

LA PROCEDIBILITÀ A QUERELA: VERSO LA DIMENSIONE LIQUIDA DEL DIRITTO POSTMODERNO?

di Clelia Iasevoli

(Professore associato di Diritto processuale penale dell'Università di Napoli Federico II)

Commento all'art. 1 co.16 lett. a) e b) l. 103/2017

Art.1 comma 16 lett.a e b l. 103/2017

Il Governo è delegato ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati e delle misure di sicurezza personali e per il riordino di alcuni settori del codice penale, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere la procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 del codice penale, e per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale, salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio qualora ricorra una delle seguenti condizioni:

- 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità;*
- 2) ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'articolo 339 del codice penale;*
- 3) nei reati contro il patrimonio, il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.*

b) prevedere che, per i reati perseguibili a querela ai sensi della lettera a), commessi prima della data di entrata in vigore delle disposizioni emanate in attuazione della medesima lettera a), il termine per presentare la querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato; prevedere che, se è pendente il procedimento, il pubblico ministero o il giudice informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata.

SOMMARIO: 1. La procedibilità a querela: un'opzione di politica criminale, ispirata ai *punitive damages*. - 1.1. Istanze deflattive e principi costituzionali.- 2. La clausola di esclusione. - 2.1. Il mutamento della procedibilità attraverso valutazioni *ex post*.- 3. I profili di diritto intertemporale (art.1 co.16 lett. b).- 4. La procedibilità a querela tra deflazione e prestazioni riparatorie. - 5. I riverberi processuali della sequenza querela-remissione-accettazione.- 5.1. Il nuovo istituto di cui all'art. 162 *ter* Cp.- 6. Il diritto alle informazioni e l'omessa previsione di oneri di partecipazione. - 7. I moduli anticognitivi nella postmodernità 'liquida'.

1.- La delega, di cui all'art. 1 comma 16 lett. a l. n. 103/2017, prevede l'ampliamento della procedibilità a querela al fine di migliorare l'efficienza del processo penale e di ridurre i carichi della giurisdizione. Il potere attribuito al Governo implica, pertanto, delicate valutazioni discrezionali, che presuppongono operazioni di bilanciamento assai complesse¹, relative al giusto temperamento di interessi contrapposti².

Si tratta, però, di una tecnica deflattiva già sperimentata, di essa vi è traccia nell'intervento di ordine sistematico realizzato con la legge n. 689 del 1981, che, con intento analogo, modificò la procedibilità d'ufficio di talune fattispecie accomunate da interessi di natura privata, con l'effetto di ricollocarne il relativo disvalore sul piano delle relazioni interpersonali. Il correttivo era ed è volto ad evitare la cristallizzazione dei limiti e degli eccessi di talune opzioni politico-criminali, facendo prevalere l'interesse concreto ed attuale all'azionabilità della tutela penale, anche - e soprattutto - nella prospettiva dei riverberi processuali.

Siamo di fronte ad un modello di privatizzazione della tutela, comprensivo sia degli istituti riparatori (art. 162-*ter* Cp) sia delle sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. n.7/2016), applicate ad illeciti prima previsti come delitti procedibili a querela. Più specificamente il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5), ha abrogato varie fattispecie a protezione della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, a favore della cassa delle ammende, con finalità preventiva e repressiva.

Il raggio abrogativo comprende delitti, che riguardano rapporti sostanzialmente economico-patrimoniali intercorrenti tra privati oppure relazioni interpersonali (es. ingiuria), che implicano una conseguenza patrimonialmente valutabile. Ed in questo contesto di trasformazioni, «l'abrogazione di reati e la contestuale introduzione di illeciti sottoposti a sanzioni civili pecuniarie rappresenta una soluzione innovativa, che non trova antecedenti nel nostro ordinamento

¹ Secondo la giurisprudenza costituzionale tali opzioni sarebbero sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo per vizio di manifesta irrazionalità. C. cost., ord., 23.12.2013 n. 324, in www.cortecostituzionale.it; C. cost., ord., 19.5.2003 n. 178, in www.cortecostituzionale.it; C. cost., ord., 21.3.2001 n. 91, www.cortecostituzionale.it; C. cost., ord., 14 luglio 1999 n. 354, in www.cortecostituzionale.it.

² Sul pacchetto novellistico in senso critico, G. Riccio, *La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne*, in www.archiviopenale.it, 25 ottobre 2017. Secondo l'Autore la legge Orlando ha puntato sulle parti, anche se non realizza un processo di parti, né altra forma di processo accusatorio, essendo mortificati accertamento e giurisdizione.

giuridico e che impone scelte valutative e implicazioni ermeneutiche a dir poco impegnative soprattutto per quel concerne la costruzione – con metodo sperimentale – della disciplina sostanziale e processuale della nuova figura punitiva»³.

Al riguardo, le Sezioni unite civili⁴ hanno evidenziato la funzione *lato sensu* sanzionatoria del risarcimento del danno, compatibile con la nostra tradizione giuridica, a condizione che sia prevista dalla legge, in conformità all'art. 25 co. 2 Cost. e all'art. 7 Cedu.

Da qui la natura polifunzionale del risarcimento del danno che, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria, svela profili 'punitivi', serventi ai bisogni emergenziali del legislatore.

Tra le due diverse forme di declinazione del risarcimento 'punitivo', l'una caratterizzata da aspetti strettamente riparatori (art. 162-ter Cp), l'altra da aspetti sanzionatori (d.lgs. 7/2016), si colloca la procedibilità a querela, come punto intermedio di equilibrio fra due opposte esigenze: evitare il rischio che siano impuniti fatti lesivi di beni primari o che sia inattuata l'esigenza di ristoro anche morale della vittima; impedire l'operatività di meccanismi repressivi automatici, che, pur osservando il principio di obbligatorietà dell'azione penale, rendano impossibile il controllo effettivo di fatti offensivi e meritevoli di tutela penale.

Vi è, dunque, una graduazione delle strategie apprestate dall'ordinamento al fine di fornire una risposta all'inflazione penale, essa parte da due distinti modelli di depenalizzazione: la degradazione del reato ad illecito amministrativo (d.lgs. n.8/2016) e la trasformazione di alcune fattispecie di parte speciale procedibili a querela, espressamente elencate, in illeciti sottoposti a sanzione civile pecuniaria (d.lgs n.7/2016); fino ad approdare all'art. 1 all'art. 1 comma 16 lett. a l. n. 103/2017.

Si tratta di tecniche di intervento, che ricorrendo al criterio selettivo identificato nel tipo di sanzione, non consentono l'adeguamento delle differenti sfere di tutela alla nuova scala di valori. Eppure, «la prospettiva della depenalizzazione acquista un'ulteriore specificità per l'effetto delle tesi che, cercando di ancorare a premesse d'ordine costituzionale la qualificazione del diritto penale come *extrema ratio* di tutela (carattere frammentario, sussidiario ecc. del diritto penale), delimitano l'oggetto dell'intervento sanzionatorio penale a beni o valori di specifica rilevanza

³ Così, A. Gargani, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *DPP*, 2016, 578. Secondo l'Autore «non si possono nutrire soverchie illusioni circa la portata deflattiva del duplice intervento di depenalizzazione. Se, salve alcune eccezioni, la trasformazione di reati in illeciti amministrativi, di cui al D.Lgs. n.8/2016, non sembra in grado di incidere più di tanto sugli eccessi giudiziari, anche l'impatto del D.Lgs n.7/2016 sul carico degli uffici giudiziari non potrà che essere relativo. Meritano, invece, di essere sottolineati il valore innovativo, il pregnante significato, che, sul piano politico criminale, presenta la sperimentazione legislativa di sanzioni punitive civili, alternative ai tradizionali strumenti sanzionatori. E'indubbio che il nuovo istituto punitivo sia stato circoscritto dal legislatore ad un ristretto ambito di tutela, avente ad oggetto interessi minori. Quale concreta attuazione del principio di proporzionalità e sussidiarietà nel ricorso alla pena, il nuovo istituto potrebbe, in futuro, subire un'estensione applicativa, con un ampliamento tipologico e qualitativo dei precetti. In questa prospettiva, la disciplina di cui al D.Lgs n. 7/2016 è destinata a rappresentare la base normativa dell'implementazione di quella che può considerarsi la nuova appendice punitiva del processo civile». Ancora sul tema, A. Gargani, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria'* (art. 2 l.28.4.2014 n.67, in www.lalegislazionepenale.it, 1 ss.; F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *RIDPP*, 2014, 1703; T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD*, n.8, 2016, 76.

⁴ Cass. civ., S. U, 5.7.2017, n. 16601, in www.giustizia.it.

costituzionale: con ciò individuando il fondamento attuale del diritto di punire in un rinnovato patto (costituzionale) e nella tutela dei principali valori assunti a contenuto del medesimo⁵».

D'altra parte, il bene giuridico corrisponde ad un'entità concettuale idonea a definire in forma sintetica l'interesse individuale o collettivo alla cui salvaguardia l'ordinamento connette un valore giuridico e che si riflette nella singola norma incriminatrice: esso, dal punto di vista dommatico, rappresenta l'oggetto giuridico del reato. Ed è risaputo che la funzione esegetica del bene giuridico ha un ruolo pregnante nell'ambito della tipicità del fatto⁶, in quanto essenziale all'interpretazione della fattispecie, concorrendo a definire i confini e a distinguerla da altre fattispecie, nonché da fatti non penalmente rilevanti. Questa funzione è recuperata attraverso la procedibilità a querela.

Rimettere al titolare del bene giuridico la valutazione in ordine alla concretezza dell'offesa⁷, significa porre nella sua disponibilità l'azionabilità della tutela penale e l'instaurazione del processo.

La querela esprime un'esigenza di politica criminale sottesa all'an del processo e alla sussidiarietà dello strumento penale; in questo contesto assume centralità la storicità del fatto in maniera autonoma rispetto al reato, orientandosi verso la concretezza dell'azione.

