

UNA MESSA A PUNTO SULLE CONDOTTE RIPARATORIE DI CUI ALL'ART. 162 TER C.P. QUALE CAUSA DI NON PUNIBILITÀ

Giovanni Cocco



Abstract: Il saggio propone i tratti essenziali del nuovo istituto delle condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p., collocandolo sistematicamente nelle cause di non punibilità, proponendo le conseguenti linee interpretative e valorizzandone la adozione come istituto centrale per il contenimento del diritto penale.

Abstract: *The essay proposes the essential features of the new institute of restorative conducts pursuant to art. 162 ter of the Criminal Code, placing it systematically in the "causes of non punibility", proposing the consequent interpretative lines and enhancing its adoption as a central institution for the containment of criminal law.*

Sommario: 1. Cenni introduttivi. - 2. L'estinzione del reato per condotte riparatorie va inquadrato nelle cause di non punibilità sopravvenuta. - 3. Qualche chiarimento sull'oggetto della condotta riparatoria. - 4. Il legame con l'oblazione discrezionale e le conclusioni sulla riparazione. - 5. La natura meramente volontaria della riparazione. - 6. La estensione a tutti i concorrenti della non punibilità per la riparazione. - 7. Conclusioni. Un istituto da perfezionare per attribuirgli un ruolo strategico sulla via della depenalizzazione. -

1. *Cenni introduttivi*. - A cinque anni dalla introduzione nel codice penale dell'art. 162 *ter*, intitolato "estinzione del reato per condotte riparatorie" [1], appare utile fare, seppur brevemente, il punto sull'istituto anche alla luce della prima giurisprudenza e nel contesto dell'ampio ventaglio di nuovi istituti, per proporre qualche soluzione esegetica e spunti riformatori che vogliono presentare, nel dibattito politico-criminale sulle modalità di contrazione dell'intervento penale che si muove su direttrici non solo inesplorate ma talvolta anche contraddittorie, un organico e, se non altro, chiaro punto vista.

Ripercorrere il percorso che ha condotto al nuovo istituto ne consente una maggiore comprensione nel contesto di spinte riformatrici disomogenee, a partire dalle istanze collegate al Progetto alternativo sulla cd. *Wiedergutmachung* (1992), ovvero la riparazione o risarcimento del danno come terza tipologia di sanzione penale, proposto da un gruppo di professori di lingua tedesca [2], che produsse in ambito nazionale un primo significativo riconoscimento della riparazione come istituto di carattere generale da parte della commissione Grosso per la riforma del codice penale (1999) [3], la quale attribuì un ruolo significativo ai comportamenti riparatori successivi al reato, pur nella limitata prospettiva della *teoria dell'incentivo* [4]. In particolare, la commissione Grosso ritenne possibile - senza incrinare la tenuta generalpreventiva del sistema penale - la previsione sistematica di cause di non punibilità sopravvenute collegate «a condotte di riparazione dell'offesa realizzate entro soglie temporali che assicurino una reintegrazione *utile*, perché tempestiva, dell'interesse offeso dal reato, e consentano di ravvisare nella condotta riparatrice un ritorno all'osservanza del precetto violato». Un punto fermo venne individuato nella introduzione di una norma generale escludente la sanzione di chi impedisce volontariamente la verifica dell'evento dannoso nei reati a consumazione anticipata e, dunque, anche con riferimento al recesso attivo, diversamente dalle soluzioni proposte dalla precedente commissione Pagliaro (1988).

Inoltre, la commissione Grosso propose di attribuire rilievo - in particolare con riguardo ai reati contro il patrimonio - alla condotta del reo che, prima che l'autorità abbia avuto notizia del fatto risarcisca o si obblighi a risarcire interamente il danno cagionato, sul modello del § 167 öStGB; nonché alle condotte riparatorie successive alla scoperta della responsabilità con l'aggiunta di qualche ulteriore costo. Infine - sul modello dell'art. 74 c.p. portoghese [5], ricondotto in sostanza alla riparazione come terza tipologia di

sanzione penale delineata dal già citato progetto alternativo della *Wiedergutmachung* -, propose che per i reati meno gravi il giudice possa dichiarare il reo colpevole senza applicare la pena, quando l'illiceità del fatto e la colpevolezza appaiano diminuite, il danno sia risarcito e non vi si oppongano ragioni preventive.

Ne seguì - con forti ambiguità dovute al rilievo riconosciuto non solo alle finalità general-preventive, ma anche a quelle special-preventive, nonché all'attribuzione al giudice dell'accertamento della soddisfazione di entrambe - l'introduzione del coevo istituto detto "estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie", limitatamente ai reati di competenza del Giudice di pace (art. 35, d. lgs. n. 274/2000), espressione di linee riformatrici anche dogmaticamente non nitide, che collega la *estinzione* del reato alla riparazione del danno cagionato mediante le restituzioni o il risarcimento e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose prima dell'udienza di comparizione davanti al giudice, i cui caratteri approfondiremo in questo saggio nel confronto con la previsione in esame.

