturale distacco tra l'effettiva criminalità e i reati di cui vengono a conoscenza gli organi preposti al perseguimento⁵⁹⁸.

Le obiezioni mosse sono, quindi, superabili secondo gli organi giudiziari e l'opinione pubblica se la decisione di esercitare o meno l'azione viene presa non sulla base di una facoltà dell'organo competente, libera da ogni parametro normativo, ma applicando la legge, ossia traslando i criteri interpretativi dettati dal legislatore alla fattispecie concreta, agendo di conseguenza.

È, infine, importante porre l'accento su di un ultimo aspetto. I provvedimenti di archiviazione ex §§ 153 e 153 a) StPO hanno autorità di giudicato, salva la possibilità di riaprire il procedimento per ragioni concrete e oggettive. Questo dato è maggiormente confermato da una recentissima sentenza della Corte di giustizia⁵⁹⁹, che si è dovuta confrontare con un duplice quesito, proposto dal Tribunale regionale superiore di Amburgo (*Hanseatisches Oberlandsgericht*), in merito al *ne bis in idem* disciplinato dagli artt. 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS) e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE).

In particolare: con la prima questione il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla persistente validità delle riserve apposte dagli Stati ai sensi dell'art. 55 par. 1 lett. a) CAAS a seguito dell'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione e alla luce dell'art. 52 della Carta. Con la seconda, è stata posta alla Corte una domanda circa la nozione di "sentenza definitiva" ai sensi degli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE. La Corte muove dunque dal concetto di "sentenza definitiva" ai fini del *ne bis in idem*. Tale giurisprudenza ha individuato un duplice criterio di definizione della nozione: da un lato si richiede che il provvedimento conclusivo del giudizio sia definitivo ai sensi della legge nazionale, dall'altro, per evitare che l'applicazione troppo rigorosa del criterio formale possa portare a violazioni della *ratio* del principio, la Corte fa riferimento ad un criterio sostanziale, e richiede che il provvedimento conclusivo del primo procedimento contenga un'istruttoria approfondita nel merito.

In conclusione, la Corte di Lussemburgo ha affermato che il c.d. principio del *ne bis in idem* internazionale stabilito dall'art. 54 della CAAF, applicato alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, impedisce di considerare come "definitiva" una decisione di archiviazione di un procedimento penale che non sia stata preceduta da una istruttoria approfondita. In astratto, dunque, i modelli di archiviazione disciplinati dai §§ 153 e 153 a) StPO rispondono ad entrambi i requisiti richiesti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ossia l'estinzione dell'azione penale, salva la possibilità di riaprire il procedimento per ragioni concrete e oggettive, e la necessità di una istruttoria approfondita.

In riferimento alla seconda ipotesi di archiviazione, si segnala una sentenza del 2003 della

⁵⁹⁸ Cfr. ZIPF, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip*, in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts-Festschrift für K. Peters*, a cura di BAUMANN-TIEDEMANN, Tübingen, 1974, 487.

⁵⁹⁹ C. Giust. UE, Grande Sez., 29 giugno 2016, C-486/14, Kossowski, in *Arch. pen. web*.

Corte di Giustizia⁶⁰⁰, a seguito di un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Köln, la cui massima merita di essere riportata per avvalorare la tesi qui sostenuta *«Il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti nel territorio di più Stati membri, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale mediante le quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro stabilita dal Pubblico ministero. Infatti, da un lato, in esito ad una procedura del genere, l'imputato dev'essere considerato «giudicato con sentenza definitiva» ai sensi di detto art. 54, e, una volta che l'imputato abbia eseguito gli obblighi a suo carico, la pena collegata a detta procedura dev'essere considerata «eseguita» ai sensi della medesima disposizione. D'altro lato, gli effetti di siffatta procedura, in assenza di un'espressa indicazione contraria nell'art. 54, devono essere considerati sufficienti a consentire l'applicazione del principio del ne bis in idem previsto da questa disposizione, anche se la procedura stessa non comporta l'intervento di alcun giudice e la decisione adottata in esito alla medesima non ha la forma di una sentenza»*

4. Dalla teoria alla pratica: il caso Mannesmann.

È giunto il momento di passare dalla teoria alla prassi, dai discorsi ai fatti.

Come può osservarsi empiricamente, le statistiche che vanno dal 1993 al 2002 mostrano che nell'arco di questi anni la soluzione della *Auflage*, condizione, imposta all'indagato è consistita nel 90% dei casi in una riparazione pecuniaria da versare ad un organismo statale, mentre dalle statistiche che vanno fino al 2006 risulta che la riparazione sia stata utilizzata nell'82,3% dei casi quale strumento per giungere alla sospensione condizionale del processo⁶⁰¹.

Al riguardo, è interessante trattare il caso Mannesmann AG, uno dei più recenti e maggiori scandali finanziari della storia tedesca. Oggetto della controversia era il reato di infedeltà patrimoniale ex § 266 StGB nella procedura di aggiudicazione all'impresa tedesca di telefonia Mannesmann Ag da parte del consorzio inglese Vodafone, che ha causato pregiudizio al patrimonio dell'impresa ed agli azionisti per un valore approssimativo di 57 milioni di euro.

La vicenda vedeva come protagonisti quattro imputati: il potentissimo numero uno di Deutsche Bank, lo svizzero Josef Ackermann, uno degli uomini più influenti dell'*establishment* finanziario mondiale siede sul banco degli imputati insieme all' ex capo

⁶⁰⁰ C. Giust. UE, 11 febbraio 2013, C-187/01 e C-385/01, Gözütok e Brügger, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁰¹ I dati sono forniti dal StBA-Staatsanwaltschaften (*Arbeitsunterlage*).

di Mannesmann, Klaus Esser, al suo allora stretto collaboratore Joachim Funk, all' ex leader dei metalmeccanici Klaus Zwickel.

Il reato risale a quando, nel 2010, il colosso britannico delle telecomunicazioni mobili Vodafone concluse con successo la più grossa e spettacolare scalata ostile, mai vista in Germania, attraverso l'assorbimento di Mannesmann, che pochi anni prima, sull' onda del boom dei telefonini, si era trasformato da big industriale multi-comparto in protagonista delle TLC. I quattro imputati facevano parte del Consiglio di sorveglianza di Mannesmann e condussero per mesi la vana resistenza all' assalto lanciato dall' allora numero uno di Vodafone, Chris Gent.

Durante la gara d'acquisizione, i membri dell'organo societario di vigilanza si sono auto-attribuiti premi consistenti, non previsti nei loro contratti, come un vero e proprio compenso del loro lavoro di rivalutazione del prezzo di impresa tedesca, al fine di ottenere un prezzo più alto nella compravendita⁶⁰². Peccato per la presenza di un piccolo dettaglio: questi compensi non erano stati decisi con l'approvazione della giunta degli azionisti⁶⁰³.

La Procura della Repubblica aveva fondato la contestazione di infedeltà patrimoniale sull'assenza di controllo preventivo della spesa non prevista, a carico dell'azienda, necessaria a corrispondere i premi ai soggetti apicali ed ai membri del Consiglio di vigilanza dell'azienda, con drastici effetti sul capitale aziendale e sugli azionisti. Con sentenza del Landesgericht, cioè il Tribunale di primo grado di Düsseldorf, del 22 luglio 2004 gli imputati venivano assolti in primo grado dalle accuse di reati fiscali per l'esistenza di un invincibile errore sul precetto (§§ 16, 17 StGB), con riferimento alla confusione e imprecisione presente nel diritto tedesco in relazione a tale settore⁶⁰⁴.

La Procura Generale, sostenendo l'esistenza di un interesse pubblico alla persecuzione e la presenza di altre invalidità di fondo, proponeva ricorso al *Bundesgerichtshof*, BGH (ossia la Suprema Corte federale tedesca) che, il 21 dicembre 2005, disponeva la riapertura del caso davanti alla Camera X del Tribunale penale economico di Düsseldorf⁶⁰⁵.

Il 26 ottobre 2006 prendeva avvio il procedimento contro i medesimi imputati e dopo solo pochi giorni, il 29 novembre 2006, su sollecitazione della difesa la stessa Procura e il giudice prestavano il loro consenso all'archiviazione condizionata che poneva fine al processo ex § 153 a StPO. Il Tribunale, infatti, decise di avallare l'accordo raggiunto tra difesa e accusa consistente nel versamento di un indennizzo di 5,8 milioni di euro da parte degli imputati. Ponendo l'attenzione sul contenuto di tale intesa, si nota come vi sia un riferimento all'interesse pubblico, inteso, però, in modo particolare. Infatti, la decisione di concedere

⁶⁰² Cfr. SALIGER-SINNER, *Abstraktes Recht und konkreter Wille. Anmerkungen zur Einstellung des «Mannesmann» -Verfahrens nach § 153 a StPO*, in *ZIS*, 12, 2007, 476 ss.

⁶⁰³ Sul punto, cfr. REEG, *Libertad empresarial y responsabilidad penal en Alemania. La discusión reciente acerca del caso «Mannesmann»*, in *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Lieber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio Gonzalez-Cuellar Garcia*, Colex, Madrid, 2006, 726.

⁶⁰⁴ Cfr. *NJW*, 2004, Heft 45, 3285.

⁶⁰⁵ Cfr. *NJW*, 2005, 522-531.

la sospensione condizionale del processo, ai sensi del § 153 a, comma 2, StPO, si basa sull'assenza di interesse pubblico alla persecuzione penale e sulla scarsa gravità della responsabilità degli imputati. Ed ecco che il versamento accordato della somma di denaro assolve a tale funzione: eliminare l'interesse pubblico alla persecuzione.

A conferma di quanto rilevato, il 5 febbraio 2007, una volta soddisfatta l'obbligazione, il Tribunale ha deciso che l'interesse pubblico alla persecuzione era scomparso, ritenendo opportuno chiudere definitivamente il processo, senza alcun formale accertamento della responsabilità⁶⁰⁶.

Così, i soggetti che hanno beneficiato dell'archiviazione del processo hanno dovuto pagare una somma di denaro notevolmente superiore alla multa che avrebbero dovuto pagare in presenza di una eventuale condanna.

Il 60% dell'ammontare del pagamento della somma posta come *Auflagen* è finito nelle casse dello Stato, mentre il resto è stato distribuito a diverse istituzioni di beneficenza pubblica, arbitrariamente individuate tra una lista di possibili beneficiari⁶⁰⁷.

Nel sistema tedesco, quando procedimenti come quello in esame non sono sospesi o archiviati, vengono generalmente definiti con la condanna ad una multa.

Da qui, si può concludere che sotto il profilo politico criminale adempiere ad un ordine di riparazione ex § 153 a, comma 1, StPO, o pagare una somma ad un ente di interesse pubblico ex § 153 a, comma 2, StPO, significa indirizzare al meglio il denaro che sarebbe provenuto dalla multa. Questa considerazione, però, non può giustificare un uso distorto di tale istituto processuale che, in casi analoghi, si presta ad ingrossare le casse dello Stato. Interessanti al riguardo furono le osservazioni di Hans-Peter Burghof, docente di economia all'Università di Hohenheim, secondo il quale si è trattata di una decisione "ragionevole", in quanto il pubblico ministero si era reso conto, nel corso del procedimento, che non era possibile fare chiarezza sulla vicenda e che sarebbe stato ingiusto continuare contro gli imputati. Nelle sue valutazioni, però, ha messo in evidenza anche la reazione indignata dell'opinione pubblica, la quale, di fronte ad un simile episodio, ha l'impressione che nella rete finiscano sempre i pesci più piccoli, mentre quelli più grossi se la cavano a buon mercato⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Cfr. GALAIN PALERMO, *Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: una forma anómala de decretar el sobreseimiento?*, in *Sistema penal*, 2, 2008, Ubijus, Mexico, 56 ss., il quale sottolinea che tra gli argomenti con cui il Tribunale giustificò la archiviazione condizionale, per poi pronunciare quella definitiva, vi è anche il tempo trascorso dai fatti (1999/2000) e, quindi, l'impossibilità di reperire elementi di prova favorevoli all'accusa.

⁶⁰⁷ Cfr. *Prasemitteilung* del Landgericht Düsseldorf, 09/2006, «*Die Zahlungen sollen zu 60% der Staatskasse und im Überbringen gemeinnützigen Einrichtungen zufließen*».

⁶⁰⁸ Cfr. <http://www.swissinfo.ch/ita/il-processo-mannesmann-archiviato-con-un-accordo/5600152>

4.1. segue: il caso Graf.

Non stupisce, pertanto, come le autorità giudiziarie, sulla base delle scelte compiute dal legislatore tedesco, favoriscano il ricorso a soluzioni negoziali e consensuali del processo penale, anche per le forme più gravi di criminalità politica od economica.

Nella concreta applicazione del § 153 a StPO non vi è alcuna indicazione precisa per determinare quando la gravità della colpevolezza dell'autore possa essere di ostacolo all'archiviazione. Neppure l'ammontare del danno può essere utilizzato come *discrimen* per selezionare le menzionate ipotesi. Basti pensare che non si distingue tra una frode di 15 milioni di marchi tedeschi - è il caso della tennista tedesca Steffi Graf- o una di 240 milioni di marchi- è il caso della moglie dell'imprenditore Schneider⁶⁰⁹).

A conferma del fatto che l'istituto del § 153 a StPO trova applicazione soprattutto nel campo del diritto penale economico, è interessante analizzare il caso Graf⁶¹⁰, per capire anche l'atteggiamento che l'ordinamento tedesco riserva ai reati tributari.

Nell'estate del 1995 Peter Graf, padre della tennista Steffi Graf, fu arrestato insieme al consigliere fiscale della famiglia, Joachim Eckardt, per evasione fiscale sui guadagni della figlia che gli aveva affidato la gestione dei suoi affari. I due furono accusati di non avere dichiarato i proventi della tennista per un valore di 42 milioni di marchi, circa 44 miliardi di lire.

Secondo l'accusa, Peter Graf nascose al fisco introiti della figlia provenienti da premi di gioco e contratti pubblicitari tra il 1989 e il 1993: fatti per cui la legge tedesca prevede un massimo di 10 anni di carcere.

Peter Graf, arrestato il 2 agosto del 1992, trascorse 15 mesi in carcere fino al 15 novembre 1993, quando ottenne la libertà provvisoria su versamento di una cauzione di 5 milioni di marchi.

Anche Steffi Graf fu nell'occhio del ciclone, in quanto fu aperta pure su di lei un'indagine dalla procura di Mannheim, per accertare se in qualche modo avesse colluso con il padre nell'evadere le tasse⁶¹¹.

Sin dall'inizio sostenne di essere stata all'oscuro delle irregolarità denunciate dalla magistratura in quanto aveva cieca fiducia del padre che gestiva i suoi conti.

Davanti al tribunale di prima istanza, Peter Graf lesse una dichiarazione di 20 pagine, con cui confermò che la figlia gli aveva attribuito "pieni poteri" per la gestione dei suoi affari. Continuò, affermando che, dopo i primi successi della tennista e davanti al continuo

⁶⁰⁹ Cfr. GEISLER, *Strafverfolgung im Mittelpunkt - Zugleich ein Diskussionsbericht*, in *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften, -Bestandsaufnahme, Erfahrungen und Perspektiven-*, Kriminologische Zentralstelle, Weisbaden, 1999, 277.

⁶¹⁰ V. GEISLER, *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften, - Bestandsaufnahme, Erfahrungen und Perspektiven*, cit., 18, il quale ricorda l'indagine compiuta nel 1997 dal pubblico ministero di Mannheim contro la tennista Steffi Graf per un caso di evasione fiscale, risolto ai sensi del § 153 a StPO.

⁶¹¹ Cfr. WOLF, *Kriminalität im Grenzgebiet*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2003, 213.

aumento dei suoi guadagni, gli sembrò "stupido" non sfruttare tutte le occasioni per pagare meno tasse possibile. A questo fine, creò la "Sunpark Sports GmbH" in Olanda, che, secondo l'accusa, era una società fantasma, niente altro che una casella postale, utilizzata per dirottare buona parte dei guadagni della campionessa su conti correnti in "paradisi fiscali" del genere delle Antille e del Liechtenstein. Uno dei legali, Franz Salditt, spiegò che la dichiarazione del suo cliente doveva essere interpretata come «un insieme di riflessione, autocritica, difesa e gesto di riconciliazione»⁶¹².

Arrivando all'esito della vicenda, le indagini nei confronti della campionessa tedesca si conclusero con l'applicazione del § 153 a StPO, condizionata al pagamento delle tasse comunali arretrate, pari a 4 milioni di marchi. Il processo, invece, riconobbe Peter Graf colpevole di aver evaso imposte per un valore di 19,2 milioni di marchi: fu condannato nell'aprile del 1997 a tre anni e nove mesi, pena ridotta di un terzo per buona condotta, per poi essere scarcerato alla fine dell'aprile del 1998.

4.2. segue: il caso *Kohl*.

Questa necessaria, seppur breve, carrellata di casi giurisprudenziali non può che concludersi con una delle applicazioni più rilevanti del § 153 a StPO, che coinvolse direttamente il mondo della politica.

Si tratta di uno degli episodi politici e giudiziari più delicati della Germania riunita, affrontato e risolto dal *Landgericht* di Bonn nella forma del decreto provvisorio di archiviazione nei confronti dell'ex cancelliere tedesco Helmut Kohl per una presunta infedeltà patrimoniale, attraverso l'alterazione della contabilità ufficiale.

La fattispecie di infedeltà patrimoniale, *Untreue*, è disciplinata dal § 266 StGB⁶¹³ e la relativa condotta si manifesta in due forme che la dottrina ha, sin da subito, ritenuto ipotesi autonome di reato: da un lato, essa consiste nell'abuso dei poteri di disposizione del patrimonio altrui attribuiti ad un soggetto in forza di una legge, di un ordine dell'autorità o discendenti da un negozio giuridico. L'abuso dei poteri deve essere valutato in concreto in relazione alle circostanze di fatto e ai limiti che, di volta in volta, sono stabiliti dalle fonti normative. Dall'altro lato, essa (l'infedeltà patrimoniale) deve consistere nella violazione dell'obbligo di fedeltà nella gestione ed amministrazione del patrimonio altrui, obbligo che, anche qui, è regolato da norme di legge, da ordini dell'autorità o dall'esistenza di un negozio

⁶¹² Cfr. http://archivio.agi.it/articolo/945b26a33abf840c1e5924d5a0834f11_19960905_germania-padre-di-steffi-graf-sotto-processo-per-frode-fiscale/

⁶¹³ Cfr. VINCIGUERRA, *Il codice penale tedesco*, cit., l'attuale testo del § 266 StGB dispone: «Infedeltà patrimoniale. - (1) Chiunque abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero viola l'obbligo di curare interessi patrimoniali altrui, del quale è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un rapporto di fedeltà, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. (2) Trovano corrispondente applicazione il § 243, comma 2, nonché i §§ 247, 248 a e 263 comma 3 StGB».

giuridico⁶¹⁴. Entrambe le condotte debbono necessariamente cagionare un pregiudizio economico, uno svantaggio patrimoniale per il soggetto che è titolare del patrimonio affidato in amministrazione.

