

CIFRA ESSENZIALE, STATUTO COSTITUZIONALE
E RUOLO SISTEMATICO DELL'ILLECITO PUNITIVO
CIVILE *



Roberto Bartoli

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. La “cifra essenziale” dell’illecito punitivo civile. La natura punitiva. — 2.1. L’alterità a carattere privatistico. — 3. Lo statuto costituzionale delle garanzie dell’illecito punitivo civile. — 4. Il ruolo sistematico dell’illecito civile punitivo. I molteplici strumenti di contrasto alla criminalità “interpersonale”. — 4.1. Tentativo di razionalizzazione. — 5. Una conclusione.

1. Considerazioni introduttive

In questo mio intervento mi soffermerò su tre aspetti problematici concernenti il sistema dell’illecito punitivo civile. Anzitutto, tenterò di cogliere la “cifra essenziale” di tale sistema, avuto riguardo non soltanto alla configurazione in sé, ma comparandolo anche con i diversi sistemi afflittivo-punitivi (diritto penale, illecito punitivo amministrativo, nonché risarcimenti punitivi). Come vedremo, se l’analisi del sistema in sé consentirà di individuare la cifra sul piano della natura punitiva o non punitiva, l’analisi comparata consentirà invece di individuarne la cifra di quella che potremmo definire l’“alterità” del sistema punitivo civile rispetto a quelli tradizionali e quindi di collocarlo all’interno della ormai alquanto composta “galassia” dei sistemi afflittivi.

In secondo luogo, proprio grazie alla individuazione di questi caratteri di fondo, compirò alcune riflessioni sullo statuto costituzionale dell’illecito punitivo civile, nella convinzione che se, da un lato, v’è la necessità che ciò che è punitivo sia coperto da garanzie, dall’altro lato, si rende anche opportuna una razionale differenziazione tra i diversi sistemi, emergendo così ancora meglio la ragione per cui la nostra indagine sull’essenza dell’illecito punitivo civile sia stata estesa a un raffronto con gli altri sistemi.

Infine, nell’ultima parte di questo mio intervento darò uno sguardo complessivo

* È il testo dell’intervento al Convegno *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione*, tenutosi a Genova il 12 aprile 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

al sistema vigente orientato al contrasto della criminalità “interpersonale”, “a due”, tenendo presente anche le trasformazioni che in questi ultimi anni diritto penale e diritto civile hanno subito in una prospettiva di valorizzazione, rispettivamente, della vittima e dei danni punitivi. Se, infatti, è indubbio che per contrastare questa particolare forma di criminalità il sistema dell’illecito punitivo civile costituisca uno strumento particolarmente idoneo, non foss’altro per la sua consistente valorizzazione del danneggiato/persona offesa, dall’altro lato, però, all’interno del nostro ordinamento esistono anche altri strumenti basati, almeno in apparenza, sul ruolo protagonista della vittima, in ambito penalistico (condotte riparatorie e sistema penale del giudice penale), come anche in ambito civilistico (risarcimenti punitivi), ponendosi così, non solo un problema di razionalità nella scelta tra questi strumenti, ma, come vedremo, ancor prima, un problema di razionalità dell’assetto dell’intero sistema.

2. La “cifra essenziale” dell’illecito punitivo civile. La natura punitiva

Riguardo all’illecito punitivo civile in sé e per sé considerato, in realtà non v’è molto da dire, perché molto è stato scritto, ma, principalmente, su tutto esiste sostanziale accordo. In particolare, anzitutto v’è accordo sulla natura punitiva di questo sistema, desumibile da una molteplicità di caratteri¹: prospettiva retrospettiva mediante accertamento giurisdizionale della responsabilità; tipizzazione/tassativizzazione degli illeciti; comminatoria edittale tra un minimo e un massimo e conseguente commisurazione discrezionale che deve tenere conto anche della personalità e delle condizioni economiche dell’autore; richiesta di un elemento soggettivo in chiave di personalizzazione dell’illecito; devoluzione della somma di denaro alla Cassa delle ammende e quindi allo Stato; divieto di copertura assicurativa; non trasmissibilità agli eredi

¹ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1718 s.; T. PADOVANI, *Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida dir.*, 2016, n. 1, p. 12.; A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 591 ss.; ID., voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 488 ss.; ID., *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in www.legislazionepenale.it, 3.12.2018, p. 6; A. GULLO, *Commento ai d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016*, in www.legislazionepenale.eu, 29.7.2016, p. 43 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. 490 ss.; ID., *L’illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, in *disCrimen*, 9.09.2019, p. 7 ss.

dell'obbligo di pagare la sanzione pecuniaria civile; regolamentazione di istituti tipicamente e propriamente penalistici, come la reiterazione dell'illecito e il concorso di persone nel reato; infine, assenza di stigma sociale, sia perché non c'è processo penale, sia perché non c'è condanna, né quindi tutti gli effetti penali che da essa conseguono, compreso quello della iscrizione nel casellario giudiziario.