A voler approfondire il punto di contatto tra fatto e fattispecie astratta, si scoprono interconnessioni riconducibili ad un rapporto di progressivo avvicinamento tra storicità e tipicità, fino alla sussunzione dell'accadimento naturalistico nella qualificazione normativa; ma quest'ultima è operazione del pubblico ministero. In queste direzioni, però, si coglie l'autonomia in senso processuale del fatto come il complesso delle note descrittive necessarie a cogliere un avvenimento nella sua identità, esse, in quanto tali valgono a connotarlo come notizia di reato. Il versante coinvolto è quello della fenomenologia naturalistica della condotta, cioè la concretezza dell'accadimento, che distingue quel fatto da altri, per l'insieme degli elementi che lo caratterizzano.

L'accezione fattuale che entra in gioco – rispetto alla querela – è da rinvenirsi nella storicità dell'accadimento, nelle sue coordinate spazio-temporali, nonché nelle modalità di esecuzione. A seconda dei punti di osservazione privilegiati, si può restituire autonomia alla nozione di fatto sul piano processuale come presupposto concreto dell'utilità dell'accertamento, recuperando l'effettività del principio di economia processuale

⁵ F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta reale nella politica criminale?*, in *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997, 1443

⁶ Sulla funzione esegetica del bene giuridico, cfr. T. Padovani, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 121; S. Moccia, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *RIDPP*, 1995, 367.

⁷ Cfr. C. E. Paliero, *Il principio di offensività del diritto penale*, in *RIDPP*, 1990, 430; G. Fiandaca, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *AA.VV., Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1991, 70 e 71; C. Fiore, *Il principio di offensività*, in *IP*, 1994, 277.

1.1. Partendo dall'osservazione secondo cui la conformità al tipo è il contrassegno del fatto penalmente rilevante; ne consegue che, nell'ipotesi di difformità dalla fattispecie astratta, l'accadimento naturalistico si colloca fuori dall'area del penalmente rilevante. Il primo gradino da superare per l'instaurazione del processo è la definizione della tipicità del comportamento attraverso l'operazione di sussunzione della condotta concreta in quella astrattamente prevista; e non è un caso che esso sia il primo gradino anche nella scala sistematica della categoria di reato.

Tuttavia, la tipicità è soltanto un indizio di reato. Vi è una netta separazione fra gli elementi descrittivi della fattispecie e i momenti valutativi della stessa, le opzioni di politica criminale, che valorizzano questa netta separazione realizzano il processo come *extrema ratio*. Se una cosa è la valutazione di corrispondenza della condotta al tipo legale descritto dalla norma penale, altra cosa è il giudizio circa il suo contrasto con le pretese dell'ordinamento giuridico; ne consegue che in un primo stadio il fatto appare come neutro, nonostante la sua corrispondenza al modello legale, esso può essere lecito o illecito. Ed è qui che si inserisce la valutazione della persona offesa circa la procedibilità.

In buona sostanza, se si stacca l'antigiuridicità dal fatto tipico, quest'ultimo resta isolato nella sfera descrittiva, rivelando la centralità della tipicità oggettiva come complesso dei dati naturalistici, che nella dimensione interpersonale dell'illecito sono nel patrimonio cognitivo della persona offesa. Il riverbero processuale di queste considerazioni si insinua nella disomogeneità fasica e nella diversità degli oggetti di ogni singola fase processuale; rispetto ai quali la persona offesa può far valere un potere di disponibilità sull'oggetto giuridico, limitatamente alle ipotesi in cui esso esprima un interesse individuale.

Parimenti, si sa che la specifica rilevanza penale di un comportamento umano è definita sul piano della tipicità del suo contenuto di aggressione ad un determinato bene giuridico, dalle modalità esterne della stessa e dall'atteggiamento psicologico dell'agente in un gioco di influenze reciproche fra disvalore dell'evento e disvalore della condotta, entrambi decisivi per la configurazione del fatto tipico. Il dato della lesione o anche della messa in pericolo del bene protetto si profila come condizionante e, dunque, necessario per la rilevanza penale del fatto.

La tecnica della procedibilità a querela ha il pregio di condizionare la repressione penale di un fatto di reato, astrattamente offensivo di un bene meritevole di protezione, alla valutazione in concreto della sua gravità da parte dell'offeso, non soltanto con riferimento all'instaurazione del processo, ma anche durante la progressione processuale, ampliando la possibilità di meccanismi conciliativi, che mirano a diminuire i carichi processuali con finalità deflattive del contenzioso giudiziario.

Dunque, la modifica legislativa valorizza l'interesse dei soggetti privati alla repressione della condotta illecita del reo, in un ambito in cui è dato particolare valore all'offesa dei beni ritenuti *ex lege* di interesse strettamente individuale e considerati come tali dalla collettività. La valutazione dell'offensività del fatto illecito è rimessa, innanzitutto, all'offeso.

In sintesi, la delega, di cui all'art. 1 comma 16 lett. a l. n. 103/2017, pur da altra prospettiva, svela affinità e convergenze finalistiche con il d.lgs. n. 7/2016, perseguendo, per un verso, l'obiettivo di ampliare i reati procedibili a querela della persona offesa al fine di restituire efficienza ed effettività al sistema penale, facendo confluire tali fattispecie nell'area di operatività della causa di estinzione del reato per condotte riparatorie, di cui all'art. 162-ter Cp; per altro verso, l'obiettivo di favorire la conciliazione, riducendo i carichi processuali, che spesso riescono a perfezionarsi proprio nelle fasi preliminari del giudizio, quando si avverte più impellente l'esigenza di evitare la *violenza* del processo, prima ancora della condanna.

La procedibilità a querela sottopone al titolare del bene giuridico la valutazione dell'opportunità di continuare ad utilizzare la sanzione penale in considerazione della concreta offensività e della rilevanza sociale dei singoli comportamenti vietati. D'altra parte, il connotato dell'indiscutibile disvalore sociale costituisce condizione indispensabile per la condivisa criminalizzazione di un fatto e per poter proporre al singolo un percorso di recupero sociale. Il combinato disposto degli artt. 27 comma 3, 13, 25 comma 2 Cost. esprime canoni di accentuata significatività per la costruzione dell'intero sistema penale nella logica dell'*ultima ratio*, al cui interno gioca un ruolo fondamentale il principio di offensività del fatto di reato⁸. L'idea della pena come integrazione sociale impone che la legge punisca solo quei comportamenti, che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza diffusamente avvertita come tale; sicché diventa essenziale la dannosità sociale del fatto che si esprime nell'offesa al bene giuridico. In relazione a questo assetto assiologico, la procedibilità a querela si pone tra deflazione e prestazioni riparatorie, sostanziandosi in una nuova tecnica di depenalizzazione.

E se la patologica lentezza del processo penale e l'enorme carico di lavoro rendono appetibile per il legislatore ogni rimedio improntato a finalità di semplificazione e accelerazione, sia pure attraverso sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario⁹, il limite, però, non può non essere costituito dall'osservanza del canone della proporzionalità. Esso, «una volta collocato sul piano delle scelte (e delle corrispondenti tecniche) di tutela, ed in particolare su quello della ponderazione dei 'diritti' sui quali tali scelte sono destinate ad incidere, reca impressa l'esigenza di valorizzare il rapporto tra autore e vittime (potenziali) dell'illecito proprio alla luce delle dinamiche 'interpersonali' che qualificano le vicende inerenti a quel rapporto [...] ciò che conta è che la 'regola' volta a conciliare le pretese che sono alla base dei correlativi 'diritti' ne assuma il significato e la valenza assiologica nell'ottica di 'equa ripartizione' delle sfere entro le quali i medesimi possano venire goduti od esercitati¹⁰».

La tesi è corroborata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹¹, secondo cui l'operazione di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti deve svolgersi mediante ponderazioni inerenti alla proporzionalità dei mezzi prescelti

⁸ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, 111.

⁹ E. Amodio, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di un'effettiva speditezza processuale*, Milano 2013, 1 e ss.

¹⁰ G.A. De Francesco, *op. cit.*, 871.

¹¹ *Ex multis*, C. cost., 1.4.2014 n. 65, in www.giustizia.it; C. cost., 8.7.2013 n. 216, in www.giustizia.it.

rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che si intendono perseguire, tenendo in debito conto le circostanze e le limitazioni sussistenti. Si vuole evidenziare che il *test* di proporzionalità, unitamente a quello di ragionevolezza, implica la valutazione della norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sotto il profilo dell'idoneità al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti. Nel senso che tra più misure appropriate, occorre prescrivere quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilire oneri non sproporzionati rispetto al raggiungimento di tali obiettivi¹².

L'impostazione è anche in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹³, secondo cui la tutela dei diritti delle vittime deriva dal principio del *fair trial* (art. 6 Cedu); né si possono trascurare le suggestioni europee connesse ad un diritto penale di tipo conciliativo o di una giustizia riparativa, sebbene non più circoscritta soltanto alla definizione dei processi concernenti reati contro il patrimonio¹⁴.

Tuttavia, il principio della ragionevole durata del processo va temperato con le altre garanzie costituzionali, il cui sacrificio non è sindacabile, soltanto se sorretto da una valida *ratio* fondativa¹⁵. Ad esso possono arrecare un *vulnus* le norme procedurali, che comportino una dilatazione temporale dell'accertamento, senza rispondere ad alcuna logica esigenza.

Il processo è pena; è stigmatizzante; è violenza¹⁶, dunque, deve essere l'*ultima ratio* e avere una *durata ragionevole*.

2. Eppure, il mandato della legge delega non è ampio al punto da tradursi nella revisione complessiva del regime di procedibilità: esso consente la valutazione di quali reati, oggi procedibili d'ufficio, che possono essere inclusi o esclusi dall'area di operatività del potere dispositivo della querela.

