

La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162-ter c.p.

di GIUSEPPE AMARELLI

SOMMARIO: 1. Un ennesimo passo nel lungo cammino del diritto penale premiale. – 2. Il fondamento politico-criminale della nuova causa estintiva del reato ex art. 162-ter c.p. – 2.1. L'inquadramento sistematico: un *faux amis* della giustizia riparativa. – 3. La natura giuridica. – 4. L'ambito oggettivo di operatività: il ridotto novero dei reati procedibili a querela. – 5. I presupposti applicativi: tra ruolo marginale della persona offesa e necessaria riparazione integrale del danno. – 6. Rapporti con istituti analoghi preesistenti. – 7. Profili di diritto intertemporale.

1. Un ennesimo passo nel lungo cammino del diritto penale premiale

Nel diritto penale classico, di derivazione ottocentesca, legato ad una concezione meramente retributiva della pena di marca autoritaria, l'inflizione delle sanzioni comminate dalle norme incriminatrici rappresentava una conseguenza inevitabile e "fisiologica" del reato, reputandosi la punibilità un predicato tendenzialmente imprescindibile dell'illecito penale, plasticamente compendiato nel brocardo *nullum crimen sine poena* (1).

Nella moderna prospettiva teleologicamente orientata agli scopi della pena e, segnatamente, a quelli di rieducazione e reintegrazione sociale del reo, la rigida e indissolubile sequenza reato-pena si è progressivamente infranta (2), risultando in molti casi più desocializzante per l'autore di un illecito penale l'inflizione delle sanzioni minacciate, piuttosto che la rinuncia alla loro irrogazione.

Partendo dall'idea special-preventiva positiva si è arrivati a ritenere plausibile l'introduzione di istitu-

ti di carattere premiale tesi a escludere – a determinate condizioni – la concreta punibilità del reo, soprattutto per quei reati di disvalore secondario che continuano ad essere bulimicamente prodotti dalla nomorrea inarrestabile del nostro legislatore e che, all'opposto, sempre meno trovano effettiva repressione nella prassi giudiziaria.

Anzi, spingendo all'estremo questo discorso si è arrivati, già nell'immediato dopoguerra, a prospettare una consistente sostituzione delle sanzioni penali con misure premiali, sulla base della convinzione che «ricambiare il male col male, nella stessa misura, è la maniera più ovvia, ma non la più vera, per ristabilire il turbato equilibrio: il male si ripara veramente solo col bene. Perciò è da affermare questo principio: al *malum actionis*, costituito dal delitto, deve opporre, come esigenza della giustizia, non tanto un *malum passionis*, secondo l'antica formula, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o ne riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile» (3).

(1) Sul punto si veda, *ex multis*, la ricostruzione di B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *R. it. d. proc. pen.* 1960, p. 669 ss.

(2) Il superamento del reato come fatto necessariamente punibile è analizzato da A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998, *passim*. Per analoghe osservazioni sul processo di attenuazione della corrispondenza biunivoca reato-pena dovuta alla progressiva e continua dilatazione delle ipotesi di non punibilità e per un tentativo di delineare una nuova categoria autonoma nella 'non punibilità', cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p. 410; *Id.*, *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Indice pen.* 2001, p. 1035 ss.; *Id.*, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi* 2003, p. 75 ss.; *Id.*, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale*

tra differenziazione e sussidiarietà, Milano 2004, p. 259 ss. In generale, sulla punibilità v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Milano 2001, p. 655 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *R. it. d. proc. pen.* 1985, p. 399 ss.; G. COCCO, *Punibilità e pene*, 2^a ed., Padova 2015, p. 106 ss; *Id.*, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *www.penalecontemporaneo.it* (26 marzo 2014), p. 1 ss.

(3) Così G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.* 1945, p. 93 s.; anche in *Id.*, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del danno*, Milano 1958, p. 32.

AS

Tuttavia, nella vasta ed eterogenea area della premialità penale che si è venuta gradualmente sviluppando secondo la profezia riduzionista jheringhiana (4), accanto a figure di dubbia razionalità e difficile riducibilità agli scopi della sanzione criminale, frutto di politiche emergenziali o meramente opportunistiche – quali, ad esempio, le ipotesi di giustizia negoziata (5) e le altre figure premiali scisse dalla ricomposizione dell'offesa al bene giuridico, come i condoni dettati da esigenze di cassa dello Stato (6) – a partire dagli anni Novanta si è andata incrementando la sottocategoria delle ipotesi speciali di non punibilità sopravvenuta. Negli ultimi due decenni, il legislatore – invertendo la rotta rispetto al passato – ha puntato con crescente convinzione su cause di esenzione della pena imperniate su contro-condotte del reo *post patratum crimen* e di contenuto riparatorio rispetto all'offesa arrecata dal precedente reato e, quindi, teleologicamente complementari alle norme incriminatrici violate (7). Sempre più spesso si è fatto ricorso ad ipotesi di esclusione della punibilità che subordinano la possibilità di non applicare le sanzioni minacciate alla realizzazione tempestiva e concreta di prestazioni ristorative del reo (8) e che hanno di mira, piuttosto che la riaffermazione della cogenza del precetto primario violato attraverso l'irrogazione della pena edittale, l'eliminazione o attenuazione dell'evento dannoso o (prevalentemente) pericoloso causato dalla precedente condotta criminosa; tuttavia, non si è arrivati quasi mai a condizionare la loro operatività alla composizione del conflitto generato dal reato attraverso l'avvicinamento tra autore e vittima al di fuori del processo penale

e tramite l'ausilio di un mediatore terzo secondo il distinto modello di giustizia riparativa-conciliativa (la c.d. *restorative justice*).

Più in particolare, in principio, nell'originario impianto della parte speciale del codice penale del 1930, le rare ipotesi di questo genere contemplate dal legislatore – quali, ad esempio, la ritrattazione delle false dichiarazioni procedurali di cui all'art. 376 c.p.; l'impedimento della contraffazione, dell'alterazione, della fabbricazione o della circolazione di valori di cui all'art. 463 c.p.; il ritiro dell'adunata sediziosa ex art. 655 c.p.; la costituzione in carcere dell'evaso ex art. 385 c.p. – costituivano deroghe eccezionali rispetto alla disciplina generale riservata alle condotte *post-fatto* dalla circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6 c.p.

Successivamente, in tempi più recenti, altri istituti di analoga ispirazione, ma dotati di procedure molto più articolate, sono stati proficuamente impiegati in alcuni comparti del diritto penale complementare, a partire dall'archetipico meccanismo previsto per il diritto penale del lavoro dagli artt. 19 ss., d. legisl. n. 758 del 1994, cui si sono poi uniformati quello adottato nel processo dinanzi al giudice di pace di cui all'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000 e tanti altri ancora, fino alla recente procedura estintiva approntata nel 2015 per le contravvenzioni in materia ambientale negli artt. 318-bis e ss. del testo unico ambientale (9), a quella leggermente diversa coniata con l'art. 13, d. legisl. n. 158 del 2015 per i reati tributari e alla riforma ferma al momento al vaglio del legislatore in materia di reati agroalimentari (10).

