

DIMENSIONE GIURIDICA | LEGAL DIMENSION

Studi per il Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze

1

Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie

Combinazioni e contaminazioni tra sistemi

a cura di

Daide Bianchi e Marco Rizzuti



G. Giappichelli Editore

DIMENSIONE GIURIDICA | LEGAL DIMENSION
Studi per il Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze

1

Comitato scientifico

Proff. Adelina Adinolfi, Vittoria Barsotti, Paolo Cappellini, Riccardo Del Punta,
Micaela Frulli, Michele Papa, Giovanni Passagnoli, Orlando Roselli, Emilio Santoro.

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni.

Dimensione giuridica/Legal dimension si pone in continuità ideale con i “Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche” pubblicati tra il 2013 e il 2017 e vuole porre in evidenza come quanto avviato negli anni passati sia diventato ora un dato strutturale. È questo il caso anzitutto del processo di internazionalizzazione, che ha condotto a un’elaborazione scientifica che è bene sia accolta in una tipologia di pubblicazione capace di evidenziare, anche già nel nome, la rilevanza non puramente municipale del suo contenuto.

Il percorso costruito attraverso gli anni ha permesso di gettare le basi anche dell’elemento di innovazione introdotto in questa nuova fase, ossia la valorizzazione del lavoro dei dottorandi e di chi si è recentemente formato nel dottorato fiorentino e sta costruendo il proprio percorso scientifico. Dimensione giuridica/Legal dimension non vuole infatti proporsi come luogo dove i “giovani” sono semplicemente invitati a fornire contributi all’interno di iniziative ideate e dirette da altri, più avanti negli anni e nella carriera, ma intende accogliere principalmente ricerche proposte e coordinate in prima persona proprio da early career scholars, pur senza escludere a priori l’inclusione di scritti di studiosi affermati.

Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie

Combinazioni e contaminazioni tra sistemi

a cura di

Daide Bianchi e Marco Rizzuti



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3355-6

ISBN/EAN 978-88-921-8727-6 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con il contributo del MIUR per i progetti di eccellenza 2018-2022.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
GLI AUTORI	IX
NOTA INTRODUTTIVA (di <i>Alessandro Simoni</i>)	XI
PRESENTAZIONE (di <i>Roberto Bartoli</i>)	XV

LA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA FUNZIONE RIPARATORIA E FUNZIONE SANZIONATORIA

di *Chiara Sartoris*

1. La questione della polifunzionalità della responsabilità civile	1
2. Guardare al passato per comprendere il presente	5
3. Riflessione sulle funzioni non solo riparatorie della responsabilità civile	12
4. L'attuale quadro giurisprudenziale e normativo	15
5. Punti fermi e nuove questioni interpretative	19

DAL DIRITTO PENALE ALLA *MATIÈRE PÉNALE*. IL DIRITTO PUNITIVO TRA PREVENZIONE E RIPARAZIONE

di *Clementina Colucci*

1. Dal "formale" al "sostanziale"	23
2. Dal diritto penale al diritto punitivo	26
3. Punizione, prevenzione e riparazione	30
4. Categoria trasversale e garanzie settoriali	36
5. Conclusioni	39

LA RESPONSABILITÀ “AFFLITTIVA”
DA ABUSO PROCESSUALE
E LA CORTE COSTITUZIONALE

di *Marco Rizzuti*

1. Un rimedio normativo al fenomeno dell’abuso del processo	41
2. Il caso paradigmatico del processo simulato	44
3. Profili di responsabilità professionale	47
4. Le questioni di costituzionalità	51

ALCHIMIE ERMENEUTICHE
SULL’ART. 322 QUATER C.P.
TRA CONFISCA E RISARCIMENTO

di *Davide Bianchi*

1. Contesto e obiettivo dell’indagine	55
2. Egesi della disposizione	58
3. La claudicante <i>intentio legislatoris</i> “in chiave afflittivo-sanzionatoria”	60
4. ‘Ascendenti’ e ‘affini’ più o meno prossimi	61
5. Le possibili soluzioni ricostruttive	64
6. Tra confisca ...	66
7. ... e risarcimento del danno non patrimoniale	70
8. L’insopprimibile doppiezza della riparazione pecuniaria e le sue ricadute applicative	74

DANNI DA ATTIVITÀ DI IMPRESA
E RISARCIMENTO ULTRACOMPENSATIVO

di *Francesca Degl’Innocenti*

1. Riparazione e deterrenza nella responsabilità di impresa	79
2. Valorizzazione dell’effettività della tutela in chiave punitiva: un varco aperto dalle Sezioni Unite?	83
3. Il risarcimento oltre la logica della sola compensazione del danno e della tutela individuale	88
4. Criticità di un riconoscimento generalizzato del risarcimento ultracompensativo	91

PUNITIVE DAMAGES,
GRANDI ASSENTI NELL'AZIONE DI CLASSE?
UNA PROSPETTIVA COMPARATA

di *Fabio De Dominicis*

- | | |
|---|-----|
| 1. Introduzione | 97 |
| 2. Breve panoramica dei <i>punitive damages</i> nella dimensione comparata | 99 |
| 3. La responsabilità civile e la (in)attuazione della funzione deterrente nei casi di illecito plurioffensivo bagatellare: limiti dati dalla mancata previsione dei risarcimenti punitivi | 104 |
| 4. Artt. 840 <i>quinquies</i> e <i>novies</i> c.p.c. e art. 6, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: nuovi addentellati punitivi contemplati dal nostro ordinamento? | 107 |

SINTESI CONCLUSIVA
(OVVEROSIA: PER UNA SALUTARE POTATURA
DELLA "VIGNA" DEL DIRITTO PENALE)

di *Gianfranco Martiello*

- | | |
|---|-----|
| 1. Ricordi di un diritto penale di inizio millennio | 111 |
| 2. "Punire" e "risarcire": la contrapposizione tradizionale | 113 |
| 3. (<i>Segue</i>) I più recenti riavvicinamenti delle due categorie concettuali | 117 |
| 4. Rilievi conclusivi | 120 |

GLI AUTORI

Roberto BARTOLI, *Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Firenze.*

Davide BIANCHI, *Borsista di ricerca PostDoc in Diritto penale presso l'Università di Firenze.*

Clementina COLUCCI, *Dottoranda in Scienze giuridiche (Indirizzo Discipline penalistiche) presso l'Università di Firenze.*

Fabio DE DOMINICIS, *Dottorando in Scienze giuridiche (Indirizzo Diritto comparato) presso l'Università di Firenze.*

Francesca DEGL'INNOCENTI, *Assegnista di ricerca PostDoc in Diritto privato presso l'Università di Firenze.*

Gianfranco MARTIELLO, *Ricercatore confermato in Diritto penale presso l'Università di Firenze.*

Marco RIZZUTI, *Ricercatore in Diritto privato presso l'Università di Firenze.*

Chiara SARTORIS, *Assegnista di ricerca PostDoc in Diritto privato presso l'Università di Firenze.*

Alessandro SIMONI, *Professore associato di Diritto privato comparato presso l'Università di Firenze.*

NOTA INTRODUTTIVA

di *Alessandro Simoni*

Il presente volume rielabora le riflessioni svolte durante un seminario organizzato nell'ambito delle attività previste nel progetto proposto dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Firenze per la sua selezione quale "Dipartimento di eccellenza" per il periodo 2018-2022. Tali attività comprendono infatti la realizzazione di iniziative scientifiche (tipicamente nella forma di seminari o "simposi") collegate al Dottorato in scienze giuridiche attivo presso il Dipartimento, i cui risultati devono successivamente essere resi disponibili in "open access". Il volume, che rappresenta il primo dei prodotti scientifici di questo tipo completati nell'ambito del progetto, ha quindi potuto usufruire per la pubblicazione delle risorse previste a tal fine nell'ambito del finanziamento MIUR.

Le risorse disponibili hanno, tuttavia, potuto trasformarsi in un prodotto scientifico di alto livello unicamente in virtù del fatto, giustamente messo in evidenza nella brillante presentazione di Roberto Bartoli e sul quale ritorneremo tra poco, che un gruppo di giovani studiosi, dottorandi o ricercatori – come si usa dire – "post doc", ha voluto autonomamente elaborare una valida idea a carattere interdisciplinare e portarla in fondo in totale autonomia, fornendo così il miglior riscontro oggettivo della validità del progetto di rafforzamento della formazione dottorale avviato dal Dipartimento. Quale Coordinatore del dottorato, mi è sembrato quindi doveroso aggiungere (al di là della burocratica menzione dell'origine delle fonti di finanziamento...) una breve nota introduttiva, che si aggiunge a quanto, per gli aspetti di merito scientifico, hanno voluto dire Roberto Bartoli e Gianfranco Martiello, in sede rispettivamente di presentazione e sintesi conclusiva.

La qualità dell'elaborazione compiuta in occasione del seminario alla base del presente volume, e in generale quella di tutti i seminari dottorali svoltisi nel quadro delle attività del progetto di eccellenza, è stata poi decisiva per compiere una scelta ulteriore, ossia quella di avviare una serie di pubblicazioni stabilmente collegate al Dottorato, destinata ad accogliere le ricerche presentate nel corso delle varie iniziative, evitando la loro dispersione in una moltitu-

dine di sedi e rendendo così meglio visibili all'esterno le scelte di fondo che le legano. Il volume è il primo che vede la luce nell'ambito di questo progetto, reso possibile dalla collaborazione con la casa editrice Giappichelli, per il quale si è scelto un nome che permette di abbracciare una serie potenzialmente infinita di prospettive: "Dimensione giuridica/Legal dimension".

Non è la prima volta che il Dottorato fiorentino decide di dare vita a una serie di volumi ad esso collegati. Grazie allo spirito di iniziativa di Vittoria Barsotti nei suoi anni quale Coordinatrice, vi era già stata l'importante esperienza dei "Quaderni del dottorato fiorentino in scienze giuridiche", usciti presso Maggioli tra il 2013 e il 2017, e che già erano stati un netto manifesto di apertura interdisciplinare e internazionale. Come a volte accade quando si cerca di navigare nelle insidiose acque dell'editoria scientifica, l'interruzione dell'esperienza non fu dovuta a una sua intrinseca debolezza culturale, ma a un complesso di problemi pratici, in buona parte collegati ai cambiamenti intervenuti nel Dottorato negli anni più recenti.

Si è alla fine deciso di avviare una serie formalmente nuova, principalmente per meglio porre in evidenza che quanto era stato avviato come esperimento si era poi trasformato in dato strutturale. È questo il caso anzitutto delle energie riversate nell'internazionalizzazione. A partire dal XXXV ciclo il Dottorato fiorentino comprende anche un curriculum in "European and transnational legal studies", che si aggiunge ai seminari di eccellenza citati in apertura e a differenti percorsi di dottorato in collaborazione con atenei stranieri. Tutto questo ha condotto a un'elaborazione scientifica qualitativamente e quantitativamente molto rilevante, che visto il potenziale interesse per lettori stranieri era bene fosse accolta in una tipologia di pubblicazione capace di evidenziare, anche già nel nome, la rilevanza non puramente municipale del suo contenuto.

Il percorso costruito negli anni ha permesso di gettare le basi anche dell'elemento di innovazione introdotto – come accennato – già in questo volume, ossia la valorizzazione del lavoro dei dottorandi e di chi si è recentemente formato nel Dottorato fiorentino. Lavori di "giovani" quindi. Ma proprio il fatto che il Dottorato fiorentino recluta e forma "giovani" di livello sempre più alto ci ha permesso di fare un salto in avanti. Dimensione giuridica/Legal dimension non vuole infatti proporsi come serie dove i "giovani" sono semplicemente invitati a produrre un elaborato all'interno di un'iniziativa ideata e diretta da altri più avanti negli anni e nella carriera, ma intende accogliere principalmente ricerche proposte e coordinate in prima persona proprio da *early career scholars*, senza ovviamente escludere a priori l'inclusione di scritti di studiosi affermati o di altri ospiti di alto profilo, come ad es. i molti che hanno partecipato ai seminari di formazione generale avviati nel 2018.

Naturalmente, *the proof of the pudding is in the eating*, e saranno unica-

mente i lettori a giudicare se questa scelta produrrà ricerche e riflessioni che aggiungono qualcosa di valido all'alluvionale letteratura giuridica italiana. Crediamo, tuttavia, che valga la pena di sottolineare in chiusura quale è la visione di fondo sottostante alla nostra scelta, che va al di là della promozione della produzione scientifica della generazione più recente di studiosi fiorentini, che sarebbe già di per sé un legittimo e degno obiettivo. L'elemento decisivo è stato la convinzione che il coinvolgimento nella progettazione e nell'esecuzione dei "giovani", compresi gli stessi dottorandi in corso, permette di migliorare il *valore assoluto* delle ricerche prodotte, particolarmente quando si vuole lavorare senza tenere conto di confini geografici o disciplinari.

Riflettiamo un momento. Firenze è riuscita ad attirare negli ultimi anni dottorandi di ottimo livello, in virtù della sua reputazione scientifica e della destinazione di risorse a progetti innovativi mirati, ad es. nel campo dell'impatto delle nuove tecnologie sul diritto. La comunità dei dottorandi nata da questa strategia di reclutamento è caratterizzata da competenze linguistiche mediamente molto elevate e da percorsi culturali e professionali, e esperienze pregresse in generale, in molti casi assolutamente originali. Per gran parte dei nostri dottorandi e neodottori di ricerca, non solo delle materie tradizionalmente "internazionali", partire dal dato europeo e transnazionale, confrontarsi con colleghi stranieri e sottoporre il proprio lavoro al giudizio di persone estranee alla comunità accademica italiana è ormai la prassi, e non è più avvertito come appannaggio di una piccola minoranza. Al tempo stesso, rispetto al passato è aumentata la frazione di coloro che scelgono temi trasversali alle discipline, a volte evidenziando una certa rigidità della tradizionale ripartizione in curricula della formazione dottorale. A fronte di ciò, la ricerca che si svolge attorno al Dipartimento giuridico fiorentino è andata sviluppando una varietà di filoni che pongono problemi che non sono facilmente affrontabili senza muoversi in una dimensione internazionalizzata e dialogando tra diverse discipline, come nel caso del presente volume. Se si confrontano da un lato la dimensione delle esigenze poste dalle ricerche più innovative e dall'altro la ricchezza delle risorse intellettuali che ruotano attorno al Dottorato in scienze giuridiche, la scelta di valorizzare le competenze e la creatività di chi si è appena affacciato alla ricerca appare subito per quello che è, non un'illuminata (e magari sottilmente paternalista ...) apertura verso i "giovani", ma una semplice presa d'atto di una bella realtà che siamo – collettivamente – stati capaci di costruire.

PRESENTAZIONE

di *Roberto Bartoli*

Con tre motivi di soddisfazione e uno di orgoglio si raccolgono qui gli Atti del Seminario *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie: combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, svoltosi a Firenze l'11 giugno 2019.

Soddisfazione, anzitutto, perché si è trattato di un'iniziativa che nel suo concepimento, nella sua realizzazione, fino a questa raccolta di scritti, è stata interamente e autonomamente gestita da giovani studiosi. Una risposta inequivocabile e concreta – potremmo dire – a chi, attraverso luoghi comuni tanto diffusi quanto nefasti, vorrebbe far credere che l'Università sarebbe un luogo dove i giovani non trovano spazio o possono trovarlo soltanto all'estero. L'Università, piuttosto, è, e lo sarà sempre, il luogo dove un giovane può realizzare un percorso altamente formativo, forgiate un metodo robusto e un'ampia visione, destinati ad accompagnare per sempre anche coloro che poi si dedicheranno alle professioni legali.

In secondo luogo, la soddisfazione proviene dal fatto che in questi scritti si affronta un tema davvero centrale di questa fase storica. È notissimo come il diritto *tout court* stia attraversando un periodo di profonde trasformazioni, che incidono non soltanto sulla configurazione dei singoli istituti, ma, a volte, anche sulla stessa essenza della sua giuridicità. Ebbene, una di queste trasformazioni sta investendo contenuti e funzioni degli strumenti sanzionatori sia in ambito civile che penale. Da un lato, la responsabilità civile non è più soltanto compensativa, ma si colora anche di componenti che vanno ben oltre il danno risarcibile: si pensi, per citare alcuni esempi, al danno all'integrità del mercato, a quelli derivanti dalle gravi inadempienze genitoriali; alle ipotesi problematiche di indennità individuate dalla sentenza delle Sezioni Unite civili n. 16601/2017 in materia giuslavoristica oppure ai danni che si riferiscono agli ingiustificati arricchimenti. Dall'altro lato, il penale non è più soltanto punitivo, ma ingloba al proprio interno componenti compensative che si sommano (si pensi alla riparazione pecuniaria di cui all'art. 322 *quater* c.p.) o addirittura si sostituiscono (si veda la disciplina delle condotte riparatorie prevista dall'art. 162 *ter* c.p.) alla sanzione penale. Con ricadute di grandissimo livello: sul piano

teorico, ponendosi problemi di giustificazione del *quid pluris* e di razionalizzazione del sistema; sul piano pratico, risultando necessario estendere, potenziare o addirittura ripensare le garanzie a tutela del danneggiante/reo come la prevedibilità, la proporzione e il *ne bis in idem*.

Il terzo motivo di soddisfazione risiede nella circostanza che l'iniziativa è stata il frutto di un vero e proprio dialogo condotto tra civilisti e penalisti. Sempre più si avverte l'esigenza di rompere gli orti conchiusi all'interno dei quali operano i giuristi, soprattutto i giuristi videntisti stretti nelle maglie della legge astratta, al fine di arricchire la prospettiva del proprio sguardo nella consapevolezza che il diritto è anzitutto società e realtà, è divenire, trasformazione, la cui comprensione necessita di saperi non solo interdisciplinari, ma anche extragiuridici. E questo libro è proprio il frutto di questo metodo di lavoro aperto e dialogante. Un'iniziativa nata più nei luoghi e nelle occasioni di incontro, mi verrebbe da dire nei corridoi e nelle pause per i pranzi ed i caffè, che nelle stanze a porte chiuse di ciascuno. Insomma, un'iniziativa venuta dal basso, dal confronto autentico, quello quotidiano, acceso dalla curiosità e dal desiderio di comprendere, unico grande motore di chi fa scienza.

Ed ecco il motivo di orgoglio. L'intera iniziativa può essere considerata espressione genuina del più autentico spirito dell'Università, collocandosi – mi sia consentito – nella scia tracciata dai nostri grandi Maestri fiorentini: Giorgio La Pira, Piero Calamandrei, non potendosi non ricordare, anche a nome di tanti altri, Federico Cammeo, fino a Paolo Grossi, per arrivare poi ai nostri Maestri più recenti e diretti di cui gli Autori presenti in questo volume, come anche chi scrive, siamo Allievi. Insomma, un libro che appartiene per metodo e visione alla Scuola fiorentina, un'autentica fucina, una "bottega", dove ancora, nonostante la volontà politica di ridurre l'Università a un luogo di trasmissione delle conoscenze o di qualche impostore di strumentalizzarla ad altri fini, si fa scienza, si crea conoscenza, e si crede in questo mestiere meraviglioso, guidati con passione dalla formidabile, indomabile e indominabile domanda del perché.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA FUNZIONE RIPARATORIA E FUNZIONE SANZIONATORIA

di *Chiara Sartoris*

SOMMARIO: 1. La questione della polifunzionalità della responsabilità civile. – 2. Guardare al passato per comprendere il presente. – 3. Riflessione sulle funzioni non solo riparatorie della responsabilità civile. – 4. L'attuale quadro giurisprudenziale e normativo. – 5. Punti fermi e nuove questioni interpretative.

1. *La questione della polifunzionalità della responsabilità civile*

Interrogarsi su quali siano le funzioni della responsabilità civile significa aprire una riflessione, più che mai attuale, su quali siano i reali confini tra il sistema del diritto civile e il sistema del diritto penale. Una demarcazione, quest'ultima, che sembrava essere ormai acquisita, per effetto della progressiva evoluzione dei moderni ordinamenti giuridici, e che oggi appare, invece, più sbiadita a seguito di alcuni recenti interventi normativi e dell'opera interpretativa della giurisprudenza.

Storicamente legata al ristoro delle conseguenze derivanti dalla commissione di un fatto penalmente rilevante, la responsabilità civile si è pian piano affrancata dalla dipendenza dal diritto penale per divenire, nel codice civile del 1942, uno strumento di compensazione di un "danno ingiusto". Per effetto delle riflessioni di autorevoli studiosi, invero, la responsabilità *ex art. 2043 c.c.* svolge, pacificamente, una funzione riparatorio-compensativa, in forza della quale «l'evento dannoso e l'esigenza di ripararlo» sono posti «al centro della ricostruzione concettuale dell'istituto»¹.

¹Così C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 11, il quale, riferendosi alle ricerche di Rodotà e di Scognamiglio, aggiunge: «La riparazione del danno non è più vista come conseguenza di regole aventi essenzialmente finalità preventive e repressive nei confronti di condotte dannose difforni dai parametri di tollerabilità sociale; ma come compito primario

Ebbene, oggi, le considerazioni brevemente svolte debbono essere riviste alla luce della concomitante opera di due fattori indipendenti, che, però, sembrano rappresentare una medesima esigenza ordinamentale.

Da un lato, il legislatore tende a prevedere, sempre più spesso, fattispecie in cui il risarcimento si ammanta di un connotato *lato sensu* sanzionatorio; ciò accade, soprattutto, rispetto a ipotesi (proprietà industriale, diritto d'autore, ambiente, prodotti difettosi, illeciti endofamiliari) in cui si pone come impellente l'esigenza di dare risposta a bisogni emergenti della società, ogniquale volta il risarcimento (in quanto parametrato al solo pregiudizio inferito) non appaia in grado di rendere pienamente efficace la tutela del danneggiato. Emblematico, al riguardo, è il caso in cui il danneggiante consegua un profitto dalla commissione dell'illecito. Ancor più significativa è poi, come si vedrà, la recente introduzione di «sanzioni pecuniarie civili», di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 7/2016, che sembra mettere in crisi la tradizionale distinzione tra sanzione penale e sanzione civile.

Dall'altro lato, la giurisprudenza, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 16601/2017, nell'ammettere la delibabilità di sentenze straniere di condanna al risarcimento di danni c.d. punitivi, ha aperto un nuovo fronte di riflessione circa l'ammissibilità di risarcimenti ultracompensativi comminati da un giudice italiano². Invero, in quell'occasione, le Sezioni Unite hanno esplici-

dell'istituto, che trova se mai un limite, e non il suo fondamento nella considerazione del fatto del responsabile». Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 643 ss.; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 33 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Bologna, 1992; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, p. 318 ss.

²Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2630 ss., con nota di R. PARDOLESI-A. PALMIERI, *Danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; *ibidem*, p. 2639, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze straniere di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; *ibidem*, p. 2644 ss., con nota di R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; *ibidem*, p. 2648 ss., con nota di P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2017, p. 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 421 ss., con nota di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; *ibidem*, p. 429 ss., con nota di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*; *ibidem*, p. 435 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1405 ss., con nota di A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale dialoghi transnazionali*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 1050 ss., con nota di C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie usa e di giudici popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sovracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità*; in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1109 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi tra legge e giudizio*; *ibidem*, p. 1597 ss., con nota di

tamente riconosciuto una concezione “polifunzionale” della responsabilità civile, in nome di un’esigenza di effettività della tutela³ che, in molti casi, rimarrebbe sacrificata da quella che viene definita come “angustia monofunzionale”, legata alla concezione prettamente riparatoria della medesima.

Ebbene, l’operare congiunto del fattore normativo e di quello giurisprudenziale impone allo studioso di riflettere sulle tendenze evolutive dell’istituto della responsabilità civile⁴ e, in particolare, sui rapporti che intercorro-

A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenze straniere: turning point “nell’interesse della legge”*.

³ Sulla rilevanza del principio di effettività si vedano, *ex multis*: A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360 ss.; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828 ss.; I. PAGNI *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell’impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell’attività amministrativa*, Milano, 2004; R. ORIANI *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907 ss.; S. PAGLIANTINI *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112 ss.; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 787; ID., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss.; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, 2, p. 62 ss.

⁴ Il tema è oggetto di studio da parte di molteplici autori. Cfr. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975; A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 319 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 1, p. 123 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003; ID., *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, p. 180 ss.; ID., *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1084 ss.; F.D. BUSNELLI, *L’illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 456 ss.; P. SIRENA, *dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 829 ss.; G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 691 ss.; V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, p. 657 ss.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1120 ss.; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1122 ss.; ID., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 283 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danni*, Milano, 2017; A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1410 ss.; M. TESCARO, *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2017, p. 52 ss.; A. CIATTI CAIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle Corti di common law, ibidem*, p. 199 ss.; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1142 ss.; S. LANDINI, *La condanna a*

no tra il sistema del diritto penale, cui è naturalmente correlata l'istanza sanzionatoria⁵, e il sistema del diritto civile che, ciclicamente, sembra chiamato o a dotarsi di nuovi strumenti con funzione sanzionatoria (l'*astreinte*, le sanzioni civili pecuniarie) o a valorizzare lo strumento risarcitorio in una chiave para-sanzionatoria attraverso la condanna a risarcimenti ultracompensativi⁶.

danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 2, p. 262 ss.; C. SARTORIS, *Riflessioni sulle funzioni della responsabilità aquiliana alla luce delle Sezioni Unite n. 16601/2017*, in *Pers. e merc.*, 2017, 3, p. 21 ss.; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, p. 276 ss.; M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, p. 305 ss.; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli, 2018; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1, p. 6 ss.; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei danni punitivi*, Padova, 2019.

⁵Per un'analisi sull'evoluzione del concetto di pena nel diritto penale, si vedano, *ex multis*: F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930; G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 376 ss.; G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958; N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 532 ss.; E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in M. ROMANO-F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981; F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, p. 7 ss.; P. NUVOLONE, voce *Pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 787 ss.; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; G.P. DEMURO, *Finalità risarcitoria e teoria della pena*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 654 ss.; D. FONDAROLI, *Illecito penale e risarcimento del danno*, Milano, 1999; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, Milano, 2006, p. 347 ss.; P. MASSARO, *Dalla punizione alla riparazione. La promessa della ristorative justice*, Milano, 2012; G. COSÌ, *Ordine, vendetta, pena*, in S. BERNI-G. COSU, *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta*, Milano, 2014, p. 71 ss.; F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, p. 67 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, p. 96 ss.; G. MARTIELLO, "Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata? *Oververosia, quando il risarcimento del danno vuole "punire" il reo*, in *Criminalia*, 2017, p. 327 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in AA.VV., *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini-L. Foffani, Milano, 2018, p. 175 ss.

⁶Come evidenziato da attenta dottrina, «il punto centrale della responsabilità, oggi, infatti, non è tanto l'*an* (l'individuazione della meritevolezza di tutela dell'interesse – là dove ormai alcuni interessi di rilevanza costituzionale non possono essere tenuti fuori dalla tutela anche risarcitoria), ma il *quantum damni* in una prospettiva di solidarietà sostenibile attenta al bilanciamento dei principi e valori coinvolti» (P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, p. 118).

Ne emerge, come si vedrà, un dialogo, inedito e denso di rilevanti conseguenze, tra i due sistemi.

2. Guardare al passato per comprendere il presente

Per comprendere la fisionomia di un tale dialogo inter-sistemico, ci pare opportuno tracciare una breve evoluzione dell'istituto della responsabilità civile, con particolare attenzione al profilo funzionale. Per tale via, si intende dimostrare come l'idea attuale della polifunzionalità della responsabilità civile non trova particolari ostacoli, non essendole estranea, tradizionalmente, una finalità (anche) deterrente-sanzionatoria.

Benché i risarcimenti punitivi siano diffusi negli ordinamenti anglosassoni, particolarmente nel *common law* statunitense⁷, in realtà, l'origine di tale istituto risale più indietro nel tempo, rinvenendo le sue radici nel diritto romano, che concepiva la responsabilità civile come uno strumento sanzionatorio funzionale alla tutela di situazioni giuridiche rilevanti. Invero, il diritto romano, per quasi tutta la sua evoluzione, si è caratterizzato per una concezione latamente penale del diritto privato, in quanto non solo i *crimina*, cioè i delitti di rilevanza pubblica repressi con una pena pubblica, ma anche gli atti lesivi di interessi privati, i c.d. *delicta*, pur essendo produttivi di danni meramente materiali, erano classificati in chiave sanzionatoria. Nelle prime fasi della storia del diritto romano, il concetto di risarcimento quale strumento di com-

⁷ L'origine dei risarcimenti punitivi viene fatta risalire all'esperienza giuridica inglese del XIV secolo come condanna volta a sanzionare comportamenti caratterizzati dalla particolare gravità dei pregiudizi arrecati alla vittima, nonché dalla mala fede del danneggiante. Cfr. W.L. PROSSER, *Law of Torts*, St. Paul, Minn., 1964; F.W. MAITLAND, *The Forms of Actions at Common Law*, Cambridge, 1987; P. GALLO, *L'elemento oggettivo del tort of negligence*, Milano, 1988; ID., *Tipicità e atipicità dell'illecito nei paesi di common law*, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1992; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 438 ss., il quale evidenzia che i *punitive damages* «sono concessi per punire il convenuto (soggetto danneggiante) per aver commesso, in una posizione soggettiva che potrebbe essere definita di mala fede, un fatto particolarmente grave e riprovevole (nella quasi generalità dei casi si tratta di un tort)»; ID., «Punitive damages» e «due process clause»: l'intervento della Corte Suprema USA, in *Foro it.*, 1991, p. 235 ss.; F. MACIOCE, *La responsabilità civile nei sistemi di common law*, Padova, 1989; U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992; P. CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997; J. CONAGHAN-W. MANSELL, *The Wrongs of Tort*, II ed., Sterling, Va., 1999; K. COOPER-STEPHENSON, E. GIBSON, *Tort Theory*, North York, Ontario, 1993; A. BEEVER, *The structure of Aggravated Exemplary Damages*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003.

pensazione e reintegrazione patrimoniale non trovava riconoscimento, poiché l'attenzione era tutta focalizzata sulla condotta da punire, non sul danno da riparare; quest'ultimo veniva in considerazione solo al fine di determinare l'entità dell'offesa patita dalla vittima e, quindi, la pena da infliggere al colpevole⁸.

Un'idea più moderna di risarcimento ha iniziato a delinearsi solo in epoca postdecemvirale, grazie all'opera della giurisprudenza romana, che, a fronte della commissione di un *delictum* (privato), ha avvertito l'esigenza non solo di punire il reo, ma anche di riparare il depauperamento patrimoniale subito dalla vittima. Tale trasformazione del concetto di risarcimento, inoltre, si è sviluppata, in coerenza con quel processo di "patrimonializzazione" della pena, che ha portato alla graduale sostituzione delle pene corporali con le pene pecuniarie.

In particolare, questa evoluzione del pensiero si è consolidata a partire dall'introduzione della *lex Aquilia de damno* del III secolo a.C. circa, da cui

⁸ Nelle società primitive e per lungo tempo, l'unica forma di reazione contro atti lesivi era rappresentata dall'autotutela e dalla vendetta da parte del soggetto leso o del gruppo familiare a cui apparteneva. Solo con la diffusione del precetto biblico "occhio per occhio, dente per dente", è stata introdotta una forma di controllo esterno sull'esercizio della vendetta privata, al fine di limitarne la violenza. L'idea di una compensazione in termini pecuniarie implica una concezione della società più moderna e razionale, che si è affermata solo con lo sviluppo del diritto romano. Agli albori della esperienza giuridica romana e per lungo tempo, l'illecito privato era concepito in chiave penalistica, come confermano le più antiche forme di processo privato rappresentate dalle *legis actio per sacramentum* e dalla *legis actio per manus iniectionem*, in cui era forte l'idea della pena e dell'afflizione del reo. Con la successiva introduzione di nuovi mezzi processuali che garantivano un accertamento in contraddittorio (la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e la *legis actio per condectionem*), si è iniziata a mitigare l'originaria concezione penale dell'illecito. Il progressivo abbandono delle pene corporali in favore di pene pecuniarie ha poi contribuito a una evoluzione in tal senso dell'illecito privato, come emerge già dalle XII Tavole, in cui erano contemplate pene pecuniarie multiple. Cfr. F. DE VISSHER, *Études de droit romain: l'origine de l'obligatio ex delicto*, Paris, 1931; U. BRASIELLO, *Delicta*, in *Novissimo dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 379 ss.; B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 50 ss., il quale evidenzia che tale concezione penale dell'illecito privato trova conferma anche sul piano processuale: «I due moduli processuali più antichi – e cioè la *legis actio per sacramentum* e la *legis actio per manus iniectionem* – hanno in sé (...) chiari segni di un meccanismo di realizzazione del diritto privato che coincide sostanzialmente con l'idea di pena»; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972; L. VACCA, *La responsabilità da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, vol. 1, *Diritto civile*, Milano, 2008, p. 112, il quale osserva che «(...) il processo di emancipazione dell'illecito dalla sua matrice "punitiva", figlia dell'antica vendetta, si svolge lungo un percorso quanto mai incerto e travagliato che, forse, neanche oggi può dirsi del tutto compiuto: si consideri lo spazio, sì pure marginale ma non trascurabile, che tuttora è occupato dalla pena privata o in alternativa al risarcimento del danno»; M. TALAMANCA, *Delitti e pena priva nelle XII Tavole*, in M.F. CURSI-L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008.

origina la prima compiuta disciplina della responsabilità c.d. aquilana⁹.

In verità, per molti decenni, l'*actio legis aquiliae* non è stata l'unica azione esperibile in caso di *delicta*, ma esisteva una pluralità di azioni delittuali tipiche, alle quali si è poi ispirato il moderno sistema inglese dei *torts*. Non solo, tali azioni consentivano al soggetto offeso di ottenere condanne multiple rispetto ai danni subiti, coerentemente con l'obiettivo – rimasto primario – di punire il danneggiante, oltre che di risarcire il danneggiato.

Questo sistema di illeciti tipici in funzione punitiva è iniziato a mutare solo nel corso del medioevo, quando l'*actio legis aquiliae* ha conosciuto una notevole espansione del proprio ambito di applicazione, tanto da assorbire le altre fattispecie delittuose tipiche contemplate dal diritto romano in considerazione del suo carattere più generale. Successivamente, grazie alle riflessioni della Scuola del diritto naturale, si è affermato, prima sul piano filosofico e poi sul piano giuridico, il principio generale del *neminem laedere*¹⁰, il quale ha trova-

⁹L'*actio legis Aquiliae* era il rimedio attivabile contro il *damnum iniuriarum datum* (danneggiamento) e consentiva al danneggiato di ottenere la *restitutio in integrum* della situazione patrimoniale antecedente all'illecito. Originariamente, il danno risarcibile era concepito in termini piuttosto restrittivi, essendo circoscritto ai soli danni *corpori et corpore*. Solo a partire dall'epoca giustinianea si è ammesso il risarcimento anche di danni *non in corpore*. È poi al *Corpus iuris* di Giustiniano che si deve una tappa fondamentale nel processo di evoluzione della responsabilità civile: non solo viene introdotto un concetto più moderno di "colpa", inteso non come mera imputabilità, bensì come mancanza della dovuta diligenza («*In lege Aquilia et levissima culpa venit*» D. 9, 2, 44 pr.), ma viene anche stemperata la natura originariamente penale dell'azione, generalizzando la sua funzione risarcitoria. Cfr. F. FERRINI, *Danni (Azione di)*, in *Enc. giur. it.*, vol. IV, Milano, 1911, p. 14 ss.; G. ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 60 ss.; C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione, in Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 4-7 giugno 1990), a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, p. 34 ss.; S. SCHIPANI, *Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità*, *ivi*, p. 132 ss., il quale sottolinea l'origine plebiscitaria del provvedimento (D. 9, 2, 1: «*Aquilus tribunus plebis a plebe rogaverit*»), osservando che «la plebe ha avuto la capacità di esprimere le esigenze di quei cambiamenti relativi alla concezione della tutela per i danni ad elementi del patrimonio che poi sarebbe divenuta e apparsa come una prospettiva comune alla generalità»; P. GALLO, «Potestas» e «dominium» nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, 16, 1970, p. 25 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1972, p. 564 ss.; C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; L. VACCA, *Azioni penali ex delicto, pena e reintegrazione patrimoniale*, in O. DILIBERTO, *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli, 1993; P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in L. VACCA (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (Scritti del Congresso internazionale ARISTEC, Madrid, 7-10 ottobre 1993), Torino, 1995; G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'Antica Roma*, Torino, 2009.

¹⁰Il riferimento è agli studi filosofici di Ugo Gozio svolti nel suo *De iure belli ac pacis* del 1625, al quale si deve un «originale ripensamento terminologico-concettuale della problematica e della relativa dottrina in tema di responsabilità civile da atto o fatto illecito» (così P. CERAMI,

to la sua definitiva positivizzazione con il *code Napoléon* del 1804. In particolare, l'art. 1832 del "*code Napoléon*" stabiliva: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*»¹¹. Dunque, per ottenere il risarcimento del danno era sufficiente dimostrare l'esistenza di tre requisiti: il danno, la colpa e il nesso di causalità. A dispetto del dato letterale della disposizione, che sembrava configurare un sistema di illeciti atipici, gli interpreti, nel corso del XIX secolo, hanno progressivamente ristretto l'ambito di applicazione della pretesa risarcitoria ai casi in cui sussistesse anche un ulteriore presupposto, cioè la violazione di un diritto soggettivo assoluto (soprattutto del diritto di proprietà). Per effetto di tale approccio interpretativo, il risarcimento poteva essere chiesto solo in presenza di lesioni materiali a persone o a cose, sancendosi, così, un principio di sostanziale tipicità dell'illecito civile¹².

La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio, cit., pp. 119-120). Il pensiero giusnaturalista ha influenzato, verosimilmente, non solo la stesura del *Code Napoléon*, ma anche, e prima ancora, il codice prussiano del 1794, in cui il fatto illecito compare come fonte generale dell'obbligazione risarcitoria, e poi il codice austriaco che sin dal progetto del 1767 fino al par. 1293 della versione definitiva del 1811 definiva il danno come ogni pregiudizio che qualcuno abbia subito al patrimonio, ai propri diritti o alla sua persona. Cfr. anche: G. SOLARI, *La scuola di diritto naturale*, Torino, 1904; G. ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche*, cit., p. 60; G. WESENER-G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, Padova, 1999.

¹¹ Cfr. anche le riflessioni precedenti di J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1777, 1, II, sez. IV, tit. I, 160. Per un'analisi dell'art. 1832 *Code Napoléon*, si vedano: M.L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, VII, Paris, 1885; M. PUECH, *Illicéité et responsabilité civile extracontractuelle*, Th. Paris, 1973; V.N. MARCADE-P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, Paris, 1955, sub art. 1382.

¹² Probabilmente, questa interpretazione dell'art. 1832 del *Code Napoléon* si è diffusa su impulso degli studi della pandettistica tedesca di quegli anni. Il sistema tedesco di responsabilità civile, differentemente da quello francese, era rimasto fedele alle regole del diritto romano, concependo tre fattispecie principali di illeciti tipici (*Grundtatbestände*), a cui si aggiungevano una serie di illeciti minori, ugualmente tipizzati. Osserva F. FERRARI, *Tipicità e atipicità del fatto illecito. I contrapposti modelli francese e tedesco*, in F. GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1998, p. 135 che «con le codificazioni dell'Ottocento si apre, nei Paesi dell'Europa continentale, e nonostante la comune base romanistica, una netta divaricazione tra il modello francese, adottato dal *code Napoléon* nel 1804 e il modello tedesco elaborato dalla Pandettistica e confluito alla fine del secolo nel BGB. Il primo opta per l'atipicità dell'illecito, innovando rispetto al diritto romano, il secondo per la tipicità, restando fedele alle fonti romanistiche». In particolare, il § 823 BGB prevedeva al comma 1 il risarcimento per violazione di un diritto soggettivo assoluto della vittima e al comma 2 il risarcimento per violazione di una norma di legge, mentre il § 826 BGB disponeva l'obbligo risarcitorio per chi agisce intenzionalmente in modo contrario ai buoni costumi. Per un approfondimento sul sistema tedesco della responsabilità civile si vedano: T. SHRAMM, *Das Answartschafrecht als Schutzobject des 823 Abs 1*, in NHW, 1966; N. WEISER, *Der Schadenersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB*, in

Come è noto, l'art. 1832 del *Code Napoléon* e la relativa interpretazione hanno influenzato profondamente il codice civile italiano del 1865 che, all'art. 1151, riportava la sua traduzione letterale: «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno». Entrambe le disposizioni, pur allontanandosi dalla concezione eminentemente penalistica dell'illecito privato propria del diritto romano, tuttavia, hanno continuato a essere interpretate come fonte di un obbligo risarcitorio a carattere punitivo, in quanto diretto a sanzionare la violazione di precetti posti da altre norme (c.d. responsabilità da delitto e da quasi delitto). Sicché, il risarcimento era concepito come la reazione prevista da una norma secondaria (quella civilistica) rispetto alla violazione di una norma primaria recante la previsione di un fatto illecito (quella penalistica).

L'illustrata impostazione ha continuato a valere anche negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice civile del 1942, nonostante l'art. 2043 c.c. avesse introdotto il nuovo concetto di "danno ingiusto", potenzialmente foriero di un ribaltamento di prospettiva. Solo a partire dagli anni Sessanta-Settanta del secolo scorso, parte della dottrina e della giurisprudenza ha iniziato a prospettare una lettura più aderente al dato testuale della disposizione, proprio attraverso la valorizzazione della clausola generale dell'ingiustizia del danno¹³. In questa chiave interpretativa, tutt'oggi è ritenuto merite-

Jus, 1979, p. 557 ss.; F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1992; M. FUCHS, *Deliktsrecht*, Berlin, 1995; B.S. MARCHESINIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, III ed., Oxford, 1997; C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998; E.H. HONDIUS, *Modern Trends in Tort Law, Dutch and Japanese Law Compared*, London, 1999.

¹³ Si ricorda che l'evoluzione dell'*ubi consistam* della clausola di danno ingiusto rispecchia l'evoluzione dell'istituto della responsabilità civile e, prima ancora, dell'ordinamento, nel passaggio da una impostazione patrimonialistica a una personalistica. Non a caso, la stessa disciplina della responsabilità aquiliana è stata originariamente concepita come strumento a difesa del diritto di proprietà (fondiaria) e dei diritti reali e solo in tempi più recenti è stata interpretata a tutela anche dei diritti personali di godimento, dei diritti di credito, nonché degli interessi legittimi e poi di tutti i diritti inviolabili dell'uomo. In tema si vedano gli studi di: G. PACCHIONI, *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, 1947, II, p. 174 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, c. 1422 ss.; P. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss.; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966; F. CARIOTA FERRARA, *Considerazioni sul "danno ingiusto"*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 276 ss.; M. SPINELLI, *Le connotazioni della responsabilità civile e l'ampiezza del significato di danno ingiusto*, in *Studi Coviello*, Napoli, 1978; A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, cit., p. 319 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 85 ss.; G. VISENTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 177 ss.; G. ALPA, *Il codice e la responsabilità civile: origine di un testo*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 513 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Padova, 2005; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. In giurisprudenza, cfr.: Cass., 3 luglio

vole di risarcimento il pregiudizio cagionato da qualunque fatto (atipicità), anche se non espressamente previsto da una norma penale, lesivo di interessi giuridicamente rilevanti (non solo di diritti soggettivi assoluti). Per tale via, l'art. 2043 c.c. è svincolato dal ruolo ancillare di norma secondaria e assume la dignità di norma primaria volta a individuare il soggetto sul quale traslare le conseguenze economiche del pregiudizio subito dal danneggiato. Si afferma così una prospettiva c.d. vittimologica della responsabilità civile, in cui l'attenzione si appunta non sull'illiceità della condotta illecita del danneggiante allo scopo di sanzionarla, ma sulla ingiustizia del danno subito dal danneggiato allo scopo di ripristinare la situazione giudica precedente all'illecito, secondo il principio di indifferenza¹⁴.

