

PREFAZIONE

Il convegno “Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, *diversion* e prevenzione” è nato dall’idea di costruire un momento di comune riflessione per un gruppo di studiosi accomunati nel loro percorso scientifico dal tentativo di rispondere ad un interrogativo che, negli ultimi decenni, l’ordinamento pone davanti agli operatori della giustizia penale: è possibile sfuggire all’ipertrofia delle incriminazioni, e dunque dei processi volti ad accertare le conseguenti responsabilità, quando il legislatore è il primo responsabile di tale situazione?

La riflessione è stata assai proficua e ha consentito, in modo dialogico, di far luce sulla portata di tali percorsi, sulle loro criticità e sugli sviluppi futuri o “futuribili”.

Il *fil rouge*, non solo terminologico, dei diversi contributi è individuabile nel sostantivo “fuga”.

Fuga dal diritto penale, fuga dal processo (o dal dibattimento), fuga dalla tradizionale modello detentivo carcerocentrico, fuga dall’ordinaria sequenza *reato/accertamento/irrogazione della sanzione penale/esecuzione*.

La via di “fuga” si guadagna attraverso strumenti di contrazione del controllo penale. Si è discusso di depenalizzazione in senso stretto, di modifiche in tema di procedibilità a querela, di particolare tenuità del fatto e di «depenalizzazione timida», ricercata attraverso la trasformazione di fattispecie criminose in illeciti civili sanzionatori. Quest’ultima porta con sé le discusse “pene private” e rappresenta un terreno apparentemente fertile, ma al contempo infido, nel quale muoversi con cautela, per non mercanteggiare la deflazione con la compressione delle garanzie fondamentali.

Si è parlato di prevenzione, in diverse accezioni, ma soprattutto di quella *praeter delictum*, delle sue dilatazioni e degli approcci giurisprudenziali non sempre uniformi. La “fuga” (dal processo penale verso quello di prevenzione) rivela qui la massima accezione negativa del termine, concretizzando un succedaneo di repressione e comprimendo al contempo (se non annullando) le garanzie del cittadino.

La riflessione non poteva tralasciare i temi della *diversion* e, in particolare, quegli istituti che consentono un approccio riparativo di fronte alla commissio-

ne del reato, quali la sua estinzione per condotte riparatorie e, soprattutto, la sospensione del processo per messa alla prova. Spingendosi oltre le colonne della *diversion*, si è parlato di giustizia riparativa e dell'importanza che in seno a questa assume la focalizzazione sui diritti delle vittime.

Nel porsi, in conclusione, la domanda, in un certo senso provocatoria, se esista «qualcosa di meglio del diritto penale», si è rivolto lo sguardo al futuro, oramai sempre più prossimo tanto da poter essere considerato presente, e ci si è soffermati sullo stravolgimento, a volte inquietante, che il progresso tecnologico e l'avvento della “vita digitale” ha determinato, o potrebbe determinare, in ambito processuale, non solo con riguardo alla ricerca della prova, ma anche guidando la decisione del giudice per mezzo di software predittivi per ora già in uso in alcuni ordinamenti di *common law*.

Se vi è una cifra che accomuna tutti i contributi di questo volume questa è certamente la constatazione che più che di una *fuga*, abbiamo necessità di un *ritorno* alle garanzie fondamentali, adattate alle nuove, spesso inquietanti manifestazioni del controllo penale.

Genova, 8 ottobre 2020

FEDERICO CONSULICH
MICHELA MIRAGLIA
ANNAMARIA PECCIOLI

I

L'ILLECITO CIVILE PUNITIVO TRA INTENTI DEFLATTIVI INCERTI E IBRIDAZIONE DI CATEGORIE GIURIDICHE ETEROGENEE: UN ESPERIMENTO SOSTENIBILE?

di *Lucia Risicato*

SOMMARIO: 1. Il fallimento della depenalizzazione e le sue cause risalenti. – 2. Alcuni tentativi recenti. A) La modifica del regime di procedibilità a querela operata dal d.lgs. n. 36/2018: i fraintendimenti dei canoni direttivi della delega e la sostanziale frustrazione delle finalità deflattive dell'intervento. – 3. B) Il risarcimento del danno come pena: un'introduzione. – 4. Un ircocervo giuridico? Principi generali e degenerazioni – sostanziali e processuali – della decriminalizzazione del reato. – 5. Lo statuto delle garanzie. – 6. Un primo bilancio perplesso: il delicato rapporto tra sistema penale, risarcimento del danno e sanzioni punitive.

1. *Il fallimento della depenalizzazione e le sue cause risalenti.* – Lungi dall'essere *extrema ratio* dell'ordinamento giuridico, il diritto penale degli ultimi decenni è stato affetto da una preoccupante forma di ipertrofia, sia in rapporto all'*an* che al *quomodo* dell'intervento legislativo. Tra i più importanti fattori che hanno determinato questo indesiderabile esito vanno ricordati l'obsolescenza della funzione critica del bene giuridico, la ritrovata funzione retributivo-punitive della pena detentiva e la sovrapposizione tra processi mediatici ed esigenze politico-criminali spesso distorte, se non apocriefe¹. A ciò si aggiunge una crisi della legalità che si manifesta attraverso l'involuzione del linguaggio legislativo: le norme penali di nuovo conio tendono a perdere i loro connotati di precisione

¹ Così 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 PALIERO, VIGANÒ, BASILE e GATTA, Milano, 2018, 631 ss. Da ultimo, sia tollerato il rinvio a 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, 487 ss.

trasformandosi in narrazioni complesse e farraginose² destinate a creare confusione nei destinatari e cicli tortuosi di interpretazioni correttive. Ne derivano slabbrature, testi polisemici, fuorvianti, sciatti e talora persino errati: è l'epoca della tipicità debole, rarefatta, in cui la norma viene affidata al giudice, che ne sancirà l'orbita applicativa³.