Sotto questo profilo, i fatti dell'ex presidente della CDU appaiono particolarmente emblematici e meritano un breve cenno⁶¹⁵.

Nel gennaio del 2000 la Procura della Repubblica avviò le indagini contro il Dr. Kohl, indiziato per infedeltà patrimoniale ai danni della CDU, della quale era Presidente a livello federale. Il punto saliente era stata la dichiarazione pubblica resa dallo stesso indiziato, nella quale affermava di aver accettato durante gli anni dal 1993 fino al 1998 ingenti somme di denaro a titolo di donativo-sovvenzione per il suo partito, per un ammontare complessivo di circa 2.170.000 DM, con l'espressa richiesta da parte dei donatori che i loro nomi non fossero resi pubblici⁶¹⁶. Di conseguenza, Kohl avrebbe dato loro la propria parola d'onore. In un primo momento queste somme furono versate su conti fiduciari, grazie all'aiuto di Terlingen e Lüthje, due suoi collaboratori molto fidati. Successivamente, una parte delle sovvenzioni furono distribuite a diverse sezioni del partito, - la sezione locale di Ludwigshafen, città dove Kohl vive, e la circoscrizione dello Schleswigholstein - le quali registrarono i pagamenti sotto la voce «altre entrate» e utilizzarono tali somme anche per la pubblicità del partito. Un'altra parte delle sovvenzioni fu registrata nei conti ufficiali della CDU federale sotto la denominazione erronea di «entrate» e non già nella voce del bilancio «*Spenden*», ossia offerte in danaro. Inoltre, non risultò che Kohl avesse destinato anche solo una parte di queste somme per spese personali e neppure che da parte del partito furono rese particolari controprestazioni politiche in cambio delle sovvenzioni ricevute⁶¹⁷.

La disciplina delle sovvenzioni ai partiti è contenuta nella *Parteiengesetz* del 31 gennaio 1994, che disciplina il trattamento delle somme di denaro donate ai partiti, attuando in tal modo le prescrizioni sulla trasparenza nella gestione patrimoniale dei partiti, contenute nell'art. 21, comma 1, n. 4 della *Grundgesetz*, e sviluppate dalla giurisprudenza costituzionale tedesca⁶¹⁸.

In particolare, il § 25, comma 1, PartG. autorizza, in linea di principio, i partiti ad accettare somme di denaro, pur stabilendo una serie di ipotesi in cui l'accettazione delle somme è illegittima, se non segnalata e inviata prontamente al Parlamento. Per quanto riguarda le somme di denaro superiori a 20.000 DM il § 24, comma 2, PartG. dispone che le somme donate devono essere pubblicate nel rendiconto annuale del partito, indicando il nome del

⁶¹⁴ Cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Berlin, 2005, 256 n. 4; ARZT-WEBER-HEINRICH-HILGENDORF, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Gieseking, Auflage 2, 2009, 575 n. 9.

⁶¹⁵ Per una ricostruzione completa v. *Der Spiegel*, n. 25/2000, 22 ss.; n. 30/2000, 32 ss.

⁶¹⁶ Occorre precisare che la Germania, contrariamente a quanto accade in Francia e in Italia, non punisce le sovvenzioni illecite ai partiti: l'autore può essere chiamato a rispondere, qualora ne ricorrano gli estremi, di altri reati, quali truffa (*Betrug*), frode fiscale (*Steuerhinterziehung*) ed infedeltà patrimoniale (*Untreue*).

⁶¹⁷ Con riguardo al caso specifico v. VELTEN, *Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteifinanzierung*, in *NJW*, 2000, Heft 39, 2852-2857.

⁶¹⁸ BVerfG 20, 56 ss.; BVerfG 73, 40 ss.; BVerfG 86, 264 ss.

donatore, il suo indirizzo e la somma globale annuale di tutti i versamenti effettuati; tuttavia la semplice mancanza del nome del donatore contravviene alla legge sui partiti, ma non rende illegittime quelle somme. Nel caso in cui risultino irregolarità nell'indicazione dell'esatto ammontare delle somme percepite e nei nomi dei donatori, il partito è tenuto a corrispondere allo Stato una somma pari a quella percepita attraverso le donazioni⁶¹⁹.

Alla luce di tali prescrizioni, il 19 luglio 2000 il Presidente del Bundestag invitò formalmente la CDU al pagamento di una somma di importo pari a quello delle sovvenzioni non denunciate. La perdita della CDU, a causa della condotta del suo ex Presidente, ammontò al triplo dell'utile percepito attraverso le sovvenzioni non regolarmente denunciate. A seguito di tutto ciò, Kohl ristorò personalmente il danno, versando su un conto fiduciario intestato alla CDU ingenti somme di denaro.

Il pubblico ministero ravvisò nella violazione delle norme della *Parteiengesetz* la mancata osservanza degli obblighi di legge per la corretta gestione patrimoniale del patrimonio altrui e, in particolare, delle donazioni private, violando l'obbligo di segnalazione al Parlamento dei nominativi dei donatori e dell'importo dei singoli versamenti. È proprio da qui che derivò, in capo al partito, il pregiudizio, tradottosi in sanzioni patrimoniali applicate direttamente dal Parlamento: la CDU, infatti, subì la perdita del diritto al finanziamento pubblico ex § 23, comma 1, PartG., per l'anno di gestione irregolare e fu tenuta, a titolo di sanzione, al pagamento all'Erario di una somma doppia rispetto a quanto ricevuto dalle donazioni private.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo del reato di *Untreue*, la dottrina ritiene che sia indispensabile il dolo, anche eventuale, ossia la consapevolezza da parte del soggetto agente di agire abusando dei propri poteri o violando le prescrizioni che lo vincolano al fiduciante, arrecandogli così un danno di carattere patrimoniale⁶²⁰.

L'indagine sull'elemento psichico fu omessa da parte della procura, in quanto Kohl non avrebbe potuto negare la propria responsabilità asserendo di non conoscere la normativa specifica sul finanziamento dei partiti in Germania: la sua posizione, anzi, lo elevava a garante del rispetto di tali prescrizioni anche per le condotte dei suoi diretti sottoposti. Non avrebbe potuto, dunque, ignorare i doveri che gli derivavano dalla carica di Presidente del partito⁶²¹.

La Procura espresse la volontà di archiviare il procedimento con il consenso dell'indiziato ex § 153 a StPO, contro pagamento di una somma in denaro di 150.000 DM a favore dell'erario ed altri 150.000 DM a favore di un'istituzione caritativa. A tal fine, con il consenso della Procura Generale competente della Corte di Appello di Colonia e del Ministro di Grazia e Giustizia del *Land* del Nord Reno e Westfalia, la Procura richiese con istanza del 9 febbraio 2001 l'assenso del Tribunale di Bonn, necessario per legge.

⁶¹⁹ Per una approfondita analisi sulla disciplina normativa v. BONADIO, *Giustizia e politica in Germania: il caso Kohl*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2002-2003, 104 ss.

⁶²⁰ Cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., 258, n. 14 e 260 n.31.

⁶²¹ Cfr. SCHÜNEMANN, *Sub § 266*, in *Leipziger Kommentar*, 1998, Berlin, De Gruyter, 11° ed., 137, n. 157.

Il *Landgericht* di Bonn dispose l'archiviazione provvisoria ai sensi del § 153 a StPO, condividendo la richiesta del pubblico ministero motivata dall'avvenuto risarcimento di una parte del danno cagionato alla CDU.

Risulta interessante soffermarsi sulla scelta del provvedimento adottato dal Tribunale di Bonn, sezione economica. Infatti, sebbene lo *Strafprozessordnung* non preveda che il consenso o il rifiuto sia accompagnato da una motivazione, la Sezione, *Kammer*, emanò un *Beschluss* motivato⁶²².

In caso di accoglimento dell'istanza di archiviazione avanzata dal pubblico ministero, la motivazione è un'attività lodevole dal punto di vista processuale, ma superflua sul piano utilitaristico⁶²³. Per tale ragione la motivazione diviene fondamentale nei casi in cui il giudice ritenga di non poter accogliere *in toto* o in parte l'istanza di archiviazione.

In questo caso, la presenza di un *Beschluss* motivato deriva sia dalla ricercata attenzione che fu dedicata all'esame dell'affare Kohl, sia perché il Tribunale non condivise totalmente la posizione assunta dalla Procura. Infatti, dal testo della motivazione si desume che la Corte prestò il consenso all'archiviazione, contro l'obbligo di pagamento, perché la situazione giuridica non era chiara e perché, anche se fosse stata esercitata l'azione penale, molto probabilmente, sulla base delle circostanze del fatto e della personalità dell'autore, si sarebbe applicata solo una pena pecuniaria non superiore al pagamento considerato volontario.

Tale scelta si è conformata ad una ricorrente prassi, assai criticata dalla dottrina, di concedere l'archiviazione quando permane un'incertezza giuridica, estremamente complessa, difficile da risolvere, o perché la realizzazione di un procedimento di lunga durata, attraverso più gradi, non sarebbe proporzionale al fatto, agli interessi protetti e all'eventuale entità della pena⁶²⁴.

Ed ecco che sovviene il pensiero di un grande giudice tedesco, Roman Herzog, che alla domanda su quale fosse il corretto *modus operandi* di un giudice posto dinanzi ad una questione particolarmente complessa, era solito rispondere «*Weiterdenken!*», come riferisce Hamm, che fu un suo allievo⁶²⁵.

5. La conciliazione tra autore e vittima attraverso la riparazione.

È da collocare proprio agli inizi degli anni novanta dello scorso secolo la preminente attenzione della dottrina tedesca verso il risarcimento del danno, quale sanzione alternativa alla pena. In particolare, un gruppo di Professori, guidato da Claus Roxin, elaborò quello che è passato alla storia come “Progetto Alternativo (della) Riparazione”, *Alternativ-*

⁶²² V. LG Bonn, Beschluss vom 28.02.2001-27 AR 2/01, in *NStZ*, 2001.

⁶²³ Cfr. BEULKE-FAHL, *Untreue zum Nachteil der CDU durch Dr. Kohl*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2001, 8, 427.

⁶²⁴ Cfr. HAMM, *Wie man in richterlicher Unhabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 23, 1695.

⁶²⁵ Cfr. HAMM, *Wie man in richterlicher Unhabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert*, cit., 1694.

Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), nel quale alla *Wiedergutmachung*, ossia alla “riparazione del danno”, intesa in una accezione più ampia rispetto al mero risarcimento civilistico (*Schadenersatz*), veniva attribuito il ruolo di “*dritte Spur*” (terzo binario) da affiancarsi alle corsie tradizionali della pena e delle misure di sicurezza, poiché in grado di realizzare i fini tradizionali del diritto penale, sotto il profilo sia generale che special-preventivo.

Il progetto mirava, dunque, a configurare la volontaria riparazione del danno causato dal fatto o dalle conseguenze del fatto come un istituto di ravvedimento operoso, da introdurre nell’ambito del capo III StGB, intitolato “Conseguenze giuridiche del fatto”, come una sanzione penale autonoma. In particolare, il § 4 AE-WGM imponeva la rinuncia alla irrogazione della pena detentiva solo ove essa fosse stata superiore a un anno e la sua irrogazione non fosse risultata al giudice necessaria per il suo effetto sull’autore o sulla collettività.

Il legislatore tedesco, infrangendo il sogno dei giuristi d’*oltralpe*, ha introdotto, con l’art. 1 n. 1 della legge per la lotta alla criminalità del 28 ottobre 1994 (BGBl, I, 3186), il § 46a StGB “*Conciliazione tra autore e vittima. Riparazione del danno: Se l’autore n. 1 nello sforzo di raggiungere una conciliazione con la vittima, ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso o ha seriamente inteso ripararlo oppure n. 2 ha risarcito la vittima, in tutto o per la maggior parte in un caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rinuncia personale, il giudice può diminuire la pena ai sensi del § 49, co. 1, StGB, ovvero, può astenersi dall’applicare la pena quando si tratta di una pena detentiva non superiore a un anno o di pena pecuniaria non superiore a trecentosessanta tassi giornalieri*”.

La disposizione ha, pertanto, introdotto un istituto di natura sostanziale che, sulla base di specifiche condizioni, o funge da circostanza attenuante, oppure comporta l’astensione dalla pena. Non pochi sono i dubbi che hanno accompagnato, sin da subito, la sua applicazione.

In primo luogo, dilemmi interpretativi sono sorti attorno alle tipologie di prestazioni riparative che sostanziano le due, diverse, ipotesi numerate nel testo normativo: adempimenti non solo materiali, ma anche immateriali, di difficile definizione⁶²⁶. Per quanto, dal dato normativo, non sia possibile ricavare alcuna automaticità tra “riparazione del fatto” (n. 1) e prestazione patrimoniale, tuttavia, la prassi ha testimoniato una prevalenza indiscussa del risarcimento del danno per equivalente a scopo riparativo, insinuando il pericolo di una monetizzazione della *Wiedergutmachung*.

La prima parte dell’istituto, sul piano conciliativo, richiede espressamente l’instaurazione di un processo comunicativo tra l’autore e la persona offesa, sottolineando come l’attenuazione o l’eliminazione della pena dipendono anche dall’impegno profuso dal reo

⁶²⁶ W. STREE, J. KINZIG, § 46a StGB, in Schönke, Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29^a Aufl., München, 2014, 820.

nel cercare di raggiungere una mediazione con la vittima, senza che, tuttavia, il risultato riparativo debba essere ottenuto ad ogni costo. È evidente, tuttavia, come per il reo non sia agevole provare di aver fatto tutto quanto era nelle sue capacità per provvedere alla riparazione del fatto, tanto è vero che la giurisprudenza ritiene indispensabile un qualche coinvolgimento della vittima.

La seconda parte della disposizione si focalizza, invece, sulla riparazione del danno in un modo del tutto peculiare, statuendo la necessità di una prestazione soggettiva, che si manifesti attraverso uno sforzo o una rinuncia personale, finalizzato a dimostrare l'effettiva resipiscenza⁶²⁷. È proprio dalla personalità della prestazione che è possibile concludere per la non rilevanza del risarcimento compiuto dall'assicurazione, così come nelle ipotesi di responsabilità civile solidale è sì ammesso un risarcimento pro-quota, ma senza avvantaggiarsi indebitamente delle prestazioni riparatorie poste in essere dai condebitori.

6. Ordinamento austriaco: dal § 42 StGB al § 191 StPO.

Con una riforma del 1975 anche in Austria fu introdotta nel codice penale una disposizione, in parte analoga al § 153 a StPO, ossia il § 42 StGB, successivamente modificato con una novella del 1988. La trattazione comincerà con la descrizione di tale norma, per poi analizzare le ulteriori vicissitudini che hanno coinvolto tale istituto.

Alcune brevissime premesse. Il processo penale austriaco si basa sul principio di legalità, che comporta per la pubblica accusa, *öffentlicher Ankläger*, di perseguire ogni fatto di reato di cui venga a conoscenza, e di avviare il procedimento penale quando il fatto di reato lasci presupporre una condanna. Anche nell'ordinamento austriaco, come quello in quello tedesco, il principio di obbligatorietà dell'azione penale non è consacrato nella Costituzione, ma si ricava dal principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge⁶²⁸.

Il testo del § 42 StGB è il seguente: «*Mancanza di meritevolezza di pena del fatto*»: (1) *Se per un fatto perseguibile d'ufficio è prevista una pena pecuniaria, o una pena detentiva non superiore a tre anni, ovvero le due pene congiunte, esso non è punibile se:*

1. *La colpevolezza dell'autore è irrilevante;*
2. *Il fatto non ha comportato conseguenze o soltanto conseguenze insignificanti o, in seguito ad un serio sforzo dell'autore, le conseguenze del fatto sono state nella loro essenzialità elise, riparate o comunque compensate, ed inoltre*

⁶²⁷ Sul punto, cfr. SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Nomos, 2006, 60; in giurisprudenza si evidenzia, infatti, che non è sufficiente il mero equivalente economico (BGH, Beschl. v. 25.7.1995, in StV, 1995, 584) e che i comportamenti posti in essere dall'autore del fatto devono esprimere un'assunzione di responsabilità nei confronti della vittima (BGH, Urt. v. 18.11.1999, in NStZ, 2000, 205).

⁶²⁸ Cfr. PLATZGUMMER, *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, 2. Aufl., Wien, 1989, 13. Peraltro pare opportuno segnalare che sono pochissimi i casi in cui la legge austriaca prevede la querela o, comunque, l'attivazione o il consenso dell'offeso come condizione per l'procedibilità del reato. Per questo rilievo v. JESIONEK, *Sanzioni alternative alla pena detentiva. Le esperienze del sistema di «diversion» austriaco*, in *Competenza penale del giudice di pace e «nuove» pene non detentive*, a cura di PICOTTI-SPANGHER, Milano, 2003, 115.

3. *Non si impone una punizione per trattenere l'autore dal commettere altri reati o per prevenire la commissione di reati da parte di altri»*

Il fulcro della norma è di aver istituito una singolare causa di esclusione della pena, fondata sia sulla mancanza del bisogno di punire che sulla economicità della pena, selezionando a mo' di filtro i fatti inoffensivi⁶²⁹.

Tale disposizione sembra, inoltre, aver da sempre svolto anche una funzione di economia processuale. Infatti, già prima della riforma del 1988, nonostante il comma 2 del § 42 StGB riservasse soltanto al giudice la decisione sulla sussistenza dei presupposti di esiguità, il pubblico ministero poteva chiedere al giudice di decidere sulla loro presenza anche durante la fase delle indagini, consentendo così una rapida definizione del procedimento⁶³⁰. A tal proposito con la novella del 1988 non solo si è modificato, da un lato, il tetto massimo di pena detentiva, che non era di tre ma di un solo anno e, dall'altro, si è introdotto il requisito della elisione o riparazione delle conseguenze stesse, ma si è eliminato il secondo comma, consentendo al pubblico ministero di esaminare i presupposti e procedere direttamente all'archiviazione del procedimento, cosa che non costituisce un'eccezione, dal momento che nell'ordinamento austriaco la pubblica accusa può far valere anche le cause di non punibilità⁶³¹.