AS

(4) In argomento si rinvia a F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA (a cura di), *Franco Bricola. Scritti di diritto penale. Dottrine generali teoria del reato e sistema sanzionatorio*, vol. I, tomo II, Milano 1997, p. 1457 ss.; ID., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, ivi, p. 1407 ss.; AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano 1983, p. 37 ss.; AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano 1987; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *R. it. d. proc. pen.* 1987, p. 398 ss.; ID., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, ivi 1981, p. 529 ss.; E. RESTA, *Diritto penale premiale e "nuove" strategie di controllo sociale*, in *Dei delitti e delle pene* 1983, p. 41 ss.; C.E. PALIERO, *Minima non curata praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, spec. p. 131 ss.; A. ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli 2008, p. 171 ss.; nonché, da un punto di vista della filosofia del diritto a N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, p. 80 ss.

(5) L'abuso della legislazione premiale è stato segnalato da T. PADOVANI, *Il traffico di indulgenze*, cit., p. 398 ss.; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002, *passim*; AA.VV., *La giustizia negoziata. Dalla bottega al mercato*

globale, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998.

(6) G. INSOLERA, *I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni*, in *R. it. d. proc. pen.* 1994, p. 1304 ss.; V. MAIELLO, *Condono edilizio e limiti costituzionali alla remissione sanzionatoria: la Consulta continua a deludere*, ivi 2004, p. 1234 ss.; C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, "indultino": forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *R. trim. d. pen. econ.* 2004, p. 225.

(7) Sulla necessità di reinterpretare anche l'area della non punibilità – in particolare, quella della c.d. clemenza collettiva – in una prospettiva teleologicamente orientata rispetto al piano delle funzioni della pena costituzionalmente scandite si v. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli 2007, p. 353 ss.

(8) In argomento si rinvia per approfondimenti a D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano 1999, spec. p. 525 ss.; S. FIORE, *La condotta susseguente al reato: spunti sistematici e politico-criminali*, in *Arch. pen.* 1989, p. 127 ss.; nonché, sia consentito, al nostro *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli 2008, p. 29 ss.

(9) A. MANNA, A CURA DI, *Il nuovo diritto penale ambientale*, Roma 2016, p. 177 ss.

(10) C. CUPELLI, *La riforma dei reati in materia agroalimentare:*

La nuovissima causa di estinzione del reato per condotte riparatorie, varata nell'ambito della più ampia e controversa riforma Orlando dall'art. 1 della l. 23 giugno 2017, n. 103 di cui costituisce il profilo sostanziale più rilevante (unitamente alla novellata disciplina della prescrizione), ed entrata in vigore il 3 agosto (11), si inserisce nell'alveo di questa seconda collaudata tendenza politico-criminale, andando ad ingrossare le fila delle ipotesi di non punibilità sopravvenuta caratterizzate da condotte *post-fatto* del reo di contenuto ristorativo, anche se con una sostanziale differenza: diversamente da tutte le altre figure del passato, l'art. 162-ter c.p. rappresenta un istituto di portata generale e non settoriale, dotato, peraltro, di taluni profili peculiari che finiscono per avvolgerlo di un velo di opacità, allungando – come si vedrà – ombre sulla sua futura effettività.

Sul versante dell'inquadramento sistematico si può poi osservare come la nuova causa estintiva si sia andata a innestare, completandolo, in un disegno politico-criminale che, nel corso degli anni, si è andato gradualmente definendo nel nostro sistema penale e che ha portato a concepire una serie di strumenti in grado di degradare i fatti penalmente rilevanti (o la loro risposta sanzionatoria) in base alla loro effettiva portata lesiva. Il "reato riparato" si affianca, infatti, al delitto tentato immaginato in principio dal codice penale del 1930 nell'art. 56 c.p.; al reato inoffensivo ai sensi dell'art. 49, comma 2, c.p. delineato dall'attività ermeneutica della dottrina e della giurisprudenza; al "reato esiguo" di recente introdotto nel 2015 nell'art. 131-bis c.p. (12).

2. Il fondamento politico-criminale della nuova causa estintiva del reato ex art. 162-ter c.p.

La ragione ispiratrice della nuova causa estintiva può essere rinvenuta nel principio dell'*extrema ratio* del diritto penale (13) e della sussidiarietà-necessarietà "secondaria" (14), dal momento che il

suo scopo è non punire quei reati che, pur già consumati, siano stati tempestivamente riparati tramite una condotta "opposta" del reo volta ad elidene o attenuarne le conseguenze dannose o pericolose e a consentire la salvaguardia, sia pure tardiva e *in extremis*, del bene giuridico protetto.

Questa nuova causa di non punibilità, infatti, contribuisce a realizzare l'obiettivo ideale della "riduzione" del diritto penale, incidendo piuttosto che sul momento genetico-legislativo di produzione delle norme incriminatrici tramite l'abrogazione di quelle concernenti fatti di scarsa o blanda offensività (c.d. decriminalizzazione in astratto di recente realizzata con i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016), su quello successivo applicativo-giudiziario: essa, cioè, lasciando intaccata l'area dei fatti penalmente rilevanti, consente di realizzare una sorta di "depenalizzazione in concreto" di quelle condotte che, grazie al comportamento susseguente del reo, risultino *ex post* prive di portata lesiva per l'interesse individuale della persona offesa inciso dal reato. Più precisamente, in un'ottica di tipo "premiale-oggettivo", la rinuncia a punire è subordinata alla necessaria efficienza causale del contro-comportamento del reo rispetto al risultato positivo che deve essere sempre raggiunto (*i.e.*: non è sufficiente attivarsi nel tentativo di risarcire la vittima ed elidere le conseguenze della propria condotta precedente; si deve necessariamente ristorarla integralmente e, dove possibile, annullare effettivamente gli effetti dannosi): solo a tali condizioni la condotta riparativa concorre, invero – alla stessa stregua dell'utilizzo parsimonioso e ponderato delle fattispecie incriminatrici –, a realizzare il principio di sussidiarietà dell'intervento penale in via secondaria, limitando l'applicazione delle sanzioni criminali ai soli casi strettamente necessari.

In secondo luogo, la riparazione del reato sembra anche funzionale a garantire una più efficace implementazione della funzione rieducativa della pena descritta dall'art. 27, comma 3, Cost. (15) e del principio di proporzionalità della stessa desumibile

la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi, in *D. agr.* 2016, p. 47 ss.

(11) Per un primo commento complessivo di entrambi i versanti della riforma, quello sostanziale e quello processuale, si rinvia a G. SPANGHER (a cura di,) *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Roma 2017, *passim*.

(12) Prima della riforma, aveva espresso l'auspicio della introduzione di una disciplina specifica per il c.d. 'reato riparato', sebbene come mera ipotesi attenuata di reato piuttosto che come causa di non punibilità, M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.* 2015, p. 240.

(13) Sulla necessità di improntare la riforma del diritto penale al canone dell'*extrema ratio* cfr. anche G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale*, in *R. it. d. proc. pen.* 2013, p. 1654 ss.

(14) M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., p. 75 ss.

(15) Per una rilettura in chiave teleologicamente orientata agli scopi della pena dell'intero sistema penale cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 7 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, vol. I, cit., p. 637 ss.); S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, p. 17 ss.