Per limitare i danni il legislatore, con cadenza periodica, ha puntato su strumenti di riduzione, nella consapevolezza della loro limitata efficacia. La deflazione è finora stata timida, oscillante e contraddittoria: basta un fatto di cronaca per disallineare un progetto di riforma, stravolgerlo o cestinarlo⁴. In questo campo, è tuttavia possibile distinguere un prima e un dopo, un "vecchio" e un "nuovo".

Il prima coincide col sostanziale fallimento della depenalizzazione, il cui unico merito è quello di aver incentivato e cristallizzato la sistematica dell'illecito amministrativo punitivo grazie alla l. n. 689/1981. La depenalizzazione delle norme penali contenute in leggi speciali ha conosciuto ridottissima operatività, essendosi tradotta nella rimozione di disposizioni obsolescenti senza criteri o ispirazioni più coraggiose. Solo la depenalizzazione per campi di materia si è rivelata più efficace, ma ancora insufficiente⁵.

Il dopo attinge, invece, a un meccanismo di deflazione del sistema penale fondato, per un verso, sull'esclusione della punibilità per particolare esiguità del fatto e, per l'altro, sull'autoriduzione dei conflitti sociali attraverso il ricorso – non semplice e neanche organico – a strumenti sanzionatori non più repressivi ma compensativo-riparatori⁶.

Nell'ambito del modello compensativo, non senza tuttavia una congrua e ibrida funzione afflittivo-deterrente, s'inserisce – come meglio vedremo – l'istituto delle sanzioni civili pecuniarie da devolvere alla Cassa delle ammende, legate alla decriminalizzazione di un limitato numero di illeciti penali trasfigurati in torti civili: è l'evoluzione pubblicistica dei *punitive damages*, che conferisce definitiva legittimazione, con importanti distinguo, alla discussa fattispecie delle pene private.

Meno chiaro è l'intento deflattivo sotteso alla modifica del regime di procedibilità a querela per taluni reati, che merita comunque in questa sede qualche

² Per tutti, FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in CAVALIERE-LONGBARDO-MASARONE-SCHIAFFO-SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 140.

³ PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 633.

⁴ PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 634.

⁵ PIERGALLINI, *op. cit.*, 635: la depenalizzazione, se attuata alla cieca, è uno strumento vecchio per manifesta inconsistenza.

⁶ Sul punto v., da ultimo, DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali ed applicative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 437 ss.

cenno: legata funzionalmente alla categoria dell'estinzione del reato per condotte riparatorie, la selezione delle nove ipotesi delittuose – poste a tutela della persona e del patrimonio – procedibili a querela realizza una vera e propria eterogeneità dei fini, eludendo proprio le finalità deflattive cui, sul punto, era ispirata la l. n. 103/2017.

L'impressione generale è che in Italia non esista fiducia negli – né familiarità con gli – strumenti deflattivi: anche se animati da buone intenzioni, essi rischiano, come vedremo nel caso dell'illecito civile punitivo, di dover fare i conti con una perniciosa ibridazione di categorie giuridiche sostanziali e processuali, o – peggio – con l'ennesimo sostanziale fallimento, conclamato dal nuovo regime di procedibilità a querela.

2. *Alcuni tentativi recenti.* A) *La modifica del regime di procedibilità a querela operata dal d.lgs. n. 36/2018: i fraintendimenti dei canoni direttivi della delega e la sostanziale frustrazione delle finalità deflattive dell'intervento.* – L'art. 1, comma 16, lett. a), l. n. 103/2017 delegava il Governo a prevedere la procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'art. 610 c.p., e per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale, salva in ogni caso la procedibilità di ufficio in presenza di una delle seguenti condizioni: 1) incapacità, per età o per infermità, della persona offesa; 2) presenza di circostanze aggravanti ad effetto speciale o delle circostanze indicate nell'art. 339 c.p.; 3) presenza di un danno di rilevante gravità nei reati contro il patrimonio⁷.

Il criterio ispiratore è quello di rendere procedibili a querela i reati (contro persona e patrimonio, senza tener conto della profonda eterogeneità assiologica dei beni giuridici considerati) puniti con pena edittale non superiore a quattro anni. Le deroghe riguardano le condizioni della persona offesa e – solo per i delitti contro il patrimonio – la particolare gravità del danno arrecato. Spicca per la sua eclatante assenza la valutazione del disvalore di condotta⁸.

Sulla querela, la Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, sia nella prima che nella seconda versione (quest'ultima, contrassegnata con il n.

⁷In argomento, v. specialmente GARGANI, *Riforma Orlando: la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 579 ss.; SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *www.discrimen.it*; PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, in *lalegislazionepenale.eu*, 6 marzo 2019; da ultimo, GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 473 ss.

