

# ***ASSOCIAZIONE FORENSE BOLOGNA***



## **RICHIESTA DI INTERVENTO EVENTO FORMATIVO**

***OGGETTO: Richiesta di intervento al Seminario di riflessione giuridica in materia di diritto penale e procedura penale “LA MESSA ALLA PROVA E LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO DOPO LA RIFORMA CARTABIA” previsto per il giorno 16 febbraio 2024 dalle 15.00 alle 18.30 presso il Tribunale di Bologna, in via Farini n. 1, Aula Primo Zecchi***

Con la presente, in relazione al seminario di riflessione giuridica suindicato, in fase di accreditamento presso il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Bologna, saremmo lieti di invitarLa a partecipare all’evento formativo, in qualità di Relatore.

## **PROGRAMMA:**

**Saluti istituzionali: Avv. Paolo Rossi, Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Bologna**

**Relazione introduttiva: Avv. Daniela Bondi e Avv. Matteo Murgo, del Foro di Bologna.**

**Relatori: (in ordine alfabetico)**

- 1) Avv. Raffaele Carfora, Cassazionista del foro di Santa Maria Capua Vetere;**
- 2) Avv. Guido Magnisi, Cassazionista del foro di Bologna**
- 3) Dott.ssa Francesca Rago , Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna**
- 4) Prof. Giorgio Spangher, Professore emerito di Diritto Processuale Penale presso l'Università di Roma "La Sapienza";**
- 5) Dott. Domenico Truppa, Giudice per le indagini Preliminari Presso il Tribunale di Bologna**

## **PRESENTAZIONE**

### ***1. La sospensione del procedimento con messa alla prova.***

Il legislatore ha contemplato una serie di modifiche dedicate all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, finalizzate, nel loro complesso, a potenziare l'istituto, sebbene esso abbia già dimostrato un buon tasso di applicazione nei suoi primi anni di applicazione pratica.

Come ricordato, infatti, dalla stessa relazione illustrativa al d.lgs. n. 150, i dati dimostrano come il meccanismo de quo abbia giocato un ruolo via via più importante, sia in ottica di deflazione del carico processuale, sia nella prospettiva di deflazione penitenziaria. A

riprova di ciò, basti pensare che « al 31 dicembre 2021 il numero dei soggetti in carico all'UEPE per MAP superava quello di quanti, dopo una sentenza definitiva di condanna, erano a quella data affidati in prova al servizio sociale (19.327), la più ricorrente tra le misure alternative alla detenzione» (Relazione illustrativa, p. 470). Il che sta a significare che, in tale data, gli ammessi all'istituto rappresentavano un numero pari a circa il 45% dei detenuti.

Ciò premesso, va segnalato che la “riforma Cartabia” si propone di rafforzare ancor di più questo trend positivo, in una duplice direzione: anzitutto, ampliando il novero dei reati per cui il meccanismo in esame può essere applicato.

A questo proposito, l'art. 1, comma 22, lett. a) della l. n. 134 del 2021 aveva, infatti, delegato il Governo a estendere l'area di operatività della MAP, oltre ai casi previsti dall'articolo 550, comma 2, del codice di procedura penale, a ulteriori specifici illeciti penali, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestassero a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore.

Orbene, sul punto va rilevato che, per esigenze di tecnica e di economia legislativa, il decreto legislativo di attuazione ha recepito tale direttiva di delega solo indirettamente, sfruttando, da un lato, il rinvio mobile all'art. 550, comma 2, già contenuto nell'art. 168-bis c.p.p. (ovvero la disposizione che perimetra l'operatività oggettiva dalla messa alla prova per adulti), e, da un altro lato, l'ampliamento del novero dei reati per cui è prevista la citazione diretta a giudizio, in eccezione ai limiti edittali contenuti nel primo comma dell'art. 550, operato dall'art. 32, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150 (cfr. infra, par. 13.1.).

In altre parole, per attuare il menzionato art. 1, comma 22, lett. a), l. n. 134 del 2021 il legislatore delegato non ha modificato le norme

in materia di messa alla prova, ma si è limitato a intervenire direttamente sull'art. 550, comma 2, c.p.p.; di modo che l'ampliamento del catalogo dei reati di cui alla citata previsione processuale «è stato [...] realizzato dal Governo includendovi reati che, oltre a non presentare particolari difficoltà di accertamento, si prestano a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto di cui all'art. 168 bis c.p.» (Relazione illustrativa, p. 471).