In virtù di quanto appena rilevato, la maggior parte della dottrina ritiene che lo scopo della disposizione non sia solo quello di evitare l'inflizione di una pena per fatti così tenui da non giustificarla, ma anche quello di evitare il giudizio di disvalore che consegue ad una pronuncia di condanna, in quanto l'applicazione del § 42 StGB non prevede l'iscrizione nel casellario giudiziale⁶³².

Con riferimento ai requisiti richiesti per l'applicazione della norma, la disposizione in esame fornisce una elencazione abbastanza completa e soddisfacente.

Innanzitutto deve trattarsi di un delitto perseguibile d'ufficio, *Offizialdelikten*, punito con una pena pecuniaria o con una pena detentiva non superiore a tre anni o con tale pena detentiva e una pena pecuniaria, con esclusione dei delitti ad iniziativa privata (*Privatanklagedelikten*), ma non anche dei delitti a querela di parte (*Antragsdelikten*). Tale esclusione si giustifica in base alla considerazione che i delitti ad iniziativa privata sono già

⁶²⁹ Si vedano tra i primi commentatori della disposizione DRIENDL, *Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz*, in *ZStW*, 1978, 1049; LOTHEISSEN, *Konstruktion und Problematik der leichten Fälle im Sinne des § 42 RV 9171*, in *Juristische Blätter*, 1974, 26; ZAGLER, *Zur Anwendung des § 42 StGB*, in *ÖJZ*, 1976, 347 ss.; ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Verlag Anton Pustet, Salzburg/München, 1975, 14 ss.

⁶³⁰ In tal senso v. PALLIN, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di FOREGGER-NOWAKOWSKI, Wien, 1986, vor § 42; *contra* DRIENDL, *Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität*, cit., 1053.

⁶³¹ Sul punto v. ROXIN, *Zur systematischen Einordnung des § 42 StGB*, in *Festschrift für F. Pallin*, Wien, 1989, 348.

⁶³² In tal senso v. NOWAKOWSKI, *Nochmals zu § 42 StGB*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, Berlin, 1985, 528-529; SCHROLL, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di HÖPFEL-RATZ, 2. Aufl., Wien, 2000, 1 vor § 42.

di per sé esigui, per cui se l'ambito di applicazione si estendesse anche ad essi, resterebbero sempre non puniti⁶³³.

Inoltre, occorre che la colpevolezza dell'autore risulti esigua, sulla scorta dei criteri preposti alla commisurazione della pena ex § 32 StGB, con particolare riguardo per le istanze di prevenzione generale e speciale: giocano un ruolo fondamentale, oltre l'intensità del dolo e il grado della colpa, il disvalore dell'atteggiamento interiore e le particolari qualità dell'autore⁶³⁴. In conclusione, la colpevolezza viene considerata esigua quando, nel bilanciamento tra tutti i fattori aggravanti e attenuanti, risulta che il disvalore del caso specifico resta notevolmente al di sotto del contenuto di illiceità e colpevolezza tipizzato nella fattispecie legale⁶³⁵.

È, poi, necessario che dal fatto non sia derivata alcuna conseguenza o soltanto conseguenze insignificanti. Tra tali conseguenze (*Folgen*) rientra non soltanto l'evento come elemento tipico della fattispecie incriminatrice (*Erfolg*), ma anche le conseguenze atipiche derivanti dal fatto (*Auswirkungen der Tat*). In entrambi i casi devono essere conseguenze attribuibili all'agente almeno per colpa e che non siano state causate da un decorso causale atipico. In forza dell'interpolazione operata dal legislatore nel 1987, l'istituto può trovare spazio anche quando il reo si impegna attivamente per eliminare le conseguenze del reato, risarcirle o compensarle.

Da ultimo, la norma è subordinata alla condizione che la pena non si renda necessaria come deterrente alla commissione di altri fatti di reato. In particolare, il § 42 non si applica per ragioni di prevenzione speciale quando la pena può indurre l'autore a riconoscere il disvalore della sua condotta delittuosa o a non commettere nuovi reati; parimenti, trova un ostacolo se la mancata punizione dell'autore può rafforzare in altri la predisposizione a commettere reati simili, in quanto fa sorgere nel loro *animus* la convinzione che determinati delitti possano essere commessi senza andare incontro ad alcuna conseguenza. Poiché tali ragioni di prevenzione generale devono essere accertate caso per caso, valutando la singola fattispecie concreta, anche un delitto commesso con frequenza, come ad esempio il furto, può non essere punito per mancanza di ragioni di prevenzione generale⁶³⁶.

Deve rilevarsi, tuttavia, che sul piano pratico la disposizione, sin dalla sua introduzione, è stata scarsamente utilizzata, complice il fatto che la stessa struttura del § 42 StGB, prevedendo una disciplina analitica dei singoli indici di esiguità e richiedendo la necessità

⁶³³ A tal proposito v. FOREGGER-SERENI, *Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Wien, 1988, 137.

⁶³⁴ In particolare si ritiene che la recidiva, anche non reiterata, costituisca impedimento all'applicazione dell'istituto, cfr. FOREGGER-KODEK, *Strafgesetzbuch und wichtige Nebengesetze*, Wien, 1997, 144, 146.

⁶³⁵ BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la cd. ipertrofia verticale del diritto penale*, cit., 1487. Nella giurisprudenza austriaca v., in tal senso, OGH 5.10.1976, in *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen*, 47 Band, 1976, Wien, 1978, 220; OGH 17.5.1979, in *ÖJZ-LSK*, 1979, scheda 241; OGH 9.8.1983, in *ÖJZ-LSK*, 1983, scheda 36. Severe critiche a tale misura di esiguità sono state mosse da KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., 123 ss.

⁶³⁶ In questo senso v. PALLIN, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 16 vor § 42.

che ricorrano contestualmente tutti gli elementi del modello, ha reso tale disposizione di difficile attuazione⁶³⁷. Tale disincentivo è da collegare anche alla giurisprudenza assai restrittiva della Corte Suprema in ordine al parametro della lieve colpevolezza.

Una dimostrazione, in riferimento all'elemento della esiguità della colpevolezza, è un caso-guida deciso nel 1990, il cosiddetto *Kurierfall*⁶³⁸.

Il protagonista della "storia" era un soggetto incensurato che aveva sottratto un giornale esposto all'esterno di un'edicola. Raggiunto immediatamente dal negoziante derubato, si era offerto di pagare il giornale, il cui costo era sette scellini, ossia poco più di 50 centesimi. L'offerta, tuttavia, non era stata accettata.

La Corte Suprema decise di non applicare alla fattispecie concreta il § 42 StGB: ciò dimostra come la disposizione, qui in esame, non abbia una applicazione indiscriminata.

La Corte aveva preso tale decisione sulla base di una precisa argomentazione logica. Il fatto di per sé poteva considerarsi connotato da un modesto disvalore di azione, *Handlungsunwert*, tuttavia non si poteva considerare irrilevante il grado della colpevolezza, in quanto poteva essere attribuito all'autore un elevato disvalore di intenzione, *Gesinnungsunwert*, dato che nel suo comportamento non era stato spinto da alcuna ragione economica o stato di necessità⁶³⁹. Infatti, nel caso di reati contro il patrimonio, in presenza di una tale circostanza - lo stato di bisogno - la legge prevede sì una diminuzione della pena, ma quest'ultima continua a sussistere, facendo emergere la volontà da parte dell'ordinamento di continuare a sanzionare condotte così qualificate.

La Corte Suprema, tenendo conto di questo dato normativo, in una pronuncia del 1994 ha affermato che l'applicazione del § 42 StGB viene in luce quando, oltre all'elemento privilegiante dello stato di bisogno, concorrono anche altri fattori incidenti sulla colpevolezza, come ad esempio l'esistenza di turbe della personalità dovute all'età⁶⁴⁰.

In conclusione, l'istituto austriaco vede la sua azione concentrata nella sfera dei reati contro i classici beni individuali, in particolare il furto semplice, le lesioni colpose lievi, il danneggiamento e la violazione di domicilio; invece, nell'ambito dei reati contro i beni istituzionali spiccano le fattispecie della spendita di denaro falso e l'abuso d'ufficio⁶⁴¹.

⁶³⁷ Si vedano i dati raccolti da uno dei padri fondatori dell'istituto, NOWAKOWSKI, *Die Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich*, in *ZStW*, 1980, 260-261, da cui si ricavava un'applicazione della norma piuttosto modesta e assai differenziata in ragione del livello di competenza giudiziaria. Negli anni seguenti la situazione sembrava essersi nettamente modificata.

⁶³⁸ Cfr. OGH, EvBl. 1990/92. Per un puntuale commento della decisione v. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di PICOTTI-SPANGHER, Milano, 2002.

⁶³⁹ Non sono mancati gli atteggiamenti critici nei confronti del rigore di questa pronuncia: si v. BERTEL, *Geringe Schuld be Bagatelldiebstählen*, in *ÖJZ*, 1990, 799 ss.

⁶⁴⁰ Cfr. OGH, JBl., 1994, 423 ss.

⁶⁴¹ Cfr. MÜLLER-DIETZ, *Das Bagatellprinzip im Strafrecht - am Beispiel des § 42 StGB*, in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration*, a cura di LÜKE-RESS-WILL, Berlin, 1983.

Rimane da analizzare la natura giuridica dell'istituto, che da sempre è stata particolarmente discussa. Una parte della dottrina e della giurisprudenza aveva da sempre ritenuto che il § 42 StGB contenesse una causa di non punibilità⁶⁴², a differenza di un altro orientamento che considerava la disposizione come un'operazione di commisurazione anticipata della pena, *antizipierte Strafzumessung*⁶⁴³, e richiedeva al contempo, un giudizio anticipato sulla responsabilità, motivandola con la seguente spiegazione: con tale istituto non si configurava una dichiarazione di colpevolezza, *Schuldspruch*, con riserva di condanna – e, quindi, un accertamento della responsabilità –, ma si richiedeva soltanto una mera delibazione del *fumus reitatis*.

Attualmente, questo problema di pura dogmatica non trova più ragione d'essere, in quanto con una riforma del 2008 l'ordinamento austriaco ha deciso di traslare l'istituto dal codice penale al codice di procedura penale e, in particolare, dal § 42 StGB al § 191 StPO⁶⁴⁴, lasciando sussistere i medesimi requisiti sopra analizzati. La novità consiste, dunque, nella scelta, da parte dell'ordinamento austriaco, di trasformare lo strumento deflativo da causa di non punibilità a causa di improcedibilità, attraverso la quale la pubblica accusa, in presenza dei tradizionali indici, interrompe le indagini, decidendo di non esercitare l'azione penale.

In particolare, il § 191 StPO rubricato “Archiviazione in caso di tenuità del fatto” (*Einstellung wegen Geringfügigkeit*) impedisce, in presenza di determinate condizioni, la persecuzione dei reati di lieve entità attraverso la rilevazione d'ufficio da parte della Procura nella fase delle indagini preliminari e da parte del Tribunale dopo l'esercizio dell'azione penale.

Per quanto attiene al campo applicativo dell'istituto, è richiesto in primo luogo che il presunto reato, ritenuto particolarmente tenue, rientri tra quelli per i quali le indagini siano svolte dalla pubblica accusa, e non ricada, invece, nei c.d. *Privatanklagedelikte*, nei confronti di quali è il privato a dover svolgere le indagini necessarie a sostenere l'accusa in giudizio. Il § 191 StPO enuclea, in maniera dettagliata, i criteri richiesti per l'archiviazione per tenuità del fatto, quali: il limite edittale, il reato, infatti, deve essere punito con la pena pecuniaria e/o con la sanzione detentiva fino a tre anni; la mancanza di ragioni general e special-preventive che giustificano l'irrogazione di una sanzione; la tenue offensività del fatto, valutata in concreto, prendendo in considerazione l'elemento soggettivo, le conseguenze del fatto, il comportamento successivo al reato, con particolare riguardo alla

⁶⁴² In tal senso, fra i molti, v. PALLIN, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 1 vor § 42.

⁶⁴³ L'espressione è stata coniata da ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, cit., 23. Sull'argomento v. PALIERO, “*Minima non curat praetor*” *Iperfrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 731.

⁶⁴⁴ In letteratura, su tale disposizione, v. SCHROLL, §§ 191-192, *der Strafprozessreform*, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di Fuchs-RATZ, 2. Aufl., Wien, 2009, 3 vor §191; MUHLBACHER-SCHMÖLZER, *Strafprozessordnung. Kommentar*, Band 1: Ermittlungsverfahren, Wien, 2013; FABRIZY, *Die österreichische Strafprozessordnung*, Wien, 2014, 493 ss.

riparazione del danno e agli altri fattori incidenti sulla pena. Di conseguenza, in tanto si potrà procedere all'applicazione dell'istituto, in quanto vi sia un accertamento sufficientemente chiaro in ordine alla presenza di un fatto penalmente rilevante.

Il provvedimento di archiviazione determina la rinuncia alla persecuzione del reato e, avendo i caratteri della stabilità e della definitività, ha valore di giudicato: solo in presenza di determinate ipotesi, tassativamente previste dalla legge, è possibile riattivare il procedimento, senza ledere il divieto del *ne bis in idem*. Il provvedimento, evitando qualsiasi effetto stigmatizzante in capo all'indagato, non risulta iscrivibile in alcun registro accessibile al pubblico e, inoltre, non è di per sé ostativo alla possibilità di essere nuovamente utilizzato nei confronti di una persona che ne abbia già usufruito.

6.1. Rinuncia alla persecuzione penale attraverso le ipotesi di “*diversion*”. (*Rücktritt von der Verfolgung, Diversion*).

Nel sistema penale austriaco, un ruolo fondamentale è assegnato alla “*diversion*”, termine che al suo interno racchiude, invero, diverse modalità di definizione del procedimento penale, prima o dopo l'esercizio dell'azione penale, attraverso una risposta alternativa, di carattere non penale, che soddisfi, ugualmente, le esigenze di prevenzione generale e speciale. L'istituto, inserito con una riforma del 2000 nel Titolo XI del codice di rito, rubricato “*Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)*”, prevede nei §§ 198 ss. StPO le condizioni in presenza dei quali la Procura o il giudice può proporre all'indagato o all'imputato un percorso alternativo.

La *diversion*, avendo un carattere residuale rispetto all'archiviazione per tenuità del fatto, non funziona automaticamente, ma richiede il positivo espletamento da parte dell'indagato o imputato di una serie di prescrizioni – pagamento di una somma di denaro, svolgimento di prestazioni socialmente utili, periodo di prova, mediazione penale – che, scelte discrezionalmente dal pubblico ministero o dal giudice, non sono tra loro cumulabili.

Di conseguenza, una volta escluso il carattere tenue del reato, l'organo giudiziario competente a seconda della fase procedimentale, dopo aver “debitamente chiarito” il fatto, al punto tale che in sede di indagini preliminari sarebbe ragionevolmente possibile rinviare a giudizio l'indagato, propone la deviazione dal processo, in presenza di determinate condizioni, quali: la competenza del giudice monocratico per il reato, oggetto di accertamento; il limite edittale di pena del fatto penalmente rilevante non superiore a cinque anni di reclusione; l'elemento soggettivo non deve essere grave; la non sussistenza di altre, concomitanti, cause di archiviazione; non sussistano profili di colpevolezza grave; la finalità di assicurare esigenze di prevenzione generale e speciale.

È utile osservare come, per ragioni di opportunità, la strada della *diversion* sia inaccessibile qualora il reato abbia causato la morte di una persona – salvo il caso, espressamente previsto dal § 198 StPO, secondo cui la vittima sia un familiare dell'autore del fatto, la morte sia colposa e, in considerazione delle gravi sofferenze psicologiche che la morte ha causato all'autore, non appaia necessaria l'irrogazione di una sanzione, in alcune ipotesi di

abuso d'ufficio o qualora si proceda per un reato contro l'integrità e l'autodeterminazione sessuale punito con la reclusione superiore a tre anni.

In presenza delle menzionate condizioni, il pubblico ministero o il giudice può offrire un percorso di giustizia alternativo, che l'imputato può accettare ovvero rifiutare, determinando, in quest'ultimo caso, la prosecuzione del procedimento nelle forme ordinarie. L'adempimento delle prescrizioni richiede, necessariamente, il consenso spontaneo da parte dell'accusato, poiché, in caso contrario, si assisterebbe all'irrogazione di una sanzione avente carattere penale senza le garanzie tipiche del processo.

Controversa e labile, tuttavia, è la differenza tra l'assunzione di responsabilità da parte dell'indagato, richiesta come requisito imprescindibile per alcune forme di diversione, e la confessione, essendo la distinzione terminologica alquanto fumosa⁶⁴⁵.

Viceversa, nessuna rilevanza giuridica è assegnata all'opinione della persona offesa, il cui consenso, eccetto che per la mediazione penale, non è richiesto ai fini dell'applicazione dell'istituto, considerando che la vittima è, comunque, destinataria di una serie di vantaggi, primo fra tutti l'accelerazione del risarcimento del danno, il cui ammontare, seppur non possa essere dalla stessa eccepito, consente una liquidazione in tempi più rapidi e sicuri rispetto a quella a che si avrebbe a seguito di una sentenza di condanna.

Per quanto attiene agli effetti prodotti dalla *diversion*, quest'ultima si presenta agli occhi dell'imputato particolarmente vantaggiosa, poiché (la stessa) permette una rapida fuoriuscita dal circuito penale ad un "prezzo" particolarmente conveniente, atteso che la procedura alternativa: evita la declaratoria di condanna; si conclude con un provvedimento non iscrivibile nel casellario giudiziale richiesto dal privato - è iscritto, invece, per dieci anni nei registri giudiziari ai sensi del § 75, co. 2, StPO -; non prevede limiti quantitativi in termini di ripetibilità al suo ricorso.

7. L'ordinamento francese tra esercizio dell'azione penale e principio di opportunità: l'archiviazione condizionata e la composizione giudiziaria.

La Costituzione francese del 1958 non dedica alcuno spazio al pubblico ministero e non enuncia principi atti a guidare l'esercizio dell'azione penale. Il codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1958, al contrario, dedica diverse disposizioni alle funzioni dell'accusa.

