

L'ORDINAMENTO PENALE TEDESCO E LA PARTICOLARE IPOTESI DI ARCHIVIAZIONE DI CUI AL §153A *STRAFPROZESSORDUNG (StPO)*

FRANCESCA CELENTA

ABSTRACT

The article briefly examines the principles of German criminal law, focusing on the principles of legality, opportunity, and culpability. It also explores the system of punishment highlighting the introduction of a potential third binary of the criminal justice system constituted by restorative justice. Based on these assumptions, the article analyzes the non-prosecution subject to imposition of conditions under §153a StPO, which is an exception to the principle of legality as well as of mandatory prosecution in favor of the principle of opportunity, adopted by the German legislator, in an attempt to control bagatelle crimes. The principle was legitimately criticized in relation to the violation of the principle of presumption of innocence and principle of equality that, especially in cases of economic crime, have led the doctrine to resort to §153a StPO in terms of modern selling of indulgences (Moderner Ablasshandel), commercialization of justice (Justizkommerzialisierung) and purchase of personal freedom (Freikaufverhalten).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Inquadramento sistematico. Accenni al *Legalitätsprinzip* e *Opportunitätsprinzip*. – 2.1. Il sistema delle sanzioni penali. Accenni al principio di colpevolezza e al grado di pericolosità del reo. – 3. Il sistema delle Archiviazioni meritate. Genesi storica e normativa del §153a StPO. – 4. Il §153a StPO come forma di giustizia riparativa. – 5. Profili critici. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il Titolo I – Libro II del Codice di procedura penale tedesco (*Strafprozessordnung*, espresso nella prassi con la formula StPO) è intitolato *Öffentliche Klage* e si apre con la previsione del principio di obbligatorietà della azione penale (*Anklagegrundsatz; Akkusationsprinzip*) in virtù del quale il pubblico ministero (*der Staatsanwalt*), a meno che la legge non disponga diversamente, è obbligato all'azione penale se vi sono sufficienti indizi di colpevolezza (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*).

Il titolo I prosegue poi con la previsione di numerose eccezioni al principio, tra cui l'ipotesi della non prosecuzione dell'azione penale subordinata all'imposizione al reo di condizioni e istruzioni di cui al § 153a StPO (*Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*).

Nello specifico l'istituto attribuisce allo *Staatsanwalt*, se l'oggetto del procedimento è un delitto (*Vergehen*) e la gravità della colpa (*die Schwere der Schuld*) non comporta un particolare allarme

sociale, la facoltà di astenersi dall'azione penale (*Absehen von der Verfolgung*) e imporre contestualmente al soggetto condizioni o istruzioni (*Auflagen und Weisungen*) tali da poter eliminare l'interesse pubblico alla prosecuzione del processo (*Nichtverfolgung*) e archiviare ai sensi del §153a StPO.

Il §153a StPO e più in generale il sistema delle archiviazioni nel sistema penale tedesco rappresenta una delle eccezioni più importanti del principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) nonché dell'obbligatorietà dell'azione penale (*grundsätzlichen Verfolgungspflicht*) a favore di un principio altro, il c.d. principio di opportunità (*Opportunitätsprinzip*), che si sostanzia in un bilanciamento pubblico tra colpevolezza del reo, minima offensività del fatto e interesse pubblico alla prosecuzione di tali reati.

Sebbene le forti critiche sulla legittimità del principio di opportunità in termini di violazione dei diritti fondamentali del reo, primo tra tutti il principio di presunzione di non colpevolezza (*Unschuldsvermutung*), si assiste ad una sempre maggiore applicazione del meccanismo di archiviazione ai sensi del §153a StPO a favore della necessità di deflazionare i procedimenti penali e ridurre i tempi processuali.

2. Per inquadrare brevemente l'ossatura dei principi posti a fondamento del diritto penale tedesco (*Strafrecht*), così come il Codice penale italiano, anche lo *Strafgesetzbuch* si apre con il riconoscimento del principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) nella formula del *Keine Strafe ohne Gesetz*. Alla luce di questo, “un'azione è punibile solo qualora la punibilità sia stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa”¹, da cui derivano i quattro corollari costituiti dalla riserva di legge, dalla tassatività e determinatezza, dal divieto di analogia e dall'irretroattività della legge penale.

Lo spettro del principio di legalità è dapprima tutelato dalla Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca all'art. 103 II GG (*Grundgesetz*), in cui sono altresì garantiti il diritto ad essere ascoltato, il principio di irretroattività della legge penale ed il principio del *ne bis in idem*², simili ai medesimi principi tutelati nell'ordinamento italiano.

Sulla scorta del *Legalitätsprinzip*, l'ufficio del pubblico ministero (*die Staatsanwaltschaft*)³ è obbligato all'azione penale in presenza di ogni sospetto di reato⁴ alla luce del §152 (2) StPO nonché del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 GG, secondo il quale “l'esercizio obbligatorio dell'azione penale è un corollario dell'uguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge e della soggezione ad essa del pubblico ministero”.

¹ Nella traduzione di R. ZANON, sulla base della traduzione italiana pubblicata in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di E. PALICI DI SUNIPRAT, F. CASSELLA e M. COMBA, Cedam, 1998.

² Cfr. J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, 2023, pp. 43 ss, pp. 60 ss.; per una versione inglese sul *Legalitätsprinzip* cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford, UK; NY, Hart Publishing/Bloomsbury Publishing Plc, 2021, pp. 50 ss.

³ Per un maggior approfondimento sugli organi di controllo giudiziario (*Justizsteuerungsorgane*) e sui poteri dell'Ufficio del Pubblico Ministero (*die Staatsanwaltschaft*) cfr. M. VORMBAUM, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Jus Poenale* 6, Mohr Siebeck, 2015, pp. 102 ss.

⁴ Sotto un profilo giurisprudenziale cfr. BGHSt 15, 155 (159) sul *Legalitätsprinzip*; cfr. anche D. RZEPKA, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Juristische Abhandlungen Band* 37, 2000, p. 351.