Sebbene si tratti di un incremento meno ambizioso rispetto a quello suggerito dalla Commissione Lattanzi e a quello forse ammesso dalla stessa legge delega (la quale, facendo riferimento in modo espreso a reati "ulteriori" a quelli di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p., sembra poter portare il Governo ad ammettere l'applicazione della MAP anche per fattispecie ulteriori rispetto a regiudicande passibili di citazione diretta a giudizio), ci pare comunque che tale novità vada salutata con favore, avendo le potenzialità di favorire una non trascurabile dilatazione ulteriore del numero delle *probation* processuali via via applicate, rispetto allo status quo.

A ogni modo, va segnalato che l'art. 90 d.lgs. n. 150 contiene una specifica disposizione transitoria in materia: essa prevede non solo che le disposizioni del decreto legislativo volte a estendere la MAP anche a ulteriori reati si applichino anche ai procedimenti pendenti nel giudizio di primo grado e in appello, alla data di entrata in vigore del decreto, ma anche che, laddove siano già decorsi i termini di cui all'articolo 464-bis, comma 2, c.p.p., il prevenuto può formulare la richiesta, a pena di decadenza, entro la prima udienza successiva alla data di entrata in vigore della novella (per contro, quando nei quarantacinque giorni successivi non fosse stata fissata

udienza, la richiesta andrà depositata in cancelleria, entro il predetto termine).

La seconda via intrapresa per potenziare l'istituto concerne, invece, prettamente il piano processuale: si allude alla regola di cui all'art. 1, comma 22, lett. b), l. n. 134 del 2021, il quale ha delegato il Governo a prevedere che l'iniziativa concernente l'attivazione del procedimento di sospensione del procedimento con messa alla prova possa promanare anche dal pubblico ministero. A questo riguardo, va, anzitutto, rilevato che il legislatore delegato ha suddiviso lo schema procedurale di MAP attivata su proposta del pubblico ministero in due scansioni: 1) iniziativa dell'accusa; 2) adesione della persona sottoposta a indagini (o dell'imputato). Per contro, non è stato espressamente contemplato lo sviluppo di una fase di negoziazione formale tra tali soggetti, sotto forma, ad esempio, della presentazione da parte del prevenuto di una richiesta in parte emendata rispetto a quella dell'accusa. L'esperienza insegna, peraltro, che, nonostante tale lacuna, non è affatto detto che spazi per trattative tra tali soggetti, circa il raggiungimento di un *pactum negoziato* di messa alla prova, non si sviluppino informalmente nella prassi. Ed è proprio per questo motivo che ci pare che il legislatore delegato avrebbe fatto meglio a prevenire direttamente tale eventualità, regolandola *ex ante* nel codice.

Stiano o meno così le cose, va ulteriormente segnalato che il d.lgs. n. 150 ha comunque regolato, in modo minuzioso, la sequenza procedimentale della possibile iniziativa dell'accusa, in tema di attivazione della MAP. Sul punto, il delegato ha condivisibilmente assunto un approccio estensivo, consentendo che la proposta del pubblico ministero possa essere avanzata, non solo in udienza preliminare o in sede predibattimentale (il che, stando alla nuova

versione dell'art. 464-bis c.p.p., farà scattare una “pausa di riflessione” di venti giorni entro cui l'imputato potrà decidere se chiedere o meno effettivamente di attivare l'istituto), ma anche al momento della conclusione delle indagini preliminari.

Si tratta dell'innovazione procedurale che potrebbe avere un significativo impatto deflativo. Tale ipotesi viene disciplinata dal nuovo art. 464-ter 1 c.p.p., interamente dedicato alla MAP su proposta del P.M. in indagini, il quale è completato da alcune regole di dettaglio, inserite nelle disposizioni di attuazione al codice di rito (cfr. artt. 141-bis e 141-ter disp. att. c.p.p.).