Le fattispecie legali coinvolte sono individuate sulla base del criterio selettivo, di natura formale, incentrato sulla previsione della pena edittale pecuniaria o della soglia-limite della pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola o congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, per i reati contro la persona, fatta eccezione per il delitto di violenza privata (art. 610 Cp). Sebbene nei delitti contro la libertà della persona, il legislatore abbia ritenuto di lasciare alla vittima la valutazione dell'opportunità del procedimento, in ordine a fatti che incidano profondamente nella sua sfera privata, si condividono le ragioni sottese all'eccezione costituita dall'art. 610 Cp. La norma punisce chiunque, con violenza o minaccia, costringa altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa. Oggetto giuridico del reato è la tutela della libertà psichica del soggetto, nel senso di salvaguardare la libertà dei comportamenti, attivi o omissivi, che ciascun soggetto intende realizzare. Qui il condizionamento del

¹² In merito, cfr. C. cost., 13.1.2014 n.1, in www.giustizia.it.

¹³ C. eur., 24.2.2005, Sottani c. Italia.

¹⁴ G. Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze 2011, *passim*.

¹⁵ *Ex plurimis*, C. cost., 6.6.2014, n. 159, in www.giustizia.it

¹⁶ Se abbiamo ben inteso il prezioso contributo di M. Nobili, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, *passim*.

soggetto passivo si manifesta con l'attuazione da parte dello stesso di un contegno (commissivo od omissivo), che egli non avrebbe assunto, ovvero la coartata sopportazione di una altrui condotta, che egli non avrebbe tollerato. Per effetto della condotta criminosa di intimidazione, che mina la libertà di autodeterminazione con concreto evento di danno, si produce una reale e specifica coercizione comportamentale della vittima, che determina la consumazione del reato. La fattispecie, quindi, non è compatibile con l'attribuzione alla vittima di un potere di disponibilità in ordine all'oggetto giuridico, risentendo la vittima dei condizionamenti psicologici ad opera dell'autore.

Viceversa, per la categoria dei reati contro il patrimonio non sono prescritti limiti edittali.

L'eterogeneità delle figure criminose, sottoponibili alla procedibilità a querela, è circoscritta dalla clausola di esclusione 'salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio' qualora: 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità; 2) ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'articolo 339 Cp; 3) nei reati contro il patrimonio, il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

Nulla quaestio per le eccezioni costituite dall'incapacità e dall'infermità della vittima: esse *a priori* sono incompatibili con la manifestazione di volontà, che condiziona il valido instaurarsi del rapporto processuale. Siffatta situazione si riscontra nelle fattispecie di cui all'art. 590-bis co.1, 4,5, e 6 Cp¹⁷; nel reato di lesioni personali colpose con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, di cui all'art. 590, u.c. Cp. In queste ipotesi la persona offesa, avendo subito una lesione, versa in uno *status* di invalidazione sia pure temporanea per condizioni strutturali connesse all'esistenza di un rapporto di lavoro, può trovarsi di fatto in situazione di minore capacità. Il regime di procedibilità d'ufficio va mantenuto anche per il delitto di omissione di soccorso di cui all'art. 593 Cp e per il delitto di stato di incapacità procurato mediante violenza di cui all'art. 613 co. 1 Cp. Uno stato di incapacità del tutto equiparabile a quello dell'infermità è quello in cui versa la persona offesa nel delitto di abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 Cp).

E se il raggio d'azione dell'estensione della procedibilità a querela si muove all'interno del confine di quei delitti, implicanti rapporti tra privati; esso chiaramente non comprende quelle figure criminose poste a tutela di beni pubblici o di beni di rilevante interesse pubblico o quando le condotte si connotino per tratti di violenza o minaccia, riconducibili all'ipotesi aggravata di cui all'art. 339 Cp. Ci riferiamo alla situazione in cui la violenza o minaccia siano commesse mediante il lancio o l'utilizzo di corpi contundenti o altri oggetti atti ad offendere. Ne consegue che l'intero ventaglio di condotte punibili come danneggiamento¹⁸ non è compatibile con

¹⁷ Le fattispecie sono state oggetto di una recente novella legislativa ad opera della l. 23 marzo 2016, n. 41, recante introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

¹⁸ Non a caso la riformulazione operata dal decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 7, in tema di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili ha mantenuto la rilevanza penale delle condotte di danneggiamento

il criterio direttivo della delega, che è la significatività dell'interpersonalità dell'illecito penale¹⁹.

In definitiva, se l'obiettivo è la composizione della conflittualità fra soggetti privati, anche attraverso l'estinzione del reato per condotte riparatorie, l'ambito applicativo della delega non può essere esteso alle fattispecie dirette alla tutela di interessi pubblici (artt. 631, 632, 633 co.1, 636, 639-bis C.p.; art. 635-ter, 635-quinquies, 639 co.2 C.p.). La procedibilità a querela – giova ripeterlo – costituisce un indicatore della valorizzazione dell'interesse privato alla punizione del colpevole in un ambito di penalità connotato dall'offesa a beni strettamente individuali e non, certamente, di natura pubblica.

Inoltre, i criteri direttivi, compresa la clausola di esclusione, implicano la necessità dell'individuazione precisa dell'intervento della persona offesa all'interno della configurazione dei delitti; ciò non è possibile nei casi delineati dagli artt. 588, 648-ter ico. 2 Cp; allo stesso modo, non è possibile qualora le condotte abbiano una potenzialità lesiva che trascende la posizione meramente individuale, si pensi al delitto di frode informatica di cui all'art. 640-quinquies Cp. Restano estranei all'intervento riformatore le figure criminose che, pur avendo di mira la tutela di interessi individuali, proiettano la loro potenziale offensività ben oltre la dimensione individuale, connotandosi per la difficoltà di accertamento (art. 615-quater, 615-quinquies, 617-quinquies co.1. Cp). Ancora, sono fuori dall'area della modifica quei delitti in cui non si riesce ad individuare agevolmente il soggetto legittimato a proporre querela (es. 617-bis Cp).

2.1. Le situazioni derogatorie, identificate nelle circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero nelle circostanze indicate nell'art. 339 Cp e nella rilevante gravità del danno – quest'ultima nei reati contro il patrimonio –, sembrano attestare un'interdipendenza tra il modo di perseguibilità e la maggiore o minore gravità del reato, correlata anche alle peculiarità della fattispecie e del bene offeso dalla condotta criminosa.

Tutto ciò sullo sfondo dell'area implicata dalla delega, che si spinge fino a comprendere illeciti di particolare gravità o, se si preferisce, di media entità, proprio nella proiezione finalistica di un significativo decongestionamento della giustizia penale²⁰, poiché la procedibilità d'ufficio comporta un allungamento dei tempi del processo ed impedisce la realizzazione dell'effetto deflattivo, connesso al modulo querela-remissione-accettazione.

Ora, non è discutibile che la pregnanza del disvalore sociale emergente dalle circostanze aggravanti o dalla gravità del danno arrecato all'offeso siano più che valide argomentazioni poste a fondamento della procedibilità d'ufficio; ma altra è la questione.

con violenza o minaccia o commesse in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico; sono altresì punibili le condotte di danneggiamento perpetrate su beni pubblici e su altra categoria di beni che, per quanto privati, sono di particolare utilità sociale (edifici di culto, opere destinate all'irrigazione, boschi, selve e foreste).

¹⁹ In merito si rinvia alle osservazioni di G. De Francesco, "Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive di tutela, in *CP*, 2015, 873 ss.

²⁰ Così, L. Parlato, *Il contributo della vittima fra azione e prova*, Palermo 2012, 49 ss.

Il diverso regime di procedibilità di due ipotesi criminose, riconducibili alla stessa fattispecie legale, può apparire, eccessivamente vago, se non ancorato a criteri affidabili. Si pensi all'eccessiva indeterminatezza della rilevante gravità del danno nei reati contro il patrimonio.

Su questo versante, la formulazione della legge delega risulta così indeterminata da tradursi in una delega in bianco, non adeguata ad orientare l'attività normativa del Governo, evidenziando profili di incostituzionalità con l'art. 76 Cost. Si vuole dire che la previsione di generiche soglie edittali, nonché il riferimento alle circostanze aggravanti o al danno di rilevante gravità risultano inadatti ad indirizzare il legislatore delegato, il cui ambito di intervento è sganciato da ogni criterio suscettibile di valutazioni *ex ante*, essendo rimesso a verifiche *ex post* aventi ad oggetto la storicità del fatto.

Dunque: sarebbe stata opportuna una maggiore tipizzazione delle soglie di rilevanza, dal momento che non si potrà ricorrere a criteri tecnico-normativi estranei all'oggetto della delega legislativa. In particolare, il rinvio alle circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero alle circostanze di cui all'art. 339 Cp acuisce i casi dubbi, che si rinvergono nell'area grigia, posta ai margini di quasi tutte le figure criminose: da qui le possibili soluzioni antitetiche sul piano applicativo. Se rimettere la perseguibilità di taluni reati alla libera determinazione della persona offesa significa porre un limite all'obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, in presenza di una notizia di reato, il dubbio sull'esistenza del limite si risolve in un *vulnus* all'art. 112 Cost.

Sia chiaro, non stiamo mettendo in discussione un dato assodato e, cioè, che l'obbligatorietà dell'azione penale non esclude che l'ordinamento possa prescrivere determinate condizioni per il suo promovimento o per la sua prosecuzione²¹. Nella specie la querela (art. 336 Cpp e art. 120 Cp) subordina l'insorgenza dell'obbligo di esercitare l'azione penale ad una manifestazione di volontà dell'offeso, avente ad oggetto un preventivo apprezzamento dell'interesse lesa e della tutela offerta in sede penale.

