

## IL VOLTO E LE MASCHERE. PREMESSE A UNO STUDIO SULLA CATEGORIA UNITARIA DELLE CAUSE DI ESTINZIONE DELLA PUNIBILITÀ<sup>(\*)</sup>

di Fabio Fasani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le cause sopravvenute di non punibilità e le cause di estinzione del reato. – 3. Le sfasature terminologiche tra l'originaria impostazione codicistica e l'odierno "mercato della legge". – 4. La debolezza del dato testuale e dei criteri distintivi tra cause sopravvenute di non punibilità e cause di estinzione del reato. – 5. La categoria unitaria delle cause di estinzione della punibilità e le questioni aperte sul fronte più esposto della politica criminale.

### 1. Premessa.

Il nostro codice di procedura penale, agli artt. 529 ss., disciplina le diverse formule di proscioglimento. Escludendo il primo di tali articoli, che riguarda il tema processuale della procedibilità<sup>1</sup>, nei seguenti due il legislatore enuncia una pluralità di *motivi*, in ragione dei quali l'imputato deve andare esente da pena<sup>2</sup>.

La maggior parte di questi *motivi* riguarda l'insussistenza di uno degli elementi costitutivi del reato, ossia di uno di quegli elementi in assenza dei quali l'illecito penale non viene ad esistenza. Tali formule ricalcano, senza prendere una posizione netta, le sistematiche tri/quadripartite del reato e si riferiscono, di conseguenza, alla carenza di tipicità, antigiuridicità, colpevolezza e punibilità<sup>3</sup>, cui si aggiunge il difetto di imputabilità<sup>4</sup>.

---

<sup>(\*)</sup> Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*.

<sup>1</sup> A tal proposito è stata evidenziata la "distinzione tra i presupposti sostanziali della punibilità, i quali condizionano il diritto di punire, e quelli processuali, i quali esclusivamente condizionano la perseguibilità penale e si riferiscono alla possibilità del processo penale» (G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017, p. 137).

<sup>2</sup> Sulle formule di proscioglimento, per tutti, F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Milano 2021, pp. 238 ss.

<sup>4</sup> Sulla complessa collocazione dogmatica dell'imputabilità, nella letteratura più recente, A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e "affirmative defenses"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 239 ss.; M. RONCO, *I rapporti tra imputabilità e colpevolezza: aspetti attuali di un problema antico*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, pp. 131 ss.

In questo scenario emergono, peraltro, due vistose anomalie. Vi sono, infatti, due casi nei quali il proscioglimento viene pronunciato non perché il reato *non viene ad esistenza* — e non raggiunge, dunque, mai la soglia della punibilità —, bensì poiché lo stesso reato, dopo essersi realizzato e dopo essere stato punibile per un certo lasso di tempo, cessa di esserlo in ragione di fattori successivi alla sua perfezione. Queste due ipotesi, del tutto peculiari, devono essere ricercate in “contenitori” tra loro diversi. Il primo caso è quello delle *cause sopravvenute di non punibilità* (in seguito anche solo “*c.s.n.p.*”), che la dottrina tradizionale riconduce alla locuzione «non punibile per un’altra ragione», impiegata dal legislatore all’art. 530 c.p.p.<sup>5</sup>. Il secondo caso è quello delle *cause di estinzione del reato* (in seguito anche solo “*c.e.r.*”), il cui riferimento va, invece, ricercato nel successivo art. 531 c.p.p.

Si tratta di categorie dogmatiche classiche, arate dalla letteratura, le quali peraltro, nel corso del tempo, hanno mostrato di non possedere una fisionomia ben definita; con un distacco sempre più marcato tra il loro *essere* e il loro *dover essere*, consumatosi nel silenzio degli interpreti. Nelle pagine che seguono si cercherà di indicare le premesse utili per iniziare questo percorso di ricerca, che necessita, tuttavia, di ben altro approfondimento. Il punto di partenza non può che consistere nel sintetico riepilogo delle caratteristiche tradizionalmente attribuite alle due categorie dogmatiche in discorso.

## 2. Le cause sopravvenute di non punibilità e le cause di estinzione del reato.

La prima categoria che dobbiamo esaminare è quella delle *c.s.n.p.*<sup>6</sup>.

In generale, tali cause consistono — secondo l’impostazione dominante — «in comportamenti del reo successivi alla consumazione del reato e antagonistici all’offesa prodottasi col reato, nel senso cioè che fanno sì che il pericolo realizzato non sfoci nella lesione del bene giuridico oppure neutralizzano l’offesa»<sup>7</sup>. Gli esempi che vengono fatti sono ricorrenti e, fra questi, si possono ricordare la ritrattazione (art. 376 c.p.), la cattura del detenuto evaso per colpa del custode (art. 38, co. 2 c.p.), la condotta resipiscente del

---

<sup>5</sup> Le *c.s.n.p.* — come noto — condividono tale contenitore con la diversa categoria delle *cause originarie* (o *concomitanti*) di non punibilità, delle quali non si parlerà in questo saggio. Su tali esimenti, limitandosi alle opere monografiche, cfr. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2020; A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, Bologna, 2009; F. CHIAROTTI, *Le cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946; D. TONON, *Fra delitto e castigo. Sistematica e genetica politico-criminale degli ‘istituti della punibilità’*, Torino, 2014, pp. 104 ss.; F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008, pp. 83 ss.

<sup>6</sup> Sulle *c.s.n.p.*, *ex plurimis* e in ordine cronologico, G. SPAGNOLO, *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale*, Napoli, 1963; G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965; G. ZICCONI, *Le cause “sopravvenute” di non punibilità*, Milano, 1975; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, pp. 291 ss.; F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008, pp. 117 ss.; E. SQUILLACI, *Le moderne cause di non punibilità “sussequente” nel sistema penale. Un tentativo di normalizzare l’ipertrofia del diritto penale*, Napoli, 2016.

<sup>7</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., con la collaborazione di R. Bartoli, Torino, 2021, p. 598.

reo nei casi di cospirazione e banda armata (artt. 308 s. c.p.), il ritiro dall'adunata sediziosa (art. 655, co. 3 c.p.).

Questa impostazione è di fatto condivisa dalla maggior parte della nostra letteratura tradizionale, nella quale sono rintracciabili alcune costanti, tanto nella ricostruzione del fondamento politico-criminale dell'istituto, quanto nell'individuazione delle caratteristiche strutturali di queste particolari circostanze che escludono la pena.

Dal primo punto di vista, sono fondamentalmente due le tesi, peraltro tra loro non incompatibili, che si contendono il campo a livello politico-criminale.

La prima è quella secondo cui la non punibilità sopravvenuta deve essere letta in termini di *extrema ratio* o sussidiarietà<sup>8</sup>. Si osserva cioè come, in questi casi, il comportamento doveroso del reo, che torna sui propri passi, elida o attenui la necessità di punire. In qualche modo, infatti, la condotta susseguente tenuta dal soggetto agente dimostra che la sanzione, sebbene concretamente non irrogata, ha svolto la sua *funzione* in termini general-preventivi, nel senso che «il fine perseguito con la minaccia della pena» è stato raggiunto «per mezzo di meccanismi meno costosi»<sup>9</sup>, ossia anche senza la concreta irrogazione ed esecuzione della pena.