1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, p. 1087 ss.; in *Giur. it.*, 1953, I, 1, p. 828 ss.; Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 681 ss., con nota di G. VISENTINI, *In margine al caso Meroni*; in *Foro it.*, 1971, I, p. 199, con nota di F. SANTOSUOSSO, *La "nuova frontiera" della tutela aquiliana del credito*; Cass., 15 marzo 1985, n. 2018, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1986, n. 1983; Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487, con note di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; in *Giur. it.*, 2000, p. 21 ss., con nota di V.L. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*. Con questa sentenza la Suprema Corte sancisce definitivamente l'idea che l'art. 2043 c.c. non vada considerata come norma punitiva per la violazione del principio di "alterum non laedere", bensì come «norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui»; Cass., 24 settembre 2002, n. 1397, in *Foro it. Mass.*, 2002; Cass., 18 luglio 2003, n. 11242, in *Giust. civ. Mass.*, 2003; Cass., 17 maggio 2004, n. 9345, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; Cass., 20 aprile 2007, n. 9512, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; Cass., 12 giugno 2008, n. 15808, in *Rep. Foro it.*, 2008; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Foro it.*, 2009, 3, p. 717 ss.; Cass., 18 giugno 2011, n. 15709, in *Foro it. Mass.*, 2011; Cass., 27 ottobre 2011, n. 22402, in *Foro it.*, 2012, 4, 1, p. 1109 ss.

¹⁴Osserva A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, cit., p. 320: «Che il risarcimento abbia funzione riparatoria, significa che esso vuol riequilibrare gli interessi nella misura in cui sono stati pregiudicati, restaurare, e non più che restaurare, l'equilibrio compromesso, per mezzo dell'equivalente pecuniario: significa che, in esso, il sacrificio imposto al responsabile è strumentale e proporzionale rispetto al fine della riparazione a favore del danneggiato, corrisponde al danno da riparare ed è proporzionato alla sua entità». Secondo la *Differenztheorie*, elaborata dalla dottrina tedesca, il danno risarcibile si identifica con il danno patrimoniale differenziale, cioè con la differenza tra la situazione patrimoniale del danneggiato a seguito dell'illecito subito e la situazione patrimoniale che si sarebbe avuta in mancanza dell'illecito. Cfr. F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht, vol. II)*, Braunschweig, 1855; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., II, Torino, 1925; E. BETTI, *Id quod interest*, in *Novissimo Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 133 ss.; R.W. WRIGHT, *Right, Justice and Tort Law*, in AA.VV., *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1995, p. 159 ss.; D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, Appendice di aggiornamento, vol. XXX, Milano, 1997, p. 469 ss.; R. COOTER-T. ULEN, *Law and Economics*, New York, 1997; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna 1999. Per una riflessione sul principio di integrale riparazione del danno, v.: A. PINORI, *Il prin-*

Senza dubbio, la funzione compensativa rappresenta, tutt'oggi, il tratto caratteristico della responsabilità aquiliana¹⁵, in coerenza con la necessità di trovare un adeguato punto di equilibrio tra due diverse esigenze: evitare un ingiustificato arricchimento del danneggiato, ove ricevesse una somma maggiore rispetto al pregiudizio effettivamente patito¹⁶; garantire la certezza del diritto e dei rapporti giuridici. Il rovesciamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale è evidente, così come, apparentemente, sembra essere reciso ogni possibile collegamento tra la sfera dell'illecito civile e la sfera dell'illecito penale.

cipio generale della riparazione integrale dei danni, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1144 ss.; G. VISENTINI, *Cos'è la responsabilità civile?*, Napoli, 2009; G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 553 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012.

¹⁵ Tale è la rilevanza del principio compensativo che parte della dottrina ritiene di ravvisare il suo fondamento nei principi di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, di cui all'art. 3 Cost., in attuazione dei valori della giustizia retributiva che informano la materia in questione. In tal senso, cfr.: S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 23 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; ID., *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 116 ss.; G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, 2010. In giurisprudenza, v.: Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1375 ss.; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461 ss.. Altra parte della dottrina, invece, pur escludendo che il principio compensativo vanti un fondamento costituzionale, ritiene, comunque, che ad esso vada riconosciuto «il valore di un principio irrinunciabile del nostro sistema». Così G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 67 ss. Nello stesso senso: Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Guida al dir.*, 2007, n. 44, p. 42 ss. Il principio compensativo trova oggi riconoscimento anche a livello eurounitario all'art. 10:101 dei PETL («damages are money payment to compensate the victim») e agli artt. 1:101 e 6:101 dei DCFR (in base ai quali al danneggiato spetta «a right of reparation» volto a «reinstare the person suffering the legally relevant damage in the position that a person would have been in had the legally relevant damages not occurred»). L'importanza del principio emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. Corte di Giustizia, 6 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pecheur S.A.*, in *www.curia.europa.eu*) e della Corte EDU (Corte EDU, 1° aprile 1998, *Akdivar c. Turchia*; Corte EDU, 24 giugno 1998, *Selçuk e Asker c. Turchia*; Corte EDU, 24 luglio 1998, *Metens e altri c. Turchia*; Corte EDU, 18 febbraio 1999, *Cable e altri c. UK*) ove la compensazione viene legata al più generale principio di certezza del diritto, poiché la somma che il danneggiante deve corrispondere al danneggiato deve essere prevedibile e ragionevole, oltre che equivalente al pregiudizio concretamente inferito.

¹⁶ Cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., p. 824 ss.

3. Riflessione sulle funzioni non solo riparatorie della responsabilità civile

Aver chiarito l'origine storica e i principali passaggi evolutivi dell'istituto della responsabilità civile non ci esime dall'approfondire la riflessione su quella che si è detto essere la sua funzione fondamentale, ossia la riparazione del danno. La dottrina, infatti, si chiede se, nell'attuale contesto ordinamentale, l'idea che il risarcimento abbia come obiettivo precipuo quello di compensare la vittima dell'illecito civile garantisca sempre una tutela effettiva dei diritti e se tale funzione sia o meno compatibile, sul piano strutturale, con funzioni ulteriori, soprattutto di tipo deterrente-sanzionatorio. Tale riflessione si rivela indispensabile anche al fine di indagare gli attuali rapporti tra il sistema civile e il sistema penale.

L'esigenza di aprire la responsabilità civile a finalità diverse da quella riparatoria origina dalla presa d'atto della inadeguatezza della tutela risarcitoria in talune particolari circostanze. Tale limite emerge in modo evidente ogniqualvolta il danneggiante consegua un profitto o un qualche vantaggio concreto dalla commissione del fatto illecito (come nei casi di lesione del diritto d'autore, di danni ambientali, di danni non patrimoniali). Sicché, vi è il rischio che il danneggiante, all'esito di una valutazione economica di costi e benefici, paradossalmente, abbia convenienza a tenere la condotta illecita, perché il pregiudizio da ristorare risulta inferiore rispetto al vantaggio conseguibile, in considerazione della peculiarità dell'interesse leso.

In siffatta evenienza, concepire il risarcimento in termini esclusivamente compensativi risulta del tutto inappagante tanto sul piano della effettività della tutela del danneggiato, quanto sul piano più generale della giustizia sociale. Per questi motivi, parte della dottrina evidenzia che intendere il principio compensativo in un'accezione "assolutistica" conduce al risultato di «contrarsi con gli obiettivi di deterrenza irrinunciabili in un moderno sistema di responsabilità civile»¹⁷. Da qui, la presa d'atto dell'importanza di riconoscere

¹⁷ Così G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, cit., p. 69. Cfr. anche L. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. e impr./Eu.*, 2018, 1, p. 437, secondo il quale, l'indispensabile funzione di deterrenza trova conferma nella considerazione che se la riparazione fosse l'unica finalità del risarcimento, sarebbe stato sufficiente impiegare un istituto «meno costoso e meno complesso della responsabilità civile», quale l'assicurazione contro i danni. Se ne deduce che «la funzione della responsabilità civile non è, allora, tanto la compensazione del danno – pur importante nella prospettiva individualistica del rapporto tra vittima e danneggiante – bensì la prevenzione del costo sociale degli incidenti. La ragione per cui la perdita è traslata sul danneggiante è quella di rendere costosa la condotta dolosa o colposa causativa di un danno ingiusto,

una funzione anche e almeno «preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre»¹⁸.

Secondo taluni, anzi, la deterrenza rappresenterebbe un tratto caratteristico e inscindibile della responsabilità civile. Se tale affermazione appare condivisibile, maggiori potrebbero essere le resistenze a riconoscere anche una dimensione sanzionatoria, stante la pacifica separazione, raggiunta dai moderni ordinamenti (quanto meno di *civil law*), tra la sfera del diritto civile e la sfera del diritto penale. In realtà, ci pare che anche questo profilo debba essere riflettuto alla luce del mutato contesto interpretativo in cui opera l'istituto in esame, al fine di recuperarne un possibile spazio di operatività. A riguardo, possono essere svolte due considerazioni: da un lato, una diffusa esigenza di giustizia sociale condurrebbe a riconoscere un'intrinseca carica sanzionatoria, oltre che deterrente, del risarcimento, trattandosi pur sempre della reazione che l'ordinamento predispone contro una condotta illecita; dall'altro, come detto, vi sono fattispecie in cui la possibilità per il danneggiante di trarre un vantaggio dalla commissione del fatto illecito ripugna alla coscienza sociale e richiede che l'ordinamento renda quella reazione risarcitoria non solo compensativa, ma anche concretamente punitiva.

al punto che il potenziale responsabile sarà indotto ad adottare tutte le precauzioni idonee ad evitare che sia chiamato in giudizio a risarcire le vittime della sua attività». Ciò nella consapevolezza che «prevenire è più economico che risarcire».

¹⁸ Così V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 2, p. 250, il quale richiama gli interpreti al compito di individuare «un equilibrato piano di intesa tra punizione e riparazione», nella consapevolezza che «una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe mera *petitio principis*», mentre, all'opposto, una riparazione sganciata dalla punizione «sarebbe anch'essa velleitaria e priva di senso». Nello stesso senso G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 296, secondo il quale per poter rivalutare la condotta del danneggiante e rendere più efficiente la tutela dei diritti lesi da un illecito si rende «necessario riformulare un coerente "statuto della responsabilità civile" capace di coordinare in modo efficiente l'ingiustizia del danno, i criteri di imputazione e le diverse modalità del danno risarcibile». Peraltro, l'esigenza di assicurare una tutela deterrente e sanzionatoria contro i fatti illeciti è avvertita da tempo dagli interpreti, ma, finora, è stata perseguita essenzialmente attraverso la tipizzazione di regimi di responsabilità oggettiva in quei settori delle attività umane in cui è più forte il rischio di illeciti da cui il danneggiante possa trarre un vantaggio. Si tratta di ipotesi in cui la responsabilità sorge per il semplice fatto che l'agente abbia posto in essere un'attività rischiosa o perché egli appare essere il soggetto meglio in grado di sopportare le conseguenze dell'illecito. Tale strada intrapresa dal legislatore, tuttavia, tende oggi a essere abbandonata, come dimostra la crescente attenzione dei giudici per i criteri di quantificazione del risarcimento. Sul punto si veda G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari*, in *Contr. e impr.*, 2015, 6, p. 1195 ss., il quale richiama una serie di decisioni giudiziarie nelle quali il risarcimento chiesto e ottenuto dal danneggiato si è innalzato al di sopra della media in ottica fortemente punitiva e deterrente. Si pensi al caso Cir-Fininvest o alla strage di Bologna del 1980 o alla vicenda dell'incendio alla fabbrica Thyssen di Torino.

Giova, a questo punto, precisare che la riscoperta di un carattere deterrente-sanzionatorio della responsabilità civile, se, da un lato, non appare strutturalmente incoerente, come dimostra l'evoluzione storica dell'istituto, dall'altro, tuttavia, assume oggi una connotazione del tutto nuova. Per effetto dell'attuale interpretazione della clausola generale dell'ingiustizia del danno, come visto, l'art. 2043 c.c. non assume più il significato di reazione alla violazione di una norma penale. Né tanto meno il risarcimento risulta più ammantato di una coloritura penale, come nel diritto romano. Piuttosto, la riscoperta di una funzione deterrente-sanzionatoria si lega alla necessità che anche nel settore del diritto civile l'interprete disponga di un armamentario giuridico idoneo a tenere in debita considerazione la condotta del danneggiante quando questa, pur non assumendo rilevanza penale, risulta, tuttavia, in contrasto con le fondamentali regole del sistema civilistico.

Siffatta impostazione interpretativa trova la propria base nel suggerimento, prominente da una parte della dottrina, di leggere con una nuova lente l'art. 2043 c.c. Si evidenzia che se il danno deve essere senz'altro *contra ius* (lesivo dell'altrui sfera giuridica), occorre poi accertare che a essere *non iure* (non giustificato dall'ordinamento), non sia tanto il danno, quanto, piuttosto, il fatto posto in essere dall'agente. Sicché, il danno risarcibile sarebbe quello lesivo dell'altrui sfera giuridica, causato da un "fatto illecito" in quanto non giustificato dall'ordinamento¹⁹. Questa interpretazione assicura, così, che la condotta del danneggiante non sia del tutto irrilevante e che, anzi, il giudice debba prenderla in considerazione almeno in sede di quantificazione del risarcimento.

In questa prospettiva, allora, il risarcimento può realizzare due obiettivi diversi e complementari: quando guarda alla sfera giuridica del danneggiato (*id est*, alle conseguenze pregiudizievoli patite), esplica una funzione riparatoria, mentre quando guarda alla sfera giuridica del danneggiante (*id est*, alla condotta tenuta), esplica una funzione deterrente-sanzionatoria. Per tale via, il rimedio risarcitorio recupererebbe quella polifunzionalità strumentale ad assicurare l'effettività della tutela dei diritti e la giustizia sociale.

¹⁹ Per una ricostruzione di tale impostazione, si vedano: L. BIGLIAZZI GERI-F.D. BUSNELLI-U. BRECCIA-U. NATOLI, *Obbligazioni e contratti*, in *Diritto civile*, III, Torino, 1989, p. 709 ss.; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., p. 7 ss.; M. FRATINI, *La responsabilità extracontrattuale*, in *Il sistema del diritto civile*, II, Roma, 2016, p. 15 ss.

4. L'attuale quadro giurisprudenziale e normativo

Al fine di vagliare la bontà di una ricostruzione polifunzionale della responsabilità civile, occorre analizzare tanto il dato normativo, quanto il dato giurisprudenziale in materia.

Ci sembra indispensabile impostare l'analisi muovendo dagli importanti principi enunciati dalle Sezioni Unite nel 2017²⁰. Come è noto, tale sentenza, pur originando da una questione di diritto internazionale privato, segna un importante spartiacque nella riflessione sulle funzioni della responsabilità civile. Le Sezioni Unite prendono atto della necessità di sottoporre il sistema della responsabilità civile a una rilettura da condurre secondo un approccio "dinamico e polifunzionale", in coerenza con le esigenze non solo interne, ma anche esterne legate alla "globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale". In questa ottica, l'idea della sanzione non è considerata del tutto estranea al rimedio risarcitorio. Al contrario, tale declinazione consentirebbe di "dare risposta ai bisogni emergenti" della società, non apparendo appagante un rimedio che non attribuisca il giusto peso specifico anche alla condotta del danneggiante. Nel contempo, tuttavia, i giudici individuano anche i presupposti e i limiti di questa "curvatura deterrente/sanzionatoria", al fine di evitare "soggettive accentuazioni dei risarcimenti che vengono liquidati": la quantificazione del danno in misura ultracompensativa, come ogni imposizione di prestazione personale, richiede una necessaria "intermediazione legislativa" ai sensi dell'art. 23 Cost. e deve risultare in concreto proporzionata alla condotta censurata.

A sostegno delle proprie affermazioni, le Sezioni Unite riflettono non solamente sulla struttura della responsabilità civile, ma anche sul dato positivo, che viene scandagliato per rinvenire indici sintomatici del fenomeno in esame. Effettivamente, vi sono varie norme che contemplano ipotesi di risarcimento punitivo. A livello codicistico, si ricordano l'art. 96, comma 3, c.p.c., che consente al giudice di condannare al pagamento di una somma equitativamente determinata la parte che abusa del processo; l'art. 614 *bis* c.p.c. dedicato all'istituto dell'"astreinte" (al pari dell'art. 114, comma 4, c.p.a.), che svolge una funzione sia di coercizione indiretta all'adempimento del contratto, sia di

²⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., che conferma l'orientamento prevalente della giurisprudenza costituzionale, favorevole a riconoscere natura polifunzionale alla responsabilità civile. Cfr. Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Foro it.*, 2012, I, c. 717 ss.; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1152 ss.; Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Corr. giur.*, 2016, p. 2586 ss., con nota di C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. Tra danni punitivi e funzione indennitaria*; Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, in *www.federalismi.it*.

sanzione per la condotta del contraente inadempiente. Mentre, nella legislazione speciale, il riferimento è al meccanismo della c.d. retroversione degli utili di cui art. 125 del codice della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005); alla liquidazione forfettaria di una somma di denaro a favore del titolare del diritto d'autore leso, ai sensi dell'art. 158, comma 2, della legge n. 633/1948; all'art. 187 *undecies* T.U.F., che, in caso di reato di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, lega la determinazione del risarcimento a parametri para-penalistici, quali l'offensività del fatto, la qualità del colpevole, l'entità del prodotto o del profitto conseguito; nonché all'art. 18, comma 6, della legge n. 349/1986, che riconosce al giudice il potere di determinare l'ammontare del danno ambientale in via equitativa, tenendo conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore.

Le norme brevemente richiamate – ma ve ne sono molte altre – sembrano tutte confermare l'astratta compatibilità con il nostro ordinamento di forme di risarcimenti ultracompensativi, sia pure nel rispetto dei due limiti invalicabili menzionati, ossia il principio di legalità e il principio di proporzionalità.

Tuttavia, la riflessione si complica ulteriormente se si pone l'attenzione su quelle norme che recano la previsione non tanto di risarcimenti ultracompensativi, quanto di vere e proprie sanzioni civili, cioè di misure a carattere deterrente-afflittivo, funzionali a garantire la cogenza di precetti normativi o negoziali. All'interno del variegato *genus* delle sanzioni civili, la dottrina riconduce le pene private (legali, negoziali, o giudiziali)²¹, cioè misure a contenuto pecuniario comminate dal giudice su iniziativa e a vantaggio del privato offeso, con la peculiarità che l'attribuzione patrimoniale si traduce in un ammontare del tutto indipendente dal pregiudizio effettivamente subito. Si tratterebbe, dun-

²¹ Cfr. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, p. 770 ss.; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 159 ss.; F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 27 ss.; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 5 ss., secondo il quale «la pena privata, nella sua forma pura, dovrebbe costituire una sanzione giuridica lasciata unicamente alla previsione dei privati, la cui operatività (...) dovrebbe essere rimessa all'iniziativa degli stessi e i cui beneficiari dovrebbero essere sempre i privati»; S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. Priv.*, XII, Torino, 1994, p. 351 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit.; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., p. 824 ss. In particolare, la teorizzazione della distinzione tra i vari tipi di pena privata si deve a: A. MARINI, *In tema di approvazione specifica per iscritto della clausola penale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 550 ss.; F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 638 ss.; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova 1990; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; P. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1994.

que, di strumenti diversi da quello risarcitorio, legati al mero riscontro dell'evento lesivo, anziché all'accertamento di conseguenze pregiudizievoli.

Il punto di contatto tra la disciplina della responsabilità civile e le pene private è rappresentato dalle sanzioni comminate dalla legge in conseguenza della commissione di un fatto illecito²². L'autonoma configurabilità di siffatto armamentario punitivo è estremamente dibattuta, sia in dottrina che in giurisprudenza²³, come dimostrano le Sezioni Unite del 2017, che riconoscono la natura polifunzionale della responsabilità civile escludendo, però, l'operatività di strumenti deterrenti-sanzionatori non risarcitori. Dietro tale impostazione vi è, infatti, il timore di vedere offuscare la netta linea di separazione tra diritto civile e diritto penale, la cui distinzione è ritenuta il risultato di una lunga evoluzione da non mettere in discussione.

Eppure, nel dato normativo, vi sono numerose fattispecie astrattamente riconducibili al concetto di pena privata in conseguenza di fatti illeciti. Si pensi all'art. 709 *ter*, nn. 2 e 3, c.p.c., che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; all'art. 31, comma 2, della legge n. 392/1978 recante la previsione di una sanzione pecuniaria aggiuntiva a carico del locatore in caso di recesso dal contratto per una ragione poi non riscontrata. Stesse considerazioni, secondo taluni, dovrebbero valere per lo strumento dell'"astreinte" di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. e all'art. 114, comma 4, c.p.a.

E, tuttavia, per poter ammettere l'autonoma configurabilità della categoria

²² Cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 25 ss.

²³ È noto l'acceso dibattito presso la dottrina nazionale, ma anche straniera, circa l'ammissibilità e l'utilità della pena privata come categoria giuridica. Forte è l'avversione della dottrina più risalente, che ravvisa nella stessa espressione di "pena privata" l'eco di «antichi timori: il ritorno al sistema della rappresaglia, alle vendette personali, in definitiva alla legge del taglione. (...) se si consentisse a privato di infliggere direttamente sanzioni penali in reazione al torto subito, cioè senza la mediazione ed il filtro di meccanismi di controllo statuali, si cadrebbe nell'arbitrio più assoluto, in aperta violazione del principio, garantito da noi anche a livello costituzionale, (art. 25, comma 2, Cost.) della legalità delle pene» (cfr. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., p. 771). Per una ricostruzione del dibattito, si rinvia a: R. VON JHERING, *Das Schuldmoment in römisches Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, p. 227 ss.; A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1901, p. 65 ss.; W. CESARINI-SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Studi in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 149 ss.; L. HUGUENEY, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle*, in *Le droit privé français, au milieu du XX^e siècle. Études offerts à G. Ripert*, II, Paris, 1950; D. BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 901 ss.; P. ESMEIN, *Peine ou réparation*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, II, Paris, 1961; B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen, Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt/Main-Berlin, 1961; H. STOLL, *Schadenersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *Festschrift für M. Rheinstein*, II Tübingen, 1969.

della pena privata sarebbe necessario chiarirne i rapporti con il risarcimento del danno. Una operazione quest'ultima che appare notevolmente complessa anche alla luce della recente introduzione di una figura di sanzione dagli incerti confini, che rende difficile individuare uno statuto unitario delle pene private. Il riferimento è alle “sanzioni pecuniarie civili” di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 7/2016 (recante “*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*”)²⁴. Tale provvedimento realizza una profonda opera di depenalizzazione di una serie di reati funzionale alla deflazione del contenzioso processuale penale e a una maggior efficacia del contrasto di determinate condotte. Tale obiettivo viene perseguito attraverso la trasformazione di talune fattispecie incriminatrici sia in illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie amministrative – già conosciute in questa branca dell'ordinamento²⁵ –, sia in illeciti civili tipizzati, da perseguire

²⁴ Per una prima analisi sul provvedimento, cfr.: A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria amministrativa e civile*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 583 ss.; B. LAVARINI, *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, in *Arch. Pen.*, 2016, 6, nt. 23; M. BOVE, *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio: profili processualciviltistici del d.lgs. n. 7/2016*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 418, nt. 8; A. PALMIERI, *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliano sottoposte a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 125; G. SPINA, *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *www.lanuovaproceduracivile.it*; A. MONDINI, *Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civile*, in M. BOVE (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 269 ss.

²⁵ Il problema dei confini dell'illecito penale si è posto da tempo con riferimento al diritto amministrativo, per effetto del processo di depenalizzazione, iniziato dalla fine degli anni Sessanta e culminato con la legge 24 novembre 1981, n. 689, che ha introdotto una disciplina organica dell'illecito amministrativo e del procedimento diretto alla irrogazione di sanzioni amministrative. Per tale via, numerosi illeciti aventi rilievo penale sono transitati nell'area del diritto amministrativo. Cfr. gli studi di: A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983; G. LATANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali di una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, p. 251 ss.; F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 198 ss.; G. AZZALI, *L'alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 581 ss.; C. PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990; E. CASETTA, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pub.*, vol. VIII, Torino, 1993; T. DI NINO, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 249 ss.; A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 727 ss.; D.M. TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo (note minime sui profili non penalistici della sanzione pecuniaria depenalizzata alla luce del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, p. 353 ss.; M. FRATINI, *Le sanzioni delle Autorità Amministra-*

con sanzioni pecuniarie civili (ingiuria, falsità in scrittura privata, sottrazione di cose comuni, appropriazione di cose smarrite).

E qui sta la vera novità. Per gli illeciti civili, il danneggiante, se ha agito con dolo, è obbligato non solo alle restituzioni e al risarcimento del danno, ma anche al pagamento di una somma di denaro ulteriore ed eccedente il pregiudizio patito dal danneggiato. La disposizione in esame, dunque, si segnala non solo perché, per la prima volta, affida al diritto civile, anziché al solo diritto amministrativo, la reazione ordinamentale alla commissione di fatti originariamente aventi rilievo penale. Ma anche perché individua lo strumento di tutela in una figura del tutto inedita nel panorama, pur variegato, delle sanzioni civili. Invero, a dispetto di quanto si legge nella relazione di accompagnamento alla riforma, che riconduce le “sanzioni pecuniarie civili” dell’art. 3 alla figura delle pene private, si sarebbe alla presenza di una tecnica di tutela ibrida. Da un lato, come nelle pene private, la somma di denaro viene determinata in via aggiuntiva al risarcimento del danno e in misura superiore a questo, tenendo conto di criteri (para-penalistici) che prendono in considerazione la sola sfera dell’autore dell’illecito (quali, la gravità della violazione, la reiterazione dell’illecito, le condizioni economiche del danneggiante, l’arricchimento conseguito da quest’ultimo). Dall’altro lato, tale eccedenza è applicata dal giudice d’ufficio, in accoglimento alla domanda risarcitoria e, soprattutto, non spetta al danneggiato, come normalmente avviene nelle pene private, bensì deve essere versata alla Cassa delle Ammende (art. 10), in coerenza con una funzione più prettamente pubblicistica, di tipo general-preventivo, del tutto sconosciuta al sistema civilistico²⁶.

Da questo punto di vista, il dialogo tra diritto civile e diritto penale appare, a questo punto, necessario per ricostruire in modo coerente il sistema della responsabilità civile.

5. Punti fermi e nuove questioni interpretative

Nel tentativo di tracciare alcuni punti fermi rispetto alla questione che ci

tive Indipendenti, Padova, 2011; P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3607 ss.; N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalle l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 417 ss.; F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 285 ss.

²⁶ In merito, sia consentito rinviare a quanto già osservato altrove: C. SARTORIS, *Riflessioni sulle funzioni della responsabilità aquiliana alla luce delle Sezioni Unite n. 16601/2017*, cit., p. 28 ss.

occupa, non possiamo che aderire al riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile prospettato dalle Sezioni Unite del 2017, con l'obiettivo di consentire a questo istituto di cogliere le sfide della complessità odierna. Come visto, la stessa lettura bidimensionale dell'art. 2043 c.c. suggerita dalla dottrina sembra consentire di ipotizzare un meccanismo risarcitorio che guardi alla sfera tanto del danneggiato, quanto del danneggiante.

Ciò che resta da chiarire è in quali termini possano convivere le varie funzioni della responsabilità civile, al fine di comprendere il volto attuale dell'istituto. Al riguardo, ci pare necessario sgombrare il campo da equivoci. La riparazione del danno patito dal soggetto offeso è e resta la primaria e ineliminabile componente del risarcimento. Senza dubbio, però, nella percezione comune, il trasferimento di ricchezza dal danneggiante al danneggiato realizza, sul piano sostanziale, tanto una reazione contro lo specifico comportamento da stigmatizzare, quanto uno strumento di prevenzione generale verso l'intera collettività. Ma, da questo tecnico punto di vista, il risarcimento si può colorare di sfumature deterrenti-sanzionatorie solo in via fattuale, come un corollario naturale della primaria funzione compensativa, senza alterare minimamente quest'ultimo aspetto. Una dimensione più propriamente punitiva può venire in luce solo in casi eccezionali, quando quest'ultima si combina in dosi diverse rispetto alla dimensione riparatoria, perché la legge consente al giudice di quantificare il risarcimento in una somma eccedente il pregiudizio inferto (c.d. risarcimenti punitivi). In queste ipotesi, cambia la prospettiva: la funzione riparatoria rimane sullo sfondo, mentre la funzione sanzionatoria diviene prevalente²⁷.

²⁷ Il favore della giurisprudenza e di parte della dottrina per l'allargamento dell'armamentario sanzionatorio del diritto civile risponderebbe anche all'esigenza, molto avvertita dai penalisti, di individuare in tali tecniche di tutela un'efficace alternativa alla pena pubblica, così da riportare la sanzione penale alla sua vera natura, cioè a quella di una sanzione di "extrema ratio" rispetto agli altri rimedi praticabili, stante la grave compressione della libertà personale che essa comporta. Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981; F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984; S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, cit., p. 262, la quale osserva che i danni punitivi costituirebbero una valida alternativa alla pena pubblica proprio in considerazione della portata esclusivamente patrimoniale, differentemente dalle sanzioni penali pecuniarie che sono invece suscettibili, in caso di inadempimento del reo, di essere convertite in una pena detentiva. In ultimo, anche a livello eurounitario non sembra potersi ravvisare una ragione ostativa al riconoscimento di funzioni non strettamente riparatorie della responsabilità civile a livello eurounitario. A riguardo, il Regolamento europeo n. 864/2008 "Sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)" al considerando n. 32, fa riferimento alla possibilità per i giudici nazionali di comminare «danni non risarcitori aventi

Maggiori problemi interpretativi si pongono, invece, rispetto all'inquadramento di tutte quelle sanzioni pecuniarie legate alla commissione di un fatto illecito che, come visto, sembrano prescindere dall'esistenza di un danno inteso come conseguenza pregiudizievole per il soggetto offeso. In questi casi, appare difficile scorgere una componente riparatoria variamente combinata a quella sanzionatoria, risultando quest'ultima il tratto caratteristico (ed esclusivo) della misura. Nell'impostazione patrocinata delle Sezioni Unite, tali sanzioni non sembrerebbero trovare giustificazione, sull'assunto che il risarcimento (finanche quello con sfumature punitive) rappresenti l'unica reazione ordinamentale contro i fatti illeciti.

A riguardo, tuttavia, ci pare siano da rifuggire soluzioni che non tengano in debita considerazione la varietà e la complessità delle esigenze esistenti in questa materia. Riteniamo, dunque, preferibile suggerire l'idea di un sistema di responsabilità civile a geometrie variabili, in cui coesistano tanto il rimedio risarcitorio in funzione prevalentemente riparatoria (e attecnicamente deterrente-sanzionatoria) oppure in funzione in parte riparatoria e in parte sanzionatoria (c.d. risarcimenti punitivi), quanto figure di pena privata connotate da una dimensione esclusivamente afflittiva. Maggiore è l'esigenza di attivare una reazione ordinamentale particolarmente significativa a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, maggiore deve essere la possibilità di invocare strumenti a carattere punitivo nel rispetto del principio di legalità e di *quantum* dell'attribuzione patrimoniale.

Questa impostazione ci appare, oggi, imprescindibile, a patto che gli studiosi aprano un nuovo e inesplorato campo di indagine in tema di sanzioni pecuniarie civili, al fine di chiarire non solo l'ipotizzabilità di una categoria generale delle sanzioni private entro cui ricondurre tale figura, ma anche di definire l'area della responsabilità civile e di percepirne i confini rispetto all'area del diritto penale. Compito preliminare degli interpreti è, dunque, quello di stabilire se siamo in presenza di una nuova categoria di sanzioni civili, diverse da quelle finora conosciute, in quanto chiamate a prendere il posto delle misure penali, configurando una forma peculiare e intermedia di responsabilità. Oppure se si tratti di una tecnica di tutela che identifica una responsabilità solo formalmente civile, ma sostanzialmente penale, la quale, però, implicherebbe un necessario rafforzamento delle garanzie processuali, conformemente ai principi costituzionali ed eurounitari propri della materia penale²⁸.

carattere esemplare o punitivo», consentendo di giustificare decisioni di Stati membri in cui si invochi la contrarietà all'ordine pubblico della legge designata dal regolamento stesso solo quando il relativo "quantum" abbia "natura eccessiva".

²⁸ Osserva T. PADOVANI, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in

Ciò nella consapevolezza che, nell'uno e nell'altro caso, i confini tra diritto civile e diritto penale, in questo settore, lungi dal rimanere chiari e distinti, tornano ad avvicinarsi, benché in termini del tutto nuovi e secondo un dialogo ancora da indagare compiutamente.

Guida al dir., 2016, 1, p. 12, che la sanzione in esame è «civile» soltanto in rapporto al giudizio, ma è in realtà concepita in termini strettamente punitivi». Cfr. la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo circa la definizione della nozione di sanzione penale e le garanzie processuali da applicare: Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso *Engel and others v. the Netherlands*; Corte EDU, 20 gennaio 2009, caso *Sud Fondi c. Italia*; Corte EDU, 20 maggio 2014, caso *Nykanen c. Finlandia*. In dottrina: V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, V ed., Torino, 2012, p. 203 ss.; ID., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1922 ss.; ID., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit.

DAL DIRITTO PENALE ALLA *MATIÈRE PÉNALE*. IL DIRITTO PUNITIVO TRA PREVENZIONE E RIPARAZIONE

di *Clementina Colucci*

SOMMARIO: 1. Dal “formale” al “sostanziale”. – 2. Dal diritto penale al diritto punitivo. – 3. Punizione, prevenzione e riparazione. – 4. Categoria trasversale e garanzie settoriali. – 5. Conclusioni.

1. Dal “formale” al “sostanziale”

Uno dei tratti distintivi della più moderna evoluzione del diritto è il passaggio dalla forma alla sostanza. Se si osserva l'ordinamento con una distanza tale da consentire di coglierne solo i tratti principali ed evidenti, non si potrà non constatare che, nei più differenti settori, al dogma della forma – talvolta esasperato fino ai confini del formalismo – si è sostituito l'altrettanto *partigiano* culto della sostanza.

Sempre più spesso le categorie convenzionali vengono derogate, se non talvolta messe totalmente in discussione, da regole che poggiano sulla asserita preminenza della sostanza sulla forma, dell'ontologia sulla convenzione. Questo passaggio è comune a tutte le principali branche del diritto positivo. Nel diritto civile, basti pensare all'evoluzione e alla crescente importanza assunta dal concetto di buona fede oggettiva, giunto fino al punto di modificare sostanzialmente l'assetto di molte tipologie contrattuali, per come formalmente previste dal codice o dalla volontà delle parti. Nel diritto amministrativo, sintomatica è la modifica dell'art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241), con riferimento alla degradazione dei vizi formali che non incidano sulla sostanza dell'atto.

La regola convenzionale non è più l'unico volto visibile di un conflitto, governo di interessi che il legislatore ha ponderato e risolto a monte. Quel conflitto che ne è alla base non è più prerogativa del solo legislatore; è ben ricono-

scibile attraverso la trasparenza della norma ed è, più o meno consapevolmente, consegnato nelle mani dei principali attori del processo, i quali scompongono e ricompongono equilibri mutandone senso e contenuto.

La continua esposizione di ciò che dovrebbe rimanere sullo sfondo è una delle cause e al tempo stesso una delle conseguenze di un sistema non più dominabile secondo criteri ordinanti, sempre più liquido, “flou”¹. La crisi è ben più ampia e non limitata al campo giuridico, investendo ogni ambito del sapere e rappresentando uno dei tratti della fine della modernità e dell’avvento della post-modernità, caratterizzata dalla «perdita di fiducia [nel fatto] che i concetti possano indicare una realtà stabile, duratura e costante nel tempo e nello spazio, nell’insieme e nel susseguirsi di diverse situazioni»².

Nel diritto penale tale crisi ha inciso in modo particolarmente profondo, mettendo a dura prova molte delle categorie che ne compongono la fisionomia. È proprio tale mutamento – per quanto interessa in questa sede – che porta oggi ad interrogarsi su quale sia l’attuale rapporto tra il diritto penale e quello civile, e quali le possibili combinazioni tra sistemi la cui distinzione sembrerebbe oltremodo acquisita.

È la tendenziale evoluzione che dalla forma conduce alla sostanza che ci pone oggi di fronte ad un interrogativo non certo nuovo: cosa sia la pena. Quali conseguenze giuridiche, quali condizioni e quali garanzie possono essere ricondotte a tale categoria?

Per comprendere come si sia giunti a parlare di *punitivo* anziché di *penale*, è necessario cercare di riconoscere i tratti di questa evoluzione ripercorrendo brevemente le teorie – espressione delle relative fasi storiche – che hanno governato la nozione di pena, dettando, da un lato, il metodo della scienza penalistica, ed essendo dettate, dall’altro, dall’equilibrio tra i poteri che si muove sullo sfondo.

Come punto di partenza convenzionale può essere individuato il tecnicismo giuridico, la cui compiuta teorizzazione è riconducibile ad Arturo Rocco e alla sua famosa “prolusione” con la quale nel 1909 aprì il corso di diritto e procedura penale nella Università di Sassari³.

¹ Sul punto si rinvia al fondamentale studio di M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Paris, 1986 [F. PALAZZO (a cura di), *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, trad. it. di A. Bernardi, Milano, 1992]. Nella letteratura italiana, C.E. PALIERO, *Il diritto liquido: pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss.

² C. CAVALLA, *Introduzione* a M. MANZIN, *Ordine politico e verità in Sant’Agostino. Riflessioni sulla crisi della scienza moderna*, Padova, 1998, pp. VI-XX. Più in generale, sull’equivocità semiotica della forma M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, 2° ed., Torino, 2019, p. 159 ss.

³ A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.

È noto che l'anzidetta prolusione rappresenta il manifesto di quel culto della forma a cui abbiamo accennato: la concezione formale esprime l'idea che il reato sia tutto e solo ciò che la legge indica come tale. Alla fattispecie viene affiancata una "conseguenza", la pena, che non è tale in quanto ontologicamente distinta dalle altre sanzioni, bensì perché, anch'essa, individuata dal legislatore come tale. Questa costruzione si lega alla fiducia in un legislatore cosciente, che tenga le redini di un sistema di illeciti chiuso e definito. La restrizione teleologica dell'oggetto della scienza giuridica al solo diritto positivo determinava, dall'altra parte, la presenza di un giudice che si limitasse ad applicare lo *ius positum*, e di una dottrina che non si lasciasse trasportare da critiche filosofico-politiche.

Con la caduta dei regimi totalitari, il tecnicismo giuridico comincia a cedere alle accuse di essere stato, attraverso la "neutralità" che ne è caratteristica, uno strumento inerte nelle mani del potere politico.

L'avvento della Costituzione, il necessario adeguamento della legislazione ai valori in essa contenuti, e la sua sistematica applicazione al diritto penale, rinnovano paradigmi risalenti. La Carta costituzionale introduce un ulteriore livello di diritto positivo, che in quanto intessuto di valori e di principi, pone un nuovo problema: giudicare la "giustizia" di una legge⁴. Ciò comporta un rapporto nuovo tra principi e legge, da cui scaturisce l'idea che la legge, per quanto legittimata nella sua provenienza legislativa, possa risultare invece illegittima perché confliggente con un quadro di valori che prevalgono sulla volontà del singolo legislatore. Ritorna, pur mutato, il paradigma del diritto naturale che era stato malamente scacciato dal tecnicismo⁵: la sostanza che persiste e prevale sulla forma.

La definizione di pena muta e si sposta verso il *topos* del sacrificio della libertà personale, in una prospettiva "carcerocentrica". L'*argumentum libertatis* e la centralità del concetto di bene giuridico, mutuati dall'ordinamento tede-

⁴Si sottolinea come in realtà i mutamenti dovuti all'avvento del costituzionalismo si avvertirono dapprima sul piano culturale e politico e, solo dopo, su quello del metodo. Infatti sotto il profilo normativo il problema del giudizio sulla legge ordinaria nel suo raffronto con il dato costituzionale, veniva affrontato secondo i canoni del rapporto tra norme. Anche il testo costituzionale, in quanto diritto positivo, si prestava ad essere letto, interpretato e applicato come la legge ordinaria. V. M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 135.

⁵«Il concetto di un diritto naturale, o razionale o ideale, superiore a tutti i tempi e a tutti i luoghi, in contrapposto al diritto positivo, è un detrito di vecchie idee metafisiche che la moderna filosofia sperimentale ha relegato nel tempo della favole», così A. ROCCO, *Natura e fondamento della riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1905, pp. 376-377.

sco ad opera di Franco Bricola⁶, non assumono solo portata descrittiva, bensì precettiva – indicando al legislatore quali siano gli illeciti da sanzionare con la pena – e critica, soprattutto nei confronti delle distorsioni derivanti dagli approcci nominalistici di matrice giuspositivistica.

Tuttavia, nonostante i nobili intenti volti a limitare l'intervento penale entro i canoni della sussidiarietà e dell'offensività, l'intero sistema è cresciuto a seguito di interventi sempre più frequenti e disarticolanti. Per far fronte all'ipertrofismo punitivo che ne è seguito, il legislatore ha progressivamente cominciato a mostrare interesse nei confronti di vicini rami dell'ordinamento – nella specie di quello amministrativo – con l'intento di calmierare e ridurre l'intervento penale attraverso il ricorso ad un sistema sanzionatorio alternativo.

È proprio in questa ricerca di apparati sanzionatori vicini, dettata dalle esigenze che si sono brevemente descritte, che si annidano le premesse di un progressivo annebbiamento della dicotomia penale/extra-penale, il quale condurrà pian piano a denunciare il diritto penale amministrativo e, poi, a “smascherare” il diritto amministrativo sostanzialmente penale (la c.d. truffa delle etichette), fino a giungere agli interrogativi odierni in merito al rapporto con il più lontano ordinamento civilistico.

2. Dal diritto penale al diritto punitivo

La lenta evoluzione, talora ondivaga, che dalla forma conduce alla sostanza non è del tutto omogenea, e necessita di essere parzialmente distinta da quella che è la problematica odierna. La sostituzione del paradigma formalistico con quello sostanzialistico ha fino all'inizio degli anni '90 riguardato il reato, ovvero i presupposti al verificarsi dei quali debba seguire la pena. Che essi siano aprioristicamente e incondizionatamente individuabili dal legislatore, o che invece debbano essere ristretti entro limiti rispondenti a principi superiori preesistenti e tendenzialmente immobili, il problema ha sempre riguardato solo l'incriminazione, l'*an* della pena.

L'evoluzione sostanzialistica a cui si è accennato prosegue, invece, invadendo un terreno fino a non molto tempo fa saldamente ancorato alla forma. La pena in senso stretto, infatti, rimaneva un termine relazionale “fisso”: si poteva mettere in discussione il rapporto tra fattispecie e pena in termini di pro-

⁶F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1974, p. 11 ss.

porzionalità od offensività, oppure la legittimità del ricorso allo strumento penalistico con riferimento alla protezione di alcuni beni giuridici, ma una volta riconosciuta questa legittimità, la natura penale o meno della tutela era ancorata alla presenza della pena, per come tassativamente predeterminata ed individuata dal legislatore.

L'approccio inaugurato dalla giurisprudenza della Corte EDU, invece, si impernia proprio sulla possibilità di mettere in discussione la natura stessa della sanzione.

La nozione di *matière pénale*, in realtà, preesiste al problema con cui si è trovata poi a dover fare i conti. Il sintagma si ritrova all'art. 6 CEDU, nella sua versione francese, ed è legato alle garanzie dell'equo processo. La presenza nella Convenzione di una nozione autonoma di materia penale, indipendente dalle distinzioni e classificazioni giuridiche elaborate in seno agli ordinamenti dei singoli Stati nazionali, mirava ad evitare che le garanzie del *fair trial* fossero eluse dallo Stato per mezzo della semplice e formale sottrazione della sanzione al diritto penale⁷. Da qui la possibilità di rideterminare, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, la qualificazione della sanzione per come operata dal legislatore nazionale.