Vi lascio con questo breve video. È stato ripreso nell'aprile 2010 dal National Institute of Allergy and Infectious Diseases. Se saremo in grado di sviluppare nuovi antibiotici, [priligy](#) forse saremo in grado di creare nuovi vaccini. Tenere tutti i farmaci da prescrizione fuori dalla portata dei bambini. Conservare a temperatura ambiente, lontano dall'umidità.

2. *L'estinzione del reato per condotte riparatorie va inquadrato nelle cause di non punibilità sopravvenuta.* - Il percorso riformatore, in cui si sono inserite con forza negli anni più recenti le istanze politico-criminali della c.d. *giustizia riparativa* [6], ha prodotto diversi nuovi istituti, tra gli altri, la estinzione dei reati perseguibili a querela di parte a seguito di condotte riparatorie, previsto dall'art. 162 *ter*, che però è evidentemente estraneo alle istanze conciliative proprie della giustizia riparativa in senso stretto [7] e sembra ricollegarsi al modello originario della commissione Grosso, risultando correttamente inquadrabile tra gli istituti della non punibilità sopravvenuta [8].

L'istituto, infatti, è chiara espressione del principio di *sussidiarietà esterna* [9], correlando alla integrale riparazione del danno entro un termine definito la non punibilità dei reati perseguibili a querela per i quali è ammessa la remissione [10], in cui ciò è certamente possibile.

Lo stesso assoggettamento a querela, pur istituto di carattere ambivalente sostanziale-processuale, pare del resto espressione del detto principio con riguardo a reati dei quali si riconosce un interesse pubblico al perseguimento esclusivamente su impulso della persona offesa, anche in ragione della natura del bene tutelato di natura privatistica e disponibile o, comunque, rispetto al quale sono riconosciuti prevalenti gli

interessi e il ruolo della persona offesa [11], alle cui valutazioni si attribuisce rilievo determinante per la necessità dell'intervento penale. Insomma, presupponendo la possibilità di una utile composizione in sede extrapenale tra offensore e offeso o, comunque, una complessiva valutazione di inutilità o persino di nocività del perseguimento penale dell'autore dell'illecito effettuata dallo stesso offeso [12]. Pertanto, riconoscendo un ruolo al diritto penale solo quando non si trovino altre vie di soddisfazione degli interessi della persona offesa e la stessa ne reputi essenziale l'intervento.

Querela e sua remissione possono essere, dunque, assimilati in qualche misura, rispettivamente, alle condizioni oggettive di punibilità e alle cause di non punibilità sopravvenute [13].

Non riteniamo, invece, che sia di per sé sola la scarsa gravità dell'attacco a giustificare la dipendenza dell'intervento penale dalla querela [14], poiché la gravità di un fatto va fissata oggettivamente, a prescindere dalla sua rappresentazione da parte dell'offeso. In presenza di attacchi di scarsa entità a beni di poca importanza si deve escludere il ricorso alla pena in forza del principio di *extrema ratio*, la cui applicazione precede quella del principio di sussidiarietà [15], prescindendo dalla valutazione dell'offeso [16]. In conclusione, l'istituto della querela di parte sembra relativo a fatti di un certo rilievo ma che colpiscono beni giuridici disponibili, riguardo a cui l'intervento penale viene limitato ai casi in cui il conflitto derivato dalla violazione della norma non è risolvibile dalle parti direttamente implicate [17].

In tale prospettiva si chiarisce la relazione dell'istituto in esame con i reati perseguibili a querela di parte: insomma, il legislatore affianca al regime della perseguibilità a querela l'istituto delle condotte riparatorie quale causa di non punibilità basato sullo stesso principio di sussidiarietà esterna, determinando per i reati interessati uno *status* del tutto peculiare, molto prossimo alla depenalizzazione *tout court*.

Significativo per l'inquadramento dogmatico dell'istituto il termine posto alla condotta riparatoria che costituisce un carattere tipico della non punibilità sopravvenuta, la quale, nel riconoscere il valore della *regressione offensiva*, per rispondere al principio di ragionevolezza - diversamente scardinando il sistema penale - deve subordinarne e di regola ne subordina la rilevanza a precisi limiti temporali, espliciti [18] o impliciti, che assicurino la reintegrazione utile dell'offesa o la eliminazione del pericolo ricollegabili alla minaccia iniziale in modo che possano apparire come osservanza, sia pure tardiva, del precetto violato, con l'effettiva salvaguardia della esigenza di prevenzione generale [19].

Termine la cui importanza è ribadita nella previsione in esame anche dai limiti in cui è consentita la proroga

ai sensi dei commi 2° e 3°.

3. *Qualche chiarimento sull'oggetto della condotta riparatoria.* - Conferma la collocazione dogmatica anche l'oggetto della condotta riparatoria consistente nell'integrale riparazione del danno cagionato dal fatto di reato mediante le restituzioni, cioè con la reintegrazione dello *status quo ante delictum* del patrimonio della persona offesa o del danneggiato in genere, oppure con il risarcimento, nonché, ove possibile, nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del fatto di reato [20]. L'alternatività e l'equivalenza tra restituzione, sufficiente di per sé a soddisfare l'integrale riparazione, e il risarcimento del danno, cioè il danno che deriva dalla impossibilità delle restituzioni, costituendo la restituzione una mera reintegrazione patrimoniale [21] esclude che assuma rilievo il cd. *danno non patrimoniale* che caratterizza il danno risarcibile *ex delicto* ai sensi dell'art. 185, co. 2° c.p., cosicché per la sussistenza della fattispecie di non punibilità è irrilevante il suo mancato risarcimento [22].