AS

dall'art. 3 Cost. e, più esplicitamente, dall'art. 49, § 3, Carta di Nizza, e, da ultimo, ribadito dalla Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 236 del 2016 (16): non si vede come potrebbe soddisfare tali finalità una pena irrogata nei confronti di un individuo che, dopo aver commesso un illecito penale di secondaria gravità avverso un interesse individuale risarcibile, lo abbia prontamente riparato, elidendo così il danno arrecato alla vittima. Al contrario, la sua effettiva inflizione rischierebbe di apparire irragionevole e sproporzionata, poiché andrebbe a sanzionare una condotta di un soggetto ravveduto che, seppure *ex post* – ed entro – il momento di apertura del dibattimento, risulta priva di conseguenze offensive per l'interesse protetto. In questi casi, a ragionare diversamente, si correrebbe il rischio di applicare pene percepite come ingiuste tanto dal singolo destinatario, quanto dall'intera collettività, generando così – unitamente ad effetti desocializzanti per il reo – un diffuso senso di disorientamento nei confronti delle valutazioni politico-criminali dell'ordinamento giuridico a discapito, quindi, anche della funzione general-preventiva positiva della pena. Nondimeno, si deve osservare che, però, a causa dello scarso spazio dedicato alla persona offesa, questa ipotesi estintiva rischia di non soddisfare le predette istanze politico-criminali finendo, all'opposto, per frustrarle, soprattutto per i rei con ampia disponibilità economica: rispetto a tali tipologie di soggetti attivi, l'art. 162-ter c.p., infatti – più che tendere alla rieducazione – potrebbe trasmettere il messaggio opposto dell'indifferenza nei confronti del fatto commesso grazie alla sua agevole “monetizzabilità”.

In ultimo, ma non certo per ordine di importanza, la nuova causa estintiva risponde anche a finalità più schiettamente processuali, quali la deflazione del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria, la garanzia della ragionevole durata del processo penale e l'attuazione del principio/diritto del giusto processo.

Come esplicitamente enunciato nella relazione di accompagnamento al d.d.l. C. 4368 presentato alla

Camera, l'istituto è, difatti, concepito allo scopo di evitare di congestionare i ruoli dei tribunali con la celebrazione di riti finalizzati ad accertare la commissione di fatti lesivi di interessi privati il cui disvalore offensivo sia stato concretamente annullato dalla condotta riparatoria del reo (17). Anzi, proprio l'obiettivo della deflazione processuale sembra aver avuto un ruolo trainante nel varo dell'art. 162-ter c.p., a dispetto, invece, di quanto avvenuto per riforme di segno analogo come, ad esempio, quella del 2015 relativa alla particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p. (18).

Tuttavia, seppure le esigenze di celerità e alleggerimento dei carichi giudiziari siano fortemente percepite nell'eco di questa riforma, si profila l'eventualità di non vederle soddisfatte: la causa estintiva in esame, essendo parametrata unicamente su reati procedibili a querela di parte, finisce con l'avere lo stesso bacino applicativo della remissione di querela e, dunque, per non garantire un effettivo decongestionamento dei ruoli giudiziari, se non per quei reati in cui il risarcimento offerto dal reo non sia stato ritenuto congruo dalla persona offesa che abbia persistito nel non rimettere la querela.

Anzi, rischia di produrre un effetto paradosso non considerato: la persona offesa, piuttosto che rimettere la querela, potrebbe oggi avere maggiore interesse ad ottenere l'estinzione del reato per riparazione del reato *ex art.* 162-ter c.p. in sede giudiziaria, in quanto ciò le consentirebbe di vedere soddisfatte in maniera probabilmente più appagante le sue pretese risarcitorie. In alternativa, potrebbe anche registrarsi una strumentalizzazione dell'art. 162-ter c.p. in fase di trattative extra-giudiziarie tra autore e vittima per aumentare il “controprezzo” necessario per la remissione di querela.

2.1. L'inquadramento sistematico: un faux amis della giustizia riparativa

Una valutazione superficiale e istintiva del nuovo art. 162-ter c.p., incentrata sul dato nominalistico della rubrica e sull'aspetto più eclatante della ristorazione del danno, potrebbero indurre ad associarla

(16) Sul crescente rilievo attribuito al principio di proporzionalità sul versante delle comminatorie edittali cfr. D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *www.penalecontemporaneo.it* (13 febbraio 2017), p. 1 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *R. it. d. proc. pen.* 2016, p. 1956 ss.; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, *ivi*, p. 1427 ss.

(17) Nella relazione consultabile nella sezione Atti Parla-

mentari – Disegni di legge e relazioni al d.d.l. 23 dicembre 2014, n. 2798, in *www.camera.it*, è enunciato che lo scopo del nuovo istituto è quello di «recuperare i tempi ragionevoli del processo penale, nel rispetto del giusto processo e senza determinare la dispersione di alcuna garanzia».

(18) Sulla prevalenza di finalità sostanziali nell'art. 131-bis c.p. sia consentito rinviare al nostro *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis* (Prima parte), in questa *Rivista* 2015, p. 980 ss.

alla nuova e costruenda area della giustizia riparativa.

In realtà, le cose stanno diversamente, condividendo questa ipotesi estintiva solo uno dei tanti caratteri di tale innovativo paradigma premiale.

Rispetto al modello ideale di *restorative justice*, che sempre maggiori attenzioni riscuote anche presso gli operatori del diritto (19), mancano, invero, una serie di requisiti e prerogative essenziali (20), quali: un pieno coinvolgimento della persona offesa dal reato (21); un percorso dialogico di mediazione tra reo e vittima affidato ad un terzo imparziale volto a ricomporre la frattura causata dal reato (22); un tentativo di responsabilizzazione del reo ecc... In tale caso, la persona offesa può unicamente essere sentita, ma non ha alcun potere di veto o opposizione rispetto alla decisione del giudice che ritenga, sulla base del proprio libero convincimento, congrua la proposta risarcitoria del reo, né alcuna possibilità di dialogo conciliativo e (ri)costruttivo con quest'ultimo. Al contrario, quindi, ciò che conta ai fini della riparazione del reato è il solo profilo economico/patrimoniale, a prescindere da ulteriori e più elevate esigenze di riparazione del conflitto tipiche della giustizia riparativa, come dimostra il fatto che l'unico potere di cui è fornito il giudice è quello di valutare la serietà dell'offerta reale e la congruità della somma offerta.

Si può allora dire che l'unico dato in comune sia la riparazione oggettiva delle conseguenze del reato, ma tutti gli altri profili di disciplina contribuiscono a rendere il nuovo art. 162-ter c.p. ipotesi estranea alla logica *stricto sensu* riparativa/conciliativa.

Nondimeno, questa causa estintiva non può essere associata neanche alle altre ipotesi premiali del recente passato prima richiamate, vale a dire quelle incentrate su condotte *post-fatto* del reo in grado di annullare la portata offensiva del reato precedentemente commesso, presentando caratteristiche peculiari che la connotano in termini originali e sensibilmente differenti.

Il legislatore ha, infatti, ancorato la nuova causa estintiva di portata generale ai soli reati procedibili a querela di parte e, quindi, a reati con una vittima identificata, portatrice di un interesse giuridico in-

dividuale, basandosi sull'idea che la potestà punitiva statale possa arretrare laddove ci si trovi al cospetto di illeciti penali dotati di una dimensione meramente 'privata' e risarcibile.