È proprio partendo dalla presenza di questa "opzione autonoma" che la Corte inaugura il filone giurisprudenziale che ha esteso l'approccio sostanziale anche alla qualificazione delle sanzioni, il quale, innervandosi negli ordinamenti continentali, sta via via scardinando il tradizionale *labelling approach*.

L'archetipo a cui si fa generalmente riferimento è rappresentato dalla famosa sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, nella quale sono enucleati per la prima volta i criteri utili alla determinazione della natura penale o meno della sanzione sottoposta al vaglio: *a*) la qualificazione formale dell'illecito compiuta dal diritto interno (laddove essa sia già denominata dal legislatore nazionale come sanzione di tipo penale, scattano, senza ulteriori approfondimenti, le garanzie convenzionali); *b*) la natura dell'infrazione, criterio che tiene conto del carattere e della struttura della norma, sotto il profilo della generalità del precetto e dei destinatari, e con riguardo alla significatività della trasgressione o alla caratura dell'interesse protetto; *c*) la gravità e la natura della sanzione inflitta, i quali pur rappresentando inizialmente un'endiadi espressiva di un criterio unitario, sono stati nel tempo nettamente distinti. La gravità attiene al contenuto dell'intervento sanzionatorio, in grado di indicare l'effettiva portata afflittiva della sanzione a prescindere dalla sua concreta qualificazione. Quello della natura è invece il criterio che maggior-

⁷ V. M. ROMANO, *Parole introduttive*, in *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini-L. Foffani, Torino, 2018, p. 1 ss.

mente ha impegnato la Corte nell'elaborazione di ulteriori scomposizioni categoriche, fino a dare vita al sotto criterio dello scopo punitivo dell'illecito il quale, come si vedrà, è risultato il perno sopra al quale ruota l'intera teoria della qualificazione sostanziale delle sanzioni.

La successiva applicazione dei parametri elaborati in quella sede, infatti, rivelò ben presto che essi, lungi dal presentarsi univoci, riuscivano a gemmare una serie di sotto-criteri disponibili ad assumere, nel singolo caso, decisiva rilevanza. E non desta meraviglia il fatto che siano stati proprio tali sotto-criteri, e quelli da essi ulteriormente generati, ad aver preso campo assumendo un ruolo via via più incisivo. Ciò perché, una volta abbandonato il porto sicuro della qualificazione formale della sanzione, ci si trova a vagare senza indicazioni in un territorio oscuro, in cui la ricerca di un parametro in grado di distinguere penale e non penale non può che risultare complessa.

Così come non meraviglia che nessuno dei criteri proposti, inteso unitariamente, si sia rivelato di per sé risolutivo. Non lo è la natura dell'infrazione, individuata in una asserita diversità di contenuti degli interessi tutelati, bastando pensare alla compresenza di delitti e contravvenzioni nel sistema penale, e al contempo all'interscambiabilità di fondo di molti reati con altrettanti illeciti amministrativi; non lo è nemmeno la severità della sanzione, seppur in un primo momento potesse apparire risolutiva nella misura in cui la linea di demarcazione si fondasse sull'*argumentum libertatis*, poi abbandonato di fronte alla presa di coscienza del cambiamento intervenuto nella dimensione afflittiva del sistema penale, non più imperniato unicamente sulla pena carceraria.

Al contrario, sono i sotto-criteri, nascenti dall'interazione tra il tentativo di applicare i principi e i casi concreti sottoposti al giudizio della Corte, ad aver avuto il maggiore successo, ed in particolare quelli elaborati a partire dal criterio della natura della sanzione, fatta poi dipendere dallo *scopo* che lo Stato intende perseguire.

Dalla valorizzazione di questo dato è scaturito il passaggio dal diritto penale, connotato dalla pena intesa come tassativa conseguenza predeterminata dal legislatore (art. 17 c.p.) che qualifica espressamente la fattispecie come "penale", al diritto punitivo. Rimandando al prosieguo l'analisi dell'impatto sulla dimensione finalistica della sanzione e sulle conseguenze che tale parametro ha avuto nel tentativo di segnare il perimetro della *matière pénale*, ciò che preme fin da subito sottolineare è la deflagrante portata di un giudizio che riguardi la natura della sanzione e, più in generale, della pena. È vero che vi è un sottile filo rosso che collega l'approccio sostanzialistico alla qualificazione sanzionatoria, con l'evoluzione che sempre di più porta dal paradigma della forma a quello della sostanza; ma quello che si incentra sulla pena è un giudizio che rappresenta un salto enorme, quasi nel vuoto, di tale percorso evolutivo.

La sanzione, e la pena in specie, è da sempre territorio esclusivo del legislatore.

È l'unico frammento di illecito che non può essere sottoposto, di per sé, al vaglio critico operato da altri formanti. Si può criticare e correggere nel suo rapporto con la fattispecie, con il bene che tutela, ma mai di per sé e in sé.

Il fatto che la Convenzione contenga una nozione autonoma di pena – la determinazione del cui contenuto è poi lasciato nelle mani dei giudici della Corte EDU – è qualcosa che non può non avere profonde conseguenze sul modo di concepirla all'interno degli Stati. È vero che l'opzione autonoma di *matière pénale* rilevarebbe solo per l'applicazione di garanzie convenzionali, ma essa, come è fisiologico che sia, è entrata a pieno titolo nel modo di pensare alla sanzione (e alla pena) dei giuristi domestici. Tale processo è stato sicuramente favorito dal dialogo tra le Corti, dal fatto che la stessa nozione è ripresa dalla Corte di Giustizia per l'applicazione delle garanzie europee – così attivando gli obblighi di disapplicazione dei giudici interni in caso di normative contrarie – e infine dalla, ancora non soluta, vicenda giurisprudenziale in merito ai doppi binari sanzionatori e al loro problematico rapporto con il divieto di *bis in idem*, oggetto di ondivaghi e talvolta distinti approcci della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo.

Prova ne è il punto di arrivo cui è giunta la giurisprudenza costituzionale in tema di proporzionalità sanzionatoria. Il compito affidato al legislatore di stabilire la pena in relazione a ciascun reato è un potere che costituisce tipica espressione della discrezionalità politica. È pur vero che l'idea della totale assenza di vincoli che costringano una simile libertà è ormai tramontata, e che ad essa sono stati affiancati i principi di uguaglianza/ragionevolezza e di proporzionalità. Tuttavia, il controllo sulla legittimità della sanzione, fino ai tempi più recenti, è sempre stato declinato secondo un modello che possiamo definire indiretto, relativo, o come più efficacemente detto, "ordinale"⁸. Trovando nel *tertium comparationis* un termine necessario, il giudizio rimandava sempre al sistema sanzionatorio nel suo complesso, per come pensato e architettato dalle scelte libere del legislatore. Ad essere sanzionate con l'illegittimità erano solo le incoerenze sistemiche; la sproporzione non risiede nel rapporto univoco tra fattispecie e pena, bensì nel modo in cui esse si inseriscono all'interno del sistema.

A partire dal 2016, tuttavia, qualcosa cambia. La Corte costituzionale inaugura un nuovo corso del giudizio di proporzione, accedendo alla critica della

⁸L'efficace nomenclatura, che distingue tra un giudizio "ordinale", relativo, e quello "cardinale", assoluto, è di M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, cit., p. 136 ss.

sanzione in termini assoluti, “cardinali”, inserendosi nel rapporto intimo tra fattispecie e pena, senza l’intermediazione di termini di riferimento⁹; addirittura giungendo a rideterminare essa stessa il contenuto di disciplina della stessa¹⁰.

Il mutamento di approccio conferma quanto prima sottolineato: sembra infatti farsi strada, anche in questo ambito, l’idea che vi sia un contenuto ontologicamente stabile della sanzione, e che ad esso vada di volta in volta ricondotta la sua forma.

3. Punizione, prevenzione e riparazione

Come si è accennato, fin da subito tra i criteri messi in campo dalla pronuncia *Engel*, il ruolo da protagonista fu assunto dalla natura della sanzione. Non dunque il tipo di reazione per come denominata – se penale o amministrativa – né il grado di severità che la connota, quanto piuttosto lo scopo perseguito dallo Stato con il proprio intervento.

Sulla base di questo criterio, la cui centralità è da ricollegare alla sentenza *Öztürk c. Germania*¹¹, poi confermata dalla Corte di Strasburgo in plurime

⁹ Il riferimento è a Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *www.cortecostituzionale.it*. In dottrina cfr. E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 174 ss.; V. MANES, *Proporzioni senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, tra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 48 ss.; F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss.

¹⁰ Il riferimento è ad alcune recenti decisioni le quali, oltre ad applicare il giudizio assoluto, non rimandano al legislatore la determinazione della sanzione in una misura legittima, ma la rideterminano. V. sul tema delle pene accessorie previste in misura fissa, Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, nonché 5 dicembre 2018, n. 223, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018, con nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*; in tema di trattamento sanzionatorio per i reati non lievi in materia di stupefacenti, Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹¹ Corte EDU, Plenaria, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, a cui si deve la “svolta radicale” in merito all’analisi delle funzioni. V. C.E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss. Scelta successivamente ripresa e confermata a chiare lettere da Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; sul punto v., F.

occasioni, si può affermare che nell'ambito dell'indagine sulla sanzione è la dimensione finalistica ad essere valorizzata; la definizione del perimetro della *matière pénale* si fonda sull'analisi degli scopi perseguiti dall'illecito e della natura delle possibili conseguenze ad esso collegate: punitive, preventive o riparatorie/risarcitorie¹².

Abbandonate le etichette formali del legicentrismo e acquisita la relatività dell'*argumentum libertatis* a fronte della "disintegrazione del sistema sanzionatorio"¹³ esplosa nella molteplicità delle aggressioni ai diritti arrecata dalla sanzione e dal processo penale, rimane la prospettiva teleologica, da misurarsi sulla finalità afflittiva della sanzione e sulla distinzione tra carattere punitivo, preventivo o risarcitorio/riparativo della misura.

È necessario tuttavia sottolineare che, come emerso nella più recente letteratura¹⁴, il carattere di afflittività della sanzione non ha di per sé un ruolo dirimente nella ricerca dei confini della materia penale; in realtà esso non è prerogativa caratterizzante la sanzione penale, posto che molte tipologie di illecito contemplano conseguenze a vario titolo afflittive¹⁵. Tutte le sanzioni, in quanto tali, sono dotate di un'intrinseca afflittività che si riversa sulla posizione giu-

MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

¹² Sulla nozione di *matière pénale* elaborata dalla Corte di Strasburgo si rinvia a C.E. PALIERO, *op. cit.*, loc. cit.; A. BERNARDI, Art. 7. "Nessuna pena senza legge", in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001, p. 249 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 29 ss.; V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea e i "nuovi" vincoli per l'ordinamento penale italiano*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 38 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 74 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini-M.L. Foffani, Torino, 2018, p. 21 ss.; F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 7 ss.

¹³ T. PADOVANI, *La disgregazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.

¹⁴ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

¹⁵ In ordine alla categoria in oggetto, non manca chi ha sostenuto, in tempi remoti, che anche il pagamento degli interessi moratori e lo stesso risarcimento del danno non patrimoniale abbiano carattere afflittivo: così, per tutti, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 ss.

ridica del destinatario delle stesse. Essa è dunque un contenuto piuttosto che una finalità, e ciò che distingue le sanzioni punitive dalle altre è la circostanza che tale carattere afflittivo sia un effetto necessario, voluto e perseguito dalla sanzione.

Seguendo questa impostazione, “penale” può essere definito solo ciò che sia fisiologicamente volto a punire ovvero ciò «che arriva ad attingere – oltre la neutralizzazione della pericolosità, e superando la compensazione riparatoria e satisfattiva – ad una sofferenza legalmente inflitta voluta e necessaria, ossia orientata ad essere compresa come tale oltre che impiegata in chiave di deterrenza»¹⁶.

Sul confine tra punizione e prevenzione molto è stato detto in dottrina e nella giurisprudenza sovranazionale, anche in considerazione del fatto che la maggior parte delle pronunce sul tema aveva quale oggetto del giudizio sanzioni formalmente amministrative.

Il concetto di prevenzione può avere una valenza polisemica, rintracciabile anche all'interno delle pronunce delle Corti sovranazionali. Difatti, nel momento in cui la giurisprudenza europea si attesta sul metodo dell'analisi delle funzioni, si rinviene all'interno delle sentenze il duplice significato del concetto di prevenzione: da un lato quello che richiama l'odierna polifunzionalità della pena, ovvero attributo più o meno forte della sanzione, che si connette al suo carattere monitorio, e che opera in modo speciale e negativo legando il suo messaggio “preventivo” al male inflitto al singolo; dall'altro lato, però, nelle sentenze riguardanti misure quali la confisca e le misure di prevenzione, emerge un concetto di prevenzione che, invece, sintetizza le istanze di neutralizzazione delle pericolosità personale o reale, e che in quanto tale opera a monte, eliminando il pericolo senza legarsi all'inflizione di un male che il soggetto comprende essere conseguente ad una sua azione illecita.

La prassi è piena di ibridazioni applicative tra i due modelli, sia per una generale confusione concettuale, sia per la presenza di istituti formalmente “preventivi” – in quanto sganciati dall'avvenuta commissione di un illecito – che si rivelano poi punitivi. Tuttavia, la deriva prasseologica non può soppiantare la centralità della distinzione e può essere gestita per il tramite del giudizio di “prevalenza delle funzioni” che vedremo.

Paradigmatico di tale approccio distintivo è sicuramente il caso della confisca (*rectius* delle confische). La dottrina, ormai da tempo dubita della natura realmente preventiva dell'istituto, argomentando in merito alla difficoltà di

¹⁶V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc. pen.*, 2017, p. 1002.

formulare un giudizio di pericolosità con riferimento al denaro, alla durata perpetua della misura e della sua applicabilità a prescindere dalla sospensione della pena principale. E con riferimento all'ipotesi di confisca per equivalente perfino la giurisprudenza è giunta ad affermarne il carattere punitivo, fondato sulla totale assenza di qualsiasi nesso di pertinenzialità tra i beni oggetto di confisca e l'illecito. Non essendo più relazionata ad un vantaggio ottenuto dal reo mediante la commissione del reato, la confisca non può certamente essere giustificata in un'ottica preventiva e finisce per rappresentare un'appendice sanzionatoria.

Se il complesso e articolato rapporto con il ramo amministrativo è risalente nel tempo, quello con il settore civilistico è sicuramente più recente. Il confine tra punizione e riparazione è da sempre apparso più nitido, presente in ogni ordinamento giuridico e quasi di intuitivo rilievo.

Tuttavia, i due rami dell'ordinamento sono soggetti ad un processo di progressivo avvicinamento, che si articola secondo diverse modalità e che porta le misure appartenenti ai due settori ad essere sempre più spesso inscindibilmente legate. Ciò rende più difficile tracciare i confini esterni della materia penale sul versante che la separa dagli strumenti riparativi.

La limpida partizione tra diritto penale e diritto civile deve infatti ormai fare i conti con la proliferazione di misure improprie a carattere punitivo come i danni punitivi¹⁷, le pene private e le sanzioni improprie. Simili misure pur inserendosi nell'ambito di discipline tradizionalmente improntate a logiche ripristinatorie, presentano caratteristiche che fuoriescono dalla logica del ripristino accedendo a logiche ultracompensative e, dunque, punitive.

Al contempo, sul versante penalistico, la politica criminale è sempre più incline a valorizzare modelli riparativi in grado di rispondere più efficacemente

¹⁷ Sul tema cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dal law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, Napoli, 2013. Il tema ha poi subito una consistente rivitalizzazione a seguito della decisione delle Sezioni Unite con la quale è stata ammessa la compatibilità con il nostro ordinamento (*rectius* la non contrarietà all'ordine pubblico), in sede di deliberazione di sentenza straniera, dei danni punitivi. V. Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, con nota di R. PARDOLESI, A. PALMIERI, *Danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, *ivi*, p. 2630 ss. Sull'istituto dei danni punitivi *ex multis*, G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i "danni punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2017, fasc. 4, p. 1084 ss.; S. CARABETTA, *Funzioni della responsabilità civile e "punitive damages"*, in *Persona e mercato*, 22 agosto 2017; S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2017, p. 262 ss.; C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, fasc. 7-8, p. 2504; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'"astrainte" al danno punitivo*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, p. 276 ss.

della pena all'esigenza di giustizia che accompagna l'illecito, al tempo stesso scongiurando quel "raddoppio del male" proprio della tradizionale sanzione penale¹⁸.

Tenendo ferma la considerazione secondo cui non è la componente afflittiva, *lato sensu* intesa, a rappresentare il discrimine tra le tipologie sanzionatorie, bensì lo scopo direttamente perseguito dalle stesse, può intraprendersi anche rispetto alla funzione riparativa una *actio finium regundorum*: si tratta anche in questo caso di capire quali elementi tipici di un dato istituto, che comporti un'incidenza negativa sulla posizione giuridica del destinatario, possano determinare – a prescindere dalla formale indicazione – la qualificazione della stessa come misura riparatoria e non punitiva.

Occorre in primo luogo escludere che tale caratteristica possa fondarsi sulla previsione di un'iniziativa a carico del danneggiato, dal momento che essa contraddistingue sia talune forme di esercizio privato dell'azione penale in ordinamenti stranieri, sia il meccanismo della querela, che certamente non fa assumere di per sé carattere risarcitorio alla pena. Ugualmente, non è dirimente l'identità del destinatario della prestazione, attribuito al più utilizzabile per distinguere le pene private da quelle pubbliche.

Ciò che sembra assumere carattere decisivo è la *modalità di quantificazione* della sanzione. Nel risarcimento del danno non deve essere parametrata sul disvalore del fatto, nelle sue note oggettive e soggettive (non incidendo su esso il rango dell'interesse leso e le modalità di aggressione), ma consistere – laddove la *restitutio ad integrum* non sia possibile – in una prestazione economica parametrata in base al danno-conseguenza, ovvero alla quantificazione economica delle conseguenze negative concretamente apportate alla situazione giuridica del soggetto. In quest'ottica, la nota afflittiva della sofferenza patrimoniale inflitta al soggetto, pur esistente, non può certo dirsi una conseguenza

¹⁸ Per l'espressione impiegata, in particolare, cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, p. 1162 ss. Sul tema cfr. A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 577 ss.; ID., *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in LP, 3 dicembre 2018; G. MARTIELLO, "Civile" e "penale": una dicotomia davvero superata? *Oververosia quando il risarcimento del danno vuole punire il reo*, in *Criminalia* 2017, p. 327 ss.; C. PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in AA.VV., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II vol., a cura di C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta, Milano, 2018, p. 631 ss.; L. RISICATO, *L'illecito civile punitivo come ircocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 487 ss.; ID., *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, in *discrimen.it*, 9 settembre 2019.

voluta e necessaria, bensì riflessa e collaterale rispetto al primario scopo di compensazione del pregiudizio altrui.

Chiaro esempio dell'applicazione dei criteri suddetti si rinviene nel confronto con l'art. 187-*undecies* T.U.F., secondo il quale la riparazione del danno deve essere parametrata sulla base di indici quali l'offensività del fatto, la personalità del reo e l'entità del profitto conseguito, senza che si ravvisi alcun aggancio all'entità del "danno" civilisticamente inteso quale conseguenza. È con riguardo ad un simile meccanismo di calcolo del risarcimento che la dottrina, in modo chiaro, e la giurisprudenza, in modo più opaco, qualificano la misura come punitiva¹⁹. Fa riflettere anche l'inciso che compare nel terzo comma dell'art. 7 della legge c.d. Gelli Bianco (legge 8 marzo 2017, n. 24), nel quale si precisa che in caso di accertata responsabilità, la determinazione del risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c. sarà parametrata sulla condotta tenuta dal medico e sul grado di distanza che esiste tra essa e quella dettata dalle linee guida²⁰. Infine, sono assai rilevanti anche i parametri usati per la determinazione delle sanzioni conseguenti agli illeciti punitivi civili, che, si ricorda, lasciano salva la possibilità di riconoscere anche il risarcimento del danno.

Insomma, le categorie si mischiano, si sovrappongono, si nascondono all'interno di ordinamenti apparentemente a loro estranei; è sempre più arduo per l'interprete capire di quale natura partecipi una data conseguenza sanzionatoria. La punizione è contesa, viene richiamata dalle insistenti voci della prevenzione, che con essa condivide un passato di unione, ma è attratta anche

¹⁹ Cfr. A.F. TRIPODI, *Rapporti tra procedimenti e ruolo della Consob*, in F. SGUBBI-D. FONDAROLI-A.F. TRIPODI, *Diritto penale e mercato finanziario*, Padova, 2013, p. 243 ss.

²⁰ L'interpretazione di tale comma è invero non univoca. Una parte della dottrina sostiene infatti che la previsione, muovendosi in un'ottica c.d. premiale, non abbia altro ruolo se non quello di mitigare il regime della responsabilità civile nel caso in cui, pur a fronte di errori che danno ruolo a responsabilità, il medico si sia attenuto alle linee guida, traducendosi nel dovere del giudice di operare una diminuzione dell'entità del risarcimento dovuto. In questo senso M. HAZAN, A. CASSANO CICUTO, M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità medica e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Milano, 2017, p. 362; L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l.8-3-2017 n. 24*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1499 ss.; N.C. SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1351 ss. Altra parte della dottrina invece, partendo dal dato letterale e facendo perno sulla concezione polifunzionale della responsabilità civile per come affermata dalla sentenza delle Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, ammette la possibilità che la norma si declini secondo un parametro punitivo, consentendo di sanzionare, per il tramite dell'aumento del *quantum* risarcitorio, il medico che abbia disatteso le linee guida. In tal senso U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, 30 ss.

dai più giovani richiami di una riparazione quasi sconosciuta, che si affaccia e talora chiede di essere aiutata.

Il percorso di verifica che deve intraprendere l'interprete è scosceso, ma forse non impossibile. Talvolta non si può procedere direttamente "per sottrazione" (così come ha fatto la Corte costituzionale laddove ha tratto la natura essenzialmente punitiva dell'ipotesi di confisca del veicolo nei casi di guida in stato di ebbrezza²¹), ovvero escludendo la plausibilità di scopi diversi da quello punitivo – risarcitori/riparativi o preventivi – poiché si ravvisa nella sanzione oggetto dell'analisi una compresenza di differenti finalità. In questi casi, si dice, il carattere punitivo della sanzione deve essere riconosciuto laddove una quota del carico sanzionatorio possa essere ricondotta e spiegata solo in una logica di rimprovero. La medesima può essere espressa anche da una forma di ablazione patrimoniale, laddove la modalità di determinazione della stessa determini un'eccedenza rispetto alla proporzione con il danno cagionato, configurando così un "pricing punitivo"²² spiegabile solo in ragione di un rimprovero per il precetto violato.

4. Categoria trasversale e garanzie settoriali

Si può dire allora che la portata davvero rivoluzionaria della giurisprudenza di Strasburgo – che ha sviluppato l'approccio sostanzialistico alla sanzione – attinge al superamento della logica binaria penale/extra-penale. Al suo posto è stata creata una categoria trasversale accumulata dal carattere *punitivo*, che nega ogni distinzione al proprio interno²³. La creazione di una categoria di "illeciti

²¹ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *www.cortecostituzionale.it*.

²² V. MANES, *Profili e confine dell'illecito para-penale*, cit., p. 1004. Il concetto di *pricing* si ritrova anche in M. DONINI, *Septies* in idem. *Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2286, con sviluppi e richiami in ID., *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, p. 23 ss., nel quale si mette a confronto, per distinguere il meccanismo di funzionamento della sanzione penale rispetto a quella extra penale, il meccanismo di *prohibiting* con il quale si proibisce una violazione, con quello di *pricing* mediante il quale invece si fissa un prezzo per la commissione dell'illecito. Il diverso funzionamento, secondo l'autore, spiegherebbe perché solo il diritto penale aspira a farsi etica pubblica, mediante l'interiorizzazione dei precetti e dei divieti. L'individuazione della distinzione tra penale ed extra-penale sulla base di questi diversi meccanismi di funzionamento della sanzione, si deve alla riflessione di J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About It*, in *Yale Law Journal*, 101, 1991-1992, p. 1875 ss.

²³ V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 996.

punitivi” che prescindano dalla qualificazione formale che il legislatore ne offre, fa sorgere la problematica questione dell’estensione dello statuto di garanzie che il nostro ordinamento appresta formalmente agli illeciti e alle sanzioni penali.

Il problema non è certo nuovo: il profilo dell’estensione delle garanzie proprie del diritto penale agli illeciti punitivi ha coinvolto la dottrina penalistica italiana fin da quando si pose il dilemma dell’applicabilità all’illecito amministrativo del nucleo di garanzie costituzionali squisitamente penalistiche. Per molto tempo si sono contese il campo differenti visioni del problema, tra chi sosteneva la necessaria integrale estensione delle garanzie, e chi, in accordo con la Corte costituzionale, negava tale possibilità, in considerazione della persistente differenza tra le due tipologie di illecito.

Gli ostacoli a lungo incontrati – sia prima che dopo l’introduzione della legge n. 689/1981 – sembrano ormai essere stati superati, anche grazie alle istanze della giurisprudenza di Strasburgo.

L’attrazione di sanzioni formalmente amministrative o civili nell’orbita del diritto punitivo individuato dalla giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, non esclude che per esse possa rimanere in vigore uno statuto differenziato e graduato di garanzie. Infatti, un tale effetto di attrazione coinvolge l’intero complesso di garanzie convenzionale ma non implica l’automatica applicazione alla restante e complessiva disciplina dell’illecito penale, per come architettata nel sistema interno. Come precisato dalla Corte costituzionale, la definizione dell’ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale rimane nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato, essendo «in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l’ordinamento considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri»²⁴.

Tuttavia, la categoria della materia penale, così intesa, richiama l’applicazione delle garanzie che la Convenzione le appresta, ma non rimane senza conseguenze domestiche. È indubbio, difatti, che non sia sostenibile un sistema che vada a due così distinte velocità. I due modi di concepire il diritto penale – quello domestico e quello convenzionale – tendono fisiologicamente ad attrarsi e ad uniformarsi.

Senza voler elencare i numerosi problemi che si pongono in ordine alla compatibilità di illeciti punitivi, per come costruiti dal legislatore interno, con l’assetto garantistico che la Convenzione impone agli illeciti rientranti nella *matière pénale*, se ne sottolinea solo uno.

²⁴Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43, in www.cortecostituzionale.it, afferma «L’attrazione di una sanzione amministrativa nell’ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina [...] con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo.».

Il ricorso al sistema civilistico, e l'utilizzo dello strumento risarcitorio in chiave ultracompensativa, pone il grande problema della sua compatibilità con il principio di legalità e determinatezza. L'istituto del risarcimento del danno è *in re ipsa* uno strumento dai contorni opachi, dal contenuto aperto. La sua forza risiede proprio nell'atipicità che ne è tratto caratterizzante.

Il problema non è da poco, e la stessa Corte di cassazione, nella pronuncia con la quale si esprime per la potenziale compatibilità di ipotesi di responsabilità civile a carattere ultracompensativo, richiama l'attenzione sullo specifico punto. La Corte, in quella sede, dopo aver affermato la non contrarietà dei c.d. danni punitivi all'ordine pubblico – in sede deliberativa –, dovuta al carattere polifunzionale che la responsabilità civile ha ormai acquisito, sottolinea tuttavia gli ostacoli che potrebbero ostare all'introduzione di simili strumenti nel nostro ordinamento. Primo fra tutti il principio di tipicità, la stretta predeterminazione da parte del legislatore dei casi a cui l'istituto potrà essere applicato, e del *quantum* sanzionatorio che ne seguirà; e, dall'altro lato, il principio di proporzione tra illecito e conseguenza punitiva.

Insomma, l'intero statuto di legalità previsto dall'art. 7 CEDU – ovvero il *nullum crimen, nulla poena sine lege* – dovrebbe trovare integrale applicazione anche agli strumenti punitivi appartenenti ad ambiti così lontani da quello strettamente penalistico.

Senza negare l'assoluta centralità dell'offrire garanzie fondamentali a strumenti che si rivelano punitivi al di là delle etichette formali, non si può non rilevare come un simile approccio finisca per scardinare completamente il sistema sanzionatorio nazionale.

Al fine di evitare un'estensione indiscriminata delle stesse garanzie convenzionali, con ovvie ricadute sul sistema domestico, sembra necessario modulare lo statuto garantistico.

Se l'individuazione delle sanzioni punitive non si alloca più nella gradazione del loro contenuto afflittivo, bensì nella funzione che esse perseguono, è tuttavia opportuno ripristinare una partizione interna, che non rinneghi la trasversalità della categoria *matière pénale*, ma che al tempo stesso permetta una diversa strutturazione delle garanzie. Nello specifico sembra necessario mantenere una nozione più ristretta di "pena", che continui a coincidere con il diritto *stricto sensu* penale, e che si distingua dalle altre manifestazioni della potestà sanzionatoria. È opportuno, infatti, che solo a questa sia applicabile l'intero statuto garantistico approntato dalla Costituzione e dalla CEDU.

Ai fini di perimetrare questo nucleo duro, distinguendolo dal *mare magnum* dell'"illecito punitivo", possono essere richiamati e utilizzati i negletti parametri della gravità della sanzione e del grado di afflittività della stessa – facendo riemergere l'*argumentum libertatis* –, per come enucleati dalla citata

sentenza *Engel*. Ma non solo. Anche ulteriori fattori possono essere valorizzati a tal fine, come ad esempio l'invasività dei meccanismi di accertamento. Le caratteristiche del processo penale, infatti, sono da sempre considerate fortemente legate al carattere penalistico dell'illecito²⁵, e sempre più spesso veicolo effettivo dello *stigma* infamante proprio del reato.

In definitiva, è stata avanzata l'idea di creare un sistema c.d. "*a geometria variabile*", in cui i confini della materia penale si presentano elastici, in grado di modularsi tenendo conto dello scopo punitivo che alla sanzione è riconosciuto, ma non disconoscendo la perdurante differenza tra gli illeciti, soprattutto sotto il profilo della gravità del loro contenuto afflittivo²⁶. L'omogeneità delle sanzioni, frutto del medesimo scopo punitivo, permette dunque un'estensione delle garanzie penalistiche all'intero diritto punitivo; tuttavia la "differenza qualitativa"²⁷ del contenuto delle singole sanzioni legittima una differente modulazione delle stesse garanzie, evitando così sovrapposizioni che rischiano di tradire l'intento del ricorso a sistemi alternativi, e l'ipertrofico accrescimento di quello penalistico.

In tal modo è possibile considerare, per l'applicazione integrale dello statuto garantistico proprio del diritto penale, solo quella parte di materia coincidente con la tradizionale e domestica nozione di pena. L'ulteriore gradazione, per le sanzioni escluse da tale novero ma comunque qualificate come punitive, sarà invece ispirata alla specifica *ratio* alla base delle singole garanzie.

5. Conclusioni

La creazione di una categoria trasversale di illeciti punitivi sta portando il sistema a modificarsi dal suo interno. Il profilo delle garanzie non è l'unico setto-

²⁵ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 40 per cui «mentre il genere illecito penale è caratterizzato dalla natura della sanzione, che colpisce l'atto illecito, la specie reato è denotata dal mezzo della sua attrazione che è il processo penale»; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 1947, secondo cui «due note, infatti, distinguono le pene criminali dalle altre pene: una concerne l'organo che le applica, l'altra il modo con cui vengono applicate. L'organo è l'Autorità giudiziaria; il modo è quel caratteristico insieme di atti che costituisce il processo».

²⁶ Sul punto v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 49 ss.; D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 346 ss. L'espressione è di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 56.

²⁷ D. BIANCHI, *Il problema della "successione impropria"*, cit., p. 348 ss.

re nel quale appare problematica la coesistenza di statuti diversi, dettati da diversi modi di concepire e approcciare l'illecito. Lo stesso vale per il funzionamento del sistema sanzionatorio nel suo complesso. Ciò si può ben notare se si guarda il panorama "punitivo" attraverso la lente della problematica riguardante il principio di *ne bis in idem* e i sistemi a doppio binario sanzionatorio. La giurisprudenza sul tema è per la verità più che oscillante, e consegna un panorama abbastanza oscuro e talvolta contraddittorio, finendo per lasciare quasi all'intuizionismo – ovvero alla facile argomentazione fondata sulla confusione concettuale – la comprensione di quando una certa sanzione sia penale o meno.

Tuttavia, soprattutto in alcune recenti pronunce, le Corti sembrano inconsciamente suggerire un modello sanzionatorio "integrato". Tralasciando le duplicazioni sanzionatorie manifestamente illegittime, la giurisprudenza, ed in particolar modo quella della Corte di Giustizia, afferma che oggi non si possa pensare l'istanza punitiva senza costituire e gestire un costante dialogo, da svolgersi necessariamente in sede commisurativa/esecutiva, tra i principali rami dell'ordinamento²⁸.

Secondo un simile modello, solo una limitata parte del penale rimarrebbe immune da questa ibridazione; tutto il resto, a partire dai sotto-sistemi che risentono di una certa connaturata dose di tecnicismo – a titolo di mero esempio: il diritto penale economico, o quello ambientale, o ancora quello edilizio-urbanistico – deve fare i conti con una pena "complessa", i cui confini effettivi si delineano compiutamente solamente in sede giudiziale, nella quale si auspica il soccorso di istituti di compensazione e assorbimento tra le sanzioni²⁹.

È proprio in questa direzione che sembra andare il principio di proporzione³⁰, per come delineato dalle più recenti pronunce sovranazionali sul tema, quale limite esterno alla vigenza del divieto di moltiplicazione sanzionatoria: esso diventa un criterio di "gestione" della sanzione ad opera del giudice, il quale, trovandosi tra l'incudine del fatto concreto, e il martello della complessità delle risposte *lato sensu* sanzionatorie predisposte dall'ordinamento, determinerà il grado di risposta necessario e proporzionato al caso oggetto del giudizio.

²⁸ Il riferimento è alle sentenze CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15 *Menci*, C-596/16 *Real Estate SA e a. c. Consob*, C-596/16 *Di Puma c. Consob*, C-597/16 *Zecca c. Zecca*.

²⁹ M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla proporzione*, cit., p. 2301.

³⁰ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, "ne bis in idem" e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 3, p. 4578 ss.; A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4578 ss.; C. SILVA, *La deriva del "ne bis in idem" verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 1; A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 2019, fasc. 1.

LA RESPONSABILITÀ “AFFLITTIVA” DA ABUSO PROCESSUALE E LA CORTE COSTITUZIONALE

di *Marco Rizzuti*

SOMMARIO: 1. Un rimedio normativo al fenomeno dell’abuso del processo. – 2. Il caso paradigmatico del processo simulato. – 3. Profili di responsabilità professionale. – 4. Le questioni di costituzionalità.

1. *Un rimedio normativo al fenomeno dell’abuso del processo*

Il nuovo comma 3 dell’art. 96 c.p.c., è stato introdotto, dieci anni orsono, dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, allo scopo di contrastare il fenomeno dell’abuso del processo, ovvero della *species* processuale di quella più generale figura dell’abuso del diritto, che possiamo definire come un esercizio del diritto formalmente conforme allo schema di cui alla norma attributiva, ma sostanzialmente contrastante con la sua funzione, ovvero con lo scopo per cui l’ordinamento ha riconosciuto quel diritto a quel soggetto.

È ben noto come l’abuso del diritto sia stato oggetto di una ricca elaborazione nella dottrina civilistica italiana¹ ed abbia trovato anche importanti ap-

¹In questa sede non è certamente possibile fornire un ragguaglio completo sul punto. Ci si limiterà a ricordare che la categoria, benché antichissima (si vedano ampi riferimenti storici e comparatistici in U. BRECCIA *L’abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 19 ss.), aveva conosciuto un periodo di eclissi nell’epoca delle codificazioni moderne, caratterizzata da esasperato legalismo e diffidenza verso l’autonomia dell’interprete, che invece istituiti come quello in discorso evidentemente esaltano. In seguito, però, essa era stata riscoperta, sia in Germania (dove il concetto di *Rechtsmissbrauch* trova fondamento nei §§ 226 e 242 BGB) sia in Francia (si è soliti citare come punto di riferimento il celebre caso *Clément-Bayard*, *Cour de Cassation*, 3 agosto 1915, in *D. 1917.1.79*), e poi anche in Italia, a partire da alcuni fondamentali contributi degli anni cinquanta e sessanta (SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 166-170; U. NATOLI *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso*

plicazioni in celebri pronunce giurisprudenziali². Negli ultimi tempi, però, si è sviluppato in misura maggiore il dibattito sull'aspetto processualistico del problema, cioè sull'ipotesi in cui l'esercizio abusivo si riferisca per l'appunto a diritti, poteri, facoltà che costituiscono strumenti processuali³. Ciò è dipeso anzitutto da un'accresciuta sensibilità per quegli abusi processuali che, non di rado, comportano un allungamento intollerabile dei tempi della giustizia o comunque un sovraccarico eccessivo della stessa⁴. Si tratta di un fenomeno che non riguarda solo il nostro ordinamento⁵, ma che conosce in Italia una

del diritto, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 203 ss.). In tempi più vicini a noi il tema è stato trattato da numerosi autori: si devono ricordare almeno i contributi raccolti nel numero del 1997 della rivista *Diritto Privato*, nonché quelli poi raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, e quelli ancor più recenti in G. FURGIUELE (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017.

² Il riferimento è anzitutto alla celebre Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 12, p. 2671 in tema di abuso del diritto di recesso da parte dell'impresa contraente forte nei confronti delle imprese "deboli", che ha suscitato, come è noto, un vivo dibattito in dottrina.

³ M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 435, ricorda che in passato il tema, benché oggetto di un'elaborazione sostanzialistica «di notevole rilievo», affiorava «di rado e con fatica nella giurisprudenza e nella dottrina processualistica». Successivamente, invece, come osserva A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 462, abbiamo assistito ad «un fenomeno di virtuale processualizzazione della nozione di abuso del diritto». Tra i numerosi contributi dedicati al tema si possono ricordare: F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; G. NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, I, Torino, 2007, p. 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 318 ss.; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 117 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 874 ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile del processo" e all'"abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo. Aspetti critici*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Abuso del diritto*, cit., p. 251 ss.

⁴ Si vedano le osservazioni di M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, in *Dir. priv.*, 1998, p. 496.

⁵ In America la repressione dell'*abuse of civil proceedings* è stata oggetto di reiterati interventi sia legislativi sia giurisprudenziali, anche a livello federale. In Francia il *Nouveau Code de Procedure Civile* ha accolto norme dedicate specificamente all'abuso del diritto d'azione (art. 32-1, introdotto nel 1978), e a quello del diritto di proporre appello (art. 559) o ricorso per cassazione (artt. 581 e 628). In Germania il tema si è posto soprattutto per le impugnazioni emulative o strumentali di delibere assembleari (*Missbrauch des Anfechtungsrechts*). Si può vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti A. DONDI, *op. cit.*, pp. 471-479, mentre M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, cit., *passim*, approfondisce anche gli sviluppi nella medesima direzione che si registrano in Austria, Belgio, Olanda, Giappone e nei Paesi latinoamericani.

particolare drammaticità, evidenziata anche dalle numerose condanne riportate dal nostro Paese di fronte alla Corte Europea dei Diritti Umani per l'irragionevole durata dei tempi processuali⁶.

Con l'introduzione del nuovo comma 3 dell'art. 96 c.p.c., il legislatore è arrivato alla generalizzazione per ogni processo di ciò che l'art. 385, comma 4, c.p.c. aveva sancito per il giudizio di cassazione⁷. Invero, il nuovo art. 96, comma 3, ha ricevuto un'accoglienza piuttosto critica in dottrina⁸, in quanto esso, consentendo una pronuncia *ex officio*, viola, come già l'art. 385, comma 4, il fondamentale principio della domanda, ed, inoltre, a differenza della norma abrogata, non fa riferimento espresso alla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, e non pone alcun limite al potere del giudice nella determinazione del *quantum* della condanna⁹. Si dubitava, inoltre, circa la possibilità di trovare alla nuova disposizione un autonomo ambito di applicazione, a causa del difetto di coordinamento fra il nuovo e gli altri due commi dell'art. 96.

In giurisprudenza, però, la norma ha avuto modo di trovare applicazione in varie fattispecie¹⁰, analizzando le quali possiamo tentare di delineare un crite-

⁶ Sul nesso fra tali condanne e le recenti riforme, si veda R. GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale cd. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 2, p. 434 ss.

⁷ Infatti, la medesima legge n. 69/2009, che ha introdotto il comma 3 dell'art. 96, ha anche abrogato il comma 4 dell'art. 385, che era stato introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, manifestando così l'intenzione del legislatore di sostituire la nuova disciplina generale alla vecchia normativa particolare.

⁸ Si vedano, in particolare: A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 222; G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 258 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 3, p. 766 ss.; M.A. MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010.

⁹ Un limite massimo era, invece, previsto sia nel vecchio art. 385, comma 4, c.p.c., sia nel testo originario del disegno di legge n. 1441, che è poi divenuto la legge n. 69/2009.

¹⁰ Tra i primi casi si possono menzionare: Trib. Terni, 17 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2010, 7-8, p. 1834, ove si fa riferimento alla possibile sussistenza di una «colpa comune» delle parti; T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26, in *Giur. merito*, 2010, 3, p. 831; Trib. Varese, Sez. Dist. Luino, 23 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2229, secondo la quale, con il nuovo comma, «il giudice può (e, invero, deve) responsabilizzare la parte ad una giustizia sana e funzionale, scoraggiando il contenzioso fine a se stesso che, aggravando il ruolo del magistrato e concorrendo a rallentare i tempi di definizione dei processi, crea nocumento alle altre cause in trattazione mosse da ragioni serie e, spesso, necessità impellenti o urgenti nonché agli interessi pubblici primari dello Stato»; Trib. Padova, 10 novembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 7-8, p. 1858; Trib. Prato, 6 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2229; Trib. Varese, 30 ottobre 2009, n. 1094, in *Giur. merito*, 2010, p. 449, nella cui massima si legge che «mediante l'art. 96 comma 3 c.p.c. introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, trova ingresso nell'ordinamento una fattispecie a carattere sanzionatorio che prende le distanze dalla struttura tipica dell'illecito civile per confluire nelle c.d. condanne punitive»; Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2229,

rio per distinguere l'ambito applicativo dei commi 1 e 2 da quello del nuovo comma 3, o quanto meno per individuare le rispettive differenti *rationes*. Parrebbe, infatti, che i vecchi commi abbiano come principale obiettivo la tutela della controparte vittima dell'abuso processuale, mentre il nuovo si colloca piuttosto nella logica della tutela del bene della ragionevole durata del processo: un bene, com'è noto, di rilevanza pubblicistica, ed ora anche costituzionale¹¹, suscettibile di essere leso da entrambe le parti.

2. Il caso paradigmatico del processo simulato

La problematica emerge in maniera particolarmente evidente nell'ipotesi del cosiddetto processo simulato, cioè nell'ipotesi in cui le parti inscenino una lite fittizia per ottenere un certo provvedimento giudiziario, allo scopo di frodare terzi o di raggiungere comunque risultati ultronei rispetto ai fini istituzionali della tutela giurisdizionale.

La prima applicazione dell'art. 96, terzo comma, in tale ambito si è avuta con una decisione di merito resa nota, anche al di fuori del mondo degli operatori del diritto, dalle sue ricadute su di un tema sempre discusso, come è quello della procreazione medicalmente assistita¹². La causa verteva infatti fra una coppia fertile, ma portatrice di una malattia trasmissibile in via ereditaria, ed un centro specializzato nella pratica della P.M.A. La coppia chiedeva, *ex art. 700 c.p.c.*, che fosse ordinato al centro di procedere alla fecondazione *in vitro*, superando così, di fatto, il disposto dell'art. 4, legge 19 febbraio 2004, n. 40, che *expressis verbis* consentiva l'accesso alle tecniche di P.M.A. soltanto alle coppie sterili o infertili. Il giudice, tenendo conto del complessivo riassetto della materia conseguente al di poco precedente intervento della Corte costituzionale¹³, che consentirebbe di ritenere oggi preva-

che individua la *ratio* della nuova norma «nello scoraggiare comportamenti contrari alla funzionalità del servizio giustizia». Beninteso, a livello pratico il ricorso al comma 3 può anche rappresentare solo un modo per rimediare alla mancata tempestiva proposizione di una domanda ai sensi del comma 1, ma a livello sistematico tale osservazione non chiude di certo la questione.