Nella fase in cui la *notitia criminis* viene conosciuta, il Procuratore della Repubblica prende delle decisioni che, quali esplicazioni di politica criminale, sono interamente sottratte al controllo giurisdizionale. La valutazione effettuata dal pubblico ministero, preliminare all'esercizio dell'azione penale, implica due giudizi tra loro cumulativi: l'uno di legalità,

⁶⁴⁵ Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. Oberster Gerichtshof, 12 Os 82/15y, 27 agosto 2015, in *Ris*, la *diversion* non può trovare applicazione, qualora l'imputato menta fino alla fine.

l'altro di opportunità. In caso di esito negativo, le indagini si chiudono con la *classement sans suite*, in caso positivo con la *poursuite*⁶⁴⁶.

Contrariamente a quanto statuito dalla Costituzione italiana, l'ordinamento francese sottopone l'esercizio dell'azione penale al principio di opportunità, il quale, in origine, non era regolato da una normativa *ad hoc*, ma si era imposto su base consuetudinaria attraverso il richiamo all'art. 40 cod. proc. pen., che attribuisce alla parte inquirente il potere di esaminare la notizia di reato a lui trasmessa⁶⁴⁷. Il pubblico ministero ha, infatti, il compito di apprezzare una pluralità di elementi individuali e sociali, prima di dare corso all'azione penale: in particolare, deve considerare quale influenza potrebbe avere l'inflizione di una sanzione - l'attenzione è rivolta, soprattutto, alla dannosità delle pene detentive di breve durata - in primo luogo sull'autore del reato e, successivamente, sull'ordine sociale, in termini di prevenzione⁶⁴⁸.

Il principio di opportunità, sin dalle sue prime applicazioni, è stato elevato a strumento di selezione e razionalizzazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale: basti pensare che, nel corso degli anni, si è assistito ad un consolidamento del principio *de minimis non curat praetor*, specialmente nei confronti dei reati patrimoniali, con la conseguenza di non perseguire, ad esempio, gli illeciti di emissione di assegno a vuoto, salvo che l'ammontare non superasse un certo limite, le truffe lievi e le appropriazioni indebite di scarso rilievo, purché l'agente si fosse impegnato a restituire in un tempo prefissato l'oggetto dei reati stessi.

Nel corso degli anni, si è assistito ad un consolidamento del principio *de minimis non curat praetor*, specialmente nei confronti dei reati patrimoniali, con la conseguenza di non perseguire, ad esempio, gli illeciti di emissione di assegno a vuoto, salvo che l'ammontare non superasse un certo limite, le truffe lievi e le appropriazioni indebite di scarso rilievo, purché l'agente si fosse impegnato a restituire in un tempo prefissato l'oggetto dei reati stessi. Da queste prime constatazioni emerge come il principio di opportunità sia stato eletto, sin dalle sue prime applicazioni, a strumento di selezione e razionalizzazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

I giuristi francesi si sono da sempre dimostrati favorevoli al principio di opportunità, ritenendo il principio di legalità non avrebbe potuto trovare una rigorosa applicazione, *in primis* a causa delle molteplici interpretazioni che vengono date alla legge penale e, in secondo luogo, per il necessario spazio di discrezionalità da riservare al pubblico ministero per la valutazione degli indizi di prova.

⁶⁴⁶ Cfr. AYDALOT, *Ministere public*, in *Dalloz-Repertoire de droit penal et de procedure penale*, III, Paris, 1978, 6 ss.; BOUZAT, *Procedure penale, Regime des mineurs, Domaine des lois penales dans le temps et dans l'espace*, in *Traité de droit penal et de criminologie*, a cura di Bouzat-Pinatel, II, 2^a., Paris, 1970, 916 ss.

⁶⁴⁷ Sul punto, cfr. STEFANI-LEVASSEUR, *Procedure penale*, Paris, 1977, 408 ss.

⁶⁴⁸ Cfr. MOLINARI, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., 209.

Ciò posto, autorevole dottrina sostiene che l'apprezzamento della legalità della persecuzione penale e quello dell'opportunità sono due momenti complementari di un'interpretazione unica della norma penale⁶⁴⁹.

La logica francese ammetteva e oggi, ancor più di ieri, ammette, anzi considera necessaria, una dicotomia tra gli apprezzamenti astratti effettuati dal legislatore, e quelli, più pragmatici, compiuti dall'autorità giudiziaria, la quale durante l'*iter* valutativo, al di fuori delle condizioni di ammissibilità dell'azione legate alla prescrizione, all'ammnistia, all'abrogazione della legge penale, al decesso dell'autore del reato o al principio del *ne bis in idem*, non è guidata da alcun preciso criterio, a differenza di altri codici europei⁶⁵⁰. Di conseguenza non deve stupire se la particolare tenuità del fatto così come non è prevista dal *code penal* come presupposto di punibilità, non sia altrettanto stabilita come criterio di archiviazione.

Il sistema francese presenta le menzionate caratteristiche in quanto deve far fronte ad un impellente e persistente problema che ha condizionato, inevitabilmente, l'evoluzione dello stesso ordinamento: le procure francesi sono le più oberate d'Europa e da anni sono state messe di fronte alla necessità di stabilire dei criteri di priorità dell'azione penale per canalizzare, *orienter*, diverse risposte sanzionatorie all'illecito penale. Benché continuo un organico tra i meno numerosi d'Europa, i *parquets* francesi nel 2012 hanno dovuto, infatti, gestire 7.996 nuove notizie di reato per 100.000 abitanti, mentre i colleghi olandesi ne trattavano 1.336, i finlandesi 1.566, i tedeschi 5.723, gli italiani 5.766 e gli austriaci 6.314⁶⁵¹. Tra le diverse strade che potevano consentire di approntare dei tentativi di risposta, è stata intrapresa quella della «deprocessualizzazione»⁶⁵², che rappresenta uno strumento utile per snellire il numero dei processi con soluzioni alternative a fronte di ipotesi in cui la lesione dell'interesse sociale si presenti esigua o irrilevante, consentendo così alla macchina giudiziaria di economizzare le risorse, indirizzandole ai casi meritevoli di intervento penale. E così quella forma di archiviazione «*meritata*»⁶⁵³, «*personalizzata*»⁶⁵⁴ che si era sviluppata nella prassi degli anni 70', sulla base del principio di opportunità, ha trovato una disciplina

⁶⁴⁹ In tal senso, cfr. MERLE-VITU, *Traité de droit criminel-Procédure pénale*, II, 2^a, Paris, 1973, 281; RASSAT, *Le ministère public entre sorpasse et son avenir*, Paris, 1967, 222 ss.

⁶⁵⁰ Cfr. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale. Esperienze francesi*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 155.

⁶⁵¹ I dati sono stati raccolti dalla Commissione europea sull'efficienza della giustizia per l'anno 2012: Conseil de l'Europe, *Systemes judiciaires europeens. Efficacité et qualité de la justice*, Les études de la CEPEJ, n. 20, 2014.

⁶⁵² Il termine viene adoperato come sinonimo di "deflazione processuale", cfr. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 726, 752 ss.

⁶⁵³ L'espressione «*classement merité*» è di PRADEL, *La rapidité de l'instance pénale. Aspects de droit comparé*, in *Rev. pénit. et de droit pen.*, 1995, 4, 216.

⁶⁵⁴ Per una completa analisi sulle modalità con cui sono state personalizzate le archiviazioni, cfr. CARTIER, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale (la position du droit français)*, relazione svolta all'Incontro internazionale di diritto comparato sull'omonimo tema, svoltosi a Damasco (5-8/10/1996), dattil.,

normativa dapprima nella legge del 4 gennaio 1993, n. 2 e, da ultimo, nella legge n. 204 del 2004, che ha compiutamente revisionato l'art. 40-1 prevedendo, accanto alla possibilità di promuovere l'azione penale, il potere del pubblico ministero di ricorrere a diverse ipotesi di archiviazione condizionata (*classements sans suite conditions*), debitamente motivata con l'indicazione delle ragioni di diritto e di opportunità che la giustificano.

L'archiviazione condizionata rappresenta, infatti, una *terza via* tra l'archiviazione pura e semplice ed il promovimento dell'azione penale, avendo come punto di riferimento la piccola e la media delinquenza, così da garantire una risposta rapida e diversificata alla domanda di giustizia⁶⁵⁵.

Nel dettaglio, l'art. 41-1 *code de procedure penale* statuisce che il Procuratore della Repubblica, se ritiene che una delle seguenti misure possa risarcire il danno subito dalla vittima, rimuovere l'allarme sociale derivante dal reato, o contribuire al reinserimento dell'autore del reato, può, direttamente o tramite un ufficiale della polizia giudiziaria, un delegato o un mediatore, ricorrere a numerose misure di archiviazione condizionata, quali: il "*rappel à la loi*", che permette al pubblico ministero di attirare l'attenzione dell'autore sulle disposizioni legislative violate; la "formazione di sensibilizzazione" rispetto al consumo di sostanze stupefacenti, indirizzando l'autore del fatto verso una struttura sanitaria, sociale o professionale⁶⁵⁶; la richiesta all'autore dei fatti di regolarizzare la propria situazione secondo la legge o il regolamento; la riparazione del danno da parte dell'autore del reato; la "mediazione penale", che implica una presa di contatto tra l'autore del reato e la vittima, affinché venga raggiunto un accordo che garantisca al soggetto passivo la riparazione, non necessariamente e solo pecuniaria, attraverso un'attività guidata, talora, dallo stesso *parquet* (*mediation retenue*), più sovente, da terzi (*mediation deleguee*), in

3 ss., il quale riporta come le archiviazioni siano state personalizzate, talora, convocando l'interessato per fargli comprendere il senso del provvedimento e i rischi di una reiterazione della condotta delittuosa, ovvero procedendo ad un avvertimento scritto in tal senso; più spesso subordinando il *classement sans suite* all'adozione di comportamenti positivi o negativi da parte del soggetto, quali, ad esempio, la cessazione dell'attività delittuosa (in particolare, per i reati commessi nel contesto familiare), l'obbligo di seguire uno *stage* di sensibilizzazione e di formazione sulla sicurezza stradale, il ripristino dello *status quo ante* (in particolare nei reati contro l'ambiente), la riparazione o l'indennizzo della vittima, eventualmente attraverso la restituzione della cosa sottratta.

⁶⁵⁵ Questa è la valutazione del Ministero della giustizia, riportata da CARTIER, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière penal*, cit., 2 e 4.

⁶⁵⁶ Secondo la legge, questa misura può consistere nella realizzazione da parte dell'autore dei fatti, a sue spese, di uno stage o di una formazione in un servizio o ente sanitario, sociale o professionale, e in particolare un periodo di formazione in cittadinanza, uno stage di responsabilità genitoriale, uno stage di sensibilizzazione alla lotta contro l'acquisto di atti sessuali, uno stage di responsabilità per la prevenzione e la lotta alla violenza all'interno della coppia e sessista, di un tirocinio nella lotta contro il sessismo e consapevolezza dell'uguaglianza tra donne e uomini o un corso di formazione sui pericoli dell'uso di stupefacenti; nel caso di un reato commesso durante la guida di un veicolo a motore, la misura può consistere nella realizzazione, da parte dell'autore e a sue spese, di un corso di sensibilizzazione sulla sicurezza su strada.

particolare da associazioni di aiuto alle vittime, cui il pubblico ministero conferisce mandato⁶⁵⁷.

La formulazione sintetica, a tratti scarna, della disposizione, non delimitando l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, conferisce un vasto potere discrezionale in capo al pubblico ministero, finalizzato ad un unico scopo: offrire delle risposte "accelerate" alla piccola delinquenza⁶⁵⁸.

Dal testo normativo originario, pur risultando chiaramente che l'adozione dell'archiviazione condizionata, nelle sue plurime forme, precede la decisione del pubblico ministero in merito all'azione penale, non si evinceva il *quomodo*, ossia il meccanismo procedurale, essendosi il legislatore limitato a stabilire che il sistema ivi disciplinato sospendeva la prescrizione dell'azione pubblica. Di fronte a tale lacuna, in un primo momento, si era deciso di seguire la consolidata prassi delle procure, secondo cui se alle proposte del pubblico ministero fosse seguita l'accettazione e l'esecuzione delle medesime da parte dell'autore del reato, ne sarebbe conseguita l'archiviazione; qualora, invece, l'interessato non avesse accettato, ovvero, non avesse portato a termine le prescrizioni, il pubblico ministero avrebbe proceduto o ad un'archiviazione semplice, oppure, più verosimilmente, al promovimento dell'azione penale.

Successivamente, il legislatore è intervenute per fare chiarezza, disponendo che, allorché la misura o l'accordo non siano accettati o rispettati dall'accusato, il pubblico ministero possa proporre una "composizione penale", oppure avviare il procedimento penale⁶⁵⁹.

Con la Legge del 23 giugno 1999 il legislatore ha introdotto nell'art. 41-2 c.p.p. l'istituto ibrido della *composition pénale*, che, costituendo uno strumento alternativo all'esercizio dell'azione penale, conduce all'applicazione di misure che, comparabili a tratti alle pene previste dalla parte generale del *Code penal*⁶⁶⁰.

L'origine della composizione penale è rintracciabile in una decisione della Chancellerie, la quale, superando diversi ostacoli, è riuscita a perfezionare una precedente misura voluta

⁶⁵⁷ Nella mediazione delegata, comunque sia, è previsto un controllo del pubblico ministero tanto a priori quanto a posteriori: lo evidenzia LAZERGES, *Mediation penale, justice penale et politique criminelle*, in *Rev. sc. Crim.*, 1997, 187; in maniera conforme, cfr. LEBLOIS-HAPPE, *La mediation penale comme mode de reponse a la petite delinquance: etat des lieux et perspective*, in *Rev. sc. crim.*, 1994, 531 ss.

⁶⁵⁸ Cfr. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, 1, 108.

⁶⁵⁹ Legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004.

⁶⁶⁰ Si pensi, ad esempio, che il pubblico ministero possa proporre alla persona che riconosce di aver commesso il fatto un'ammenda di composizione, il cui valore massimo è uguale a quello previsto per l'ammenda penale, cfr. Legge n. 99-515 del 23 giugno 1999 (PRADEL, *D'une loi acortee a un projet nouveau sur l'injonction penale*, in *D.*, 1995. chron. 171; VOLFF, *Un coup pour rien! L'injonction penale et le Conseil constitutionnel*, in *D.*, 1995. chron.201.

del governo, ma censurata nel 1995 dal *Conseil Constitutionnel*⁶⁶¹: “l’*injonction pénale*”, che rappresentava un primo tentativo di estensione della logica della *transaction* (misura che, come verificheremo, è destinata a regolare materie tecniche, come quella doganale e fiscale, dove la titolarità a transigere è affidata ad alcune amministrazioni statali) ad una sfera predeterminata di reati comuni, la cui gestione sarebbe spettata esclusivamente al pubblico ministero.

Orbene, l’attuale composizione penale è stata non a caso paragonata ad «una sorta di transazione avente ad oggetto l’azione penale»⁶⁶², proprio perché si ispira alla logica della “*transaction pénale*”, prevista dall’art. 6 c.p.p., quale causa eccezionale di estinzione dell’*action publique*, attraverso la quale un’amministrazione incaricata d’esercitare l’azione penale, decide di non farlo, proponendo al soggetto il versamento di una somma di danaro. La disciplina dell’art. 41-2 c.p.p. statuisce che il procuratore propone a colui che riconosce di aver commesso uno o più reati puniti con la sanzione pecuniaria o con la pena detentiva non superiore a cinque anni di reclusione una delle misure elencate nella disposizione⁶⁶³,

⁶⁶¹ Conseil constitutionnel, 2 febbraio 1995, n. 360, che ha dichiarato l’incostituzionalità della normativa relativa all’*injonction pénale*, nella parte in cui non prevedeva la presenza di un provvedimento giurisdizionale atto a convalidare l’accordo.

⁶⁶² Così AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2008, 736.

⁶⁶³ 1° pagare un’ammenda di composizione al Tesoro pubblico. L’importo dell’ammenda, che non può superare l’importo massimo dell’ammenda incorsa, è fissato in base alla gravità dei fatti, nonché alle risorse e agli oneri della persona. Il suo pagamento può essere scaglionato, secondo un programma fissato dal pubblico ministero, entro un periodo che non può essere superiore ad un anno;

2° cedere a beneficio dello Stato la cosa che è servito o era destinata a commettere il reato o che ne costituisce il prodotto;

3° restituire il suo veicolo, per un periodo massimo di sei mesi, per l’immobilizzazione;

4° presentare al registro del tribunale distrettuale la patente di guida, per un periodo massimo di sei mesi;

4-bis seguire un programma di riabilitazione e sensibilizzazione che prevede l’installazione a proprie spese di un test alcolico anti-avviamento sul suo veicolo, per un periodo minimo di sei mesi e un massimo di tre anni;

5° consegnare al registro dell’Alta Corte la sua licenza di caccia, per un periodo massimo di sei mesi;

6° prestare a beneficio della comunità, in particolare all’interno di un’entità legale di diritto pubblico o di una persona giuridica di diritto privato incaricata di una missione di servizio pubblico o di un’associazione autorizzata, lavoro non retribuito per una durata massima di sessanta ore, entro un periodo non superiore a sei mesi;

7° frequentare uno stage o un corso di formazione in un servizio o ente sanitario, sociale o professionale per un periodo che non può superare i tre mesi in un periodo che non può superare i diciotto mesi;

8° non emettere, per un periodo massimo di sei mesi, assegni diversi da quelli che consentono il prelievo di fondi dal cassetto del destinatario o da coloro che sono certificati e non utilizzano carte di pagamento;

9° non comparire per un periodo non superiore a sei mesi nel luogo o nei luoghi designati dal pubblico ministero e in cui è stato commesso il reato o in cui risiede la vittima;

10° non incontrarsi o entrare in contatto, per un periodo non superiore a sei mesi, con le vittime del reato, individuate dal pubblico ministero;

11° non incontrarsi o entrare in contatto, per un periodo non superiore a sei mesi, con il co-autore o eventuali complici, individuati dal pubblico ministero;

nonché la riparazione del danno alla vittima. Per quanto riguarda l'area applicativa, l'istituto è previsto per le *cotraventions* e per i *delits* puniti con un massimo di cinque anni di reclusione, limite edittale in cui rientrano numerose e rilevanti fattispecie incriminatrici, quali il furto, la bancarotta fraudolenta, l'*insider trading*, la frode e il falso documentale, suscitando criticità e preoccupazioni in ordine ad un suo uso distorto, tale da farvi rientrare la maggior parte dei reati legati al mondo dell'economia.