In poche parole, il primo vaglio di fondatezza della notizia di reato spetta alla persona offesa: la mancanza di una concreta offensività del fatto storico dovrebbe orientare la vittima a non presentare la querela; vertendosi in una situazione peculiare di insostenibilità dell'azione in giudizio (art. 125 disp.att.). Siamo in uno stadio in cui non son presenti elementi idonei a fondare la notizia di reato, per questa ragione ogni attività procedimentale risulta non solo superflua, ma dispersiva: la tipicità apparente del fatto non giustifica l'instaurazione del processo, mancando l'oggetto dell'accertamento.

Peraltro, le norme che introducono condizioni di procedibilità hanno natura speciale e derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria, pertanto, non trasformano l'azione penale in facoltativa, né sottraggono il pubblico ministero al principio di legalità processuale, cosa che, invece, accade in quelle zone ambigue in cui si origina il dubbio sull'esistenza della condizione di procedibilità.

²¹ F. Falato, *La querela tra azione pubblica e privata*, Napoli 2012, *passim*.

Siamo dell'avviso che l'affidamento della procedibilità d'ufficio a condizioni verificabili *ex post*, contrasti con i principi di tassatività e di uguaglianza di cui agli artt. 3, 25 comma 2 e 112 Cost. Esse lascerebbero al pubblico ministero o al giudice il compito, svincolato da ogni parametro oggettivo, di darvi concretezza, aprendo il varco a sperequazioni trattamentali.

Questo è il punto di crisi.

3. Sul versante del diritto intertemporale, la lett. *b* dell'art. 1 comma 16 l. n. 103 del 2017 prescrive la retroattività in *bonam partem* della disciplina, che modifica il regime di procedibilità a querela per i reati, commessi prima della data di entrata in vigore della stessa, con decorrenza da questa data del termine per proporla. Si tratta di una norma transitoria che deroga alla regola secondo cui «il diritto di querela non può essere esercitato, decorsi tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato» (art. 124 co. 1 Cp).

Al riguardo, va osservato che il *dies a quo* coincide con il momento in cui il titolare abbia avuto conoscenza certa del fatto-reato nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, conoscenza che può essere acquisita in modo completo soltanto se e quando il soggetto passivo abbia avuto contezza dell'identità dell'autore e possa, quindi, liberamente determinarsi²². Ne consegue che qualora siano stati svolti tempestivi accertamenti, indispensabili per l'individuazione dell'autore, il termine di cui all'art. 124 Cp decorre, non dal momento in cui la persona offesa venga a conoscenza del fatto oggettivo del reato, né da quello in cui, sulla base di semplici sospetti, indirizza le indagini verso una determinata persona, ma dall'esito delle stesse indagini.

Ora, se la vittima ha già avuto notizia del fatto reato, il differimento del termine a partire dalla data di entrata in vigore delle disposizioni emanate in attuazione della lett. *a* dell'art. 1 comma 16 l. n. 103 del 2017, costituisce una manifestazione peculiare della retroattività della norma favorevole di cui all'art. 2 co. 4 Cp. La norma transitoria è volta a chiarire i possibili equivoci connessi all'orientamento²³ secondo cui l'art. 2 co.4 Cp non si applica nell'ipotesi di *successione nel tempo* di norme extrapenali integratrici del precetto penale, che non incidano sulla struttura essenziale del reato e, quindi, sulla fattispecie tipica, ma ne comportino esclusivamente una variazione inerente alla sua complessiva valenza giuridica. Sicuramente la querela non è riconducibile alla categoria delle norme extrapenali, ma la sua natura processuale avrebbe potuto dare adito ad equivoci, poiché la Cassazione²⁴ afferma che il principio di retroattività della *lex mitior* (art. 2 Cp e 7 Cedu) non è un principio dell'ordinamento processuale.

La delega, prevedendo la disposizione transitoria, riconosce implicitamente la natura processuale della querela, che implicherebbe l'operatività del canone del *tempus regit actum*, manifestazione peculiare dell'art. 11 preleggi, dal quale discende che la forma e le modalità dell'atto processuale sono quelle previste dalla legge

²² *Ex multis*, Cass. 18.10.2017, n. 47935, in www.giustizia.it.

²³ *Ex multis*, Cass. 16.1.2017, n.1755 in www.giustizia.it.

²⁴ Cass. S. U., 31.3.2011, n. 27919 Rv. 250196. Da ultimo, Cass. 19.7.2017, n. 35588 in www.giustizia.it.

vigente al momento in cui l'atto è stato compiuto. La ratio di tutela è da rinvenirsi nel legittimo affidamento delle parti nello svolgimento del processo, secondo le regole in vigore al tempo del compimento degli atti, affinché le stesse conoscano il momento in cui sorgano oneri con effetti pregiudizievoli.

Sul fronte del procedere, il *tempus regit actum* costituisce una garanzia nella misura in cui *cristallizza le regole del gioco*, tenendo al riparo le situazioni soggettive protette dall'operatività di modifiche *in pejus*. Se, da un lato, la legge processuale è di immediata applicazione, dall'altro, non si può trascurare l'aspettativa di chi, essendosi già uniformato alle regole del rito, non debba temere pregiudizio per il sopravvenire di un'innovazione *in malam partem*. L'area dell'irretroattività si radica sul carattere sfavorevole del *novum* per la posizione dell'individuo; il che significa che essa cede soltanto nell'ipotesi in cui siano favorevoli le disposizioni successive.

Ebbene, l'espresso conferimento all'offeso di un diritto potestativo apre un percorso differenziato all'interno della progressione processuale più favorevole all'imputato, pertanto, la statuizione dell'obbligo di informare la persona offesa della facoltà di esercitare il diritto di querela, nell'ipotesi in cui sia già pendente il procedimento, si inserisce legittimamente nella sequenza ordinata di atti, modulata secondo un preciso ordine cronologico di attività, di fasi e di gradi, ed è legalmente tipicizzata in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale in vista del raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra esigenze di giustizia, di certezza e di economia.

Pertanto, non può che accogliersi con favore la previsione secondo cui il termine di tre mesi per proporre querela va computato dal giorno in cui il pubblico ministero o il giudice abbiano adempiuto all'obbligo di informare l'offeso, per la sua evidente strumentalità.

In sintesi, la lett *b* dell'art. 16 regola i tempi e i modi dell'esercizio del diritto potestativo della vittima, dal quale dipendono lo sviluppo del processo e le strategie deflative a tutela della durata ragionevole.

4. In questa prospettiva metodica si aprono nuove sponde di riflessione sulla procedibilità a querela tra deflazione e prestazioni riparatorie.

A fronte della tenuità dell'interesse pubblico, il legislatore può privilegiare la volontà del privato, come presupposto della procedibilità per ragioni di opportunità²⁵. La linea politica, che si rinviene nella delega di cui all'art. 1 comma 16 l. n. 103/2017, aspira a pretese sistemiche di simmetria con le innovazioni introdotte nel codice di rito dal d.lgs. n. 212/2015, per dare attuazione alla direttiva 2012/29/UE, inerente a norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato²⁶.

²⁵ In tal senso, già F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano 1993, *passim*.

²⁶ Cfr. L. Luparia, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?* in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Luparia, Torino 2012, 36; M. E. Catalano, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in RIDPP 2014, 1801; M. Montagna, *I diritti minimi della vittima*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 299; F. Del Vecchio, *Il danno alla vittima del reato e i suoi rimedi*, Padova 2017, *passim*; R. Orlandi, *I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale*, in *Vittime del reato e sistema penale*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino 2017, 167.

Più specificamente, l'art. 90-bis Cpp al co. 1, lett. n, prevede che all'offeso, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, sia data informazione in merito «alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'art.152 co. 2 Cp, ove possibile, o attraverso la mediazione»²⁷. Tale informazione costituisce il presupposto essenziale per l'esercizio del potere dispositivo dell'offeso sulla progressione processuale, mediante la sequenza querela-remissione-accettazione: su di esso si fondano le soluzioni alternative *al* processo e *dal* processo²⁸. Ma non solo. Come è noto, la persona offesa deve essere informata delle facoltà, che le spettano nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto²⁹ (art. 90-bis co. 1 lett. o Cpp).

I limiti del presente lavoro non consentono, né richiedono l'analisi di tali meccanismi diversivi dall'indubbia rilevanza sistemica: qui è necessario soffermare l'attenzione sulla procedibilità a querela come opzione, che si muove nella duplice direzione di colmare, per un verso, la lacuna inerente alle forme *restorative justice* nel processo ordinario e, per altro verso, di incentivare la deflazione processuale, valorizzando le manifestazioni di volontà della vittima³⁰. La convinzione è che dal decongestionamento dell'eccessivo carico penale dipenda l'effettivo funzionamento del rito accusatorio.

Non si vuole soltanto promuovere l'incontro fra vittima e reo, che diviene occasione per ottenere una riparazione morale, favorendo l'integrazione sociale dell'imputato attraverso percorsi di responsabilizzazione meno repressivi; l'obiettivo è di più ampia portata: 'sgravare' il carico giudiziario, trasformando il processo in *extrema ratio*. Se questa, però, è preoccupazione condivisa, non lo sono, invece, le soluzioni emergenziali di depenalizzazione in concreto, affidate al giudice; siamo dell'avviso che sia necessaria la messa a punto di un'opera sistematica di depenalizzazione, che – purtroppo! – continua ad essere trascurata.

Da un punto di vista più generale, le nuove strategie evidenziano assonanze con il microsistema di diritto penale mite, tipico del procedimento davanti al giudice di pace³¹, che si connota per la rinuncia alla pena detentiva e per il diffuso spazio dedicato a funzioni di ricomposizione sociale, all'interno del quale costituisce un

²⁷ V. Patané, *La mediazione*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra-G. Illuminati, Torino, 2001, 353; C. Sotis, *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, a cura di G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, 57 ss.

²⁸ M. Chiavario, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un "nuovo" dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *RDPr* 2006, 407.