La seconda tesi ravvisa nella non punibilità sopravvenuta una più elementare manifestazione del cd. *carrot and stick approach*<sup>10</sup>. Alla base della scelta di non punire, in questi casi, vi sarebbe semplicemente un premio per il reo, un incentivo che lo conduca a tornare nell'alveo della legalità, seguendo un percorso inverso rispetto a quello che l'ha portato a delinquere<sup>11</sup>.

Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, le *c.s.n.p.* sarebbero costruite sul modello della desistenza volontaria<sup>12</sup>, cui sono riconducibili gli esempi prima citati. Si tratterebbe di ipotesi «che ruotano attorno all'idea del diritto penale come strumento di tutela di beni giuridici»: in questi casi, «la disposizione "premiale" svolge la stessa funzione della norma incriminatrice violata», nella misura in cui impone al reo la «reintegrazione di un interesse non ancora irrimediabilmente offeso»<sup>13</sup>. Quando l'agente ritratta la testimonianza falsa, impedisce la lesione del bene della corretta amministrazione della giustizia, perché il giudice, prima di emettere sentenza, avrà conosciuto la verità; quando il soggetto che non ha versato talune imposte dovute decide di farlo, sarà prontamente reintegrato il bene giuridico della corretta acquisizione delle entrate da parte dell'erario.

<sup>8</sup> M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 357.

<sup>9</sup> G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pp. 95 ss. (p. 97 la citazione).

<sup>10</sup> In generale, sul *carrot and stick approach*, G. DE GEEST-G. DARI-MATTIACCI, *The Rise of Carrots and the Decline of Sticks*, in *U. Chi. L. Rev.*, 80(1), 2013, pp. 341 ss.

<sup>11</sup> G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 110.

<sup>12</sup> È noto, peraltro, il lungo dibattito in merito alla qualificazione della desistenza volontaria quale *c.s.n.p.* ovvero quale limite esterno del fatto tipico. In tema, *ex plurimis* e in ordine cronologico, A. R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, *passim*; G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pp. 45 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., pp. 106 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 400; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, pp. 7 ss.

<sup>13</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 407.

Si tratta, in sintesi, della teorica del *ponte d'oro*, in ambito penalistico attribuita a von Listz<sup>14</sup>, la quale, pur avendo subito acute critiche<sup>15</sup>, permea di fatto l'intera letteratura in materia<sup>16</sup> e si lega strettamente al tema del diritto promozionale-premiale<sup>17</sup>.

A seguito delle critiche già dette, la teoria è stata affiancata da altre ipotetiche ragioni politico-criminali, legate, ad esempio, alla tutela della vittima e allo scemare della capacità a delinquere del reo, dimostrata dalla condotta resipiscente. Le nozioni di premio e di ponte d'oro, tuttavia, sono sempre rimaste alla base di ogni discussione sul punto, in ragione delle loro innegabili capacità esplicative<sup>18</sup>.

Venendo al profilo strutturale, viene ricordata dalla letteratura dominante una serie di caratteri propri delle *c.s.n.p.* Anzitutto, esse consisterebbero in condotte volontariamente tenute dal reo dopo la consumazione del reato. Siamo cioè in presenza non di fatti o eventi naturali, ma di azioni che lo stesso agente tiene dopo aver integrato gli elementi costitutivi dell'illecito penale<sup>19</sup>. In secondo luogo, tali condotte dovrebbero intervenire entro un certo lasso di tempo, che può essere espresso da legislatore (come nel caso dell'art. 387 c.p.) ovvero può essere ricavato *per relationem*, attraverso il riferimento ad altro evento collocato immediatamente prima o immediatamente dopo la condotta antagonistica che funge da esimente<sup>20</sup>. Ancora, l'effetto esimente della condotta "riparatoria" del reo è subordinato all'efficacia della medesima. Occorre, in altri termini, che sia raggiunto un certo risultato, in termini di annichilimento dell'offesa arrecata con il reato commesso<sup>21</sup>.

Da quest'ultimo punto di vista, non è un caso che gli autori maggiormente rispettosi di questa rigida impostazione strutturale ammettano la possibile operatività delle *c.s.n.p.*

<sup>14</sup> F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino-Lipsia, 1921, p. 192.

<sup>15</sup> È nota la critica, ben ripresa da Gaetano Contento e Angelo Latagliata, secondo cui la teorica del ponte d'oro presupporrebbe, contrariamente all'evidenza, che il reo sia, anzitutto, un esperto conoscitore delle norme giuridiche e si comporti, inoltre, sempre in modo razionale ponderando i pro e i contro del proprio agire (G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pp. 78 ss.; A. R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., pp. 28 ss.).

<sup>16</sup> La teoria del *ponte d'oro* è diffusissima in letteratura. Sul punto cfr., *ex plurimis*, L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1990, p. 345; L. MONACO, *Sul recesso nel delitto tentato*, in *Studi urbinati*, 1978/1979, pp. 23 ss. In relazione a tale meccanismo premiale cfr. anche T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 532 ss.

<sup>17</sup> Per una perspicua impostazione del problema C. E. PALIERO, *"Minima non curat praetor". Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 129 ss.

<sup>18</sup> Per un preciso quadro ricostruttivo E. LA ROSA, *La desistenza volontaria tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 1190 ss.

<sup>19</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: struttura e sistematica*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, p. 655.

<sup>20</sup> G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 95. Più nel dettaglio T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., pp. 408 ss., il quale riconosce alle soglie temporali plurimi significati: la reintegrazione "utile" dell'offesa, la connessione assiologica con la minaccia iniziale di pena, la non eterodeterminazione della condotta resipiscente.

<sup>21</sup> Così, ancora, G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., p. 94. Più di recente, su questi stessi caratteri strutturali, E. SQUILLACI, *Le moderne cause di non punibilità "susseguente" nel sistema penale*, cit., pp. 22 ss.

solo rispetto a tre particolari tipologie di illecito: i reati di pericolo, i reati «lesivi di beni funzionali posti a tutela anticipata di beni sostanziali finali» e i reati lesivi di beni restaurabili<sup>22</sup>. In tutti questi casi, infatti, il reato sarebbe “recuperabile” dal punto di vista dell’offensività o perché il danno al bene (finale) non si è ancora prodotto o perché esso può essere, in qualche modo, restaurato.

Apparentemente più saldo rispetto alla categoria delle *c.s.n.p.*, almeno a una superficiale analisi terminologica, appare il concetto di “estinzione del reato”. Esso è preso in considerazione dal codice nel Titolo V del Libro I, ove vengono enucleate talune cause (generali) di estinzione del reato, talune cause di estinzione della pena<sup>23</sup> e talune norme di disciplina, ed è utilizzato anche in una pluralità di disposizioni di parte speciale, ove il legislatore prevede varie ipotesi di estinzione dei singoli reati<sup>24</sup>.

Tra le *c.e.r.*, previste all’interno della parte generale del codice, sono da annoverare la morte del reo, la prescrizione del reato, l’oblazione, la più recente riparazione pecuniaria, la sospensione del procedimento con messa alla prova e gli altri istituti menzionati agli artt. 150 ss. c.p. Sono, invece, esempi dell’uso legislativo delle *c.e.r.* direttamente all’interno della parte speciale del codice o nelle leggi speciali le seguenti clausole estintive: il pagamento del debito nell’insolvenza fraudolenta (art. 641 co. 2 c.p.), la riparazione del danno nell’oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis* co. 3 c.p.); la nullità del precedente matrimonio nella bigamia (art. 556 co. 3 c.p.); la sanatoria nelle contravvenzioni urbanistiche (art. 45 co. 3 d.p.r. n. 380 del 2001); l’estinzione delle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro all’esito dell’apposita procedura di cui agli artt. 19 ss. d.lgs. n. 758 del 1994 e la nuova similare procedura prevista, in materia penal-ambientale, dagli artt. 318-*bis* ss. d.lgs. n. 152 del 2006.