⁸SEMINARA, *op. cit.*, 3.

475-*bis*, approvata l'8 febbraio 2018 dal Consiglio dei Ministri e poi trasfusa per intero nella relazione definitiva al d.lgs. n. 36/2018), osserva che «la procedibilità a querela costituisce un punto di equilibrio e di mediazione fra due opposte esigenze: da un lato, quella di evitare che si determinino meccanismi repressivi automatici in ordine a fatti che non rivestono particolare gravità, tali da ostacolare il buon governo dell'azione penale in riferimento a quelli seriamente offensivi; dall'altro, quello di far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole in un ambito di penalità connotato dall'offesa a beni strettamente individuali».

Questa caratterizzazione della procedibilità a querela è visibilmente lacunosa, non specificando cosa debba intendersi per «fatti che non rivestono particolare gravità» e come debba essere valorizzato «l'interesse privato alla punizione del colpevole»: non si comprende, poi, perché queste esigenze siano state identificate come opposte, e nemmeno si può dedurre se esse siano esaustive, esaurendo ogni altro criterio selettivo della procedibilità a querela.

Sdrucchiole è il riferimento alla gravità del fatto: sul piano assiologico, tutte le fattispecie punite con pena criminale appaiono connotate da gravità (ferma restando per il giudice la possibilità di applicare l'art. 131-*bis* c.p. ove ravvisi un fatto concreto di particolare tenuità). Fatti astrattamente “non gravi” o “meno gravi”, per il principio di sussidiarietà, dovrebbero a rigore essere depenalizzati, non assoggettati a un diverso regime di procedibilità. La *ratio* dell'intervento legislativo può forse essere rintracciata facendo ricorso alla coppia concettuale meritevolezza-bisogno di pena, identificando nei casi di procedibilità a querela la necessità di affidare esclusivamente alla persona offesa la valutazione dell'esistenza di peculiari interessi alla persecuzione del fatto⁹.

La scelta legislativa della “gravità” risulta poi scarsamente razionale se si considera che riguarda solo delitti di evento, essendo inapplicabile tanto ai reati di pericolo che alle contravvenzioni. Com'è stato acutamente osservato, «la sensazione (...) è che il tema della querela abbia determinato un corto circuito, fornendo un apparente fondamento a meccanismi estintivi del tutto svincolati dal rango dell'interesse tutelato, dalle modalità dell'offesa e dal disvalore oggettivo e soggettivo del fatto: cioè con un'assoluta indifferenza per la prospettiva assiologica nella quale vengono selezionati i fatti meritevoli della sanzione penale»¹⁰. Non è poi per nulla vero che la perseguibilità a querela esprima uno speciale favore nei confronti della persona offesa rispetto alla procedibilità d'ufficio: così non è, certamente, per chi ignori il pregiudizio patito dal reato o per chi non possa materialmente affrontare le spese processuali.

Un cenno meritano senz'altro le incongruenze fosforescenti sui nuovi reati perseguibili a querela. L'intento di ridurre il carico giudiziario rispetto a fatti-

⁹ SEMINARA, *op. cit.*, 4.

¹⁰ SEMINARA, *op. cit.*, 5.

specie connotate da non particolare gravità non si traduce in una *ratio* ispiratrice coerente nel d.lgs. n. 36/2018, come confermato dai lavori preparatori. La recente riforma ha reso perseguibili a querela, tra gli illeciti contro la persona, i reati di cui agli artt. 612 comma 2 (salvo i casi *ex art.* 339), 615 comma 2, 617-*ter* comma 1, 617-*sexies* comma 1, 619 comma 1 e 620, inserendo un nuovo art. 623-*ter* che ripristina la procedibilità di ufficio qualora nei delitti ora menzionati ricorrano circostanze aggravanti a effetto speciale; fra gli illeciti contro il patrimonio, sono divenuti perseguibili a querela i reati di cui agli artt. 640 comma 1 (con l'eccezione dei casi di cui all'art. 61, n. 7), 640-*ter* comma 1 (salvo che ricorra l'art. 61, nn. 5 o 7) e 646, anche qui introducendosi un nuovo art. 649-*bis* che, per i delitti appena menzionati, mantiene la procedibilità di ufficio se ricorre una circostanza aggravante a effetto speciale.

Tuttavia, in prima battuta, lo schema di decreto legislativo estendeva la perseguibilità a querela anche agli artt. 606 (arresto illegale), 607 (indebita limitazione di libertà personale) e 609 (perquisizione e ispezione personali arbitrarie) c.p. Questa scelta era di gran lunga eccentrica rispetto ai criteri ispiratori della riforma: gli artt. 606, 607 e 609 costituiscono ipotesi specifiche di abuso di ufficio (e, quanto agli artt. 606 e 607, di sequestro di persona) che tutelano diritti fondamentali del cittadino dinanzi a gravi abusi dei pubblici funzionari¹¹. Rispetto a queste fattispecie, la modifica del regime di procedibilità avrebbe stravolto il senso stesso delle incriminazioni. L'abbaglio, com'è noto, è stato evitato grazie all'intervento delle Commissioni Giustizia di Camera e Senato.