Al contrario, invece, i modelli *standard* di estinzione per riparazione del danno sinora impiegati nei vari comparti del diritto penale complementare hanno sempre riguardato illeciti penali di pericolo astratto/presunto posti a tutela di beni giuridici di carattere diffuso o pubblico-collettivo (la salute e sicurezza sul lavoro; il paesaggio; l'ambiente ecc...), in relazione ai quali l'autorità ispettiva aveva un ruolo propulsivo centrale tramite il sistema delle prescrizioni impartite al contravventore, con l'unica eccezione del penale tributario in cui, invece, si dà risalto esclusivamente all'integrale estinzione del debito fiscale.

Sia le originarie fattispecie codicistiche, quali ad esempio la ritrattazione, che molto più espressamente i nuovi meccanismi premiali del penale del lavoro e del penale dell'ambiente, si riferiscono a reati di mera condotta di pericolo astratto in cui non si è ancora prodotto alcun evento lesivo concreto del bene giuridico di natura non individuale e la condotta riparatoria del reo (volontaria nel caso dell'art. 376 c.p., condizionata dalle prescrizioni negli altri) riesce ad eliminare la situazione di "rischio potenziale" innescata dalla condotta precedente. Così, ad esempio, nella falsa testimonianza, la ritrattazione opera solo quando sia intervenuta prima della chiusura del dibattimento, quando cioè la falsa dichiarazione sia già stata resa ma non abbia ancora generato effetti negativi sul corretto andamento dell'attività giudiziaria; nelle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, il meccanismo premiale può essere attivato unicamente quando la condotta *ex post* del reo impartita dall'autorità ispettiva abbia rimosso, in ossequio alle prescrizioni, le fonti di pericolo per il bene collettivo tutelato.

Orbene, l'aver individuato in questo caso l'ambito di operatività dell'art. 162-ter c.p. prescindendo dalla settoriale esigenza di tutelare in *extremis* un certo bene giuridico di carattere collettivo/statale, e facendo altresì ricorso al parametro della procedi-

(19) V. BOVE – R. MUZZICA, *La giustizia riparativa: uno strumento (anche) per il Tribunale ordinario di merito?*, in A. SCALFATI (a cura di) *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità*, Roma 2016, p. 41 ss.

(20) Sui rapporti tra giustizia riparativa e diritto penale, cfr. M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, voce *Giustizia riparativa* (Restorative Justice), in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Torino 2010, p. 423 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano 2003; G. MANNOZZI –

G. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015.

(21) E. MEZZETTI, *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *C. pen.* 2016, p. 3094 ss.

(22) M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, voce *Mediazione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Torino 2010, p. 547 ss.

bilità a querela da parte della vittima titolare del bene giuridico offeso dalla condotta del reo, ha di fatto segnato una trasfigurazione dell'istituto: la nuova causa estintiva di portata generale non è più strumento di tutela prorogata di un certo interesse giuridico super-individuale di particolare rilevanza, bensì degrada a mero strumento di deflazione processuale che consente di non punire reati lesivi di interessi individuali di una persona offesa in carne e ossa in presenza di un risarcimento del danno ritenuto congruo dal giudice, anche in caso di mancata accettazione o, anche, esplicito dissenso, della persona offesa (aspetto quest'ultimo che mortifica il ruolo della vittima, riducendo il suo già blando potere di negoziazione).

Per uscire da questo guado concettuale, una simile peculiare colorazione dell'ipotesi estintiva ex art. 162-ter c.p. avrebbe dovuto inevitabilmente riflettersi anche sulla sua disciplina, inducendo il legislatore a non incentrarla – sulla falsariga delle altre – sulle sole condotte riparatorie unilaterali del reo, ma dando risalto, con una disciplina più articolata, anche a procedure conciliative ispirate al diverso e moderno paradigma della giustizia riparativa di cui si diceva in precedenza.

Risulta, invero, poco razionale concepire la possibilità di estinguere un reato con vittima identificata e lesivo di interessi giuridici personali prescindendo da un diretto coinvolgimento della persona offesa e da un tentativo di mediazione.

Proprio tali carenze sul versante della conciliazione tra le parti costituiscono, con ogni probabilità, il difetto congenito più evidente della riforma che da un punto di vista dogmatico non ne consente un agevole inquadramento sistematico e, soprattutto, da un punto di vista pratico-applicativo potrebbe pregiudicarne le altrimenti interessanti potenzialità deflative.

3. La natura giuridica

Nessun dubbio sembra sorgere, invece, circa la natura giuridica della ipotesi estintiva in esame.

La decisione del legislatore di inserire la nuova causa di non punibilità nella sede codicistica formalmente preposta ad accogliere le cause di estinzione del reato, unitamente alla denominazione esplicita della rubrica dell'art. 162-ter c.p. e alla terminologia univoca impiegata nel corpo dell'arti-

colo con la locuzione «dichiara estinto il reato», indicano in maniera incontrovertibile che si tratta di un'ipotesi di non punibilità di tipo sostanziale (23).

La chiarezza del linguaggio normativo consente così di superare tutti quei dubbi che, invece, hanno di recente avvolto istituti di ispirazione deflattiva analoga come la messa alla prova degli adulti di cui all'art. 168-bis c.p. e la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., oltre ad inquadrare il nuovo istituto nel *numerus clausus* delle cause estintive del reato e, quindi, a conferirgli natura presuntivamente soggettiva secondo quanto previsto dalla disciplina specifica per esse espressamente contemplata nel codice.

Ciò significa, ad esempio, che per quanto concerne il concorso eventuale di persone nel reato non si dovrà verificare in concreto la natura soggettiva o oggettiva della nuova ipotesi di non punibilità per stabilire se debba trovare applicazione il primo o il comma 2 dell'art. 119 c.p. che disciplina tale possibilità per le cause di non punibilità e, quindi, se si possa estendere o meno agli altri correi. In forza della speciale e univoca disciplina dettata dall'art. 182 c.p. per le sole cause estintive del reato – in base alla quale i loro effetti valgono unicamente per coloro ai quali esse si riferiscono «salvo che la legge disponga altrimenti» – risulta, invero, chiara la sua natura soggettiva, mancando nell'art. 162-ter c.p. un'esplicita disposizione derogatoria.

A sostegno della natura soggettiva sembra deporre anche l'espressa previsione dell'adempimento personale della riparazione da parte dell'imputato che pare legare la non punibilità al personale ravvedimento del reo espresso dalla contro-condotta risarcitoria e alla sua minore pericolosità sociale (24). Se non fosse così si frustrerebbe l'obiettivo rieducativo cui tende la pena, finendo con il concedere un beneficio premiale consistente anche a chi abbia dimostrato indifferenza rispetto al danno arrecato con il reato precedentemente commesso e assenza di atteggiamenti sintomatici di una avvenuta risocializzazione.

Tale scelta legislativa, in realtà, non appare pienamente convincente, dal momento che se la rinuncia alla pena si fonda su ragioni oggettive quali l'effettivo annullamento dell'offesa al bene giuridico tutelato e il risarcimento del danno arrecato all'in-

(23) R.G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni* de iure condito, in www.questionegiustizia.it.

(24) In tal senso cfr. O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando*, Roma 2017, p. 48.

teresse privato della vittima, non estendere gli effetti ai concorrenti finisce con il produrre la potenziale conseguenza di celebrare un processo penale unicamente per accertare eventuali responsabilità penali dei correi in un reato che, però, è già estinto grazie alla condotta ristorativa del reo, valutata congrua dal giudice.