L’illusoria chiarezza della categoria deriva, per lo più, dalla circostanza che è lo stesso legislatore a utilizzare il concetto di “estinzione del reato”, distinguendo così in modo apparentemente netto questo istituto dalle esimenti e soprattutto, tra esse, dalle limitrofe *c.s.n.p.*

Tale impostazione risulta confermata dagli stessi lavori preparatori del codice penale, ove viene suffragato l’uso della locuzione “estinzione del reato”. Si osserva infatti che «se interviene una causa che estingue l’efficienza giuridica penale del fatto, questo cessa di essere “reato” [...] bene si dice che il reato, come tale, è estinto»<sup>25</sup>. Vi

<sup>22</sup> Così G. COCCO, *La punibilità*, in G. COCCO-E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Punibilità e pene*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, p. 91.

<sup>23</sup> Come noto, le *c.e.r.* “operano antecedentemente all’intervento di una sentenza definitiva di condanna e incidono sulla cd. punibilità astratta, estinguendo la stessa potestà statale di applicare la pena minacciata», mentre le cause di estinzione della pena “presuppongono invece l’emanazione di una sentenza di condanna ed estinguono la cd. punibilità in concreto» (così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Bologna, 2019, p. 829).

<sup>24</sup> Sulle *c.e.r.*, tra gli altri, L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 342 ss.; P. POMANTI, voce *Estinzione del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Torino, 2005, pp. 452 ss.; A. SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena (diritto penale comune)*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino, 1969, pp. 991 ss.; M. G. GALLISAI PILO, voce *Estinzione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Nss. D.I.*, App., Torino, 1982, pp. 551 ss.; E. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano, 1990; A. PECORARO-ALBANI, *L’estinzione delle situazioni soggettive penali*, Napoli, 1967; C. LONGARI, *Le cause di estinzione del reato*, Torino, 2012.

<sup>25</sup> *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1930, in G.U. 26 ottobre 1930, p. 4472.

sarebbe, dunque, una distinzione tra questi fatti estintivi, che travolgono integralmente il “reato” *ex post* e le circostanze che escludono la (sola) punibilità, cui sono da riferire anche le *c.s.n.p.*

Viene così tratteggiata una distinzione che sembrerebbe tutt’altro che innocua, visto che il codice fa discendere da tale inquadramento dogmatico ricadute *almeno all’apparenza* nette in punto di disciplina. Mentre infatti l’operatività delle *c.e.r.* è regolata dagli artt. 170 e 182 ss. c.p., le *c.s.n.p.* difettano di una specifica disciplina e il dibattito che le interessa si incentra sull’applicabilità ad esse delle norme predette ovvero di quelle che regolano le cc.dd. “circostanze che escludono la pena” (ad es. artt. 59 co. 4 e 119 c.p.)<sup>26</sup>.

Forte di questa cesura tralatizia e di un dato lessicale all’apparenza granitico, la dottrina ha costruito distintamente le due categorie, benché, sin dall’inizio, i commentatori più autorevoli avessero percepito la friabilità dei muri di confine<sup>27</sup>.

Così è stata individuata una serie di elementi differenziali, tanto in riferimento alla *ratio* politico-criminale dei due istituti, quanto in relazione alla loro caratterizzazione strutturale.

Dal primo punto di vista, come facilmente ricavabile dalle osservazioni già svolte, la differenza tra *c.s.n.p.* e *c.e.r.* emergerebbe dal fatto che solo le prime opererebbero in una logica di «tutela dello stesso bene protetto dalla norma incriminatrice attraverso l’incentivazione di un’azione positiva da parte del reo»<sup>28</sup>. Le cause di estinzione, per contro, afferirebbero a «ragioni di varia natura del tutto estranee alle ragioni che determinano la incriminazione» e del tutto estranee al binomio meritevolezza di pena/bisogno di pena<sup>29</sup>.

Più nel dettaglio, nella sua perspicua analisi, Salvatore Prosdocimi osserva che, pur a fronte di un comune denominatore rappresentato dal bilanciamento di interessi contrapposti, le *c.s.n.p.* si distinguono dalle *c.e.r.* poiché le prime «non rappresentano soltanto il prevalere di un interesse alla non applicazione della pena [...] ma costituiscono soprattutto un mezzo positivo di tutela di determinati beni giuridici, l’estremo tentativo di tutela di tali beni che l’ordinamento predispone per il caso in cui la norma incriminatrice, in concreto, non abbia funzionato»<sup>30</sup>.

A livello strutturale, poi, vi sarebbero alcune importanti differenze. Anzitutto, le *c.s.n.p.* presupporrebbero una condotta del beneficiario. Non deriverebbero cioè da un fatto naturale o giuridico, ma piuttosto da un’azione (una controcondotta, come si è visto) del soggetto agente, ossia di colui che ha integrato gli estremi del reato<sup>31</sup>. In

<sup>26</sup> Per un primo inquadramento cfr., per tutti, G. ZICCONI, *Le cause “sopravvenute” di non punibilità*, cit., *passim*; G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., pp. 124 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, *ex plurimis*, L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 355 s.; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Torino, 1960, p. 629 s.

<sup>28</sup> L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 355.

<sup>29</sup> G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., p. 135. Vd. anche ID., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. pen.*, 2015, pp. 257 ss.; P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, pt. gen., II, Milano, 2014, p. 301.

<sup>30</sup> S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 324.

<sup>31</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 485; G. COCCO, *La*

secondo luogo, in coerenza con la *ratio* politico-criminale appena enunciata, nelle *c.s.n.p.* occorre che la condotta antagonista al reato realizzato possa restaurare, in qualche modo, con efficacia il bene lesa. Requisito che, invece, ad ogni evidenza, sfugge completamente alla dinamica delle *c.e.r.* Ancora, nelle *c.s.n.p.* la controcondotta dell'agente sarebbe cronologicamente vincolata, nel senso che dovrebbe intervenire entro un termine indicato dal legislatore in modo più o meno espresso<sup>32</sup>. In quarto luogo, quanto alla tempistica di operatività dei due istituti, le *c.e.r.* opererebbero solo dopo la relativa dichiarazione da parte del giudice, laddove le *c.s.n.p.* esprimerebbero immediatamente i loro effetti<sup>33</sup>.

Se questo quadro concettuale fosse solido, l'interprete non avrebbe problemi: il legislatore, infatti, dichiara espressamente quali fatti estintivi considerare *c.e.r.* e quali *c.s.n.p.*; lo stesso codice, poi, indica chiaramente quale sia la disciplina da applicare a ciascun istituto. Sulla scorta di questa relazione biunivoca tra *nomen iuris* e disciplina dovrebbe, in altri termini, essere sempre ricostruibile un sistema omogeneo, capace di guidare l'interprete nell'esegesi del dettato normativo.