Su questi presupposti, il fine del processo penale è quello di definire una decisione giudiziaria veritiera e giusta⁵ che, se da un lato realizza il diritto dello Stato alla punizione del colpevole, allo stesso tempo contribuisce a mantenere la c.d. pace giuridica⁶ garantendo l'uguaglianza davanti alla legge e quindi un'azione penale priva di arbitrarietà.

Il raggiungimento della pace giuridica attraverso lo spettro del *Legalitätsprinzip* non può tuttavia essere letto separatamente dal rispetto di altri principi fondamentali dell'ordinamento penale quali la tutela della dignità umana (*die Würde des Menschen*) di cui all'art. 1 GG, il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) di cui all' art. 20 (3) e 28 GG, nonché al § 62 StGB, strettamente connesso con quello di esiguità (*Gerinfügigkeitsprinzip*) attraverso cui si escludono dalla previsione della fattispecie criminosa le infrazioni di pochissimo conto⁷ in cui il fatto risulta caratterizzato da minima offensività.

Il *Legalitätsprinzip* è connesso a tali principi poiché, ad esempio, se è logico perseguire penalmente la fattispecie del furto, è altrettanto vero che, in virtù del principio di proporzionalità bisognerà considerare il furto di un oggetto privo di valore come un illecito bagatellare (*Bagatelldelikte*)⁸ e tentare, per una migliore efficienza dell'ordinamento, la depenalizzazione di tali fattispecie di scarsa dannosità sociale⁹. Allo stesso modo, se una norma penale prevede l'applicazione di una pena più incisiva in caso di reati caratterizzati da una maggiore dannosità sociale, la pena non potrà essere lesiva della dignità umana e, come conseguenza, le pene crudeli, disumane ed umilianti non potranno mai superare il vaglio della costituzionalità¹⁰.

Sotto il profilo del sistema delle sanzioni penali, il rispetto del *Legalitätsprinzip* è compromesso dalla concreta gravità del reato commesso, costituito da due categorie: il grado di colpevolezza dell'autore del reato e la sua pericolosità¹¹.

Su questi presupposti, nel caso di delitti (*Vergehen*) caratterizzati da una gravità della colpa non conflittuale (*Schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen*) con gli interessi pubblici - non essendo il fatto connotato da una grave dannosità sociale - il pubblico ministero, se non considera l'autore del

⁵ Sugli obiettivi del processo penale (*die Ziele des klassischen Strafprozesses*) cfr. C. ROXIN – B.K. E. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2014, C.H.BECK, cap. I, pp. 37-73; cfr. anche U. NEUMANN, *Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren*, ZStW 101, (1989), pp. 52-53; cfr. anche H. OSTENDORF, *Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess*, ZIS 4/2013, pp. 172- 180.

⁶ C. ROXIN – B.K.E. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2014, C.H.BECK, cap. I, pp. 43 ss.

⁷ C. ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1964, pp. 184 ss.

⁸ K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, pp. 21 ss.

⁹ Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 182 ss; sul dibattito intorno al controllo della criminalità bagatellare cfr. anche C. ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in *Kriminologie und Strafverfahren. KrimGerFr.*, 12, 1976, pp. 17-18.

¹⁰ Cfr. BVerfGE 45, 187 n. 228, in cui la Corte ha affermato che “l'art. 1 par. 1 della Costituzione in combinato disposto con i principi dello Stato sociale discende l'obbligo dello Stato di organizzare l'esecuzione della pena in modo rispettoso della dignità umana e, perciò, si assicurare quel minimum definito innanzitutto da una esistenza rispettosa della dignità umana”.

¹¹ In Germania tale dualismo caratterizza la dottrina penale a partire da *Franz von Lizst* ed evidenzia come i due concetti di colpevolezza e pericolosità portano a pene che possono essere anche assai differenti nel genere e nella misura; sul punto cfr. M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, pp. 124 ss; cfr. anche J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. MÜLLER, 2023, pp. 204 ss.

reato realmente pericoloso, gode di un ampio margine di valutazione nel poter decidere le modalità con cui proseguire o meno il processo.

Ed è proprio attraverso la logica del *Legalitätsprinzip*, rapportato ai reati caratterizzati da un minor grado della colpa, che trova accesso nel diritto penale tedesco l'*Opportunitätsprinzip*: a fronte di considerazioni politico-criminali, l'ordinamento, attraverso la figura del pubblico ministero, rinuncia ad applicare la pena nonostante la colpevolezza dell'autore del reato.

In questi casi, ove il *Legalitätsprinzip* cede il passo al *Opportunitätsprinzip*¹², accade che, dinanzi all'esistenza di una norma che identifica il fatto come una fattispecie criminosa, se il pubblico ministero non ritiene opportuna la persecuzione del reato o la prosecuzione del processo, può decidere nel merito dell'archiviazione del procedimento a favore dell'interesse pubblico¹³. Il dibattito circa la legittimità del *Opportunitätsprinzip* è ancora aperto nella dottrina tedesca, divisa tra chi lo considera "cugino buono del libero arbitrio"¹⁴, e dunque indegno di essere elevato a rango di principio, e chi lo ritiene "inevitabile al fine di ottenere un apparato giudiziario efficiente" o ancora "una conquista di civiltà"¹⁵.

La necessità di affidare maggiori poteri allo *Staatsanwalt* affonda le sue radici nel sovraccarico di lavoro dei tribunali tedeschi¹⁶ e nell'impossibilità materiale perseguire tutti i reati indistintamente¹⁷, altrimenti l'amministrazione della giustizia crollerebbe e la sua capacità di funzionare non sarebbe più garantita¹⁸. A fronte di questo, il legislatore tedesco ha preferito risolvere il problema su un piano processuale piuttosto che sostanziale, implementando forme di *diversion*¹⁹ e affidando allo *Staatsanwalt* maggiori poteri in merito alla decisione circa la prosecuzione del processo.

Per questo motivo si collocano all'interno del Codice processuale penale tedesco una serie di misure di *diversion* processuale, tra cui il § 153a StPO, che sono espressione di queste dinamiche e che favoriscono l'ingresso nel diritto penale di nuove ipotesi di definizione dei processi basate su una più ampia discrezionalità del pubblico ministero che tengono maggiormente in conto l'efficienza del processo penale e che perseguono come scopo la sostanziale finalità di deflazione processuale.