Su altre importanti questioni, le riflessioni critiche delle Commissioni non sono state altrettanto persuasive. Nella seduta del 6 dicembre 2017, la II Commissione Giustizia della Camera dei deputati aveva proposto di introdurre la procedibilità a querela per il nuovo reato di lesioni personali stradali gravi e gravissime *ex art.* 590-*bis*, comma 1, c.p. e di mantenere la procedibilità d'ufficio per la violazione di domicilio commessa da pubblico ufficiale (art. 615 c.p.). Nella seduta del 20 dicembre 2017, invece, la Commissione Giustizia del Senato aveva insistito sulla necessità di mantenere inalterata la procedibilità d'ufficio del reato di appropriazione indebita, invitando il Governo a riflettere sull'opportunità di rendere procedibile a querela il reato di rivelazione del contenuto di corrispondenza commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni (art. 620 c.p.). Dalla Relazione Illustrativa all'atto del Governo n. 475-*bis* emerge che i motivi per cui l'art. 590-*bis*, comma 1, c.p. è rimasto immutato e quelli per cui i delitti di cui agli artt. 615, 620 e 646, comma 3, c.p. sono diventati procedibili a querela si fondano su ragioni aprioristiche che nulla

¹¹ SEMINARA, *op. cit.*, 6; GARGANI, *Riforma Orlando: la modifica della disciplina del regime di procedibilità*, cit., 586: «quello progettato nel primo schema di decreto si rivelava un intervento improvvido, intrinsecamente incoerente e in palese contraddizione con la natura del referente di valore (oltre che privo di utilità, sul piano dello sgravio del carico delle strutture giudiziarie)».

hanno a che vedere, ancora una volta, con i criteri ispiratori della riforma. Per le lesioni personali stradali si è evocato lo speciale allarme sociale legato alla fattispecie di nuovo conio; per l'art. 615 si è osservato che in esso non ricorre un'incapacità della persona offesa; per l'art. 619 si sono richiamate ragioni di coerenza legate alla procedibilità dell'art. 620 e per l'art. 646, comma 3 si è affermato che esso evoca interessi e relazioni strettamente personali, in presenza delle quali la perseguibilità della relativa offesa può essere rimessa senza drammi all'iniziativa del privato. Rispetto agli artt. 615, 619 e 620 si sorvola ostinatamente sul fatto che soggetto attivo sia (o possa essere, nel caso dell'art. 615) un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio: alla natura privata dell'offesa si accosta un abuso o una violazione del dovere di ufficio che conferisce all'incriminazione un rilievo di natura anche pubblicistica, in collisione palese con la *ratio* ispiratrice della delega¹².

In riferimento all'art. 646, comma 3, c.p. e all'art. 640 c.p. va poi colto un grave equivoco: il legislatore del 1930 aveva sì previsto due reati comuni, recuperando però la specificità del disvalore della truffa e dell'appropriazione indebita compiute da pubblici ufficiali con un articolato regime della procedibilità d'ufficio nelle ipotesi aggravate. Ora, invece, salvo i casi di persona offesa incapace per età o infermità o di danno di rilevante gravità, gli artt. 640 e 646 rientrano integralmente in una dimensione privata, che implica la procedibilità a querela e l'estinzione del reato mediante risarcimento. La mancata persecuzione del reato per omessa presentazione della querela, o per la sua successiva remissione, o l'estinzione del reato conseguente al risarcimento esclude – per ovvie ragioni – l'applicazione di pene accessorie, ma riduce altresì – per ragioni meno ovvie – la possibilità di un procedimento disciplinare nei confronti del pubblico ufficiale a causa delle difficoltà di accertamento dell'illecito¹³.

L'Analisi d'impatto della regolamentazione allegata allo Schema di decreto legislativo conferma la sensazione del *flop*: nel periodo 1944-2017, per il reato di cui all'art. 612, comma 2 si sono avute 56.544 sentenze definitive di condanna, ove è stata riconosciuta la gravità della minaccia o la sussistenza di uno dei modi di cui all'art. 339 c.p. Impossibile quindi stabilire l'impatto reale dell'effetto deflattivo, che si può presumere assai modesto. Ulteriore conferma in questo senso è fornita dai dati statistici sulle condanne per gli altri reati ora procedibili a querela: in 73 anni, appena 5 sentenze definitive di condanna per l'art. 615, comma 2 c.p., 7 per l'art. 617-*ter*, comma 1, 6 per l'art. 617-*sexies*, comma 1, 78 per l'art. 619 comma 1, 12 per l'art. 620, 814 per l'art. 640, comma 3, 1 per l'art. 640-*ter*, comma 4 e 1233 per l'art. 646, comma 3.

¹² Fortemente e giustamente critico sul punto GARGANI, *loc. ult. cit.*

¹³ SEMINARA, *op. cit.*, 8.

A parte gli artt. 612 e 646 (che hanno impatti applicativi reali ma modesti), c'è da chiedersi se il risibile risparmio per gli apparati giudiziari giustifichi lo stravolgimento della razionalità del sistema¹⁴.