### 3. Le sfasature terminologiche tra l'originaria impostazione codicistica e l'odierno "mercato della legge".

Il problema è che questo schema è parso instabile sin dall'entrata in vigore del codice Rocco, in ragione della scarsa affidabilità dei criteri distintivi. Con il tempo e le riforme legislative, poi, tali discrasie, anziché ridursi, sono aumentate. Sino ad arrivare allo scenario odierno, nel quale — come vedremo — i due istituti sono utilizzati dal legislatore in maniera del tutto indistinta e incurante delle differenze di disciplina che da tale inquadramento dovrebbero discendere. Questo percorso può essere diviso in tre fasi: la fase relativa all'originario assetto codicistico del 1930; la fase delle novelle introdotte in sede di lotta alla criminalità organizzata di natura terroristica e mafiosa; la fase, infine, relativa al recente uso massiccio dell'impunità sopravvenuta nell'odierno "mercato della legge"<sup>34</sup>.

Nel corso del primo di questi periodi, la confusione tra non punibilità sopravvenuta ed estinzione del reato destava meno preoccupazioni, forse perché riguardava ipotesi di scarsa applicazione pratica, ma si manifestava già con grande evidenza. In questa fase, in particolare, il rapporto tra i criteri discretivi sopra esposti e la qualificazione giuridica dei singoli fatti estintivi poteva già dirsi infranto quantomeno in una delle due direzioni. Esistevano, cioè, già numerose *c.e.r.*, che rispondevano, in tutto e per tutto, ai requisiti politico-criminali e strutturali propri delle *c.s.n.p.* Basti, in tal senso, citare due esempi chiarissimi di questo assunto.

---

*punibilità quarto elemento del reato*, cit., p. 135.

<sup>32</sup> Per un'accurata analisi dei plurimi significati di questo limite cronologico, cfr., per tutti, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 409 s.

<sup>33</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 600.

<sup>34</sup> L'evocativa locuzione è presa da F. SGUBBI-D. FONDAROLI (a cura di), *Il 'mercato della legge penale': nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011.

Il primo è quello dell'adempimento tardivo dell'obbligazione pecuniaria nell'insolvenza fraudolenta, previsto dall'art. 641, co. 2, c.p. Tale fatto estintivo della punibilità viene infatti espressamente rubricato dal legislatore quale *c.e.r.* («l'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato»); eppure, ad esso si applicano perfettamente tutte le considerazioni svolte a proposito delle *c.s.n.p.*, posto che: *i)* la (contro)condotta mira a restaurare il bene giuridico patrimoniale leso dalla condotta insolvente; *ii)* tale adempimento è integrato da una condotta resipiscente del reo, che torna sui propri passi<sup>35</sup>; *iii)* l'adempimento deve avvenire entro un preciso termine temporale; *iv)* la controcondotta del reo deve essere efficace, ossia adempiere all'obbligazione insoluta.

Un secondo, analogo, esempio è rappresentato dal (poi abrogato) art. 544 c.p., il quale prevedeva, quale *c.e.r.*, il matrimonio “riparatore” nei delitti contro la morale pubblica e il buon costume. Anche in questo caso, la «causa speciale di estinzione del reato» (questa la rubrica dell'art. 544 c.p.) era rappresentata da un comportamento volontario con il quale il reo poneva, in qualche modo, rimedio, secondo la visione dell'epoca, al danno sociale prodotto con le proprie condotte delittuose<sup>36</sup>.

Nella seconda fase storica, l'inaffidabilità dei criteri discretivi tra non punibilità sopravvenuta ed estinzione del reato si fa ancora più evidente, poiché diviene bidirezionale.

Da un lato, infatti, aumenta il numero e il rilievo delle cause estintive che rispondono a logiche premiali e si fondano sulla retrocessione della condotta antidoverosa. Si pensi, ad esempio, al caso dell'estinzione delle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, previsto dalla speciale procedura di cui agli artt. 19 ss. d.lgs. n. 758 del 1994. Come noto, tale disciplina, comporta l'estinzione del reato qualora il contravventore tenga, di fatto, un comportamento resipiscente e reintegrativo del bene giuridico, ripristinando in tal modo l'integrità della sicurezza dei lavoratori, messa a rischio da condotte pericolose<sup>37</sup>. Per godere dell'effetto di estinzione del reato, infatti, il reo deve tenere, entro un certo lasso di tempo, una condotta efficace di ripristino della legalità infranta, rispettando le prescrizioni che vengono impartite al fine di rimuovere la condizione di pericolo che egli ha creato rispetto al bene protetto. Ossia, in definitiva, tenere una condotta che rispetta perfettamente i requisiti che la dottrina riconduce — come visto — alla famiglia delle *c.s.n.p.*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> La *ratio* della disposizione è chiaramente quella di “creare un incentivo rispetto all'eliminazione del danno patrimoniale», benché la causa estintiva abbia natura oggettiva e l'adempimento possa teoricamente avvenire anche da parte di un terzo disinteressato alle sorti penali del reo (così G. AZZALI, voce *Insolvenza fraudolenta*, in *Enc. dir.*, XXI, p. 794).

<sup>36</sup> Riconduce infatti quest'ipotesi alla famiglia delle cause di non punibilità, a dispetto dell'etichetta legislativa, S. PRODOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 294.

<sup>37</sup> In tema G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020, pp. 122 ss.; V. VALENTINI, *Contravvenzioni extra-codice e meccanismi premiali*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019, pp. 235 ss.

<sup>38</sup> Ritene queste ipotesi “maggiormente in linea con la logica delle cause di non punibilità» G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., p. 29 s. Nello stesso senso M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Napoli, 2011, pp. 924 ss.

Dall'altro lato, soprattutto, vengono introdotte dal legislatore anche *c.s.n.p.* che difettano dei requisiti di tale categoria e che dovrebbero, pertanto, ricadere nel campo dell'estinzione del reato, se non altro in via residuale.

Il segno più evidente di "rottura" della parte ancora intatta del sistema si nota nello slittamento delle *c.s.n.p.* al di fuori dell'ottica di tutela del bene protetto dalle fattispecie di riferimento, che — in linea teorica — dovrebbe immancabilmente caratterizzarle. Emergono, infatti, in questo periodo dei casi nei quali la non punibilità viene usata «come "merce di scambio"»<sup>39</sup>, in corrispettivo di vantaggi che l'ordinamento si proponga di raggiungere su piani eccentrici rispetto all'offesa»<sup>40</sup>. Il riferimento va principalmente alle nuove forme di collaborazione processuale<sup>41</sup>, sorte con la legislazione d'emergenza, come quelle previste dal d.l. n. 525 del 1979 e dalla l. n. 304 del 1982<sup>42</sup>. In questi contesti, infatti, l'impunità o l'attenuazione della pena sono concesse a fronte di una condotta del reo che si colloca al di fuori dell'orbita del bene giuridico, essendo finalizzata non a reintegrare l'offesa, ma a fornire un ausilio di tipo investigativo<sup>43</sup>. Qui il beneficio premiale si collega pur sempre alla prevenzione generale: non però in termini di funzionalità, come nel caso delle *c.s.n.p.*, ma piuttosto in termini di *dis-funzionalità*, perché il sistema dimostra la sua incapacità di fronteggiare autonomamente il crimine, scendendo a patti col delinquente<sup>44</sup>. È un sistema che si mostra debole e che trova l'alibi della delazione «per rinunciare agli strumenti di controllo dell'efficienza e dell'imparzialità a monte, nella sede più opportuna»<sup>45</sup>. È stato osservato, da una prospettiva parzialmente diversa, che in questi casi il diritto penale si allontana dal fatto<sup>46</sup> e si orienta all'autore, il quale presenta «aspetti d'interesse penale, in vista della neutralizzazione della sua pericolosità ovvero dell'impiego del suo sapere per contrastare»<sup>47</sup> un fenomeno criminoso. «Non è un recesso attivo, questo, ma molto di meno e molto di più: è di meno, in quanto non è necessario che l'evento o il fatto sia neutralizzato. Anzi. Il reato è sicuramente (stato) commesso. È tuttavia di più di un recesso, perché si pretende la delazione dei correi, fino all'aiuto a individuare il loro profitto». Si passa così