A favore del *Opportunitätsprinzip*, tuttavia, è necessario anticipare come questo entri in gioco solo in un momento processuale successivo, e cioè quando il primo filtro relativo all'irrelevanza del fatto di cui al § 153 StPO (*Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit*) è stato superato ed il

¹² K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, p. 35, in cui K. VOLK considera il principio di opportunità come "antagonista del principio di legalità".

¹³ T. HÖRNLE, *Law and Contemporary Problems*, 2012, p. 189.

¹⁴ F.C. SCHROEDER, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, p. 412; sul punto anche W. BEULKE, in Löwe-Rosenberg StPO. *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtverfassungsgesetz. §§151-212b*, De Gruyter, Berlin, 2008, pp. 6 ss.

¹⁵ *Ivi*, p. 421; *Ivi*, pp. 6 ss.

¹⁶ Cfr. BVerfGE 133, 168; cfr. anche L. ERHARD, in StV 2013, 655 (656) sul sovraccarico di lavoro dei tribunali.

¹⁷ J. BRÜNING, *Die Einstellung nach §153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in ZIS 12/2015, p. 87.

¹⁸ H. SULIAK, *Roland Rechtsreport 2021*, in Legal Tribune Online, 15 febbraio 2021.

¹⁹ Sulla tematica cfr. AA. VV. *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, a cura di H. J. KERNER, Heidelberg, 1983; cfr. anche J. HERMANN, *Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland*, in ZStW 1984, pp. 455 ss.

pubblico ministero ritiene opportuno proseguire, ma le modalità in cui decide di farlo sono diverse da quelle previste in caso di maggiore colpevolezza.

2.1. Alla luce del § 46 (1) StGB «la colpevolezza dell'autore (*die Schuld des Täters*) è la base per stabilire la sanzione. Devono inoltre essere presi in considerazione gli effetti sulla vita sociale futura del reo che ci si può aspettare dalla punizione»²⁰.

Tale articolo pone sullo stesso piano tanto la necessità di rapportare la misura della pena al grado di colpevolezza del soggetto secondo il principio del *nulla poena sine culpa*²¹ quanto la necessità di proporzionare la stessa alle esigenze risocializzanti del reo, che devono essere prese in considerazione sin dal momento iniziale di applicazione della pena²². Su queste valutazioni e sul presupposto che il soggetto che ha commesso il fatto ne sia responsabile, il giudice determinerà la sanzione da applicare al caso concreto in proporzione alla sua responsabilità individuale²³. Sotto un profilo sostanziale, alcuni Autori individuano nel principio di colpevolezza tanto il fondamento della pena quanto il limite ad essa²⁴, e questo proprio perché la pena, per essere legittima, deve servire ad uno scopo specifico di risocializzazione e non può oltrepassarlo ai soli fini repressivo-retributivi²⁵.

Ed è proprio per assolvere tale fine che la colpevolezza necessita di rapportarsi alla reale pericolosità del soggetto in una vera e propria “diagnosi e classificazione degli autori di reato”²⁶, per la definizione quantitativa e qualitativa del trattamento punitivo da dover applicare.

Il lavoro a cui è chiamato il giudice è dunque duplice: se da un lato dovrà valutare la colpevolezza dell'autore, dall'altro dovrà valutare anche il grado di pericolosità del reo e da quest'ultima analisi possono derivare anche pene molto diverse tra loro nel genere e nella misura.

La pena adeguata alla colpevolezza non sempre, infatti, elimina la pericolosità del reo, così come la proporzionalità tra la pena e la pericolosità non sempre soddisfa le esigenze del principio di colpevolezza.

Queste considerazioni hanno indotto il diritto penale tedesco a fare proprio un sistema penale c.d. a doppio binario, che si sostanzia nella scelta tra irrogazione della pena tradizionale ed irrogazione

²⁰ Per una maggior approfondimento del principio di colpevolezza (*das Schuldprinzip*) cfr. J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Straferecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, 2023, pp. 204 ss.

²¹ M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 164.

²² M. D. DUBBER – T. HÖRNLE, *Criminal Law, A Comparative Approach*, Oxford Uni. Press, pp. 15 ss.

²³ Sul punto il giudice dovrà tener conto degli scopi preventivi della pena così da rendere la misura della colpevolezza il limite del potere statuario; anche la Corte federale di giustizia, con sentenza BGHSt 20, 264, 267, in altri termini ha stabilito che “lo scopo della prevenzione non deve permettere di superare il limite della pena giusta: bisogna dunque rimanere entro il margine dell'adeguatezza della pena alla colpevolezza del reo”.

²⁴ L'utilizzazione del concetto di colpevolezza come limite garantistico è stata sottoposta a critica da molti autori; sul punto cfr. bibliografia S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 90.

²⁵ Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 88 ss. in riferimento a C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, cit. 372-374, che recupera il principio di colpevolezza sciogliendolo dai suoi legami con la retribuzione per utilizzarlo nella sua funzione liberale di limite al potere punitivo statale.

²⁶ M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 126 ss

della misura di sicurezza di cui al §61 StGB, in sostituzione o in aggiunta alla precedente, al fine di individuare una sanzione quanto più individualizzante possibile²⁷.

Negli ultimi anni questo sistema “tradizionale” delle pene è stato affiancato da ipotesi riparative o ristorative, rispettivamente *Täter-Opfer-Ausgleich* e *Wiedergutmachung*, di cui ai §§153a, 155a StPO; § 56 Abs. 2 StGB; §46a StGB, che si inseriscono in un percorso volto alla creazione di un sistema che veda la riparazione come terzo binario della giustizia penale (*Wiedergutmachung als dritte Spur der Strafrechts Pflege*)²⁸.

3. Per i fatti caratterizzati da una scarsa dannosità sociale e tenendo conto delle esigenze di economia processuale, a partire dagli anni '70 del 900 molti paesi europei hanno sperimentato soluzioni processuali per il controllo della c.d. criminalità lieve²⁹.