¹¹ Il riferimento è, naturalmente, al rinnovato testo dell'art. 111 Cost., in seguito alle modifiche apportate dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2.

¹² La decisione cui si allude è l'ordinanza del Trib. Salerno, 9 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1018.

¹³ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2301, aveva, com'è noto, dichiarato incostituzionali i commi 2 e 3 dell'art. 14 della citata legge n. 40/2004. La definitiva apertura della p.m.a. alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche si sarebbe avuta però solo con

lente il «diritto della donna al figlio, per di più sano», ed imporrebbe quindi una reinterpretazione costituzionalmente orientata di tutta la disciplina, accoglieva il ricorso, in linea con la tendenza che ha portato al progressivo smantellamento giurisprudenziale della tanto discussa legge n. 40/2004¹⁴.

Non è, però, questo l'aspetto che interessa in questa sede, bensì quello concernente la condotta processuale del convenuto, il «Centro di medicina della riproduzione»: com'è logico, il centro aveva tutto l'interesse ad ottenere una pronuncia che allargasse il più possibile l'ambito di applicazione delle tecniche di P.M.A., superando i divieti legali, per cui esso non aveva mosso in giudizio alcuna concreta resistenza alle richieste degli attori. Tutto ciò rendeva evidente che fra le parti non sussisteva una reale controversia, ma un sostanziale accordo. Secondo le parole del giudice salernitano, il processo era così divenuto un «espedito tecnico per realizzare un fine comune ad entrambe» le parti, atteggiandosi come il «momento attuativo dell'accordo dei finti contendenti». Pertanto, la condotta posta in essere dalle parti poteva essere considerata come un'ipotesi di «*processo simulato*», e comportare quindi l'applicazione dell'allora nuovissimo art. 96, comma 3, c.p.c.

Invero, riteniamo corretto sussumere l'ipotesi del processo simulato nella categoria dell'abuso del processo, come una particolare fattispecie di abuso bilaterale¹⁵. Però, se le parti sono qui complici, quale senso può avere, su un piano logico prima ancora che giuridico, utilizzare come rimedio la condanna di un complice a corrispondere una certa somma in favore dell'altro? Parrebbe più adeguato tutelare un interesse pubblico e contrapposto a quello di ambedue le parti, come è l'interesse a reprimere utilizzi impropri dello strumento

Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1453 ss., con nota di A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*.

¹⁴ Si veda in proposito, *ex multis*, G. CASABURI, *Il "restyling" giurisprudenziale della legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. merito*, 2009, 3002. Può essere interessante osservare come l'autore commenti un'ordinanza del Trib. Bologna del 29 giugno 2009, che rappresentava una delle prime applicazioni dei principi stabiliti dalla ricordata sentenza costituzionale e manifestava significative somiglianze con la fattispecie sottoposta all'attenzione del Tribunale di Salerno: anche in questo caso si aveva infatti una coppia portatrice di malattie ereditarie, la cui asserita sterilità era, quanto meno, dubbia, dal momento che i due avevano già avuto un figlio, ma comunque la relativa attestazione medica non era stata messa in discussione da alcuno.

¹⁵ Sull'abuso bilaterale del processo cfr. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, cit., p. 454, e sulla rilevanza che alle controversie abusive perché fittizie viene riconosciuta in altri ordinamenti si vedano i cenni di M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, cit., p. 481. Il nesso fra il fenomeno simulatorio e la categoria dell'abuso del diritto era stato già evidenziato da SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 168.

processuale, con il rimedio della nullità dell'intero procedimento, o semmai con un'ammenda da versare all'erario.

Tali conclusioni possono uscire rafforzate dalla considerazione di ulteriori fattispecie di processo simulato. Non è, infatti, infrequente che i coniugi si accordino per inscenare una separazione fittizia, allo scopo di ottenere vantaggi fiscali o di frodare i creditori¹⁶. Possiamo, però, anche prendere in considerazione ipotesi ulteriori, del tutto estranee alla materia familiare. Nella prassi dei nostri Tribunali, infatti, accade spesso che due soggetti concordemente instaurino una causa fittizia di usucapione, allo scopo di operare il trasferimento in proprietà a favore dell'attore di un immobile del convenuto evitando le spese notarili e fiscali connesse alla stipula di una normale compravendita o donazione. Un meccanismo simulatorio di questo genere potrebbe, peraltro, anche prestarsi ad ulteriori finalità, come, ad esempio, quella di realizzare trasferimenti che non siano esposti ad un'azione revocatoria, oppure ancora ad un'azione in riduzione per lesione di legittima¹⁷.

¹⁶ Cfr. G. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, in *Familia*, 2001, p. 774 ss.; F. DANONI, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 284 ss.; M. DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra persone e famiglia*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, p. 31; N. CIPRIANI, *La simulazione nella separazione consensuale*, Napoli, 2008; M. RIZZUTI, *Della simulazione in sede processuale: osservazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 449-462; E. DE BELVIS, *I rapporti tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1439 ss. In altri ordinamenti il problema si è posto anche con riferimento al divorzio: per il diritto romano cfr. *Dig.* 24.1.35 (*Ulpianus 34 ad ed.*), *Dig.* 24.1.64 (*Iavolenus 6 ex post. lab.*), *C.* 5.17.3 (*Imp. Diocletia. et Maximia. AA. Tullio*), *C.* 5.12.30 (*Imp. Iustinianus A. Mennae*); per il diritto intermedio si vedano i passi di Cuiacio, Baudoza, Brunnemann e Barbosa, citati da G. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, cit., pp. 774-775 testo e note; per l'ordinamento francese cfr. *App. Lyon*, 16 gennaio 1980, in *Gaz. Pal.*, 1980, 2, p. 428, ed in *D.*, 1981, p. 579, nonché *Cour de Cassation*, 17 novembre 1981, in *JCP*, 1982, II, p. 19842; per quello nordamericano cfr. *Bazzi v. Holder*, No. 13-3612 (6th Cir. Nov 14, 2013); *Brown v. Cont'l Airlines Inc.*, 647 F.3d 221, 224-25 (5th Cir. 2011), *In re Rodgers*, 315 B.R. 522, 533 (Bankr. D.N.D. 2004), *Boyer v. Commissioner*, 668 F.2d 1382, 1387 (4 Cir. 1981); per il curioso caso di un Presidente latino-americano, che simula il divorzio dalla moglie per aggirare una norma che rende inleggibili coniuge e parenti dello stesso a certe cariche cfr. *Guatemala's Presidential couple applies for divorce*, in *The Guatemala Times*, 23 marzo 2011.

¹⁷ Ad una vicenda del genere fa riferimento Cass., 29 maggio 2007, n. 12496, in *Il civilista*, 2008, 7-8, p. 20, ed alla possibilità di siffatte manovre allude Trib. Roma, 22 luglio 2011, in *Guida al dir.*, 2011, 43, p. 31. Si veda inoltre G. BONILINI, *Acquisto per usucapione e azione di riduzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 238 ss. Occorre peraltro tenere presente che la natura negoziale della separazione consensuale agevola la configurazione del fenomeno simulatorio ma non è affatto necessaria a tale fine: si può benissimo simulare anche una lite. Se infatti la simulazione non è attività negoziale ma comportamento in linea di fatto (cfr. G. FURGUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992), è logico concludere che tutto si possa simulare.

A nostro avviso, in linea generale, la reazione più adeguata a questo tipo di patologie del processo parrebbe dover consistere non già nella condanna di una parte *ex art.* 96, comma 3, in favore dell'altra, quanto piuttosto nell'impedire la produzione di quegli effetti che le parti hanno cercato di provocare¹⁸ servendosi abusivamente dello strumento della tutela giurisdizionale.

Pertanto, il giudice dovrebbe dichiarare la nullità del procedimento instaurato e, quindi, negare il provvedimento cui i simulatori miravano. Qualora, invece, il provvedimento fosse stato già emesso, se ne dovrebbe consentire l'impugnazione, in forza del generale principio della conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione, ricavabile dall'art. 161 c.p.c., o comunque consentire ai terzi pregiudicati di farne valere il vizio¹⁹.

3. Profili di responsabilità professionale

Un ulteriore profilo da prendere in considerazione è poi quello deontologico. Come è stato, infatti, autorevolmente osservato, l'autore reale dell'abuso processuale assai spesso è il difensore più che la parte²⁰. Ciò nondimeno, il nostro ordinamento tende tradizionalmente a considerare il ruolo dell'avvocato in maniera autonoma rispetto alla posizione del cliente, per cui le conseguenze del comportamento del primo finiscono per ricadere solo sul secondo²¹. La medesima tendenza si riscontra, del resto, anche negli

¹⁸ Già SALV. ROMANO, *op. cit.*, p. 169 osservava che il rimedio generale per l'esercizio abusivo di qualunque diritto è quello dell'inefficacia, *rectius* del «rifiuto di tutela», che «implica impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti» con l'abuso stesso, mentre l'illiceità, e, quindi, il risarcimento del danno, rappresentano un rimedio «secondario e consequenziale», solo eventuale, anche se esperibile in molti casi.

¹⁹ A tali conclusioni si oppone l'orientamento per cui non si potrebbero mai impugnare per simulazione le separazioni consensuali (cfr. Cass., 21 novembre 2003, n. 17706, in *Corr. giur.*, 2004, 3, p. 307, con nota critica di G. OBERTO, in *Vita not.*, 2004, p. 156, con nota critica di F. ALCARO, ed in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 462, con nota critica di F. DANОВI; nonché Cass., 12 settembre 2014, n. 19319, in *Foro nap.*, 2015, p. 539, con nota critica di I. SASSO), che è però criticato da una giurisprudenza minoritaria (Trib. Biella, 30 marzo 2011, in *www.perso-naedanno.it*) e dalla gran parte della dottrina richiamata *supra* in tema di separazioni simulate. Di recente si è avuto un importante passo avanti della giurisprudenza di legittimità nella direzione auspicata: cfr. Cass., 30 agosto 2019, n. 21839, in *Dir. & Giust.*, 2 settembre 2019.

²⁰ M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili comparatistici*, cit., p. 487.

²¹ Come avviene nelle ipotesi di cui agli artt. 92 e, appunto, 96 c.p.c. D'altra parte, una tendenza alla responsabilizzazione anche del professionista sta emergendo pure da noi, in quanto l'art. 4, commi 7 e 9, del decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, prevede che l'adozione di

altri sistemi di *civil law*²², mentre quelli di *common law* conoscono sanzioni, anche piuttosto severe, irrogate direttamente ai difensori²³. Nella dottrina italiana non è mancato chi, sulla base di questi modelli, ha sostenuto la necessità di favorire sviluppi in tal senso anche nel nostro ordinamento²⁴.

Per quanto riguarda più specificamente il caso che abbiamo assunto come paradigmatico, occorrerebbe dunque esaminare se la simulazione processuale possa rilevare anche come fonte di responsabilità disciplinare per gli avvocati dei soggetti che l'hanno attuata. È da osservare che oggi valutazioni del genere sono probabilmente più agevoli di quanto non fossero in tempi meno recenti, dal momento che si può utilizzare come punto di riferimento il Codice Deontologico Forense²⁵: verranno, quindi, in rilievo non soltanto il principio generale di lealtà e correttezza, ma anche una norma più specifica, come quell'art. 50 che regola il c.d. dovere di verità. La disposizione prevede, infatti, che l'avvocato non deve rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato, mentre la simulazione processuale consiste proprio nella predisposizione di una rappresentazione ingannatoria della realtà, offerta al giudice allo scopo di indurlo ad emanare un provvedimento di cui difettano i presupposti. Beninteso, ogni responsabilità disciplinare andrebbe invece esclusa nel caso in cui la manovra simulatoria fosse stata interamente preordinata dalle sole parti all'insaputa degli stessi professionisti, ma è chiaro che si tratta di un'eventualità assai poco realistica.

condotte abusive sia sempre presa in considerazione, come elemento di valutazione negativa, in sede di liquidazione giudiziale dei compensi, e che il compenso spettante all'avvocato dovrà essere dimezzato in caso di condanna *ex art.* 96 c.p.c.

²² Si possono segnalare, però, le eccezioni rappresentate dal *Codigo Modelo* latino-americano (cfr. M. TARUFFO, *op. loc. ultt. citt.*) e da alcune tendenze interpretative sviluppatasi in Francia (cfr. A. DONDI, *op. cit.*, p. 478).

²³ Negli Stati Uniti d'America vi sono norme che prevedono, per diverse ipotesi di abuso del processo, pesanti sanzioni per l'avvocato, come la sottoposizione ad un ordine di *contempt of court*, la condanna al pagamento delle spese sostenute dalla parte avversa o addirittura il *disbarment*, cioè l'espulsione dall'ordine. È previsto, inoltre, che le sanzioni non colpiscano solo il singolo legale, ma possano essere applicabili anche *jointly* a tutti i membri della stessa *law firm* (cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. DONDI, *op. cit.*, pp. 471-476). In Gran Bretagna può essere utilizzato il *Wasted Costs Order*, con l'effetto di rendere il difensore responsabile, assieme alla parte, per i danni cagionati dal comportamento abusivo (cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 495-496).

²⁴ Si veda, ad esempio, A. DONDI, *op. cit.*, pp. 481-482.

²⁵ L'attuale testo del Codice vigente è quello approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31 gennaio 2014, e più recentemente modificato nella seduta amministrativa del 23 febbraio 2018.

A prescindere dalla peculiare ipotesi del processo simulato, e considerando i più frequenti utilizzi della responsabilità aggravata con riguardo, ad esempio, ad azioni meramente dilatorie o estorsive, va considerato che a fronte di una condanna *ex art.* 96, comma 3, l'assistito potrebbe comunque tentare di rivaleersi nei confronti del difensore. Pertanto, laddove il professionista risulti essere stato il vero responsabile dell'abuso, come per l'appunto è ben naturale che accada data la complessità tecnica di molte delle operazioni in discorso, allora la sanzione si troverà nella sua responsabilità civile nei confronti del cliente²⁶. Chiaramente tutto ciò modifica in profondità la posizione del difensore che potrà essere considerato responsabile, non già per aver omesso di impiegare ogni mezzo utile a difendere il proprio assistito, ma per non essersi trattenuto da utilizzi troppo spregiudicati degli strumenti processuali, ovvero per non avere dissuaso il cliente²⁷, quasi con un'anticipazione del giudizio, da iniziative temerarie.

Non stupisce, dunque, che i sostenitori della concezione tradizionale del ruolo dell'avvocato abbiano fortemente osteggiato la teoria dell'abuso del processo²⁸. Seguendo queste, ed altre coeve, tendenze si finisce infatti per delineare una figura di avvocato inteso come coadiutore del giudice, dedito non tanto al perseguimento degli interessi del cliente, ma quasi all'esercizio privato di funzioni pubbliche, secondo la formula che tradizionalmente si utilizzava semmai per il notariato²⁹: contenimento dei tempi processuali, filtro di am-

²⁶ F. BENATTI, *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *Contratti*, 2012, p. 944, ipotizza la risarcibilità di un danno non patrimoniale alla reputazione del cliente, lesa dall'iniziativa litigiosa temeraria.

²⁷ Cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giust. civ.*, p. 2934, che evidenzia come la diligenza professionale *ex art.* 1176, comma 2, c.c. implichi anche l'obbligo di informare il cliente e dissuaderlo da iniziative processuali, pure formalmente ammissibili, ma caratterizzate da una ragionevole prognosi di esito negativo.

²⁸ Si veda, ad esempio, G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *www.judicium.it*. Contra G. FINOCCHIARO, *Ancora sul nuovo art. 96, comma 3°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1200-1203, che, invece, propugna convintamente la necessità di un mutamento di prospettiva.

²⁹ Su tale formula si veda anzitutto G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi*, in *Tratt. Orlando*, II, Milano, 1920, p. 341. In una prospettiva più complessa, SALV. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. not.*, 1963, p. 1 ss., colloca la figura del notaio nel tema dei collegamenti fra ordinamenti privati ed ordinamento statale, in quanto la sua funzione è quella di far sì che un atto privato possa avere efficacia nell'ordinamento dello Stato. Infatti, il notaio è parte dell'ordinamento privato, anzi contribuisce alla formazione dello stesso tramite la sua opera di redazione, per configurare la quale è sufficiente il rapporto professionale e non occorre alcun intervento dello Stato. Al tempo stesso, è tutore dell'ordinamento privato in quello statale, poiché lo Stato, nel riconoscere l'ordinamento dei privati, riconosce anche ad uno di essi, particolarmente qualificato, un potere certificativo *erga omnes*, che va oltre l'ordinamento particolare. Egli svol-

missibilità sulle azioni in giudizio, etc.³⁰. E, naturalmente, come si potrebbe osservare pure a proposito degli sviluppi che hanno interessato altre categorie professionali, la ragione ultima di tali operazioni va rinvenuta, con ogni probabilità, anche nella pressante necessità di alleggerire, almeno in parte, il carico di attività delle amministrazioni statali, gravando di certe funzioni pubbliche i professionisti, in nome del principio di sussidiarietà orizzontale³¹.

ge, dunque, una funzione di adeguamento della volontà delle parti alle condizioni necessarie per avere il riconoscimento dello Stato, opera che gli è possibile in quanto conosce la volontà delle parti ma anche quella dell'ordinamento statale. Il ruolo del notaio, pertanto, lungi dal ridursi alla mera "ricezione" di atti, come parrebbe doversi evincere dalla formulazione legislativa, viene invece a configurarsi come autenticamente produttivo di diritto. Si vedano ora al riguardo i contributi raccolti in G. CONTE-M. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, n. 2, nonché M. PALAZZO (a cura di), *Autonomia privata e fonti del diritto*, Milano, 2019.

³⁰ Questo tipo di avvocatura è certamente lontano da quello della nostra impostazione tradizionale, anche se può essere forse paragonato a modelli conosciuti in altre esperienze storiche. Nell'età del diritto comune, ad esempio, prima di poter assumere ciascun mandato difensivo, l'avvocato era tenuto a giurare solennemente davanti al giudice di essere convinto che la causa che avrebbe patrocinato fosse fondata e non abusiva: cfr. R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, Milano, 2012. In Inghilterra prima del *Courts and Legal Services Act* del 1990 i *barristers*, per mantenersi indipendenti, dovevano evitare qualunque contatto diretto con i clienti, e la gestione dei rapporti con costoro spettava così ai *solicitors*, rispetto ai quali i primi si collocavano ad un livello sociale superiore, in quanto potevano semmai sentirsi più vicini ai giudici, sempre cooptati fra le loro fila: cfr. W.R. PREST, *The Professions in Early Modern England*, London, 1987, p. 64 ss., nonché V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2006, I, p. 280 ss.

³¹ Un vasto programma di ulteriori riforme in questa direzione era stato presentato dai rappresentanti di varie categorie professionali in occasione del "Forum delle professioni", tenutosi a Milano il 19 gennaio 2013. Ciò nondimeno, ma qui lo notiamo solo per inciso, resta aperto il problema di come conciliare sviluppi di questo genere con l'altra tendenza imperante, ovvero quella, di matrice euro-unitaria, volta alla piena privatizzazione, ed all'affermazione di una concorrenza di tipo imprenditoriale anche nel settore delle attività professionali. Ci sembra, in effetti, che si tratti di due sviluppi tendenzialmente contraddittori, posto che, quanto più si incentiverà la concorrenza, tanto minori saranno le probabilità che i professionisti privati siano disponibili a svolgere davvero un siffatto ruolo parapubblico di filtro o di controllo sul cliente. Invero, se si adotta un'ottica privatistica e concorrenziale, allora non si può non tener presente che, per il cliente medio, in buona sostanza vale ciò che, a quanto pare, il magnate americano J. Rockefeller diceva degli avvocati: «non mi interessano quelli che dicono che non si può fare; mi interessano quelli che dicono come si può fare» (A. GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, p. 274), per cui si finisce per operare quella che è stata criticamente definita dalla dottrina notarile come una forma di «selezione avversa» (R. BARONE, *Funzione pubblica e concorrenza ovvero come conservare lo stato nel mercato*, in *Biblioteca on line della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, 1, *Degiurisdizionalizzazione, digitalizzazione, concorrenza. Tre itinerari di ricerca per il notariato contemporaneo*, III, *La concorrenza nelle Professioni e il ruolo del Notariato – Atti del convegno tenutosi a Genova il 21 ottobre 2017*). Si veda al riguardo anche M. RIZZUTI, *Invalidità negoziali e profili di responsabilità del professionista*, in *Nuovo diritto civile*, 2018, 3, pp. 99-114, nonché

4. Le questioni di costituzionalità

Assai rilevanti sono le conseguenze sistematiche del nuovo istituto sul complessivo assetto della responsabilità civile, anche oltre i confini del già problematico settore di quella professionale. Infatti, l'art. 96, comma 3, nella sua ormai decennale esistenza applicativa³², rappresenta un'ipotesi palese di funzione non compensativa della responsabilità³³, e proprio l'esempio del processo simulato, su cui ci siamo prima intrattenuti, appare particolarmente significativo, non essendovi di certo alcun pregiudizio da compensare in capo alla parte complice.

Del resto, è proprio tale riconosciuta natura sanzionatoria dell'ipotesi a far sì che siano venute a porsi problematiche relative alla tenuta costituzionale della norma in discorso. In un primo caso, il giudice *a quo* aveva denunciato l'irragionevolezza dell'individuazione del beneficiario nella controparte anzi-

ID., *Nozione, percezione e disciplina dell'attività professionale*, in *La responsabilità del professionista*, a cura di V. CUFFARO, Bologna, 2019, specie pp. 14 ss.

³² Per alcuni recenti e significativi casi applicativi si possono vedere Cass., 29 settembre 2016, n. 19285, e Cass., 20 aprile 2018, n. 9915, entrambe in www.cortedicassazione.it.

³³ Nella giurisprudenza si è parlato esplicitamente di danno punitivo, sul modello anglosassone (cfr., in *obiter dictum*, Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3134), ed in dottrina non si è mancato di rilevare che meccanismi di questo genere non erano estranei al processo romano (T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 61). Chi, invece, continua a ritenere il danno punitivo in quanto tale del tutto incompatibile con il nostro ordinamento, ha preferito parlare di pena privata (cfr. D. COVUCCI, *Deterrenza processuale e pena privata: il "nuovo" art. 96, terzo comma, c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 523 ss.) o ipotizzare una sorta di *tertium genus* fra funzione riparatoria e sanzionatoria (cfr. R. BREDA, *Art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.: prove di quadratura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 443), senza con ciò poter comunque rimuovere la realtà sostanziale di un assetto incompatibile con lo schema tradizionale della funzione compensativa di un risarcimento del danno che non dovrebbe mai andare ad arricchire il danneggiato. Sui profili più generali della tematica, che ovviamente non riguarda solo il nostro art. 96, si possono vedere anche: E. URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 4, p. 2011 ss.; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano, 2006, IV, p. 829 ss.; G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in *Liber Amicorum per F.D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, I, p. 691 ss.; G. CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case for Punitive Damages*, *ivi*, p. 332 ss.; F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010; M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 92 ss.; S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 2, p. 262 ss.; G. PONZANELLI, *Quale futuro per i danni punitivi?*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, III, p. 351 ss.

ché nello Stato, ma la Consulta, pur condividendo la ricostruzione in termini di «natura non risarcitoria... e, più propriamente, sanzionatoria», ha però ritenuto che l'opzione circa il beneficiario rientrasse nella discrezionalità del legislatore, potendosi ritenere ragionevole anche il ricorso ad una, presumibilmente più pronta e quindi dotata di maggior efficacia deterrente, riscossione ad opera del privato³⁴.

Anche per l'appunto alla luce di siffatti sviluppi, la considerazione della vigenza nell'ordinamento interno di una norma come questa ha concorso allo sdoganamento ai fini internazionalprivatistici della stessa categoria dei danni punitivi da parte della più recente giurisprudenza di legittimità³⁵, che li ha ri-

³⁴La questione era stata sollevata da Trib. Firenze, ord. 16 dicembre 2014, che si richiamava all'orientamento affermatosi in sede di legittimità circa la natura sanzionatoria dell'ipotesi, con espresso richiamo a Cass., 11 febbraio 2014, n. 3003, ed era stata quindi rigettata da Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Foro it.* 2016, 9, I, c. 2639. Secondo i giudici della Consulta, infatti, sia la soluzione dell'ammenda, proposta dal giudice *a quo*, sia quella legislativa della sanzione con beneficiario privato, tale da incentivare il *private enforcement*, potevano apparire ambedue come "ragionevoli" (sugli utilizzi della clausola generale della ragionevolezza cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015). Va peraltro considerato che non in ogni vicenda applicativa dell'art. 96, comma 3, la controparte ha quel ruolo di conclamata complicità che abbiamo visto nel caso del processo simulato, paradigmatico ma non certo tale da esaurire la pluralità delle ipotesi rilevanti, e comunque estraneo a quelle da cui sono scaturite le questioni di legittimità costituzionale ora in esame.

³⁵Si allude naturalmente a Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss., che richiamandosi ad una varietà di ipotesi, compreso lo stesso art. 96, comma 3, c.p.c. e la ricordata Corte cost. n. 152/2016, ha in un certo senso completato un percorso che, a parere di chi scrive, si era iniziato a profilare fin dal successo delle, non più così nuove, ricostruzioni in materia di danno non patrimoniale costituzionalmente orientate, di talché si ha alle volte l'impressione che possa essere più facile ottenere da noi la condanna al risarcimento di un danno cripto-punitivo, o semplicemente pseudo-compensativo, che non quella a veri e propri *punitive damages* nella patria dell'istituto, il cui ordinamento li ammette ma li circonda anche di limiti e cautele (cfr. F. DE DOMINICIS, *Punitive damages, grandi assenti nell'azione di classe? Una prospettiva comparata*, in questo volume). La questione ha recentemente attirato l'interesse della migliore dottrina, ma in questa sede non è possibile ripercorrere le diverse posizioni: cfr., senza pretese di completezza, C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1109-1122; E. GABRIELLI, A. FEDERICO (a cura di), *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 10, p. 2274 ss.; M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1, p. 283 ss.; C. SALVI, *Risarcimento ultrariparatorio (Funzioni della responsabilità civile)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di C. Castronovo*, Napoli, 2018, p. 1813 ss.; M. SESTA, *Risarcimento ultrariparatorio (Legalità costituzionale)*, *ivi*, p. 1827 ss.; L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, p. 454 ss.; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei danni punitivi*, Padova, 2019; C. SARTORIS, *La responsabilità civile tra funzione riparatoria e funzione sanzionatoria*, in questo volume. Quanto agli sviluppi che si possono riscontrare nella giurisprudenza francese e tedesca, ma anche di altri Paesi, cfr. M. SCHIRRIPIA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento*

tenuti non necessariamente in contrasto con l'ordine pubblico costituzionale, sempre che nell'ordinamento di provenienza siano regolati da una fonte che garantisca la «precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)», onde evitare una collisione con gli artt. 23, 24 e 25 Cost.

Infine, il riferimento a tali esiti attinti dalla Consulta e dalla Cassazione, ha indotto un secondo giudice *a quo* a dubitare della compatibilità della norma in discorso con gli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., in ragione della carenza di determinazione nel *quantum* della condanna adottabile³⁶. La nuova questione avrebbe avuto a nostro avviso validi fondamenti, ma si ha l'impressione che alla fine i giudici costituzionali abbiano preferito evitare di caducare *in toto* la norma, data l'importanza assunta dalla lotta all'abuso processuale con i suoi ricordati addentellati anche sovranazionali, ed abbiano dunque tentato di elaborare un diverso meccanismo atto a riempire il vuoto di determinatezza nel *quantum* della sanzione, facendo proprio quell'indirizzo di legittimità che per fissarlo utilizza come punto di riferimento la misura dei compensi professionali³⁷. E tale criterio parrebbe, dunque, essere

to?, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2017, e M. TESCARO, *À propos des dommages-intérêts punitifs: la Cour de cassation italienne vient-elle de suivre l'exemple français?*, in *Revue des contrats*, 2018, 4, p. 632 ss.

³⁶ Il riferimento è a Trib. Verona, 23 gennaio 2018, in *G.U.* n. 51/2018, che richiama sia Corte cost. n. 152/2016 sia Cass. n. 16601/2017 per ribadire la natura sanzionatoria della norma, e quindi fa riferimento ai limiti costituzionali che quest'ultima aveva delineato ai fini internazionalprivatistici, invocandone, in un certo senso *a fortiori*, l'osservanza nell'ordinamento interno. Viene in particolare stigmatizzato il pericolo per la determinatezza rappresentato dalla estrema variabilità dei criteri applicati in pratica dai vari Tribunali, passati in rassegna in un interessante *excursus* dell'ordinanza: «Infatti secondo un indirizzo occorre far riferimento, a tal fine, ad una percentuale del valore della controversia (Trib. Milano, 13 giugno 2012); secondo altra opinione la somma può essere parametrata all'indennizzo da irragionevole durata del processo (Trib. Roma, 18 ottobre 2006; Trib. Milano, 22 marzo 2006; Trib. Modena, 24 aprile 2009, Cass., 18 febbraio 2011, n. 3993), mentre secondo un ulteriore indirizzo è determinabile in una percentuale della somma liquidata in concreto a titolo di spese di lite, esclusi gli accessori (Trib. Pordenone, 18 marzo 2011; Trib. Milano, 25 novembre 2014; Trib. Milano 21 ottobre 2014; Trib. Padova 10 marzo 2015 e nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre, Cass., 30 novembre 2012, n. 21570). Non va poi trascurato che alcune decisioni, pur addivenendo a condanne per lite temeraria di importo elevato, non utilizzano un criterio oggettivo per tale quantificazione. Così, ad esempio, Cass., 29 settembre 2016, n. 19285, ha affermato come l'unico limite al quantum della sanzione sia costituito dalla equità, da intendersi come sinonimo di ragionevolezza».

³⁷ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, in *Foro it.*, 2019, 9, I, c. 2644, ha, infatti, deciso: da una parte, per l'inammissibilità della questione sollevata *ex art.* 25 Cost., in quanto l'art. 96, comma 3, c.p.c. sarebbe sì, in conformità con i richiamati sviluppi ribaditi anche in questa occasione dalla Consulta, un «peculiare strumento sanzionatorio», ma non una «sanzione in

così divenuto costituzionalmente obbligatorio per i giudici, sostituendone ogni altro elaborato sinora dalla giurisprudenza, per atteggiarsi come fondamentale perno sistematico della legittimità dell'intero meccanismo. Beninteso, resta naturalmente salva la possibilità di eventuali interventi legislativi che in futuro stabiliscano criteri diversi o ulteriori, colmando magari tale vuoto di determinatezza in una maniera più ortodossa.

senso stretto» come quelle penali e amministrative che rientrano nell'ambito applicativo del parametro *de quo*; ed invece, dall'altra, per l'infondatezza di quella sollevata ex art. 23 Cost., in quanto la riserva di legge è in questo caso solo relativa e la sufficiente determinatezza sarebbe già nel frattempo stata attinta dalla giurisprudenza di legittimità (ed in particolare dalle sentenze gemelle Cass., 11 ottobre 2018, n. 25176 e n. 25177, in *Foro it.*, 2019, 9, I, c. 2644), che avrebbe individuato, nella sua «attività maieutica del diritto vivente», un criterio di proporzionalità per cui la misura della sanzione deve essere «all'incirca» pari a quella dei compensi professionali liquidabili in relazione al valore della causa. Finiscono così per essere travolti gli altri criteri ricordati dall'ordinanza del 23 gennaio 2018, che evidentemente non poteva fare riferimento agli arresti nomofilattici del successivo mese di ottobre. Per un primo commento alla sentenza cfr. C. DE MENECH, *Uso eccessivo del processo e... della giurisprudenza (a dieci anni dall'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.)*, in *Jus Civile*, 2019, 5, p. 560 ss.

ALCHIMIE ERMENEUTICHE SULL'ART. 322 QUATER C.P. TRA CONFISCA E RISARCIMENTO

di *Davide Bianchi*

SOMMARIO: 1. Contesto e obiettivo dell'indagine. – 2. Egesi della disposizione. – 3. La claudicante *intentio legislatoris* “in chiave afflittivo-sanzionatoria”. – 4. ‘Ascendenti’ e ‘affini’ più o meno prossimi. – 5. Le possibili soluzioni ricostruttive. – 6. Tra confisca ... – 7. ... e risarcimento del danno non patrimoniale. – 8. L'insopprimibile doppiezza della riparazione pecuniaria e le sue ricadute applicative.

1. *Contesto e obiettivo dell'indagine*

Da circa un lustro una nuova sanzione¹ è apparsa sul proscenio del sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione: la riparazione pecuniaria di cui all'art. 322 *quater* c.p.; appena un anno addietro il primo rimodellamento, in senso marcatamente estensivo.

In occasione dell'esposizione orale della relazione da cui ha preso le mosse il presente elaborato (così come nella prima stesura scritta di quella relazione²) si è azzardato l'accostamento della – relativamente – nuova misura anticorruzione al celebre protagonista del romanzo “Lo strano caso del Dr. Jekyll e Mr. Hyde”. Ciò, anzitutto, per invitare a considerare la dimensione “letteraria” del dispositivo giuridico in analisi: l'art. 322 *quater* c.p., introdotto dalla

¹ Si adotta per ora l'accezione lata attribuita da Bobbio al sintagma “sanzione giuridica”: misura predisposta dall'ordinamento a conservazione di sé medesimo quale effetto negativo della realizzazione di un illecito; v. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo Dig. it.*, XVI, p. 530 ss.; v. anche T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 55 ss.; nonché Corte. cost., sent. n. 53/1968, secondo cui «il termine sanzione esprime ordinariamente la reazione dell'ordinamento alla inosservanza della norma».

² In *Cass. pen.*, 12, 2019, p. 4572 ss.

legge n. 69/2015 (legge “anticorruzione 2015”) e modificato e ampliato con la legge n. 3/2019 (legge “Spazzacorrotti”, nell’appunto evocativo linguaggio governativo³), sembra inserirsi appieno in quella “grande narrazione” contemporanea che è la lotta alla corruzione. Come è stato efficacemente sottolineato, a fronte di un fenomeno oggettivamente pervasivo e pernicioso quale quello corruttivo, il legislatore pare viepiù concentrato in una «lotta alla percezione della corruzione, cosicché, invece della ricerca di strumenti anche penalistici efficienti e proporzionati, vi è in atto una sistematica proposta di strumenti simbolici»⁴; uno di questi “simboli” della campagna anticorruzione pare proprio l’innovativa “riparazione pecuniaria”, la quale, manifestando un severo carattere punitivo, va ad «aggravare il già pesante armamentario sanzionatorio posto a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione»⁵ ma al tempo stesso diviene segno tangibile della retroversione «di ciò che si è indebitamente guadagnato a spese della collettività», sì da «riparare il senso di smacco e di demoralizzazione che viene inferto alla collettività dalla notizia di certi abusi pubblici»⁶. Un messaggio, quello veicolato tramite questa sanzione “ripristinatorio-afflittiva”, che è inoltre potentemente amplificato dalla sua sostanziale *indefettibilità*: in caso di «condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis, è *sempre* ordinato

³ Che mantiene la sua carica ‘comunicativa’ anche nella traduzione inglese offerta dal GRECO nel *Second Addendum to the Second Compliance Report on Italy* del 6 dicembre 2019: “*Bribe Destroyer Law*”, seppur l’oggetto della “distruzione” qui passi significativamente dalla persona del corrotto al lucro criminoso.

⁴ G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell’alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 375 s.; a proposito della legge n. 69/2015 parla di «legge messaggio, che non si preoccup[a] né di rispettare i principi, né tantomeno di essere efficace, quanto piuttosto di rassicurare la collettività circa l’impegno degli organi pubblici nella lotta contro il fenomeno della corruzione» G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 gennaio 2016, p. 22; G. FLORA, *Il diritto penale del contratto (di governo)*, in *www.discrimen.it*, 22 novembre 2018, p. 6 s., qualifica il d.d.l. “Spazzacorrotti” (poi esitato nella legge n. 3/2019) come intervento “propagandistico”, enfaticamente rivolto a combattere fenomeni socio-criminali anziché a ritagliare e sanzionare efficacemente ben delineate fattispecie criminose.

⁵ C. BENUSSI, *Art. 322-quater. Riparazione pecuniaria*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2015, p. 462.

⁶ A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell’ennesima riforma anticorruzione (Legge n. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, p. 1123. La «valenza sia simbolica che concreta» della disposizione in esame è a più riprese sottolineata nei lavori preparatori della legge n. 69/2015: si vedano, tra gli altri, gli interventi del relatore di maggioranza On. David Ermini e dell’On. Franco Vazio nella seduta n. 427 della Camera dei deputati del 14 maggio 2015.

il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria» (art. 322 *quater* c.p., corsivo dello scrivente) e in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti la «restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato» costituisce condizione di ammissibilità della relativa istanza (laddove presentata dal pubblico ufficiale imputato di peculato, concussione, corruzione o induzione indebita a dare o promettere utilità [art. 444, comma 1 *ter*, c.p.p.]⁷). Non solo, rafforza la “durezza” della comunicazione anche l’effetto preclusivo che il mancato adempimento della riparazione pecuniaria comporta rispetto alla sospensione condizionale della pena: «Nei casi di condanna per i reati previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria ai sensi dell’articolo 322-quater» (art. 165, comma 4, c.p.).

In secondo luogo, l’accostamento tra personaggio letterario e norma apre alla riflessione sulla natura anfibia della misura sanzionatoria in discorso, sulla “confusione delle nature” giuridiche che sembra caratterizzarla: il *nomen iuris* subito stride con la sostanza afflittiva, la prossimità alla reazione punitiva di marca pubblicistica pare confliggere con la sua destinazione a beneficio della singola amministrazione lesa dall’illecito; la sua espresa cumulabilità sia con la pena in senso stretto sia con il risarcimento del danno contribuisce ad alimentare l’imbarazzo. Il testo legislativo ci pone di fronte ad un istituto enigmatico, dove la dimensione punitiva e quella riparativa sembrano intrecciarsi e contaminarsi. La ricerca della natura giuridica di questa peculiare sanzione costituisce l’oggetto precipuo del presente lavoro, nella consapevolezza che cimentarsi nella ricostruzione dell’esatta qualificazione dell’istituto costituisce passaggio tanto difficoltoso quanto essenziale sia per l’individuazione dei principi di garanzia che debbono reggerlo e contenerlo sia – correlativamente – per la soluzione di questioni applicative di assoluto rilievo, come la precisa perimetrazione dell’oggetto della sanzione, la sua frazionabilità o moltiplicabilità in capo ai concorrenti nel reato, la possibilità/legittimità del cumulo rispetto alle altre sanzioni (*in primis* la confisca ed il risarcimento del danno), essendo chiaramente problematica la sovrapposizione di sanzioni che condividono natura e presupposti d’applicazione.

⁷La norma processuale tradisce un difetto di coordinamento con la fattispecie sanzionatoria di cui all’art. 322 *quater* c.p., che invece contempla sia l’incaricato di pubblico servizio sia – nella nuova versione – il “privato” corruttore (o indotto), i quali invece sono – parzialmente – ‘dimenticati’ dal comma 1 *ter* dell’art. 444 c.p.p.; v. par. 2.

2. Esegesi della disposizione

Usitate l'esegesi del dato positivo è il punto di partenza obbligato per l'indagine sulla natura giuridica dell'istituto.

Come esplicitato nella disposizione di cui all'art. 322 *quater* c.p., il presupposto giuridico della sanzione in parola è costituito dalla «sentenza di condanna» (in sede penale) per almeno uno dei gravi delitti contro la Pubblica Amministrazione ivi tassativamente elencati (peculato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere utilità). Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, la lettera della legge e il “dato sistematico” portano a sostenere che «detta espressione debba ritenersi riferita al provvedimento conclusivo del giudizio ordinario o abbreviato, ma non anche alla sentenza di applicazione della pena»⁸. Peraltro, come accennato sopra, il pubblico ufficiale gravato da un'imputazione per uno dei reati suddetti che voglia accedere al rito speciale *ex* art. 444 c.p.p., così come l'incaricato di pubblico servizio imputato per concussione, induzione indebita o “corruzione internazionale” ed il privato “indotto” ai sensi dell'art. 319 *quater*, comma 2, c.p. o soggetto attivo di uno dei delitti di cui all'art. 322 *bis* c.p.⁹, deve comunque versare in favore dell'amministrazione offesa una somma esattamente corrispondente all'oggetto della riparazione pecuniaria (art. 444, comma 1 *ter*, c.p.p.). Inoltre, chiunque voglia beneficiare della sospensione condizionale della pena, a prescindere dalla qualifica (pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio o *extraneus*) e dalla forma processuale prescelta, deve comunque aver corrisposto la «somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria» (art. 165, comma 4, c.p.).

Da notare che, a seguito della novella del 2019, risulta richiamato dall'art. 322 *quater* c.p. anche l'art. 321 c.p., con ciò stabilendosi inequivocabilmente che la misura sanzionatoria è applicabile non solo al pubblico agente (sia esso pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio) ma anche al privato “corrotto”¹⁰.

⁸ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in *www.dejure.it*, che evidenzia come laddove il legislatore penale (sostanziale) abbia voluto equiparare la sentenza di condanna al patteggiamento lo ha espressamente statuito, mostrando peraltro proprio «nell'ambito del Titolo II dedicato alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.» di considerare eterogenei i due provvedimenti conclusivi dell'*iter* processuale.

⁹ L'irrazionalità del richiamo ‘ad intermittenza’ del privato e dell'incaricato di pubblico servizio da parte della norma processuale è ben evidenziata, tra gli altri, da G. DOMENICONI, *op. cit.*, p. 21 s.

¹⁰ Sulla originaria non sanzionabilità del privato *ex* art. 322 *quater* c.p. (malgrado l'ambiguo richiamo “integrale” dell'art. 319 *quater* c.p.) la dottrina di commento alla legge n. 69/2015 era una-

Coerentemente all'allargamento soggettivo è stato ridefinito anche il contenuto della sanzione: originariamente identificato con «quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio», è ora rappresentato da «una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato», eliminandosi d'altro canto le incongruenze rispetto al “reato-presupposto” di peculato (la condotta appropriativa che caratterizza quest'ultimo era scarsamente compatibile con la previgente formulazione)¹¹ ma accentuandosi i problemi di coordinamento con la confisca *ex art. 322 ter c.p.*, il cui oggetto ora risulta perfettamente sovrapponibile a quello della riparazione pecuniaria.

Questo delicato punto sarà oggetto di specifico approfondimento, ora preme rilevare che, esattamente come la sanzione ablatoria, anche la sanzione (sedicente) riparatoria è applicata *ex officio* e obbligatoriamente: non è prevista la necessità di alcuna istanza da parte della pubblica accusa o della amministrazione lesa¹² e il giudice (penale) non ha alcun margine di discrezionalità nell'*an* dell'applicazione, una volta accertata la responsabilità penale per uno dei delitti elencati dalla norma la misura sanzionatoria scatta automaticamente.

Il destinatario della somma, tuttavia, come già accennato, non è l'Erario, come per le pene pecuniarie, bensì la singola “amministrazione lesa dalla condotta” del pubblico agente infedele, ossia il soggetto passivo e danneggiato dal reato.

Di fatti, stante tale identità del beneficiario della riparazione pecuniaria, l'art. 322 *quater* c.p. si premura di precisare che resta «impregiudicato il diritto al risarcimento del danno»: benché la sanzione riparatoria vada a vantaggio di chi ha subito il danno *ex crimine*, non viene meno la risarcibilità di quest'ultimo.

Ultimo tassello esegetico che pare di sicuro rilievo è il seguente: poiché la “riparazione pecuniaria” non è identificabile né con una multa né (tantomeno) con un'ammenda, deve essere esclusa la sua convertibilità in misura limita-

nime: per tutti, C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 463; F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 810 s.; G. DOMENICONI, *op. cit.*, p. 22; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Libro dell'Anno del diritto Treccani 2016*, anche in www.penalecontemporaneo.it, p. 8; S. SEMINARA, *Art. 322 quater*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, p. 1072.