<sup>39</sup> L'ordinamento accetta così che il reo paghi il suo debito con un'utilità diversa dalla pena, intesa col Carrara come "moneta di cui si paga il delitto" (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., Pt. Gen., II, § 696, p. 168).

<sup>40</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 411.

<sup>41</sup> In generale, sul tema, cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, 2002.

<sup>42</sup> Per un'ampia analisi di questa disciplina cfr. M. LAUDI, *I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"*, Giuffrè, 1983, *passim*.

<sup>43</sup> Sull'eterogeneità dei due modelli di esclusione della punibilità v. anche A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, pp. 233 ss. secondo il quale "lo iato che si delinea fra il contenuto delle fattispecie premiali codicistiche e quelle della legislazione speciale più o meno recente è un punto nero sul pentagramma di un concerto polifonico al quale sordo è parso il legislatore; e non solo quello italiano» (p. 233).

<sup>44</sup> T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 420 s. Sul punto v. anche A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., p. 235.

<sup>45</sup> G. M. FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 947.

<sup>46</sup> In questo senso S. ARDIZZONE, *La proposta di semplificazione in tema di corruzione ed i rischi di erosione della concezione del diritto penale del fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, pp. 1 ss.

<sup>47</sup> Così M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 928.

«dal “fatto” a tutto il “postfatto”» e l’ordinamento «compra collaboratori a prezzi anche diseducativi»<sup>48</sup>.

Venendo alla terza fase storica, nella quale ancora ci troviamo, appare evidente come le discrasie sopra rilevate, anziché attenuarsi, siano divenute del tutto fisiologiche. Il legislatore, in altri termini, pare aver adottato un criterio di completa interscambiabilità tra le due categorie di fatti estintivi di cui discutiamo. Il fenomeno si apprezza in entrambe le direzioni indagate: da un lato, infatti, vengono introdotte nuove *c.s.n.p.* che fuoriescono dall’ottica del bene giuridico e non rispettano i criteri che la dottrina tradizionale ha tracciato per questa classe di esimenti; dall’altro lato, in modo ancora più evidente, viene inserita una pluralità di *c.e.r.* “spurie” che, per contro, rispondono, in tutto o in parte, alla logica della controcondotta riparatrice. Nel mezzo, si collocano ipotesi ibride, che vengono qualificate nell’uno o nell’altro modo e che posseggono elementi caratterizzanti entrambe le categorie di fatti estintivi.

Dal primo punto di vista, un esempio paradigmatico è quello della nuova esimente di cui all’art. 323-ter c.p., la quale esclude la punibilità del cd. “pentito di corruzione”. Si tratta di colui il quale, dopo aver commesso uno dei reati contro la pubblica amministrazione di matrice corruttiva, decide di tornare sui propri passi e collaborare con la giustizia, denunciando il delitto commesso e fornendo ausilio alle autorità nell’individuazione dei corresponsabili e nel rinvenimento del prezzo del reato<sup>49</sup>.

Tale esimente, infatti, pur essendo qualificata espressamente quale *c.s.n.p.*, difetta dei caratteri strutturali propri di questa categoria dogmatica, fuoriuscendo dalla logica di protezione del medesimo bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici di riferimento. L’obiettivo del legislatore, infatti, è quello di «assicurare la prova del reato» e di «individuare gli altri responsabili». Non è richiesta all’agente una reintegrazione dell’offesa, che appare sovente impossibile, posto che la confessione/delazione giunge inevitabilmente a reato consumato, quando cioè i beni dell’imparzialità, del decoro e del buon andamento della pubblica amministrazione sono ormai lesi e non reintegrabili<sup>50</sup>.

Un secondo esempio particolarmente chiaro è quello dei cc.dd. condoni fiscali, in relazione ai quali possiamo prendere il caso dell’art. 8 della l. n. 289 del 2002. Ebbene, in questo contesto il legislatore parla espressamente di non punibilità (sopravvenuta), prevedendo, a certe condizioni, «l’esclusione ad ogni effetto della punibilità». Tuttavia, il meccanismo previsto non ha nulla a che vedere con le consuete caratteristiche

---

<sup>48</sup> M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 930.

<sup>49</sup> Sulla nuova esimente cfr. M. N. MASULLO, *L’emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1257 ss.; L. NOTARO, *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la p.a.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e collaborazione processuale di fronte all’espansione del paradigma emergenziale*, in *Leg. pen. (online)*, 24 novembre 2020; D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art. 4 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 600 ss.; V. MONGILLO, *La legge “Spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 5, 2019, pp. 231 ss.; S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella “Spazzacorrotti. Funzioni simboliche e deterrenza “latente” nell’uso della non punibilità*, in *Leg. pen.*, 18 giugno 2020. Sia consentito anche il rinvio a F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, in R. ORLANDI-S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2019, pp. 115 ss.

<sup>50</sup> Per ulteriori indicazioni in tal senso, sia consentito ancora il rinvio a F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, cit., pp. 124 ss.

strutturali che la dottrina tradizionale attribuisce alle *c.s.n.p.* A fronte del semplice pagamento di una somma di denaro, a titolo di parziale compensazione degli importi dovuti all'erario e non onorati, chi aderisce al condono riceve infatti in "premio" la non punibilità sopravvenuta per reati che fuoriescono totalmente dall'ottica di tutela delle fattispecie penal-tributarie, ossia dalle uniche in relazione alle quali il versamento *ex post* di somme al fisco potrebbe essere visto quale condotta (peraltro parzialmente) antagonista, tesa alla regressione dell'offesa al bene protetto. Ad essere *non punibili*, ai sensi della disciplina citata, sono infatti anche taluni reati contro la fede pubblica (come i falsi di cui agli artt. 482 ss. c.p.) e taluni reati societari (come quelli di cui agli art. 2621 ss. c.c.)<sup>51</sup>.

Dal secondo punto di vista, poi, si infittiscono anche i casi nei quali il legislatore qualifica come *c.e.r.* nuovi istituti che rispondono palesemente alla tradizionale logica della non punibilità sopravvenuta.

Un caso paradigmatico è quello della nuova *c.e.r.* per condotte riparatorie, prevista dall'art. 162-ter c.p.<sup>52</sup>. Tale istituto prevede che il reato sia estinto qualora il reo, prima dell'apertura del dibattimento, abbia interamente riparato il danno cagionato dal reato. Occorre, in altri termini, un contegno ben noto agli interpreti della non punibilità sopravvenuta, ossia un comportamento resipiscente volontario, attraverso cui l'autore del reato, entro un determinato lasso di tempo, torna sui propri passi, andando a proteggere, per quanto possibile e pur tardivamente, il bene giuridico leso.