Si tratta, a grandi linee, di soluzioni eterogenee che permettono di non esercitare l'azione penale adottando diversi meccanismi di *diversion* laddove la prosecuzione del processo nelle forme ordinarie appaia oggettivamente superflua e non opportuna e purché l'indagato attui condotte positive nei confronti della collettività e/o della vittima di reato, idonee a compensare l'interesse pubblico leso. Tale meccanismo si inserisce all'interno di una strategia di contrasto al problema della persecuzione penale di reati caratterizzati da un disvalore sociale basso o medio basso la cui persecuzione, oltre a rallentare l'ordinamento giudiziario, non sembrerebbe essere neppure giusta alla luce dei principi proprio dei sistemi democratici³⁰.

Tra le forme di *diversion* più utilizzate si inseriscono le c.d. archiviazioni meritate³¹, con cui si intendono ipotesi di archiviazioni subordinate all'adempimento da parte del reo di prestazioni che gli facciano “meritare” l'archiviazione del processo a suo carico, costituendo esse una soluzione processuale di un problema ben più ampio: rispondere se debba esserci o meno la pena come conseguenza giuridica di un fatto³².

²⁷ Sul punto M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, pp. 152-162.

²⁸ C. ROXIN – L. GRECO in *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H.BECK, 2020, pp. 167-170; sul punto anche B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer-Lehrbuch, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, cap. VI intitolato „*Weidergutmachung als dritte Spur?*“ pp. 309-336; sul punto anche S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang, 2002, pp. 292 ss.

²⁹ In cui i fatti sono caratterizzati da una scarsa gravità sociale e il grado della colpa non è tale da destare particolare allarme sociale; sul punto cfr. M. GIALUZ, *L'archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, in *Processo Penale e Giustizia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

³⁰ Per una dettagliata comparazione tra diversi ordinamenti europei, cfr. E. HILGENDORF – B. VALERIUS, *Alternative Sanktionsformen zu Freiheits- und Geldstrafe im Strafrecht ausgewählter europäischer Staaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.

³¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 197 ss.

³² K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, p. 35; al riguardo anche S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 297-310, ove sottolinea la violazione del principio di riserva di legge nell'ipotesi delle archiviazioni condizionate in quanto viene affidato allo *Staatsanwalt* un compito che è prerogativa del solo legislatore di diritto penale sostanziale.

Tra i primi sistemi giuridici in cui il sistema delle archiviazioni meritate ha avuto credito vi è l'ordinamento tedesco, dove il legislatore ha introdotto il §153a StPO³³ nel novero delle eccezioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale e in linea con un'applicazione più ampia del principio di opportunità³⁴. È chiaro che l'obiettivo assegnato alla norma è quello di favorire la fuoriuscita dal circuito processuale penale di quei fatti che, pur trattandosi di fatti di lieve entità, richiederebbero ugualmente l'apertura del processo³⁵, ma che, nonostante si tratti di fatti di lieve entità, il legislatore non ha ritenuto opportuno procedere alla loro depenalizzazione³⁶.

Nel concreto, nel caso in cui il pubblico ministero si ritrovi dinanzi un fatto che abbia una gravità "maggiore" rispetto a quella prevista per l'archiviazione ai sensi del §153 StPO che prevede la pura astensione dall'azione penale per irrilevanza del fatto, ma non sufficiente a soddisfare l'interesse pubblico alla prosecuzione della causa, può decidere, per ragioni di opportunità processuale, di applicare il § 153a StPO e astenersi temporaneamente dalla proposizione di un'accusa pubblica, imponendo, nel mentre, condizioni e istruzioni all'imputato.

I requisiti cui è subordinata l'applicazione della misura sono quattro.

Anzitutto, il fatto commesso deve riguardare un delitto (*Vergehen*) ai sensi del § 12 par. 2 StGB; nello specifico, nella prima parte del Codice penale tedesco è contenuta la distinzione tra crimini (*Verbrechen*) e delitti (*Vergehen*)³⁷. Alla luce del § 12 StGB i crimini (*Verbrechen*) sono fatti antigiuridici per i quali è prevista una pena detentiva non inferiore nel minimo ad un anno; i delitti (*Vergehen*) sono invece fatti antigiuridici per i quali è prevista una pena detentiva inferiore nel minimo ad un anno o la pena pecuniaria.

In secondo luogo, è richiesto che la colpa non sia grave a tal punto da ostacolare l'applicazione della misura: nella previsione originaria del 1974 si richiedeva una "colpa minore" come prerequisito per l'ammissione, tuttavia nel 1993 il legislatore ha sostituito il termine con il criterio negativo della "gravità non conflittuale della colpa"³⁸ (*Schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen*) e dunque la gravità della colpa non deve essere tale da rendere necessario l'esercizio dell'azione, intendendo con questo concedere al pubblico ministero una discrezionalità più ampia nella valutazione della colpevolezza e dell'eventuale conflitto tra colpa e interesse pubblico. In questo caso, sebbene la colpevolezza non sia un ostacolo, l'interesse dello Stato ad agire potrebbe essere legittimo.

Ed è in tale fase valutativa che si inserisce il terzo requisito del bilanciamento dell'azione penale con l'interesse pubblico³⁹: se il pubblico ministero, valutato il fatto e la relativa colpevolezza, ritiene

³³ §153a StPO, *Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*, introdotta dalla Legge introduttiva del Codice penale (EGStGB), nella traduzione più comune di "archiviazione condizionata all'adempimento di istruzioni e condizioni".

³⁴ M. GIALUZ, *L'archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, Processo Penale e Giustizia, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018

³⁵ K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, pp. 35 ss.

³⁶ Sul punto cfr. E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter? Untersuchungen zum §153a StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, p. 16.

³⁷ Nella traduzione di G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, CEDAM, Padova, 1993, p. 18.

³⁸ R. BÖTTCHER in *Nuova rivista di diritto penale (NStZ)*, 1993 fasc. 4, pp.153-208.

³⁹ S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang GmbH, 2002.

che non vi sia opportunità pubblica nella prosecuzione di tale reato, in linea con il *Opportunitätsprinzip* può proporre la misura di cui al § 153a StPO.

Si tratta di un vero e proprio bilanciamento di interessi pubblici e privati che, nei limiti imposti dalle norme, viene sostanzialmente effettuato dal pubblico ministero nella valutazione del fatto.