¹¹ L'espresso riferimento a «quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio» (corsivo dello scrivente) mal si conciliava con la struttura del reato di cui all'art. 314 c.p.: v. A. SPENA, *op. cit.*, loc cit.

¹² Tanto meno è necessaria la costituzione di parte civile dell'ente pubblico: v. F. RIGO, *Art. 322 quater*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2019 p. 2166.

tiva della libertà personale ai sensi del combinato disposto degli artt. 136 c.p., 102 s. legge n. 689/1981¹³.

In sintesi, l'esegesi ci consegna una sanzione "speciale" dei reati contro la Pubblica Amministrazione maggiormente offensivi, obbligatoriamente discendente dalla sentenza di condanna, commisurata al provento che il reo ha ritratto dal delitto, ridondante a beneficio del singolo ente pubblico (o semi-pubblico) danneggiato dal reato, eppure cumulabile con il risarcimento del danno *ex delicto*.

3. *La claudicante intentio legislatoris "in chiave afflittivo-sanzionatoria"*

Come segnalato fin da principio, dal testo legislativo affiora un essere proteiforme: i caratteri della pena – obbligatoria consequenzialità rispetto al reato, applicazione d'ufficio da parte del giudice penale – si mescolano a quelli della misura ripristinatoria – quantificazione basata sul guadagno illecito, destinazione della somma al soggetto passivo e danneggiato dal reato, non convertibilità in misure incidenti sulla libertà personale. Né l'*intentio legislatoris* per come emergente dai lavori preparatori e della legge n. 69/2015 e della legge n. 3/2019 appare sufficiente a districare i nodi presentati dalla trama normativa, seppure, specie nella riforma "Spazzacorrotti", sia individuabile una tensione verso l'incremento della carica afflittiva della sanzione, in un'ottica accentuatamente punitiva.

Infatti, se nelle relazioni e negli interventi parlamentari inerenti l'introduzione dell'art. 322 *quater* c.p. (a mezzo della legge anticorruzione 2015) si manifestava una forte tendenza alla combinazione e compenetrazione tra la logica riparativa e quella punitiva, richiamandosi esplicitamente la "funzione multipla" del nuovo istituto¹⁴, la presentazione da parte del Ministro della Giustizia del progetto di modifica della disposizione sanzionatoria (contenuto nel DDL n. 1189, poi esitato nella legge n. 3/2019) è stata all'insegna del potenziamento della capacità repressiva dello strumento sanzionatorio, proponendosi non solo l'estensione dell'ambito soggettivo ma anche «la rimodulazione dei criteri di determinazione, in chiave afflittivo-sanzionatoria, della riparazione pecuniaria, da determinarsi non più in misura "pari all'ammontare di quanto indebita-

¹³ Cfr. F. CINGARI, *op. cit.*, p. 811; S. SEMINARA, *op. cit.*, loc. cit.

¹⁴ V. Sen. Nico D'Ascola, intervento nella seduta n. 185 del 4 marzo 2015 della II Commissione Giustizia del Senato, XVII Legislatura; si vedano anche gli interventi della On. Dorina Bianchi e dell'On. Franco Vazio nella seduta parlamentare n. 427 già citata, che riconoscono la natura mista della sanzione in parola, enfatizzandone però la "spiccata funzione dissuasiva" e la "forte efficacia preventiva".

mente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio", ma in misura "pari all'ammontare di quanto indebitamente dato o promesso al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio e comunque non inferiore a euro 10.000"». Peraltro il proposto inasprimento della misura sanzionatoria era espressamente riconnesso alle raccomandazioni del Working Group on Bribery dell'OCSE, che a più riprese aveva caldeggiato, quanto al trattamento punitivo delle persone fisiche in ordine ai più gravi delitti in danno della Pubblica Amministrazione, l'affiancamento di efficaci sanzioni pecuniarie alle già previste pene detentive¹⁵; in effetti, proprio in un'ottica schiettamente punitiva si giustificavano l'equiparazione della "tangente" solo promessa a quella effettivamente incassata e il limite edittale minimo pari a euro 10.000 (come d'altronde l'utilizzo del medesimo criterio commisurativo, «quanto dato o promesso» al pubblico agente, sia per il sanzionamento di quest'ultimo che per quello dell'indotto/corruptore)¹⁶.

Tuttavia, appare davvero significativo che nella versione definitiva del testo di legge l'oggetto della riparazione sia stato ricalcato su quello della confisca, fissandolo in una «somma equivalente al prezzo o al profitto del reato» (ricomprensivo quindi entrambe le tipologie di provento delittuoso) ed escludendo ogni minimo edittale; come a indicare che le spinte "punitiviste" sono state contenute, confermandosi la polimorfia dell'istituto.

4. 'Ascendenti' e 'affini' più o meno prossimi

Vista l'ambiguità dei risultati dell'interpretazione logico-letterale e storica (o meglio la loro convergenza nel segnalare l'ambiguità dell'istituto stesso), appare utile ai fini della comprensione (e collocazione) della nostra disposi-

¹⁵ V. ad esempio WGB, *Phase 3 Report on implementing the OECD Anti-bribery Convention in Italy*, dicembre 2011; per una panoramica delle valutazioni espresse sulla normativa anticorruzione italiana nei rapporti GRECO e WGB, M. Montanari, *Dove eravamo rimasti? La riforma dei delitti di corruzione al vaglio delle organizzazioni internazionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 ottobre 2014, in particolare p. 7 s.; v. anche GRECO, *Second Addendum to the Second Compliance Report on Italy*, cit.

¹⁶ Si consideri peraltro che già l'On. Palma, Presidente della II Commissione permanente Giustizia, XVII Legislatura, nella già segnalata seduta n. 185, al preciso fine di distinguere la riparazione pecuniaria dal risarcimento del danno aveva ritenuto l'opportunità di modificare il testo dell'articolo specificando che «l'incaricato di pubblico servizio o il pubblico ufficiale è sempre tenuto al pagamento di una somma di denaro – da determinarsi fra un limite minimo e un massimo e non rapportata a quanto indebitamente ricevuto» (proposta poi non accolta).

zione sanzionatoria provare a rintracciare dei “precedenti” e degli istituti che presentino elementi d’analogia.

Molti commentatori hanno volto indietro lo sguardo alla somma “a titolo di riparazione” che il giudice penale poteva assegnare alla “parte offesa” che ne avesse fatto domanda, «oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni», a mente dell’art. 38 del codice penale del 1889. Inizialmente prevista solo per i delitti che offendevano «l’onore della persona o della famiglia», questa particolare forma di riparazione fu estesa dal codice di procedura penale del 1913 a tutti i delitti contro la persona¹⁷. Vista la somiglianza, son state colte subito le differenze: anzitutto il diverso campo applicativo e la subordinazione all’istanza di parte, oltre al ruolo surrogatorio rispetto alla mancata previsione della risarcibilità del danno non patrimoniale ai sensi delle leggi civili allora vigenti¹⁸.

Altra similitudine è stata vista rispetto alla “riparazione pecuniaria” disciplinata dall’art. 12 legge sulla stampa (legge n. 47/1948): qui la somma richiesta al reo si va a cumulare esplicitamente con quanto dovuto a titolo risarcitorio «ai sensi dell’art. 185 del Codice penale», dovendo esser commisurata «in relazione alla gravità dell’offesa ed alla diffusione dello stampato»; questa sanzione è però limitata alle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa, essendo quindi posta a tutela sempre di un bene spiccatamente personale, e non è riservata alla competenza del giudice penale (che può applicarla solo se vi è stata costituzione di parte civile, essendo quella civile la *sedes* naturale dell’istituto)¹⁹.

Un ‘parente’ forse più prossimo può esser individuato nella «riparazione dei danni cagionati dal reato all’integrità del mercato» ex art. 187 *undecies* T.U.F. (introdotto dalla legge n. 62/2005), la cui dimensione è indiscutibilmente pubblicistica e penalistica, così come è indiscutibile la cumulabilità e diversità rispetto ai danni civilistici²⁰. Tuttavia, oltre alla diversità dei presup-

¹⁷ Oltre che a quelli contro l’invulnerabilità dei segreti: cfr. C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 461; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla “riparazione” come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. II, Milano, 2018, p. 554 ss.;

¹⁸ V. S. SEMINARA, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*; M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 5/2019, p. 187.

¹⁹ V., tra gli altri, S. SEMINARA, *Art. 322 quater*, cit., p. 1071; C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 462; F. CINGARI, *op. cit.*, p. 810; anche Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit., ha colto “tratti di indubbio parallelismo” tra le due sanzioni omonime. La peculiare sanzione riparativa prevista dalla legge sulla stampa è stata evocata anche durante i lavori preparatori della legge n. 69/2015: si veda il resoconto sommario della ridetta seduta n. 185 della II Commissione Giustizia del Senato.

²⁰ Cfr. D. FONDAROLI, *Mille e non più mille: la riparazione pecuniaria e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 161 ss.; G. MARTIELLO, “Civile” e “penale”: una dicotomia sanzionatoria davvero

posti applicativi sia sul piano sostanziale che su quello procedurale (la sanzione *de qua* consegue ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato ma solo su richiesta della CONSOB, sempreché questa si sia costituita parte civile nel relativo processo penale), va sottolineato che i criteri commisurativi solo in minima parte sono assimilabili a quello indicato dall'art. 322 *quater* c.p. (essendo più ampi e diversificati: il giudice determina l'ammontare della riparazione da abuso di mercato «anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato»).

Vi è anche chi ha visto un parallelismo tra la riparazione pecuniaria “anticorruzione” e le molteplici ipotesi di sanzioni civili dal carattere (anche) punitivo che sono disseminate nel nostro ordinamento e che hanno dato la stura per l'apertura al riconoscimento in Italia dei *punitive damages* decisi da sentenze straniere, come noto ammesso dalle Sezioni Unite civili con la storica – per molti aspetti rivoluzionaria – sentenza n. 16601/2017²¹. In particolare, pur nella indiscutibile diversità, sembra presentare caratteri di forte somiglianza con la sanzione *ex art. 322 quater* c.p. la “clausola penale” stabilita dall'art. 3 legge n. 386/1990 per i casi di emissione di assegno a vuoto: questa consiste in una somma «pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata», che deve essere corrisposta dal debitore/trasgressore al beneficiario dell'assegno e che, come chiarito dalla giurisprudenza, non è rinunciabile da parte di quest'ultimo, «non trattandosi di una misura posta a suo esclusivo vantaggio bensì di una previsione che, attraverso la sanzione del pagamento della immodificabile percentuale del 10 % dell'importo dell'assegno, mira a dissuadere dalla commissione» del fatto illecito (ora decriminalizzato²²); una misura dunque che «si caratterizza, pur essendo una san-

superata? Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole “punire” il reo, in www.di.scrimen.it, 27 settembre 2018, p. 10 s.

²¹ M.C. BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il ‘danno morale’ (ri)visto con le lenti del penalista*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 824; sull'arresto della Cassazione riunita civile e, in generale, sui risarcimenti punitivi: *ex multis*, S. CARABETTA, *Funzioni della responsabilità civile e “punitive damages”*, in *Persona e Mercato*, 22 agosto 2017; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 6 ss.; C. SALVI, *Risarcimento ultrariparatorio (Funzioni della responsabilità civile)*, in AA. VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2018, v. III, p. 1813 ss.; C. SCOGNAMI-GLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1109 ss.; M. SESTA, *Risarcimento ultrariparatorio (legalità costituzionale)*, in AA.VV., *Le parole del diritto*, cit., p. 1827 ss.; v. anche D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 909 ss.; M. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 188 ss. Si vedano inoltre i contributi del presente volume.

²² Intendendosi per decriminalizzazione la degradazione dell'illecito da penale ad ammini-

zione civile, per la sua natura pubblicistica»²³. Qui, come nella disposizione penalcodicistica, vi è una sanzione posta a presidio di un illecito di tipo punitivo (prima penale-criminale, ora sanzionatorio amministrativo), funzionale a scopi di deterrenza, la quale però va a beneficiare il soggetto passivo dell'illecito, senza una diretta correlazione con il *quantum* risarcibile e in assenza di qualsivoglia iniziativa di parte (non valendo neppure una eventuale iniziativa in senso negativo, ovvero la rinuncia da parte del creditore a quel *surplus* sanzionatorio).

La prospettiva del confronto con le sanzioni civili 'attratte' – per via pretoria o legislativa – dalla dimensione punitiva si mostra particolarmente proficua e merita apposita trattazione²⁴.

5. Le possibili soluzioni ricostruttive

L'interpretazione storico-soggettiva del dato esegetico e la comparazione storico-oggettiva e intersistemica sembrano confermare la natura composita della "riparazione pecuniaria": la dimensione punitiva appare fondersi con un'anima riparativa o comunque extra-penale.

Ha infatti preso campo sia in dottrina che in giurisprudenza la ricostruzione dello strumento sanzionatorio in parola quale «sanzione civile accessoria» alla condanna per i nominati delitti contro la Pubblica Amministrazione, avente «indubbia connotazione punitiva»²⁵; altra – ma non lontana – linea ricostruttiva mette in risalto il volto punitivo di questa «riparazione coattiva» ma

strativo (mantenendo la sua natura punitiva): F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Padova, 2011, p. 964.

²³ Cass. pen., Sez. V, 22 maggio 1997, n. 6607 (dalla massima).

²⁴ V. *infra*, par. 7.

²⁵ Così Cass., 14 marzo 2019, n. 12541, cit., per cui «Deve, pertanto, ritenersi che la riparazione pecuniaria costituisca [...] una "sanzione civile accessoria" alla condanna per i reati-presupposto di cui al catalogo dello stesso art. 322-quater cod. pen. L'istituto si presenta sotto forma di una "tipica" obbligazione civilistica – là dove ha un contenuto squisitamente economico ed è destinata alla persona offesa –, ma – giusta l'applicazione in termini di obbligatorietà, da parte del giudice penale, a prescindere dal danno civilisticamente inteso e dall'azione risarcitoria della parte civile, anche in aggiunta al risarcimento del danno – assume anche un'indubbia connotazione punitiva», tanto che – come ribadisce Cass., Sez. V, 8 ottobre 2019, n. 50201 (reperibile in www.italggiure.giustizia.it) – «la sua applicazione in assenza dei presupposti di legge è riconducibile nell'ambito delle ipotesi di irrogazione di "pena illegale"». In dottrina, già S. SEMINARA, *Art. 322 quater*, cit., p. 1072; ID., *Riflessioni sulla "riparazione"*, cit., p. 564 s.; concordemente F. RIGO, *op. cit.*, p. 2165 s.

prende atto della sua ambiguità, riconoscendo che «l'istituto tradisce una vocazione funzionale ancipite: non solo compensatoria, ma anche (e soprattutto) punitivo-deterrente»²⁶.

Va però segnalato che altra parte degli interpreti propende invece per una qualificazione senz'altro penalistica: gli elementi che appalesano il carattere punitivo dell'istituto (pacificamente ammesso anche da coloro che lo ascrivono alle sanzioni civili), ovvero la sua obbligatorietà, irrinunciabilità e 'dipendenza' da fattispecie criminose indiscutibilmente poste a tutela di interessi pubblicistici, inducono questo diverso filone interpretativo a riconoscere che «tale asserita "riparazione" è in realtà pena tra le pene», sottolineandosi peraltro come «pur formalmente diversa» costituisca «nella sostanza un surrogato di quella pena pecuniaria che in passato per gli stessi reati era stata soppressa»²⁷. In effetti, si deve rammentare come l'arricchimento dell'armamentario sanzionatorio "anticorruzione" con pene a contenuto patrimoniale fosse stato espressamente raccomandato a livello internazionale e come nelle intenzioni del legislatore storico del 2019 il potenziamento della "riparazione pecuniaria" andasse incontro appunto a siffatte raccomandazioni. In tale ottica, pertanto, la "sostanza punitiva" (e pubblicistica) della sanzione di cui all'art. 322 quater c.p. risulterebbe assorbente, sparendo in essa ogni profilo ripristinatorio (e privatistico).

Ora, i contrassegni della natura punitiva della misura sanzionatoria in discorso sono marcati e non si possono che condividere le analisi della dottrina che hanno condotto al disvelamento di simile natura.

Tuttavia, non sembrano eludibili i rilievi di chi, pur affermando la sostanza punitiva della "riparazione pecuniaria", ne ha al contempo sottolineato la problematicità della qualifica penalistica. Sembrano infatti ostare ad una piena

²⁶ V. MONGILLO, *op. cit.*, p. 14 s.; il medesimo A. in un successivo contributo di commento alla legge n. 3/2019 – *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 5/2019, p. 286 ss. – ha constatato come la novella abbia accentuato il carattere repressivo della sedicente riparazione pecuniaria. F. PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 421, vede la misura tra le «sanzioni riparatorie aggiuntive [rispetto alla pena] dalla fisionomia assai [...] incerta».

²⁷ M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 520, sulla medesima scia M. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 194 ss.; similmente A. SPENA, *op. cit.*, loc. cit., secondo cui l'art. 322 quater definisce «una vera e propria pena pecuniaria»; rimarcano il carattere afflittivo-punitivo F. CINGARI, *op. cit.*, loc. cit.; F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2017, p. 213 ss.; C. BENUSSI, *op. cit.*, p. 462 s.; ID., *"Riparazione pecuniaria": una riscoperta o la metamorfosi di un remoto istituto?*, in AA. VV., *La pena, ancora*, cit., p. 749.

assimilabilità alle pene in senso stretto almeno due elementi: la destinazione della somma a vantaggio della singola amministrazione offesa; la commisurazione della somma in maniera «assolutamente autonoma rispetto al disvalore del fatto o alla gravità dell'offesa», dato che, se nel peculato e nella concussione la materialità del danno arrecato trova corrispondenza nel profitto indebitamente ottenuto dal pubblico agente, nelle fattispecie corruttive e in quella d'induzione indebita quanto lucrato dal corrotto/induttore e dal corruttore/indotto non è legato da nessuna correlazione necessaria rispetto agli effettivi danni cagionati al buon andamento della Pubblica Amministrazione e alla concorrenza (né d'altronde il *quantum* di guadagno illecito vale a quantificare la colpevolezza o la pericolosità dei soggetti attivi)²⁸. Il primo elemento, la dazione cioè della somma al singolo ente pregiudicato e non all'Erario, se non è di per sé indice univoco di una funzione prettamente riparatoria della misura, comunque ne accredita una 'ambientazione' civilistica²⁹; il secondo elemento, ossia la (possibile) mancanza di correlazione tra dimensione offensiva dell'illecito (e suo grado d'appartenenza soggettiva) e criterio di calcolo della sanzione (il valore del provento criminoso), mette in crisi la funzionalità propriamente punitiva della sanzione, ossia la sua congruenza con le finalità di prevenzione generale e speciale sulla base di una "giusta" (proporzionata e soggettivamente "meritata") retribuzione del *malum patratum*.

Insomma, prima ancora che con i principi costituzionali e convenzionali, una sanzione squisitamente penale rigidamente ancorata «al prezzo o al profitto del reato» e destinata a beneficiare il danneggiato dal reato sarebbe in contrasto con la logica.

6. Tra confisca ...

Quanto appena rilevato porterebbe, a rigore, a dubitare della possibilità di annoverare tra le sanzioni punitive anche la sanzione *par excellence* incentrata

²⁸ S. SEMINARA, *Riflessioni sulla "riparazione"*, cit., p. 563.

²⁹ Secondo F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in AA.VV., *Le pene private*, cit., p. 29, tale elemento costituisce tratto saliente della "pena privata", assumendo a «criterio distintivo nei confronti della sanzione pecuniaria penale e amministrativa»; similmente G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 277 s.; si rammenti anche la "clausola penale" prevista dalla legge n. 386/1990, la cui qualifica come "sanzione civile" è dovuta principalmente al fatto che essa comporta un versamento a beneficio del creditore danneggiato, mentre la sua obbligatorietà ed irrinunciabilità ne attestano la "natura pubblicistica" e punitiva.

sui proventi criminosi: la confisca, benché da decenni stia vivendo un'inarristabile ascesa proprio come fondamentale strumento sanzionatorio penalistico³⁰. D'altronde, proprio le ragioni che – sotto il profilo contenutistico – impediscono di omologare la “riparazione pecuniaria” alle pene in senso stretto, già da tempo sono state messe in luce come indici di una intrinseca irriducibilità della sanzione ablatoria dell'illecito guadagno alla dimensione prettamente punitiva (oltre che alla logica *stricto sensu* preventiva delle misure di sicurezza): la «carica di afflizione [certamente presente nella sanzione ablatoria, laddove obbligatoria] non dovrebbe mai assumere un carattere preponderante rispetto alla funzione di compensazione e riequilibrio della situazione economica del reo (modificata favorevolmente dal reato), a cui proprio l'espiazione dell'arricchimento illecito è programmaticamente rivolta [...] La funzione essenzialmente riequilibratrice della confisca anche per equivalente del compendio criminoso trova chiara corrispondenza anche nei suoi criteri applicativi, del tutto autonomi e differenti sia da quelli delle pene in senso stretto che delle misure di sicurezza», dato che «Diversamente dalle prime, non è commisurata entro il limite della colpevolezza del reo per il fatto e della gravità del reato [...]»; contrariamente alle seconde non è rapportata ad una pericolosità “individuale” o “reale”, generica o specifica»³¹.

A tal proposito, appare “rivelatrice” la presa di posizione della più recente giurisprudenza costituzionale, la quale, dopo una lunga evoluzione che ha portato a riconoscere il carattere afflittivo della confisca svincolata da funzionalità preventive (in senso stretto) e a ricondurla sotto l'ombrello delle garan-

³⁰ Sulla confisca, la letteratura è ormai sterminata (anche tralasciando lo spinoso istituto della confisca c.d. di prevenzione): v. per tutti A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, p. 2103 ss.; F. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1726 ss.; T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; ID., voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, 2015, p. 185 ss.; V. MONGILLO, voce *Profitto del reato e confisca*, in *Il libro dell'Anno del diritto Treccani 2013*; ID., voce *La confisca*, in *Il libro dell'Anno del diritto Treccani 2017*; E. Nicosia, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.

³¹ M. GAMBARELLA, *Art. 322 ter*, in G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2015, p. 552 s.; sulla natura (anche) ripristinatoria della confisca dei proventi criminosi si vedano pure A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., p. 503 ss.; ID., voce *Confisca*, cit., p. 201 ss.; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione*, cit., p. 14 s.; ID., voce *La confisca*, cit.; ID., *La legge “spazzacorrotti”*, cit., p. 287 ss.; NICOSIA, *op. cit.*, p. 141 ss.

zie proprie della *matière pénale*³², nei suoi ultimi sviluppi ha evidenziato la differenza che intercorre tra l'ablazione del profitto e l'ablazione di elementi correlati con il fatto illecito ma non rappresentativi di un lucro per l'autore dello stesso (come ad esempio i beni strumentali alla realizzazione dell'illecito), affermando chiaramente che la seconda forma di confisca assume una marcata "connotazione 'punitiva'", che – in forza del sovraordinato principio di proporzione – esige la sua graduabilità – quantomeno – «in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'autore dell'infrazione», mentre «l'ablazione del "profitto" ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore»³³.

Con specifico riferimento alla confisca "anticorruzione" (art. 322 *ter* c.p.), la giurisprudenza di legittimità – pur in un'evoluzione tutt'altro che lineare – ne ha 'certificato' la duplice natura; da un lato, riconoscendone la componente punitiva e conseguentemente assoggettandola al principio di legalità 'penalistica' (riserva di legge, irretroattività, determinatezza)³⁴; dall'altro lato, sottolineandone la «funzione sostanzialmente ripristinatoria»³⁵ ed escludendo coeentemente l'apprensibilità del prezzo (tangente) promesso al pubblico agente

³²V. Corte cost., ordinanze n. 97 e n. 301/2009, sent. n. 196/2010 (su cui, volendo, D. BIANCHI, *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 263 ss.); più di recente, sentenze n. 223/2018 e n. 63/2019.

³³Corte cost., sent. n. 112/2019, che, «in ragione del suo contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, CDFUE», ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 187 *sexies* T.U. in materia di intermediazione finanziaria «nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto».

³⁴Cass., Sez. I, 13 maggio 2009, n. 26705, in *C.E.D. Cass.*, n. 244711; Cass., Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 45324; v. però Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *www.archiviopenale.it*, con note di G. Civello e di S. Treglia ed osservazioni di A. Dello Russo, che, come noto, ha espressamente distinto tra confisca diretta e confisca per equivalente, attribuendo natura punitiva (col conseguente statuto garantistico) solamente alla seconda.

³⁵Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, cit., in cui l'ibridazione tra funzione riequilibratrice e carattere punitivo della misura ablativa è ben espressa: «La confisca per equivalente, infatti, viene ad assolvere ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale»; v. anche Cass., Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 45324, cit. e nota successiva. Sulle incertezze giurisprudenziali derivanti dalla natura ibrida della confisca del profitto illecito, v. anche G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 5 maggio 2017.

ma mai riscosso da quest'ultimo, configurandosi altrimenti «un effetto afflittivo non voluto dal legislatore, che l'ha immaginata come sanzione ripristinatoria dell'indebito arricchimento e non anche ablatoria delle utilità solo potenzialmente ricavabili dall'illecito»³⁶.

Ciò non significa peraltro che la confisca non abbia un ruolo preciso nella dinamica punitiva, risultando vero l'esatto contrario; essa costituisce una fondamentale misura di 'salvaguardia esterna' del sistema propriamente punitivo, predisponendone le 'condizioni di operatività': rimuovendo dal patrimonio del reo le utilità entrate grazie all'*agere illicitum*, la sanzione ablativa consente alle sanzioni univocamente punitive (pena detentiva e/o pena pecuniaria) di dispiegare efficacemente la loro funzionalità preventivo-repressiva, altrimenti compromessa dalla mancata ablazione. Infatti, in ottica *ex ante*, la prospettiva della possibilità per il trasgressore di trattenere il profitto illecito anche in caso di scoperta e sanzionamento della violazione renderebbe contraddittoria l'intimidazione preventiva a carattere generale, poiché – paradossalmente – il “crimine costerebbe” per l'operare delle pene *stricto sensu* ma al tempo stesso “pagherebbe” per la mancata rimozione dei proventi illeciti; in ottica *ex post*, la permanenza del profitto criminoso nel patrimonio dell'autore del reato rappresenterebbe un potente incentivo (ed anche uno strumento utile) alla commissione di nuovi reati e potrebbe fungere da 'ammortizzatore' delle altre sanzioni.

La confisca del profitto, dunque, si presenta anch'essa 'pluridimensionale', dato che la natura ripristinatoria – 'incastonata' nell'oggetto stesso dell'ablazione – può combinarsi ad elementi repressivi – *in primis* l'obbligatoria consequenzialità rispetto alla commissione d'un reato – ed esser pur indirettamente finalizzata ad obiettivi di prevenzione generale e speciale.

Si possono pertanto accostare a ragione confisca e “riparazione pecuniaria” nel sistema di repressione dei delitti contro la Pubblica Amministrazione: entrambe non sono pene in senso stretto ma sono parte integrante della risposta sanzionatoria al reato, entrambe hanno una 'sostanza' ripristinatoria ma presentano anche un carattere afflittivo-punitivo³⁷.

Tuttavia, la dimensione 'pubblicistica' e punitiva della confisca – perlomeno di quella “anticorruzione” – risulta più accentuata: in primo luogo, l'oggetto dell'ablazione non è destinato alla persona offesa/danneggiato ma allo Stato (come per le pene pecuniarie); in secondo luogo, per espresso disposto legislativo, seppur limitatamente alle ipotesi di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti «per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso

³⁶ Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2014, n. 14017, in *C.E.D. Cass.*, n. 259457; più di recente, Cass., VI, 21 gennaio 2016, n. 8044, in *www.dejure.it*.

³⁷ Con conseguenti problemi di sovrapposizione; v. *infra*, par. 8.

ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma», la confisca per equivalente deve essere, «comunque, non inferiore [al valore] del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma» (art. 322 *ter*, comma 2, c.p.). Ciò comporta che al 'corruttore' (a differenza che per il 'corrotto') potranno essere espropriate anche utilità del tutto avulse dal proprio profitto criminoso, poiché il legislatore ha fissato una soglia minima inderogabile di *quantum* confiscabile, calcolata sulla "tangente" concordata con il pubblico funzionario; all'evidenza dietro questo sbarramento normativo sta il ragionamento secondo cui è altamente improbabile che si corrompa per ottenere dei profitti inferiori al costo della corruzione, ma questa logica – puramente presuntiva – si è espressa in un automatismo che consente l'applicazione di misure ablatorie anche laddove il soggetto sanzionato non abbia in concreto beneficiato del *pactum sceleris*³⁸. Qui la deroga alla funzione riequilibratrice della confisca è manifesta, facendo appunto emergere tratti aspramente afflittivi³⁹.

Nella "riparazione pecuniaria" di cui all'art. 322 *quater* c.p., invece, l'oggetto del prelievo sanzionatorio è limitato «al prezzo o al profitto *del reato*» (corsivo della scrivente), non dandosi alcuno spazio a spoliazioni parametrate su guadagni virtuali ed ipotetici.

Inoltre, come già evidenziato, appare estremamente significativo che il beneficiario della "riparazione pecuniaria" coincida con la singola amministrazione lesa dal reato, manifestandosi una funzionalità non solo ripristinatoria – restaurazione dello *status quo ante delictum* – ma propriamente riparativa, dato che il reo viene costretto a versare una sorta di ristoro al soggetto passivo (come sottolinea la stessa rubrica dell'art. 322 *quater* c.p. usando il lemma "riparazione").

7. ... e risarcimento del danno non patrimoniale

L'appena rilevata funzione *riparativa* sembrerebbe messa in dubbio dal fat-

³⁸ Ad esempio perché l'Autorità giudiziaria è intervenuta dopo la formazione dell'accordo corruttivo ma prima della sua esecuzione oppure perché il pubblico agente non ha poi adempiuto alla sua – illecita – obbligazione.

³⁹ Cfr. M. GAMBARELLA, *op. cit.*, pp. 554 e 583 s., il quale individua come possibile «temperamento» di questo «elemento di eccentricità» rappresentato dal comma 2, ultima parte, dell'art. 322 *ter* c.p. la sua inoperatività a fronte della «totale assenza del profitto», mancando in questa ipotesi il primo e imprescindibile presupposto applicativo della confisca di valore.

to che non necessariamente il danno all'amministrazione offesa coincide con il prezzo o profitto del reato.

Certo, in via generale, la coincidenza tra valore del *turpe lucrum* e misura del danno da reato è meramente eventuale, dipendendo dalla struttura della singola fattispecie incriminatrice e dalle circostanze concrete della dinamica criminosa⁴⁰; con specifico riferimento ai reati cui è connessa la "riparazione pecuniaria", deve registrarsi come nella maggior parte delle ipotesi il provento dell'illecito non collimi con il danno patrimoniale cagionato all'amministrazione che poi va a beneficiare della somma corrisposta a titolo sanzionatorio: se nel peculato vi è una tendenziale identificazione tra profitto e danno *ex delicto*, nelle fattispecie corruttive le due grandezze sono tendenzialmente disomogenee, mentre nella concussione provento criminoso e danno tendono a coincidere ma il soggetto (maggiormente) danneggiato, ossia il concusso, non coincide con il soggetto designato come beneficiario della "riparazione pecuniaria" (l'ente pubblico)⁴¹.

Tuttavia, la rilevata discrasia sembra appianarsi se ci si sposta sul piano del danno non patrimoniale. Esiste infatti un chiaro indice legislativo della possibile corrispondenza tra guadagno indebito e danno non patrimoniale, nella veste di danno all'immagine dell'ente d'appartenenza del pubblico funzionario riconosciuto responsabile del reato: nel parametrare il danno erariale, l'art. 1, comma 1 *sexies*, legge n. 20/1994 dispone che «l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente»⁴².

⁴⁰ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 194 ss.; nonché, volendo, D. BIANCHI, *Persiste l'incerto criterio della detraibilità dal profitto confiscabile dell'utilità conseguita dal danneggiato*, in *Parolalladifesa*, 2016, p. 130.

⁴¹ Similmente per i casi di peculato aventi ad oggetto beni di proprietà di privati.

⁴² La norma è richiamata da S. SEMINARA, *Art. 322 quater*, cit., p. 1071. Peraltro, come anticipato, anche il relatore Sen. D'Ascola, nel corso della già richiamata seduta della Commissione Giustizia del Senato n. 185, aveva evidenziato la «funzione multipla» della riparazione pecuniaria, in quanto non solo rispondente ad una «finalità punitiva» ma anche «volta a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione [...] in quanto ogni pubblico ufficiale impegna, con il proprio operato, l'immagine dell'amministrazione di appartenenza», andando così a rilevare un legame tra retroversione del profitto illecito e tutela dell'immagine del singolo ente pubblico offeso; si rammenti anche quanto affermato dall'On. Dorina Bianchi nel già ricordato intervento alla Camera, secondo cui la riparazione pecuniaria «rappresenta una sanzione per l'infedeltà del pubblico ufficiale e per il danno cagionato all'amministrazione di appartenenza» [enfasi dello scrivente].

Com'è evidente, la succitata corrispondenza tra somma da versare *ex art.* 322 *quater* c.p. e danno al prestigio dell'amministrazione non è affatto perfetta, sia perché questo secondo è quantificato nel doppio di quanto indebitamente incamerato dal pubblico agente sia perché, a seguito della riforma del 2019, la "riparazione pecuniaria" è stata estesa ai privati, con conseguente sdoppiamento del suo oggetto, determinato per i privati nel profitto criminoso ritratto da questi ultimi, anziché nella "tangente" incassata dall'*intraneus*. Resta però la suggestione di una qualche connessione tra la sanzione di nuovo conio e il risarcimento del danno non patrimoniale.

Suggestione peraltro rafforzata dalla "curvatura punitiva" che il danno non patrimoniale ha sempre esibito, pur restando in una prospettiva riparatoria. Il danno non patrimoniale, cioè, nella sua intrinseca polifunzionalità, sembra molto vicino alla "riparazione pecuniaria" che ha fatto il suo (re)ingresso nel sistema penale. Anche senza abbracciare le teorie più marcatamente "punitiviste" che vedono nel risarcimento del danno non patrimoniale un'autentica sanzione punitiva⁴³ se non addirittura propriamente penale⁴⁴, si deve infatti riconoscere che l'incomparabilità tra pregiudizio e suo ristoro – cifra della tipologia risarcitoria in parola, incentrata appunto su di un pregiudizio per definizione non patrimoniale e su un ristoro per lo più di tipo patrimoniale – sposta naturalmente la funzione di quest'ultimo da un piano oggettivamente "compensativo" ad un piano (anche) simbolicamente "satisfattivo", dove l'esborso monetario, più che a ripianare un tangibile "danno-conseguenza", va a controbilanciare il fatto illecito in sé e per sé, il "danno-evento" secondo la terminologia civilistica, l'"offesa" secondo il lessico penalistico; con conseguente spostamento dei criteri di quantificazione verso gli indici di commisurazione dell'illecito nella sua globalità, ivi compresi le note modali della condotta e l'elemento soggettivo. Ciò però senza che il risarcimento perda la sua dimensione "intersoggettiva": esso è e rimane lo strumento con cui chi ha realizzato un fatto offensivo va (è costretto) a ristorare chi ha subito un danno⁴⁵.

⁴³ Cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, in particolare p. 272 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

⁴⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 717.

⁴⁵ Cfr. *ex plurimis* M.C. BARBIERI, *op. cit.*, p. 819 ss.; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1815 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 1120 ss.; G. MARTIELLO, *op. cit.*, p. 5 ss.; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 146 ss.; si veda altresì F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 944 ss., che distingue tra «danni (per loro natura) non patrimoniali ma suscettibili di valutazione economica, quali sono i danni biologici», che, «sulla base di una consolidata convenzione sociale», possono essere ricondotti alla «funzione compensativa», e «danni non patrimoniali insuscettibili di valutazione economica», cui è associabile una «funzione satisfattiva», che «può convivere con una funzione sanzionatoria, a seconda dei casi ancillare o trainante».

Questa duplice funzionalità del risarcimento del danno economicamente incalcolabile – punitiva e riparatoria assieme – appare peraltro in linea sia con le sue radici sia con il suo presente e futuro prossimo. Infatti, l'illecito civile e la sua sanzione tipica, il risarcimento, vedono una lunga storia di prossimità al reato e alla pena: l'elemento centrale era (ed è tuttora) l'ingiustizia del danno e, accanto a questo, risaltava la “colpevolezza” della condotta. Il risarcimento era prima di tutto la reazione ad un fatto ingiusto, ad un illecito. Questo almeno fino alla prima metà del '900, quando gli afflatti solidaristici fecero deflettere l'asse della responsabilità civile verso la riparazione delle conseguenze oggettivamente pregiudizievoli, in un'ottica redistributiva più che sanzionatoria, con relativo ridimensionamento dei criteri ascrittivi di carattere soggettivo⁴⁶. Tale riorientamento, tuttavia, non è stato così netto rispetto al risarcimento del danno non patrimoniale (specie rispetto al risarcimento del danno radicalmente insuscettibile di valutazione economica)⁴⁷ e, soprattutto, sembra almeno in parte contraddetto da un recente filone interpretativo, espresso nella già richiamata pronuncia delle Sezioni Unite civili n. 16601/2017, che, nel negare la contrarietà all'ordine pubblico dei “risarcimenti punitivi”, ha riaffermato con grande forza la polifunzionalità della responsabilità civile: «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile». E tale “curvatura deterrente/sanzionatoria”, ossia punitiva, è appunto più accentuata nel risarcimento del danno non patrimoniale⁴⁸.

D'altronde la eterogeneità della reazione sanzionatoria rispetto al pregiudizio arrecato, che come visto segna il contenuto del risarcimento del danno non patrimoniale (pur all'interno di una dinamica riparativa), rappresenta uno degli indici privilegiati della presenza di una natura (anche) punitiva. Sulla eterogeneità/omogeneità delle sanzioni, v. G. MARTIELLO, *op. cit.*, p. 2 ss.

⁴⁶ Si rimanda ancora a M.C. BARBIERI, *op. cit.*, loc. cit.; e a C. SALVI, *op. cit.*, loc. cit.; oltre che a C. PIERGALLINI, “Civile” e “penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1304 ss.

⁴⁷ Ancorché proprio l'ultimo tratto dello scorso secolo abbia visto l'espansione del danno non patrimoniale sulla scorta di istanze personalistiche e solidaristiche; espansione che tuttavia non è equivalsa a dispersione della matrice sanzionatoria: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'irriducibilità del risarcimento del danno da reato ad una logica puramente compensativa oppure al nuovo criterio di determinazione del danno iatrogeno introdotto dalla legge n. 24/2017 (c.d. Gelli-Bianco), secondo cui «Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale», con ciò inserendosi espressamente il grado della colpa – nota distintiva della condotta violatrice e non certo dell'evento dannoso concretatosi – tra gli indici commisurativi del *quantum* risarcibile; v. anche note 21 e 45.

⁴⁸ Per tutti, in prospettiva civilistica, C. SALVI, *op. cit.*, p. 1822; in ottica penalistica, M. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 188 ss.

In definitiva, nel nostro ordinamento esiste già un istituto che presenta un'insopprimibile ambivalenza funzionale, punitivo-ripristinatoria, specchio di una bidimensionalità teleologica, ad un tempo "privatistica" (intersoggettiva, se si vuole) – si mira a soddisfare il soggetto specificamente lesionato – e "pubblicistica" – si mira a tutelare la società mediante la prevenzione degli illeciti –, e che, coerentemente, ai fini della commisurazione della conseguenza sanzionatoria guarda ad elementi ulteriori e diversi dal danno emergente e dal lucro cessante: è il risarcimento del danno non patrimoniale, che *sub specie* di danno all'immagine nei confronti della Pubblica Amministrazione trova una sua correlazione normativa al provento illecitamente ottenuto dal trasgressore/danneggiante⁴⁹.

Il parallelismo tra il risarcimento del danno non patrimoniale e l'ambigua sanzione di cui all'art. 322 *quater* c.p. appare insomma giustificato, sia per la *ratio essendi* del primo, sia per le sue origini, sia per la sua direttrice evolutiva.

Sembrirebbe allora che la "riparazione pecuniaria" anticorruzione vada idealmente a collocarsi tra la confisca *ex* art. 322 *ter* c.p. (anche topograficamente prossima) e il risarcimento del danno non patrimoniale (e la categoria dei risarcimenti ultra-compensativi in genere), dato che – ferma restando la sua natura mista ripristinatorio-punitiva – presenta un grado di "pubblicità-afflittività" inferiore rispetto alla misura ablativa (per la natura del beneficiario e per l'indifferenza rispetto ai vantaggi economici non effettivamente lucrati dal reo) e maggiore rispetto alla sanzione risarcitoria (per il tipo di illecito-presupposto, per la sede ed il regime applicativo).

8. *L'insopprimibile doppiezza della riparazione pecuniaria e le sue ricadute applicative*

All'esito del percorso d'analisi, dunque, se esce confermata la natura punitiva della "riparazione pecuniaria", appare però altrettanto innegabile la sua natura riparatoria. Gli elementi di fattispecie che indiziano quest'ultima – la destinazione del pagamento alla singola amministrazione danneggiata, il calco-

⁴⁹Un ulteriore 'contrappunto' civilistico alla "riparazione pecuniaria" di cui all'art. 322 *quater* c.p. può rinvenirsi, come detto, nella anomala "clausola penale" prevista come sanzione civile dell'emissione di assegni scoperti, la quale presenta un contenuto riparatorio (va a beneficiare il creditore soggetto passivo dell'illecito) ma esibisce pure una connotazione punitiva e pubblicistica; v. *supra*, par. 4.

lo del pagamento in base ai guadagni illeciti – trovano conforto nell'accostamento all'istituto del risarcimento del danno non patrimoniale – storicamente ed 'evolutiveamente' inquadrato – e, a ben vedere, anche in un preciso dato testuale.

Infatti, il comma 4 dell'art. 165 c.p., che come detto subordina la concessione della sospensione condizionale della pena «al pagamento della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria», fa espressamente salvo «il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno». Con quest'ultimo inciso il legislatore afferma inequivocabilmente che quanto corrisposto «a titolo di riparazione» non è un qualcosa di assolutamente eterogeneo rispetto al «risarcimento del danno», poiché qualifica quest'ultimo in relazione alla prima non solo come «eventuale» ma anche come «ulteriore», cioè a dire che la riparazione *ex art. 322 quater c.p.* può anche ricomprendere ed esaurire l'obbligazione risarcitoria.

E non pare che vi sia contraddizione rispetto all'ultima proposizione dello stesso art. 322 *quater c.p.*, secondo cui il pagamento a titolo sanzionatorio lascia «impregiudicato il diritto al risarcimento del danno»: tale disposizione, anziché esser intesa come istitutiva di una rigida ed assoluta incomunicabilità tra riparazione e risarcimento, può essere interpretata nel senso che la riparazione pecuniaria non può ritenersi di per sé assorbente ogni debenza a titolo risarcitorio, potendo sempre il danneggiato vedersi liquidato il maggior danno, ma, come chiarito dal comma 4 dell'art. 165 c.p., tale maggior danno può anche risultare concretamente insussistente.

Il cerchio sembra chiudersi laddove si consideri che anche nella primigenia riparazione pecuniaria del Codice Zanardelli ('pescata' dal Codice sardo-piemontese del 1859) si combinavano inestricabilmente l'anima punitiva e quella riparatoria: se essa era certamente da ritenersi "complemento penale", d'altro canto svolgeva anche un'indiscutibile funzione di "soddisfazione all'offeso", tanto che secondo parte degli interpreti doveva leggersi come vero e proprio risarcimento dei danni morali *ex delicto*⁵⁰.