D'altra parte, oltre alla lettera, è proprio l'impianto complessivo dell'istituto, anche processuale, ad escludere che vi possa essere una identificazione e quantificazione delle "restituzioni" dovute o dell'alternativo risarcimento danno differente da quanto direttamente correlato alla materialità delle correlative "privazioni".

Pertanto, il tenore letterale della previsione esprime chiaramente il fondamento sostanziale dell'istituto, collegato al soddisfacimento degli obiettivi di tutela dell'incriminazione, sottolineando la netta distinzione con le cause di estinzione del reato, e si allinea sul piano della disciplina alla soluzione pacifica in materia di condizioni oggettive di punibilità. Diversamente ragionando l'istituto escluderebbe il reato pretendendo l'effettuazione di un risarcimento che ne implica la esistenza, scelta legislativa possibile ma che deve essere espressa, mentre nella specie sono previste esclusivamente le restituzioni o l'equivalente risarcimento del danno [23].

Netta, dunque, la differenza con la attenuante *ex art. 62, n. 6 c.p.*, che richiede l'integrale riparazione del danno mediante il risarcimento e, quando possibile, mediante le restituzioni, la quale si riferisce al danno *ex art. 185 c.p.*, considerato che la circostanza concerne un reato e, pertanto, a dover essere riparato è il danno da reato. Attenuante con la quale non può, in effetti, proporsi alcun parallelismo dell'istituto in esame, nemmeno in tema di tentativo come vedremo in seguito [24].

4. *Il legame con l'oblazione discrezionale e le conclusioni sulla riparazione.* - Coerente con la natura dogmatica di causa di non punibilità sopravvenuta è la pretesa, in aggiunta alla reintegrazione risarcitoria,

dell'eliminazione *ove possibile* delle conseguenze dannose o pericolose del reato: è, dunque, sufficiente che l'imputato abbia fatto quanto possibile per eliderle.

La previsione trova un interessanteriferimento sistematico nella immediatamente precedente previsione dellaoblazione discrezionale nell'art. 162 *bis* c.p., in cui producono l'effetto dell'estinzione delle contravvenzioni il pagamento di una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda, prevista alternativamente all'arresto, e, *quando possibile*, l'eliminazione delle "conseguenze dannose o pericolose del reato". Nell'art. 162 *bis* quest'ultima espressione si riferisce all'offesa o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice e lo stesso va affermato con riguardo all'istituto esaminato, differenziandola dal danno materiale arrecato alla persona offesa del reato, la cui riparazione non è contemplata nell'oblazione discrezionale che concerne contravvenzioni.

Va da sé, in tema di art. 162 *ter*, che quando il danno arrecato alla persona offesa e l'offesa al bene giuridico coincidano null'altro è richiesto all'autore dell'illecito ai fini della non punibilità se non la riparazione praticabile [25].

Si può concludere che nella figura in esame a comportare la non punibilità del reato non è il risarcimento del danno da reato *ex art.* 185, ma la mera restituzione o risarcimento del danno emergente e del lucro cessante, necessariamente integrale, in unione all'eventuale eliminazione dell'offesa o della messa in pericolo del bene giuridico tutelato, ove possibile.

D'altra parte, è chiaro che il riconoscimento della congruità da parte del giudice penale di restituzioni e risarcimenti ai fini della non punibilità del reato, ancorché si parli di integralità, non rivesta autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produca alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile di cui non è necessario il consenso [26]. La ragione è essenzialmente dovuta a motivi di economia processuale correlati alla valutazione attribuita al giudice penale prima del dibattimento. Considerata però la identità del danno rilevante in ambedue i giudizi, la autonoma rivalutazione del danno in sede civile dovrà tenere conto, per scomputarlo, di quanto già la persona danneggiata abbia incamerato in sede penale a titolo di restituzione o risarcimento.

Con la lettura proposta del significato delle restituzioni vengono meno o si attenuano fortemente anche i problemi collegati alla diversità di condizioni economiche degli autori dei reati [27], i quali debbono essenzialmente rinunciare agli indebiti vantaggi conseguiti con la condotta illecita e, dunque, perde rilievo

significativo la loro condizione economica di partenza.

5. *La natura meramente volontaria della riparazione.* - Va ribadita, d'altra parte, come anticipato, la evidente irrilevanza nell'art. 162^{ter} c.p. delle tematiche conciliative e vittimologiche ed ancor più di quelle specialpreventive concernenti il riconoscimento di una minore capacità a delinquere e della risocializzazione del reo, opportunamente escluse da ogni rilievo dal suo tenore letterale che attribuisce alle parti un ruolo marginale: debbono essere solo sentite [28] e ciò potrà essere certamente utile al giudice nell'unica prospettiva concessa dalla speciale causa di non punibilità, ovvero verificare la congruità della riparazione [29]. La previsione supera, tra l'altro, proprio l'*impasse* in cui potrebbero trovarsi le parti rispetto alla conclusione di accordi conciliativi finalizzati alla remissione della querela [30].