Ultimo requisito riguarda il consenso del giudice e della parte, necessario per l'applicazione della misura in quanto si riferisce al consenso relativo alla volontà del soggetto di sottoporsi alle condizioni ed istruzioni come disposte dal pubblico ministero⁴⁰.

Le possibili condizioni o istruzioni (*Auflagen und Weisungen*) sono definite dallo stesso articolo, che prevede la possibilità di: 1) risarcire il danno causato dal reato; 2) pagare una somma di denaro a favore di un'organizzazione senza scopo di lucro o a favore dell'erario dello Stato; 3) fornire servizi di beneficenza; 4) adempiere ad obbligazioni di mantenimento; 5) compiere seri sforzi per raggiungere una conciliazione con la parte lesa (*Täter-Opfer-Ausgleich*); 6) partecipare ad un corso di formazione sociale; 7) partecipare ad un seminario avanzato di cui al § 2b Abs. 2 Satz. 2 o ad un seminario di idoneità alla guida ai sensi del § 4a della legge sulla circolazione stradale.

Le possibili alternative tra cui il pubblico ministero può scegliere sono svariate e il fatto che vengono elencate dalla norma in modo più o meno esaustivo è espressione del tentativo del legislatore di raccogliere consensi intorno alla norma e mettere i singoli nella posizione di conoscere le conseguenze delle proprie azioni.

Questo è tuttavia messo in discussione dalla mancata tassatività e determinatezza nella determinazione della fattispecie⁴¹, che ha posto non pochi problemi di legittimità in quanto il principio di legalità appare violato sotto i diversi i profili della violazione del principio di tassatività di cui all'art. 103 (2) GG per l'uso vago della espressione "*schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen*", rimesso in sostanza alla valutazione del pubblico ministero⁴², e nella violazione del principio di determinatezza di cui all'art. 103 (2) GG per l'impossibilità di prevedere con certezza le conseguenze del proprio operare in quanto la sanzione viene scelta, sostanzialmente, al momento della applicazione della misura. In particolare, ci si riferisce alle prime due ipotesi di cui al §153a StPO, per le quali la legge non pone limiti all'ammontare delle somme di denaro creando problemi di disuguaglianze soprattutto nei casi di criminalità economica dove si è parlato di una moderna vendita delle indulgenze

⁴⁰ C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, C.H. BECK, 2014, pp. 87 ss., secondo i quali l'adempimento degli oneri è teoricamente consensuale, mentre sul piano pratico agisce come una costrizione, con conseguente violazione del § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni; sul punto cfr. anche S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 309-310.

⁴¹ W. BEULKE, *Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO*, in AA.VV., *Festschrift für Hans Dahs*, p. 14.

⁴² S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 297-310, ove afferma anche la violazione del principio di riserva di legge in quanto viene affidato allo *Staatsanwalt* un compito che è prerogativa del solo legislatore di diritto penale sostanziale.

(*Moderner Ablasshandel*)⁴³, commercializzazione della giustizia (*Justizkommerzialisiert*) e ancora acquisto della libertà (*Freikaufverkaufen*)⁴⁴.

Sebbene le forti critiche relative all'istituto e alla sua compatibilità con i principi dell'ordinamento che seguiranno, la possibilità di subordinare l'archiviazione a forme di conciliazione vittima-reo ai sensi del par. 153a 5) StPO delinea in Germania una strada sempre più proiettata alle istanze di tutela della vittima nell'ambito del processo penale e alla creazione di un vero e proprio terzo binario del sistema sanzionatorio⁴⁵.

4. Nell'ordinamento penale tedesco le prime forme di mediazione vittima-reo⁴⁶ sono state regolamentate a partire dagli anni '80 del '900 quando, con l'emanazione di una disciplina organica volta a promuovere i diritti delle vittime, sono stati introdotti anche gli §§ 46 e 46a CC⁴⁷ con cui il legislatore ha vincolato il giudice, prima di pronunciare la sentenza, a considerare anche la possibilità di lavorare per la riconciliazione in un momento esecutivo della pena.

Il 1987 risulta un anno decisivo per la giustizia riparativa, perché, attraverso l'approvazione della legge sulla protezione delle vittime e la promozione dei loro diritti, è stata introdotta all'interno dello *Strafgesetzbuch* la disposizione del § 46 StGB, con cui è stato previsto che, a seguito di una mediazione tra vittima e reo, espressa per la prima volta nella formula *Täter-Opfer-Ausgleich*, il giudice deve prendere in considerazione lo sforzo dell'autore del reato di adoperarsi per la riconciliazione e, alla luce di questo, attenuare la pena. La determinazione di tale attenuazione è stata poi dettata dall'introduzione del § 46a StGB nel 1994, quando il legislatore ha perseguito l'obiettivo di rafforzare la risoluzione extragiudiziale dei conflitti nella forma della mediazione, riconoscendo un importante valore allo sforzo di riparazione del danno.

In particolare, il § 46a StGB prevede un'astensione dall'imposizione della pena qualora il reato per cui si procede sia punito con la reclusione nel massimo ad un anno o una multa fino ad un massimo di 360 tassi giornalieri.

Per gli altri reati per cui è prevista una pena più elevata, la norma rimanda al § 49 par. 1 StPO, con cui si dispongono regole speciali di attenuazione della pena; nei casi di esito positivo della mediazione, il giudice potrà mitigare la sentenza in queste modalità: l'ergastolo potrà essere sostituito con una pena detentiva non inferiore nel minimo a tre anni; la pena detentiva può essere ridotta in

⁴³ J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO; Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?* ZIS 12/2015, Hamburg.

⁴⁴ K. GAEDE – M. KUBICIEL, *Legal Tribune Online*, articolo del 5 agosto 2014; per maggiori approfondimenti: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/>.

⁴⁵ Sulla tematica cfr. C. ROXIN – L. GRECO in *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H.Beck, 2020, pp. 167-170; B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer-Lehrbuch, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, cap. VI „Weidergutmachung als dritte Spur?“ pp. 309-336; S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang, 2002, pp. 292 ss.

⁴⁶ C. A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung: verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs. 1 StPO*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008.