3. B) *Il risarcimento del danno come pena: un'introduzione.* – L'ampliamento dei reati procedibili a querela è avvenuto senza tenere in nessun conto il disvalore di condotta e assimilando in modo indiscriminato, di conseguenza, delitti contro la persona e il patrimonio unicamente in rapporto al massimo edittale e alla duplice assenza di una situazione di minorata difesa della vittima e di un danno economico rilevante. Su queste basi, è lecito chiedersi quali diversi criteri abbiano ispirato le abrogazioni con contestuale introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili di cui al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

Una riflessione preliminare: raffrontando i reati ora punibili a querela e gli illeciti civili sanzionatori, le rispettive discipline – per quanto espressione di un generale modello di privatizzazione della tutela penale – dovrebbero evidenziare una perdurante maggiore gravità dei primi rispetto ai secondi. Tuttavia, mentre i reati perseguibili a querela sono estinti dal tempestivo risarcimento del danno, i fatti dolosi previsti dall'art. 4 d.lgs. n. 7/2016 obbligano non solo alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, ma anche al pagamento di una sanzione pecuniaria civile, in favore della Cassa delle ammende, il cui importo – irrogabile in base agli stessi criteri di commisurazione della pena pecuniaria – oscilla tra cento e ottomila euro (per gli *ex* delitti di cui agli artt. 594, 627, 635 comma 1, 647 c.p.) ovvero tra duecento e dodicimila euro (per i rimanenti *ex* illeciti di falso), a carico di ciascun concorrente nel reato¹⁵ e sotto il più rigoroso regime della prescrizione di cui all'art. 2943 c.c.¹⁶

Siamo di fronte a un illecito non più penale e nemmeno amministrativo ma

¹⁴ Così, in particolare, SEMINARA, *op. cit.*, 10. Secondo GARGANI, *op. cit.*, 590, «perpetuando l'improbabile (e, a dir poco, bislacca) interpretazione del criterio preclusivo previsto dalla legge delega in ordine all'incapacità/infermità della persona offesa, il legislatore delegato (...) ha, in sostanza, perso l'occasione di valutare *funditus* quali reati procedibili d'ufficio necessitino tuttora tale forma di procedibilità, approvando un provvedimento nell'insieme tanto esangue, quanto riduttivo e inadeguato rispetto al mandato conferito».

¹⁵ Ribadisce invece l'irrilevanza di un tentativo punibile di illecito civile punitivo GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 5/2016, 596.

¹⁶ SEMINARA, *op. cit.*, 19. In argomento v., tra gli altri (e solo nella letteratura penalistica), DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 53 ss.; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, cit., 577 e ss.; GULLO, *La tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, fasc. 1/2016, 31 ss.; MARTINI, *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili. Il diritto penale tra evoluzione e mutazione*, in *Leg. pen.*, 28 settembre 2016; PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 643 ss. Da ultimo, si veda MARTIELLO, "Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata? *Overrosia, quando il risarcimento del danno vuole punire il reo*, in *www.discrimen.it*.

non ancora compiutamente civilistico, sottoposto a sanzioni pecuniarie importanti con forte valenza deterrente che dimostrano la persistenza di una meritevolezza di pena affidata al giudice civile competente a conoscere l'azione di risarcimento del danno.

Trova quindi definitiva legittimazione il controverso istituto delle pene private, con variazioni peculiari rispetto ai *punitive damages* dell'esperienza statunitense¹⁷ e, soprattutto, rispetto al concetto stesso di pena privata affermatosi in mancanza di un *corpus* giuridico dotato di caratteri di autonomia e generalità¹⁸: l'attuale disciplina non prevede, infatti, che il sacrificio imposto all'autore dell'illecito si traduca in un beneficio per il soggetto passivo. Coerente con la *ratio* originaria dell'istituto è invece il fatto che l'applicazione in sede giudiziale sia rimessa all'iniziativa del privato danneggiato e non a quella di autorità pubbliche, come accade con la pena criminale e amministrativa¹⁹.

¹⁷In argomento, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 55, e PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 645.

¹⁸V., in particolare, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 53; PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 645 e 649. In presenza di "torti" caratterizzati dalla malafede dell'autore, i *punitive damages* consentono al risarcimento del danno di superare la sua tradizionale componente compensativa per acquisire una (controversa) funzione "punitiva", riservando alla responsabilità civile una componente di indiscutibile eticizzazione dei rapporti tra privati. Dottrina e giurisprudenza civilistiche hanno discusso a lungo dei limiti di ammissibilità del danno punitivo nel nostro ordinamento giuridico, specie in sede di deliberazione di sentenze straniere che accordavano somme ultracompensative (non determinate legislativamente nella misura massima e rimesse alla discrezionalità illimitata degli organi giurisdizionali, con tutte le perplessità costituzionali che ciò implica nel nostro sistema giuridico). Proprio un recentissimo arresto delle Sezioni Unite civili pare destinato, in materia, a porre un importante punto fermo, seppur probabilmente non definitivo (sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, su cui si veda il commento di LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1/2018, 317 ss. La rilevanza di questa pronuncia può riassumersi in tre assunti basilari: 1) natura polifunzionale della responsabilità civile; 2) necessità che la funzione punitiva trovi un ancoraggio normativo, in omaggio al principio di riserva di legge; 3) indefettibilità normativa della tipicità delle ipotesi di condanna, della loro prevedibilità e dei relativi limiti quantitativi). Per i penalisti, l'interesse verso l'istituto nasce invece dall'intento di valutare l'attitudine del danno punitivo a porsi come strumento di controllo sociale, alternativo al diritto penale o ad esso complementare.