In secondo luogo, v'è accordo nel ritenere che si tratta di un *tertium genus* che si colloca all'ultimo gradino nella scala decrescente di afflittività, e, quindi, dopo il diritto penale e l'illecito punitivo amministrativo, visto che la sanzione pecuniaria civile, a differenza di quella degli altri due sistemi punitivi, incide "soltanto" sul patrimonio dell'autore dell'illecito.

2.1 - *L'alterità a carattere privatistico*

Venendo al confronto del sistema dell'illecito punitivo civile con gli altri sistemi "afflittivi" al fine di individuarne la cifra della "alterità", non possiamo che iniziare da alcune considerazioni sull'illecito punitivo amministrativo. Anzitutto, si tratta di un sistema che nasce – per così dire – dal basso, prima della legge n. 689/1981, e dall'esigenza concreta della pubblica amministrazione di tutelare i propri interessi pubblicistici. In secondo luogo, quello dell'illecito punitivo amministrativo è un sistema in prima battuta degiurisdizionalizzato, in quanto l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione della sanzione sono entrambi nelle mani della pubblica amministrazione, mentre soltanto in seconda battuta può essere attivata una tutela giurisdizionale. Inoltre, anche per le sue origini storiche, si deve registrare un allentamento della legalità formale, tant'è che opera una legalità non solo statale, ma anche regionale, comunque suscettibile di un controllo di legittimità costituzionale. Infine, rispetto all'illecito penale, quello punitivo amministrativo risulta meno vincolato al canone dell'offensività, oltre che al principio di colpevolezza. In estrema sintesi, potremmo dire che si tratta di un sistema fortemente pubblicistico, in questo prossimo al diritto penale, ma decisamente differente da quest'ultimo per via della sua degiurisdizionalizzazione e della minore aderenza ai principi di offensività e colpevolezza.

L'illecito punitivo civile presenta, invece, un'alterità decisamente diversa. Da un lato, infatti, ha caratteri fortemente punitivi che addirittura lo assimilano a quello penale più di quanto accade per l'illecito punitivo amministrativo: si pensi alla giurisdizionalizzazione, come anche all'applicazione "automatica" della sanzione pecuniaria,

in assenza cioè di una richiesta apposita e ulteriore rispetto alla richiesta di risarcimento del danno: «una volta unificata la sede processuale, è ragionevole che la richiesta di risarcimento del danno porti con sé automaticamente la sanzione pecuniaria civile quale strumento di prevenzione generale nei confronti di fatti pur sempre connotati di un profilo di dannosità sociale pubblicistica»².

Dall'altro lato, però, l'illecito punitivo civile presenta anche caratteri molto diversi dal punitivo tradizionale, differenziandosi non solo dal diritto penale ma anche dallo stesso illecito punitivo amministrativo³: si pensi alla sua natura fortemente privatistica emergente dagli interessi tutelati dalle fattispecie, dall'iniziativa di parte per l'attivazione del procedimento, dalla giurisdizione civile, nonché dall'assenza di stigma (seppure anche l'illecito punitivo amministrativo presenti uno stigma nullo o comunque attenuato).

In particolare, per quanto riguarda gli interessi tutelati, la previsione dell'illecito deve essere adattata in termini sostanziali all'ambientazione civilistica della tutela⁴, con la conseguenza che, da un lato, l'illecito non può non produrre anche un danno risarcibile; dall'altro lato, si deve trattare di illeciti di danno, non essendo sufficiente la mera messa in pericolo dei beni tutelati. Insomma, dalla prospettiva della depenalizzazione, la perseguibilità d'ufficio propria della violazione amministrativa e lo stretto collegamento di quest'ultima alla tutela d'interessi pubblicistici si sarebbero rivelati incompatibili con la natura privatistica degli interessi protetti.