4.L'ambito oggettivo di operatività: il ridotto novero dei reati procedibili a querela

Concentrando ora lo sguardo sulla disciplina della nuova causa estintiva del reato riparato modellata sulla scorta delle indicazioni provenienti da una parte della dottrina penalistica (25), il primo dato che emerge è la sua continuità con un istituto testato nel recente passato dal legislatore nel ridotto e secondario ambito del processo penale dinanzi al giudice di pace: l'art. 162-ter c.p., infatti, pare costituire una parafrasi razionalizzata del meccanismo già sperimentato nel settore della giustizia penale onoraria e disciplinato dall'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000 (26).

Al di là di queste notazioni di carattere generale che ribadiscono una volta di più il ruolo di laboratori sperimentali ricoperto dal diritto penale onorario e dal diritto penale minorile, occorre ora soffermare l'attenzione sulla struttura della nuova causa di non punibilità e sui suoi presupposti applicativi, prendendo le mosse dal dato oggettivo principale a cui già si è inevitabilmente accennato nel paragrafo precedente, vale a dire la tipologia di reati a cui si può applicare.

Ebbene, l'ambito di operatività di questa ipotesi di estinzione dell'illecito penale, a differenza di quanto avvenuto per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., non è stato delineato tramite il riferimento ad un limite edittale di pena minimo o massimo, bensì – con una scelta decisamente più opinabile – con il generico rinvio ai reati procedibili a querela soggetta a remissione. Ciò significa che nelle intenzioni del legislatore tale fattispecie può trovare applicazione unicamente nei con-

fronti di quegli illeciti penali che realizzano un'offesa ad interessi giuridici individuali di esclusiva disponibilità del titolare, nei rari casi in cui quest'ultimo, pur risarcito, non abbia desistito dal rimettere la querela e abbia, al contrario, persistito nella sua volontà punitiva. Se così sarà, il nuovo istituto avrà scarsa o nulla applicazione, più o meno come il suo antecedente di cui all'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000, salvo l'ipotesi in cui – come si anticipava in precedenza – la persona offesa non lo strumentalizzi preferendolo alla rimessione di querela per lucrare un'offerta risarcitoria migliore.

Ad avviso di una parte della dottrina, una simile opzione risulta poco convincente, poiché esclude inderogabilmente dal novero dei reati estinguibili mediante riparazione integrale del danno sia taluni reati perseguibili d'ufficio di disvalore non particolarmente elevato, rispetto ai quali la riparazione avrebbe potuto sortire interessanti effetti deflattivi (alcuni delitti contro il patrimonio), ma anche alcuni illeciti penali di analogo tenore procedibili a querela irretrattabile (27). Va tuttavia rilevato che l'aggancio ai limiti edittali di pena avrebbe probabilmente allargato la piattaforma dei reati compatibili, ma non avrebbe ugualmente consentito (se fissato nel limite dei 4 o 5 anni che, di recente, è stato impiegato per la messa alla prova e la particolare tenuità del fatto) di comprendervi anche taluni delitti contro il patrimonio potenzialmente estinguibili con il mero risarcimento del danno.

Probabilmente, per individuare in maniera più razionale il bacino di fattispecie non punibili tramite condotte riparatorie, sarebbe stato opportuno procedere ad una contestuale riorganizzazione complessiva dei reati procedibili d'ufficio, riducendone significativamente il numero, ipotesi, questa, ancora, al momento, al vaglio del legislatore in un'ottica *de iure condendo*.

In sede di approvazione del d.d.l. recante l'art. 162-ter c.p. è stata, infatti, stralciata la parte del progetto di riforma che estendeva il raggio d'azione del reato riparato anche ad un congruo numero di

(25) Sulla possibilità di aprire le porte del diritto penale al risarcimento del danno si veda nella letteratura *ante* riforma C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *R. it. d. proc. pen.* 1987, p. 3 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 165 ss.; A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, Padova 1989, p. 682 ss.

(26) R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA – G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino 2001, p. 378 ss.; S. GUERRA, *L'estin-*

zione del reato conseguente a condotte riparatorie, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova 2001, p. 504 ss.; N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI – G. SPANGHER, (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa*, Milano 2002, p. 266 ss.

(27) R.G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit.; O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 47 ss.; D.N. CASCIANI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: un esempio di "ristorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. pen.* 2017, 2, p. 6.

delitti contro il patrimonio procedibili d'ufficio indicato nell'art. 649-bis c.p., quali quelli rubricati dagli artt. 624 c.p., nei casi aggravati dal comma 1 dell'art. 625 c.p. ai numeri 2, 4, 6, 8-bis; nonché ai delitti di cui agli artt. 636 e 638 c.p. Tuttavia, secondo quanto previsto dalla delega conferita al Governo con la stessa legge n. 103 del 2017, c'è la possibilità fino al prossimo 3 agosto 2018 di adottare dei decreti legislativi modificativi delle condizioni di procedibilità e di estendere la querela di parte a larga parte dei reati contro il patrimonio, nonché ad alcuni contro la persona per cui è prevista una pena fino a quattro anni, esclusa la violenza privata, facendo sempre salva la procedibilità d'ufficio qualora sussista una delle seguenti condizioni: persona offesa incapace per età o infermità; circostanze aggravanti ad effetto speciale o quelle indicate dall'art. 339 c.p.; danno patrimoniale arrecato alla persona offesa particolarmente grave.

Peraltro, in un'ottica di lungo periodo sarebbe opportuno estendere il perimetro dell'art. 162-ter c.p. a tutte le contravvenzioni non obblabili.

Nelle more, proprio su tale versante sono sorte le prime discrasie ermeneutiche con specifico riferimento al delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p.

Immediatamente dopo il varo della riforma, una parte dell'opinione pubblica, cavalcando l'onda del populismo penale, ha denunciato con enfasi un suo preoccupante effetto paradossale: la depenalizzazione del reato di *stalking*. Ad avviso di taluni primi commentatori, la causa estintiva del reato riparato consentirebbe all'autore di questo odioso illecito penale di beneficiare dell'esonero dalla pena in cambio di una riparazione del danno causato a prescindere dalla mediazione o almeno dal consenso della vittima, determinando così una sostanziale decriminalizzazione dell'art. 612-bis c.p. (28).

Par contre, i fautori della riforma hanno reagito con analogo vigore a tali obiezioni bollandole come *fake news* foriere di timori del tutto infondati: a loro avviso l'art. 162-ter c.p. non ha realizzato alcuna depenalizzazione strisciante del delitto di atti persecutori, consentendo unicamente – dietro attento vaglio del giudice e del p.m. – di estinguere i fatti di minore allarme sociale. Nei casi più gravi e maggiormente frequenti, infatti, il comma 2 dell'art. 612-bis c.p. vieta la remissione della querela e

prevede l'espressa procedibilità d'ufficio, eliminando così in radice il rischio di un'estinzione per riparazione (29).

In realtà, la verità sembra essere nel mezzo. Ed infatti se è vero che la nuova causa estintiva non può applicarsi ai casi più rilevanti di atti persecutori caratterizzati dalla reiterazione di minacce e dall'essere rivolti contro minori o disabili, è altrettanto vero che, non potendo essere invocati ostacoli di carattere concettuale, quali ad esempio la non riparabilità di un'offesa ad un bene fondamentale come la libertà di autodeterminazione della propria vita privata, residuano spazi per la sua operatività nei confronti dei casi lievi tutt'altro che sporadici, sicché i timori di una bagatelizzazione e monetizzazione di questo reato non sono del tutto infondati, soprattutto tenendo conto del fatto che lo *stalker* potrà anche condizionare le dichiarazioni della vittima rese al giudice competente a decidere sulla sua proposta riparativa (30).