Si può allora sostenere che l'alternativa tra prospettiva punitiva e prospettiva ripristinatoria non può essere sciolta: la riparazione pecuniaria *ex art. 322 quater c.p.* è istituto ontologicamente ambiguo, in esso le due nature convivono irriducibili l'una all'altra, risultando plausibile una 'sistemazione mediana' tra l'istituto penalistico – ma sostanzialmente ripristinatorio – della confisca dei proventi illeciti e l'istituto civilistico – ma velatamente punitivo – del risarcimento del danno non patrimoniale.

Venendo alle ricadute in punto di principi e soluzioni applicative, appare

⁵⁰ Si veda ancora S. SEMINARA, *Riflessioni sulla "riparazione"*, cit., p. 554 s.

anzitutto da ribadire l'assoggettabilità della "riparazione pecuniaria" alle garanzie minime della "materia penale"⁵¹, a cominciare dalla tassatività-irretroattività⁵², in considerazione del suo carattere – anche – punitivo, peraltro – deliberatamente – accentuato dalla recente riforma "Spazzacorrotti". Ciò però senza cancellare la natura intrinsecamente riparatoria dell'istituto, che, sul piano dei principi, implica una diversa declinazione della proporzionalità, la quale non potrà esser rigidamente rapportata alla dimensione offensiva e alle note soggettive del fatto di reato ma richiederà piuttosto una stretta delimitazione dell'oggetto della sanzione rispetto a quanto effettivamente lucrato dal trasgressore. Pertanto, prendendo ad esempio l'emblematico reato di corruzione propria, il privato corruttore dovrà versare una somma pari al proprio profitto ottenuto grazie all'atto contrario ai doveri d'ufficio del pubblico agente corrotto, mentre quest'ultimo dovrà corrispondere all'amministrazione lesa il prezzo di quell'atto, a condizione che questo prezzo e quel profitto siano effettivamente entrati a far parte del patrimonio delle parti dell'accordo illecito⁵³. Quindi, la congiunzione disgiuntiva "o" che lega "prezzo" e "profitto" nell'art. 322 *quater* non può che stare a significare che ciascuno dei concorrenti necessari nel reato deve pagare a titolo sanzionatorio una somma calcolata sul solo incremento patrimoniale derivato a proprio beneficio dal fatto criminoso: il prezzo per il pubblico agente, il profitto per il privato. Appare dunque chiaro che il privato non potrà esser condannato a versare somme eccedenti la propria locupletazione e così per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, non potendosi ad esempio richiedere il prezzo della corruzione al

⁵¹ Non identificabili *tout court* con quelle del diritto penale in senso stretto, il quale ultimo esige quella "pienezza delle garanzie" non pedissequamente trasferibile al diritto punitivo amministrativo: tra gli altri, A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Leg. pen.*, 2018, p. 9 ss.; V. MANES, *Profitti e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1002 ss.; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, in particolare p. 71 ss. e p. 253 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, V ed., Torino, 2013, p. 49 ss.; nonché, volendo, per una panoramica della giurisprudenza costituzionale, D. BIANCHI, *Irretroattività e retroattività*, *cit.*, p. 259 ss.; si vedano inoltre le recenti – già citate – pronunce della Corte cost. n. 63/2019 (in materia di retroattività *in melius*) e n. 112/2019 (in materia di proporzionalità).

⁵² Sul punto dottrina e giurisprudenza sono concordi: per tutti, a livello dottrinale, C. BENUSSI, *Art. 322-quater*, *cit.*, p. 463; F. RIGO, *op. cit.*, p. 2166; a livello giurisprudenziale, Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, *cit.*, e Cass., Sez. VI, 12 luglio 2018, n. 38574, in *www.italgiure.giustizia.it*.

⁵³ Ferma restando, quanto al profitto derivante da un "reato in contratto", la detraibilità dei "costi leciti" sostenuti per l'adempimento del contratto stesso: cfr., M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 568 ss.; V. MONGILLO, voce *Profitto del reato e confisca*, *cit.*; nonché, volendo, D. BIANCHI, *Persiste l'incerto criterio*, *cit.*

primo o il profitto della stessa ai secondi: a prescindere dall'estrema problematicità dell'impiego del principio solidaristico rispetto a sanzioni dalla natura ripristinatorio-punitiva⁵⁴, qui è un preciso dato testuale che, letto alla luce del principio di proporzione, impedisce in radice operazioni di addebito al reo di somme che sopravanzano ciò che ha realmente guadagnato dall'illecito⁵⁵.

Così chiarite le due principali – interrelate – questioni applicative attinenti, da un lato, alla definizione dell'oggetto della “riparazione pecuniaria” e, dall'altro, alla distribuzione e comunicabilità del prelievo ai concorrenti nel reato, non si può trascurare il nodo del cumulo sanzionatorio, in relazione primariamente alla confisca *ex art. 322 ter c.p.*⁵⁶ e al risarcimento del danno non patrimoniale all'amministrazione lesa.

Quanto alla prima, come riconosciuto dalla Suprema Corte⁵⁷, la cessione del provento del reato in favore del danneggiato di regola preclude l'applicazione della misura ablativa, poiché in tal caso la “riparazione” già ha svolto la funzione di riequilibrio economico propria della confisca e il cumulo tra le due misure sanzionatorie (dall'identico oggetto, che quindi verrebbe duplicato) si porrebbe certamente in frizione con i principi di proporzione e *ne bis in idem*⁵⁸; potrebbe però residuare la possibilità di assoggettare il privato corruttore ad un ulteriore prelievo a vantaggio dello Stato ai sensi dell'art. 322 *ter*, comma 2, ultima parte, c.p., fino a pareggiare il prezzo della corruzione eventualmente superiore all'illecito profitto, dato che così impone la norma in un'ottica marcatamente punitiva⁵⁹. Una perplessità potrebbe inoltre sorgere

⁵⁴ Principio consolidatosi in giurisprudenza con riferimento alla confisca, ma costantemente avvertato in dottrina: v., per tutti, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., p. 259 ss.; M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 587 s.; F. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 168 s.

⁵⁵ Ciò dovrebbe valere anche per i concorrenti eventuali, così che, ad esempio, colui che ha “suggerito” il patto corruttivo concluso da altri soggetti, non dovrebbe subire la “riparazione pecuniaria” laddove da quel patto non abbia ottenuto nessun vantaggio economicamente valutabile.

⁵⁶ Fin da subito la dottrina ha evidenziato la problematicità del coordinamento tra confisca e riparazione pecuniaria: *ex plurimis*, C. BENUSSI, “Riparazione pecuniaria”, cit., p. 754 s.; M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 590; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione*, cit., p. 14 s.; C. PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 661 s.; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 520.

⁵⁷ V. Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2017, n. 9990, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2019, n. 16872, *ivi*, le quali, «attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata» escludono espressamente che alla riparazione pecuniaria possa sommarsi la confisca-sanzione.

⁵⁸ Così F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *www.la-legislazionepenale.eu*, 2 agosto 2019, p. 18.

⁵⁹ V. *supra*, par. 6.

qualora, non essendosi optato per il patteggiamento⁶⁰ e comunque non essendo stata versata la somma individuata dall'art. 322 *quater* c.p., il giudice pervenga ad applicare congiuntamente “riparazione pecuniaria” e confisca e quest’ultima venga ad essere eseguita antecedentemente rispetto all’altra: in questo caso la somma in favore dell’ente pubblico danneggiato è sempre dovuta? La soluzione non appare immediata ma si potrebbe sostenere che, in sede penale e sul piano strettamente sanzionatorio, come la “riparazione pecuniaria” preclude la confisca così questa dovrebbe precludere la prima, tuttavia la confisca non può in alcun modo precludere il diritto al risarcimento del danno dell’amministrazione lesa⁶¹, sicché quest’ultima – che non è la beneficiaria del provvedimento confiscatorio – ben potrebbe agire per il risarcimento del danno, anche non patrimoniale.

Quando invece la “riparazione pecuniaria” abbia avuto esecuzione, appare doveroso detrarre dal *quantum* risarcibile all’amministrazione lesa ciò che è già stato versato *ex art.* 322 *quater* c.p., pena un ingiustificato arricchimento da parte dell’ente pubblico.

In definitiva, stretto com’è tra confisca e risarcimento, la funzione dell’istituto della “riparazione pecuniaria”, nella sostanza, viene ad esaurirsi nell’assicurare l’obbligatorietà e la – presumibile⁶² – celerità della prestazione riparatoria, conferendo a quest’ultima un’indubbia coloritura punitiva ma conservandone l’essenza riparativa.

⁶⁰ Che, come già ricordato, vede la dazione in favore dell’amministrazione offesa del prezzo o profitto del reato come condizione di ammissibilità del rito, seppur con discutibili esenzioni soggettive: v. *supra*, par. 2.

⁶¹ Come ricordato da Cass., Sez. VI, 6 giugno 2017, n. 38994, in *www.dejure.it*.

⁶² Il reo è infatti spinto alla riparazione pecuniaria sia perché questa, come ridetto, è condizione di ammissibilità del patteggiamento sia perché ad essa è subordinata *ex lege* la concessione della sospensione condizionale.

DANNI DA ATTIVITÀ DI IMPRESA E RISARCIMENTO ULTRACOMPENSATIVO

di *Francesca Degl'Innocenti*

SOMMARIO: 1. Riparazione e deterrenza nella responsabilità di impresa. – 2. Valorizzazione dell'effettività della tutela in chiave punitiva: un varco aperto dalle Sezioni Unite? – 3. Il risarcimento oltre la logica della sola compensazione del danno e della tutela individuale. – 4. Criticità di un riconoscimento generalizzato del risarcimento ultracompensativo.

1. *Riparazione e deterrenza nella responsabilità di impresa*

Il tema della responsabilità di impresa rappresenta un ambito primario di complessità sociale che giustifica l'adozione di un particolare angolo di visuale da cui riguardare i conflitti che sorgono fra danneggiante e danneggiato, se del caso adattando problematiche, regole e tecniche di tutela civile alle peculiari caratteristiche e dimensioni dell'autore dell'illecito. Tali premesse sembrerebbero orientare anche le diverse soluzioni prospettabili in risposta agli specifici obiettivi di deterrenza posti dall'ordinamento e affidati alle regole di responsabilità. Sotto questo specifico profilo, nel solco di una riflessione scientifica avviata nel nostro ordinamento sin dagli anni Ottanta del secolo scorso per l'introduzione di sanzioni o "pene private" da affiancare al sistema repressivo penalistico, e complici anche i recenti interventi giurisprudenziali in materia di c.d. "danni punitivi", la quantificazione e la graduazione del danno hanno assunto un rilievo centrale e crescente nel soddisfare esigenze di effettività della tutela giuridica¹.

Lo scopo della tutela risarcitoria si identifica primariamente nell'eliminazione o riparazione delle conseguenze negative che discendono da comportamenti illeciti. In questo senso, la riparazione soddisfa o ristora la vittima del

¹Sull'opportunità di introdurre un sistema di "pene private", cfr., nella letteratura civilistica, su tutti F.D. BUSNELLI-G. SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, e, successivamente, F. GALGANO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

pregiudizio subito e il risarcimento è apprezzabile in termini di *compensazione* di una perdita o di una *deminutio* delle proprie libertà o dell'integrità di un diritto o di altra posizione giuridica meritevole di tutela².

Dal punto di vista più immediatamente riferito alla sfera del danneggiante, la sanzione pecuniaria, o anche solo la sua minaccia, esplica anche un'importante funzione deterrente, in grado di orientare i consociati verso un agire lecito e corretto e, di conseguenza e indirettamente, di prevenire la proliferazione dei danni. Ciò è particolarmente evidente in relazione all'impresa, rispetto alla quale la tutela riparatoria è concepita come tecnica di internalizzazione dei costi sociali derivanti dall'attività imprenditoriale particolarmente efficace sul piano della deterrenza³. L'applicazione delle regole di responsabilità sarebbe cioè funzionale ad una riallocazione soggettiva del danno, o meglio del costo dello stesso, dalla vittima al danneggiante, e sarebbe così in grado di persuadere quest'ultimo ad adottare misure preventive efficienti per evitare le conseguenze prevedibili derivanti dalla loro inosservanza. La prospettiva è ben delineata nella disciplina dettata in materia di responsabilità per danno ambientale dalla direttiva 2004/35/CE – nell'ordinamento italiano, ora confluita nel d.lgs. n. 152/2006 – che introduce un modello di responsabilità fondato sul principio “chi inquina paga”, in base al quale «l'operatore che provoca un danno ambientale o è all'origine di una minaccia imminente di tale danno dovrebbe di massima sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione» (considerando n. 18).⁴

² Sulle funzioni della responsabilità molteplici sono i contributi in letteratura; con particolare riguardo alla funzione compensativa, cfr., *ex multis*, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 79 e p. 107; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, II, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, p. 733 ss.; M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, p. 357 ss.

³ Ampiamente noti, al riguardo, sono le teorie propuginate dall'analisi economica del diritto, per la quale ci si limita qui a rinviare, *ex multis*, a G. CALABRESI, *The costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970, trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, a cura di A. De Vita-V. Varano-V. Vigoriti, Milano, 1975 (rist. 2015, con presentazione di S. Rodotà e di E. Al Mureden) e R.A. POSNER, *Economic analysis of law*, New York, 2007; nella letteratura italiana, d'obbligo è il rinvio all'opera di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 e, più di recente, ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017. Sul tema della responsabilità di impresa sia consentito il rinvio alla riflessione più ampiamente svolta in F. DEGL'INNOCENTI, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Napoli, 2019, specie, per un riferimento alla funzione “punitiva” della responsabilità, p. 25 ss.

⁴ Sul contenuto della direttiva 2004/35/CE, cfr. B. POZZO (a cura di), *La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e di riparazione del danno ambientale*, Milano, 2005.

Gli effetti che discendono dall'internalizzazione dei costi da parte dell'impresa sono, quindi, apprezzabili tanto sotto il profilo riparatorio, quanto nell'ottica della prevenzione. Infatti, la riparazione è garantita dalla circostanza che «l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile»; la prevenzione rappresenta l'effetto immediatamente successivo e conseguente, nella misura in cui la prospettiva di risarcire i danni indurrebbe «gli operatori ad adottare misure e sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale» (2 considerando).

Senonché appare di immediata evidenza che se, in una logica di politica del diritto, gli obiettivi di deterrenza sui quali dovrebbe fondarsi la funzione general-preventiva della responsabilità appaiono ampiamente condivisibili, tuttavia, rispetto alle attività di impresa, la previsione generale e astratta del paradigma sanzionatorio non pare sempre in grado di realizzare concretamente ed efficacemente lo scopo che essa intenderebbe perseguire. E, infatti, l'efficacia intimidatoria che oggi la previsione dell'obbligo risarcitorio è in grado di sortire è minore rispetto al passato e senz'altro è limitata nelle ipotesi, non così rare, in cui il danneggiante ravvisi una maggiore convenienza o un minore aggravio economico nel provocare i danni, piuttosto che nell'adottare dispendiosi strumenti di prevenzione. È il caso, per esempio, dell'industria che inquina, per la quale potrebbe risultare più conveniente indennizzare i vicini, piuttosto che predisporre preventivamente dei depuratori o modificare il proprio sistema produttivo in modo da renderlo meno inquinante. Fra i fattori che contribuiscono a ridurre l'efficacia general-preventiva della responsabilità si annovera anche il frequente ricorso all'assicurazione della responsabilità civile, che inevitabilmente induce il privato ad una maggiore libertà di azione nella consapevolezza che sarà coperto per gli eventuali danni cagionati⁵.

A ciò si aggiunga che l'onere economico imposto all'imprenditore, chiamato a vario titolo a risarcire il danno, gli è solo provvisoriamente addossato: in realtà esso, in ultima via, viene a gravare sull'intera collettività come costo aggiuntivo dell'attività produttiva che l'imprenditore trasla sugli utenti, mediante un aumento del prezzo dei beni e dei servizi offerti. Il trasferimento, ancorché impercettibile, sul costo dei prodotti finali dell'onere fi-

⁵ Sui rapporti fra responsabilità e assicurazione cfr., *ex multis*: P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Il corr. giur.*, 2017, 6, p. 749 ss. e ID., *Responsabilità civile e contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 245 ss.; S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993; nella letteratura straniera, cfr. di recente A. FENYVES-C. KISSLING-S. PERNER-D. RUBIN (a cura di), *Compulsory liability insurance from a European perspective*, Berlin, 2016.

nanziario della responsabilità ridurrebbe fortemente il costo degli incidenti che rimarrebbero a carico delle imprese e sul quale, in ipotesi, si fonderebbe proprio la funzione general-preventiva dell'illecito⁶.

Anche la plausibile assenza di reazione ad alcuni tipi di illecito introduce potenziali vuoti di protezione in grado di alterare il regolare meccanismo di deterrenza svolto dalla fattispecie risarcitoria. A tale riguardo, si considerino la scarsa probabilità di azione in giudizio da parte delle vittime dei c.d. *mass torts*, eventi lesivi che colpiscono una moltitudine indifferenziata di soggetti e rispetto ai quali, per i singoli, può anche essere difficile provare una perdita di utilità patrimoniali o personali di vita, o ancora l'inazione di coloro che subiscono "microviolazioni", indotta dalla prospettiva di sopportare costi, in termini di denaro e di tempo, superiori al danno compensabile⁷. Di fronte a tali fenomeni, l'autore dell'illecito, trovandosi nella situazione in cui difficilmente sarà chiamato a risarcire il danno, non sarà neppure indirettamente sollecitato ad adoperarsi *ex ante* per impedire che l'evento dannoso si verifichi, né a migliorare in termini qualitativi la propria attività⁸.

⁶Sulla "socializzazione" del costo dei danni, cfr. F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, 1, pp. 82-83, e anche la riflessione di G. GHIDINI, *L'illecito dell'impresa*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, L'impresa*, vol. II, Padova, 1978, pp. 435-436.

⁷Sulle ipotesi rispetto alle quali la funzione deterrente della responsabilità civile potrebbe non operare pienamente, cfr.: P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 16 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'evoluzione del sistema della responsabilità civile ed i danni punitivi*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 ottobre 2016, e ID., *Le Sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio* (nota a Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601), in *Resp. civ.*, 2017, p. 1190, il quale evidenzia come la sanzione privata avrebbe una sua utilità laddove sia difficile ravvisare o provare una perdita o una lesione o quando il danno da risarcire non sia in grado di svolgere un' apprezzabile funzione dissuasiva, in quanto inferiore al profitto conseguibile dall'autore dell'illecito; sui *mass torts*, cfr. G. PONZANELLI, *Mass Torts nel diritto italiano*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 173 ss., e, con particolare riferimento alle c.d. "microviolazioni", M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 1092 e ID., *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015, p. 313 ss.; v. anche S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2017, p. 262 ss., spec. p. 265 s. In argomento, cfr. anche F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. Dir. priv.*, 2009, p. 934 ss. per una concezione del risarcimento punitivo non solo nell'ottica di contrastare il conseguimento di un profitto da parte del danneggiante, ma anche in funzione di premiare la vittima che si sia spesa per far valere il proprio diritto avverso una condotta particolarmente riprovevole.

⁸Sul punto, cfr. ampiamente C. AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giur. Econ.*, 2008, 1, p. 11 ss., il quale evidenzia come «problemi tipici dell'azione individuale, quello della conoscenza (da parte del potenziale danneggiante)» delle conseguenze economiche che sarà chiamato a sostenere «e quello delle economie di scala

2. Valorizzazione dell'effettività della tutela in chiave punitiva: un varco aperto dalle Sezioni Unite?

In un contesto come quello sopra descritto, l'attenzione al profilo punitivo della responsabilità assume, quindi, una rinnovata valenza nell'ambito di un'architettura di valori prodromica a garantire l'effettività della tutela⁹.

Nel nostro ordinamento, il tema si lega al rinverdito dibattito sorto in conseguenza del recente intervento delle Sezioni Unite in materia di c.d. *punitive damages*¹⁰. Come è ampiamente noto, la sentenza richiamata (Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601) si è pronunciata sulla concessione dell'*exequatur* ad una sentenza straniera ritenuta dal ricorrente in cassazione contraria all'ordine pubblico in quanto recante la condanna al pagamento di un indennizzo anche a titolo di danni punitivi.

Sul presupposto argomentativo che l'ordine pubblico debba essere interpretato quale insieme di tutele e di principi fondamentali con funzione promozionale e di tutela dei diritti fondamentali, desumibili dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, le Sezioni Unite hanno statuito che non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto anglosassone dei

(sopportate dalle vittime)» che tocca i costi del giudizio «sono in grado di minare alle fondamenta l'efficacia deterrente riconosciuta alla responsabilità civile» (p. 16).

⁹Sulle ragioni che militano a favore del riconoscimento dei danni punitivi, di tipo retributivo, educativo, preventivo e di *law enforcement*, cfr., *ex multis*, nella letteratura straniera, D. Owen, *Product Liability Law*, St. Paul Minn., 2005, p. 1132 ss. Per un approccio al tema dei danni punitivi secondo la prospettiva dell'analisi economica del diritto, cfr. in particolare A. MITCHELL POLINSKY-S. SHAVELL, *Punitive damages: an Economic Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1998, p. 869 ss., i quali ritengono il risarcimento ultracompensativo funzionale nelle ipotesi in cui le possibilità che il responsabile del danno sia chiamato a risponderne siano scarse; in tale frangente, troverebbe in particolare applicazione il principio del c.d. *multiplier principle*, in base al quale l'autore del danno dovrebbe corrispondere una somma inversamente proporzionale alla possibilità di essere condannato, sì che potrà essere risarcito il danno che si suppone la sua attività abbia complessivamente causato, comprensivo anche di quello provocato a coloro che, per varie ragioni (ad esempio perché non hanno agito in giudizio), non hanno ottenuto un risarcimento.

¹⁰Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, pubblicata e commentata, fra l'altro, in *Foro it.*, 2017, 9, *ivi* con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, p. 2630 ss. e di P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, p. 2648 ss. Sui possibili effetti della pronuncia sul piano del risarcimento del danno, cfr. i diversi contributi in E. GABRIELLI-A. FEDERICO (a cura di), *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 10, p. 2274 ss.; in dottrina, cfr. anche: G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. Impr.*, 2017, 4, p. 1084 ss., M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, *ivi*, p. 1107 ss., G. PONZANELLI, *Sezioni Unite e danni punitivi*, *ivi*, p. 1122 ss., F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, *ivi*, p. 1129 ss.

*punitive damages*¹¹. Tuttavia, al fine di aumentare l'entità del risarcimento oltre quanto necessario all'integrale riparazione del danno occorre un'opportuna intermediazione legislativa, ovvero sia che, in virtù del principio di legalità (art. 23 Cost., in correlazione con gli artt. 24 e 25 Cost. e con l'art. 7 CEDU), siano rispettati gli inderogabili principi di tipicità e prevedibilità della condanna pecuniaria a cui si intende assoggettare i privati, cioè si possa individuare nell'ordinamento straniero un fondamento normativo della "sanzione" che si intende applicare e in ogni caso siano garantiti specifici limiti quantitativi del danno risarcibile.

In assenza di tali presupposti, a differenza di quanto si verifica nei paesi di *common law*, nel nostro ordinamento giuridico – e, in termini più generali, nei paesi di tradizione giuridica continentale – il giudice non è legittimato «ad imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati»¹².

La sentenza pone, in realtà, molti nodi da sciogliere che attengono in primo luogo al perimetro applicativo che gli stessi giudici hanno inteso riconoscere al risarcimento punitivo, e cioè se il riconoscimento operato debba essere limitato alla delibazione di sentenze straniere comminatorie di tali danni o se, invece, sia stato creato un varco per accreditare una più generalizzata funzione punitiva della responsabilità¹³.

¹¹ Come è ben argomentato già nell'ordinanza di remissione alle sezioni unite, Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 (in *Il corr. giur.*, 2016, 7, p. 909 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, p. 1285 ss., con nota di M. GAGLIARDI, *Uno spiraglio per i danni punitivi: ammissibile una sfumatura sanzionatoria nel sistema di responsabilità civile*), il concetto di ordine pubblico non è inteso più, in un'accezione restrittiva, come complesso di principi che informano l'ordinamento giuridico nazionale in un dato periodo storico e ne caratterizzano la struttura etico-sociale, fungendo altresì da limite all'ingresso di istituti stranieri che potrebbero comprometterne la coerenza interna, bensì, è espressione di principi comuni ai diversi ordinamenti e risulta fondato su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo in una prospettiva costituzionalmente orientata e aperta alle norme sovranazionali.

¹² Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit. In conformità anche a quanto previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea relativo ai "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene", dovrebbe rappresentare un ulteriore presupposto operativo delle "pene private" il rispetto del principio di proporzionalità fra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta che si intende censurare; cfr., in dottrina, M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 313, e L. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, p. 454.

¹³ Fra gli altri, circoscrive la rilevanza del tema al riconoscimento di sentenze straniere comminatorie di risarcimenti ultracompensativi, G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *www.juscivile.it*, 2018; dello stesso avviso anche C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 919, il quale osserva che l'introduzione

In secondo luogo, è dato chiedersi se il principio di legalità cui fanno cenno i giudici debba essere inteso in senso restrittivo quale espressione di un principio di tipicità delle fattispecie “punitive” – alla stregua di quanto previsto nel diritto penale – o non sia, invece, sufficiente e preferibile un’interpretazione di tale requisito che, prescindendo da un richiamo formale ad una previsione normativa, richieda quanto meno delle “linee guida” o degli “indici” in grado di rendere determinabile il *quantum damni* secondo principi di razionalità e proporzionalità, in modo peraltro non dissimile da quanto già si verifica per la quantificazione del danno biologico tramite il sistema tabellare di matrice giudiziale¹⁴.

Del resto, proprio ove i danni punitivi hanno trovato origine e margini di diffusione più ampi, cioè nei paesi di *common law*, i requisiti di certezza richiesti possono essere soddisfatti pur in assenza di puntuali previsioni normative. Difatti, i principi sanciti in tema di liquidazione dei danni punitivi, a partire da alcune note pronunce della Corte Suprema americana intervenute sin dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso, operano quali “regole giuridiche” in grado di orientare (e, per effetto del principio dello *stare decisis*, di vincolare) gli interpreti del diritto, favorendo soluzioni maggiormente prevedibili in termini di danno risarcibile¹⁵. Evidentemente una comprensibile resi-

all’interno del sistema giuridico civilistico di un rimedio generale di stampo punitivo richiederebbe necessariamente un’intermediazione legislativa, stante la riserva di legge di cui all’art. 23 Cost.

¹⁴ Su esigenze di tassatività e tipicità meno accentuate per i danni punitivi rispetto alle sanzioni pubbliche, cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 75. Ritenono che sia sufficiente e necessario non già un “ancoraggio normativo” inteso in termini restrittivi quale intermediazione legislativa, ma la presenza di criteri e linee guida certe, A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, p. 60, e A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1793, il quale comunque esclude che la legittimità di misure sanzionatorie possa fondarsi implicitamente (ed esclusivamente) sullo stesso riconoscimento del diritto oggetto di tutela. In giurisprudenza, si veda sul tema anche Corte Giust., 17 dicembre 2015, n. C-407/14, *Camacho c. Securitas Seguridad España SA* (pubblicata in *Foro it.*, 2016, IV, p. 105, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Punitive damages per licenziamento discriminatorio al vaglio della Corte di giustizia*), la quale ha statuito che, a fronte di una richiesta di danni punitivi (nel caso specifico, avanzata da una lavoratrice in base all’art. 18, direttiva 2006/54/CE sulle pari opportunità e parità di trattamento fra uomo e donna in tema di impiego), spetti all’ordinamento giuridico dello Stato membro in cui manchi una normativa interna che consenta l’attribuzione di detti danni determinare i criteri per la quantificazione della sanzione, purché i criteri siano conformi a principi di effettività e proporzionalità.

¹⁵ Nei paesi di *common law*, al fine di contrastare la tendenza delle corti a riconoscere *punitive damages* in entità sproporzionata e quindi per arginare fenomeni di *overdeterrence*, si è affermata una controtendenza rispetto a quella iniziale, più generosa a riconoscere i danni punitivi, ed è stato ridimensionato il “multiplo” del danno liquidabile a tale titolo; la determinazione

stenza al riconoscimento dei danni punitivi nei sistemi di *civil law* trae fondamento anche da una diversa concezione, rispetto ai paesi di *common law*, del ruolo e delle prerogative del giudice, oltre che da differenze sostanziali sotto il profilo delle tutele (specie) collettive azionabili.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, una lettura costituzionalmente orientata – che presuppone la sussistenza di una causa che giustifichi ogni attribuzione patrimoniale – e coerente con i fondamentali giuridici del paradigma risarcitorio dovrebbe ragionevolmente indurre ad escludere che la “sanzione aggiuntiva” persegua finalità di tipo afflittivo, di stampo tipicamente penalistico e giustificate dalla riprovazione sociale verso un atto criminoso, né tanto meno è ipotizzabile un rimedio che garantisca il conseguimento di un profitto da parte del danneggiato, a ciò contrastando il portato normativo di cui al combinato disposto di cui agli artt. 1223 e 2056 c.c., in virtù del quale il danno, comprensivo della perdita subita e del lucro cessante, è risarcibile nella misura in cui (e solo se) esso sia “conseguenza immediata e diretta” dell’illecito¹⁶.

del *quantum damni* non può, quindi, essere rimessa al potere arbitrario del giudice, il quale dovrà invece attenersi ai principi di ragionevolezza, differenziazione e proporzionalità. In particolare, la Corte Suprema degli Stati Uniti (Corte Suprema USA, 20 maggio 1996, caso *BMW of North America v. Gore*) è intervenuta a sancire quali criteri determinativi per limitare tali danni: i) il *livello di repressibilità* del comportamento illecito; ii) la *proporzionalità* fra *punitive damages* e risarcimenti compensativi, pena altrimenti la lesione della clausola del *due process of law* (i risarcimenti non possono cioè essere liquidati in misura pari o superiore di 10 volte rispetto al *quantum damni*), iii) il confronto con altre sanzioni esistenti nell’ordinamento per condotte analoghe (i *punitive damages* non sono, quindi, concepiti come sostitutivi delle sanzioni penali). In una successiva e nota pronuncia, la Corte Suprema (Corte Suprema USA, 20 febbraio 2007, *Philip Morris USA v. Williams*), oltre ad aderire all’indirizzo sopra citato, sancisce il principio secondo cui la determinazione dei *punitive damages* deve tener conto solo della posizione di chi agisce in giudizio, e non anche di altri soggetti potenzialmente lesi; è invece legittima una maggiore richiesta se, con l’esercizio di una *class action*, il ristoro venga poi ripartito fra coloro che hanno subito la medesima lesione. Per una rassegna sul punto, cfr. A. MALOMO, *op. cit.*, specie p. 12 ss. e G. PONZANELLI, *L’incostituzionalità dei danni punitivi* “grossly excessive”, in *Foro it.*, IV, 1996, p. 421 ss. e, sul tema della *overcompensation*, ID., *Responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 30.

¹⁶ Sul punto vedi anche S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, cit., pp. 262-263 e G. PONZANELLI, *Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018, 10, p. 2276. *Contra* il riconoscimento dei danni punitivi si vedano: C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, p. 349 ss., specie p. 359 ss., (già in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.), il quale ritiene che il “risarcimento punitivo”, che consenta al danneggiato di conseguire un valore maggiore di quello che ristora la perdita, risulterebbe inammissibile in quanto privo di causa; C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all’ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *www.giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018; P. TRI-

Sussistono, tuttavia, indici normativi che sembrerebbero caratterizzati da una certa connotazione sanzionatoria; come è stato da più parti osservato, oltre che rimarcato dalla pronuncia a Sezioni Unite, specie in alcuna legislazione speciale, la gravità del fatto assurge a parametro per la quantificazione del danno risarcibile o legittima una sanzione pecuniaria aggiuntiva, che va al di là della somma necessaria ad eliminare la perdita subita. Valga in questa sede ricordare alcune previsioni normative – sulla cui connotazione punitiva non sussiste, in realtà, uniformità di vedute nella riflessione scientifica –: l'art. 96, comma 3, c.p.c. sulla responsabilità aggravata di chi agisce o resiste in giudizio in mala fede o colpa grave; l'art. 614 *bis* c.p.c. che prevede misure coercitive indirette; l'art. 125, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 in materia di proprietà industriale, che ammette la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione; l'art. 12, legge 8 febbraio 1948, n. 47, sulla riparazione pecuniaria in caso di diffamazione a mezzo stampa, comprensiva anche di una somma ulteriore in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato; l'art. 709 *ter* c.p.c., che introduce sanzioni pecuniarie comminabili nei confronti dei genitori inadempienti rispetto agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 18, comma 6, legge 8 luglio 1986, n. 349 (ora abrogato), sul risarcimento del danno ambientale a tenore del quale «il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali»; l'art. 7, legge 8 marzo 2017, n. 24, sul risarcimento del danno per illecito commesso dall'esercente la professione sanitaria, che è determinato dal giudice «tenendo conto della condotta» del medesimo; l'art. 140 cod. cons. che consente alle associazioni dei consumatori legittimate ad agire a tutela di interessi collettivi di ottenere un danno parametrato anche alla gravità del fatto¹⁷.

D'altro canto, anche la circostanza che la tutela risarcitoria abbia conosciuto un significativo e progressivo ampliamento rispetto ad illeciti che hanno ad oggetto interessi che non consistono in un depauperamento patrimoniale fa-

MARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 9; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, p. 292 ss. Per un'apertura significativa ai danni punitivi, cfr. invece: P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115 ss.; F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010, p. 125 ss., p. 266 ss. e anche ID., *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2019, 1, p. 89 ss., nota a Cass., 12 aprile 2018, n. 9059.

¹⁷ In senso critico circa la qualificazione di alcune delle fattispecie richiamate quali forme di risarcimento punitivo, cfr., fra gli altri, F. GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 2018, 10, p. 2294 ss.

cilmente compensabile per utilità equivalenti, ma attengono alla sfera del singolo privato e alla sua persona, con la conseguenza che il relativo danno è quantificabile solo in via equitativa, richiama – a detta di alcuni – una logica più propriamente punitiva¹⁸. Lo strumento risarcitorio con valenza punitiva avrebbe perciò già trovato accoglimento nella giurisprudenza in riferimento al danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c., ove il risarcimento è solo asseritamente compensativo, mentre nella sostanza è una sanzione che segue alla lesione di gravi valori della persona¹⁹.

3. Il risarcimento oltre la logica della sola compensazione del danno e della tutela individuale

La peculiarità delle tutele giuridiche rispetto ad un'attività di impresa – cui si faceva cenno in premessa – giustifica un percorso argomentativo che, anche in relazione alla liquidazione del danno e alla curvatura sanzionatoria assunta dalla responsabilità, individua problemi e soluzioni principalmente calibrati sulle caratteristiche del responsabile, più che rapportati alla gravità della condotta o all'entità del pregiudizio arrecato. Al riguardo è facilmente intuibile come l'esigenza di apprestare efficaci meccanismi deterrenti sia particolarmente avvertita in riferimento alle imprese in quanto esse più facilmente sono responsabili di danni alla collettività o a determinate categorie di soggetti. Ri-

¹⁸ In dottrina, si vedano le riflessioni sviluppate in merito da C. SCOGNAMIGLIO, *L'evoluzione del sistema della responsabilità civile ed i danni punitivi*, cit., e ID., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2485 ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, sub *artt.* 2043-2059, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna, 1993, p. 1245 ss.; F. QUARTA, *Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa*, in R. DI RAIMO-M. FRANCESCA-A.C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2012, specie p. 326 ss. In giurisprudenza, significativa è l'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, cit., nella quale si afferma che «quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine fra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del *quantum* è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato». Contrario ad una concezione della risarcibilità del danno non patrimoniale in ottica punitiva, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., pp. 372-373, il quale – invero, non a torto – ritiene che «l'innesto del danno non patrimoniale nelle strutture della responsabilità civile significa l'ascrizione alla logica risarcitoria anche di tale danno» e ciò a prescindere dal fatto che esso sia di per sé insuscettibile della liquidazione per equivalente: tradurre il danno non patrimoniale in una somma di denaro non significa, per ciò stesso, superare la logica riparatoria.

¹⁹ Di questo avviso A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 1795.

spetto ad attività svolte in maniera continuativa e programmata, nell'impossibilità di inibire in via preventiva alcune condotte e nella limitata capacità dei rimedi riparatori o delle sanzioni penali a perseguire efficacemente obiettivi di deterrenza, è agevole ipotizzare che la condanna ad un'adeguata sanzione civile (ulteriore) sia in grado di dissuadere l'impresa responsabile dal reiterare l'attività che ha determinato il pregiudizio più efficacemente rispetto a quanto potrebbe fare la sola condanna alla riparazione del danno effettivamente causato²⁰. Si tratta di una soluzione che evidentemente va oltre la logica meramente compensatoria e che è giustificabile, sul piano astratto e teorico, se si riconduce il carattere punitivo della "sanzione privata" entro il più ampio spettro funzionale della prevenzione²¹. Secondo un'impostazione parzialmente alternativa a quella ora esposta – ma in ogni caso propensa ad affrontare il tema discusso prendendo in considerazione i costi sociali derivanti da un'attività più che il "grado di colpa" del responsabile – la *ratio* del risarcimento ultracompensativo potrebbe essere ravvisata anche in precisi obiettivi di mercato, quali la rimozione di alcune distorsioni della concorrenza causate da costi dei danni riversati sulla generalità dei consociati o mal ripartiti, che si traducono in diseconomie esterne o in un'inefficiente allocazione delle risorse²². Il risarcimento ultracompensativo verrebbe ad atteggiarsi quale strumento svincolato dalla considerazione esclusiva della posizione giuridica soggettiva specificatamente violata e risponderebbe a finalità di conformazione e correzione dei mercati, in ragione della specificità degli interessi perseguiti e delle caratteristiche e delle dimensioni del danneggiante²³.

²⁰ Cfr. F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 93, il quale ritiene che l'ultracompenso della vittima sia forse l'unica misura «in grado di allontanare il danneggiante (...) dall'area dell'indifferenza» in cui invece verrebbe in molti casi di «perfetta sovrapposizione tra l'entità del pregiudizio e il contenuto patrimoniale del rimedio riparatorio».

²¹ Per questa chiave di lettura, sia consentito il rinvio a F. DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 34. Cfr. anche V. SCALICI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 677 ss.

²² L'intervento "correttivo" sul mercato si giustificerebbe, per esempio, laddove l'impresa ripartisse i costi derivanti dalla responsabilità fra tutti i consociati mediante l'aumento del prezzo di beni e servizi; in tali casi, infatti, solo in apparenza si realizzerebbe una convergenza fra interessi delle imprese ad allargare i propri mercati e interessi dei consumatori ad essere protetti, in quanto a fronte della soddisfazione sul piano risarcitorio dei soli consumatori lesi, rimarrebbero sacrificati gli interessi di tutti i consumatori e utenti alla prevenzione degli incidenti. Per un opportuno approfondimento sulle tecniche di regolazione del mercato affidate al diritto privato, cfr. M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009.

²³ Cfr., nella letteratura italiana, l'analisi di F. QUARTA, *La funzione deterrente della respon-*

A prescindere dallo specifico punto di vista che si intenda adottare, è chiaro che, rispetto alle attività di impresa, l'attribuzione di un risarcimento ultracompensativo andrebbe oltre lo scopo della tutela individuale, così come si verifica per la sanzione amministrativa o penale, ancorché queste ultime, a differenza dell'obbligazione risarcitoria, operino a fronte della violazione del divieto di una determinata condotta senza presupporre necessariamente l'esistenza di una perdita, economica o meno, che deve essere compensata. In effetti, con riferimento alle attività di impresa – e l'esperienza dei paesi di *common law* è significativa al riguardo – sovente la condanna “punitiva” interviene non tanto a reprimere singole condotte non facilmente reiterabili – ancorché la riprovevolezza della condotta rappresenti un elemento fondamentale nella concreta quantificazione del danno –, ma con riguardo a fatti ed eventi di più diffusa verifica o di maggiore impatto sociale rispetto ai quali si percepisce una particolare emergenza da contrastare in via generale e preventiva (come nell'ipotesi di danno all'ambiente o di danno subito da vaste categorie di consumatori in cui, oltre al nocimento patito dai singoli individui, viene in rilievo “il danno subito dalla società”) o che sollecitano un maggiore controllo delle dinamiche economiche di mercato²⁴.

Le considerazioni sopra svolte inducono, dunque, a ritenere che le ragioni che militano a favore del riconoscimento di un risarcimento ultracompensativo se l'autore dell'illecito è un'impresa siano di ordine sociale, più che legate alla dinamica del singolo rapporto fra danneggiante e danneggiato²⁵.

sabilità civile, cit., *passim* e ID., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, nonché le notazioni di R. DI RAIMO, *Note minime su responsabilità civile e funzione di “costruzione del sistema”*, in *Frantumi di autonomia. Temi di diritto patrimoniale*, Napoli, 2018, p. 159 ss. (già in *Riv. dir. impr.*, 2012, p. 111 ss.), il quale opportunamente suggerisce una lettura del risarcimento ultracompensativo distinguendo in ragione della specificità degli interessi in gioco e delle caratteristiche del danneggiante, senza limitarsi alla considerazione del disvalore sociale e dell'efficienza lesiva della condotta rispetto al solo danneggiato.

²⁴ Sul tema, nella letteratura di *common law*, cfr., *ex multis*, D.G. OWEN, *The Moral Foundations of Punitive Damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, p. 705 ss., e T. COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: the Past, the Present and the Future of Punitive Damages*, in *Yale Law Journal*, 118, 2008, p. 392 e p. 415, il quale evidenzia il passaggio da un primo stadio, in cui le Corti di alcuni Stati americani considerano l'istituto come strumento principalmente impiegato per compensare il danno non patrimoniale e comminare condanne esemplari a fronte di condotte particolarmente riprovevoli, ad una fase in cui la punizione si indirizza alla tutela di interessi collettivi e pubblici. Difatti, la casistica che si è sviluppata sin dagli inizi del XX secolo nell'ordinamento statunitense, parallelamente alle prime elaborazioni giurisprudenziali di responsabilità di impresa per il fatto del dipendente, ha sostanzialmente valorizzato lo strumento punitivo, in ambito civilistico, per la protezione degli interessi dei consumatori e, più in generale, della collettività contro gli abusi delle grandi società commerciali.

²⁵ G. CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case for Punitive Damages*, in AA.VV., *Liber*

4. Criticità di un riconoscimento generalizzato del risarcimento ultracompensativo

Ancorché le idee sopra esplorate siano fortemente suggestive e, sotto il profilo teorico, meritino senz'altro un più compiuto approfondimento, una serie di dati inducono inevitabilmente a rivalutare in senso più critico e con maggiore cautela le posizioni di apertura verso un riconoscimento generalizzato di una tutela risarcitoria ultracompensativa anche in macro settori come la concorrenza, la proprietà intellettuale, l'ambiente o la sicurezza pubblica, ove gli interessi in considerazione reclamano livelli di tutela e di deterrenza maggiori e un controllo più penetrante delle dinamiche commerciali.

In primo luogo, proprio i settori rispetto ai quali sarebbe maggiormente giustificato il ricorso ad un risarcimento ultracompensativo, nella logica della regolazione del mercato o della tutela di interessi collettivi, offrono soluzioni che paiono escludere il rimedio "punitivo". Viene in considerazione, per esempio, la normativa di cui al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, attuativo della direttiva 2014/104/UE, che riconosce e disciplina «il diritto al risarcimento del danno in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese», precisando, tuttavia, che il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, ad esclusione però di «sovracompensozioni» (art. 1, commi 1 e 2)²⁶.

Anche l'attuale disciplina del danno ambientale (art. 311, d.lgs. n. 152/2006), con l'abrogazione del precedente art. 18 legge n. 349/1986, supera la logica punitiva propria della disciplina preesistente per valorizzare maggiormente le

amicorum per Francesco D. Busnelli. *Il diritto civile tra principi e regole*, cit., p. 332 ss. e C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *Yale Law Journal*, CXIII, 2003, p. 347 ss.