Inoltre, con riferimento all'iniziativa di parte, vero che essa è accostabile alla querela c.d. opportunità là dove soggetta a remissione, tuttavia presenta differenze significative. Da un lato, carattere comune a entrambe è la devoluzione alla persona offesa della valutazione del bisogno di "punitivo" del concreto fatto di reato, ma mentre la valutazione sottesa alla querela riguarda addirittura il bisogno di *pena*, con tutto quello che significa per il suo carico di stigma, la valutazione sottesa all'iniziativa privata riguarda per l'appunto un bisogno di *punitivo* molto meno pregnante, perché si collega ad una valutazione già compiuta in astratto dal legislatore proprio in termini di mancanza di bisogno di "pena", essendo il reato degradato una volta per tutte a illecito punitivo civile. Inoltre, sotto il regime di perseguibilità a querela le vie della tutela penalistica e della tutela risarcitoria possono unirsi, ma anche restare separate,

² F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1720.

³ Sul tema, v. ampiamente A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative*, cit., p. 4 ss.

⁴ In argomento, v. per tutti A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative*, cit., p. 5.

ben potendo il privato esercitare l'azione di risarcimento rinunciando alla repressione penale oppure fare il contrario. Diversamente, in presenza dell'iniziativa di parte, come abbiamo già visto, l'azione per il risarcimento porta con sé il bisogno punitivo, così come il soddisfacimento del bisogno punitivo non potrà che passare dalla richiesta di un risarcimento.

Dall'altro lato, querela remissibile e iniziativa di parte sono simili sul piano del potere attribuito al privato di attivare o interrompere, in termini – per così dire – generici il potere pubblico punitivo. Tuttavia, mentre la querela attiva non solo la giurisdizione, ma anche, e prima ancora, il potere di indagine in capo al pubblico ministero, l'esercizio dell'azione civile da parte del privato attiva soltanto la giurisdizione⁵. Tant'è vero che, se si guarda il tutto dalla prospettiva della depenalizzazione, mentre la tecnica di depenalizzazione basata sull'illecito punitivo amministrativo finisce per risolversi in un intervento di degiurisdizionalizzazione, con l'illecito punitivo civile si verifica un sicuro alleggerimento del carico di lavoro delle Procure della Repubblica⁶.

Approfondendo ancora di più l'aspetto processuale-giurisdizionale civile, emerge come ciò che contraddistingue il nuovo sistema non sia tanto lo standard probatorio, quanto piuttosto i poteri di indagine. Sotto il primo profilo, se, da un lato, è vero che in ambito civilistico vige il principio del “più probabile che non” al posto di quello penalistico dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”, dall'altro lato, però, nulla toglie che al momento dell'accertamento dell'illecito punitivo civile il giudice si attenga allo standard probatorio proprio dei sistemi punitivi⁷: insomma, lo standard probatorio può ben essere diversificato a seconda della diversa tipologia di illecito. Sotto il secondo profilo, invece, come osservato, è indubbio che possa essere soltanto il privato persona offesa ad attivarsi per acquisire elementi di prova sufficienti ad esercitare l'azione civile risarcitoria.

Infine, di grande rilievo è l'assenza di stigma: com'è stato efficacemente affermato, «la sanzione civile punitiva non possiede, prima di tutto alcuno *stigma sociale negativo*: non “marchia” a fuoco come accade nell'illecito penale. Analogo stigma non è rintracciabile nel processo: quello penale – è pacifico ormai – catapulta, sin dalla fase procedimentale, effetti non di rado dirompenti, verso l'accusato, non foss'altro per l'invasività degli strumenti cautelari, personali e reali, che rilasciano le stimmate di

⁵ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1721.

⁶ A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative*, cit., p. 5.

⁷ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1721.

una punizione “anticipata”. Meno forte il “marchio” dell’illecito punitivo amministrativo, anche se il ventaglio delle sanzioni è tale da incidere non solo sul patrimonio ma pure sui diritti e le capacità della persona, per il tramite di un procedimento di irrogazione che vede come protagonista l’organismo che le accerta, munito, altresì, in taluni casi, di pervasivi poteri istruttori»⁸.

In conclusione, con riferimento all’illecito punitivo civile si può parlare di una sorta di ibrido: per differenziarlo dal civile si sono marcati alcuni caratteri del punitivo; ma per differenziarlo dal punitivo “classico” si è valorizzato il ruolo del privato in sintonia con una prospettiva civilistica.

Ecco allora che, al fondo, l’illecito punitivo civile si caratterizza anzitutto per una scarsa componente pubblicistica, potremmo dire presente nei momenti della previsione/comminatoria da parte del legislatore e della applicazione da parte del giudice, ma assente al momento dell’attivazione, come anche delle indagini, essendo queste rimesse interamente nelle mani del privato.