In estrema sintesi, il complesso di tali norme prevede che l'accusa, nell'ambito dell'avviso previsto dall'articolo 415-bis, possa proporre l'attivazione del *probation* processuale (anche avvalendosi dell'ausilio istruttorio dell'UEPE, per delineare i contenuti dell'istanza), indicando la durata e i contenuti essenziali del programma trattamentale. Ove ciò dovesse avvenire, l'onere passerà all'indagato, che avrà venti giorni per aderire con dichiarazione resa personalmente o a mezzo di procuratore speciale, depositata presso la segreteria del pubblico ministero. Va segnalato che, nel caso in cui si formasse un *pactum*, l'accusa sarà sempre tenuta a formulare l'imputazione (in piena coerenza con la tradizione nostrana in tema di attivazione dei riti speciali premiali nel corso delle indagini preliminari) e a trasmettere gli atti al giudice per le indagini preliminari, dando avviso alla persona offesa del reato della facoltà di depositare memorie. Infine, onde rendere più snello possibile il procedimento, il legislatore delegato ha previsto che l'ineliminabile vaglio del decisore sull'accordo di MAP in indagini (regolato in modo specifico dai commi 4 e 7 del nuovo art. 464-ter.1 c.p.p.) si svolga, di norma, all'esito di un procedimento

cartolare, essendo comunque possibile per il giudice fissare un'udienza camerale, ai sensi dell'art. 127 c.p.p., oppure convocare il prevenuto onde verificare la volontarietà della sua richiesta.

Ci troviamo, in definitiva, di fronte a uno schema normativo assai articolato, che potrà in futuro rappresentare il modello di riferimento anche per gli ulteriori riti alternativi premiali attivati nel corso delle indagini preliminari, per cui la disciplina attuale continua a presentare vistose lacune e incertezze per gli operatori.

Se un tanto è vero, non si può fare a meno di notare che, come giustamente ammesso dalla stessa relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 150, il successo dello schema di MAP predisposto è legato, ancor più di quanto già non accadesse fino a oggi, all'effettiva possibilità per gli UEPE di adempiere in modo rapido al carico di lavoro (inevitabilmente crescente) loro sottoposto: affinché il sistema non finisca per incepparsi, sarà assolutamente «cruciale, monitorando i dati statistici relativi all'evoluzione della MAP nei prossimi anni, assicurare che gli UEPE abbiano sempre una adeguata dotazione di risorse umane e materiali» (Relazione illustrativa, p. 480).

## **2. *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato.***

La causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. è stata introdotta per assolvere una duplice funzione: da un lato, ampliare l'ambito della non sanzionabilità di determinate condotte che, pur astrattamente integranti gli estremi di un reato, abbiano cagionato un'offesa contenuta, sicché l'esenzione dalla pena persegue finalità strettamente connesse ai principi di proporzione e di *extrema ratio* della risposta punitiva; dall'altro lato, realizzare effetti positivi sul piano deflattivo, sfoltendo l'elevata quantità di procedimenti penali.

L'art. 1, co. 1, lett. c), n. 2, d.lgs. 150/2022 è intervenuto sull'art. 131-*bis* c.p. seguendo tre principali direttrici: i) è stato ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto ai reati per i quali è prevista la pena detentiva **non superiore nel minimo a due anni**, abbandonando il parametro del massimo edittale di cinque anni previsto dalla previgente formulazione; ii) è stata attribuita rilevanza, in ordine alla valutazione della particolare tenuità dell'offesa, alla **condotta susseguente al reato**; iii) è stato escluso *ex lege* il carattere di particolare tenuità dell'offesa in relazione a determinati **reati elencati all'art. 131-*bis*, co. 3, c.p.**

Per quanto concerne l'intervento indicato *sub* ii) – su cui in questa sede, come anticipato, ci si intende focalizzare –, va rammentato che la modifica normativa, volta ad **ampliare l'ambito di applicazione** della causa di non punibilità, si è resa necessaria per **superare l'orientamento giurisprudenziale** che, nella formulazione *pre-riforma* dell'art. 131-*bis* c.p., escludeva il rilievo della condotta susseguente al reato ai fini della valutazione della tenuità dell'offesa.

Il riferimento alla “condotta susseguente al reato”, quale inedito indice per valutare la tenuità dell'offesa, è invero ampio, come riconosce la stessa **Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2000**, in cui si spiega che «si è così inteso **non limitare la discrezionalità del giudice** che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà d'altra parte fare affidamento su una locuzione elastica – “condotta susseguente al reato” – ben nota alla prassi giurisprudenziale».