Non è un caso che i primi contributi in tema di condotte riparatorie, pur nell'ambito di ragionamenti più complessi, abbiano dovuto descrivere una dinamica del tutto sovrapponibile a quella che connota le *c.s.n.p.*, focalizzandosi sulla circostanza che « l'art. 162-ter attribuisce dunque al risarcimento del danno la capacità di neutralizzare integralmente la lesione »<sup>53</sup>, andandosi così a inserire « in una strategia complessivamente "promozionale" (ma non premiale in senso stretto), diretta in ultima analisi alla tutela del bene, anche se sotto forma di salvaguardia tardiva (in quanto successiva alla violazione della norma penale) e di tipo restitutorio-risarcitorio »<sup>54</sup>. L'impossibilità di reperire una coerenza tra *etichetta* legislativa e *caratteri strutturali* della previsione che estingue la punibilità è tale che i più strenui sostenitori del rango "strutturale" categoria della punibilità reperiscono proprio nell'art. 162-ter c.p. « la consacrazione della punibilità come elemento autonomo del reato », pur trattandosi — nell'ottica del legislatore — di una *c.e.r.*<sup>55</sup>.

Né sembra possibile disporre di una nuova diversa criteriologia per discernere *c.s.n.p.* e *c.e.r.*, atteso che il legislatore impiega categorie diverse anche in relazione a casi sostanzialmente identici. Si pensi all'estinzione del reato per condotte riparatorie,

---

<sup>51</sup> Sull'operatività del citato condono fiscale e, più in generale, sull'istituto del condono fiscale cfr. A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., pp. 145 ss.

<sup>52</sup> Sulla nuova previsione cfr., tra gli altri, G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione* e S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, entrambi in *Criminalia*, 2018, pp. 373 ss. e pp. 383 ss.

<sup>53</sup> S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie*, cit., p. 393.

<sup>54</sup> C. PERINI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in L. GIULIANI-R. ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, Torino, 2018, p. 237.

<sup>55</sup> In questo senso G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., pp. 4, 98.

appena analizzata, e alla causa di non punibilità derivante dal pagamento del debito tributario, prevista dall'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000<sup>56</sup>. In entrambi i casi, infatti, si va esenti da pena qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato sia stato riparato. Eppure, la prima è una *c.e.r.*; la seconda una *c.s.n.p.*

Dal terzo punto di vista, deve poi essere tenuta in considerazione una serie di nuove esimenti "ibride", ossia una famiglia di fattori estintivi della punibilità che integrano, al proprio interno, elementi tipici della non punibilità sopravvenuta ed elementi tipici dell'estinzione del reato. Si pensi, per tutte, all'istituto della "messa alla prova", attraverso cui il legislatore accorda l'estinzione del reato a seguito della verifica giudiziale del rispetto, da parte del reo, di un complesso programma trattamentale<sup>57</sup>. Quest'ultimo richiede all'imputato la tenuta di condotte tra loro differenti<sup>58</sup>. Da una parte, infatti, vengono in luce azioni di matrice risarcitoria e ripristinatoria, che guardano da vicino alla non punibilità sopravvenuta. Si pensi, in tal senso, alla tendenziale eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e al risarcimento del danno<sup>59</sup>. Dall'altra parte, peraltro, il programma di messa alla prova si arricchisce di condotte di natura diversa, aventi finalità latamente punitivo-retributive, seppure collocate all'interno di un quadro di generale attenzione a profili sociali e solidaristici. In questi termini non possono che essere lette le richieste, rivolte al reo, di svolgere attività di volontariato e di prestare lavoro di pubblica utilità. Nel mezzo, si collocano ulteriori profili di maggiore complessità, che si collegano ai temi della mediazione penale e della riparazione<sup>60</sup>.

Ne esce, in definitiva, un quadro particolarmente complesso, al cui interno sembrano svanire le tradizionali coordinate, utili per orientarsi tra le categorie dogmatiche in discussione.

#### **4. La debolezza del dato testuale e dei criteri distintivi tra cause sopravvenute di non punibilità e cause di estinzione del reato.**

In uno scenario tanto complesso, il problema della distinzione tra *c.s.n.p.* e *c.e.r.* è stato ampiamente affrontato in dottrina e ha creato problemi di fatto mai superati<sup>61</sup>.

A fronte delle plurime ipotesi di incoerenza legislativa tra forma e sostanza, gli interpreti non hanno potuto che prendere due posizioni. La prima è quella di recepire acriticamente il dato formale e accogliere, così, sempre nuove ipotesi anomale, ossia casi

---

<sup>56</sup> Sull'uso dell'estinzione della punibilità nel diritto penale tributario vd., da ult., S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3, 2020, pp. 256 ss., nonché la bibliografia ivi citata alla nt. 4.

<sup>57</sup> In generale, sulla messa alla prova, cfr. P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma, 2017.

<sup>58</sup> Sui contenuti della messa alla prova e sul loro inquadramento concettuale cfr. L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 1693 ss.

<sup>59</sup> Sulla dimensione riparatoria della messa alla prova G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 514.

<sup>60</sup> L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1694.

<sup>61</sup> Per questa linea di indagine vd. specialmente G. ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, cit.

(sempre meno) eccezionali nei quali al *nomen iuris* non corrispondono *rationale* politico-criminale e disciplina dogmatica. La seconda posizione è quella di ignorare il dato formale e qualificare autonomamente le singole ipotesi estintive in spregio alle scelte esplicite del legislatore, valorizzando di volta in volta i dati che l'interprete ritiene di ricavare in merito allo scopo e all'operatività dell'esimente.

Questo percorso è evidente sin dall'esegesi delle primissime cause estintive "chimeriche", ossia di quelle che, come nel caso del pagamento del debito nell'insolvenza fraudolenta, erano presenti già nel testo originario del codice Rocco. È noto come rispetto ad essa si siano puntualmente manifestate le due posizioni sopra esplicitate. Alcuni autori, infatti, hanno qualificato il disposto di cui al comma 2 dell'art. 641 c.p. come una *c.e.r.*<sup>62</sup>. Allo stesso modo si è comportata la giurisprudenza, seppure argomentando in termini non particolarmente approfonditi<sup>63</sup>. Altri Autori, per contro, hanno preferito aggirare il dato normativo e, ravvisate determinate caratteristiche nel meccanismo estintivo, apparentemente fondato sulla regressione dell'offesa, hanno rubricato l'esimente quale *c.s.n.p.*<sup>64</sup>.

Alla base di queste incertezze sta un interrogativo metodologico di fondo, che determina ogni percorso interpretativo tendente a distinguere il fenomeno della non punibilità sopravvenuta da quello dell'estinzione del reato. Ci si riferisce all'alternativa tra classificare la singola esimente e poi trarre da tale classificazione le conseguenze in termini di disciplina, secondo la differenziata impostazione codicistica, ovvero valutare preventivamente quale sia la disciplina più congrua per la singola esimente e, quindi, attribuire a quest'ultima l'"etichetta" che consente tale inquadramento dogmatico. Inutile dire come tali sforzi abbiano sovente portato gli interpreti a cadere in un «circolo vizioso in cui l'esigenza di applicare una determinata disciplina sarebbe la diretta conseguenza del criterio dommatico di classificazione prescelto e dovrebbe, allo stesso tempo, giustificare l'adozione»<sup>65</sup>.