Come nelle altre cause di non punibilità è sufficiente e necessario che la condotta sia volontaria ovvero non coatta [31], mentre non è necessario che esprima ravvedimento, potendo anche essere frutto di un mero calcolo utilitaristico.

La figura in esame si stacca significativamente, dunque, dal citato art. 35, d. lgs. n. 274/2000, relativo ai reati di competenza del Giudice di pace, perché non contiene alcun riferimento, diversamente da quest'ultimo, a valutazioni del giudice sul soddisfacimento delle esigenze di riprovazione del reato e di quelle specialpreventive, ma ricollega la estinzione (*recte*: non punibilità) del reato alla sussistenza delle condotte riparatorie, ovvero al soddisfacimento della finalità di tutela della previsione incriminatrice [32].

L'istituto in esame è collegato esclusivamente alla presa d'atto da parte dell'ordinamento penale, che di conseguenza si ritrae, della restaurazione del patrimonio del danneggiato ed eventualmente della tutela del bene giuridico, le quali prescindono dalla riconciliazione tra reo e vittima, dal riconoscimento da parte della persona offesa della soddisfazione delle sue pretese patrimoniali, anzi ne superano l'assenza, nonché da qualsiasi pentimento del reo. Infatti, l'integrale riparazione del danno può essere riconosciuta dal giudice (co. 1°, parte 2^a) anche a seguito di offerta reale *ex artt.* 1208 ss. c.c. (formale o non-formale *ex art.* 1220 c.c.), formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove accerti la congruità della somma offerta a tale titolo [33].

La valutazione di congruità del giudice è richiesta dalla previsione financo nel caso di accettazione da parte della persona offesa delle restituzioni o del risarcimento [34], competendo ovviamente al giudice la verifica della sussistenza degli elementi integranti la causa di non punibilità sopravvenuta e, dunque, anche

dell'integrale riparazione del danno cagionato dal fatto illecito [35].

In conclusione, il nuovo istituto anche nella sua costruzione e nella sua interpretazione costituisce un importante riconoscimento della non punibilità sopravvenuta espressione del principio di sussidiarietà esterna, quale presa d'atto del successo conseguito dalla previsione incriminatrice in termini di tutela dei beni giuridici, in cui assume, dunque, un ruolo assorbente la conferma della validità generalpreventiva della norma.

6. *La estensione a tutti i concorrenti della non punibilità per la riparazione.* – Alla sistematica conferma del collocamento dogmatico segue la risposta all'interrogativo sulla controversa estensione a tutti i concorrenti degli effetti di non punibilità della condotta riparatoria posta in essere solo da taluno di essi [36], che riteniamo debba essere senza dubbio positiva.

A tal proposito va preliminarmente evidenziato che, pur essendo proponibili principi generali in materia di non punibilità, ad essere determinanti sono le distinte previsioni che possono escludere l'estensione della non punibilità ai concorrenti per le peculiarità delle situazioni rilevanti [37] o delle controcondotte e dei fatti di reato cui ineriscono [38].

Non è però condivisibile, in termini generali, l'esclusione dell'estensione ai concorrenti delle cause di non punibilità, ed in particolare di quelle sopravvenute, ritenendole basate su valutazioni di opportunità e il richiamo alla disciplina dell'art. 119, co. 1° c.p. per "le circostanze soggettive di esclusione della pena" [39], riproponendo la disciplina fissata dall'art. 182 c.p. per le cause di estinzione del reato, secondo cui l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce, da cui però le cause di non punibilità sopravvenute si differenziano nettamente.

Occorre, al contrario, fare riferimento a natura e fondamento della non punibilità sopravvenuta e segnatamente al connotato antagonista e risarcitorio delle condotte *post factum* in questione rispetto alla lesione o alla messa in pericolo dei beni tutelati dalla fattispecie incriminatrice, che conduce a riconoscere in termini generali - come consolidato nell'ambito delle concezioni che affermano l'autonomia della punibilità rispetto al reato [40]- l'irilevanza in termini oggettivi delle cause non punibilità che escludono il reato [41]. Pertanto, l'effetto di non punibilità del reato attribuita alla condotta *post factum* che ripara il danno e restaura il bene leso (o elimina il pericolo per lo stesso) effettuata anche da uno solo dei concorrenti nel reato deve essere - in linea di principio - estesa a tutti gli altri, proprio perché esclude la punibilità del fatto

antigiuridico e colpevole e non di un singolo agente [42], potendosi richiamare anche la disciplina dell'art. 119 c.p., che estende l'efficacia delle circostanze oggettive che escludono la pena a tutti i concorrenti. Sul piano operativo, d'altra parte, pare destinata al fallimento l'introduzione di istituti che non si ripercuotano in favore di tutti i concorrenti perché si porrebbe un impedimento serio in molti casi alla effettuazione della controazione sollecitata dall'ordinamento.