⁴⁷ Con l'introduzione nel Codice penale tedesco dell'istituto di parte generale di cui al §46a StPO con cui è stata codificata per la prima volta la Mediazione vittima-reo con l. 28 ottobre 1994, sul cui fondamento ha fatto seguito l'inserimento del n.4 nel § 153a par. 1 StPO.

linea generale ad un minimo di $\frac{3}{4}$ della pena massima minacciata; nel caso di pene detentive che prevedono una reclusione tra i cinque e i dieci anni, la pena può essere attenuata nel minimo a due anni di reclusione; nel caso di una pena detentiva che prevede una reclusione nel massimo di due o tre anni, la pena può essere attenuata nel minimo a 6 mesi; nel caso di pena detentiva prevista per un minimo di un anno, la pena può essere attenuata nel minimo a 3 mesi.

Appare evidente che, almeno nelle sue prime formulazioni, il reale beneficio connesso alla mediazione vittima-reo era sì legato all'attenuazione della pena, ma al contempo legava la misura ad uno spazio dialogico in cui i detenuti potevano e possono ancora formarsi per dimostrare attivamente la propria responsabilità⁴⁸. Il concetto di mediazione, letto nella più ampia locuzione di giustizia riparativa, iniziava così ad aderire sempre di più al principio di rieducazione degli autori di reato, nonché ad includere in misura sempre maggiore le vittime e i loro diritti all'interno dei procedimenti penali⁴⁹.

In riferimento all'ambito entro cui la mediazione vittima-reo opera, il legislatore tedesco ha riformato nel corso degli anni sempre più norme inserendone specifici riferimenti.

Risale al 1999⁵⁰ l'inserimento all'interno del §153a par. 1 StPO di un n. 5), con cui si è stato previsto che il pubblico ministero, tra le condizioni a cui poter subordinare l'archiviazione del processo, debba considerare anche la riconciliazione del reo con la persona lesa, in alternativa o congiunta con la riparazione materiale del danno prevista al punto 1) dello stesso. Ad oggi, dunque, attraverso la sola lettura del § 153a, è possibile accedere a due opzioni legali che hanno come obiettivo quello di riparare il danno attraverso un contatto tra il reo e la vittima⁵¹: adempiere ad un obbligo di risarcimento del danno e accedere alla giustizia riparativa nelle forme di *Täter-Opfer-Ausgleich* come condizione per l'archiviazione ai sensi del §153a StPO⁵².

L'accesso alla mediazione è inoltre libero e con ciò si intende che è possibile ricorrere autonomamente alla misura senza la necessaria richiesta da parte del pubblico ministero in ogni stato e grado del procedimento⁵³; l'unico presupposto necessario perché la riparazione del danno avvenga in queste modalità, così come nell'ordinamento italiano, è che vi sia il consenso delle parti. In assenza

⁴⁸ M. KILCHLING, *Restorative Justice in Prisons: The Final Cornerstone in the General Concept of RJ in Germany*, in CeSGReM Como, Novembre 2015, pp. 15 ss.

⁴⁹ A. PĂROȘANU, *Final National Report of Germany* in Programma della Commissione Europea relativo alla giustizia penale, 2013, p. 3.

⁵⁰ Anche su spinta della Raccomandazione R(99) 19 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 30 settembre 1999 che ha invitato gli Stati Membri ad un cambiamento del sistema penale più vicino alla vittima del reato e alla responsabilizzazione del reo attraverso programmi di giustizia riparativa che si concretizzano in "procedimenti che permettono alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo soggetto indipendente".

⁵¹ A. CERETTI – C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e Nazioni Unite*, in Diritto penale e processo, 2001, pp. 772-776.

⁵² M. KILCHLING, *Restorative Justice in Prisons: The Final Cornerstone in the General Concept of RJ in Germany*, in CeSGReM Como, Novembre 2015, p. 8.

⁵³ Raccomandazione R (2018) 8 del Consiglio d'Europa. Per un maggiore approfondimento cfr. C. GRANDI, *Mediazione e deflazione penale: spunti per l'inquadramento in una relazione problematica*, Archivio penale, convegno del 09.01.2019, p.4.

di questo, oltre a non potersi raggiungere obiettivi significativi in termini di reale riconciliazione, potrebbe considerarsi anche una lesione degli interessi e delle volontà della vittima.

Tale consenso può essere espresso in qualsiasi fase e grado sia del processo, sia della fase preprocessuale, sia quella esecutiva della pena.

È tuttavia vero che la mediazione è tipicamente usata solo nella fase processuale o esecutiva della pena; ed è proprio in quest'ultima fase, con la possibilità di accedere alla mediazione vittima-reo anche in una fase esecutiva della pena, che l'attenzione si sposta da una mera convenienza in termini di pena ad una vera forma di riconciliazione, indipendente dagli interessi e dalle procedure della giustizia penale e dipendente solo dalla volontà delle parti di ottenere un ascolto in uno spazio essenzialmente dialogico⁵⁴.

Solo pochi anni dopo l'introduzione della misura, nel sistema tedesco sono stati stimati 25.220 casi in cui il giudice è ricorso alla mediazione vittima-reo già in una fase precedente rispetto alla conclusione del processo con positivi effetti in termini di recidiva⁵⁵. Con l'introduzione del §153a StPO, dunque, l'istituto della mediazione è stato consolidato ed il valore che gli è stato riconosciuto è di particolare importanza: essa può anche essere utilizzata non solo come misura aggiuntiva rispetto alla pena tipica, ma può essere la stessa mediazione il presupposto su cui poter basare l'archiviazione del processo al pari, dunque, di una *pöenale Sanktion*.

La conclusione è tale per cui la mediazione vittima-reo inizia a rilevare al pari di una pena che, però, non passa attraverso la punizione: una pena che si colloca all'interno di una giustizia in cui il valore dialogico rileva tanto quanto quello sanzionatorio e che anzi, dissocia dal valore sanzionatorio un connotato che sia esclusivamente punitivo.

5. Nonostante la portata innovativa del paragrafo 153a StPO in relazione alla possibilità che il meccanismo della riparazione (*Weidergutmachung*) contribuisca alla creazione di un vero e proprio terzo binario⁵⁶ del diritto penale, questo è stato pesantemente criticato anche prima della sua introduzione.