La proposta di composizione è, dunque, oggetto di una specifica decisione emessa e sottoscritta dal pubblico ministero, il quale specifica la natura ed il *quantum* delle misure indicate. Requisito indispensabile per la prosecuzione della procedura è il consenso del presunto autore del fatto che, a tal fine, può essere assistito da un avvocato prima di approvare la proposta del pubblico ministero. Quando il destinatario della proposta concorda con le misure, il procuratore investe, per la necessaria convalida della composizione, - salvo alcuni casi espressamente indicati all'interno della disposizione - il Presidente del Tribunale, il quale, ai fini della decisione, può procedere alla audizione dell'autore e della vittima. Il giudice decide di convalidare la composizione penale, qualora ritenga che le misure proposte siano giustificate alla luce delle circostanze del reato e della personalità dell'autore; mentre, lo stesso rifiuta di convalidare, qualora ritenga che la gravità dei fatti, alla luce delle circostanze del caso, o che la personalità del soggetto interessato, la situazione della vittima o gli interessi della società giustifichino l'uso di un'altra procedura,

12 ° non lasciare il territorio nazionale e, contestualmente, consegnare il passaporto per un periodo non superiore a sei mesi;

13 ° completare, se necessario a proprie spese, uno stage di cittadinanza;

14 ° Nel caso di un reato commesso contro il coniuge, il suo partner o il suo partner vincolato da un patto di solidarietà civile, o contro i suoi figli o quelli del coniuge, convivente o convivente, fissare la residenza in un luogo diverso dalla residenza della coppia e, se del caso, astenersi dall'apparire nel o vicino al luogo di residenza e, se necessario, ricevere cure mediche, sociali o psicologiche; tali disposizioni si applicano anche quando il reato è commesso dall'ex coniuge o convivente della vittima, o dalla persona che è stata collegata ad esso da un patto di solidarietà civile, il cui domicilio in questione è quindi quello del vittima. Ai fini del presente 14° misura, il pubblico ministero raccoglie o fa raccogliere, il più presto possibile e con qualsiasi mezzo, l'opinione della vittima sull'opportunità di chiedere all'autore dei fatti di risiedere al di fuori del Paese, in cui sussisteva la sistemazione della coppia. Salvo circostanze particolari, questa misura è adottata, quando vi sono fatti di violenza che possono essere rinnovati su segnalazione della vittima. Il pubblico ministero può specificare le modalità per la copertura dei costi di tale alloggio per un periodo da lui fissato e che non può superare i sei mesi;

15 ° effettuare, se necessario a proprie spese, un corso di sensibilizzazione sui pericoli dell'uso di stupefacenti;

16 ° sottoporsi ad una misura di ingiunzione terapeutica, secondo le modalità definite negli articoli da L. 3413-1 a L. 3413-4 del codice sanitario pubblico, quando risulta che l'interessato fa uso di stupefacenti o fa consumo abituale ed eccessivo di bevande alcoliche. La durata della misura è al massimo di ventiquattro mesi;

17- realizzare, se necessario a proprie spese, un corso di sensibilizzazione sulla lotta contro atti sessuali;

18 ° realizzare a proprie spese uno stage di responsabilità per la prevenzione e la lotta alla violenza all'interno della coppia;

19 ° effettuare, se necessario a proprie spese, uno stage nella lotta contro il sessismo, al fine di promuovere la consapevolezza della parità tra donne e uomini.

ovvero (qualora ritenga che) le dichiarazioni rese dalla vittima gettino nuova luce sulle condizioni in cui è stato commesso il reato, o sulla personalità del colpevole. Nel caso in cui il Presidente del Tribunale emetta l'ordine di convalida della composizione, le misure decise trovano subito esecuzione; in caso contrario, la proposta decade: in entrambi i casi la decisione del giudice non può essere oggetto di alcun tipo di impugnazione.

Un ruolo, pertanto, fondamentale, nella composizione penale, è svolto dal controllo del giudice sul riconoscimento della colpevolezza e sull'accordo delle parti, poiché nel caso in cui l'autorità giurisdizionale decida di non convalidare l'accordo o l'autore del reato non rispetti gli obblighi della misura, il *procureur* dovrà avviare l'azione penale⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ Art. 41-2 *code de procédure pénale*, nella versione introdotta dalla legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004

CAPITOLO V

CENNI CONCLUSIVI PER UN NUOVO INIZIO

Sommario: 1. Rifondare la premessa. - 2. Mutare, abrogare, precisare: le proposte per una nuova particolare tenuità del fatto. - 3. La sospensione con messa alla prova della pronunzia di condanna. - 4. Tentativi alternativi di modelli riparativi. - 5. Una *restorative justice* che non c'è: dalla pena estromissiva alla riparazione inclusiva. - 6. Guardare avanti: tutto passa tutto cambia.

1. Rifondare la premessa.

È, ormai, un'esigenza, priva di confini nazionali, quella di rinvenire negli ordinamenti giuridici reazioni all'illecito penale alternative, o meglio, diverse da quelle tradizionalmente imposte dal e nel sistema penale, attraverso l'estromissione dal processo dei reati meno gravi, al fine di perseguire con un "colpo solo" plurimi obiettivi.

A partire dagli anni '70 la mente creativa del legislatore di molti Stati, europei e non, ha congegnato strumenti normativi, finalizzati a far retrocedere l'intervento penale «dal suo principio repressivo e tendenzialmente "distruttivo", del "colpo e contraccolpo", a favore di una ricostruzione positiva della pace sociale»⁶⁶⁵.

Il risultato finale è realtà caleidoscopica, in cui ciascun Paese ha introdotto nel proprio ordinamento istituti giuridici creati a propria "immagine e somiglianza", ossia adattandoli al contesto e ai bisogni nazionali, ottenendo prodotti legislativi tra loro differenti.

Se, come si è avuto modo di constatare, Paesi come la Germania, l'Austria e la Francia sin dagli anni 80'-90' hanno ampliato le forme di reazione statale all'illecito, adottando il paradigma della giustizia alternativa alla pena o al processo, prima nel processo minorile e, successivamente, in quello per gli adulti, in Italia il passo decisivo nel campo del giudizio ordinario è stato fatto solo recentemente con gli istituti della particolare tenuità del fatto, della sospensione del procedimento con messa alla prova e della estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie.

Ad essi va, indubbiamente, riconosciuto il merito di aver raccolto i semi gettati nel *background* culturale⁶⁶⁶ ed inserirli lungo una linea di politica criminale tesa, da un lato, a

⁶⁶⁵ MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di Miklau, Vienna, 1999, 32.

⁶⁶⁶ In particolare, molteplici contributi vertono sull'offesa all'interesse protetto dalla norma incriminatrice come componente della stessa fattispecie costitutiva di reato, v. GALLO, *Il dolo, Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951-1952, 264 ss.; FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 71.

rendere più duttile il sistema sanzionatorio penale, e, dall'altro, a decongestionare la macchina giudiziaria, sempre più intasata e opprressa.

Per quanto sia estremamente difficile, se non impossibile, rintracciare un filo conduttore tra le discipline normative dei plurimi Stati, è possibile, tuttavia, scorgere, nella struttura dei singoli istituti, quelle caratteristiche indispensabili per attribuire loro la qualifica di strumenti di *diversion*. In particolare, deve essere garantita, da un lato, la deviazione dal processo prima della declaratoria di una sentenza che accerti la responsabilità penale e, dall'altro, la partecipazione dell'accusato ad un programma privo dello stigma penale, al fine di approntare una risposta che non abbia lo scopo di punire, ma di riabilitare il soggetto e, contestualmente, di risolvere il conflitto sotteso al reato commesso.

Nel sistema penale nazionale, indubbiamente, si è compiuta una lunga e lenta rivoluzione concettuale attraverso gli strumenti della deflazione in concreto che, sia pure variamente congegnati, hanno operato, in particolar modo, come istanze di compensazione rispetto alle timidezze e alle lacune del legislatore in tema di depenalizzazione in astratto.

Sono istituti deputati ad attutire la formalità e la rigidità del binomio "reato-pena" attraverso l'apertura a dinamiche di antigiuridicità materiale, rimesse alla valutazione del giudice, ma ciò non toglie la necessità di una loro solida base legislativa, da cui enucleare precisi e determinati presupposti applicativi.

I menzionati istituti di "non punibilità", infatti, pur essendo stati creati per rivitalizzare il carattere dell'*extrema ratio* del diritto penale, nel corso d'opera, sono stati, tuttavia, incanalati escusivamente verso i binari della efficienza processuale e della deflazione, che mal si conciliano con i diritti e le garanzie sostanziali e processuali, non solo dell'indagato/imputato, ma anche della vittima.

È un equilibrio particolarmente difficile da raggiungere, tanto è vero che quanto predicato sul piano teorico si traduce, sovente, in una eterogenesi dei fini, attraverso l'inserimento di elementi strutturali che tradiscono le intenzioni iniziali, costringendo l'accusato, apparentemente fuori dal procedimento penale, a subire provvedimenti con strascichi o, addirittura, con diretti effetti afflittivi, in assenza, tuttavia, di sufficienti garanzie processuali. Quello che, dunque, occorre fare è depurare i vari istituti da quei caratteri che ne impediscono appieno il funzionamento e, contemporaneamente, per effetto compensativo, inserirne di nuovi, avvalendosi della comparazione come strumento di utilità sociale, ossia come metodo necessario per la riflessione giuridica, dove la singola soluzione normativa deve essere considerata un dato "relativo" che necessita di un termine di paragone per la soluzione di un problema comune.

2. Mutare, abrogare, precisare: le proposte per una nuova particolare tenuità del fatto.

Il decreto legislativo 6 marzo 2015, n. 28 ha avuto l'indiscutibile merito di aver elevato a istituto di diritto comune la esclusione della punibilità per l'autore di un reato, sotto il profilo offensivo, particolarmente tenue, dando, finalmente, forma e sostanza ad un'aspirazione che aveva radici ben lontane. Se è pur vero, infatti, che, a stretto rigore,

l'istituto non possa essere configurato come una novità legislativa, essendo stati molteplici i tentativi, mal riusciti, di inserimento della clausola di tenuità del fatto nel sistema penale, è altrettanto vero che dello stesso non possa parlarsi come di un esito scontato.

È da sottolineare a gran voce che anche questa iniziativa legislativa avrebbe corso il rischio di trasformarsi in un ennesimo “buco nell’acqua”, se non fosse stata condizionata e plasmata dalla crescente drammaticità della situazione carceraria nazionale⁶⁶⁷.

Non può negarsi, infatti, che la spinta maggiormente propulsiva sia derivata dalla sentenza pilota “Torreggiani e altri c. Italia”, della Corte Edu, che ha accertato, affrontato, ma purtroppo non risolto il problema strutturale del disfunzionamento del sistema carcerario italiano.

La decisione europea aveva sviluppato una nitida diapositiva della degradante situazione in cui versavano - e versano tutt’oggi - i detenuti all’interno delle strutture penitenziarie, raffigurando come indispensabile ed obbligatorio l’intervento dello Stato italiano ad istituire, entro un anno dalla esecutività della sentenza, un ricorso o un insieme di strumenti effettivi ed idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente al problema del sovraffollamento carcerario, attraverso la creazione di rimedi non solo *ex post*⁶⁶⁸, ma, appunto, anche *ex ante*⁶⁶⁹.

Ciò posto, occorre, tuttavia, non cadere in una “trappola” interpretativa: avere, infatti, come punto di approdo il raggiungimento della c.d. “deflazione carceraria” può condurre al rischio di concepire l’istituto, in chiave di beneficio, come misura alternativa alla pena detentiva, quando, invece, la sua veste giuridica è ben diversa.

Concepita, ormai, come una causa di non punibilità in senso stretto, l’art. 131-*bis* c.p. consente la fuoriuscita dal circuito penale di comportamenti che, pur integrando gli estremi oggettivi e soggettivi di fattispecie incriminatrici astratte, vengono opportunamente riconosciuti come non meritevoli di pena, sulla base di criteri indicati dal legislatore, ma concretizzati dal giudice.

La *ratio* della novella legislativa, pertanto, risiede in primo luogo nella finalità di rafforzare il principio di proporzionalità, da un lato, contrastando la logica repressiva ed espansionista del diritto penale e, dall’altro, inquadrando la particolare tenuità del fatto non come una semplice rinuncia alla pena, bensì come un modello alternativo di giustizia, soprattutto a

⁶⁶⁷ In tal senso, cfr. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, cit., 6.

⁶⁶⁸ In particolare, si è resa necessaria la previsione di ricorsi utilizzabili dai detenuti per contestare efficacemente lo stato in cui erano costretti a vivere. Sul punto, cfr. Corte edu, 15 marzo 2015, Varga e altri c. Ungheria, con nota di V. MANCA, *L’Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza-pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° aprile 2015.

⁶⁶⁹ Per un approfondimento sulle ripercussioni che la sentenza della Corte europea ha avuto sulla successiva produzione normativa italiana, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceraria e sistema penale*, Torino, 2014, 127 ss.

fronte della consapevolezza dogmatica dei limiti della tipicità penale⁶⁷⁰. Secondariamente, la nuova clausola ambisce ad un fine non troppo nobile, ma necessario, qual è quello di divenire meccanismo di auto-riduzione o deflazione attraverso una «*depenalizzazione in concreto*» o giurisdizionale, capace di restituire razionalità ed economicità al sistema processuale, come nuova meta della giustizia penale, a fronte della cronica lentezza dei processi che, definiti sempre più spesso oltre una ragionevole durata, forniscono sovente, alle parti in causa, risposte errate che acquiscono nella collettività il senso di sfiducia nelle istituzioni, oltre a radicare la convinzione di vivere in un sistema dove la giustizia è rimessa alle sorti del caso⁶⁷¹.

I menzionati obiettivi in tanto possono essere raggiunti, in quanto venga assicurata all'istituto una copertura costituzionale, avente ad oggetto interessi sostanziali, idonei e capaci a giustificare la rinuncia alla pena, la quale non può fondarsi sulle sole esigenze efficientistiche della deflazione, poiché ciò significherebbe attribuire alla particolare tenuità del fatto un fondamento tanto fragile quanto onnivoro, inidoneo a razionalizzare il sistema, ma capace solo di eroderlo e comprimerlo a causa delle contingenti esigenze politico-criminali.

Se “non punibilità” ha da essere, costituzionalmente fondata e sistematicamente riordinata, tanto vale che la stessa entri in scena il più presto possibile, ossia agli albori del procedimento, al fine di “lucrare” in termini di risorse temporali, ma solo dopo averla fondata su interessi costituzionalmente rilevanti e sistematizzati. Riconoscere un'applicazione “anticipata” dell'istituto, vuol dire far incrociare la strada della particolare tenuità del fatto con quella del principio costituzionalmente tutelato di cui all'art. 112 Cost., considerando che l'obbligatorietà dell'azione penale per fatti penalmente rilevanti, ma tenui, sottrae *de plano* preziose risorse alla macchina giudiziaria per il perseguimento di reati di maggior rilievo sociale.

Ed è proprio quello che è stato fatto dal legislatore delegato con l'introduzione nell'art. 409, co. 1-bis, c.p.p. di un'ipotesi di archiviazione *ad hoc*, a metà strada tra quelle *in iure* e quelle *in facto*, dedicata, appunto, alla particolare tenuità del fatto come legittima causa di rinuncia all'esercizio dell'azione penale, che richiede da parte del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari un uso saggio, prudente, ma altresì coraggioso⁶⁷².

Sono indubbiamente comprensibili i dubbi relativi alla compatibilità dell'istituto con l'art. 112 Cost., il cui dettato configura l'obbligo, apparentemente inderogabile, in capo al

⁶⁷⁰ PALAZZO, “*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n.67/2014)*”, cit., 1708, secondo il quale «neppure la più sofisticata tecnica di tipizzazione dei reati riuscirà ad escludere dalla fattispecie “formale” fatti del tutto bagatellari».

⁶⁷¹ Sul punto, cfr. CIANI, *La situazione della giustizia penale secondo il procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, in *Cass. pen.*, 2014, 435 ss.

⁶⁷² Da questo punto di vista opportune sono le *Linee guida della Procura di Palermo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2015, 24, con commento di ALBERTI, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della procura di Palermo*.

pubblico ministero, di esercitare l'azione penale per tutti i fatti qualificabili come reato, senza possibilità di discernere le notizie di reato sulla base della loro intrinseca gravità.

La vera fragilità del meccanismo archiviativo si manifesta, appunto, nel rapporto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, in quanto il curioso binomio lascia presagire un inopportuno aggiramento dell'art. 112 Cost., laddove si assiste ad un'anticipazione del giudizio cognitivo da parte del pubblico ministero⁶⁷³, quando, invece, ci dovrebbe essere un'automatica corrispondenza tra fatti penalmente rilevanti ed esercizio dell'azione penale. Prestando maggiore attenzione, tuttavia, la nuova procedura archiviativa più che confliggere con l'obbligatorietà dell'azione penale, è piuttosto diretta a dare concretezza ed effettività al principio in questione.

Da tempo, infatti, il concetto di "obbligatorietà dell'azione penale" è divenuto oggetto di un processo di ridimensionamento, in quanto, prendendo atto della discrezionalità svincolata esercitata dal pubblico ministero, si è cercato di interpretare il principio alla luce di un sano equilibrio tra l'efficienza processuale e la rigidità testuale della norma costituzionale, non potendo essere sottaciuta la prassi, sempre più in voga, di abbandonare sul binario morto della prescrizione molte delle notizie di reato concernenti fatti di natura bagatellare⁶⁷⁴.

L'art. 131-bis c.p. sottende, infatti, una valutazione che concerne l'offesa del reato, quindi un interesse totalmente interno alla vicenda punitiva che, senza tradire la legalità sostanziale, può essere rimessa al pubblico ministero e successivamente al giudice per le indagini preliminari in modo compatibile con l'art. 112 Cost.

In questo ambito, e precisamente in quello degli interessi interni alla vicenda punitiva, le tensioni con il principio di obbligatorietà dell'azione penale si allentano fino ad annullarsi, soprattutto quando, come nell'istituto in esame, il legislatore predispose non solo il generico interesse da valutare, ma anche i criteri del medesimo interesse.

Orbene, al fine di ricomporre eventuali tensioni interpretative esiste un'unica uscita di sicurezza: bilanciare l'obbligatorietà dell'azione penale con gli principi, sottesi all'istituto,

⁶⁷³ RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, in *Quaderno n.1 de La Gazzetta Forense*, 2015, secondo cui "non è chiara la filosofia del nuovo legislatore; ancor meno le conoscenze ontologiche e dogmatiche che egli manifesta nella occasione, risultando equivoco il rapporto tra "non punibilità" ed "archiviazione", richiedendo la prima la formulazione dell'imputazione ed il giudizio, che la seconda esclude in radice, quale formula classica di inazione».