²⁹ F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *RIDPP* 2014, 1693 ss.; R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *DPP* 2014, 6, 659 ss.; F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *CP* 2012, 7; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *DPP* 2015, 732; V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017, *passim*; L. Giuliani, *Archiviazione della notizia di reato e istanze di deflazione processuale*, Torino 2017, *passim*.

³⁰ Sulle finalità della giustizia riparativa, Cfr. F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003, 19 ss.; S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *DPP* 2013, 881.

³¹ G. Varraso, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano 2006, *passim*.

prius il ricorso agli strumenti di conciliazione o di riparazione³². Si ricorda, però, che il giudice di pace è chiamato a conoscere fattispecie criminose di lieve entità, espressive prevalentemente di conflitti a carattere privato, rispetto alle quali si è registrato negli anni l'insuccesso della giurisdizione ordinaria.

L'interpersonalità dell'illecito penale è a fondamento anche del meccanismo di estinzione per condotte riparatorie, delineato dall'art. 162-*ter* Cp, confermando una linea politica che si evince dal sistema penale integrato e si fonda sulla rilevanza della condotta riparativa, sebbene, questa volta, per una fenomenologia criminale di media entità.

Non si tratta di una novità, dal momento che la circostanza attenuante comune, di cui all'art. 62 n. 6 Cp, già implica la contaminazione tra giudizio di responsabilità penale e di responsabilità civile, ponendo in diretta correlazione l'attenuante con le obbligazioni civili restitutorie e risarcitorie ex art. 185 Cp. Siffatta configurazione giuridica, con i suoi naturali corollari, non può essere 'tradita' quando si sposta l'attenzione sul risarcimento come viatico per la semplificazione processuale. Ci riferiamo all'oblazione facoltativa ai sensi dell'art. 162-*bis* Cp³³; alla procedibilità a querela come presupposto del tentativo di conciliazione da parte del giudice monocratico ex art. 555 comma 3 Cpp; all'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie ex art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, a condizione che il giudice, ritenga «le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione» – formula che è, appunto, la sintesi di aspetti penalistici e civilistici –; alla sospensione del processo con messa alla prova finalizzata all'estinzione del reato, legata anch'essa al risarcimento del danno (art. 3 l. n. 67/2014) e, da ultimo, all'art. 162-*ter* Cp.

E' possibile ricondurre ad unità la disomogeneità di tali situazioni normative sotto il profilo della legittimazione del risarcimento del danno, che si rinviene nel principio di sussidiarietà, «dal momento che la sanzione penale è la più severa tra le ingerenze statali, il principio – proprio dello Stato di diritto – di proporzionalità nell'impiego dei mezzi di coercizione statale, esige che una pena intervenga solo dove e nella misura in cui ciò sia richiesto per il ripristino della pace sociale e per la prevenzione di nuovi reati. Se questi scopi possono realizzarsi con il solo risarcimento del danno, la sanzione penale può farsi da parte. Da ciò consegue, in primo luogo, la necessità di appurare in che misura l'idea del risarcimento possa essere usata ai fini di decriminalizzazione. E' cioè da verificare se esistono casi nei quali l'autore di un reato, che risarcisca il fatto commesso, possa, *ab origine*, essere tenuto fuori dall'ambito della giustizia penale»³⁴.

³² E. Marzaduri, *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione?*, in *Giudice di pace e processo penale* diretto da M. Chiavario-E. Marzaduri, Torino 2002, 9; S. Quattrocchio, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Giudice di pace e processo penale: commento al d.lgs. 28 agosto 2000 n.274 ed alle successive modifiche*, diretto da M. Chiavario-E. Marzaduri, Torino 2002, 338. Recentemente: G. Mannozi - G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 99 ss.

³³ Cfr. M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi-G. A. Lodigiani, Bologna 2015, 142, che registra «una vera decodificazione del modello codicistico del recesso attivo» e segnala «la valenza mutante del post-fatto riparatorio, perché esso incide sulla soluzione del conflitto che la pena classica non risolve».

³⁴ Così autorevolmente, C. Roxin, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *IP* 1989, 9.

Ovviamente, il discorso muta a fronte di fatti penalmente rilevanti, che si connotano per il notevole disvalore sociale, anche con riferimento agli elementi accidentali in cui si sostanziano le circostanze aggravanti: esse ne accrescono la dannosità, implicando un trattamento sanzionatorio più severo. Si tratta, però, di giudizi *ex post*, che attengono solitamente alla gravità delle conseguenze del reato, alle peculiarità della condotta, alle connotazioni dell'atteggiamento interiore. Tali elementi, pur non concorrendo all'individuazione dell'offesa tipica, incidono sulla definizione del grado di disvalore del fatto, ponendo un problema interpretativo di non poco conto, dovendosi cogliere nella vaghezza delle definizioni giuridiche la fenomenologia significativa, che giustifichi non solo l'accresciuta severità sanzionatoria, ma anche la procedibilità d'ufficio.

Da qui i dubbi circa l'identificazione delle circostanze aggravanti e della gravità del danno arrecato alla persona offesa, come indici differenziali del regime di procedibilità, proprio per i diffusi margini di opinabilità, che essi comportano in punto di variazione di tale regime.

La diversificazione del regime – giova ripeterlo – non può non essere ancorata alla previsione di criteri verificabili *ex ante*.

5. Nel complesso la sensazione è che la delega ponga le condizioni per la problematica identificazione della procedibilità, a discapito degli stessi effetti di economia processuale, vanificando, in tal modo, le ragioni sottese all'espansione dell'area dei delitti punibili a querela e all'ampliamento della causa estintiva per remissione. In particolare, quest'ultima è dipendente dall'esercizio dell'azione penale in forza del diritto potestativo del querelante, ed è diretta, attraverso un atto contrario, a porre nel nulla la condizione iniziale.

Ora, il termine finale entro cui può intervenire la remissione è «prima della condanna, salvì i casi per i quali la legge disponga altrimenti», *ex art. 152 co. 3 Cp*; il riferimento è da intendersi alla condanna irrevocabile, coincidente con la formazione del giudicato formale. Da qui la dilatazione del potere dispositivo del querelante *sul* processo: quest'ultimo nasce *sub condicione*, poiché la volontà dell'offeso può determinare gli esiti per tutti e tre i gradi di giurisdizione, ponendo nel nulla tutte le attività processuali svolte fino a quel momento.

Secondo l'art. 648 Cpp. è irrevocabile la sentenza non più soggetta a impugnazione diversa dalla revisione (co. 1) e «se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso» (co. 2).

La disposizione non contempla le situazioni di interferenza tra cause di inammissibilità e cause di non punibilità, tra cui la remissione. A fronte di quest'evenienza, da un lato, il giudice dell'impugnazione ha l'obbligo di verificare i requisiti di ammissibilità dell'atto introduttivo del rapporto processuale, finalizzato al controllo sulla sentenza e, in difetto di essi, deve dichiararne l'inammissibilità, disponendo l'esecuzione del provvedimento impugnato; dall'altro, l'art. 129 Cpp gli

impone l'immediata declaratoria di ufficio, in ogni stato e grado del processo, di determinate cause di non punibilità.

Più specificamente, secondo la Cassazione l'inammissibilità paralizza i poteri decisorii del giudice dell'impugnazione, il quale, al di là della verifica di legittimità dell'atto introduttivo, non può estendere il suo sindacato al merito, né rilevare cause di non punibilità (art. 129 Cpp), come l'estinzione del reato per prescrizione.³⁵

A voler seguire quest'impostazione, le eccezioni alla regola sarebbero costituite dall'*abolitio criminis*, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice – oggetto dell'imputazione –, in quanto esse determinerebbero la revoca della sentenza di condanna da parte del giudice dell'esecuzione ex art. 673 Cpp, se non rilevate dal giudice della cognizione, anche in presenza di un ricorso inammissibile, che si limita, in questi casi, ad anticipare gli esiti obbligati della fase esecutiva per ragioni di economia processuale.

A queste peculiari cause di non punibilità si aggiungono la morte del reo prima della condanna (art. 150 Cp) e l'estinzione del reato per remissione della querela, intervenuta in pendenza del ricorso per cassazione, ritualmente accettata³⁶.

Ne consegue che qualora sopraggiunga la remissione della querela nello spazio temporale tra la proposizione dell'impugnazione e la declaratoria, in astratto, d'inammissibilità, l'organo della giurisdizione è obbligato ad emettere sentenza di proscioglimento, ex art. 129 comma 1 Cpp, non essendo divenuta irrevocabile la sentenza. La remissione, per i suoi tratti caratterizzanti, prevale su eventuali cause di inammissibilità e va rilevata e dichiarata dal giudice di legittimità, purché il ricorso sia stato proposto nell'osservanza dei termini di cui all'art. 585 Cpp. Soltanto la decorrenza di tale termine determina il giudicato formale della condanna e, quindi, la consunzione del potere dispositivo della persona offesa *sul* processo.

Il fondamento politico criminale della remissione è speculare a quello della querela: entrambe sono espressione di un diritto potestativo. La prima, però, produce effetti estintivi che travolgono la condizione di procedibilità, già azionata, presentandosi come condizione di non perseguibilità del processo, stante il diretto collegamento con l'esercizio dell'azione penale. La sua valorizzazione oltre la soglia del giudicato sostanziale è giustificata dalla prevalenza che deve accordarsi, nei procedimenti per reati perseguibili a querela alla *voluntas* del remittente, che, ponendo nel nulla la condizione per l'inizio dell'azione penale, incide sulla progressione processuale, il cui epilogo non può che essere la declaratoria di estinzione del reato.

A nostro avviso, la remissione è causa sopravvenuta di estinzione del processo, perché rappresenta un'autonoma vicenda nello svolgimento dello stesso, occasionata da atti o da fatti corrispondenti a ciò che le parti vogliono in quel momento.