Così, nell'alveo della condotta susseguente al reato potranno rientrare **le restituzioni, il risarcimento (anche parziale) del danno, le condotte riparatorie, l'accesso a programmi di giustizia riparativa, etc.**

È evidente che l'apertura al criterio della condotta susseguente al reato trovi il proprio *rationale* nel **potenziamento di forme di giustizia lato sensu riparativa**, su cui la riforma Cartabia ha tanto puntato e che viene a fungere da *trait d'union* dei vari interventi apportati, ivi compresi quelli in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

In ogni caso, poiché l'introduzione del nuovo indice di valutazione amplia la portata della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., la nuova formulazione della norma è **applicabile retroattivamente**, ossia anche ai reati commessi prima del 30 dicembre 2022

L'entrata in vigore della riforma Cartabia è stata accompagnata da una prolifica produzione dottrinale, la quale, profondendosi in approfonditi e interessanti commenti alla novella normativa, ha messo in luce alcune questioni di ambigua soluzione, su cui la giurisprudenza è chiamata a prendere posizione.

Compito che i giudici, compresi quelli di legittimità, hanno già iniziato ad assolvere. Infatti, a distanza di qualche mese dalla vigenza del nuovo art. 131-*bis* c.p., la Corte di cassazione ha avuto modo di esprimersi sui connotati e sulla portata del nuovo indice-criterio della "condotta susseguente al reato", pervenendo ad alcune conclusioni di particolare interesse.

Nel dettaglio, le pronunce tutte della Terza Sezione sono la sent. 4 aprile 2023 (dep. 2 maggio 2023), n. 18029, la sent. 24 maggio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28031, e la coeva sent. 24 maggio 2023 (dep. 28 giugno 2023), n. 28033.

Dalla lettura delle pronunce citate, confrontate con la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 e con i primi commenti dottrinali alla riforma, emergono alcune questioni "problematiche", tali perché il testo della norma si presta a soluzioni invero dissimili.

In particolare, sembrano quattro i principali quesiti che, all'indomani della nuova formulazione dell'art. 131-bis c.p. (con particolare riferimento all'introduzione del criterio della "condotta susseguente al reato" per valutare la tenuità dell'offesa), si pongono all'attenzione dell'interprete:

- se la condotta susseguente al reato rilevi solo laddove incida sull'entità dell'offesa ovvero debba essere presa in considerazione anche nei casi in cui disveli una maggiore o minore capacità a delinquere del reo;
- se la condotta susseguente al reato possa, per sé sola, rendere tenue l'offesa;
- se la condotta susseguente al reato possa essere valorizzata per escludere l'esiguità di un'offesa originariamente tenue;
- in quale rapporto si ponga la condotta susseguente al reato ex art. 131-bis c.p. con le ipotesi in cui la legge individua specifici comportamenti successivi al fatto suscettibili di determinare l'esclusione della punibilità per l'imputato.

Per quanto concerne il primo quesito, tra i primi commentatori è stato osservato che il comportamento del reo successivo al fatto si caratterizza per due possibili direzioni, potendo esso esprimere tanto un indice del bisogno rieducativo, in un'ottica finalistica, quanto un indice della stessa offesa stricto sensu, in un'ottica riparativa

È opportuno evidenziare fin da subito che la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022 chiarisce come il mancato riferimento, nel testo novellato della norma, all'art. 133, co. 2, c.p. sia stata un'omissione intenzionale, per non introdurre nella valutazione di particolare tenuità dell'offesa elementi che vengono propriamente presi in considerazione in sede di commisurazione della pena, quali indici

da cui desumere la capacità a delinquere del reo. Si legge infatti nella Relazione illustrativa: «nel diverso contesto della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131 bis c.p., la condotta susseguente al reato non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, bensì, secondo l'intenzione della legge delega, quale criterio che, nell'ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla valutazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità».

Tale impostazione riconduce dunque i requisiti dell'esiguità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, compresa quella successiva al reato, a elementi che attengono sempre al disvalore oggettivo del fatto e che focalizzano lo sguardo sul grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato.

Tuttavia, la dottrina si è espressa in senso radicalmente opposto a quello palesato dal legislatore della riforma, ritenendo infatti che, con l'attribuzione di rilevanza alla condotta susseguente al reato, nel giudizio di particolare tenuità dell'offesa debbano essere presi in considerazione anche indici sintomatici della capacità a delinquere del reo.