⁶⁷⁴ Sul punto, cfr. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 4, secondo il quale il meccanismo procedurale di cui all'art. 409, co.1-bis, c.p.p., in realtà, rischia di produrre, sul piano concreto, effetti avversi e contrari alla finalità dell'economia processuale, in quanto la complessità della procedura potrebbe alimentare un atteggiamento scettico nei confronti della nuova causa di archiviazione da parte dei pubblici ministeri, i quali sarebbero maggiormente propensi ad avvalersi della prescrizione del reato, ovvero del c.d. "modello 45", ossia di meccanismi procedurali nei quali lo smaltimento della notizia di reato avviene a costo zero. archiviare a seguito dell'intervenuta prescrizione.

dotati di pari rilevanza⁶⁷⁵, quali la ragionevole durata del processo ex art. 111, co. 2, Cost⁶⁷⁶ e la proporzionalità della pena ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.

Accolta, dunque, un'interpretazione evolutiva dell'art. 112 Cost., a soffrire della nuova causa di archiviazione, allora, non è tanto l'obbligatorietà dell'azione penale, quanto piuttosto altri principi, sempre costituzionalmente tutelati.

La peculiarità della nuova formula archiviativa ha, infatti, suggerito la creazione di una procedura speciale rispetto a quella ordinaria, definita "garantita", in quanto ha coinvolto in modo inedito sia la persona offesa che l'indagato, al fine di realizzare il non facile, ma necessario, equilibrio tra le esigenze di massima anticipazione processuale dell'istituto e i contrapposti interessi delle parti. La regola che governa l'alternativa tra esercizio dell'azione penale e inazione non è stata modificata, considerato che il vaglio compiuto è pur sempre una prognosi, che nel caso in esame, tuttavia, constatata l'inutilità del processo a fronte della infondatezza non della *notitia criminis*, bensì della punibilità di una condotta accertata sommariamente come reato⁶⁷⁷. Ciò posto, nella fase delle indagini preliminari - invero, anche nell'udienza preliminare e nella fase predibattimentale - la particolare tenuità del fatto tende, pertanto, a comprimere il principio di giurisdizione, in quanto l'applicazione dell'istituto presuppone un accertamento del fatto così contratto e sintetico, al punto da chiedersi se una simile compressione sia una "sofferenza" tollerabile da parte del sistema giuridico. In linea di principio, non pare potersi escludere *ex abrupto* la compatibilità tra la contrazione del principio giurisdizionale e il principio del giusto processo, salvo che venga garantito il rispetto del diritto di difesa in capo all'imputato, avendo quest'ultimo, in ogni momento processuale, il diritto di far valere le proprie ragioni, di fatto e di diritto, attraverso il pieno accertamento della responsabilità penale e non potendo, dunque, essere costretto a subire supinamente gli effetti negativi di un provvedimento "*sine iudicio*", soprattutto a fronte delle conseguenze giuridiche negative scaturenti dalla declaratoria, quali l'iscrizione del provvedimento e - solo per le sentenze definitive - l'efficacia *extra-penale* del giudicato.

Senza contare, inoltre, che "l'ipotesi di responsabilità", sottesa al provvedimento archiviatorio, discende da una prognosi di probabile condanna⁶⁷⁸, comporta in capo all'indagato uno stigma morale di colpevolezza, difficilmente eliminabile.

⁶⁷⁵ Un ragionamento non dissimile è sotteso alla valutazione di compatibilità delle condizioni di procedibilità con l'art. 112 Cost., cfr., in particolare, Corte Cost., 27 giugno 1974, n.216, in www.giurcost.org nonché, per un approfondimento sull'argomento, cfr. GAITO, voce *Procedibilità (condizioni di) (diritto processuale penale)*, cit., 736 ss.

⁶⁷⁶ QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, cit., 106; SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, cit., 144.

⁶⁷⁷ DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 44.

⁶⁷⁸ Cfr. APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, cit., 1322; MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme*

Come se tutto ciò non bastasse, l'istituto dell'opposizione lascia il tempo che trova dal momento che lo strumento normativo, per quanto apprezzabile, non garantisce a tutto tondo il diritto di difesa dell'interessato: la manifestazione di dissenso da parte dell'indagato, infatti, non impedisce al giudice per le indagini preliminari di accogliere la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, avanzata dal pubblico ministero, senza che il destinatario del provvedimento possa far valere la sua innocenza nell'ambito del processo.

È possibile, dunque, concludere che l'archiviazione per particolare tenuità del fatto sia il risultato di una ricostruzione in ipotesi della commissione del fatto e della responsabilità dell'indagato, da cui, pur non derivando alcuna sanzione penale, discendono in capo al "presunto colpevole" gli effetti pregiudizievoli di un provvedimento implicitamente dichiarativo dell'illeceità di un fatto e che, allo stato attuale, occorre iscrivere nel casellario giudiziale, con inevitabili conseguenze pregiudizievoli in ordine alla reputazione della persona destinataria.

A questo punto, data la mancata previsione di una manifestazione di volontà da parte dell'accusato rispetto alla declaratoria di particolare tenuità del fatto - salvo quanto disposto per la fase predibattimentale di cui all'art. 469, co. 1, c.p.p. -, una soluzione in grado di dirimere i profili di contrasto costituzionale potrebbe essere quella di postulare il consenso dell'accusato quale *condicio sine qua non* per l'applicazione della causa di non punibilità, così come previsto nella disciplina normativa tedesca⁶⁷⁹ e francese. La soluzione, tuttavia, non è esente da critiche, in quanto l'istituto italiano, a differenza di quelli stranieri, non prevede l'archiviazione condizionata al compimento, da parte dell'indagato, di "oneri" o "adempimenti"; di conseguenza, un istituto avente come *thema decidendum* la necessità o

processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p., cit., 8; SPANGHER, L'irrelevanza del fatto, cit., 20.

⁶⁷⁹ A tal riguardo, proprio nell'esperienza tedesca degli ultimi anni, si può dimostrare come tale meccanismo abbia assunto una grande centralità anche a livello mediatico, in relazione ad alcuni recenti casi, essendo stato utilizzato come scudo dei diritti e delle garanzie dell'indagato, permettendo allo stesso di rinunciare alla chiusura anticipata del procedimento, prestando il proprio consenso, e ottenendo, invece, una sentenza del tutto assolutoria. Si allude, in particolare, al caso Wulff. Christian, Presidente della Germania tra il 2010 e il 2012, assolto dall'accusa di corruzione che lo aveva portato a dimettersi da Presidente, dopo aver inizialmente rifiutato di apprestare il proprio consenso al provvedimento di archiviazione condizionata ex § 153 a) StPO. Il tribunale di Hannover ha infatti scagionato Wulff da tutte le accuse, poiché, ha dichiarato il giudice Frank Rosenow, «non sussistono prove sufficienti» per dimostrare i fatti. Il tribunale ha anche deciso che l'ex Presidente avrebbe ricevuto un indennizzo per le perquisizioni compiute dalla polizia nel corso degli accertamenti. Al riguardo, cfr. KROPH, *Wichtige Grundzüge des Strafverfahrens*, in *Jus*, 2015, 213 ss. Diversamente, in altre ipotesi, avendo acconsentito alla chiusura del procedimento, l'interessato ha poi risentito del peso di una decisione che per l'opinione pubblica assume un carattere tutt'altro che liberatorio, specie a fronte di accuse particolarmente infamanti: v. il "caso Edathy", relativo al possesso di materiale pedopornografico (HOVEN, *Die Grenzen des Anfangsverdachts - Gedanken zum Fall Edathy*, in *NStW*, 2014, 361 ss.).

meno di esercitare l'azione penale non può imporre costituzionalmente (art. 111, co. 5, Cost.) il consenso dell'accusato⁶⁸⁰.

Ebbene, dopo l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite in merito alla iscrizione nel casellario giudiziale di tutti i provvedimenti, anche di quelli non definitivi, sulla particolare tenuità del fatto, si dovrebbe attribuire in capo alla persona sottoposta alle indagini il diritto di impugnare il provvedimento di archiviazione, ad esempio, estendendo, al suddetto caso, il rimedio del reclamo.

Le criticità dell'istituto, tratteggiate in ordine all'indagato nella fase delle indagini preliminari, si rinvengono, sotto diversi profili, anche in relazione all'imputato nelle successive fasi processuali.

In particolare, la natura ibrida della sentenza, a metà strada tra proscioglimento e condanna, così da meritare l'appellativo di «criptocondanna»⁶⁸¹, può ricavarsi, in primo luogo, dall'iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale, a differenza di quanto previsto nella maggior parte dei Paesi europei, nei quali il provvedimento di particolare tenuità del fatto, sia sotto forma di sentenza che di decreto/ordinanza di archiviazione, non è menzionato in alcun tipo di registro. In questa prospettiva, risulta interessante ricordare quanto statuito dalla legge delega n. 103 del 2017 che, pur avendo imposto, da un lato, di revisionare i presupposti relativi alla eliminazione delle iscrizioni nel casellario giudiziario, al fine di adeguarli alla durata media della vita umana, e, dall'altro, di rimodulare la tempistica relativa alla iscrizione delle condanne per fatti di modesta entità, nonché di eliminare l'iscrizione delle cause di non punibilità per particolare tenuità del fatto, è stata del tutto disattesa dall'Esecutivo che con il d.lgs. del 2 ottobre 2018, n. 122 si è del tutto discostato dai parametri che erano ad esso stati indicati.

In particolare, dall'efficacia *extra*-penale, prevista dall'art. 651-*bis* c.p.p., delle sentenze dibattimentali o di quelle rese a seguito di rito abbreviato nei giudizi civili o amministrativi di danno, in ordine all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, cioè in ordine alla colpevolezza del prevenuto, è possibile rinvenire tracce di una "pseudo-condanna" nella declaratoria di proscioglimento per tenuità del fatto.

Se la legge delega sul punto si era semplicemente premurata di escludere ogni pregiudizio all'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno, il decreto legislativo ha, invece, predisposto una soluzione che, da una parte, ha sin da subito prestato il fianco a critiche sotto il profilo dell'eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., e, dall'altra, interferisce con il principio di autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale, di cui all'art. 75, co. 2,

⁶⁸⁰ Cfr. PALAZZO, «Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n.67/2014)», cit., 1708 ss.

⁶⁸¹ In tal senso v. CAPRIOLI, *Istanze deflative e proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Seminari Vittorio Grevi*, Padova, 2015; PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., 263; SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, cit., 19.

c.p., in quanto prescinde dalla partecipazione al giudizio penale della persona danneggiata dal reato⁶⁸².

Il carattere ibrido della declaratoria *de qua* assume connotati ancor più marcati se si presta attenzione al tangibile contrasto con la presunzione di innocenza *ex art. 6, § 2 CEDU*, nella sua duplice portata, endoprocessuale ed extraprocessuale.

La prima accezione, una volta che il procedimento penale si è concluso con una sentenza di assoluzione, serve a garantire che l'interessato, destinatario di un provvedimento contenente una motivazione che non accerta legalmente la sua colpevolezza, non si veda attribuire, neppure in forma dubitativa, giudizi di colpevolezza, ma al più semplici sospetti: poiché la Convenzione non tutela diritti illusori e astratti, ma effettivi e concreti, la presunzione di innocenza mira anche ad impedire che il destinatario di un'assoluzione sia trattato, da agenti o autorità pubbliche, da colpevole rispetto al reato per cui è stato imputato.

Per quanto concerne il secondo profilo, avente ad oggetto i procedimenti civili, amministrativi, o disciplinari connessi con quello penale, conclusosi con una declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, il principio serve ad impedire che le pubbliche autorità possano motivare le proprie decisioni presupponendo o dubitando della colpevolezza dell'interessato, in tal modo disconoscendo l'efficacia e il valore dell'assoluzione.

Ciò premesso, è possibile sostenere che nelle sentenze di proscioglimento per non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, pur non essendo accertata legalmente e, quindi, formalmente la colpevolezza dell'imputato, la motivazione deve comunque dar conto della illiceità del fatto e della responsabilità penale del presunto autore. Di conseguenza, sono provvedimenti che contengono al loro interno una *sostanziale* affermazione di colpevolezza che, inevitabilmente, produce degli effetti pregiudizievoli in capo all'imputato⁶⁸³, il quale diventa un mero spettatore del suo stesso pseudo-proscioglimento.

⁶⁸² Cfr. DEL CORNO, STRINA, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.palagius2012.blogspot.it, 12 maggio 2015, dove viene prospettata una soluzione alternativa, in quanto il legislatore avrebbe potuto spingersi ancora oltre e lasciare che il giudice penale si pronunciasse pure sugli aspetti civilistici, posto che, secondo il sistema delineato, gran parte del carico giudiziario che viene smaltito in sede penale è destinato, in realtà, a gravare il carico giudiziario civile.

⁶⁸³ La Corte europea dei diritti dell'uomo individua spesso un collegamento tra il diritto alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, CEDU e il diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 CEDU*, ritenendo che nella sua portata extraprocessuale penale, il primo possa ricomprendere anche il secondo. A tal riguardo può essere ricordato che la Corte di Strasburgo nel caso *E.B. ed altri c. Austria* (Corte EDU, 7 novembre 2013), in cui i ricorrenti lamentavano la violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU e del diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 CEDU*, in relazione al rifiuto delle autorità austriache di eliminare dal casellario giudiziale le iscrizioni relative alla condanna per un reato previsto da una norma penale successivamente dichiarata incostituzionale e riconosciuta non conforme alla CEDU dalla stessa Corte, ha riconosciuto la violazione di entrambe le disposizioni della Convenzione, proprio in considerazione del grave pregiudizio per le persone interessate che il mantenimento delle iscrizioni avrebbe provocato. Pertanto, iscrivere nel casellario giudiziale un provvedimento di archiviazione, ovvero una sentenza di proscioglimento

Proprio questo profilo mostra i vantaggi di cui, molto probabilmente, avrebbe goduto il nostro ordinamento se l'istituto fosse stato configurato in termini di improcedibilità, così come previsto nell'ordinamento tedesco e austriaco. Tenendo, infatti, a mente quanto analizzato precedentemente, ossia che gli istituti stranieri operano, appunto, sul piano processuale e non su quello sostanziale, può essere utile riportare una sentenza della Corte costituzionale tedesca, la quale ha escluso il contrasto del § 153 StPO con il principio della presunzione di innocenza in virtù della totale assenza di un accertamento di merito, ad eccezione del caso in cui la pronuncia intervenga al termine del dibattimento⁶⁸⁴. È evidente che la natura processuale dell'istituto riesca a metterlo al riparo da possibili censure⁶⁸⁵ in modo più efficace di quanto accada per lo strumento di natura sostanziale ex 131-bis c.p., che, invece, presuppone un giudizio di merito.

D'altro canto, in linea con questa visuale è stata recentemente avanzata dall'Associazione degli studiosi del processo penale (A.S.P.P.) una proposta⁶⁸⁶, tesa a mutare la natura giuridica dell'istituto da causa di non punibilità a causa di improcedibilità, nei seguenti termini: “Art. 344-bis c.p.p. *Irrilevanza sociale del fatto* - 1. L'azione penale non è esercitata se il fatto è socialmente irrilevante. 2. L'irrilevanza sociale ricorre quando il fatto, per le modalità della condotta, l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose e l'occasionalità della stessa, è di particolare tenuità e il procedimento non è compatibile con le esigenze di efficienza dell'amministrazione della giustizia tenuto conto delle attività che comporterebbe nei suoi stati e gradi e delle risorse disponibili»⁶⁸⁷.

L'alternativa come condizione di procedibilità trova giustificazione sia nella scelta di configurare l'irrilevanza sociale del fatto, a livello normativo, come criterio-guida del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e dell'efficienza giudiziaria, sia nella volontà di rendere compatibile l'istituto con le cadenze procedurali, che attualmente impongono in ogni caso la prevalenza del proscioglimento nel merito e il cui accertamento processuale potrebbe pertanto dirsi precluso solo dalla qualificazione della particolare tenuità.

per particolare tenuità del fatto potrebbe comportare seri dubbi di compatibilità con il diritto alla presunzione di innocenza, valutato anche nell'ottica del diritto al rispetto della vita privata.

⁶⁸⁴ BVerfG, 17 novembre 2005- 2 BvR 878/05 (cfr. anche BVerfG, 29 maggio 1990-2 BvR 254/88, in *NJW*, 1990, 2741); al riguardo, Beukelmann, *sub § 153 StPO*, cit.

⁶⁸⁵ È emblematico che la stessa violazione sia stata esclusa anche in relazione al sistema austriaco, in cui nel corso degli anni, come è stato mostrato, lo strumento deflattivo ha subito una trasformazione, (*Strafprozessreformgesetz*, BGBl I Nr. 19/2004) spostandosi dal piano “sostanziale” (§ 42 StGB) a quello “processuale” (§191 StPO): in questo senso v. OGH, 21 maggio 2009, in *AnwBl*, 2010, 61.

⁶⁸⁶ Trattasi di una proposta, in realtà, già avanzata da DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Giust. pen.*, 2010, III, 420 ss.

⁶⁸⁷ Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, *Prime indicazioni per una riforma sistematica del processo penale*, 8 marzo 2019, in *Arch. pen. (web)*, 2019, 1, § X L'interesse all'efficienza giudiziaria tutelato dagli artt. 97 c. 2 e 111 c. 2 Cost. Necessità di modifica dell'art. 131-bis c.p..

Per quanto sia ammirevole lo sforzo di trovare un'alternativa più coerente e convincente, tuttavia, la soluzione non persuade del tutto per una serie di ragioni. In primo luogo, le valutazioni da cui far scaturire la rinuncia all'esercizio dell'azione penale per l'irrelevanza sociale del reato sono intrinsecamente connesse al fatto e, quindi, attenendo necessariamente al merito, sono difficilmente inquadrabili nell'ambito di una condizione di improcedibilità, riguardante, invece, atti o fatti estrinseci alla condotta criminosa. Secondariamente, così impostata, la funzione istituzionale della giurisdizione non sarebbe più quella di ricostruire il fatto e di accertare le relative conseguenze giuridiche, ma, al contrario, di "spegnere la macchina giudiziaria" non appena si appalesi, per la tenuità del fatto commesso, la non applicazione concreta di una pena.

Di conseguenza, al momento è più consono continuare a configurare la particolare tenuità del fatto come una causa di non punibilità, mentre, per il futuro sarebbe apprezzabile sfruttare l'irrelevanza sociale del fatto come un criterio di priorità, stabilito dalla legge e non dall'arbitrio del pubblico ministero, al fine di guidare l'esercizio dell'azione penale.