²⁶Prima della definitiva presa di posizione del legislatore comunitario, che ha escluso margini per riconoscere risarcimenti ultracompensativi sul versante antitrust, alcuni precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia avevano, al contrario, mostrato una maggiore apertura verso questi tipi di danno al fine di contrastare alterazioni della concorrenza. Per esempio, con riferimento ad un'intesa raggiunta da alcune compagnie assicurative, volte allo scambio di informazioni e con l'obiettivo di imporre agli utenti premi maggiorati, i giudici comunitari si sono pronunciati affermando il principio secondo cui «se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni», con la precisazione, tuttavia, che «il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto» (cfr. Corte Giust., 13 luglio 2006, procedimenti riuniti da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa* e altri).

misure riparatorie del danno, primarie, complementari e compensative; in particolare, risulta rinforzato lo strumento del ripristino e relegato in una dimensione sempre più residuale il risarcimento per equivalente²⁷.

Una maggiore apertura si rinviene nella disciplina a tutela della proprietà industriale, ove l'art. 125, commi 2 e 3, c.p.i. attribuisce al giudice il potere di liquidare, a titolo di lucro cessante, una somma globale di «importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso» (2 comma), nonché, su istanza della parte lesa e in alternativa al lucro cessante o nella misura eccedente tale risarcimento, il potere di condannare il contraffattore alla restituzione dei profitti realizzati in virtù della condotta illecita (3 comma). Per quanto, in particolare, attiene alla retroversione degli utili quale componente del danno, si tratta di uno strumento rimediale che presenta significative analogie con il *disgorgment* dei paesi di *common law*, con il quale condivide l'obiettivo di arginare fenomeni in cui l'autore dell'illecito possa preferire tenere la condotta lesiva a fronte della prospettiva di un maggior guadagno²⁸.

²⁷ Con le modifiche al d.lgs. n. 152/2006, introdotte dalla legge 6 agosto 2013, n. 97 (c.d. "legge europea"), il riferimento all'eccessiva onerosità del ripristino è venuto meno: gli artt. 311, comma 2, e 313, comma 2, come da ultimo novellati, nel caso in cui il responsabile ometta di adottare, in tutto o in parte, le misure riparatorie dovute o queste siano incomplete, prevedono che il Ministro competente ponga a suo carico il pagamento di una somma corrispondente ai costi del ripristino; i proventi del risarcimento confluiscono, dunque, in un fondo ministeriale destinato non più ad interventi di riqualificazione ambientale secondo criteri discrezionali – come era previsto prima dell'ultima riforma – ma a coprire i costi delle misure di riparazione (art. 317, comma 5). Il percorso normativo del risarcimento del danno ambientale ha trovato il plauso anche della Corte costituzionale che, con la sentenza 1° giugno 2016, n. 126 (in *Riv. giur. amb.*, 2016, 3/4, p. 455 ss.), ha messo in evidenza la prospettiva – imposta dalle direttive comunitarie – che vede collocato il profilo risarcitorio in una posizione accessoria rispetto al profilo riparatorio.

²⁸ Nei paesi di *common law*, il rimedio del *disgorgment* svolge una funzione punitivo-sanzionatoria, ma anche preventiva, riconoscendo alla vittima la possibilità di ottenere un risarcimento basato non sulla perdita subita, ma sui profitti che la controparte abbia realizzato in virtù del compimento dell'illecito. Rimane aperto il problema della quantificazione del profitto, e cioè se esso debba essere considerato come comprensivo dell'*actual gain* (ad esempio, l'effettivo guadagno ottenuto dall'impresa con l'aumento delle vendite raggiunto assumendo illecitamente notizie riservate dalle imprese concorrenti) o anche delle *expense saved*, risparmi di spesa ottenuti grazie alla condotta illecita; in tempi più recenti, le corti americane tendono ad escludere tale voce e va accreditandosi la tendenza a condizionare la "restituzione" del profitto all'accertata sussistenza di una mala fede dell'autore dell'illecito. Sull'istituto del *disgorgment* e per un utile confronto con istituti propri del nostro ordinamento, fra cui anche l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., cfr. P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005, *passim*. Critico rispetto alla possibilità di leggere i criteri di quantificazione del danno di cui all'art. 125 c.p.i. in chiave punitiva è, invece, M. MONTANARI, *La reversione*

Ulteriori spazi operativi potrebbero essere astrattamente riconosciuti nell'ambito della disciplina della concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.*, purché, in prima battuta, non debba trovare applicazione la disciplina antitrust e comunque fermi i limiti dati dall'assenza di legittimazione in capo ai consumatori e dalla mancanza di un'effettiva intermediazione legislativa ai fini di liquidare il risarcimento ultracompensativo²⁹.

Sul piano strettamente applicativo, in ogni caso, sussistono una serie di incognite sull'attribuzione del risarcimento punitivo, sotto il profilo sia della legittimazione ad agire, sia dei suoi effettivi beneficiari. Il tema dei destinatari del danno liquidato rimane sostanzialmente aperto, tanto più se, superando la logica meramente compensativa e di protezione individuale, si assume che il riconoscimento dello strumento risarcitorio sia funzionale alla tutela di interessi più generali e collettivi. Sotto questo profilo, ad ipotizzare un risarcimento a beneficio solo di chi agisce in giudizio si finirebbe per ammettere l'arricchimento della vittima dell'illecito oltre la riparazione della lesione da questi effettivamente subita, con ciò che ne consegue sul fronte di una locupletazione nel nostro ordinamento difficilmente giustificabile.

Nel caso in cui, invece, si ritenga che il risarcimento "eccedente" rispetto alla misura strettamente compensativa debba confluire in un fondo pubblico (come previsto, per esempio, dal d.lgs. n. 7/2016, che prevede che le sanzioni pecuniarie civili confluiscono nella "cassa delle ammende"), è quanto meno legittimo chiedersi se, in realtà, non si fuoriesca dal paradigma strettamente risarcitorio. Del resto, parrebbe estranea alla dimensione privatistica della responsabilità e del conseguente risarcimento l'idea stessa che una "sanzione" possa essere comminata per una condotta illecita, prescindendo dal danno e anche in assenza della dimostrazione di una perdita effettiva³⁰.

dell'utile da lesione di proprietà industriale e il mito dei danni punitivi, in *Riv. dir. ind.*, 2017, I, p. 225.

²⁹La normativa sulla concorrenza sleale potrebbe, ad esempio, essere invocata nelle ipotesi in cui il pregiudizio venga arrecato dalla condotta di un'impresa che diffonda notizie sull'attività o sui prodotti altrui che provocano discredito o al contrario che associ ad un evento un marchio o un'immagine senza alcuna licenza o autorizzazione. Sul punto, cfr. A. PALMIERI, *Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, 10, p. 2302.

³⁰Non mancano, tuttavia, nella giurisprudenza penale, pronunce che, al fine di integrare il fatto illecito che obbliga al risarcimento del danno, ritengono sufficiente una condotta colposa che si ponga in violazione di disposizioni di legge o provvedimenti adottati in base alla legge, a prescindere, quindi, dalla dimostrazione di una lesione effettiva del valore giuridico tutelato, che può essere anche solo presunta; di questo avviso, Cass. pen., 10 giugno 2002, n. 22539, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 550 ss., con nota di C.L. COPPINI, *L'illecito ambientale ed il risarcimento del danno disposto nel processo penale*, argomentando, in materia di danno ambientale (sulla

In tali frangenti, l'alternativa sembrerebbe essere quella di affidarsi a sistemi di *public enforcement* (sanzioni amministrative o irrogate da autorità garanti) in un quadro di maggiore certezza o un maggior ricorso a tutele di tipo inibitorio. Rimanendo in un una logica privatistica, anche la valorizzazione e il perfezionamento dello strumento della *class action* sono suscettibili di sopperire ai limiti dati da un paradigma risarcitorio modellato sulla (sola) tutela individuale, con il vantaggio che il danno liquidato verrebbe ripartito fra tutti coloro che dimostrino di aver subito una lesione derivante dalla medesima condotta illecita, senza, quindi, che il riconoscimento del "maggior danno" a gravare sull'autore dell'illecito privi, per ciò stesso, il risarcimento della sua funzione tipicamente compensatoria³¹.

Viene, inoltre, da chiedersi se lasciare l'impresa esposta ad un *surplus* di risarcimento di entità non prevedibile offra effettive garanzie in termini di maggiore utilità ed efficacia nel raggiungimento di obiettivi di deterrenza.

Invero, l'eventuale stato di insolvenza del responsabile rispetto a possibili risarcimenti ultracompensativi, oltre a porre problemi di ripristino dello *status quo ante* e di compensazione della vittima, non pare incentivare l'investimento in prevenzione poiché i potenziali danneggianti sono portati a considerare come costo solo quella parte del danno che sono in grado di coprire. Sotto questo profilo, la teorica del rischio di impresa, ma anche i principi vigenti in settori come la responsabilità ambientale (si pensi al principio "chi inquina paga" e all'interpretazione che ne è stata data dalla Corti europee e nazionali), hanno ben evidenziato come la traslazione dei costi da chi li subisce all'impresa che li genera in chiave di deterrenza si fondi sul presupposto che sussistano dei rischi calcolabili afferenti ad un'attività svolta in termini continuativi e stabili, i quali,

base della disciplina allora vigente), dall'esigenza di prevedere un ristoro quanto più anticipato possibile rispetto al verificarsi delle conseguenze dannose. Con specifico riguardo agli illeciti compiuti dalle imprese, cfr., in dottrina, R. DI RAIMO, *Note minime su responsabilità civile e funzione di "costruzione del sistema"*, cit., p. 165, secondo il quale occorrerebbe superare la logica compensativa e concepire la responsabilità non più come reazione dell'ordinamento alla violazione di diritti individuali e, quindi, non quale «disciplina inerente alla dimensione relazionale delle conseguenze degli eventi produttivi di danni bensì disciplina dell'attività economica in quanto tale».

³¹ È pur vero che lo scarso ed inefficiente ricorso alle azioni di classe in Italia potrebbe innescare un effetto opposto, ovvero sia incrementare il riconoscimento di danni punitivi; sul punto, cfr., F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., p. 1129 ss., specie pp. 1136-1137, e, per una riflessione più ampia sul tema, ID., *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008. Per un approccio che guarda anche agli incentivi economici all'esercizio dell'azione di classe, cfr. J.G. BACKHAUS, A. CASSONE, G.B. RAMELLO (a cura di), *The Law and Economics of Class Actions in Europe*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012.

proprio poiché (e solo se) ponderabili, sono in grado di incidere sulle condotte dei potenziali inquinatori, inducendoli a regolare la propria attività in ragione delle conseguenze che dal loro esercizio potrebbero discendere³².

In caso contrario, è plausibile che si verifichino situazioni, patologiche anch'esse, di *underdeterrence* e, inoltre, sarebbe esclusa una corretta operatività dei sistemi assicurativi, i quali presuppongono che i rischi siano prevedibili, poiché la determinazione delle condizioni di copertura e del premio richiede di valutare preventivamente, su basi statistiche, la frequenza e l'importo medio del danno causato dai sinistri³³.

Tutt'al più, allora, dovrebbero ammettersi dei correttivi, sì da riportare l'entità del danno risarcibile non già (solo) all'entità e gravità della lesione subita dal danneggiato, ma anche alle condizioni economiche del responsabile, in base a criteri di ragionevole proporzionalità³⁴.

Sulla base di considerazioni più generali, valga, infine, osservare come l'esigenza di prevenire il compimento degli illeciti non possa essere pienamente soddisfatta solo facendo della condanna ad una sanzione pecuniaria, più o meno afflittiva per l'autore dell'illecito, il motivo propulsore principale dell'agire responsabile; ciò in quanto, allorché un danno sia stato prodotto, con il risarcimento esso non viene annullato, ma semplicemente trasferito da chi lo ha subito immediatamente a chi lo risarcisce. In altre parole, le conseguenze negative dei danni già verificatisi non possono, nel loro complesso, essere rimosse, poiché quand'anche sia possibile ripristinare lo *status quo ante*, con la riparazione si ha un dispendio di energie e di risorse che potevano essere impiegate diversamente, in modo più proficuo e produttivo.

Impedire che interessi meritevoli di tutela possano essere pregiudicati richiede, quindi, di anticipare la soglia di intervento, e non solo di agire *ex post*, in un'ottica meramente riparatoria o deterrente, una volta che il pregiudizio si è già verificato, regolando il livello dei risarcimenti³⁵. Il nostro ordinamento

³²In argomento cfr. le riflessioni di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., *passim*, ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 133 ss. e, con gli opportuni e successivi aggiornamenti, ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 275 ss.; sia consentito anche il rinvio a F. DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 112 ss.

³³Sul tema, si rinvia alle riflessioni ampiamente sviluppate da S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, cit., p. 209 ss., specie p. 216 ss., la quale evidenzia come l'assicurazione delle pene private incontrerebbe i medesimi limiti di ordine pubblico che valgono ad escludere l'assicurabilità delle pene in generale, derivanti in particolare dai principi di certezza e di personalità della pena; con specifico riguardo all'assicurazione dei danni punitivi, cfr. di recente anche ID., *Assicurazione dei "danni punitivi" e delle sanzioni punitive civili*, in *Contr. Impr.*, 2019, 3, p. 1170 ss.

³⁴Di questo avviso R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 168 ss.

³⁵Sul punto cfr. S. LANDINI, *Legal constraints agli investimenti finanziari di lungo periodo*

offre già esempi significativi in cui gli obiettivi di prevenzione e di minimizzazione dei danni vengono perseguiti mediante la “conformazione” delle condotte degli operatori economici, ancorché, in tale contesto, si pongano tutta una serie di ulteriori problemi per quanto concerne, fra l’altro, il livello di diligenza concretamente richiesto agli operatori economici, i margini di discrezionalità al loro agire che vanno necessariamente preservati, i criteri di imputazione delle responsabilità. Così, per esempio, nell’ambito della normativa di protezione dell’ambiente, l’art. 304, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. codice dell’ambiente), prevede una serie di obblighi di agire anticipando l’area di tutela a situazioni anche di solo pericolo che possono evolversi in danno; anche il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche – al di là dei suoi incerti e dubbi risvolti applicativi – detta una disciplina tesa a favorire l’adozione ed efficace attuazione da parte dell’ente di un modello di organizzazione, gestione e controllo tale da prevenire la commissione di reati e, in generale, il diritto societario introduce il principio di adeguatezza degli assetti predisposti quale criterio per valutare la responsabilità degli amministratori e della stessa impresa³⁶.

L’obiettivo preventivo si realizza, dunque, anche con il consolidamento di buone pratiche e regole di condotta – anche di stampo premiale – in grado di ampliare gli obblighi facenti capo all’impresa in chiave preventiva, ma allo stesso tempo, ove scrupolosamente osservate, suscettibili di escludere profili di responsabilità o di integrare delle “esimenti” a beneficio delle stesse attività economiche.

nell’età del breve, Napoli, 2019, pp. 29 e 61, la quale, seppure con specifico riferimento ai mercati finanziari – ma in base ad una logica estensibile alla responsabilità di impresa in generale –, evidenzia come sia più efficiente, al fine della ricostituzione dell’ordine violato e per arginare il rischio di effetti domino che potrebbero determinare la causazione di danni maggiori, l’attivazione di sistemi preventivi più che la comminazione di sanzioni punitive.

³⁶Per un maggiore approfondimento sul rapporto fra obblighi di condotta, gestione del rischio e finalità preventive, sia consentito il rinvio a F. DEGL’INNOCENTI, *op. cit.*, spec. p. 223 ss.

PUNITIVE DAMAGES, GRANDI ASSENTI NELL'AZIONE DI CLASSE? UNA PROSPETTIVA COMPARATA

di *Fabio De Dominicis**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve panoramica dei *punitive damages* nella dimensione comparata. – 3. La responsabilità civile e la (in)attuazione della funzione deterrente nei casi di illecito plurioffensivo bagatellare: limiti dati dalla mancata previsione dei risarcimenti punitivi. – 4. Artt. 840 *quinquies* e *novies* c.p.c. e art. 6, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: nuovi addentellati punitivi contemplati dal nostro ordinamento?

1. *Introduzione*

Queste riflessioni muovono dall'importante arresto delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017, n. 16601¹, le quali sembrerebbero aver rimescolato le tradizionali finalità della responsabilità civile², facendola trascinare, sull'altare dell'effettività della tutela, *dall'angustia monofunzionale*³ alla polifunzionalità. Ciò

* Queste pagine riproducono con l'ausilio di note essenziali l'intervento tenuto a Firenze in data 11 giugno 2019 in occasione del Seminario *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie combinazioni e contaminazioni tra sistemi*. Ringrazio per il graditissimo invito tutti i colleghi e i docenti che hanno dato corpo e anima a questo interessante Incontro di Studio.

¹ Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, 4, pp. 419-421, con nota di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, pp. 435-437; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Giur. it.*, 2017, 8-9, pp. 1792-1795, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzione nel risarcimento con funzione punitiva*.

² Si legga l'interessantissima opera che raccoglie numerosi saggi in materia, P. SIRENA (curatore), *La funzione deterrente della responsabilità civile. Alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Atti Siena, 19-21 settembre 2007*, Milano, 2011.

³ Espressione utilizzata da Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

mettendo nero su bianco che in Italia la netta contrapposizione «al diritto della responsabilità la riparazione, al diritto penale la sanzione», deve necessariamente essere sfumata⁴.

La foresta pietrificata della funzione meramente ripristinatoria si è trasformata nel bosco mobile di Birnam del *Macbeth* di *Shakespeare*, dove tutto è in movimento: dall'abbraccio della polifunzionalità della responsabilità civile, alla presenza di addentellati normativi interni che depongono a favore di una funzione anche sanzionatorio-punitiva di alcuni rimedi risarcitori; dalla tendenza opposta, di cui si fa portatrice l'Unione europea⁵, fino ad alcuni settori e tipi di illeciti (c.d. *mass torts*) dove, invece, si richiederebbero dei risarcimenti apparentemente ammantati da una parvenza di punizione, ma in concreto connotati da una mera compensazione del pregiudizio totalmente causato⁶.

La presente relazione è finalizzata a fornire degli ulteriori spunti riflessivi sul tema, mediante un cenno agli arresti giurisprudenziali riscontrati in altri Paesi, in merito ai c.d. *punitive damages*, per poi tratteggiare la presenza di una *under-deterrence* in particolari settori dell'ordinamento, concludendo, infine, con l'illustrazione di recenti norme di diritto positivo dal carattere (apparentemente) punitivo.

⁴ Sulla possibilità di dare ingresso nel nostro ordinamento ai *punitive damages*, *ex multis*, G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, nota a Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460-1465; ID., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, fasc. 8-9, pp. 836-838. Sul tema dei risarcimenti punitivi in generale e nell'ordinamento statunitense *ex pluribus*, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 435-487; E. URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 4, pp. 2011-2048.

⁵ Palesata, ad esempio, nella direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 – relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, disponibile all'indirizzo url: eur-lex.europa.eu, attuata con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, pubblicato nella *GU*, n. 15 del 19 gennaio 2017 – e da ultimo nel pacchetto *New Deal For Consumers* – proposte di direttive 11 aprile 2018 (COM (2018) 183-184-185) – all'interno dei quali apertamente si escludono i risarcimenti punitivi.

⁶ Sul tema M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, pp. 92-117.

2. Breve panoramica dei punitive damages nella dimensione comparata

I *punitive damages*⁷ trovano la loro origine nell'alveo della *common law*, precisamente in Inghilterra, in alcune pronunce del 1763⁸, nelle quali vennero liquidati risarcimenti ultracompensativi; ciò al fine non tanto di compensare il pregiudizio, ma di sanzionare l'autore dell'illecito, nei casi in cui la sua condotta assuma una connotazione particolarmente rimproverabile dall'ordinamento giuridico, e sia caratterizzata, cioè, da *malice* (dolo) o *gross negligence* (colpa grave). Viene consacrato, così, il principio in forza del quale a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di realizzare dei profitti illeciti. In questa prospettiva i *punitive damages* assolvono un compito tradizionalmente affidato alle norme del diritto penale, rappresentando un punto di convergenza e consonanza (civile-penale) suscettibile di funzionamento coassiale. I risarcimenti punitivi perseguono, pertanto, oltre alla funzione general-preventiva negativa, una finalità general-preventiva positiva, talvolta definita *pedagogica*⁹, nonché di regolazione di condotte sociali ed economiche che posso avere una grande rilevanza nel mercato. Per comprendere bene questa "funzione pedagogica" possiamo citare il caso (oggetto di un dibattito alluvionale) *Liebeck vs McDonald's Restaurant*, che portò nel 1994 una giuria a condannare *McDonald's* a pagare 2,7 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*, poi ridotti dal giudice a 480.000 dollari, a una signora, Stella Liebeck, che aveva riportato delle ustioni all'inguine per essersi versata addosso del caffè comprato nella catena di *fast food*. Da una più alta temperatura dell'acqua è possibile estrarre più caffè da un dato numero di chicchi, aumentando, tuttavia, il rischio di ustioni. Se l'ordinamento impone ostacoli all'azione risarcitoria di Stella Liebeck o di un'altra vittima dello stesso danno, *McDonald's* eccederà sulla temperatura dell'acqua, perché non obbligato a considerare il potenziale danno causato dalle ustioni. Sulla scorta dell'analisi economica del diritto, il ragionamento che sta alla base dell'irrogazione di un risarcimento punitivo è quindi il seguente: se si vuole evitare le ustioni è più facile insegnare a tutti come stare

⁷ In generale sui danni punitivi si legga V. D'ACRI, *I danni punitivi – dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005.

⁸ Cfr. *Wilkes v Wood* (1763) *Lofft's King's Bench Reports* (Lofft), 1; *Huckle v Money* (1763) 2 *Wilson's Reports* (Wils.), 205. Sul punto v. F. DE LUCA, *Luci e ombre sul possibile recepimento dei danni punitivi nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, pp. 521-522.

⁹ In questo senso M. SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, disponibile all'indirizzo url: http://www.comparazione.diritto.civile.it/prova/files/schirripa_danni.pdf (marzo 2017).

attenti o far ridurre a *McDonald's* la temperatura del caffè? Lapalissianamente la seconda. Ed è per questo che *McDonald's* è stata punita, per evitare che ripettesse il comportamento in futuro¹⁰.

I risarcimenti punitivi hanno subito un forte ridimensionamento a partire dalla seconda metà del XX secolo. Una prima rilevante battuta d'arresto in Inghilterra si ha nel caso *Rookes vs Barnard* deciso dalla House of Lords nel 1964¹¹, dove vennero enucleati tre presupposti per l'applicabilità del rimedio punitivo: a) la violazione grave di taluni diritti fondamentali dei cittadini da parte dell'Amministrazione dello Stato; b) il dolo del danneggiante mirato a ottenere un guadagno ingiusto non sanzionato adeguatamente con i *compensatory damages*; c) la previsione legislativa specifica degli *exemplary damages*. Successivamente si può affermare che nella prassi i risarcimenti punitivi sono largamente scemati.

Negli USA, a un impatto iniziale e uno sviluppo successivo assolutamente dirompenti, ha fatto seguito una spirale di progressive limitazioni, che rendono dei pallidi ricordi i casi dei clamorosi risarcimenti punitivi irrogati negli anni addietro¹². L'emblematico cambiamento di rotta si palesa con la sentenza della Corte Suprema nel caso *BMW of North America vs Gore*¹³, con la quale è stata decretata l'incostituzionalità della decisione impugnata per violazione della *due process clause*, sancita nel XIV emendamento. Con essa sono stati fissati i parametri commisurativi per la determinazione del *quantum debeatur*: a) il grado di riprovevolezza della condotta del danneggiante (*malice* o *gross negligence*); b) la proporzione tra *compensatory damages* e *punitive damages*; c) il raffronto con le sanzioni legislativamente previste per condotte analoghe. Successivamente si sono susseguite ulteriori importanti pronunce, dove questo criterio di proporzionalità è stato declinato dalla Corte Suprema USA nel non essere superiore a dieci volte il rapporto tra risarcimento compensativo e pu-

¹⁰ Cfr. L. ZINGALES, *Il genio di Coase dalla Tav al caffè versato*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 settembre 2013, n. 242, anno 149°; si veda anche D. CORVI, *Punitive Damages*, in *Contr. e impr.*, 2014, 4-5, pp. 864-865.

¹¹ *House of Lords*, 21 gennaio 1964, *Rookes vs. Barnard*, AC 1129, 1 All ER 367.

¹² Tra i risarcimenti che hanno avuto più eco mediatico, possiamo citare *Supreme Court of Delaware, Anderson v. General Motors Corp.*, 442 A.2d 1359 (Del. 1982), nel quale una corte di Los Angeles ha emesso una condanna nei confronti della casa automobilistica al pagamento di quasi 5 miliardi di risarcimenti punitivi; in merito si veda G.L. PRIEST, *The Problem and Efforts to Understand It*, in C.R. SUNSTEIN-R. HASTIE-J.W. PAYNE-D.A. SCHKADE-W. KIP VISCUSI, *Punitive Damages, How Juries Decide*, Chicago-London, 2002, p. 78.

¹³ Corte Suprema USA, 20 maggio 1996, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss. con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi* «grossly excessive». Per dovere di completezza si riporta che in questa causa la proporzione iniziale tra risarcimenti compensativi e punitivi era di uno a mille.

nitivo¹⁴; fino ad arrivare a sancire che laddove i *compensatory damages* corrispondano a una somma consistente, un rapporto ottimale tra voce di risarcimento compensativo e punitivo è quello di uno a uno¹⁵.

Un differente angolo visuale si riscontra in Europa continentale, e più in generale negli ambienti di *civil law*, in cui il principio di omnicomprensività e indifferenza del risarcimento tende a ripristinare la situazione in cui si sarebbe trovato il soggetto se non avesse subito il danno, con il *focus* rivolto sulla posizione del danneggiato. In particolare, in Francia, Spagna e Germania, si rileva una sorta di ambiguità come minimo comune denominatore, un rapporto di attrazione-repulsione col risarcimento punitivo, per dirla alla Pardolesi un *vorrei ma non posso*¹⁶. Tale approccio parrebbe un falso dilemma in considerazione del fatto che, pur aderendo al principio di riparazione del danno effettivamente causato, al contempo, ciascuno degli Stati in parola presenti nell'ordinamento interno una serie di obbligazioni risarcitorie dal temperamento punitivo, dove è presente una *over-compensation* a carico dell'autore dell'illecito¹⁷. L'ordinamento francese, al pari del nostro, prevede una responsabilità civile governata dal principio della riparazione integrale. La Cour de

¹⁴ Corte Suprema USA, 7 aprile 2003, *State Farm Mutual Automobile Insurance vs Inez Preece Campbell*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355-359, con nota di G. PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

¹⁵ Corte Suprema USA, 25 giugno 2008, *Exxon Shipping Co. vs Baker*, consultabile all'indirizzo url: <http://www.law.cornell.edu/supct/btml/07-219.ZS.html>, con nota di E. SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker (in margine a U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, pp. 166-170.

¹⁶ P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da 'vorrei, ma non posso'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 341-358.

¹⁷ Senza nessuna pretesa di completezza: l'istituto francese ritenuto più affine ai risarcimenti punitivi è quello dell'*astreinte* (che a differenza di quanto disposto dal nostro art. 614 *bis* c.p.c., può essere ottenuto dal giudice anche per obblighi fungibili e condanne pecuniarie) sul quale la Corte di Cassazione ha affermato che non ha funzione risarcitoria, ma è un mezzo per vincere la resistenza del debitore a eseguire il provvedimento giurisdizionale. Ulteriore esempio si rinviene nelle misure rimediale previste per la violazione della proprietà intellettuale, dove la riparazione del pregiudizio derivante da una contraffazione tiene conto, tra l'altro, dei benefici ottenuti dal contraffattore. Sul versante tedesco, a titolo meramente esemplificativo, la norma che consente di liquidare una somma di denaro per il comportamento discriminatorio tenuto dal datore di lavoro a prescindere dall'eventuale danno cagionato all'aspirante lavoratore; oppure il rimedio simile alle *astreinte*, con la peculiarità che, diversamente da Francia e Italia, le somme sono destinate non alla controparte bensì allo Stato. Anche in Spagna, allo stesso modo, ci sono una molteplicità di riferimenti legislativi (tra i tanti, l'art. 9.3 *de la Ley Organica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*; *Ley de Marcas*, artt. 43 y 44; *Ley de Patentes*, art. 74; *Ley de Propiedad Intelectual*, 1996, art. 140) dove è presente una *over-compensation* a carico dell'autore dell'illecito.

Cassation, con provvedimento 1° dicembre 2010¹⁸, chiamata a pronunciarsi sulla delibabilità di una sentenza americana di condanna a risarcimenti punitivi, pur non riconoscendo nel caso concreto la pronuncia statunitense¹⁹, ha affermato che non sono di per sé contrari all'ordine pubblico internazionale, a condizione, però, che la quantificazione sia proporzionata ai danni. Pertanto i risarcimenti ultracompensativi possono trovare spazio anche nel sistema francese ove si mantenga un certo equilibrio tra il risarcimento concesso e il danno inferto. A differenza delle nostre Sezioni Unite del 5 luglio 2017, n. 16601 – le quali impongono, altresì, il rispetto dei principi di legalità e di specialità nei Paesi emittenti la condanna – la Cassazione francese si ferma al criterio di proporzionalità del risarcimento, con tutte le problematiche che ne conseguono per l'interprete²⁰.

In Germania, sul terreno del riconoscimento di sentenze straniere, l'orientamento appare meno piano, dal momento che nel precedente più importante, datato 1992, la Corte di Cassazione tedesca ha negato la dichiarazione di esecutività della sentenza straniera; così sancendo che la funzione punitiva è propria dell'ordinamento penale ed è inammissibile che un privato agisca alla stregua di un PM dando impulso a un tipo di azione che conduce all'irrogazione di una sanzione²¹. È stato poi aggiunto che profili di operatività di risar-

¹⁸ Cour de Cassation, 1 ch. civ., 1 dicembre 2010, n. 90-13303, in *Recueil Dalloz*, 10 febbraio 2011, n. 6, pp. 423 ss., con nota di F.X. LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de cassation?* V. anche F.X. LICARI-B.W. JANKE, *Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fountaine Pajot*, in *Am. J. Comp. L.*, 2012, pp. 775 ss.

¹⁹ Il caso di specie verteva sulla riparazione di un catamarano affetto da vizi al momento dell'acquisto, avvenuto al prezzo di 800.000 dollari, e malamente riparati da parte della società francese venditrice *Fountaine Pajot*. La *Superior Court of California* aveva condannato il venditore a versare 3 milioni di dollari agli acquirenti (così suddivisi: più di un milione per la riparazione, 400.000 dollari per spese legali, circa un milione e mezzo di dollari per risarcimento punitivo).

²⁰ I parametri enucleati per l'applicazione del criterio di proporzionalità sono: da un lato, le violazioni riscontrate; dall'altro, il pregiudizio subito. La difficoltà nella sua operatività concreta sta nel fatto che il risarcimento punitivo si affranca ontologicamente dalla mera compensazione.

In Francia è stato presentato un progetto di riforma, ad oggi non approvato, della responsabilità civile presentato il 13 marzo 2017, il quale andava verso la generalizzazione della figura dell'ammenda civile, limitatamente in ambito aquiliano. Essa viene pronunciata dietro richiesta di parte o del PM; deve essere proporzionata alla gravità della violazione commessa, al profitto lucrato e alla capacità contributiva dell'autore; non può superare il decuplo dell'ammontare del profitto o, se persona giuridica, il 5% del fatturato annuo in Francia; le somme sono versate al Tesoro Pubblico mai alla vittima. *Amplius*, GARANCE CATTALANO-CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. impr. EU*, 2017, 1, pp. 23-25.

²¹ BGHZ (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Judgments by the German*

cimenti punitivi sarebbero ravvisabili nella misura in cui questi siano diretti a compensare danni immateriali non coperti dal risarcimento del danno morale. Tale apertura è stata confermata dalla Corte costituzionale federale, la quale ha aggiunto che la comminazione di un risarcimento punitivo, di per sé, non lede principi irrinunciabili di uno Stato di diritto²².

Anche in Spagna, il terreno d'elezione in materia è rappresentato dalla deliberazione di sentenza straniera comminatoria di danni punitivi. Su questo fronte, dopo un primo tempo in cui furono ritenuti contrari a Costituzione, è dal 2001²³ che si registra un'interpretazione estensiva. Per il *Tribunal Supremo*, la regola è la concessione dell'*exequatur*, mentre l'eccezione è la negazione del riconoscimento, qualora vi sia proporzionalità nella liquidazione giudiziale. L'interprete è chiamato a scrutinare circostanze oggettive, quali la gravità della condotta e del danno posto in essere, e dovrà escludere il riconoscimento solo qualora riscontri in concreto una eccessiva liquidazione di risarcimenti punitivi. Adirittura i giudici iberici si sono spinti oltre, affermando che anche condanne sproporzionate potrebbero essere riconosciute, purché rinvergano la propria giustificazione in ulteriori elementi del fatto illecito, che dovranno opportunamente essere valutati in sede di deliberazione²⁴.

In estrema sintesi, con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali delle Corti europee, possiamo menzionare il fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente respinto le domande dei ricorrenti volte a ottenere somme a titolo di risarcimento punitivo²⁵.

La Corte di Giustizia, invece, ha adottato un atteggiamento ondivago, lasciando aperto uno spiraglio: dapprima, nella sentenza *Courage-Crehan* C-453/1999²⁶, sembrava chiudere la porta ai risarcimenti ultracompensativi, affermando la compatibilità con il diritto dell'Unione del divieto di arricchimen-

Federal Court of Justice in Private Law Matters) (4 June 1992 – IX 149/91) 118, 312, 338 ff., 343 ff.; *Lange/Schiemann* (fn. 2) 12 f.; *G. Wagner in: MüKo* (4th ed. 2003) vor § 823, no. 36 ff.

²² Cfr. S. CARABETTA, *I punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 2306-2307.

²³ *Tribunal Supremo, Miller Import Corp. vs Alabastres Alfredo*, 13 novembre 2001, *exequatur* n. 2039/1999, commentato da C. ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerias y danos punitivos*, Ahlandi, 2013, pp. 241 ss.

²⁴ Cfr. S. CARABETTA, *I punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, cit., pp. 2307-2308.

²⁵ In merito si possono citare i casi riportati da M. SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, cit., alla nota 63: *Akdivar c. Turchia* del 1° Aprile 1998; *Selcuk e Asker c. Turchia* del 24 Aprile 1998; *Cable e altri c. Regno Unito* del 18 Febbraio 1999; *contra Gaygusuz c. Austria* del 16 Settembre 1996.

²⁶ Disponibile all'indirizzo url: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

to senza causa; mentre, nella successiva sentenza *Manfredi-Lloyd* (cause riunite C-295/2004; C-298/2004), la Corte ha sancito la possibilità per il giudice nazionale di incrementare il risarcimento a fini deterrenti, se previsto dal relativo diritto interno²⁷.

Un'ultima riflessione di sistema rampolla da quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel citato caso *Courage-Crehan*, il quale afferiva a una fattispecie lesiva del diritto della concorrenza, in cui si legge testualmente quanto segue: «un singolo non può trarre beneficio dal proprio comportamento illecito, qualora quest'ultimo sia accertato». Allo stesso tempo, con atteggiamento distonico, gli organi legislativi dell'UE, nelle direttive, come ad esempio quelle poc'anzi citate, decretano dei “no” convinti a risarcimenti ultracompensativi e a meccanismi di *opt-out* per la formazione della classe nelle ipotesi di azioni collettive a tutela dei consumatori; il che, tradotto in concreto, significa avere la certezza, in molti casi, che il danneggiante trarrà dei benefici dal suo comportamento illecito, per il quale pare avere un vero e proprio incentivo.

3. *La responsabilità civile e la (in)attuazione della funzione deterrente nei casi di illecito plurioffensivo bagatellare: limiti dati dalla mancata previsione dei risarcimenti punitivi*

Il nostro ordinamento dimostra tutta la propria inadeguatezza, abdicando ad assolvere alla cangiante funzione deterrente della responsabilità civile, nelle ipotesi di illeciti plurioffensivi di basso valore economico (i c.d. *small claims*), nonché in tutti quei casi in cui l'illecito, oltre a portare pregiudizio alla sfera del singolo, finisce al contempo per ledere interessi superindividuali (es. l'ambiente).

Il legislatore, per cercare di ovviare a queste problematiche, ha introdotto dal 1° gennaio 2010 l'azione di classe²⁸, quale istituto processuale che consen-

²⁷ Disponibile all'indirizzo url: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

²⁸ L'istituto in esame trovava la sua collocazione topografica nell'art. 140 *bis* cod. cons. ed era stato introdotto dalla Legge Finanziaria 2008 (legge n. 244/2007, art. 2, commi da 445 a 449) sotto la veste di “azione collettiva risarcitoria”, mai entrata in vigore a causa dei continui rinvii fino alla totale riscrittura ad opera dell'art. 49 della legge n. 99/2009, che ne ha profondamente innovato i contenuti, la quale è entrata in vigore in data 1° gennaio 2010. Nel gennaio 2012 la disciplina è stata ulteriormente modificata dal c.d. “decreto liberalizzazioni” o “Cresci Italia”, attraverso l'art. 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27. Infine, la legge 12 aprile 2019, n. 31, ha riformato ulteriormente l'istituto trasladolo nel

te di gestire contenziosi complessi e seriali, aggregando attorno a un unico attore tutti coloro che si considerano danneggiati in modo simile da un medesimo convenuto²⁹.

Nonostante l'ordinamento giuridico si sia affrancato, da secoli, dall'antico adagio romano *ubi remedium, ibi ius*, sposando il brocardo *ubi ius, ibi remedium*, qualora determinati diritti – nello specifico caso quelli sorti in conseguenza di illeciti di massa – abbiano natura bagatellare, si verifica che, sulla base di un'analisi costi-benefici, il litigante occasionale razionalmente decida di non esercitarli in giudizio.

In queste ipotesi, il diritto soggettivo rimarrebbe sulla carta, sarebbe un diritto privo di effettività; la sua tutela troverebbe un ostacolo insormontabile dato dalla sconvenienza economica risultante dallo squilibrio tra valore della pretesa e costo da sopportare per azionarla in giudizio. In queste evenienze, viene meno la strumentalità del diritto processuale civile nei confronti del diritto privato; viene meno la primaria funzione del processo di assicurare la realizzazione degli interessi protetti dalle norme privatistiche³⁰.

L'importanza dell'effettività della tutela giurisdizionale di un diritto soggettivo, e la stretta relazione tra diritto sostanziale e diritto processuale, possono essere illustrate con una metafora naturalistica, assimilando il diritto sostanziale effettivo a una foglia verde attraversata dalla luce; il diritto sostanziale, come cristallizzato nelle varie norme giuridiche, al suo tessuto connettivo; e l'effettiva azionabilità in giudizio del diritto soggettivo da parte del soggetto leso alla sua nervatura. La nostra foglia verde se fosse tutto tessuto connettivo, senza nervatura, si raggrinzirebbe e dissolverebbe perché non sarebbe alimentata e sostenuta. Allo stesso modo succederebbe con il diritto soggettivo, il quale in assenza della nervatura, della possibilità di farlo

c.p.c. agli artt. 840 *bis* ss. La sua entrata in vigore è stata posticipata a ottobre 2019 con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, art. 8, n. 5, per essere ulteriormente posticipata al 19 novembre 2020 in sede di conversione avvenuta a opera della l. 28 febbraio 2020, n. 8.

²⁹ La *class action* è stata ideata per ottemperare alle seguenti finalità: *a*) rispondere a ragioni di efficienza ed economia processuale, connesse alla inevitabile necessità di contrazione del contenzioso civile; *b*) onorare esigenze di equità sociale con l'eliminazione del rischio di giudicati contrastanti e riequilibrare asimmetrie informative esistenti tra "parti abituali" e "parti occasionali"; *c*) far emergere un contenzioso latente, quello dei c.d. *small claims*, destinato altrimenti a rimanere inespresso, a causa dell'eccessivo costo del ricorso alla giustizia a fronte del modesto valore economico della domanda; *d*) svolgere una funzione deterrente nei confronti di comportamenti illeciti, nonché di regolazione delle condotte economico-sociali a impatto collettivo; *e*) consentire una riduzione dei costi di difesa per le imprese nelle ipotesi di azioni seriali.

³⁰ In termini chiovendiani: «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire», G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 81.

valere in un processo attraverso un utile rimedio, si dissolverebbe, morirebbe, perché non trarrebbe alimento.

Ciò testimonia come la tutela, il rimedio, non può essere vista come un'appendice del diritto; non si può scindere il problema della titolarità da quello dell'effettività delle situazioni soggettive. *Jus e actio* sono inscindibilmente due facce della stessa medaglia: l'effettività delle posizioni giuridiche soggettive.

In queste ipotesi, la previsione di risarcimenti punitivi potrebbe rappresentare un opportuno contraltare al principio di indifferenza del risarcimento del danno, il quale finisce per avvalorare un trend al ribasso, che tende alla drastica riduzione dei risarcimenti. Una possibile soluzione si rinviene ancorandosi alle tesi sostenute da autorevole dottrina³¹, la quale ritiene che – attraverso una certa lettura della categoria dell'illecito civile, che consideri l'intera portata lesiva della condotta illecita – si possa determinare correttamente il *quantum* risarcitorio. Il principio di proporzionalità e di adeguatezza, invece di fungere quale impedimento rispetto a risarcimenti punitivi, ne consentirebbe una piena giustificazione, quale congruenza tra fatto (illecito) ed effetto giuridico (danno ingiusto). La necessaria copertura degli interessi offesi imporrebbe di estendere il risarcimento all'intero complesso assiologico leso, determinando una reazione dell'ordinamento che solo apparentemente sarebbe ultracompensativa e sproporzionata; ma che, in concreto, sarebbe mera funzione compensativa (*sic!*), se parametrata sulla potenziale classe danneggiata, sull'assunto di essere di fronte ad una perdita a rigore non del tutto compensabile (in ragione principalmente dell'apatia razionale), ma comunque effettiva. Può risultare opportuno, in certe ipotesi, guardare all'ingiusta remunerazione dell'autore dell'illecito, quando risulta difficile quantificare il pregiudizio sofferto dalle vittime, e non si riesce a dedurre in giudizio l'intera perdita aggregata. Se, in questa ottica, si potesse escludere la sostanza di rimedio ultracompensativo, rispetto al danno causato dal danneggiante, cadrebbero molti degli ostacoli dogmatici opposti ai *punitive damages*³².

L'impostazione, anche se affascinante, presta il fianco a una letteratura di interrogativi. A titolo di esempio, i seguenti: come si potrebbe superare la pro-

³¹ V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2009, pp. 674-678; similmente A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, nota a Cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978 (ord.), in *Giur. it.*, 2016, 8-9, pp. 1856-1860.

³² Tesi sostenuta in questi termini da V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, cit., pp. 674-678; similmente A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., pp. 1856-1860; idee riprese e sviluppate da S. CARABETTA, *I punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*, cit., p. 2310.

blematica di dover allegare e provare ogni singolo danno, dato che non esiste un danno *in re ipsa* neanche nelle azioni *follow-on* instaurate a seguito del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3? Il risarcimento verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento illecito? Chi avrebbe la legittimazione attiva? A chi andrebbe corrisposto questo risarcimento? Il diritto davanti a queste sfide, a questo iato di tutela, non può rimanere inerte, non può *ridursi a cortecchia rinsecchita avulsa dalla linfa vitale sottostante*³³; ma deve recuperare la sua socialità, elaborando soluzioni efficaci ed efficienti che siano performanti sul corpo proteiforme e in continuo mutamento della società (v. *infra*).

4. Artt. 840 quinquies e novies c.p.c. e art. 6, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: nuovi addentellati punitivi contemplati dal nostro ordinamento?