La dottrina più sensibile ha cercato di considerare questa *impasse* «un falso problema»<sup>66</sup>, ritenendo possibile ricavare il corretto inquadramento dogmatico dalla valutazione di una serie di profili politico-criminali e strutturali, che di fatto sono quelli sinora enucleati nel tentativo di tracciare i confini tra le due categorie. Anche questo tentativo, peraltro, va incontro a problematiche non facilmente solubili.

La prima, forse meno rilevante ma non certo ininfluenza, è che questo approccio comporta la necessità di disinteressarsi completamente della qualificazione formale impressa dal legislatore, eludendo il primo basilare canone esegetico, ossia quello di *interpretazione letterale* del testo normativo. Si deve cioè essere disposti a considerare quali *c.s.n.p.* dei fatti estintivi che il legislatore espressamente rubrica quale *c.e.r.* E si deve soprattutto essere disposti a ricollegare a tale scelta le conseguenti ripercussioni in termini di disciplina, non applicando a tali fatti estintivi le norme in tema di estinzione del reato che il legislatore ha espressamente previsto.

<sup>62</sup> Così, ad es., F. MANTOVANI, *Insolvenza fraudolenta*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 128.

<sup>63</sup> Vd., da ult., Cass. pen., sez. II, sent. 31 marzo 2016, n. 23017, p. 2.

<sup>64</sup> A. GALLUCCIO, *sub art. 641 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini e Gatta, 5<sup>a</sup> ed., III, Milano, 2021, p. 2698.

<sup>65</sup> G. ZICCONI, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, cit., p. 15.

<sup>66</sup> Così S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 322.

La seconda problematica è — se possibile — ancora più rilevante. Riprendiamo in considerazione le principali note razionali e strutturali che connotano le *c.s.n.p.*, ossia — come visto — la necessità di una condotta antagonistica volontaria, che, intervenendo entro un certo lasso di tempo, conduca efficacemente alla tutela (pur tardiva) del bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice <sup>67</sup>.

Ebbene, è di tutta evidenza come tali elementi non siano il frutto di schemi concettuali aprioristici, ma si fondino, almeno in origine, sull'induzione generalizzante delle principali caratteristiche che connotavano, all'interno della legislazione tradizionale, le *c.s.n.p.* È ovvio, cioè, come i criteri discretivi tra le due famiglie di esimenti derivino dall'osservazione dei minimi comuni denominatori che tendenzialmente le caratterizzavano, quantomeno nella stragrande maggioranza di casi.

Quest'ultima precisazione consente certo di ammettere che taluni specifici fatti estintivi della punibilità potessero sfuggire ai criteri così elaborati, andando a costituire delle eccezioni, utili anche — come suol dirsi — per confermare la regola. A fronte di una platea statisticamente decisiva di *c.s.n.p.* e di *c.e.r.*, che si *presentavano* e si *comportavano* “secondo copione”, in altri termini, non rappresentava un grosso problema la circostanza che, nelle prime fasi storiche qui descritte, le disposizioni, ad esempio, di cui agli artt. 641 e 544 c.p. andassero controcorrente, “si ribellassero” agli schemi, mostrando un evidente scollamento tra *forma* e *sostanza*.

Di tutt'altro spessore mi pare, invece, il problema che si manifesta nella situazione odierna, nella quale, come stiamo imparando a comprendere, l'impiego massiccio della (estinzione della) punibilità in un intricato disegno politico-criminale, la commistione di differenti caratteri nel medesimo fatto estintivo e l'indifferenziato e impreciso uso lessicale del legislatore hanno, di fatto, reso imperscrutabile il rapporto tra regola ed eccezione, andando a creare un quadro in cui dominano le sfumature, anziché le tonalità di colore. Viene, così, da chiedersi a quale paradigma si faccia riferimento, nel momento in cui si classificano le esimenti secondo schemi concettuali ormai superati, eludendo la circostanza che un nuovo processo induttivo dovrebbe necessariamente fare i conti con la dirompente pluralità di fatti estintivi che non rispettano più le regole tralattizie.

Così, tornando al cuore del discorso, possiamo ancora affidarci al criterio discretivo della condotta antagonistica di protezione tardiva del bene giuridico nel momento in cui vi sono una pluralità di *c.s.n.p.* (come le forme di collaborazione processuale o, ad esempio, i ccdd. scudi fiscali) che non lo rispettano, pur dovendolo teoricamente rispettare, e vi sono, per contro, una serie di *c.e.r.* (come quella di cui all'art. 162-ter c.p., di cui all'art. 318-septies d.lgs. n. 152 del 2006 o di cui all'art. 341-bis, co. 3 c.p.<sup>68</sup>) che lo rispettano, pur non dovendolo teoricamente rispettare? O possiamo ancora fare affidamento sul criterio discretivo del *tipo* di fatto estintivo nel momento in cui tanto le *c.s.n.p.* quanto le cause di estinzione del reato appaiono costruite sulla frequente commistione di condotte umane, fatti naturali e fatti giuridici, come, ad esempio, appare

---

<sup>67</sup> Tali caratteri sono stati meglio spiegati nelle pagine che precedono. Per una sintesi cfr. E. SQUILLACI, *Le moderne cause di non punibilità “sussequente” nel sistema penale*, cit., pp. 22 ss.

<sup>68</sup> Su tale ipotesi cfr. G.L. GATTA, *La resurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza”*, Torino, 2009, p. 177, il quale, non a caso, è costretto a eludere il dato legislativo e a considerare il fatto estintivo quale *c.s.n.p.*

evidente nella *c.e.r.* della messa alla prova o nella appena citata *c.s.n.p.* di cui all'art. 341-bis, co. 2 c.p.? Oppure, per fare un ultimo esempio, possiamo realmente considerare dirimente il dato cronologico relativo al termine entro cui deve essere tenuta la condotta antagonistica nell'ambito della non punibilità sopravvenuta, quando è palese che i medesimi obiettivi<sup>69</sup> possono essere raggiunti senza tale limite anche in riferimento a talune *c.e.r.* e, all'opposto, che molto spesso nella *c.s.n.p.* tale termine non consente realmente di salvaguardare i valori che lo giustificerebbero?

## 5. La categoria unitaria delle cause di estinzione della punibilità e le questioni aperte sul fronte più esposto della politica criminale.

A fronte di domande tanto insidiose, non pare davvero casuale che la letteratura più recente, pur senza espressamente ammetterlo, abbia di fatto aperto i vecchi compartimenti stagni che delimitavano le due categorie dogmatiche in discussione e abbia intrapreso una discussione cumulativa, che unisce e problematizza tutti i diversi fatti estintivi della punibilità. Per essere più precisi, la dottrina continua a mantenere salde le tratte partizioni nel momento in cui, in sede manualistica e trattatistica, si trova a dover inquadrare *c.s.n.p.* e *c.e.r.* Si apre, invece, a una nuova categoria unitaria, che racchiude ogni fatto estintivo *post delictum*, nel momento in cui si trova a ragionare, in termini più elevati, delle attuali politiche in materia penale. È come se, in altri termini, proprio una discussione maggiormente profonda sull'odierno mercato della legge scardinasse gli schemi tradizionali e spingesse a considerare unitariamente l'uso legislativo dell'esenzione da pena *post-factum*, impiegata al fine di conseguire più o meno meritori obiettivi di matrice politico-criminale o politica *tout court*.