Con riferimento allo specifico istituto in esame è la previsione ad escludere ogni altra soluzione, che sarebbe irragionevole e illegittima costituzionalmente, infatti la previsione pretende la riparazione integrale, cosicché quando essa sia sussistente non si vede cos'altro si possa pretendere dagli eventuali concorrenti e quale senso abbia escluderli dalla non punibilità essendo gli stessi impossibilitati ad effettuare una nuova riparazione [43], che sarebbe abnorme nel contesto normativo di riferimento. Non v'è, dunque, alcuna ragione per inquadrare l'istituto tra le cause soggettive di esclusione della pena invece che in quelle oggettive, esclusivamente richiamate dallo stesso concetto di riparazione integrale del danno provocato dal reato [44].

D'altra parte, a ben vedere, la stessa formula utilizzata dell'art. 182 c.p. non dice nulla circa coloro ai quali si riferisce la denominata dal legislatore causa di estinzione, pur correttamente inquadrabile nelle cause di non punibilità. L'art. 162 *ter* parla di imputato ovviamente riferendosi alle figure monosoggettive, ma ricollega direttamente la non punibilità alla condotta riparatoria, ovvero al soddisfacimento delle finalità di tutela della previsione incriminatrice, mentre -non facendovi alcun riferimento - esclude qualsivoglia ruolo al soddisfacimento di esigenze specialpreventive, le quali sole potrebbero apparire non soddisfatte da un concorrente che non contribuisce alle condotte riparatorie.

Ne consegue anche l'irrilevanza dell'origine dei mezzi necessari alla riparazione, perché non deve esprimere un soggettivo ravvedimento del reo desumibile dal suo sacrificio patrimoniale, nonché delle modalità di formalizzazione della attività di reintegrazione, a cui può provvedere anche un terzo purché nell'interesse dell'imputato o degli imputati [45].

Non v'è dubbio, invece, che la ricezione da parte della vittima di un risarcimento del danno, rispetto al quale sia assicurato, da parte della propria assicurazione privata o pubblica sia irrilevante in questo contesto [46].

7. Conclusioni. Un istituto da perfezionare per attribuirgli un ruolo strategico sulla via della depenalizzazione. - Dopo decenni di sollecitazioni volte ad una significativa depenalizzazione, non si condividono le critiche ad

un istituto, opportunamente lontano dai modelli della giustizia riparativa per i suoi obiettivi, che svolge un ruolo molto prossimo alla depenalizzazione secca, salvaguardando però gli interessi essenziali (e solo quelli) delle persone offese.

Non fondate, in particolare, le critiche [47] argomentate sulla inapplicabilità dell'istituto alle ipotesi di tentativo, così ribadendo la esclusione affermata in giurisprudenza in materia di circostanza attenuante ex art. 62 co. 6 c.p., e paventando che si darebbe altrimenti vita ad una ipotesi sostanzialmente di depenalizzazione. Non vi sono, infatti, ragioni letterali o sistematiche per escludere l'applicabilità alle ipotesi di tentativo della previsione in esame [48] che non ha, come già sottolineato, alcun rapporto con l'art. 62 co. 6 c.p.; d'altra parte, un qualche danno è prospettabile anche nel tentativo pur senza ricollegarsi al danno da reato; comunque, l'esito 'depenalizzante' è l'evidente, legittimo e condivisibile obiettivo della speciale nuova figura.

Va, invece, lamentato che l'istituto in esame non abbia avuto fin qui una significativa applicazione, pur caratterizzandosi per il rispetto del principio di legalità e per la salvaguardia degli interessi della persona offesa, pur senza essere condizionato dalle decisioni di quest'ultima. Mentre, differente successo pare avere l'istituto previsto dall'art. 131 *bis* c.p., i cui contorni sono demandati alla creatività giudiziale, che prevede una depenalizzazione in concreto già per questo meno rispettosa del principio di legalità ed incurante della riparazione della vittima.

Riteniamo, dunque, che occorra insistere per l'estensione dell'istituto in esame, in particolare anche a reati non perseguibili a querela di parte, *in primis* alle contravvenzioni, però con una messa a punto e segnatamente con l'adozione di sanzioni amministrative a bilanciare la non punibilità che altrimenti lascerebbe i comportamenti inosservanti privi di qualsiasi sanzione. È, in definitiva, auspicabile una sorta di fusione tra gli istituti dell'oblazione discrezionale e delle condotte riparatorie, con la creazione di un istituto applicabile a delitti e contravvenzioni, incentrato sulla riparazione integrale del danno e l'eventuale eliminazione dell'offesa o del pericolo per il bene giuridico tutelato, nonché il pagamento di una sanzione amministrativa fissata in concreto nell'ambito di un minimo e massimo edittale, che può certo soddisfare anche le problematiche della scarsa offensività del fatto concreto, superando l'istituto dell'art. 131 *bis* c.p. che continua a non convincerci [49].