¹⁹Per un'articolata ricognizione dello stato dell'arte delle pene private pre-riforma, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 54. Le pene private si distinguono tradizionalmente in negoziali, legali e giudiziali. Il prototipo della pena privata negoziale è rappresentato dalla clausola penale *ex art.* 1382 c.c. (del cui carattere afflittivo è però lecito dubitare: la fattispecie prevede, piuttosto, una sorta di liquidazione contrattuale del danno, quando in concreto la prestazione promessa in caso di inadempimento risulti inferiore o pari all'ammontare del danno altrimenti risarcibile). La distinzione tra pene private legali e giudiziali si fonda sulla diversa fonte (legge o giudice) che comina la pena. L'applicazione di tale criterio non dà, peraltro, risultati sempre univoci, come dimostrano le diatribe dottrinali sulla natura giuridica dell'indegnità a succedere di cui agli artt. 463 e ss. Pena privata giudiziale è senz'altro quella prevista dall'art. 12 della legge sulla stampa (l. 8 febbraio 1948, n. 47) come conseguenza civile della diffamazione a mezzo stampa. Appare poi ancora controversa la qualificazione in termini di pena privata giudiziale del risarcimento del danno non patrimoniale, previsto in via di principio e in termini tassativi dall'art. 2059 c.c. e le cui applica-

Le ragioni del crescente interesse verso l'illecito civile sanzionatorio come alternativa alla pena pubblica, criminale o amministrativa, vanno ricercate nella forte valenza dissuasiva, generalpreventiva ma anche specialpreventiva, di sanzioni pecuniarie assai più consistenti della pena detentiva originariamente prevista per gli *ex* illeciti penali prima menzionati.

L'attuale disciplina non consente, tuttavia, un approdo pacifico alla materia qui trattata. Non chiara è la natura giuridica del nuovo istituto, non lineari sono i suoi risvolti processuali (dai problemi di costituzione delle parti a quello dello *standard* probatorio utilizzabile), non immediatamente evidente la relazione tra illecito civile sanzionatorio e risarcimento del danno²⁰. A parte si pone, poi, la fondamentale questione delle garanzie, condizionata dalla perdurante appartenenza dell'illecito decriminalizzato alla "materia penale".

4. *Un ircocervo giuridico? Principi generali e degenerazioni – sostanziali e processuali – della decriminalizzazione del reato.* – Le parole di Carlo Piergallini rendono alla perfezione impressioni e perplessità su un istituto giuridico "ibrido", con caratteristiche ancora non perfettamente rodute – sia rispetto alle pene private tradizionalmente intese che con riferimento allo strumentario sanzionatorio punitivo – e forse non compiutamente meditate: «il parto del legislatore evoca la condizione di Gregor Samsa, che, una mattina, si sveglia trasformato in un insetto (*ungeziefer*: insetto dannoso?). Qualcuno potrebbe, infatti, identificare il triste destino di Gregor nella figura del torto civile, che si troverebbe esposto ad un'ardita operazione di ermafroditismo, da ricondurre a una crisi di incontinenza (territoriale) del suo dirimpettaio, il diritto penale. Quest'ultimo, amputato di qualche lembo, avrebbe invaso il campo opposto, inoculandovi la sua anima punitiva (la sanzione pecuniaria), destinata a contrastare un danno criminale (riflesso della destinazione pubblicistica della somma dovuta) ritenuto comunque non sradicabile nel diverso contesto aquiliano, sì da trasformare irreparabilmente (ecco la *Verwandlung*) il DNA di quest'ultimo»²¹.

Il d.lgs. n. 7/2016 non convince pienamente né sul piano dogmatico, né su quello politico-criminale. Vero è che la decriminalizzazione è stata determinata

zioni si risolvono pressoché integralmente nella generale previsione di cui all'art. 185, comma 2 c.p. sul risarcimento del danno (patrimoniale e non patrimoniale) come "sanzione civile" del reato: il dibattito coinvolge intimamente la stessa identificazione del danno non patrimoniale, con particolare riguardo alla sua delimitazione al danno morale ovvero all'estensione del c.d. danno biologico o alla salute.

²⁰PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 645.

²¹PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale*, cit., 643-644. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, cit., 591, parla di istituto senza precedenti, non compiutamente assimilabile – sul piano funzionale e contenutistico – alle molteplici figure di illeciti e sanzioni civili previste nell'ordinamento interno.

– come sappiamo – da istanze deflative, ma l'impressione shakespeariana è quella del molto rumore per nulla: un esausto diritto penale ha devoluto al diritto civile qualche fattispecie di secondaria importanza. Tra l'altro, due degli *ex reati* trasfigurati rientravano già nella competenza penale del giudice di pace, dove il risarcimento del danno svolge un ruolo realmente basilare.

Il problema più grave, però, è che l'ibridazione di cui discutiamo rischia di tradursi in una forma di denegata giustizia: i costi civilistici di gestione della lite per *ex illeciti* "modesti" non sono per nulla modesti e generano il rischio inevitabile delle discriminazioni per censo.