L'effettiva sussistenza del problema, unitamente al clamore suscitato dalla *querelle* sviluppatesi a margine e alla diffusa sensibilità verso la piaga dello *stalking*, hanno indotto il Guardasigilli Orlando a promettere una futura riforma dell'art. 612-bis c.p. tesa a trasformare il delitto di atti persecutori in reato procedibile d'ufficio, in modo da risolvere a monte ogni dubbio, più o meno fondato, sulla sua surrettizia depenalizzazione.

5. I presupposti applicativi: tra ruolo marginale della persona offesa e necessaria riparazione integrale del danno

Per quanto attiene più strettamente ai presupposti applicativi, è richiesto l'accertamento da parte del giudice della sussistenza di una pluralità di condizioni.

In primo luogo, la declaratoria presuppone l'ascolto delle parti e della persona offesa, senza però richiedere il loro consenso espresso all'estinzione e, quindi, un accordo conciliativo sull'offerta ristorativa proposta dal reo; il ruolo affidato alla vittima nell'ambito della procedura estintiva risulta, quindi, secondario, potendo addirittura essere valutata congrua la proposta riparativa anche in caso di un suo manifesto diniego. La scarsa rilevanza accordata a questo passaggio è confermata implicitamente

(28) Per una sintetica ricostruzione di queste opinioni si veda <http://www.lastampa.it/2017/06/27/italia/politica/lo-stalking-si-potr-risarcire-con-una-multa-scatta-la-polemica-N5rP9eAKk7KzSEKj24i91H/pagina.html>.

(29) D. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking: qualche rifles-*

sione a margine delle recenti polemiche, in www.penalecontemporaneo.it (4 luglio 2017), p. 1 ss.

(30) Sul punto A. MARANDOLA, *L'errore sulla legge c'è: l'inaccettabile rapporto fra stalking e condotte riparatorie*, in www.ilpenalista.it (4 luglio 2017), p. 1 ss.

dal silenzio serbato dal legislatore circa le modalità e i criteri da seguire per sentire la persona offesa; la necessità o meno di verbalizzare le sue dichiarazioni; la possibilità per le parti di porle domande; l'utilizzabilità o meno di queste dichiarazioni in caso di esito negativo della procedura estintiva; le conseguenze derivanti dalla mancata audizione della persona offesa presente o assente (non è prevista, infatti, una disposizione analoga all'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p. in materia di messa alla prova per gli adulti volta a consentire in tale eventualità l'impugnazione alla persona offesa).

Questa opinabile opzione, oltre a determinare l'allontanamento dell'art. 162-*ter* c.p. rispetto al paradigma conciliativo di cui si è detto in precedenza, produce anche un altro effetto deleterio e non secondario: la monetizzazione del reato commesso. Effetto che rischia di acuire la connotazione discriminatoria dell'istituto in parola, rendendolo ancor meno appetibile per i ceti non abbienti e inconciliabile con la funzione rieducativa della pena che, al contrario, come si è visto, vorrebbe soddisfare. *Condicio sine qua non* è, invece, l'integrale riparazione da parte del reo del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e l'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Il legislatore, pur richiedendo chiaramente la completa ristorazione dell'offesa subita dalla vittima, offre al reo una pluralità di alternative per poterla concretamente effettuare, indicando – secondo l'ordine logico scandito dalla disposizione, che, coerentemente, ricalca quello seguito dall'art. 185 c.p. sulle conseguenze civili del reato e dagli artt. 538 ss. c.p.p. del codice di rito sulla condanna per responsabilità civile – la restituzione dei beni sottratti come eventualità principale e il risarcimento del danno come possibilità secondaria, anche se la struttura della norma lascia presagire che possa aversi anche un'offerta combinata di carattere restitutivo e risarcitorio, purché congrua rispetto al danno arrecato dal reato. Per quel che concerne, invece, il solo risarcimento l'art. 162-*ter* c.p. precisa che può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli artt. 1208 ss. c.c., formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, sempre laddove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Tale inciso riferito al solo risarcimento potrebbe anche lasciare supporre che il giudice abbia un

marginale di discrezionalità in questo campo unicamente quando debba stimare la congruità della somma offerta, ma non anche quando si trovi al cospetto di una condotta restitutoria del moltiplo: in questa prima eventualità avrebbe le mani legate, essendo automaticamente tenuto a dichiarare estinto il reato. Una simile soluzione interpretativa risulta, però, non convincente: se così fosse ci sarebbe il pericolo di dover dichiarare estinto il reato qualunque siano le condizioni della cosa restituita dal reo; il giudice invece, anche in questa ipotesi, dovrà inevitabilmente apprezzare la condotta riparatoria per valutare la sua idoneità soddisfacente, oltre a dover valutare la opportunità delle ulteriori condotte *post-fatto* tese ad eliminare le conseguenze del reato.

Le incertezze maggiori in sede di primo commento hanno riguardato il tipo di danno risarcibile.

In assenza di esplicite indicazioni normative si è discusso e si discute se si debba trattare del danno criminale, rapportato esclusivamente al *quantum* dell'offesa arrecata dal reato, oppure del più ampio e consistente danno civile, definito sulla scorta dei ben diversi e più numerosi parametri del danno emergente, lucro cessante, mancato guadagno, perdita di *chance* ecc... e comprensivo di componenti molto più variegate quali, anche, le spese processuali.

Diversi argomenti sembrano far propendere per la prima soluzione, restringendo il danno risarcibile in questa sede a quello penale: per un verso, ciò consente di evitare di introdurre nella procedura estintiva elementi che rischierebbero di discriminare per ragioni di censo i soggetti in grado di beneficiarne, in quanto il danno civile, di norma, è ponderalmente più consistente; per altro verso, solleva il giudice da valutazioni e stime complesse e articolate che allungherebbero inevitabilmente i tempi della procedura, in antitesi con le sue finalità deflative (31).

Inoltre, una conferma ulteriore può essere ricavata dall'interpretazione sistematica di questa disciplina con quella analoga prevista dall'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000 per i reati di competenza del giudice di pace. Le Sezioni Unite penali, con una recente decisione del 2015, hanno in quella circostanza risolto il contrasto interpretativo esistente sul punto ritenendo che la parte civile, qualora non trovi adeguato il risarcimento offerto per quanto riguarda l'estinzione del reato, non possa impugnare la



(31) O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 51.

sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 del d. legisl. n. 274 del 2000, ma possa comunque adire il giudice civile rispetto alla decisione e in quella circostanza contestare l'entità di quanto ricevuto (32).

Mutatis mutandis, anche in caso di proscioglimento ai sensi dell'art. 162-ter c.p., sembra potersi allora supporre che la persona offesa non potrà impugnare la decisione del giudice penale, bensì potrà solamente provare a far valere le proprie ulteriori pretese risarcitorie dinanzi al giudice civile, laddove non reputi soddisfacente e proporzionata all'entità del danno subito la somma deliberata dal giudice penale (33).