Segnatamente, si ritiene che il giudice possa valutare il bisogno rieducativo del reo, alla luce della condotta susseguente al reato, già nell'alveo dell'art. 131-bis c.p., la cui ratio sarebbe rinvenibile non solo in esigenze di deflazione processuale, ma anche nel rispetto del principio costituzionale di proporzionalità e di meritevolezza della pena. In altri termini, il rilievo alla condotta post factum dovrebbe essere valorizzato in prospettiva di prevenzione speciale positiva, di talché il fatto possa essere ritenuto particolarmente tenue laddove non vi siano esigenze di rieducazione

In attesa di future pronunce che possano far luce sulla questione, a noi pare tuttavia potersi affermare che il riconoscimento, da parte della dottrina, di un ruolo alla capacità a delinquere del reo nell'ambito della valutazione di tenuità dell'offesa rappresenta una impostazione ermeneutica non condivisibile.

La causa di esclusione della punibilità ex art. 131-bis c.p., infatti, è incentrata sul dato, eminentemente oggettivo, della tenuità dell'offesa. E, benché l'accertamento concreto del grado dell'offesa possa essere difficoltoso, tuttavia a livello logico si prospetta un'alternativa in realtà molto semplice: o l'offesa è tenue, o non lo è. Tertium non datur. Attribuire valenza alla capacità a delinquere dell'agente nell'ambito dell'art. 131-bis c.p. è fuorviante, poiché trapianta valutazioni incentrate sulla persona del reo in un istituto a vocazione essenzialmente oggettiva, rischiando pertanto di snaturarne il fondamento.

Né, d'altra parte, diversamente opinando, si perviene ad esiti sconosciuti all'ordinamento, atteso infatti che l'art. 131-bis c.p. non è l'unica norma che esclude (lato sensu) la punibilità in virtù di valutazioni di esclusiva matrice oggettivistica: si pensi, a tal proposito, alla disciplina del reato impossibile ex art. 49, co. 2, c.p. Peraltro, richiedere che il giudice, nell'ambito del giudizio ex art. 131-bis c.p., tenga conto anche della capacità a delinquere del reo – manifestata da condotte susseguenti al reato – sembrerebbe aprire le porte a conseguenze poco desiderabili. Infatti, se la valutazione della condotta susseguente al reato, e con essa della capacità a delinquere del reo, trova una sua condivisibile giustificazione in sede di commisurazione della pena ex art. 133, co. 2, c.p., assolvendo il compito di parametrare il quantum di pena in funzione delle esigenze di proporzionalità e meritevolezza della pena medesima (ma pur sempre entro i limiti legali imposti

dal legislatore, unico legittimo detentore della potestà punitiva), diversamente, laddove tale giudizio voglia essere impiantato anche nell'alveo dell'art. 131-bis c.p., si consegnerebbe nelle mani del giudice l'abnorme potere discrezionale di determinare l'an di pena alla luce di valutazioni attinenti alla personalità del reo. Un potere che, a tacer d'altro, correrebbe il concreto rischio di essere esercitato, più che discrezionalmente, arbitrariamente.

Infine, merita di essere osservato che, pur nella prospettiva da noi propugnata, residuerebbero comunque margini per valorizzare in positivo o in negativo, in seno all'art. 131-bis c.p., condotte susseguenti al reato che manifestino una minore o maggiore capacità a delinquere dell'agente. Il pensiero, in particolare, va a quelle ipotesi in cui il comportamento post delictum, oltre a sottendere una particolare pervicacia criminale ovvero una revisione critica di quanto realizzato, sia altresì indicatore del grado di intensità del dolo al momento della commissione del fatto; intensità del dolo che, rientrando tra gli indici contemplati dall'art. 133, co. 1, c.p., ben potrà essere presa in considerazione nella valutazione sulla tenuità dell'offesa.

**In soluzione di continuità con i pregressi eventi formativi organizzati dall'Associazione Forense Bologna, il seminario stimolerà tra i Relatori un dibattito, un confronto di idee, un raccordo sinergico ed osmotico tra mondi diversi e pervasivi (quello dell'Avvocatura, dell'Accademia e della Magistratura) al fine di esaminare compiutamente le discipline in oggetto indicate alla luce della novella legislativa n. 150/2022.**

Il Presidente dell'Associazione Forense Bologna

(Avv. Matteo Murgo)