Siamo di fronte a un modello di decriminalizzazione parzialmente inedito e, per molti versi, coraggioso, che potrebbe rappresentare la prima base normativa di implementazione di una futura appendice punitiva del processo civile²². Ma la natura poliedrica di questa specie di responsabilità va, in prospettiva, perfezionata rispetto ai difetti attuali. L'anima penalistica è ancora presente, e in modo non lieve: i suoi indici sono la costruzione di forbici edittali (da gestire in base a criteri di commisurazione eminentemente penalistici, in parte ispirati all'art. 133 c.p.²³) e la devoluzione della sanzione civile alla Cassa delle ammende. Il danno criminale, formalmente estradato dal suo territorio di pertinenza, si rigenera in ambito civilistico, rischiando di contaminarne il genoma²⁴.

D'altronde, anche la formula linguistica utilizzata dal legislatore tradisce un'eterogenesi dei fini: parliamo di sanzione civile pecuniaria e non, come nella logica delle pene private propriamente dette, di risarcimento del danno ultracompensativo. Il riferimento alla sanzione richiama l'idea della deterrenza, di cui è del resto espressione la scelta legislativa della destinazione pubblica della somma erogata a titolo di risarcimento, certo dettata dalla necessità di prevenire e contenere eventuali liti temerarie (assai probabili ove la somma liquidata fosse stata direttamente devoluta al privato-attore).

La disfunzione più allarmante riguarda l'accertamento *processuale* di questa

²² GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, cit., 601, osserva che, quale *concreta* attuazione del principio di sussidiarietà e proporzione nel ricorso alla pena, l'istituto in esame potrebbe in futuro subire un'estensione applicativa, con un ampliamento tipologico e qualitativo dei precetti.

²³ GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, cit., 596: i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie civili ricalcano in parte i canoni di cui all'art. 133 c.p. In conformità dei puntuali principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge delega, si stabilisce, infatti, che il giudice debba determinare l'importo della sanzione tenendo conto della *gravità della violazione*; della *reiterazione dell'illecito*; dell'*arricchimento del soggetto responsabile*; dell'*opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito*; della *personalità dell'agente* e, infine, delle *condizioni economiche* di quest'ultimo.

²⁴ PIERGALLINI, *op. cit.*, 654. Insiste giustamente sulla natura afflittivo-deterrente di questa tipologia di illecito GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, cit., 596.

tipologia d'illecito, che coinvolge – distorcendolo – il contraddittorio e il conseguente ruolo delle parti. Se, infatti, l'autore dell'illecito dovesse impugnare la sentenza solo con riguardo alla sanzione civile, in assenza del gravame della controparte sul risarcimento accordato, il giudizio d'appello sarebbe amputato della presenza del danneggiato (sostanzialmente disinteressato alla prosecuzione della lite, vertente su una questione sottratta alla sua disponibilità), svolgendosi unicamente tra danneggiante e giudice. La struttura dialogica del processo civile è qui irreversibilmente modificata, al punto che taluno ipotizza, in una simile evenienza, un'eliminazione di fatto dell'appello e la sola esperibilità del ricorso per Cassazione. L'influenza penalistica, del resto, è talmente pregnante da aver posto il problema se il gravame del danneggiante non debba beneficiare del divieto di *reformatio in peius*.

L'unica possibilità di scongiurare le modificazioni genetiche del processo civile, scartata dal legislatore, sarebbe stata quella di prevedere il risarcimento del danno in funzione ultracompensativa (come nella natura delle pene private propriamente dette), devolvendolo al danneggiato. Del resto non sembra, almeno a parte autorevole della dottrina, che la natura non meramente risarcitoria della sanzione sia in sé – e salvo, beninteso, casi particolari – inconciliabile con una sua destinazione al danneggiato²⁵: l'iniziativa giudiziale, incoraggiata dalla sanzione punitiva, avrebbe ricadute collettive sul piano della punizione degli illeciti e del relativo effetto deterrente, e al tempo stesso ricompenserebbe il danneggiato (anche) dei costi legati all'azione civile che, da *private prosecutor*, intraprende.

La devoluzione pubblica della sanzione stride, al momento, con la circostanza inequivocabile che gli illeciti decriminalizzati dal d.lgs. n. 7/2016 riguardano prevalentemente beni personali e non pubblicistici (come ad es. l'ambiente, dove pure le pene private sono state sperimentate e l'esperienza comparatistica, in special modo statunitense, consente una devoluzione – totale o parziale – del risarcimento ultracompensativo allo Stato).

L'effettività della tutela è insomma compromessa dalla natura ancora pubblicistica di un risarcimento del danno oneroso per il privato e foriero, oltretutto, di gravi anomalie processuali.

5. *Lo statuto delle garanzie.* – In un ipotetico bilanciamento tra caratteristiche eterogenee e antinomiche, prevale in modo netto la tesi della riconducibilità de-

²⁵PIERGALLINI, *op. cit.*, 655. In questo senso «la “meta” del guadagno ultracompensativo costituisce un valido incentivo all'azione, una sorta di *enforcement* privato: il soggetto leso assume le vesti di *private prosecutor* anche nell'interesse della comunità, facendosi carico di un'iniziativa giudiziale destinata ad avere ricadute collettive, in termini di punizione (del danneggiante, in ragione della gravità della sua condotta), di deterrenza e di ricompensa del danneggiato per l'attuazione dell'ordinamento giuridico e del suo rafforzamento».

gli “illeciti civili tipici” alla materia penale, nel significato attribuito a quest’ultima dalla CEDU²⁶. Ciò implica – come di recente suggerito anche dalle Sezioni Unite civili della Cassazione²⁷ – la piena operatività del carattere frammentario dell’illecito civile punitivo, la previsione di una riserva di legge *ad hoc*, il conseguente divieto di applicazione analogica e la fissazione di precisi limiti quantitativi delle condanne irrogabili in piena coerenza col riconoscimento della natura pubblicistica di tale illecito²⁸. Controverso, anche alla luce delle disposizioni transitorie del d.lgs. n. 7/2016, appare invece il profilo della retroattività *in mitius*.