Di tutt'altro avviso, è, invece, la proposta di legge A.C. 2024, d'iniziativa del deputato Cirielli, presentata alla Camera il 25 luglio 2019, recante "Abrogazione dell'articolo 131-*bis* del codice penale e modifiche al codice di procedura penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"⁶⁸⁸, finalizzata ad eliminare i risultati, nel bene e nel male, raggiunti, attraverso la logica, non condivisibile, del "costruire per distruggere". Il progetto legislativo mira, appunto, ad espungere dal sistema penale l'art. 131-*bis* c.p., poiché ritenuto in contrasto con alcune istanze fondamentali, quali: 1) il principio di uguaglianza, in ragione dell'eccessiva discrezionalità giudiziale che circonda l'applicazione dell'istituto; 2) il principio di obbligatorietà dell'azione penale, il cui mancato esercizio, in presenza di un reato perfetto in tutti i suoi elementi, contrasterebbe con la statuizione costituzionale; 3) le funzioni della pena, da quella general-preventiva a quella retributiva e perfino quella rieducativa, nella misura in cui vanifica l'effettività della sanzione penale, determinando un'autentica concessione a delinquere. La proposta di legge desta parecchie perplessità, soprattutto perché fondata su di una premessa del tutto errata: quella di ritenere l'art. 131-*bis* c.p. espressione di logiche lassiste incentivanti a delinquere "tenuamente", quando, invece, un uso meditato e consapevole dell'istituto permetterebbe l'attuazione del principio di proporzionalità della pena, ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost., valorizzando l'idea per cui il processo penale e l'applicazione della pena non sono risposte adeguate nei confronti di offese ritenute dal giudice particolarmente esigue sulla base dei criteri normativi.

Per non parlare, poi, della incoerenza sottesa al progetto di legge rispetto al dibattito pubblico attuale, impegnato a lamentarsi dell'eccessiva durata del processo e dell'eccessivo numero dei reati che cadono in prescrizione, a procedimento penale in corso.

⁶⁸⁸ La proposta di legge A.C. è consultabile sul sito della Camera dei deputati.

L'eliminazione dell'art. 131-*bis* c.p. dal diritto penale non terrebbe minimamente in conto degli effetti negativi ricadenti sul funzionamento della giustizia, rispetto al quale, attualmente, il meccanismo della causa di non punibilità agisce come una razionale valvola di sfogo. A questo punto, la soluzione più costruttiva, che permetterebbe di dare un effettivo contributo al sistema sanzionatorio penale, sarebbe quella di precisare, in attuazione del principio di determinatezza ex art. 25, co. 2, Cost., gli indici-criteri stabiliti dall'art. 131-*bis* c.p., al fine di arginare la discrezionalità incontrollata del giudice, foriera di ingiuste discriminazioni sul piano applicativo. Sarebbe utile, per prima cosa, rimodulare il criterio edittale di pena a cui ancorare l'applicazione dell'istituto, prevedendo accanto al limite edittale massimo anche un limite minimo di pena, al di sotto del quale i comportamenti delittuosi possono comunque essere considerati di particolare tenuità. Non è, infatti, concepibile che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto non possa trovare applicazione nei confronti di un furto avente ad oggetto una melanzana esposta alla pubblica fede, poiché il codice penale punisce il furto aggravato ex art. 625 c.p. con la pena della reclusione pari nel massimo a sei anni.

Sarebbe auspicabile, in secondo luogo, eliminare dal testo della disposizione le ipotesi presuntive di non particolare offensività, «a dir poco opinabili: alcune superflue (come quelle concernenti i motivi abietti e futili, la crudeltà, le sevizie), alcune di tipo ideologico (dove emerge il bene giuridico della tutela degli animali), altre, per ultimo, concernenti i reati a condotta plurima, reiterata e abituale, in cui campeggia un lessico giuridico che non merita chiosa»⁶⁸⁹. Infine, un ulteriore elemento da definire *ex novo* è, infine, sicuramente l'indice della «non abitualità del comportamento», che, a causa della sua indeterminatezza, si presta a pericolose letture estensive, portando a rendere ancor più ferreo l'effetto ostativo del criterio soggettivo⁶⁹⁰.

3. La sospensione con messa alla prova della pronuncia di condanna.

Il senso di insoddisfazione non cambia rispetto alla sospensione del procedimento con messa alla prova: anzi, nei suoi confronti risultano ancor più consistenti le criticità in ordine al principio di giurisdizione e alla presunzione di non colpevolezza. Essa, trovando applicazione prima ancora che si instauri il dibattimento, si pone come un'alternativa non tanto alla pena, quanto all'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato.

Tirando le somme, dunque, l'istituto *de quo* rappresenta un'opzione al processo penale, e ciò è confermato dall'evidente rapporto di alternatività tra il segmento temporale dedicato allo svolgimento della messa prova e quello dedicato al procedimento penale, essendo il *probation* la causa della sospensione, seppur facoltativa, del procedimento cognitivo: o

⁶⁸⁹ PIERGALLINI, *Pene private e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, cit., 636.

⁶⁹⁰ Nello stesso senso, NISCO, *Il comportamento abituale come condizione ostativa alla non punibilità del fatto tenue: una rassegna critica*, in *Cass. pen.*, 894, il quale ha avanzato plurime riserve sulla legittimità costituzionale della definizione normativa del comportamento abituale.

l'uno o l'altro, i due non possono coesistere⁶⁹¹. Così disciplinata, la sospensione del procedimento con messa alla prova nel giudizio ordinario, trovando applicazione prima ancora che si instauri il dibattimento, si pone come alternativa non alla pena, bensì all'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato.

La normativa italiana, a differenza delle altre forme di *probation* presenti negli altri ordinamenti giuridici, ancora l'applicazione dell'istituto ad una serie di prescrizioni che, tutte tra loro cumulabili, fanno emergere il carattere prettamente sanzionatorio del programma di trattamento, a differenza di quanto avviene in altri Paesi, come l'Austria e la Francia, in cui gli adempimenti richiesti non solo agiscono singolarmente, ma sono anche meno gravosi.

Il progetto trattamentale, inoltre, pur avendo un contenuto maggiormente afflittivo di quello previsto nell'affidamento in prova al servizio sociale - si pensi solo alla obbligatorietà del lavoro di pubblica utilità - non è considerato una sanzione penale, a differenza del secondo, inquadro, ormai pacificamente, come una misura alternativa alla pena detentiva. Ed è proprio qui che emerge la più grande aporia della disciplina normativa: caratterizzato da contenuti assimilabili, nella sostanza, a quelli di una pena, ma trovando applicazione in una fase anticipata rispetto alla eventuale sentenza di condanna, l'istituto prescinde da un vero e proprio accertamento del fatto e della responsabilità dell'agente, con la conseguenza che l'imputato andrà incontro ad un trattamento sanzionatorio, senza, tuttavia, essere destinatario di una dichiarazione di colpevolezza né formale né tanto meno sostanziale.

È sbagliato ritenere che il *probation* nel giudizio ordinario rappresenti un rimedio di tipo clemenziale, non solo a causa della sospensione del decorso del termine prescrizionale del reato, ma anche perché esso determina una rinuncia al "processo" inteso come strumento di accertamento del fatto: senza poi contare che l'esito positivo del programma di trattamento nasconde, sotto la maschera della causa estintiva del reato, la sua vera natura di misura sanzionatoria, alternativa a quella detentiva e/o pecuniaria.

Il consenso dell'imputato, tuttavia, non può supplire la necessità dell'accertamento: assioma confermato qualche anno addietro dalla stessa Corte costituzionale che, in relazione al *probation* minorile, ha sostenuto che il convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato sia un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova⁶⁹².

Premettendo, dunque, l'indubbia natura sanzionatoria dell'ordinanza sospensiva e la mancanza di un accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato, sono inevitabili due osservazioni: 1) nel caso in cui la messa alla prova abbia esito positivo, la successiva declaratoria di estinzione del reato è pronuncia di proscioglimento *sui generis*, attestante

⁶⁹¹ Secondo la distinzione di CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1987, *passim*, trattasi di una sospensione facoltativa del procedimento, a sua volta condizionata dal buon esito della messa alla prova, rimessa alla valutazione discrezionale del giudice: di conseguenza, è imprevedibile l'esito giudiziario, l'unico dato certo è l'esecuzione anticipata della pena

⁶⁹² Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125.

una pena correttamente scontata; 2) viceversa, nel caso di esito negativo, la sospensione si arresta, mentre riprende il procedimento che, in astratto, può concludersi con una sentenza di condanna o di assoluzione, anche se, in concreto, l'ordinanza di messa alla prova rappresenta un'anteprima della sentenza di condanna, considerato che il processo verrà ripreso dallo stesso giudice che ha valutato e accolto la richiesta di *probation* e che, dunque, difficilmente smentirà se stesso per approdare ad una sentenza di assoluzione.

Tale modello mette fortemente in discussione le stesse basi del processo penale, come il principio di legalità ed il principio della presunzione di non colpevolezza, in quanto l'accusato non può subire limitazioni alla sua libertà personale, se non allorché lo stesso venga dichiarato responsabile di un fatto di reato: poco importa, dunque, che il programma trattamentale non venga inquadrato formalmente nell'alveo sanzionatorio, avendo comunque un'indubbia carica afflittiva mascherata dalle "buone intenzioni" rieducative.

I dubbi di legittimità paventati sembrano tutt'altro che peregrini: sarebbe auspicabile sul punto un intervento di "ripristino" da parte del legislatore che, indipendentemente dai futuri pronunciamenti della Corte costituzionale, miri a sanare i denunciati vizi della disciplina vigente e a rendere l'istituto rispettoso dei principi costituzionali, attualmente violati se non addirittura, come nel caso della presunzione di non colpevolezza, radicalmente negati, prendendo - perché no - spunto dalle esperienze più vicine al significato originario di *probation*.

Al fine di superare gli ostacoli interpretativi, c'è chi ha suggerito di codificare una diversa versione dell'istituto: non più come sospensione del processo, bensì come sospensione dell'esecuzione della pena, configurando una nuova ipotesi da affiancarsi a quella tradizionale di cui all'art. 163 c.p. In particolare, la proposta, da un lato, delimita il perimetro al patteggiamento allargato di cui all'art. 444, co. 1, c.p.p., in relazione all'applicazione su richiesta di pene detentive che non superino in concreto i quattro anni di reclusione; dall'altro, subordina la concessione del beneficio alla prognosi che il soggetto si astenga dal commettere nuovi reati e che rispetti le prescrizioni risarcitorie, riparatorie e quelle relative al lavoro di pubblica utilità non retribuito, stabilite con il pubblico ministero⁶⁹³. In quest'ottica, non vi sarebbe alcun ostacolo nel configurare il programma di trattamento come una sanzione penale, atteso che conseguirebbe da una sentenza definitiva di condanna.

Trattasi di una costruzione meritevole, capace non solo di garantire il rispetto del principio di giurisdizione e della presunzione di non colpevolezza, ma anche di incidere su un terreno diverso da quello riservato agli istituti affini, in quanto la nuova sospensione andrebbe ad incidere su reati di gravità media, non rientranti nell'area tradizionalmente riservata alla sospensione condizionale della pena o alla particolare tenuità del fatto.

⁶⁹³ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1303, il quale, al fine di sedare le obiezioni, più che prevedibili, dell'opinione pubblica alla proposta, suggerisce di ancorare la durata della messa alla prova alla pena detentiva sospesa, così da assicurare una sanzione effettivamente afflittiva e proporzionale.

Uscendo dagli schemi classici per percorrere una strada indubbiamente più impervia, ma non per questo da escludere, si potrebbe incentivare l'introduzione nel sistema penale di nuove forme di trattamento in libertà, aventi la funzione di sostituire la pena detentiva eseguita tradizionalmente in regime di internamento. L'idea è quella di importare o, quanto meno, di ispirarsi al *probation* originale dei Paesi anglosassoni, prevedendo un modello di sospensione della pronuncia di condanna, basato sull'astensione condizionale non dell'esecuzione della pena, bensì della condanna, a seguito dell'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato, assicurando un servizio di assistenza sociale nei confronti dell'imputato. Nel dettaglio, il giudice, se accerta che l'imputato è colpevole del fatto del reato ascrittogli, ma non è socialmente pericoloso, può omettere di pronunciare condanna nei suoi confronti, sottoponendo il soggetto ad un'attività di *probation* sotto il controllo di persone qualificate; a seconda dell'esito della prova, il giudice decide definitivamente se dare esecuzione alla sentenza di condanna, oppure esentare il soggetto da ogni sanzione. Non è fantascienza giuridica e la conferma viene proprio dal passato, dove il legislatore italiano era arrivato ad un passo dall'introdurre un simile modello. Si allude, in particolare, all'emendamento al progetto del nuovo codice penale, presentato dal senatore Maris, per l'istituzione della misura di "sospensione sotto prova della pronuncia di condanna". La proposta dava facoltà al giudice di astenersi dal condannare e di stabilire, invece, un periodo di prova da due a cinque anni, durante il quale l'imputato, di cui è stata accertata e riconosciuta la colpevolezza, viene affidato al servizio sociale; inoltre, prevedeva, in caso di esito positivo, la dichiarazione di estinzione del reato, mentre, in caso contrario, la pronuncia di condanna alla pena corrispondente al reato commesso⁶⁹⁴. Trattasi di un'ipotesi concretamente realizzabile e che permetterebbe di restituire un modello di *probation* conforme al principio di giurisdizione e di presunzione di non colpevolezza.

4. Guardare avanti: tutto passa tutto cambia.

Orbene, questo è quanto potrebbe realizzarsi attraverso un intervento settoriale. Ciò, tuttavia, non basterebbe. Così come in un'orchestra occorre non solo accordare ogni singolo strumento, ma anche armonizzare i plurimi suoni in un'unica melodia, anche nel diritto penale e processuale apportare specifiche modifiche ai singoli istituti giuridici non è sufficiente, ma occorre, quanto più possibile, compiere riforme di più ampio respiro.

⁶⁹⁴ Il testo della proposta disciplinava: le condizioni oggettive di applicabilità della misura (per i maggiorenni, che il reato accertato sia punibile, in concreto, con pena detentiva non superiore a due anni o con pena pecuniaria che, convertita, non importerebbe la privazione di libertà per oltre tre anni, mentre per i minori potrebbe essere accordata per qualsiasi reato); le condizioni soggettive (equiparate a quelle che consentono la sospensione condizionale della pena); le modalità della prova (affidamento al servizio sociale, con la fissazione di prescrizioni da parte del giudice di sorveglianza); i casi di revoca della sospensione della condanna, accompagnata dalla irrogazione della pena; la dichiarazione di estinzione del reato, in caso di prova conclusa favorevolmente; gli effetti giuridici della decisione che sospende la pronuncia di condanna (equiparati a quelli del proscioglimento per perdono giudiziale).

Nell'epoca storica del panpenalismo, la tattica da predisporre per confinare gli argini dello straripamento punitivo non può essere l'uso "a casaccio" della categoria della punibilità/non punibilità, in quanto tutto rimarrebbe invariato, come un'eterna lotta contro i mulini a vento. Accrescere in maniera compulsiva il numero degli istituti deflattivi si rivela del tutto inutile se l'opera di ampliamento non è accompagnata da una tecnica normativa fondata sui principi di determinatezza e di prevedibilità, nonché da finalità politico-criminali ispirate ai principi costituzionali.

Occorre puntare alla qualità e non alla quantità.

Se è vero che l'intasamento del diritto penale è legato a doppio filo con la categoria della non punibilità, quest'ultima può essere sì orientata - come è giusto che sia - ad uno scopo deflativo, ma con un andamento cauto e ragionato. La rinuncia statale alla potestà punitiva, al fine di ricevere un consenso sociale su larga scala e la più ampia applicazione nelle aule giudiziarie, necessita di una giustificazione costituzionalmente orientata, e non di un processo penale sommario e presuntivo che mette a repentaglio i diritti e le garanzie dell'imputato attraverso la creazione di modelli processuali differenziati, basati sull'accettazione di una consistente erosione della sfera cognitiva. A quest'ultimo proposito, è tangibile l'esigenza di rimettere un po' "d'ordine e disciplina" in un settore come quello della "punibilità", in cui si sono stratificati, nel corso degli anni, molteplici istituti dai reciproci rapporti non chiari: un riordino che, naturalmente, tenga ben presente il faro orientativo costituito dalla copertura costituzionale di cui debbono essere munite anche le cause di non punibilità⁶⁹⁵.

Le intenzioni originarie sottese agli istituti esaminati erano da apprezzare: tuttavia, nella vita la volontà non basta, ma occorre aggiungere un pizzico di coraggio. Proprio quello che è mancato al legislatore, il quale, se all'inizio del percorso ha mostrato spirito di iniziativa ed ambizione, al momento del traguardo ha, invece, sfoggiato ritrosia e diffidenza nei confronti di meccanismi che avrebbero potuto efficacemente fare la differenza, ma che invece, per come sono stati disciplinati, hanno originato una "diversa punibilità", liberatoria sulle labbra, afflittiva nella mente⁶⁹⁶.

La strada imboccata era quella giusta, ma a volte, per il gusto di arrivare prima e di non incontrare ostacoli, ci si avvale di scorciatoie che, solo in seguito, mostrano il loro lato oscuro. Non è ancora troppo tardi per fermarsi e ritrovare la retta via.

⁶⁹⁵ Così PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019.

⁶⁹⁶ Sul punto, cfr. NOBILI, *L'accusatorio nelle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. del dir.*, 1992, 4/5, 11.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit. 3; AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Studium iuris*, 2015.
- ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il libro dell'anno del diritto 2016*, a cura di GAROFOLI-TREU, Roma, 2016.
- ALBERTI, *Particolare tenuità del fatto: le Sezioni Unite non si pronunceranno (per ora)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2015.
- ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di LUPARIA, Padova, 2015.
- AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida dir.*, n. 15/2015.
- AMATO, *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso delle parti*, in *Guida dir.*, n. 15/2015.
- AMATO, *La messa alla prova vista dal P.m.*, in *Guida al dir.*, 2014, 87,
- AMATO, *Senza fase transitoria operatori del diritto in "crisi di nervi"*, in *Guida Dir.*, n. 15/2015, 46.
- AMATO, *sub art.101*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO-DOMINIONI, III, Milano, 1990.
- AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000.
- ANDREUCCIOLI, *I lavori parlamentari e l'iter di approvazione del decreto legislativo n.28 del 2015*, in *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, a cura di SANTORIELLO, Roma, 2015.
- APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, n. 4/2015.
- APRILE, *Il principio di irrilevanza del fatto nel d.d.l. 4625-bis/C: si profila un ritorno all'aequitas medievale?*, in *Doc, Giust.*, 1998.
- BAUMAN, *Paura liquida*, a cura di BAUMAN, Roma, 2009.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1764.
- BECK, *Weltrisikogesellschaft, Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*, Berlin, 2007, tradu.it *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, 2008.
- BERNASCONI, *La divaricazione funzionale dell'affidamento in prova e l'obsolescenza del modello correzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1315.
- BIFULCO, *Centralità politico-criminale del sistema sanzionatorio*, in *La depenalizzazione*, a cura di CONZ-LEVITA, Roma, 2015.
- BOTTINO, *Principi costituzionale e probation processuale: un contrasto inesistente*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, 16.
- BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 9.