In ultima analisi, per dovere di completezza, giova ricordare che recentemente l'ordinamento italiano ha introdotto due ulteriori indici normativi dalla connotazione punitivo-sanzionatoria, i quali, ove in vigore, avrebbero molto probabilmente rimpinguato il già nutrito elenco di riferimenti legislativi contenuti sia nell'ordinanza di rimessione pronunciata da Cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978³⁴, sia nelle seguenti Sezioni Unite del 5 luglio 2017, n. 16601. Il riferimento è agli artt. 840 *quinquies* c.p.c. e 6 d.lgs. 19 gennaio 2017, 3, i quali sanzionano l'inottemperanza all'ordine di esibizione di prove rilevanti ai fini del processo che siano nella disponibilità della controparte (o di terzi), rispettivamente, in un giudizio collettivo e in un giudizio in materia di diritto della concorrenza. Nel codice di rito, il quale nasce per delineare un processo tra pari, l'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.* non è suscettibile di esecuzione coattiva, quale espressione del principio della disponibilità delle prove e della libera determinazione della condotta difensiva, riflesso del brocardo *nemo tenetur edere contra se*. Il rifiuto dell'esibizione può, pertanto, co-

³³ Metafora espressa da P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 9.

³⁴ Cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978 (ord.), disponibile all'indirizzo url: www.iusexplorer.it, con nota di P. G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016 fasc. 8-9, pp. 827-836, commentata altresì da E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1981-2026; A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., pp. 1856-1860; G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016 fasc. 8-9, pp. 836-838; C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, pp. 912-920.

stituire esclusivamente un comportamento dal quale il giudice può desumere argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2 c.p.c. Diversamente, in processi caratterizzati dalla presenza di asimmetrie tra le parti in causa, quando una di esse si trovi in posizione di debolezza rispetto all'altra, in conseguenza del mancato rispetto dell'ordine di esibizione, il legislatore ha previsto per la parte "forte" la condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in favore della Cassa delle ammende³⁵. A onor del vero, in queste ipotesi, non sembrerebbe configurarsi un vero e proprio risarcimento punitivo, quanto, piuttosto, una sanzione pecuniaria, dal momento che al depauperamento della parte inadempiente, non corrisponde un risarcimento ultracompensativo a vantaggio della controparte.

Diversa considerazione si può svolgere in merito alla novità, sempre in tema di azione di classe, introdotta dall'art. 840 *novies* c.p.c.; quest'ultimo contempla un compenso premiale, una "quota lite", ulteriore, rispetto alle somme dovute a ciascun aderente per il risarcimento. La disposizione richiamata sancisce che, in caso di condanna, l'impresa resistente debba corrispondere, sia al rappresentante comune degli aderenti sia all'avvocato della classe, un importo calcolato in percentuale rispetto al totale del risarcimento liquidato, sulla base di sette scaglioni legati alla numerosità della classe.

Questo *plus* di esborso pecuniario, cui è soggetta l'impresa convenuta, non può tecnicamente annoverarsi tra le sanzioni pecuniarie (civili o amministrative) – non essendo il pagamento destinato alla Cassa delle ammende o altro ente pubblico –, né tra i rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sanzionatoria, in quanto non tende ad arricchire i danneggiati con effetto ultracompensativo –; piuttosto, costituisce un compenso previsto per dei professionisti che svolgono un'attività complessa. In ipotesi di azioni di classe particolarmente rilevanti, questo costo ulteriore della macchina della giustizia potrà assolvere, indirettamente, una funzione deterrente nei confronti dell'impresa e, direttamente, una funzione di incentivo al *private enforcement*.

In conclusione, *de jure condendo*, una possibile soluzione per fronteggiare i profitti illeciti del danneggiante potrebbe essere quella di rivedere ragionevolmente le peculiarità e le diversità di valori e interessi tra *public* e *private enforcement*, con l'esigenza di coerenza ed effettività della tutela delle parti vittime di illeciti plurioffensivi. Più analiticamente, da un lato, andrebbero innalzati gli edittali delle sanzioni irrogabili dalle Autorità amministrative indipendenti

³⁵ Il mancato rispetto dell'ordine di esecuzione delle prove, o la distruzione di prove rilevanti, è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria devoluta alla Cassa delle ammende che va da 10.000 a 100.000 euro nella nuova disciplina dell'azione di classe e da 15.000 a 150.000 euro nella normativa sul danno *antitrust*.

denti; dall'altro lato, la nuova disciplina dell'azione di classe avrebbe potuto prevedere *apertis verbis* dei risarcimenti ultracompensativi, sopperendo alla mancata previsione dell'*opt-out right* nella formazione della classe, sull'assunto e sull'accettazione preventiva di tutti gli agenti in campo; ciò in quanto solo in questo modo l'impresa verrebbe verosimilmente esposta a una responsabilità che rifletta interamente i costi della propria condotta negligente. È giunta l'ora che si instauri un proficuo dialogo tra la funzione sanzionatorio-punitiva (statale) e la funzione risarcitorio-riparatoria (privata)³⁶.

³⁶ Sul punto il caso *Volkswagen dieselgate docet*. In Europa l'assenza di un'autorità centrale europea di protezione dei consumatori, l'assenza di una *harmonisation* di *cross border collective redress* e la presenza di discipline nazionali poco incisive (tanto in punto di *public* quanto di *private enforcement*), sono alla base del diverso atteggiamento tenuto dalla casa automobilistica tra USA e Europa. Situazione paradossale è che negli USA, a fronte di soli 500mila veicoli coinvolti, tra multe, risarcimenti e rimborsi la compagnia ha già sostenuto un esborso di circa 20-25 miliardi di dollari, mentre in Europa, dove lo scandalo ha coinvolto 8,5 milioni di consumatori, la Volkswagen ha – fino ad oggi, in attesa dei giudizi risarcitori collettivi – dovuto pagare solo qualche milione di euro irrogato come sanzione dalle Autorità *antitrust* nazionali. In Italia per adesso siamo fermi ai 5 milioni di euro irrogati dall'*Antitrust* ad agosto 2016, come massimo edittale previsto dall'art. 27 cod. cons. Sotto il profilo del *private enforcement* è in corso, dinanzi al Tribunale di Venezia, la più grande *class action* mai avuta in Italia, con una classe composta da circa 75mila aderenti. Nel periodo intercorso tra lo svolgimento del Seminario e la pubblicazione dei relativi atti, la Volkswagen ha concluso in Germania un accordo extragiudiziale con la federazione di consumatori tedesca VZBV con il quale corrisponderà, ai singoli proprietari delle auto coinvolte, risarcimenti che variano tra 1.350 e 6.257 euro a seconda del modello e dell'età del veicolo, per un totale di 830 milioni di euro.

SINTESI CONCLUSIVA (OVVEROSIA: PER UNA SALUTARE POTATURA DELLA “VIGNA” DEL DIRITTO PENALE)

di *Gianfranco Martiello*

SOMMARIO: 1. Ricordi di un diritto penale di inizio millennio. – 2. “Punire” e “risarcire”: la contrapposizione tradizionale. – 3. (*Segue*) I più recenti riavvicinamenti delle due categorie concettuali. – 4. Rilievi conclusivi.

1. *Ricordi di un diritto penale di inizio millennio*

La ricezione, alcuni giorni or sono, degli *abstracts* delle relazioni oggi egregiamente svolte ha fatto riaffiorare in me ricordi lontani, risalenti ai primi anni della mia formazione post universitaria. In particolare, riguardando gli appunti presi durante gli eventi formativi del dottorato di ricerca ed a margine delle numerose conversazioni avute con il mio Maestro, mi sono più volte imbattuto nel richiamo alla nota aspirazione ad un diritto penale “minimo”, il quale, improntato all’idea del «*minimo malessere dei devianti*», si sarebbe dovuto legittimare in quanto «*strumento di tutela dei diritti fondamentali*», e nulla più¹. La consultazione dei medesimi appunti, ed in specie delle “glosse” da me apposte a tale insistente richiamo, mi ha ricordato tutte le perplessità che, da giovanissimo cultore del diritto penale, una tale idea allora mi suscitò. Al tempo, infatti, rilevavo a mo’ di chiosa anzitutto la contraddittorietà per così dire “logica” di una disciplina che, nell’invitarmi da un lato al suo studio, dall’altro sembrava auspicare il proprio ridimensionamento quantitativo, o addirittura – magari estremizzando un poco le cose – la sua stessa prospettiva scomparsa. Ma ancora di più, mi balzava agli occhi la natura del tutto irrealistica, per non dire chimerica, di una tale aspirazione riduzionista, quanto meno ove conside-

¹ In questi termini, come noto, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, 2008, p. 325 s. (corsivi nel testo).

rata alla luce del sistema penale vigente in Italia a quel tempo, ovvero nei primissimi anni duemila. Ed invero, sebbene non fossero passati che pochi mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 507/1999, che come molti ricorderanno aveva intrapreso una vasta opera di depenalizzazione, era comunque chiaro a tutti che il sistema penale si orientasse in prevalenza verso tutt'altra direzione. Ad accreditare una siffatta consapevolezza stava, *de jure condito*, la situazione in atto della legislazione nazionale, afflitta da una remota quanto profonda "ipertrofia penalistica"², della quale, a tacer d'altro, costituiva l'ultimo segno l'attrazione nell'area sostanziale della pena anche della neonata sanzione diretta a colpire l'ente collettivo-delinquente, come non era sfuggito già da subito ai più attenti lettori del d.lgs. n. 231/2001³, nonostante ciò che suggerisse sia la *littera legis* che la *mens legislatoris*⁴. Ad alimentare ridotte speranze per un futuro diverso stava, d'altro canto, la limitatezza delle opzioni di tutela diverse dalla pena criminale che il legislatore mostrava di conoscere ed utilizzare in modo significativo, le quali si esaurivano essenzialmente nella sanzione punitiva amministrativa disciplinata dalla legge n. 689/1981. Ma è proprio sotto il versante dello strumentario surrogatorio disponibile che lo scenario sembra essere profondamente mutato, quanto meno negli ultimi anni.

L'attivismo che il legislatore italiano ha invero dimostrato sul tema delle alternative alla pena si giustifica con lo scopo eminentemente pratico di contrastare il patologico fenomeno della ipertrofia penale, che nel corso degli anni si è fatto sempre più ingovernabile nei propri effetti negativi, sia sul versante del rispetto delle garanzie che su quello della efficienza della stessa sequenza repressiva, dalla fase procedimentale a quella processuale, sino a quella esecutiva. Da qui, il *mantra* della deflazione, da intendersi nel triplice significato di: deflazione "sostanziale", che agisce a livello delle fattispecie incriminatrici, abrogandole o trasformandole in altro tipo di illecito; di deflazione "processuale", tanto più da quando l'ordinamento si è formalmente impegnato ad assicurare una "ragionevole durata" del processo penale⁵; di deflazione "carce-

² Sulle origini storiche e le conseguenze esiziali del fenomeno per l'ordinamento, basti per tutti il riferimento all'ampia ricostruzione di C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iper-trofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 3 s.

³ Sul punto, v. per tutti G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, spec. p. 1154 s.

⁴ Di «Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche» parlava e parla, infatti, l'intitolazione dello stesso d.lgs. n. 231/2001 e quella del Capo I dello stesso, mentre «alla nascita di un *tertium genus*» che avrebbe «coniuga[to] i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo» si riferiva la *Relazione al decreto legislativo 231/01*, spec. § 1, che può leggersi in *Guida dir.*, 2001, n. 26, p. 31.

⁵ Il riferimento è, anzitutto, all'art. 111, comma 2, Cost., il quale, come modificato dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, prevede che «La legge [...] assicura la ragionevole durata [del

riaria”, già presupposta dal principio costituzionale di umanità della pena, ma praticamente imposta a suon di pronunce di condanna dalla Corte di Strasburgo, a partire dalla nota “sentenza Torreggiani”⁶.

Sarebbe tuttavia assolutamente ultroneo, qui, dilungarsi sui numerosi e variegatissimi strumenti per mezzo dei quali le alterne maggioranze parlamentari hanno cercato nel tempo di surrogare la pena, e quindi di rispondere all’esigenza di ridurre l’area di intervento della sanzione criminale, tentando di risparmiare al sistema i costi sociali ed economici ad essa indissolubilmente legati. Del resto, il tema di cui oggi abbiamo sostanzialmente discusso è molto più ristretto rispetto a quello, ben più vasto, degli strumenti di deflazione penale in senso ampio, posto che il *Leitmotiv* dell’incontro odierno può forse condensarsi – almeno nell’ottica del penalista – in una precipua domanda, che attiene alla possibilità che la sanzione civile, ed in particolare quella risarcitoria, possa (sottinteso: efficacemente) sostituirsi alla pena criminale, quanto meno in certi ambiti di disciplina. Ed è di questo interrogativo che, infatti, brevemente parlerò.

2. “Punire” e “risarcire”: la contrapposizione tradizionale

Il domandarsi se, in qualche misura, il risarcimento del danno possa costituire o meno una valida alternativa alla pena criminale presuppone, logicamente, che sia concettualmente chiaro agli interlocutori il contenuto dei due termini tra i quali si intende stabilire il predetto rapporto surrogatorio. Ciò significa, in altre parole, concordare su ciò che si considera “pena”, o meglio su quali siano le funzioni più caratterizzanti che essa si ritiene debba svolgere, e su ciò che si intende per “danno” da ristorare.

Volendo brevemente riassumere l’insegnamento tradizionale, che usualmente inquadra i rapporti tra “risarcimento” e “pena” nell’ambito della più ampia “teoria generale” delle sanzioni giuridiche⁷, si potrebbe schematicamente affermare che:

processo]». V. anche la legge 23 marzo 2001, n. 89 (c.d. “legge Pinto”), che, nel dare attuazione a tale disposto costituzionale, ha previsto una «equa riparazione» (pecuniaria) in caso, appunto, di «violazione del termine ragionevole del processo».

⁶ V. Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani ed a. c Italia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 927.

⁷ Sul concetto di “sanzione giuridica” e sulla tradizionale contrapposizione tra quella civile e quella penale, v. F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 157 s.; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, pp. 532-533, 534 s.; P. NUVOLONE, *Pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 787 s.

a) la pena, intesa anzitutto come categoria logica prima ancora che come transeunte categoria storica, appartiene al *genus* delle sanzioni giuridiche eterogenee, e precipuamente alla *species* di quelle afflittive (o punitive, che dir si voglia), aventi per di più carattere personale. In primo luogo, difatti, le pene costituirebbero sanzioni “eterogenee” poiché consistenti in conseguenze giuridiche aventi una natura del tutto disomogenea rispetto a quella del comportamento richiesto dal medesimo precetto per la cui violazione esse sono irrogate. Inoltre, le pene sarebbero sanzioni “afflittive” (“punitive”), poiché consistenti in un “patire”, in una “sofferenza” prevista e poi inflitta per uno scopo che, nella fase applicativa, è quello di *punire* l'autore di un certo fatto per averlo commesso, e, nella fase di poiesi della sanzione, è quello di prevenire, mediante dissuasione psicologica, il ripetersi di fatti uguali da parte della collettività: come ha detto pure la Corte costituzionale, infatti, non può negarsi che «afflittività [e] retributività [...] riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale»⁸. Peraltro, che la pena costituisca anzitutto un patire; trova oggi indiretta conferma anche nell'art. 613 *bis*, comma 3, c.p., secondo cui non può configurarsi il reato di tortura «nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure private o limitative di diritti»: il che dimostrerebbe che la pena legittima è appunto sofferenza, afflizione. Infine, le pene avrebbero natura “personale”, e ciò non soltanto nell'intuitivo senso – evidente già da una lettura “basica” dell'art. 27, comma 1, Cost.⁹ – che esse devono colpire solo e soltanto l'autore del fatto e non soggetti ad esso estranei¹⁰, così che, se legittima è la figura del (mero) «civilmente obbligato per la pena pecuniaria» (artt. 89 c.p.p. e 196-197 c.p.), tale non sarebbe invece quella di un ipotetico «penalmente responsabile per la pena altrui». Ma, e di più, la pena risulta “personale” nel più profondo senso che le comminatorie penali non potrebbero conseguire alcuna finalità razionale se esse non venissero rapportate ed adeguate anche alla personalità dell'autore¹¹. Il che si riferisce tanto al momento dell'imputazione della responsabilità penale, tanto a quello della concreta determinazione della pena da infliggere. A ben vedere, anzi, il carattere in questi termini “personalistico” della pena risulta

⁸ Testualmente, v. Corte cost., 3 luglio 1990, n. 313, in *Giur. it.*, 1992, I, sez. 1, spec. c. 1879.

⁹ Per un riepilogo dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale nella lettura dell'art. 27, comma 1, Cost., v. per tutti L. CORNACCHIA, *Personalità*, in S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, p. 173 s.

¹⁰ Per tutti, v. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, II ed., Milano, 1947, p. 131.

¹¹ Sul nesso tra le comminatorie penali e la condizione personale del reo, di talché le prime appaiono «variabili anche in rapporto alla personalità dell'autore», insiste particolarmente F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, X ed., Padova, 2017, pp. XXIII s. e XXVIII s.

oggi condiviso dalla più generale categoria delle “sanzioni punitive”, nella quale la pena a buon diritto si iscrive¹². Ed invero, sia la legge che ha dettato i principî generali dell’illecito punitivo amministrativo (legge n. 689/1981), sia il decreto legislativo che ha introdotto l’innovativa figura dell’illecito punitivo civile (d.lgs. n. 7/2016), nello stabilire i criteri in base ai quali le suddette sanzioni devono essere calibrate nella fase di concreta irrogazione al reo hanno richiamato, ovviamente adattandoli, buona parte di quei medesimi indici di natura soggettiva utilizzati dall’art. 133, comma 2, c.p. per commisurare la pena alla capacità a delinquere del reo. Così, se quest’ultima disposizione fa riferimento, tra gli altri, ai «precedenti penali e giudiziari e, in genere, [...] alla condotta e [...] alla vita del reo, antecedenti al reato», alla «condotta contemporanea o susseguente al reato», alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo», l’art. 11 della legge n. 689/1981 richiama «l’opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione», la «personalità dello stesso» e le sue «condizioni economiche», mentre l’art. 5 del d.lgs. n. 7/2016 impone al giudice di considerare la «reiterazione dell’illecito», l’«arricchimento del soggetto responsabile», l’opera da questi svolta «per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell’illecito», la sua «personalità» e – trattandosi anche in questo caso di sanzioni pecuniarie – le sue «condizioni economiche».

b) al contrario, la sanzione civile appartiene al *genus* delle sanzioni giuridiche omogenee, ed in particolare a quelle di tipo ripristinatorio. Ed invero, “omogenee” le sanzioni civili sarebbero in quanto esse partecipano della stessa natura della prestazione o del comportamento oggetto dell’obbligo per la cui violazione esse sono state previste. Inoltre, la loro funzione non sarebbe punitiva bensì “ripristinatoria”, poiché ad esse spetta il compito di neutralizzare le conseguenze che derivano dalla violazione dell’obbligo sanzionato, e quindi appunto (tendenzialmente) ripristinare lo *status quo ante*, e ciò o in senso materiale, ove naturalmente possibile, oppure compensando il soggetto passivo del danno subito con l’equivalente monetario.

A tale contrapposizione concettuale, del resto, pare essersi fondamentalmente ispirato anche il codice penale, almeno nella sua versione originaria, posto che, se il concorso tra pena e risarcimento civile costituiva – e costituisce – regola generale (artt. 185 ss. c.p.), come a sancire la loro reciproca separazione e complementarità, del tutto residuali apparivano i casi nei quali, invece, il secondo risultava *lato sensu* influire sulla prima: o nel senso minimale di

¹²Sul punto, per tutti, v. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 61 s.

ridurre la quantità di essa, come ad esempio prevede ancora oggi la circostanza attenuante dell'art. 62, n. 6, c.p.; o nel senso di prenderne sostanzialmente il posto, come di fatto accade, esemplarmente, nell'ipotesi contemplata dal vigente comma 2 dell'art. 641 c.p., in materia di insolvenza fraudolenta.

Proprio quest'ultima previsione normativa, del resto, sembra efficacemente scolpire le rigide condizioni in presenza delle quali il legislatore del 1930 riteneva possibile una qualche "rinuncia" alla pena in favore della sanzione civile risarcitoria, peraltro nella sua forma specifica. Spiegavano infatti i *conditores* che l'inserimento della predetta clausola estintiva nel delitto di insolvenza fraudolenta si giustificasse, in primo luogo, per il fatto che in tale figura criminosa «[i] danno alla parte ha carattere prevalente», così che «appare giusto, ove danno non si verifichi, perché l'obbligazione fu adempiuta, [che] debba ritenersi cessato l'interesse sociale alla punibilità del fatto»; in secondo luogo, in ragione dell'espedito utilizzato dall'agente, ossia la dissimulazione del proprio stato di insolvenza, la quale, ove raffrontata con gli «artifici e raggiri» richiesti dal limitrofo delitto di truffa, appare così meno infida da suggerire che il solo ristoro del danno da essa provocato sia sufficiente ad assorbire la riprovevolezza dell'intero fatto, e ciò diversamente da quanto avviene, appunto, nel reato di truffa, rispetto al quale «prevale come ragione della incriminazione il riguardo al mezzo usato»¹³. Il che equivale a dire, forse con maggiore chiarezza, che una sostanziale surrogazione del risarcimento del danno (in forma specifica) alla pena veniva al tempo ritenuta praticabile in ragione¹⁴:

– della natura strettamente individuale del bene giuridico protetto, il che fa sì che la portata offensiva del reato si scarichi quasi esclusivamente sul titolare dello stesso e non anche su altri soggetti o su beni diversi della stessa vittima, come ad esempio avverrebbe laddove l'aggressione a quest'ultima fosse portata «mediante violenza alle persone»;

– della concentrazione della carica offensiva del reato nell'evento lesivo del bene giuridico (disvalore d'evento), che assorbirebbe in sé anche quella insita nella condotta;

– della natura temporanea e non irreparabile dell'offesa al bene giuridico,

¹³ Cfr. la *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della giustizia e degli affari di culto, vol. V-2, Roma, 1929, p. 462.

¹⁴ Per una chiara esplicitazione delle ragioni che renderebbero conferente la clausola *de qua* in seno al delitto di insolvenza fraudolenta, v. ad esempio G. AZZALI, *Insolvenza fraudolenta*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 794; D. FONDAROLI, *Illecito penale e risarcimento del danno*, Milano, 1999, p. 504; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 346 s.

che rende agevole al legislatore incentivare condotte di ristabilimento dello *status quo ante*;

– della omogeneità degli interessi offesi dall'incriminazione rispetto a quelli ristorati dalla contro-condotta post fattuale, la quale, a prescindere dal piano della tipicità formale della figura criminosa, finisce «per attingere alla dinamica degli interessi sottostanti quale si sviluppa oltre lo specchio del fatto tipico»¹⁵: il che è come dire che, in questo caso, la risoluzione della controversia (formalizzata dalla norma medesima) corrisponde alla risoluzione del conflitto (in senso sociale) che si agita sullo sfondo del fatto criminoso, rendendo così superflua l'attività del “punire” in senso proprio.

Quanto di tale teorizzazione sia rimasto e quanto, invece, risulti sacrificato sull'altare della deflazione ad ogni costo penso sia sotto gli occhi di tutti.

3. (Segue) *I più recenti riavvicinamenti delle due categorie concettuali*

L'evoluzione dell'ordinamento giuridico sembra invero avere messo in discussione sia l'assolutezza della contrapposizione tradizionale della quale ora si diceva, sia la rigidità dei presupposti al cui ricorrere la rinuncia alla pena in favore del risarcimento del danno veniva in precedenza ammessa, o comunque tollerata. Il ravvicinamento – per non dire, almeno in certi casi, la commistione – tra le categorie sanzionatorie sembra infatti distintamente osservabile tanto sul versante penalistico che su quello civilistico, finendo per costituire un ponte tra “civile” e “penale” un tempo difficilmente immaginabile. Volendo qui schematizzare il discorso, anche in considerazione di ciò che oggi è già stato da altri evidenziato, si può osservare:

A) sul versante penalistico, come non vi sia dubbio alcuno che, almeno come categoria logica, la sanzione criminale debba consistere in una “afflizione”, la quale, sempre a livello teorico, esprime un concetto diverso e per certi versi opposto a quello della “riparazione”, e ciò anche quando la pena assuma le forme della dazione pecuniaria, come nel caso della multa e dell'ammenda. Riprova ne è, anzitutto, il combinato disposto degli artt. 136 c.p., 56 e 102 legge n. 689/1981, in base al quale, come noto, la pena pecuniaria non soddisfatta si converte in una misura pur sempre limitativa della libertà personale, come è la “libertà controllata”¹⁶. Ma ancora di più, rilevano sia l'art. 613 *bis*,

¹⁵ In questi termini, F. GIUNTA, *Oltre la logica*, cit., p. 347.

¹⁶ Sul problema delle modalità di conversione della pena pecuniaria non adempiuta, v. per tutti L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, p. 67 s.

comma 3, c.p., che, nell'escludere l'applicabilità del delitto di tortura ai casi di «sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative dei diritti», conferma indirettamente l'ordinaria natura afflittiva della sanzione criminale, sia l'art. 133 c.p., che struttura la determinazione in concreto dell'ammontare della pena in modo avulso dalla considerazione del danno materiale o morale inflitto alla vittima (sempre che essa sia individuabile), e ciò proprio perché di afflizione può logicamente parlarsi soltanto da quando il reo è chiamato a versare un euro in più rispetto a quello che costituirebbe il mero ristoro di tutti i danni inflitti al soggetto passivo con l'illecito penale. È difatti proprio questa "ridondanza" che in teoria permette, da un lato, di affliggere in senso proprio il reo, privandolo di un *quid pluris* rispetto a quello che gli sarebbe necessario per rimediare al danno prodotto, e, dall'altro, di consentire alla pena di svolgere una funzione di general-prevenzione quantomeno negativa, dissuadendo da comportamenti simili i consociati.

Ma è proprio nella determinazione di questo "di più" discriminante che si annida il problema. Il riferimento non è tanto alla nota previsione recata dall'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000, la quale, nell'estendere la prestazione risarcitoria all'eliminazione delle conseguenze pericolose o dannose del reato, e nel salvaguardare le esigenze di prevenzione e di repressione dell'illecito penale¹⁷, consente di fatto al giudice sostanzialmente di "punire con il risarcire", bensì a quelle clausole che potrebbero dirsi di "deflazione-monetizzazione" della tutela penale, le quali legano le sorti di quest'ultima al ristoro – in forma ora generica, ora specifica – del danno (civile) subito dalla vittima¹⁸. Così, ad esempio, l'art. 341 *bis*, ultimo comma, c.p., si limita a prevedere che il delitto di oltrag-

¹⁷ Sulle aspirazioni della clausola in questione di contemperare deflazione e punizione, v. in dottrina, ad esempio, G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. PICOTTI-G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, p. 150 e D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in G. FORNASARI-M. MARINELLI (a cura di), *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, 2007, p. 121.

¹⁸ Per un ampio quadro del fenomeno e delle sue molteplici forme di manifestazione, si vedano per tutti, nell'ambito di una letteratura ormai vasta, O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016, p. 4 s.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 139 s.; M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, p. 192 s. V. anche, volendo, G. MARTIELLO, "Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata? Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole "punire" il reo, in *Criminalia*, 2017, p. 327 s., ID., *Il risarcimento del danno in chiave punitiva nel diritto penale: un modello alternativo di tutela?*, in E. URSO (a cura di), *Leggi, diritto, giustizia ed etica: un dialogo tra storia e presente* (in corso di stampa).

gio a pubblico ufficiale si estingua ove, prima del giudizio, l'imputato abbia «riparato integralmente il danno» mediante il suo «risarcimento» a beneficio sia della persona offesa che dell'ente di appartenenza della medesima, così legando l'effetto estintivo del reato – e quindi rilevante sul piano penale – ad un non meglio definito “danno”, presumibilmente da calcolarsi, in assenza di diversa indicazione, in base ai criteri civilistici del danno patrimoniale e morale¹⁹; ancora, gli artt. 2627, 2628 e 2629 c.c. prevedono che i reati societari in essi scolpiti si estinguano se, entro un certo termine, il reo, rispettivamente, restituisca gli utili illecitamente distribuiti o ricostituisca le riserve distratte, reintegri il capitale sociale indebitamente annacquato, risarcisca i creditori per l'operazione in loro pregiudizio da lui compiuta²⁰. Ebbene, in tali e simili casi non v'è dubbio che massima risulti la soddisfazione delle esigenze di deflazione processuale, ma parimente evidente è anche l'annichilimento dello stigma penalistico della condotta, tanto da indurre una riflessione sulla opportunità di conservare rilievo penale ad una incriminazione di tale fatta. A considerazioni in parte simili si espone pure, almeno in parte, l'opera di significativo allargamento della procedibilità a querela attuata, sulla base della “delega Orlando”, dal d.lgs. n. 36/2018. A tale riguardo, infatti, vanno considerati sia la “qualità” di alcune delle figure criminose sottratte alla repressione d'ufficio, non sempre espressive soltanto di un minuto conflitto inter-privato, sia l'intento deflattivo perseguito del legislatore, il quale, nell'ampliare i casi di perseguibilità ad impulso di parte del reato, ha confidato chiaramente nelle possibilità di mancata proposizione e di remissione della querela stessa a fronte del risarcimento del danno: pregiudizio, quest'ultimo, notoriamente monetizzato secondo criteri (risarcitori) di derivazione eminentemente civilistica, come parrebbe ora normativamente confermare, nella sostanza, anche l'art.162-ter c.p.²¹.

B) sul versante civilistico, come l'attenzione debba essere concentrata non tanto sull'uso esplicitamente in senso punitivo che il legislatore ha fatto della

¹⁹ Al riguardo, ed in questi termini, sia sufficiente il rinvio a R. PASELLA, *Art. 341-bis*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, t. II, IV ed., Milano, 2015, p. 833.

²⁰ Su tali clausole, sia permesso il riferimento a G. MARTIELLO, *La tutela penale del capitale sociale nelle società per azioni*, Firenze, 2007, pp. 97 s., 168 s., 188, 202 s.

²¹ Quanto al potenziamento della funzione selettiva della querela perseguito dal d.lgs. n. 36/2018 e sui nessi di quest'ultima con il risarcimento del danno civile, anche in relazione al disposto del nuovo art. 162 ter c.p., v. per tutti F. GIUNTA, *Il potenziamento della querela-selezione e la sua gestione giudiziale in presenza di condotte riparatorie*, in *Discrimen.it* (10 novembre 2018).

sanzione civile pecuniaria, come dimostra a tacere d'altro la categoria degli "illeciti civili" [ex penali] sottoposti a sanzioni pecuniarie» introdotta dal d.lgs. n. 7/2016, bensì sulla "trasfigurazione" – chiamiamola pure così – in senso punitivo che il risarcimento del danno civile ha subito in alcuni ambiti di disciplina. Sul punto non c'è bisogno che aggiunga molto, considerato che, meglio di quanto avrei potuto fare io, i precedenti relatori esperti in materia sono stati assolutamente chiari e persuasivi nel dimostrare, con esempi tratti sia dalla legislazione che dalla giurisprudenza, come in svariati settori del diritto privato la responsabilità civile svolge ormai una funzione non più meramente riparatoria, bensì anche – se non soprattutto – ultracompensativa. Tale fenomeno, per la verità, non dovrebbe oltremodo sorprendere. Anzitutto, ed in prospettiva storica, non fosse altro perché, com'è stato anche oggi ricordato, già nel diritto romano la distinzione tra "civile" e "penale" non era poi così netta come noi moderni la conosciamo, o meglio, la conoscevamo sino a non molto tempo fa; secondariamente, ed in prospettiva empirico-fattuale, considerato che l'esperienza applicativa insegna che, tanto più l'essenza del pregiudizio risarcibile si volatilizza concettualmente, divenendo così sempre più incerta la relativa predeterminazione²², tanto più risulterà maggiore la possibilità che, sotto la veste formale di una sentenza di condanna al risarcimento di un *certo danno*, il giudice di fatto *punisca* quantitativamente il reo, pur senza qualificare come tale l'operazione compiuta.

4. Rilevi conclusivi

Le risposte che le clausole risarcitorie con effetto estintivo del reato offrono alle esigenze di tutela sottese alla criminalizzazione di un determinato comportamento umano mostrano potenzialità soddisfattive differenti, le quali sembrano porsi in rapporto di proporzione inversa rispetto alle ragioni di deflazione penale sottese alla loro stessa introduzione. La insoddisfacente esperienza applicativa dell'art. 35 del d.lgs. n. 274/2000 sembra infatti dimostrare che, tanto più il legislatore appronta un congegno risarcitorio che intende "ripagare" al meglio i bisogni di tutela insiti nella previsione della pena criminale, tanto più esso risulta complesso da applicare e quindi depotenziato significativa-

²² Paradigmatica, al riguardo, la "deflagrazione contenutistica" nel corso degli anni del danno non patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c., sulla quale v. tra i numerosi, e per tutti, M. BONA, *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1136 s. e M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, p. 96 s.

mente nelle proprie virtualità deflative²³, il che forse spiega il perché, più di recente, un legislatore sempre più pressato dall'impellenza di ridimensionare l'area di intervento dello *ius criminale* abbia prediletto clausole risarcitorie ad effetto estintivo di forgia assai più grossolana, le quali, nel semplificare di molto l'onere motivazionale imposto al giudice, offrono prestazioni applicative senz'altro maggiori.

In altra sede ho già espresso le mie perplessità su interventi di tale fattura e, più in generale, sull'idoneità tanto pratica che simbolica del risarcimento del danno – anche se quantificato in modo ultracompensativo – a surrogare la pena criminale, specie se di natura detentiva²⁴. Tuttavia, ciò non deve suonare come una sorta di allusiva “difesa dei confini” del penale, ma casomai invitare ad un suo ragionato opposto. Invero, proprio l'odierna maggiore disponibilità di strumenti punitivi assai più variegati rispetto al passato dovrebbe offrire la possibilità non tanto di ibridare tra di loro entità diverse, come purtroppo qualche volta accade, bensì di ripensare, e non più soltanto come fosse una chimera, all'idea di un diritto penale minimo, incentrato – e so di andare controcorrente sul punto – sulla sanzione privativa della libertà personale²⁵. Una tale linea di intervento, se da un lato risulterebbe immediatamente funzionale all'obbiettivo pratico di una salutare deflazione, dall'altro avrebbe pure il merito di conservare ad un diritto penale davvero recessivo e ritratto quella sua “faccia torva” che mi pare ancora utile quanto meno per richiamare l'attenzione dei consociati sul rispetto di pochi ma essenziali valori di convivenza civile. Natura inequivocabilmente pubblica, una certa ritualità delle forme processuali e stigma sociale che deriva dalla severità della sanzione che infligge, legata alla privazione della libertà personale, sono difatti caratteri che reputo necessari alla conservazione dell'intima *ratio essendi* del diritto penale, e quindi alla sua concreta possibilità di svolgere, auspicabilmente in casi sempre più ridotti, la sua tipica funzione di estremo presidio di beni giuridici. Certo, non va nascosto che la ricchezza delle alternative punitive alle quali oggi il legislatore può attingere ridimensiona solo in parte la proverbiale difficol-

²³ In questo senso, v. F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in *Il Giudice di pace*, 2006, pp. 77 e 80 s., che attribuisce proprio all'“impianto pletorico” dell'art. 35 le maggiori responsabilità della modesta applicazione della clausola estintiva in parola.

²⁴ Sia permesso infatti rinviare nuovamente a G. MARTIELLO, “*Civile*”, cit., p. 349 s.

²⁵ Per alcuni spunti in tal senso, e nella prospettiva di un diritto penale incentrato sulla tutela «di fondamentali valori umani e sociali», v. anche P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 117 s., che tuttavia risulta contrario anche alla sostituzione della pena criminale, sebbene rispetto all'attività d'impresa, con quella “privata” del risarcimento del danno (p. 121 s.).

tà, sovente tutta italica, di ripensare il sistema penale, come testimoniano attendibilmente i numerosi progetti di riforma complessiva o settoriale nel tempo abortiti. Ed invero, a tacere d'altro sarebbe comunque necessario – e non è certo poca cosa in una società divisa e divisiva come è attualmente la nostra – quantomeno trovare l'accordo sul novero degli interessi da presidiare con la sanzione detentiva²⁶, nonché interrogarsi in modo scevro da pregiudizi ideologici e dogmatici – ed anche questo non sempre risulta agevole – sugli obiettivi che una pena così strutturata può realisticamente conseguire: ritengo infatti non del tutto peregrino sostenere che l'averne nel tempo riconosciuto alla pena una sorta di totipotenza, l'averla, cioè, (stra)caricata di finalità più o meno utopisticamente conseguibili, abbia concorso in misura non certo trascurabile alla tracimazione quantitativa dello *ius criminale*.

Scriveva con lungimiranza Pietro Nuvolone che «il diritto punitivo [...] prospetta problemi comuni al diritto penale per quanto riguarda i principi di legalità e di irretroattività»²⁷, con ciò volendo probabilmente sottintendere – almeno così l'ho inteso – che ogniqualvolta il legislatore si risolve a “punire” una certa condotta dell'uomo, anche senza ricorrere alla pena criminale, egli si deve anzitutto porre il problema delle garanzie minime da riconoscere all'individuo che si vuole punito. In effetti, specie in passato ci si è chiesti se il vincolo della legalità – così come declinato nei tradizionali aspetti della riserva di legge, della determinatezza, della tassatività e della irretroattività – che l'art. 25, comma 2, Cost. impone testualmente all'atto che “punisce” un certo fatto dell'uomo sia da ambientare soltanto nel diritto penale, al limite comprensivo delle «misure amministrative di sicurezza», come le definirono ad arte i codificatori del 1930, o se, invece, esso sia da riferire più generalmente al diritto punitivo, a partire da quello punitivo-amministrativo. Come noto, la dottrina penalistica si è prevalentemente indirizzata nel primo senso²⁸, non fosse altro per la razionale esigenza di mo-

²⁶ In questa prospettiva, per un tentativo di recuperare ed attualizzare la funzione critica svolta dal concetto di bene giuridico costituzionalmente (e personalisticamente) orientato, v. di recente E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, pp. 154 s. e 181 ss. (ma spec. p. 200 ss.)

²⁷ V., testualmente, P. NUVOLONE, *Pena*, cit., p. 787.

²⁸ V. ad esempio F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (1973), ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano, 1997, p. 658 s., ma diversamente, muovendo dalla comunanza delle esigenze di garanzia sottese al diritto punitivo ed a quello penale, v. P. NUVOLONE, *Pena*, cit., pp. 787-788. Da ultimo, v. Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, consultabile su www.penalecontemporaneo.it (2 aprile 2019), con osservazioni di M. SCOLETTA, che ha avvicinato ulteriormente diritto penale e diritto punitivo amministrativo sotto il profilo della intertemporalità, ritenendo applicabile anche al secondo il principio di retroattività della *lex mitior*, sebbene richiamandosi principalmente all'art. 3 Cost. Per un riepilogo del travagliato percorso giurisprudenziale di ravvicinamento tra la legalità

dulare l'intensità delle garanzie al diverso sacrificio imposto nei due casi al reo, ma ciò chiaramente non può significare che l'irrogazione di sanzioni punitive civili – che qui maggiormente interessano – possa avvenire in una sorta di «*rechtsfreier Raum*», come peraltro chiarito anche dalla più autorevole giurisprudenza sui “danni punitivi”²⁹; e questo – si badi – anche a prescindere da possibili applicazioni analogiche, forse tutt'altro che impraticabili, dei principî espressamente sanciti dalla legge n. 689/1981. In particolare, cruciali appaiono a mio modesto giudizio almeno le garanzie offerte dalla predeterminazione normativa della fattispecie risarcitoria e del *quantum* risarcibile, ad esempio ricorrendo per tale ultimo aspetto a sistemi tabellari, e quelle sottese all'introduzione di meccanismi in grado di consentire una graduazione commisurativa ed esecutiva della sanzione basata sulle effettive condizioni economiche del reo-obbligato, del resto già sperimentati per superare analoghe questioni di uguaglianza di trattamento poste a suo tempo dalla stessa pena pecuniaria.

In questa prospettiva, ed all'evidente fine di inspessire le garanzie a presidio di un futuribile “diritto civile punitivo” assai più diffuso, sarebbe opportuno approfondire le potenzialità dell'art. 23 Cost., già del resto posto da molti a fondamento della riserva (pur attenuata) di legge in ambito punitivo-amministrativo³⁰. A ben vedere, infatti, questa disposizione, sebbene storicamente posta con intenti più limitati³¹, se adeguatamente valorizzata potrebbe offrire copertura costituzionale anche all'imposizione di “pene extrapenali”, sottoponendo queste ultime – ed è il punto che occorre evidenziare – alla più parte di quelle garanzie alle quali l'art. 25, comma 2, Cost. ha ormai abituato il moderno cultore del diritto penale³².

penale e quella punitivo-amministrativa, v. per tutti, anche alla luce del diritto convenzionale, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 4, p. 12 s.

²⁹ V. Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, spec. p. 1791, con nota di A. DI MAJO.

³⁰ Al riguardo, v. F. BRICOLA, *Teoria*, cit., p. 659, nonché, tra i cultori del diritto amministrativo, e con numerosi riferimenti dottrinali trasversali, G. COLLA-G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, p. 248 s. Più di recente, tuttavia, per l'estensione della riserva di legge “piena” ex art. 25, comma 2, Cost. alle sanzioni punitivo-amministrative, ovvero per l'applicazione diretta dell'art. 7 CEDU quale norma interposta, v. M. ALLENA, *La sanzione*, cit., p. 21 s. e F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, III ed., Torino, 2018, p. 51 s.

³¹ Sulle origini storiche della disposizione, intesa a riproporre le garanzie di legalità che l'art. 30 dello Statuto albertino prevedeva in materia di imposizione tributaria, v. per tutti A. FEDELE, *Art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna, 1978, p. 21 s.

³² Quanto all'evoluzione interpretativa dell'art. 23 Cost., ampia quanto al suo oggetto (ossia, relativamente al concetto di “prestazione personale o patrimoniale”), ma minore in ordine ai

Spero che l'intonazione generale delle mie brevi conclusioni non abbia indotto in chi ha avuto la pazienza di ascoltare – e specialmente nei colleghi penalisti presenti – la sensazione di una incondizionata svendita del diritto penale, sotto il pretesto delle esigenze di deflazione, al rampantismo dimostrato da altri settori dell'ordinamento. Anche se può sembrare a tutta prima contraddittorio, è invece l'amore per un diritto penale autentico ad animare le mie intenzioni, nella consapevolezza che i canoni riduzionistici di frammentarietà, di sussidiarietà in chiave interpretativa, di *extrema ratio*, ecc., che forse con non molta convinzione declamiamo agli studenti già nelle prime lezioni dei nostri Corsi, hanno a che fare non soltanto con l'ovvia consistenza quantitativa della nostra disciplina, ma anche, e più in radice, con la sua dimensione qualitativa, poiché solo un diritto penale non inflazionato, non buono per tutte le stagioni politiche ed esigenze di tutela (spesso solo presunte) è in grado di mantenere la propria identità e svolgere la propria funzione ordinatoria. Visto che ci troviamo nel cuore della nostra bella Toscana, permettetemi allora in proposito – e per terminare – un parallelismo con quanto insegnano le regole di buona coltura della vigna, la quale, dopo un certo numero di anni dalla sua messa a dimora, e quando i suoi tralci diventino ridondanti, deve essere potata: solo così, infatti, da ciò che rimane della pianta è possibile ottenere il nostro tanto rinomato e corposo vino.

suoi contenuti di garanzia (ossia, circa l'estensione della "riserva" di legge), v. ancora A. FEDELE, *Art. 23*, cit., pp. 26 s., 31 s., 84 s. e 126 s., nonché, più di recente, L. FERRARI, *I principi costituzionali in materia tributaria*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, p. 712 s., che sottolinea le discrasie esistenti sul punto, almeno in ambito tributario, tra la dottrina e la giurisprudenza costituzionale.

Finito di stampare nel mese di giugno 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Volumi pubblicati:

1. D. BIANCHI-M. RIZZUTI (a cura di), *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, 2020.
2. S. COCCHI-A. SIMONI (eds.), *Freedom v. Risk? Social Control and the Idea of Law in Covid-19 Emergencies*, in corso di pubblicazione.