Il riconoscimento di caratteri genetici prevalentemente ed indiscutibilmente penalistici impone di interrogarsi sui principi di garanzia che dovrebbero assistere l’illecito civile punitivo. Si discute, a questo proposito, anche sullo *standard* decisorio che dovrebbe assistere il giudice dei nuovi illeciti: la condanna alla sanzione civile punitiva dovrà avvenire alla stregua del canone (processualpenalistico) dell’oltre il ragionevole dubbio o accontentarsi della regola (processualciviltistica) del più probabile che non? Se è vero che l’illecito civile punitivo conserva i tratti costitutivi della materia penale, siamo di fronte a una titanica opera (preterintenzionale?) di omogeneizzazione tra illecito penale, illecito amministrativo punitivo e illecito civile, che culminerebbe nella generale fattispecie dell’illecito di diritto pubblico, portatore di una visione panpenalistica a dispetto della nominale decriminalizzazione²⁹.

Portata alle estreme conseguenze, nondimeno, siffatta omogeneizzazione finirebbe con l’oscurare le caratteristiche ontologiche della responsabilità civile e del relativo processo, vanificando l’intento della decriminalizzazione ed attribuendo all’illecito civile punitivo finanche lo stigma sociale negativo tipico della sanzione *stricto sensu* penale.

Il problema più significativo, per l’interprete e per il legislatore prossimo venturo, sarà allora quello di graduare e limitare l’intensità della natura punitiva della sanzione civile, che certamente rappresenta un *quid pluris* rispetto al risarcimento del danno ultracompensativo ma non può dissolversi sullo sfondo dell’illecito penale o di quello amministrativo. Il vero nervo scoperto del sistema, di precaria consistenza costituzionale, è al momento rappresentato dai limiti quantitativi del risarcimento e dalla sua prevedibilità: sotto questo punto di vi-

²⁶ In argomento v., per tutti, AA.VV., *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di DONINI, FOFFANI, Torino, 2018.

²⁷ Ci riferiamo alla già citata sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, su cui v. meglio *supra*, nt. 18.

²⁸ PADOVANI, *I nuovi illeciti civili. Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida dir.*, n. 8/2016, 78; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni amministrative e civili*, cit., 595. Abbiamo quindi illeciti civili il cui contenuto è tassativo e determinato a fronte dei precedenti illeciti aquiliani, a tipicità generica ed indifferenziata.

²⁹ PIERGALLINI, *loc. ult. cit.*

sta, però, i criteri di commisurazione previsti dal d.lgs. n. 7/2016 potrebbero costituire una base su cui costruire ed armonizzare una responsabilità civile punitiva che coesista con le interpolazioni penalistiche senza pregiudiziale svalutazione della sua prima, fondamentale natura. Ciò implicherebbe, tra le altre cose, anche un importante “ammorbidimento” dello *standard* decisorio in sede processuale.

6. *Un primo bilancio perplesso: il delicato rapporto tra sistema penale, risarcimento del danno e sanzioni punitive.* – Alla luce delle brevi riflessioni formulate, non è certo chiaro se l'illecito civile punitivo sia oggi un “terzo binario” dello strumentario sanzionatorio o solo una sanzione accessoria e non del tutto inedita. Ove aderissimo alla prima ipotesi non riusciremmo a intaccare natura e scopi del sistema punitivo, coniando al più una nuova tipologia di illecito “di diritto pubblico” con caratteristiche spiccatamente penali. Più coerente con gli intenti deflattivi del legislatore del 2016 è senz'altro la seconda opzione: in prospettiva, il risarcimento del danno ultracompensativo potrebbe diventare una seria alternativa all'intervento penale. A tal fine, è però indispensabile un'attenta opera di tipizzazione: la trasfigurazione di alcuni illeciti dal penale al civile rischia infatti, come evidenziato in precedenza, di dover scontare importanti *deficit* di effettività, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. rispetto al privato che non possa assicurare adeguata tutela (anche) civilistica alle proprie istanze.

Dal punto di vista strettamente penalistico, oltretutto, il risarcimento del danno in funzione afflittiva rischia di tradursi per il privato in una sorta di “moltiplicazione del male”, in chiaro contrasto con i canoni di proporzione e necessità: stiamo pur sempre parlando di “materia penale” descritta con strumenti civilistici. La modificazione genetica denunciata dalla dottrina impone di evitare che l'anima punitiva, indiscutibilmente dominante, sfoci in una *societas leonina* rispetto ad altri rami del diritto. Diversamente si realizza un'ulteriore, inarrestabile amplificazione della materia penale: l'ennesimo fallimento degli intenti deflattivi di cui il nostro legislatore pare, alla prova dei fatti e con mezzi sempre diversi, del tutto incapace.