Tuttavia, all'interno della successione teleologica degli atti si muovono non soltanto situazioni soggettive protette, ma anche esigenze di funzionalità e di efficienza che, nel rispetto di regole previste, dovrebbero garantire, in tempi ragionevoli, l'effettivo esercizio della giurisdizione: esso non può essere

³⁵ Cass. S.U., 17.12.2015 n. 12602, Rv. 266818.

³⁶ In tal senso già Cass. S.U., 25.2.2004 n. 24246, Rv. 227681.

compromesso da pretestuosi e strumentali comportamenti delle parti, non esclusa la persona offesa.

Da qui la predisposizione di filtri conciliativi, volti a contenere e a monitorare la 'sovranità' dell'offeso *sul* processo.

Come è noto, il giudice di pace – nei casi di reati perseguibili a querela – ha un'ampia scelta di iniziative al fine di incentivare la conciliazione: può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, «ove occorra, può avvalersi dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio» (art. 29 comma 4 d.lgs n. 274 del 2000). L'esito positivo di tale attività (art. 29 comma 5 d.lgs n. 274 del 2000) si sostanzia nella remissione della querela e nella sua accettazione, *ex art.* 155 Cp, implicanti necessariamente la presenza del querelante e del querelato, che non si siano già attivati in tal senso. Viceversa, qualora il tentativo di conciliazione non andasse a buon fine, subentra il meccanismo alternativo di cui all'art. 35 commi 1 e 2 d.lgs n. 274 del 2000. La norma non annovera tra gli elementi essenziali della fattispecie estintiva la mancata opposizione (*id est*, il consenso) della persona offesa. Sicché l'insuccesso dell'*iter* conciliativo non pregiudica l'estinzione del reato, potendo il giudice riscontrare una ricomposizione dell'ordine violato, «se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione»³⁷.

Dunque: non sussiste alcun automatismo fra l'avvenuto risarcimento del danno in via patrimoniale e l'estinzione del reato, essendo necessaria la valutazione del giudice.

L'imputato è onerato del compimento dell'attività riparatoria «prima dell'udienza di comparizione»; è questo un termine finale, la cui violazione produce il fatto della consunzione del potere, anche in assenza dell'espressa statuizione del carattere perentorio. Ma di questo si dirà più avanti.

Qui è sufficiente richiamare l'attenzione sui requisiti oggettivi previsti dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 tra i quali vi è, appunto, l'anteriorità della riparazione rispetto all'udienza di comparizione, limite che costituisce sbarramento superabile solo dal provvedimento con cui il giudice disponga la sospensione del processo per consentire all'imputato, che ne abbia fatto richiesta, di porre in essere le condotte riparatorie tardivamente. La condizione è che l'imputato non abbia potuto, tempestivamente, procedere al risarcimento nell'intento di promuovere in chiave deflattiva composizioni conciliatorie del conflitto, scaturito dal delitto. Se questa è la prospettiva, accertamente, il legislatore ha subordinato l'accesso al modulo estintivo all'esigenza del più elevato risparmio sui tempi processuali, nell'intento di prevenire possibili strategie dilatorie dell'imputato³⁸.

Parimenti, davanti al tribunale in composizione monocratica, il giudice, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, «verifica se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione». Siamo nell'udienza di

³⁷ In argomento, D. Bianchi, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *DPP* 2012, 341.

³⁸ Cass. 28.2.2013 n. 15882, in *www.giustizia.it*; Cass. 19.3.2010 n. 12856, Rv. 247032; Cass. 22.9.2005 n. 40818, Rv. 232802.

comparizione a seguito di citazione diretta; il percorso del tentativo di conciliazione è obbligato per il giudice, rispetto al quale il giudizio ha carattere residuale, lo si evince chiaramente dalla locuzione, strutturata in chiave ipotetica, «se deve procedersi al giudizio» (art. 555 comma 4 Cpp). Si tratta di un rito semplificato in cui l'udienza di comparizione è strutturata come luogo di definizione anticipata del processo³⁹.

5.1. In questo ambito si colloca la nuova causa estintiva del reato per condotte riparatorie, di cui all'art. 162-ter Cp, che insiste sulla medesima fascia di criminalità per la quale andrà ad operare il modulo querela-remissione-accettazione, colmando la lacuna inerente ad un rimedio alternativo al 'fallimento' del filtro conciliativo.

Di conseguenza, l'effetto estintivo del reato è stato sottratto all'assoluta disponibilità della persona offesa⁴⁰, anche nell'ambito del procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, potendo il risarcimento del danno essere riconosciuto «in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo» (art. 162-ter comma 1 Cp)⁴¹.

Non si comprende, però, come possa ritenersi affidabile il parametro di congruità della somma offerta, in mancanza dell'accertamento del fatto storico, fino a legittimare la valutazione giurisdizionale contro la volontà della vittima⁴².

In questo contesto, si ripropone la questione in ordine al limite temporale entro cui l'imputato abbia l'onere di riparare interamente il danno cagionato dal reato. Nell'art. 162-ter Cp si rinviene la locuzione «entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado». Si tratta di una scansione temporale, che va osservata necessariamente per lo scopo che persegue e per la funzione che assolve; essa è perentoria, anche in assenza di un'esplicita statuizione in tal senso. Se è così, la sua inosservanza è causa di decadenza, che non consegue soltanto ad un'espressa dichiarazione di perentorietà, essendovi norme che implicitamente precludono il compimento dell'atto dopo la scadenza del termine finale, con conseguente decadenza dell'imputato dall'accesso al trattamento di favore⁴³, a meno che non dimostri di non averlo potuto osservare, per fatto a lui non addebitabile.

³⁹ G. Di Chiara, *Scenari processuali per l'intervento di mediazione: una panoramica delle fonti*, in *Punire mediare riconciliare*, a cura di G. Fiandaca-C. Visconti, Torino 2009, 166.

⁴⁰ F. Palazzo, *La Riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.5.2016.

⁴¹ D. N. Cascini, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in www.archiviopenale.it, 13.7.2017; O. Murro, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova 2016, *passim*.

⁴² In particolare, «in base al tenore letterale dell'art. 162-ter Cp il coinvolgimento della vittima emerge riduttivamente nell'obbligo per il giudice di "sentire" "le parti e la persona offesa" prima di procedere alla dichiarazione di estinzione del reato. Le esigenze espresse dalla vittima saranno dunque acquisite dall'organo giudicante nell'ambito della valutazione circa la sussistenza degli "elementi costitutivi della "fattispecie riparatoria"", senza però risultare vincolanti nel merito: il che "non sembra certo destinato a introdurre momenti di giustizia riparativa intesa quale dialogo costruttivo tra autore e vittima, quanto piuttosto a garantire il necessario contraddittorio nell'accertamento dei presupposti riparatori dell'estinzione» C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza Restorative justice*, in *DPP* 2017, 1274.

⁴³ Cass. 24.4.2015 n. 41282 in www.giustizia.it; Cass. 4.10.2012 n. 43174, Rv. 253750.

Per quest'evenienza la disposizione prevede un meccanismo semplificato di restituzione in termini, che consente all'imputato di chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine non superiore a sei mesi, l'accoglimento della richiesta comporta la sospensione del processo fino alla successiva udienza, fissata alla decorrenza di quello concesso «e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni» (art. 162-ter co. 2 Cp). Siffatta relazione, tra più atti di una medesima sequenza, è oggetto di un'autonoma disciplina nella proiezione finalistica di bilanciare diritti e tempo del *procedere*.

Pertanto, la regola secondo cui «i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza soltanto nei casi previsti» (art. 173 co. 1 Cpp), va calibrata tenendo conto della peculiare funzione dei limiti temporali finali, che vanno oltre il singolo atto.

D'altra parte, la nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie costituisce un modulo di accelerazione e di economia processuale rispetto alle sorti del processo che sono 'sospese' fino alla condanna definitiva, potendo l'offeso cambiare idea e rimettere la querela, fino a prima della condanna.

6. Tuttavia, l'inderogabile dovere del giudice di favorire la conciliazione – nei casi di reati perseguibili a querela – non può spingersi fino a render avvertite le parti del significato, che potrebbe essere attribuito ad una loro eventuale inerzia.

Di altro avviso è la Cassazione. Le Sezioni unite⁴⁴ sottolineano l'omessa identificazione legislativa degli atti o dei comportamenti dai quali ricavare una volontà di remissione tacita, limitandosi l'art. 152 co. 2 Cp a ricondurre alla remissione il compimento, da parte del querelante, di «fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela»; da questa premessa sono pervenute a ritenere che tra essi sia annoverabile la mancata comparizione del querelante all'udienza dibattimentale, previamente ed espressamente, avvertito dal giudice, che l'eventuale sua assenza sarebbe stata interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela.

L'orientamento va oltre la *littera legis*, giacché il giudice ha posto a carico della vittima l'onere di comparizione, non previsto dalla legge, la cui inosservanza determinerebbe l'improcedibilità dell'azione penale, attraverso la *fictio iuris* di una remissione tacita.

Ora, se la remissione processuale va identificata in una formale espressione della volontà dell'offeso che interviene nel processo, direttamente o a mezzo di procuratore speciale, ricevuta dall'autorità giudiziaria che procede; in ogni altro caso, la condotta significativa di una volontà di rimettere la querela va valutata come extraprocessuale. Soltanto quest'ultima può essere tacita, con la conseguenza che un comportamento processuale non può costituire espressione dell'intento di remissione dell'istanza di perseguimento; per questa ragione essa richiede la manifestazione non equivoca del proposito di abbandonare l'istanza di punizione, in modo che si determini una vera e propria inconciliabilità tra la volontà manifestata

⁴⁴ Cass. S.U. 21.7.2016 n. 31668, in www.giustizia.it.

ed i fatti rivelatori di una volontà opposta, fatti che non possono non connotarsi per obiettività e per concludenza.