Alcuni esempi possono chiarire il mio discorso.

Il primo è quello di un recente scritto nel quale Francesco Palazzo parla della non-punibilità come di una «buona carta da giocare oculatamente»<sup>70</sup>. In questo scritto Palazzo osserva come la non-punibilità sia «diventata uno degli strumenti più usati dal legislatore per perseguire i suoi obiettivi politici e sul quale ripone un affidamento probabilmente spesso più convinto di quanto non avvenga con l'abusatissimo ricorso all'inasprimento sanzionatorio»<sup>71</sup>. In questo contesto, peraltro, accumula condivisibilmente una pluralità di fatti estintivi che, secondo le partizioni tradizionali, dovrebbero avere collocazioni differenti. Menziona, infatti, la non punibilità per il pentito di corruzione (art. 323-ter c.p.), la messa alla prova, l'estinzione del reato per condotte riparatorie e persino il cd. "scudo penale" previsto per i commissari e gli amministratori dell'ex Ilva di Taranto, sancito dal d.l. 5 gennaio 2015, n. 1. La confusione

---

<sup>69</sup> Riprendendo la sistematica di Tullio Padovani, ci si riferisce ai seguenti significati del termine: i) assicurare una "reintegrazione "utile" dell'offesa"; ii) "ribadire l'efficacia del precetto e convalidarne "esemplarmente" il significato"; iii) assicurare che il reo sia "rientrato nei ranghi» (T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., pp. 409 ss.).

<sup>70</sup> F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019.

<sup>71</sup> F. PALAZZO, *op. ult. cit.*

di questi istituti è voluta. È lo stesso Palazzo, infatti, a premettere che farà «indifferentemente riferimento sia alle cause di non punibilità *in senso stretto* sia alle cause di *estinzione* della punibilità». Una scelta — come condivisibilmente rileva — dovuta, senz'altro, alla circostanza che «la distinzione non è sempre agevole», ma soprattutto al fatto che «entrambi gli istituti di non punibilità [sono] accumulati dall'essere espressione di *ragioni di opportunità* che si oppongono al principio generalissimo e di rilevanza costituzionale per cui ad un fatto tipico, antigiuridico e colpevole *deve* seguire la pena»<sup>72</sup>.

Il secondo esempio è quello di un pregevole saggio di Carlo Piergallini, dedicato alle «moderne forme di impunità retroattiva»<sup>73</sup>. In questo lavoro l'Autore parte dalla consueta osservazione, secondo cui «la categoria penalistica della *punibilità* [...] sta conquistando sempre più spazio nella legislazione e nella prassi applicativa». Anticipa, quindi, che si occuperà di «cause sopravvenute di non punibilità»<sup>74</sup>. Ecco che, però, nella complessa classificazione tassonomica di queste esimenti, destinate principalmente a risolvere «crisi da intasamento del sistema penale»<sup>75</sup>, Piergallini distingue le forme «classiche» di non punibilità dalle «moderne forme di impunità retroattiva»<sup>76</sup>. In ciascuna di queste categorie e sottocategorie, peraltro, sono collocati, senza alcuna preoccupazione per il loro *nomen iuris*, fatti estintivi teoricamente appartenenti a famiglie del tutto diverse. Tra le forme classiche di non punibilità sopravvenuta, legate alla neutralizzazione dell'offesa o della capacità criminale dell'autore, compaiono infatti *cause sopravvenute di non punibilità in senso stretto* (come la desistenza volontaria nel tentativo), *c.e.r.* (come le condotte riparatorie), *cause di improcedibilità dell'azione penale* (come la *probation* nel processo minorile), *cause di inapplicabilità della sanzione interdittiva nei confronti dell'ente* (come quella prevista dall'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001) e *c.e.r. a struttura complessa* (come nel caso dell'oblazione «contrattata» in materia antinfortunistica). Tra le moderne forme di impunità retroattiva, poi, Piergallini cita i casi degli scudi fiscali e dei condoni fiscali, evidenziando senz'altro alcune importanti differenze, ma comunque inserendoli in questo medesimo contesto argomentativo<sup>77</sup>.

Questi e altri esempi<sup>78</sup> dimostrano — come anticipato — che una riflessione seria sugli strumenti che la giustizia penale impiega per regolare in uscita il proprio flusso non può, in alcun modo, permettersi di porre barriere tra istituti che, pur ricevendo in dote *nomi diversi* dalla tradizione interpretativa della dottrina, sono accomunati da un medesimo *rationale* e svolgono una funzione del tutto simile. Non resta cioè che ipotizzare l'esistenza della nuova categoria unitaria delle *cause di estinzione della punibilità*, che racchiude al proprio interno tutti quei fatti estintivi che intervengono dopo la consumazione del reato e che impediscono la punizione di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, *medio tempore* punibile.

---

<sup>72</sup> F. PALAZZO, *op. ult. cit.*

<sup>73</sup> C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, pp. 1653 ss.

<sup>74</sup> C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.* p. 1655.

<sup>75</sup> C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 1659.

<sup>76</sup> C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 1663.

<sup>77</sup> C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, cit., pp. 1660 ss.

<sup>78</sup> Si veda anche l'impostazione di A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità*, cit., pp. 11 ss. e 135 ss.

Tale categoria merita uno studio ben più ampio, collocandosi nel «terreno sul quale si giocano le partite più importanti della politica penale italiana»<sup>79</sup>. Questo campo di indagine richiede, peraltro, nuovi strumenti conoscitivi, apparendo ormai inefficaci quelli tradizionalmente impiegati, come spiegato, in diverse occasioni, da Carlo Enrico Paliero. Il discorso vale, anzitutto, per il nobile principio di sussidiarietà, il quale, mentre il terreno dell'estinzione della punibilità si amplia, va «vertiginosamente» contraendosi<sup>80</sup>, sempre più bistrattato dal panpenalismo (sovente populistico) di un legislatore, che sfrutta in modo utilitaristico e spesso simbolico non solo gli strumenti di incriminazione, ma anche quelli di impunità (retroattiva)<sup>81</sup>. Ma il discorso vale anche per binomio *meritevolezza-bisogno di pena*<sup>82</sup>, che deve quantomeno essere reimpostato, essendo tradizionalmente composto da concetti che non sono «univoci» e che hanno anzi generato un approccio a tratti «sterile, se non concettualmente inquinante»<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 175 s.

<sup>80</sup> C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1453 il quale, rispetto al principio di sussidiarietà, osserva che «una fase, infine, (vertiginosamente) discendente non può non intravedersi — e siamo all'oggi — nei già nati e nascituri frutti legiferativi del sorgente 'populismo penale'».

<sup>81</sup> Sul populismo penale, per tutti, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 95 ss. e D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, pp. 123 ss.

<sup>82</sup> Per un'accurata ricostruzione cfr., per tutti, D. TONON, *Fra delitto e castigo. Sistematica e genetica politico-criminale degli 'istituti della punibilità'*, Torino, 2014, pp. 158 ss.

<sup>83</sup> C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, p. IX.