L'obiettivo dovrebbe essere sostituire la fin troppo ricca varietà di modelli di depenalizzazione in astratto - il riferimento è, in particolare, alle sanzioni pecuniarie civili - e in concreto, con un unico, agile ed efficiente

strumento che sommi alla riparazione la sanzione amministrativa, in vece dell'abusata sanzione penale, e garantisca il principio di legalità e la tanta invocata, ma altrettanto frustrata dalla fertile mente riformatrice, eguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

[1] La previsione, introdotta dalla l. 23.6.2017, n. 103, recita: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato ...». Peraltro, la l. 4.12.2017, n. 172 che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 16.10.2017, n. 148, ha aggiunto alla previsione in esame un comma che esclude espressamente dalla sua applicazione i casi *ex art. 612 bis c.p. (cd. stalking)*.

[2] Proposto da [BAUMANN J.](#) ET AL., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, 1992.

[3] In GROSSO (cur.), *Per un nuovo codice penale II*, Padova, 2000.

[4] La teoria si sviluppò, in particolare, nella ricerca del fondamento della non punibilità dovuta alla desistenza volontaria, in passato individuato in ragioni politico-criminali di utilità (cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale, 1, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 3^a ed., 2001, 656; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8^a ed., Bologna, 2019, 501 s.), le quali, ormai abbandonate in tema di desistenza, sono ancora utilizzate proprio in tema di cause di non punibilità sopravvenute e istituti consimili. Celebre la *teoria del ponte d'oro (goldene Brücke)* di von LISZT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, (1^a ed. 1881, 22^a ed. 1919) [trad. spagn. della 18^a [v. I] e 20^a [v. II, III] ed. ted., *Tratado de derecho penal*, Madrid, 4^a ed., 1999; trad. franc. della 17^a ed. ted., *Traité de droit pénal allemand*, Paris, 1911] § 46; in prec. FEUERBACH P.J.A., *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796, 102; conf. JAKOBS, *Kommentar*, in Eser e altri, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende*, München, 2000, § 26, n.m. 2), secondo cui l'obiettivo dell'istituto è non impedire la ritirata di chi desidera retrocedere negli atti esecutivi già iniziati e punibili, che poi ha assunto una formulazione positiva convertendosi nella *teoria dell'incentivo (Anreiztheorie)*, secondo cui l'offerta di impunità incentiva l'autore ad abbandonare il tentativo prima della consumazione del reato per evitare la compromissione definitiva del bene giuridico. Tali tesi sono condivisibilmente criticate perché

identificano il fondamento della non punibilità della desistenza con un suo possibile effetto, tra gli altri: ROXIN, *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, (trad. sp., *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*, in *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, 268, *passim*; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996 (trad. spagn., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, 2002), § 51 I 2; ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin, 1976, 65; BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt von Versuch freiwillig?*, in *NJW* 1955, 1419; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, 24 s.; ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1- 84, 3ª ed., Milano, 2004, 604; LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, 28 s.. In vero gli individui desistono dalla commissione di un reato per le più svariate ragioni, ma forse mai spinti dal proposito di liberarsi della pena.

^[5] La previsione, contenuta nel *Capítulo IV: Escolha e medida da pena* - recentemente riformata dalla Lei n. 79/2021, de 24/11, che ha sostituito alla espressione reu (reo) la espressione *arguido* (imputato) - recita:

«Artigo 74. Dispensa de pena

1 - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o arguido culpado mas não aplicar qualquer pena se:

a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas;

b) O dano tiver sido reparado; e

c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção.

2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará.

3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1».

[6] Evidenziato, tra gli altri, con riferimento al tema trattato da SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *Crim* 2018, 396 s.

[7] Come riconosciuto, pur criticamente, da più parti: SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., 396 s.; DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi Dolcini*, II, Milano, 2018, 717; PERINI C., *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *DPP* 10/2017, 1282; GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *LP* 2017, 3.

[8] L'argomento è approfondito in COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

[9] Il principio di sussidiarietà rappresenta le ragioni di salvaguardia della libertà e di efficienza del sistema che richiedono anche un uso sinergico ed una equilibrata gradualità di intervento dei diversi strumenti giuridici, alla luce dei quali appare controproducente introdurre norme penali quando altre norme siano sufficienti o assicurino i medesimi risultati; essendo, oltretutto, illusorio ritenere che il diritto penale possa da solo rimediare all'assenza di essenziali controlli preventivi che, invece, debbono essere garantiti da altri rami dell'ordinamento giuridico (cfr. ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim* 2011, 35 s.). Nel suo ambito di azione esterna il principio concerne la scelta di punire o non punire, in cui il diritto penale si colloca di fronte alla società e a tutti gli altri sistemi di controllo sociale di cui essa dispone - extragiuridici e giuridici: ordinamento civile, amministrativo, etc. - e interviene solo quando gli altri falliscano. Si parla di una scienza autonoma della sussidiarietà, da sviluppare unitamente alla teoria del bene giuridico e, quindi, di uno studio interdisciplinare e istituzionalizzato sui meccanismi di regolazione che consentono la protezione dei beni giuridici nel modo più efficace, ma anche, nella maggiore misura possibile, rispettoso della libertà (ROXIN, *Schlussbericht*, in Neumann, Prittwitz (ed.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2005, 183 s.). Occorre sottolineare la autonomia del principio di sussidiarietà rispetto a quello di *extrema ratio*-frammentarietà: il primo, pur avendo un ruolo fondamentale, è comunque subordinato al secondo, con cui è comunemente confuso, nel senso che la valutazione della efficacia degli altri strumenti di tutela va effettuato con riguardo a quei fatti illeciti che abbiano già superato il vaglio della *frammentarietà*, altrimenti potrebbero sanzionarsi penalmente fatti insignificanti solo perché si constati l'assenza di altri strumenti idonei a prevenirli, il che oltretutto finirebbe per sminuire il ruolo del principio di frammentarietà e rendere inutile la stessa delimitazione di un concetto materiale di reato.