Come anticipato, la dottrina avanza da sempre obiezioni che si fondano sull'idea di commercializzazione (*Kommerzialisierungsgedanke*) alla base del provvedimento⁵⁷, sulla critica alla chiusura del procedimento penale simile ad una transazione segreta e al fatto che l'imputato è esposto ad una situazione di pressione che viola l'idea di base dei metodi di interrogatorio vietati ai sensi del

⁵⁴ Nazioni Unite, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* ECOSOC, 2002/12.

⁵⁵ J. BUSSE, nella sua indagine sulla recidiva nei casi di mediazione vittima-reo in *Rückfalluntersuchung zum Täter-Opfer-Ausgleich*, Philipps-Universität, 2001, p.138 in cui, nel confrontare due gruppi di autori di reato dopo tre anni dalla commissione del fatto, ha notato come il gruppo di soggetti che aveva partecipato alla mediazione ha mostrato un tasso di recidiva pari al 56%; il gruppo di soggetti che non aveva partecipato alla mediazione ha invece mostrato un tasso di recidiva pari all'82%.

⁵⁶ C. ROXIN – L. GRECO in *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H.BECK, 2020, pp. 167-170; sul punto anche B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer-Lehrbuch, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, cap. VI intitolato „*Weidergutmachung als dritte Spur?*“ pp. 309-336; sul punto anche S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang, 2002, pp. 292 ss.

⁵⁷ W. BEULKE, *Recht ohne Regeln?* a cura di Uwe Murmann, 2011, pp. 39 ss.

§ 136a StPO⁵⁸. Quest'ultimo punto si riferisce al consenso che viene chiesto al soggetto al fine dell'applicazione della misura, che in molti casi non si sostanzia in una reale volontà di soggiacere alla misura piuttosto in una sorta di risposta obbligata alla minaccia del procedimento penale⁵⁹.

A tale riguardo, contrariamente al procedimento civile, il procedimento penale non ha lo scopo di risolvere la controversia individuale tra le parti, ma riguarda l'interesse pubblico al procedimento penale⁶⁰: il concetto di pace giudiziaria nel contesto penale viene realizzato solo se, sanzionando il disturbo della pace legale, si ripristina uno stato di giustizia; nel caso specifico del § 153a StPO, il beneficio concesso serve principalmente a ricreare uno stato di pace giudiziaria⁶¹.

Tale pace si riesce a raggiungere attraverso il § 153a solo se le condizioni vengono sentite come giuste: ma è possibile sentire giusta una punizione pur non essendo stata accertata alcuna colpevolezza?

In sostanza il § 153a StPO delinea una fattispecie in cui la colpevolezza del reo viene presunta piuttosto che essere presunta la sua non colpevolezza⁶², in aperta lesione del principio di presunzione di non colpevolezza (*Unschuldsvermutung*)⁶³.

La sentenza n. 2519 della Corte federale di giustizia del 1978 ha tentato di dare una lettura della norma per evitare il suo contrasto con i principi dell'ordinamento, definendo che “il § 153a StPO persegue l'obiettivo di risoluzione del processo attraverso una auto-sottomissione dei piccoli criminali (...) che accettano liberamente le sanzioni comminate (...)”⁶⁴.

La Corte ha pertanto legittimato la misura del §153a sul piano della colpevolezza giustificando il violazione tramite l'assunto che si tratta di una auto-sottomissione alla sanzione.

Lo Stato, dunque, da un lato accoglie l'idea che vi siano reati non abbastanza meritevoli di tutela penale; d'altro canto, mantiene le fattispecie all'interno del diritto penale e accoglie la teoria per la quale la sottomissione alla sanzione penale sarebbe consensuale.

Alla luce di quanto detto, l'istituto risulta volontario, ma se si considera la posta in gioco è facile ridefinire le basi del consenso: è più facile credere nella propria innocenza e continuare un processo probabilmente lungo e dispendioso o preferire una archiviazione rapida del processo a cui consegue anche un inevitabile risparmio economico e la certezza della non menzione nel casellario giudiziario?

A fronte di questo, la teoria dell'auto-sottomissione proposta dalla Corte acquista un senso solo se letta in combinato con la minaccia dell'ordinamento al procedimento penale e ai suoi futuri risvolti

⁵⁸ E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter? Untersuchungen zum §153a StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, pp. 39 ss.

⁵⁹ C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, C.H. BECK, 2014, pp. 87 ss., secondo i quali l'adempimento degli oneri è teoricamente libero, mentre sul piano pratico agisce come una costrizione, con conseguente violazione del § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni.

⁶⁰ J. BRUENING, *Die Einstellung nach §153a StPO: Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?* in *Journal of International Criminal Law Doctrine*, agosto 2014, pp. 586 ss.

⁶¹ C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 2014, C.H. BECK, München, pp. 5 ss..

⁶² Tutelato dagli artt. 20 (3) GG, 28 (1) GG e Art. 6 CEDU (*EMRK -Europäischen Menschenrechtskonvention*).

⁶³ Per una lettura contraria cfr. E. DREHER, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz*, De Gruyter, 1974, pp. 938-939.

⁶⁴ Suprema Corte federale (BGH), sentenza n. 2519 del 1978, in NJW (nuovo settimanale giuridico) n. 1079.

ove l'adempimento volontario alle condizioni imposte dal pubblico ministero appare dunque essere l'unica alternativa sensata per l'autore del fatto.

Quanto risulta più ambiguo dalla norma in esame è inoltre il punto 2) del § 153a StPO, il quale, prevedendo la possibilità di archiviare il processo a fronte di un pagamento di denaro a favore dell'erario dello Stato, porta ad una vera e propria *Justizkommerzialisierung*⁶⁵.

Non poche volte nel corso degli anni i pubblici ministeri hanno archiviato i processi ai sensi del §153a par. 1 n. 2) StPO subordinando questo alla previsione sanzioni pecuniarie altissime a favore delle casse dello Stato⁶⁶.

Il caso forse più eclatante è il c.d. caso *Ecclestone*⁶⁷, il magnate della Formula 1, il quale, condannato per aver pagato una tangente di oltre 44 milioni di dollari al banchiere tedesco *Gerhard Gribkowsky*, ha ottenuto l'archiviazione del processo ai sensi del §153a StPO subordinata al pagamento di 100 milioni di dollari a favore dell'erario dello stato, pagando, in effetti, il prezzo della libertà⁶⁸.