- BOVE, *Reato permanente e concorso formale: non sono comportamenti abituali ma rilevano per la tenuità*, in *il Quotidiano Giuridico*, 3 dicembre 2015.
- BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale, in Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Milano, 1977.
- Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, 1973.
- BRICOLA. *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIV, Torino, 1967
- BRONZO, *Interrogativi sull’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in www.la legislazione penale.eu, 21 settembre 2015.
- BRONZO, *L’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER-MARANDOLA-GARUTI-KALB, II, *Misure cautelari-Indagini preliminari-Giudizio*, a cura di MARANDOLA, Torino, 2015.
- BRUNO, *La riforma della disciplina sanzionatoria*, CONZ-LEVITA, in *La depenalizzazione*, Roma, 2015.
- CAIANELLO, voce *Archiviazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, 2008.
- CALABRETTA, MARI, *La sospensione del procedimento penale (l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Il Penalista*, Milano, 2014, 17.
- CANZIO, *L’oltre ogni ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004.
- 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.
- CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012.
- CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, 189 ss.
- CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Napoli, 2004.
- CAVALIERI, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di GIOSTRA-INSOLERA, Milano, 1998.
- CERCOLA, *Patteggiamento parziale: ancora resistenze dai giudici di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2014, 2581.
- CESARI, *Art. 464-bis c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso, Illuminati, Padova, 2015, 2130.
- CESARI, *artt. 28-29*, in *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano, 2016, 455 ss.
- CESARI, *L’inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza*

processuale. *Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale Atti del Convegno. Bergamo, 24-26 settembre 2010*, Milano, 2013.

CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.

CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1010

CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995.

CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1987

CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, III ed., Milano, 1984.

CHIAVARIO, sub art. 6, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, Padova, 2001.

CIARPI, TURRINI VITA, *Le trasformazioni del probation in Europa*, Roma, 2015.

CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida al dir.*, n. 15/2015.

CONSO, *Tempo e giustizia nel processo penale*, in *Giur.it.*, IV, 1967.

CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Gli Speciali Giur. it.*, 2015, 12.

CONTI, voce *Archiviazione*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di GARUTI, diretto da SPANGHER, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino, 2009.

CORBO-FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della particolare tenuità del fatto*, relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, 2015, 2

CORDERO, *Diatrife sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, a cura di CORDERO, Milano, 1966.

CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Ideologie del processo penale*, a cura di CORDERO, ed. integrata da appendice, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", 1997.

CORDERO, *Merito nel diritto processuale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, rist., Torino, 1995.

CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012.

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.

DE CERVANTES SAAVEDRA, *Don Chisciotte della Mancia*, Madrid, 1605.

DE MARTINO, *Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 ottobre 2013.

DE VERO, *Il dolo e la preterintenzione*, in AA. VV., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di De Vero, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, dir. da PALAZZO-PALIERO, I, Torino, 2010.

DEAN-FONTI, *Archiviazione*, in *Dig. pen.*, Agg. III, I, Torino, 2005.

DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 832.

- DI CHIARA, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di SCALFATI, Padova 2011.
- DI LERNIA, *Sezioni Unite e messa alla prova: criteri per la quantificazione del limite edittale di pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 890.
- DI NICOLA, *Breve introduzione al nuovo istituto della non punibilità del fatto per particolare tenuità*, in *Quest. Giust.*, 16 novembre 2015.
- DI TULLIO D'ELISIIS, *Il rapporto tra l'arresto in flagranza e la particolare tenuità del fatto*, in www.sicurezzaegiustizia.com, 2015.
- DI TULLIO D'ELISIIS, *Non punibilità per tenuità del fatto e strategie processuali*, Roma, 2015.
- DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015.
- DIOTALLEVI, *L'irrilevanza del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Crit. pen.*, 1998.
- DOMINIONI, *Interesse alla prosecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Studi in onore di Mario Pisani, vol. I, Diritto processuale penale*, a cura di CORSO-PERONI, Piacenza, 2010.
- DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, Milano, 2013.
- DONINI, *Il volo attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.
- DONINI, *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003.
- DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.
- DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. pen.*, XIV, Torino, 1999.
- DRESSLER, *Practice and Theory of Probation and Parole*, New York, 1962.
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 268 ss.
- EPIDENDIO, *La particolare tenuità del fatto. Decreto legislativo 16 marzo 2015, n.28.*, Relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, Formazione decentrata di Genova, 7 aprile 2015.
- F. RUGGIERI, *Il procedimento davanti al tribunale monocratico*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, 2000 50 ss.
- FANUELE, *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penale*, Padova, 2012.
- FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 427 ss.
- FASSONE, (voce) *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 783 ss.
- FERRAJOLI, *“L'illusione della sicurezza”*, intervento al Festival del diritto, venerdì 26 settembre 2008.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2008.
- FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, Napoli, 2014.

FERRAJOLI, *Una politica di diritto penale massimo. La questione «sicurezza»*, in *Diritto penale minimo*, a cura di Curi, Palombarini, Roma, 2002.

FERRARO, *La particolare tenuità del fatto tra principi costituzionali ed esigenze di efficienza del sistema*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola, La Regina, Aprati, Napoli, 2015.

FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015.

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, I, Bologna, 2009.

FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.

FIGLIOLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987.

FIGLIOLA, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 71 ss.

FIGLIOLA, *Volontariato quale forma di “riparazione sociale”*, in *Guida al dir.*, 2014, 78.

FIGLIOLA, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, in *Guida al dir.*, 2014, 75.

FIGLIOLA, *L'immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale, I, II, Gli atti*, a cura di DEAN, Torino, 2008.

FIGLIOLA, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Profili procedurali e prime pronunce giurisprudenziali*, in *Quest. Giust.*, 12 giugno 2015.

FIGLIOLA, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto. Profili procedurali e prime pronunce giurisprudenziali*, in www.questionegiustizia.it, 12 giugno 2015.

FRANK, *Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZstW*, 1898.

FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; nonché TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*.

GAETA-MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, nn. 7/8-2015.

GAITO, *Procedibilità (dir. proc. pen)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 816.

GALLUZZO, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in www.treccani.it,¹

GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.

GARAPON-SALAS, *La République pénalisée*, Paris, 1996.

GATTA, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p. e il limite del giudicato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23 novembre 2015.

GATTA, nota a *Le linee guida della Procura di Lanciano*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

GIACONA, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, tra esigenze deflative e di bilanciamento dei principi costituzionali, in *Ind. pen.*, 2016, 56

- GIANNITI, *I reati della stessa indole*, Milano, 1959.
- GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2^a, Torino, 1994.
- GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, *diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. IX, agg. 2001.
- GIUNCHEDI, *In nome della nomofilachia. La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di overruling*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, 1.
- GIUNTA, *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1986.
- GIUNTA, *È possibile che il giudice dell'esecuzione possa revocare la sentenza definitiva che abbia condannato un cittadino per delitti oggi ritenuti "tenui"?*, *Arch. pen. (web)*, 2015, 3.
- GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Crit. dir.*, 2003.
- GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990.
- GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, III, 1981.
- GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, 1, 47.
- GRILLO, relazione tenuta in occasione dell'Incontro di studi su *La deflazione del contenzioso penale negli ultimi interventi di riforma: depenalizzazione o irrilevanza dei fatti inoffensivi?*, Associazione Italiana giovani avvocati, Palermo, 15 aprile, 2015.
- GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 5/2015.
- GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di Curi, Palombarini, Roma, 2002.
- GULLO, *Art. 131-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Gatta, 4^a, 2015.
- GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Quattrococo, Torino, 2015.
- HEMPEL-OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936.
- IACOVELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006.
- KAISER, *Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, 1978.
- KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo*, Torino, 2005.
- KRÜMPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlino, 1966.
- LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflattivo*, Milano, 2017, 279.

- LEOPIZZI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Considerazioni a caldo sul prevedibile impatto della riforma e qualche riflessione de iure condendo*, in *Gius. pen.*, 2014, 617.
- LOSANA, Sub art. 28 d.P.R. 448/88, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, *Leggi collegate*, I, *Il processo minorile*, Torino, 1994, 299.
- MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Arch.pen.*, n. 3/2015.
- MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, 2, 1 ss.
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art.131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015.
- MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4^a, Assago (MI), 2015.
- MANNA, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, 487.
- MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale: le alternative di tutela*, Padova, 1989.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013.
- MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977.
- MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007.
- MARANDOLA, *Declaratoria immediata di cause di non punibilità (obbligo di)*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 2002.
- MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 7.
- MARANDOLA, *Il nuovo obiettivo della giustizia penale: la decongestione endoprocedurale*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola, La Regina, Aprati, Napoli, 2015.
- MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 675.
- MARANDOLA, *Prime applicazioni della particolare tenuità del fatto*, in *Gli Speciali Giur. It.*, 2015.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. aggiornata da DOLCINI E GATTA, Milano, 2015.
- MARTELLA, *Messa alla prova "per adulti": la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015.

MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, in www.archiviviopenale.it, 2015, 1.

MARZADURI, *sub art. 129 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, a cura di CHIAVARIO, Roma, 1990.

MARZADURI, voce *Azione, dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, 1996.

MASTROPAOLO, voce *Danno - Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, 1988.

MAYER, *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege-Ein grundsatzlicher Versuch*, Leipzig, 1922.

MAZZA, GALANTI, PATRONE, *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 2, 162.

MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014.

MAZZA, *Recidiva*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano.

MAZZA, voce *Contraddizione (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014.

MELCHIONDA, MATTEVI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 325.

MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, in *Cass.pen.*, 2006.

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

MENEGHINI, MATTEVI, *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2014, 118.

MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 aprile 2014.

MILONE, *La particolare tenuità del fatto: alcune riflessioni su profili sostanziali della nuova causa di non punibilità, tra obiettivi dichiarati e prime applicazioni*, in *Gli Speciali Giur. It.*, Milano, 2015.

MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

MONACO, *Prospettiva dell'idea dello "scopo" nella teoria del reato*, Napoli, 1984.

MONGILLO, *Il principio di offensività tra costituzionalizzazione e ricodificazione*, in *Giur. Mer.*, 2002.

MONTAGNA, *Procedibilità (condizioni di): b) le singole condizioni di procedibilità*, in *Enc. Dir., Agg.*, II, Milano, 1998.

MURRO, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*, in *Giur. it.*, 2017.

MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016, 64 ss.

- MUZZICA, *Sospensione del processo con messa alla prova e “materia penale”*: tra Corte Edu e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1443.
- NAPPI, *Guida al codice di procedura*, Milano, 2007.
- NEPPI-MODONA, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.
- NEPPI-MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NICOLOSI-TEDESCHI, *La teoria della pena a tempo indeterminato*, Catania, 1905;
- NISCO, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari, La Regina, Mancuso, Roma, 2015.
- O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. cost.*, 2015, 6, 2197.
- O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, I, Milano, 1999, 91 ss.
- ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, 9^a, Milano, 2018, 693.
- ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995.
- PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno*, in *Cass. pen.*, 1989, 1181.
- PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992.
- PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, 15.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.
- PALAZZO, “*Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n.67/2014)*”, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2014.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005.
- PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di CONTI-MARANDOLA-VARRASO, Padova, 2014.
- PALAZZO, *Le difficoltà interpretative degli istituti sostanziali previsti dalla L. n. 67/2014*, in *Gli speciali Giur. It.*, 2015.
- PALIERO, “*Minima non curat praetor*”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di Baccari, La Regina, Mancuso, Padova, 2015.
- PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 99.
- PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zappalà, 2^a, Torino, 2015.
- PAVARINI, *Nuovo revisionismo penale. «Silete poenologi in munere alieno!». Teoria della pena e scienza penalistica*, Bologna, 2006.
- PECORARO-ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967.

- PERONI, *La messa alla prova per adulti nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. pen.*, 2019, 7, 955.
- PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1996.
- PICCICHÉ, *La messa alla prova per adulti alla Consulta*, in *Quest. Giust.*, 10 febbraio 2016, 3.
- PICCIONI, *Per gli avvocati “armi spuntate” nella strategia*, in *Guida. dir.*, 2015, 15.
- PICCIONI, *Tenuità del fatto e non punibilità*, Roma, 2015.
- Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.cortedicassazione.it, 7.
- PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995.
- PISANI, *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998.
- PISANI, *Riflessioni sul tema del ragionevole dubbio*, in *Cass. pen.*, 2007.
- POMANTI, *Esiguità e irrilevanza nella concezione gradualistica del reato*, Roma, 2012.
- POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen.web*, 2015, 2.
- PONGILUPPI, *Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico criminali*, in AA. VV, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2009.
- PULVIRENTI, *Il giudizio e le impugnazioni*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Pennisi, 2^a, Milano, 2012, 390.
- QUATTROCOLO, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell’offesa*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 4.
- QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Napoli, 2004.
- QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di Daniele-Paulesu, Torino, 2015.
- R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 6.
- R. BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 6.
- R. BARTOLI, *L’irrilevanza del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di De Francesco, Venafro, Torino, 2002.
- R. BARTOLI, *L’irrilevanza penale del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2000.
- R. BARTOLI, *L’irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la cd. ipertrofia verticale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2000.
- R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 668.
- R. BARTOLI, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell’adulto*, in *Gli Speciali Giur. it.*, 2015, 9.
- RAFARACI, *Vittime dei reati nella nuova disciplina dell’Unione europea*, in *L’integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni, Savy, Napoli, 2013.

- REMELLI, *Deflazione dibattimentale e parcellizzazione dei riti speciali: un mosaico di difficile composizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 963 ss.
- RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, in *Quaderno n.1 de La Gazzetta Forense*, 2015.
- ROMAGNOLI, *Genesi del diritto penale*, Prato, 1833.
- ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale, II*, Milano, 2005.
- ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992.
- ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1990.
- ROMANO, *Cause di giustificazioni, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990.
- ROMANO, *Sub art. 71*, in *Commentario sistematico codice penale*, a cura di ROMANO, I, artt.1-84, III ed., Milano 2004.
- RONCO, *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Arch.pen. web*, 2014, 2.
- RONCO, *Il reato*, *Commentario sistematico al codice penale, I*, Torino, 2007.
- RONCO, *L'irrelevanza penale del fatto. Verso la depenalizzazione per mano del giudice*, in *Crit. pen.*, 1998.
- ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1966.
- ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in *Kriminologie und Strafverfahren-Kriminologische Gengenwartsfragen*, a cura di GÖPPINGER-KAISER, Berlin, 12, 1976.
- RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010.
- RUSSO, *Ancora sulla tenuità del fatto: novella sfinge*, in *Arch. pen. web*, 2015, 2.
- RUSSO, *D.lgs. 16 marzo 2015, n.28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen. web*, 2015, 1.
- SABATINI, *Reati della stessa indole*, in *Giust. pen.*, 1958.
- SALVADORI, ARATA, *La scommessa "culturale" della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, in *Quest. Gius.*, 17 ottobre 2014.
- SANTALUCIA, *Gli atti preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, vol. IV, tomo II, *Procedimenti speciali, Giudizio, Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di Spangher, Roma, 2009.
- SANTORIELLO, *Commento al d.lgs. 16 marzo 2015, n.28- Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Procedura penale*, a cura di GAITO, Roma, 2015.
- SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Roma, 2015.
- SANTORIELLO, *La non punibilità per la tenuità del fatto: esame delle prime decisioni della Cassazione*, in *Il Quotidiano Giuridico.*, 2015.

SANTORIELLO, *Prime applicazioni della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in www.quotidianogiuridico.it.

SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Nss. Dig. It.*, II, Torino, 1960.

SCACCIANOCE, *La legge delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Triggiani, Torino, 2014.

SCALFATI, *Intervento al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", Processo penale e pena: nuovi equilibri*, Roma 2 luglio 2015, in <http://www.studiosiprocesso penale.it/locandina-e-materiali.html>.

SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n.67/2014*, in *La deflazione giudiziaria*, a cura di Triggiani, Torino, 2015.

SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000.

SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008.

SCOMPARIN, *Sospensione del processo minorile e "messa alla prova": limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, 509.

SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di DE MAGLIE-SEMINA, Milano, 2002.

SERRA, *La causa di non punibilità per "particolare tenuità del fatto" ex art. 131-bis c.p.*, in www.camerapenalenovara.it, 2015.

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

SIGISMONDI, *Reati dolosi e colposi e reati della stessa indole*, in *Scuola pos.*, 1970.

SIRACUSANO, *Gli atti del procedimento*, in *Diritto processuale penale*, a cura di DI CHIARA-PATANÈ-SIRACUSANO, Milano, 2013.

SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali della particolare tenuità del fatto*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di Quattrococo, Torino, 2015.

SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 61

SPANGHER, *L'irrilevanza del fatto*, in *Dir. e giust. min.*, 2015.

SPANGHER, *La particolare del fatto*, in *Studium iuris*, 2015, 6.

SPINELLI, *Prescrizione e lieve entità del fatto: i limiti ai poteri cognitivi del giudice di rinvio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 3.

STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1973.

TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, 1, 23.

TAORMINA, *Archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. pen.*, 2015, 9.

TAORMINA, *L'irrilevanza penale del fatto tra diritto e processo*, in *Giust. pen.*, 1998.

- TAVASSI, *I primi limiti giurisprudenziali alla particolare tenuità del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2015.
- TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, Napoli, 2001.
- TURCO, *I prodromi della riforma*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di TRIGGIANI, Torino, 2015.
- VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982.
- VASSALLI, *La pretesa punitiva*, Torino, 1942.
- VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.
- VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12^a/13^a ed., Berlin, 1903.
- ZACCARO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.questionegiustizia.it, 26 febbraio 2015.
- ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*, Salzburg-München, 1975.