[10] Cfr., ampiamente, anche MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2020, 88 ss..

[11] Cfr. anche GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 37, 41.

[12] In particolare, il rilievo attribuito alle valutazioni della persona offesa deriva dalla necessità di proteggere i suoi specifici interessi che possono essere colpiti dall'intervento penale (GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, 369).

[13] Sulla natura della querela e della sua remissione si contrappongono la tesi processuale (ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, artt. 85-149, 4^a ed., Milano, 2012, 268; GIUNTA, *Interessi privati*, cit., 100; C. S.U., 24.9.2009, n. 49783, ced rv 245162; C. S.U. 21.6.2012, n. 35599, ced rv 253242), che non propone però argomenti decisivi perché derivati dalle formule di proscioglimento, e la tesi mista sostanziale-processuale accolta dai compilatori del codice (anche il più recente giurisprudenza: C. S.U. 21.6.2018, n. 40150; C. II, 9.1.2020, n. 14987; C. II, 8.11.2018, n. 225/2019, ced rv 274734). Alla seconda consegue che le modifiche normative riguardanti la perseguibilità a querela vadano regolate dai principi in materia di *successione di leggi penali ex art. 2, co. 4° c.p.*, con l'effetto della irretroattività delle leggi penali sfavorevoli e della retroattività di quelle favorevoli, ovvero, rispettivamente, escludenti o introducenti la perseguibilità a querela di parte (C. II, 24.9.2008, n. 40399, ced rv 241862, in tema di previsione della perseguibilità a querela del delitto *ex art. 642 c.p.*, come modificato dall'art. 24, l. n. 273/2002; C. V, 8.6.2015, n. 44390, ced rv 265999, in tema di irretroattività della irrevocabilità della querela previsto dall'art. 612 *bis*, co. 4°, ult. parte, introdotto dal d.l. 14 n. 93/2013).

[14] *Contra* GIUNTA, *Interessi privati*, cit., 39, 57, che parla a tal proposito di *querela-opportunità*.

[15] V., *supra*, nota 9.

[16] Paraltro, si propone l'uso della querela a scopi deflativi: Giunta F., *Interessi privati*, cit., 57, 185, che parla di *querela-selezione*.

[17] Cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., 369.

[18] Si vedano, ad esempio, gli artt. 308, 309, 376 co. 1° e 2°, 387 co. 2° e 463 c.p..

[19] Cfr. anche PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP* 1986, 408 s..

[20] C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082, richiede appunto anche l'eliminazione del cd. *danno criminale*.

[21] MANCA, *La riparazione del danno*, cit., 114 s. e *passim*, parla con efficace immagine di riparazione algebrica.

[22] Conf. MANCA, *La riparazione del danno*, cit., 117 s., con rif. a C. S.U. 23.4.2015, n. 33864; *contra*, ma senza approfondimenti, tra gli altri, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2^a ed., 2017, 2 ss.; FIANDACA MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 8^a ed., 2020, 857; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10^a ed., 2021, 512.

[23] La causa di non punibilità sopravvenuta in questione, a nostro avviso, esclude la risarcibilità del danno da reato anche in sede civile perché, escludendo la sussistenza del reato in un suo elemento essenziale, impedisce l'applicabilità degli artt. art. 185 e 198 c.p. che la presuppongono. Una tesi, invece, la afferma perché reputa permanga la antiggiuridicità attribuita dalla norma penale con autonoma valutazione (così STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla 'punibilità'*, in *RIDPP* 1985, 413; PIOLETTI, voce *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. Pen. X*, 1995, 529), ma si può opporre che è la stessa previsione penale ad attribuire al fatto illecito una natura particolare, che esclude la permanenza dell'antigiuridicità "penale", prevedendone la non punibilità. Sull'interrogativo in generale cfr. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir. VI*, 1960, 626 s..

[24] V., *infra*, par. 7, n. 46.

[25] GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 19.

[26] C. V, 14.2.2019, n. 10390, ced rv 276028-01; C. II, 22.6.2021, n. 39252.

[27] Sollevati, ad es., da CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 2 s.;

SEMINARA, Perseguibilità *a querela*, cit., 398.