L'istituto così interpretato finisce per approssimarsi alla condanna provvisoria *ex art. 539, comma 2, c.p.p.* che permette al giudice di pronunciare una condanna generica con pagamento di una provvisoria a favore della persona offesa nei limiti del danno per cui già si sia raggiunta la prova, rimettendo le parti davanti al giudice civile per la quantificazione delle altre voci non accertate, con la differenza che in quest'ultimo caso è la stessa sentenza che dispone il rinvio al giudice civile, mentre nel caso dell'estinzione *ex art. 162-ter c.p.* è la persona offesa che, eventualmente, può decidere di adirlo per ottenere una riquantificazione più adeguata dello stesso.

Tuttavia, non si può non rilevare come tra le due cause estintive, quella operante nella sola "giurisdizione di pace" e quella generale di cui all'art. 162-ter c.p., sussista una differenza sul versante della disciplina che potrebbe condizionare anche la soluzione di questo dubbio interpretativo, orientando verso conclusioni difformi. Il comma 2 dell'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000, invero, subordina la pronuncia della sentenza di estinzione del reato alla valutazione da parte del giudice penale della attitudine delle condotte risarcitorie e riparatorie a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione.

L'aggancio esplicito a parametri squisitamente penalistici segnala la preminenza accordata al concetto di danno criminale da parte del legislatore ai fini dell'applicazione di questa causa di non punibilità; la mancata previsione di un'analoga disposizione anche nell'art. 162-ter c.p. se, per un verso, potrebbe essere letta come un'omissione irrilevan-

te, per altro, invece, potrebbe essere interpretata in senso diametralmente opposto, quale scelta silenziosa di sganciamento dal concetto penale di danno riparabile.

Sempre sul versante del risarcimento del danno sono sorte altre incertezze interpretative relative, rispettivamente, alla possibilità di ritenerlo valido ai sensi dell'art. 162-ter c.p. anche quando effettuato dalla compagnia assicurativa, come nel caso di sinistri stradali, e alla inclusione al suo interno delle spese processuali sostenute dalla persona offesa.

Entrambi i quesiti possono essere risolti avvalendosi ancora una volta del canone ermeneutico sistematico: partendo dall'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in relazione all'omologo istituto di cui all'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000, per un verso, la nuova causa estintiva dovrebbe allora operare nell'ipotesi di risarcimento danni a seguito di pagamento da parte della compagnia di assicurazione (34), purché, ovviamente, ciò si verifichi nei termini perentori indicati dall'art. 162-ter c.p. e sia ritenuto congruo, anche in assenza di condotte *post-fatto* tese a eliminare le conseguenze del reato; per altro verso, l'estinzione del reato non dovrebbe essere subordinata alla refusione delle spese processuali eventualmente sostenute dalla persona offesa, esorbitando queste l'apprezzamento del danno prodotto dal reato (35) e potendo eventualmente essere richieste in un successivo e apposito giudizio civile (36).

Per consentire al giudice penale di pronunciare il provvedimento estintivo la norma richiede unitamente alla riparazione e/o al risarcimento, anche l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nei casi in cui sia possibile in base alla tipologia del reato concretamente commesso. Ciò significa che, in talune ipotesi, il reo non sarà tenuto unicamente a risarcire il danno cagionato, ma anche a tenere delle contro-condotte in grado di eliminare *pro futuro* le conseguenze del reato, configurandosi così un cumulo eventuale tra le due prestazioni.

L'ampiezza e la vaghezza di questa parte della disciplina, introdotta dalla congiunzione "e" ma subordinata alla condizione della concreta possibilità interpolata durante i lavori preparatori (37), finisce con l'amplificare lo spazio di discrezionalità (già amplissimo) che la nuova causa estintiva offre al-

(32) Cass. pen., sez. un., 31 luglio 2015, n. 33864, in questa *Rivista* 2015, p. 1479, con nota di A. TESTAGUZZA.

(33) O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 53.

(34) Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2013, n. 30212; Cass. pen.,

sez. IV, 11 novembre 2010, n. 112, in *R. pen.* 2011, p. 293.

(35) Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2013, n. 21012.

(36) Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 2015, n. 75.

(37) R.G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit.

l'organo giudicante: a questi spetterà il compito di stimare la congruità tanto delle offerte riparatorie, quanto delle eventuali condotte *post-fatto* del reo e, prima ancora, della loro "necessarietà", in assenza però di parametri oggettivi di riferimento; senza trascurare che, in caso di proroga *ex art. 162-ter*, comma 2, c.p., gli spetta anche un ruolo propulsivo nella procedura estintiva, essendo chiamato ad impartire prescrizioni specifiche per l'eliminazione del danno.

Peraltro, l'apprezzamento della congruità delle offerte, sebbene sembri vincolato alla sola valutazione della loro entità a prescindere dal merito, rischia di celare una valutazione sui fatti abbastanza penetrante nei casi in cui manchi il consenso della persona offesa e un'intesa conciliativa tra le parti, snaturando così la funzione dell'istituto: per stimarla, infatti, dovrebbe essere necessario in queste ipotesi ricostruire la vicenda storica, analizzare eventuali concorsi di colpa ecc... avvalendosi, però, dei soli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento inevitabilmente scarno e non potendo fare leva sul fascicolo del pubblico ministero.

Come sempre accade quando si rimette alla discrezionalità penale un margine di manovra così dilatato, anche in questa circostanza si insinua il pericolo di incrinare le esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie che dovrebbero sempre informare ogni istituto penalistico (38).

Nessuna specificazione è, invece, contenuta nel testo normativo relativamente all'elemento soggettivo che deve caratterizzare la condotta estintiva: non compare né il riferimento alla spontaneità che caratterizza in chiave soggettivamente selettiva l'art. 62, n. 6, c.p. per la circostanza attenuante del ravvedimento operoso, né alla mera volontarietà che, invece, è richiesta espressamente dall'art. 56, comma 4, c.p. per il recesso attivo. Ciò dovrebbe consentire di allargare le maglie della nuova causa estintiva, ricomprendendo al suo interno anche le ipotesi di riparazione integrale del danno scaturite piuttosto che da decisioni libere e volontarie del reo, da scelte condizionate da pressioni esterne, quali, ad esempio, quelle provenienti dalla vittima del reato.

Coerentemente con le esigenze deflattive che connotano l'istituto, è previsto poi un termine perentorio entro il quale deve avvenire la riparazione in-

tegrale del danno consistente nella dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado (39).

Il legislatore, infatti, ispirandosi anche ad altre ipotesi di non punibilità sopravvenuta, come ad esempio la ritrattazione di cui all'art. 376 c.p., subordina l'estinzione del reato ad un limite cronologico ben preciso, fissato in relazione ad un 'momento' processuale, per stimolare una tempestiva e rapida soluzione del procedimento giudiziario. Diversamente, una volta spirato tale termine e avviato il dibattimento, l'interesse deflattivo cede il passo alle aspirazioni cognitive tipiche del processo criminale.

L'aver, però, individuato il termine perentorio in tal modo solleva dubbi sulla possibilità di configurare l'art. 162-ter c.p. nell'eventualità in cui il procedimento penale sia stato concluso con un decreto penale di condanna, non essendo chiaro se – come nel caso dell'oblazione di cui all'art. 162 c.p. – possa essere richiesta la sua applicazione in sede di opposizione allo stesso (40).

A tale disciplina temporale generale è prevista una deroga. Il comma 2 dispone in via subordinata che se il reo dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al comma 1, può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento. In tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo – come detto – specifiche prescrizioni. In questa eventualità, per evitare una strumentalizzazione della proroga, durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso.