Il sistema evidenzia una lacuna di non poco conto: l'omessa previsione di oneri di partecipazione; i cui riverberi processuali minano all'origine l'efficacia deflattiva del filtro conciliativo, proprio nel momento in cui esso è stato elevato a modulo ordinario di definizione anticipata del processo. Ciò avrebbe richiesto l'assegnazione di oneri di partecipazione all'offeso, al fine di sottrarre l'estinzione del processo all'incertezza esegetica.

Il silenzio del legislatore, sul versante di tali oneri, produce conseguenze pregiudizievoli proprio per la vittima: ne costituisce una chiara esemplificazione la prassi, avallata dalle Sezioni unite.

Si ricorda, però, che il giudice non può esercitare poteri che non ha, diversamente i suoi provvedimenti risulterebbero abnormi per difetto di competenza funzionale. Il giudice non può predeterminare la specifica condotta che andrebbe interpretata come sicura accettazione del tentativo di conciliazione, se tali poteri non gli siano stati conferiti dall'ordinamento; ciò vale anche per le conseguenze sanzionatorie. Non vi è spazio nemmeno per una sentenza di improcedibilità dell'azione penale ex art. 531 comma 2 Cpp, il dubbio, a tal fine rilevante, è quello inerente alla sussistenza della causa estintiva del reato e non, invece, la configurabilità di un comportamento come causa estintiva.

Per la verità, vi sono situazioni in cui il legislatore ha espressamente previsto che la mancata comparizione equivalesse a rinuncia al diritto di querela ovvero a remissione della stessa (artt. 28 co. 3 e 30 co. 1 d.lgs. n. 274/2000); ci riferiamo al caso di ricorso immediato al giudice (art. 21 d.lgs. n. 274/2000). La norma è in linea con le iniziative di impulso attribuite alla persona offesa-querelante; di conseguenza, il venir meno di tale impulso da parte di chi, per sua iniziativa, lo abbia posto in essere, non può che avere come epilogo l'improcedibilità dell'azione penale, non sussistendo più alcun interesse all'ulteriore proseguimento del processo.

A contrario, ne deriva l'impossibilità di attribuire significati ai comportamenti della vittima, non predeterminati dalla legge⁴⁵.

Vero è che la durata ragionevole del processo può legittimare definizioni del procedimento, che passino dalla verifica dell'assenza di un perdurante interesse dell'offeso alla decisione sulla responsabilità penale fino a precludere lo svolgimento di sterili attività processuali. Tali strategie, però, debbono essere fondate su criteri di orientamento normativamente vincolanti, pur se destinate a risolversi in un esito di improcedibilità dell'azione penale o di estinzione del reato.

L'affermazione non è smentita da altro principio espresso dalle Sezioni unite⁴⁶, secondo cui l'omessa comparizione in udienza della vittima, ritualmente citata ancorché irreperibile, non è di per sé di ostacolo alla dichiarazione di particolare tenuità del fatto (art. 34 co. 3 d. lgs. n. 274/2000). In effetti, l'opposizione, condizione

⁴⁵ Cass. S.U., 30.10.2008, n. 46088, in www.giustizia.it, secondo cui la mancata comparizione in udienza del querelante, previamente avvisato che tale condotta sarebbe stata interpretata come volontà di rimettere la querela, configurerebbe una sorta di remissione tacita processuale, non contemplata dalla legge, posto che l'art.152 co. 2 Cp, prevede soltanto per la remissione extraprocessuale la forma tacita.

⁴⁶ Cass. S.U., 16.7.2015, n. 43264, Rv. 264547.

ostativa, non può che essere espressa e, dunque, non è desumibile da atti o comportamenti, che non abbiano il carattere di una formale ed inequivoca manifestazione di volontà in tal senso. Se un comportamento positivo non realizzato può essere letto in chiave di rinuncia all'esercizio di una facoltà espressamente conferita, resta il dato che all'omessa comparizione, invece, non può essere attribuito un significato univoco, senza che un onere di partecipazione sia prescritto dall'ordinamento, ma solo in ipotesi richiesto dal giudice. La delega poteva costituire l'occasione per fare chiarezza.

7. Eppure il legislatore delegante si è mosso nell'intento di porre un argine alla 'sovranità' della volontà del querelante *sul* processo⁴⁷, con la previsione del modulo alternativo di estinzione del reato, di cui all'art. 162-ter Cp. L'argine, però, si è tradotto in un 'guado': la persona offesa o definisce il procedimento, rimettendo la querela (art. 90-bis Cpp co. 1 lett. n), oppure subisce l'effetto estintivo conseguente alle condotte riparatorie dell'imputato, giacché il giudice può decidere a prescindere dalla sua accettazione (art. 162-ter co. 1 e 3 Cp). La norma prescrive che siano sentite le parti, ma non che sia acquisito il consenso della vittima, la cui mancanza non si sostanzia in una condizione ostativa all'applicazione del meccanismo estintivo. D'altro canto, la congruità del risarcimento, essendo valutata allo stato degli atti e ai soli fini dell'estinzione del reato, lascia aperta la possibilità di un nuovo accertamento circa l'esistenza e l'entità del danno in favore della persona offesa.

Difatti, l'art. 652 Cpp circoscrive l'efficacia della sentenza penale di assoluzione nel giudizio civile alle pronunce che accertano l'insussistenza del fatto, l'impossibilità di attribuirlo all'imputato, la circostanza che il fatto sia stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima⁴⁸, «sempre che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizioni di costituirsi parte civile». Ne discende che l'interesse di quest'ultimo ad impugnare le decisioni di proscioglimento è stato individuato negli specifici casi di efficacia extrapenale del

⁴⁷ «La previsione, nelle scelte legislative più recenti, di un momento conciliativo/riparativo come dato caratterizzante la negozialità ha comportato l'inserimento, a fianco ed oltre il requisito della volontà del privato volto alla semplificazione della sequenza procedimentale, di una attivazione fattiva delle parti verso comportamenti che, attenuando od elidendo le conseguenze offensive del reato, ovvero rimuovendo il conflitto interpersonale originato con la condotta criminosa, giustificano il minor bisogno di (o addirittura la rinuncia) alla pena». Così, V. Bonini, *Considerazioni sparse sul ruolo della persona offesa nella restorative justice: profili critici e potenzialità espansive*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. De Francesco e E. Marzaduri, Torino 2016, 149. In tal senso già A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, *passim*.

⁴⁸ Per la sentenza di proscioglimento per difetto di querela, è stato ritenuto che la sua natura meramente processuale non comporta alcun effetto preclusivo di accertamento in sede civile (art. 652 Cpp), la stessa non è idonea ad arrecare alla parte civile un pregiudizio di alcun genere, atteso che non ha neppure la possibilità di ottenere, con l'impugnazione, l'affermazione di responsabilità dell'imputato sia pure in riferimento agli effetti civili, in mancanza di impugnazione sul punto del pubblico ministero. In mancanza di tale gravame, inoltre, l'accertamento circa la sussistenza o meno dell'atto condizionante la procedibilità penale non influisce in alcun modo sulla posizione processuale del danneggiato nell'esercizio dell'azione, intesa ad affermare la responsabilità civile dell'autore dell'illecito e la sua obbligazione di risarcimento del danno procurato. Già con riferimento all'art. 35 d. lgs. n. 274/2000 si è ritenuto che non sussiste l'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza dichiarativa di estinzione del reato sia agli effetti penali che civili in quanto tale pronuncia non riveste autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produce, pertanto, alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile. Cfr. Cass. S.U., 31.7.2015, n. 33864, in www.giustizia.it.

giudicato, poiché soltanto in relazione ad essi si produce la preclusione al perseguimento degli interessi della parte privata anche in sede civile⁴⁹.

Per la verità, il paradigma di cui all'art. 162-ter Cp sintetizza aspetti sostanziali e aspetti processuali, delineando un modulo anticognitivo circoscritto all'accertamento di «fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato», sebbene non vi sia il presupposto della costituzione di parte civile, richiesto, invece, dall' art. 187 co. 3 Cpp. Esso prescrive regole di comportamento, poteri e facoltà, strutturando un meccanismo di accesso alla causa estintiva sul presupposto dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero; ciò implica la formulazione dell'imputazione in forma chiara e precisa ovvero l'operazione di sussunzione del fatto storico nella fattispecie legale astratta. All'interno di questa peculiare successione teleologica degli atti si muovono «le parti e la persona offesa»: tale distinguo normativo conferma la non necessarietà della costituzione di parte civile ai sensi degli artt. 76, 77, 78, 79 Cpp.

Ne discende, da un lato, la non operatività dell'art. 162-ter Cp nella fase delle indagini preliminari⁵⁰, e, dall'altro, la definizione del processo senza accertamento⁵¹ dei fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza e, nei casi di citazione diretta ai sensi dell'art. 550 Cpp, senza nemmeno il controllo sull'idoneità degli elementi di prova a sostenere l'accusa in giudizio.

Inoltre, ai fini della sua applicazione va accertato il danno cagionato dal reato giuridicamente considerabile, cioè, quello per cui è data l'azione di risarcimento, non essendo valutabile economicamente l'evento costitutivo del reato, consistente nella lesione o messa in pericolo del bene. Quanto alla monetizzazione dei pregiudizi morali è possibile soltanto una valutazione equitativa, trattandosi di danni che, per definizione, è impossibile quantificare nel loro esatto ammontare.

⁴⁹ Lo stesso non può ritenersi per le sentenze di improcedibilità emesse, anche per ragioni di merito, prima del dibattimento (artt. 425 e 469 Cpp) e per quelle di carattere processuale, emesse all'esito del dibattimento per mancanza di una condizione di procedibilità o per la sopravvenienza di una causa estintiva (artt. 529 e 531 Cpp).