[28] C. II, 22.6.2021, n. 39252, pretende però il consenso del P.M. ex art. 469 c.p.p., ma così non può essere poiché l'art. 162 *ter* c.p. sottrae l'istituto al consenso delle parti, limitandosi a richiedere che vengano sentite.

[29] Non può che essere esclusiva espressione dell'auspicio di tornare al modello, di nessun pregio, dell'art. 35, d. lgs. n. 274/2000, voler intravedere nella previsione la sua anima conciliativa (così VENAFFRO, *Le condotte riparatorie tra deflazione e mediazione*, in De Francesco G., Gargani, Marzaduri, Notaro, *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Torino, 2019, 72 s.).

[30] Cfr. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *RTDPC* 1/2016, 54.

[31] Esclusa in tema di furto quando l'autore scoperto restituisca la merce asportata agli addetti alla vigilanza dell'esercizio commerciale: C. V, 13.11.2020, n. 2490/2021, ced rv 280253; C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082. C. II, 17.5.2018, n. 21922, esclude la volontarietà quando il reo agisca costretto dall'efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado, senza aver fatto acquiescenza ai capi civili della sentenza, e, pertanto, solo in via provvisoria e con diritto alla ripetizione in caso di esito favorevole dell'impugnazione svolta in sede di legittimità.

[32] Né è, d'altra parte, applicabile ai reati di competenza del Giudice di pace, data la peculiarità del sistema sostanziale e processuale relativo a tali reati: C. V, 10.6.2019, n. 47221, ced rv 277256; C. IV, 15.3.2019, n. 25843, ced rv 276370; C. S.U, 22.6.2017, n. 53683, ced rv 271587.

[33] Valutazione giudiziale riconosciuta anche con riferimento all'attenuante ex art. 62, n. 6: C. II, 23.11.2016, n. 53023.

[34] La persona offesa, però, può con la remissione della querela, che se non è ricusata dal reo estingue il reato (artt. 152, 155 c.p.), escludere ogni interferenza giudiziale sulla congruità del risarcimento.

[35] V. C. VI, 23.10.2018, n. 52671, ced rv 274579. Analogamente la giurisprudenza conclude anche in tema di circostanza attenuante ex art. 62, n. 6, per cui il giudice «può anche disattendere, con adeguata motivazione, finanche ogni dichiarazione satisfattiva resa dalla parte lesa» (C. IV, 14.7-20.9.2011, n. 34380; C.

V, 4.11.2015, n. 44562, ced rv 251508). Diversamente, argomentando dalla lettera della previsione, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 4 s..

[36] È pacifico, invece, che gode della non punibilità anche il concorrente nella condotta *post factum* riparatoria (LENCKNER, Sub § 266a, in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 29^a ed., 2014, n.m. 27; CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, 154 s.; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, 192).

[37] Ad esempio, l'art. 649 c.p. attribuisce rilievo ai legami familiari (in tema, ampiamente, COCCO, *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in *Resp. Civ. Prev.* 2015, 1048).

[38] Ad esempio, quando la controcondotta si limita a porre nel nulla il contributo individuale all'attività pericolosa la non punibilità non si estende ai concorrenti, come nelle ipotesi di cui agli artt. 308 n. 2 e 309 n. 2 c.p..

[39] *Contra* MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, 660; PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 333 s.; ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, RIDPP 1990, 68 s..

[40] SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958,232; PEDRAZZI, *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*, in *RIDP* 1954, 444, n. 41; ma anche BATTAGLINI, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 3^a ed., 1949, 162 s., 174 s..

[41] JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Berlin, 1996 (trad. spagn., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, 2002), 551 ss. (592 ss.); ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4^a ed., 2006, § 23, n.m. 32 s.; LENCKNER, *Introduz. §§ 32 s.*, in SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., n.m. 131; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. AT. Studienbuch*, Tübingen, 2^a ed., 1984, 262; MAURACH, ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1 - *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch*, 8^a ed., Heidelberg, 1992, 595, n.m. 32 ss.; PIOLETTI, voce *Punibilità*, cit., 530.

[42] V. C. cost. 31.3.1988, n. 370, in *Giur. Cost.* 1988, 1559.

[43] Anche FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., 192, pone la questione dei concorrenti impediti a beneficiare della causa di non punibilità dalla contro condotta già posta in essere da uno di essi.

[44] Conf. MANCA, *La riparazione del danno*, cit., 128; *contra* GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 22, argomentando ex art. 182 c.p..

[45] GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 22; MANCA, *La riparazione del danno*, cit., 127.

[46] V. MANCA, *La riparazione del danno*, cit., 126 s..

[47] Proposte, in particolare, da SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., 399 s..

[48] Per una applicazione dell'istituto alle figure tentate degli artt. 628, 629 e 630 c.p., assoggettate a querela di parte dall'art. 649 c.p., v. C. II, 17.10.2019, n. 44863. Conf. MANCA, *La riparazione del danno*, cit., 119 s.;

[49] Criticata in COCCO, *La punibilità*, cit., 47 ss., 82 ss..