In ogni caso, l'estinzione del reato non riverbera effetti anche sulle misure di sicurezza patrimoniali, poiché per espressa statuizione di legge, in questo caso si applica l'art. 240, comma 2, c.p. in materia di confisca obbligatoria.

Infine, la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 162-ter c.p. ribadisce la natura (teoricamente) non discrezionale del provvedimento del giudice. A differenza di quanto accade in altre cause di estinzione del reato – quali ad esempio il perdono giudiziale di cui all'art. 167 c.p. – il legislatore

(38) Sulla discrezionalità penale si rinvia al già citato lavoro di A. ABBAGNANO, *La discrezionalità penale*.

(39) N. CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.*, cit., p. 5.

(40) O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 52.

re pare non lasciare margini di decisione all'autorità giudiziaria, utilizzando l'indicativo presente "dichiara" estinto in luogo di più aperte formule servili quali "può dichiarare", laddove reputi le condotte riparatorie soddisfacenti e proporzionate rispetto al danno arrecato dal reato.

L'obbligatorietà del provvedimento, però, è solo formale, poiché – come si è visto in precedenza – i presupposti e le condizioni per la sua declaratoria sono estremamente elastici, conferendo così una autonomia decisionale al giudice di merito competente finanche eccessiva.

Così, in caso di esito negativo della verifica, il processo penale riprende il suo corso, anche se, come rilevato da una parte della dottrina, taluni aspetti non sono chiari, non essendo stabilita la forma del provvedimento con cui il giudice debba pronunciarsi (ordinanza o decreto?); la possibilità per l'imputato di scegliere gli altri riti premiali, dal momento che il termine finale per adempiere alla riparazione coincide con quelli entro i quali questi possono essere richiesti; l'incompatibilità del giudice nelle ipotesi di apprezzamento negativo della condotta riparatoria; la possibilità di richiedere l'archiviazione (41).

AS

6. Rapporti con altri istituti analoghi preesistenti

L'art. 162-ter c.p. pone inevitabilmente problemi di coordinamento con istituti riparatori preesistenti di tipo settoriale, in primo luogo, con l'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000 a cui si è ripetutamente fatto riferimento in precedenza.

Tali difficoltà potrebbero essere risolte sulla scorta della recentissima decisione delle Sezioni Unite 2017 relativa all'analoga questione sorta circa l'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. nei procedimenti penali dinanzi al giudice di pace per i quali preesisteva l'istituto della tenuità del fatto ai sensi dell'art. 34, d. legisl. n. 274 del 2000 (42).

Così come è stata esclusa tale eventualità, ritenendo prevalente la relativa disciplina speciale, allo stesso modo dovrebbe essere negata la possibilità di applicare la nuova causa estintiva ex art. 162-ter c.p. ai reati di competenza del giudice onorario prevalendo per essi la preesistente ipotesi di cui all'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000.

In secondo luogo, problemi di sovrapposizione potrebbero sorgere anche con talune ipotesi estintive

speciali di carattere riparatorio preesistenti, quali ad esempio gli artt. 341-bis e 641 c.p. Nel primo caso, la risposta dovrebbe essere la medesima fornita per l'art. 35, d. legisl. n. 274 del 2000, dal momento che è connessa ad un reato procedibile d'ufficio; in ogni caso, anche andando oltre tale profilo formale, l'esito sarebbe analogo non solo perché *lex specialis derogat lex generalis*, ma anche perché la disciplina prevista in materia di oltraggio è più favorevole di quella generale, non richiedendo l'ascolto delle parti e della persona offesa, né la realizzazione di eventuali condotte riparatorie ulteriori rispetto al mero risarcimento del danno.

Nel secondo, invece, non sembrano sussistere ostacoli all'applicabilità della nuova disciplina generale, in ragione del principio del *favor rei* e del principio di uguaglianza/ragionevolezza: nel delitto di insolvenza fraudolenta, infatti, l'estinzione è subordinata al mero adempimento dell'obbligazione prima della condanna, quindi, ad una condotta non particolarmente "onerosa" per il reo consistente nel solo adempimento della prestazione dovuta da tenersi entro un termine più ampio, sicché, di norma, non dovrebbe poter trovare applicazione la più "gravosa" figura di cui all'art. 162-ter c.p. Tuttavia, laddove ciò non sia praticabile per svariate ragioni che rendono impossibile l'adempimento in forma specifica della prestazione dovuta, sarebbe illogico e discriminatorio precludere al reo la possibilità di estinguere ugualmente il reato procedendo ad un più impegnativo risarcimento del danno arrecato tramite un'offerta riparativa giudicata congrua dal giudice e, magari, con il consenso della persona offesa.

Infine, per quanto concerne i più articolati meccanismi estintivi speciali concepiti per ambiti settoriali del diritto penale complementare, la conclusione sembra essere negativa: questi, per la maggior parte, sono collegati a reati a soggetto passivo indeterminato, estranei alla dimensione "privata" presa in considerazione dall'art. 162-ter c.p., in cui manca ogni coinvolgimento diretto delle parti e della persona offesa e non esistono spazi per il risarcimento del danno a suo vantaggio, ma sussiste unicamente l'esigenza di eliminare situazioni di pericolo per beni giuridici di carattere collettivo o statale.

(41) O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, cit., p. 53.

(42) Cass. pen., sez. un., 22 giugno 2017, Perini.

7. Profili di diritto intertemporale

Il legislatore ha voluto fugare ogni dubbio sul versante dell'efficacia nel tempo della nuova causa estintiva dettando un'apposita disciplina transitoria nel comma 2 dell'art. 1 della legge n. 103 del 2017, ai sensi della quale le disposizioni di cui all'art. 162-ter c.p. si applicano anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della legge, potendo, quindi, il giudice dichiarare l'estinzione anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado (43).

Più nel dettaglio, si prevede che l'imputato, nella prima udienza, fatta eccezione per quella del giudizio di legittimità, successiva alla data di entrata in vigore della presente legge, possa chiedere la fissazione di un termine, non superiore a sessanta giorni, per provvedere alle restituzioni, al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento e all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato, a norma dell'art. 162-ter c.p. Nella stessa udienza l'imputato, qualora dimostri di non poter adempiere, per fatto a lui non addebitabile, nel termine di sessanta giorni, può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore ter-

mine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento.

Ciò significa che in tutti i giudizi di merito pendenti al momento dell'entrata in vigore del *novum* legislativo il giudice potrà essere chiamato ad apprezzare l'eventuale proposta risarcitoria di tipo estintivo effettuata dal reo, con l'unico limite invalicabile dei processi che già si trovino in grado di legittimità, dal momento che la Corte di cassazione è priva di quei poteri cognitivi di merito indispensabili per valutare l'adeguatezza delle condotte riparatorie.

In realtà, trattandosi di un istituto di carattere sostanziale, questa specifica disciplina ha un valore meramente specificativo di quella generale comunque applicabile: essendo l'art. 162-ter c.p. una causa estintiva del reato avrebbe, infatti, dovuto soggiacere alla regola generale in materia di successioni di leggi penali nel tempo di cui all'art. 2, comma 4, c.p. e, quindi, avrebbe potuto trovare applicazione retroattiva ai procedimenti penali in corso nella fase di merito in forza del principio della retroattività della *lex mitior*.



(43) N. CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.*, cit., p. 6.