Il caso è eclatante anche perché, a fronte di questo esborso, è difficile credere che non si tratti di un soggetto la cui misura della colpa è “non conflittuale”, ed anzi è difficile credere che non si sia trattato di un interesse pubblico all'applicazione della misura.

In questo caso è palese la violazione del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge di cui all'art. 3 GG⁶⁹ ed il conseguenziale fallimento del sistema improntato all'apparenza su motivazioni di politica criminale e di economia processuale, ma in sostanza attaccato alla differenziazione tra il reo abbiente, a cui con piacere dello Stato il fatto sarà considerato reato e verrà applicato il § 153a n.2) StPO, ed il reo meno abbiente, al quale pure verrà applicato il § 153a StPO, ma per un mero disinteresse dell'ordinamento nei confronti del fatto.

Su questi presupposti è evidente l'enorme guadagno economico che lo Stato riceve dall'applicazione del §153a n. 2) StPO⁷⁰: nella maggior parte dei casi (84%)⁷¹ in cui il pubblico ministero archivia il processo ai sensi del §153a StPO, l'archiviazione è subordinata al pagamento di una somma di denaro a favore delle casse dello stato⁷². Su tale presupposto è facile comprendere a

⁶⁵ J. BRÜNING, *Die Einstellung nach §153a StPO: Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in ZIS 12/2015, p. 591.

⁶⁶ Per una panoramica, cfr. T. FISCHER - E. HOVEN, *Unternehmen vor Gericht? Einige Anmerkungen zu prozessualen Fragen*, in ZIS 1/2015, pp. 35 ss.

⁶⁷ K. GAEDE – M. KUBICIEL, in *Legal Tribune Online*, articolo del 5 agosto 2014, in riferimento al caso *Ecclestone* cfr. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/>.

⁶⁸ Per una mappatura di altri casi simili cfr. J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO*, pp. 586 ss, in ZIS 12/2015.

⁶⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 307-308.

⁷⁰ Cfr. Grafici statistici del *Bundesministerium der Finanzen*:

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2022/10/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-3-verfolgung-von-steuerstraftaten-2021.html>.

⁷¹ Il rapporto completo relativo al 2021 è consultabile all'indirizzo https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260217004.pdf?__blob=publicationFile

⁷² Si rimanda l'analisi dettagliata ai grafici statistici del *Bundesministerium der Finanzen*:

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2022/10/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-3-verfolgung-von-steuerstraftaten-2021.html>.

cosa corrisponda, in concreto, il bilanciamento tra opportunità dello Stato e colpevolezza del reo di cui al § 153a par. 1 n. 2) StPO, traducendosi, in effetti, in un sistema di tangenti legali.

Al fine di evitare l'esistenza di queste discriminazioni, sarebbe quantomeno preferibile apporre nel catalogo delle condizioni un limite massimo assoluto di sanzione pecuniaria⁷³, o evitare che sia possibile espiare la pena tramite una donazione a favore dell'erario pubblico, che in sostanza potrebbe significare comprare la libertà e chiudere il procedimento penale secondo i principi della "vendita delle indulgenze"⁷⁴.

In questo contesto, l'indebita estensione dell'*Opportunitätsprinzip* va al di là del suo naturale compito correttivo nell'evitare applicazioni illogiche della legge penale e crea un sistema di sanzioni penali rimesse alla discrezionalità del pubblico ministero ed ai risultati delle trattative tra questo e l'imputato⁷⁵.

Gli *Auflagen* e i *Weisungen*, infatti, per quanto siano sanzioni meno rigide di altre, rientrano comunque nella categoria di *pöenale Sanktion*⁷⁶: si affida dunque al *Staatsanwalt* un compito, quello di irrogazione della pena, rimesso al giudice, con la conseguente violazione dell'art. 92 GG che assegna il potere di inflizione di una sanzione penale *solo* alla competenza del giudice.

6. Il paragrafo 153a StPO persegue dunque uno scopo deflattivo del processo contribuendo ad alleggerire il carico giudiziario gravante sui tribunali e lo fa attribuendo al pubblico ministero, in un momento antecedente, la possibilità di applicare in piena autonomia⁷⁷ una *pöenale Sanktion*.

Se, dunque, da un lato esso nasce come istituto posto a controllo della criminalità lieve, dall'altro questo si pone sostanzialmente come una soluzione del legislatore finalizzata a deflazionare quei processi per la cui prosecuzione non vi è un reale interesse dello Stato.

Su questi presupposti, il disinteresse statale rischia di ledere principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, oltre che porsi in aperto contrasto con la funzione rieducativa della pena, la quale viene valutata più come conseguenza di efficienza giudiziaria che come obiettivo della misura. E d'altronde solo questo spiegherebbe la previsione di cui al punto 2) par. 1 §153a, ove le istanze rieducative dell'esborso a favore delle casse dello Stato risultano particolarmente contestabili.

A conclusione, in virtù del principio di sussidiarietà del diritto penale che prevede il ricorso alla pena criminale solo in caso di *extrema ratio*, nei casi in cui l'offensività del fatto è davvero minima e la dannosità sociale risulta essere scarsa, il disinteresse statale alla persecuzione di alcune fattispecie

⁷³ Ad esempio, H. SATZGER in *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Beck, 2004, propone una limitazione a una pena prevista di 180 aliquote giornaliere (*Tagessätze*).

⁷⁴ K. GAEDE – M. KUBICIEL, *Legal Tribune Online*, articolo del 5 agosto 2014, in riferimento al caso *Ecclestone*; per maggiori approfondimenti cfr. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/>.

⁷⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 308 ss.

⁷⁶ Sebbene parte della dottrina non consideri *Auflagen* e *Weisungen* sanzioni penali; sul punto cfr. E. DREHER, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz*, De Gruyter, 1974, pp. 938-939.

⁷⁷ S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, p. 309.

potrebbe trovare in altri ambiti del diritto una risposta più efficace, risolvendo in tal modo la questione non nell'ambito processuale ma piuttosto in quello della teoria generale del reato.