⁵⁰ Diversamente, S. M. Corso, *Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in www.archiviopenale.it, 19 settembre 2017, 12 e13. Secondo cui «non vi è ragione per escludere che l'indagato di un reato perseguibile a querela (rimettibile), venendo a sapere ex art. 335, co. 3, o ex art. 369 o ex art. 415-bis c.p.p. (o in altro modo) dell'esistenza di un procedimento a carico, comunichi al pubblico ministero di aver tenuto o di intendere tenere la condotta riparatoria, al fine di evitare l'esercizio dell'azione penale. Nel primo come nel secondo caso, interlocutore diventa necessariamente il giudice per le indagini preliminari che, su input del pubblico ministero che chiede l'archiviazione (ritenendo adempiute le condizioni di cui all'art. 162-ter c.p.) o – deve ritenersi – della stessa persona indagata (o del suo difensore), è tenuto a fissare un'udienza ad hoc destinata al contraddittorio delle parti (“sentite le parti e la persona offesa”) sulla esistenza di una condotta riparatoria riconosciuta (dall'offeso) o da valutarsi se congrua (se, come formulata dall'indagato, non è stata “accettata dalla persona offesa”) e sulla necessità di una rateazione o della “fissazione di un ulteriore termine” per provvedere al pagamento effettivo e integrale». Nella stessa prospettiva, E. Mattei, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n.103*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 46.

⁵¹ «È possibile che il processo penale vada appunto lentamente perdendo la sua classica funzione cognitiva, che la ricostruzione dei fatti non sia più al centro delle sue finalità. Se il processo tende a mediare conflitti tra le parti, recuperare somme di denaro, alleggerire l'angoscia collettiva, senza troppo interrogarsi sulla questione ‘storica’ del fatto per il quale si punisce, ma compensando questo ‘vuoto’ con sconti e indulgenze». Così, P. Ferrua, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, 49.

In sintesi: dall'art. 185 co. 2 Cp, non diversamente da quanto dispone l'art. 2043 Cc, il reato (*fatto ingiusto/danno evento*) obbliga al *risarcimento* del *danno patrimoniale* o non patrimoniale (*danno conseguenza*), solo quando l'autore lo abbia cagionato. Sicché il danno risarcibile non costituisce conseguenza scontata e automatica di ogni reato, dovendo, comunque, essere oggetto di accertamento nella sua sussistenza e consistenza.

Al riguardo, le Sezioni unite civili⁵² hanno ritenuto che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisca danno conseguenza, che va allegato e provato; insomma, è altra cosa rispetto all'evento dannoso. L'impostazione priva di fondamento la ricostruzione della Corte costituzionale, che identificava il danno con l'evento dannoso, parlando di 'danno evento'⁵³. Parimenti, non è condivisibile l'orientamento secondo cui nel caso di lesione di valori/beni della persona il danno sarebbe in *re ipsa*: la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

Il comportamento dell'imputato, che si sostanzia nel risarcimento del danno subito dalla vittima, è concepito come una scelta di autodeterminazione verso l'integrazione sociale. Il dato che accomuna le differenti situazioni normative è la 'pretesa' del legislatore che tale riparazione – ai fini di attenuazione o di estinzione del reato – intervenga prima dell'apertura del dibattimento, cioè, prima della stessa verifica del danno e, quindi, prima della pronuncia di condanna. Ci chiediamo come sia possibile, se il parametro di congruità richiede l'accertamento del fatto storico, così come accertato dal giudice penale, al fine di determinare gli effetti sulla sussistenza e consistenza del danno conseguenza. Ciò entra in evidente contraddizione con la sequenza logica implicante l'antecedenza dell'attività di accertamento del fatto storico penalmente rilevante, come condizione essenziale alla quantificazione del danno conseguenza.

Eppure la funzione del risarcimento potrebbe non risultare antitetica ad un percorso di responsabilizzazione dell'imputato rispetto all'illecito commesso e alle conseguenze derivatene, in quanto potrebbe soddisfare istanze positive di prevenzione generale e speciale. È proprio il mancato accertamento del fatto penalmente rilevante, che presenta inconvenienti, di non poco momento, in ordine al rispetto di significative esigenze di un processo conferme allo stato di diritto⁵⁴.

A ciò si aggiunga che se l'opzione di politica criminale è quella di limitare l'intervento penalistico a forme di aggressione, che presentino connotazioni di

⁵² Cfr. Cass. S.U. civ., 11.11. 2008, n. 26972, in www.giustizia.it.

⁵³ C. cost., 30.6.1986, n. 184, in www.giustizia.it.

⁵⁴ Sulla pena senza processo cfr. L. Marafioti, *Funzioni della pena e processo penale*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, op. cit., 199. Secondo l'Autore è «inevitabile, infatti, che le esigenze di deflazione giudiziaria e di riduzione dei tempi processuali si ripercuotano sulle funzioni della pena. In questo caso, sono le concrete dinamiche del processo e le eventuali disfunzioni della macchina giudiziaria a condizionare fortemente ruolo ed effettività della sanzione penale. Si pensi alla giustizia negoziata, in special modo al patteggiamento, in cui l'imputato chiede di essere punito senza processo. Il consenso dell'imputato al decongestionamento del sistema processuale e, quindi, il suo contributo alla ragionevole durata del processo vale uno sconto di pena altrimenti non previsto dall'ordinamento». Idem, *Giustizia penale negoziata e verità selettiva*, in *CP* 2013, 2497.

effettiva gravità, nell'intento di assicurare quel carattere di censura etico-sociale straordinaria⁵⁵, che, invece, verrebbe ad essere posta in dubbio se lo stesso intervento – sia pure in termini quantitativi diversi – dovesse essere effettuato anche in rapporto a fatti di lieve o media entità omogenei, riferiti, cioè, allo stesso bene; non si può trascurare il dato che vi sono figure criminose suscettibili di un'illiceità variabile entro un ampio margine. Per l'individuazione di queste ultime sono necessari – lo si è detto – criteri affidabili in grado di determinare con certezza il passaggio dalla procedibilità a querela alla procedibilità d'ufficio.

Su questo versante le nuove proposte corrono il rischio di trasmodare nell'irrazionalità manifesta e nell'arbitrio quanto alla gestione dell'ampia eterogeneità di situazioni dalle sfaccettature concrete disomogenee, che potrebbero confermare il sospetto di irragionevolezza sotto il profilo delle sperequazioni in rapporto agli effetti processuali della remissione, lasciando che, di volta in volta, ragioni transattive di natura privata prevalgano su un interesse pubblico tutelato dall'ordinamento e viceversa⁵⁶.

Se il legislatore può operare una differente graduazione dell'interesse protetto, essa va realizzata attraverso l'indicazione di criteri, che non si prestino ad allarmanti disuguaglianze.

Ad essere in gioco, quindi, è proprio l'opzione di politica criminale di partenza, avendo la delega affidato il presupposto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie a criteri direttivi inadeguati, che non sono suscettibili *a priori* di essere riempiti di contenuto oggettivo, coerente e razionale, aprendo il varco all'incertezza esegetica in punto di valida costituzione del rapporto processuale.

Altrettanto può ritenersi per le soglie edittali prescritte per i delitti contro la persona; a mancare è, comunque, la preconditione per la corretta attuazione della delega da parte dell'esecutivo.

Vero è che l'area di (possibile) incidenza della rinuncia all'esercizio del diritto di querela coincide con quella dell'estinzione del reato per condotte riparatorie e con quella di remissione, nell'intento di delineare un ambito in cui siano stati ritenuti *ex ante* legittimi atti di disposizione, ma resta un dato: l'incertezza sul presupposto di partenza (procedibilità a querela o d'ufficio) si può tradurre in un aggiramento (*rectius*: violazione), delle norme e/o dei principi implicanti l'indisponibilità del *procedere*.

In definitiva, la codificazione di una nuova causa estintiva per condotte riparatorie privilegia la funzione del risarcimento del danno da reato come immediata risposta alle esigenze concrete e soddisfattive della vittima, rendendo quest'ultima partecipe dell'*iter* afflittivo-rieducativo.

Ora, non vi è dubbio, che la nuova causa estintiva sia conforme al principio di sussidiarietà o di *extrema ratio* della pena, che si evincono dall'art. 27 co. 3 Cost. e dall'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo; ma la domanda è

⁵⁵ S. Moccia, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1984, 294.

⁵⁶ Da un punto di vista più generale, M. Ceresa Gastaldo, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *RIDPP* 2011, 1415.

un'altra. Può realizzarsi tutto ciò attraverso moduli anticognitivi in cui il fatto penalmente rilevante non solo 'sfugge' allo scopo di accertamento del processo, ma addirittura sembra essersi liquefatto?

Come direbbe Bauman, la fusione dei corpi solidi, identificabili all'interno della sequenza teleologica imputazione-processo-accertamento-condanna-pena, pare esser reindirizzata verso un nuovo obiettivo: anticipazione dei contenuti della pena, posta al termine della 'catena', trasformando in liquidi i corpi solidi intermedi (processo, accertamento, condanna).

La sensazione è che la postmodernità del diritto si stia affermando come riforma di liquefazione in cui ad essere sciolti sono i legami funzionali, che tengono uniti gli atti della successione teleologica, che definiamo processo. Con il venir meno di questi legami, cade anche la separazione tra la fase delle indagini e quella del giudizio; si disperde l'operazione di sussunzione del fatto storico nella fattispecie legale astratta; si realizza la 'fuga' dal processo.

Come è noto, i fluidi viaggiano con estrema facilità: possono aggirare gli ostacoli, scavalcarli, o ancora infiltrarsi⁵⁷. I fluidi, dunque, si prestano all'efficientismo della giustizia penale che, vivendo come 'ossessione' la durata ragionevole ha rinunciato, addirittura, al processo. E se le cose stanno in questi termini, dovremmo avere l'onestà intellettuale di prendere atto che sull'altare del 'risultato' in un tempo ragionevole è stata offerta, come 'agnello sacrificale', la presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost.)

⁵⁷ Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari 2011, XXII-XXIII.