Ancora più in dettaglio, nel penale e nel punitivo amministrativo destinatario della somma corrisposta a titolo sanzionatorio e apparato di accertamento della responsabilità e di irrogazione sono saldati assieme nello Stato; nel civile muta, invece, il paradigma, per cui beneficiario della corresponsione è il privato mentre l’apparato pubblico interviene a livello giurisdizionale solo là dove le parti non sono state in grado di trovare un accordo; nell’illecito punitivo civile, destinatario della somma corrisposta a titolo di sanzione torna ad essere lo Stato, e se l’irrogazione della sanzione è sempre in mano pubblica, tuttavia l’attivazione e le indagini sono in mano privata, con la conseguenza che, in modo del tutto simile a quanto avviene per il civile, se il privato non si attiva, all’accertamento dell’illecito punitivo non si arriva, mentre, una volta che il privato si è attivato e la responsabilità è stata accertata, la sanzione punitiva avente come destinatario lo Stato scaturirà “automaticamente”.

Inoltre, e conseguentemente, nel momento in cui si attenua la componente pubblicistica, si attenua anche il rischio di strumentalizzazione da parte dello Stato. Rischi di strumentalizzazione, si pongono soprattutto al momento della previsione dell’illecito, ma la circostanza che il disvalore del fatto debba essere collegato al risarcimento e basarsi sul danno, pone di per sé vincoli significativi al legislatore anche in termini di razionalità.

⁸ C. PIERGALLINI, *Pene “private” e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE e G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, p. 658.

Un rischio di strumentalizzazione deriva piuttosto dalle istanze private. È ben possibile, infatti, «che l'importo della sanzione pecuniaria, i cui editti tradiscono una significativa divaricazione, entreranno sia pure informalmente, a far parte delle voci di una ipotetica transazione/composizione della vicenda. È prevedibile che l'attore si dichiari disposto a rinunciare alla sua pretesa se l'offerta risarcitoria ingloberà anche una porzione (più o meno ampia) della somma dovuta a titolo di sanzione punitiva»⁹. Con ciò rafforzandosi ancora di più il carattere privatistico del sistema e con la conseguenza che la giurisdizione, oltre a giocare il suo consueto ruolo di garanzia nei confronti del potere pubblico soprattutto nella fase (a dire il vero non troppo problematica) della previsione dell'illecito, sarà a garanzia anche di eventuali strumentalizzazioni e indebite pressioni da parte del privato.

3. Lo statuto costituzionale delle garanzie dell'illecito punitivo civile

Venendo alle garanzie, non è questa la sede per spingersi su riflessioni a carattere generale concernenti l'estensione delle garanzie riguardo alla "materia penale", anche perché il tema risulta molto complesso per il periodo particolarmente dinamico ed evolutivo che sta attraversando¹⁰. Si pensi, ad esempio, all'attuale tendenza della Corte costituzionale ad allinearsi alla giurisprudenza della Corte EDU e ad assimilare il sistema dell'illecito punitivo amministrativo al diritto penale tradizionale con conseguente notevole estensione delle garanzie, dopo una precedente fase volta invece a differenziare con maggiore nettezza le garanzie operanti nei due sistemi¹¹.

Una cosa è certa: più si assimilano i diversi sistemi punitivi sul piano delle garanzie, meno ha senso differenziarli sul piano della disciplina. Inoltre, anche sulla base dell'analisi che abbiamo compiuto, acquista sempre più senso e significato il concetto di "materia penale" e quindi una valutazione in ordine all'esistenza di esigenze garantiste che non si limita al contenuto afflittivo della sanzione ma si estende anche ad altri aspetti soprattutto a carattere processuale. Infine, si deve osservare come una differenziazione abbia più senso rispetto ai principi formali e processuali che a quelli sostanziali, anche in ragione del rapporto strumentale che questi ultimi hanno con la stessa efficacia

⁹ C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale*, cit., p. 654.

¹⁰ V. i contributi pubblicati in M. DONINI e L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

¹¹ In argomento, cfr. A. GARGANI, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *Criminalia*, 2018, p. 143 ss.

preventiva della sanzione: insomma, l'effetto preventivo della sanzione non può che essere assicurato dalla operatività di principi quali l'irretroattività e la colpevolezza.

Ebbene, all'interno del concetto di "afflittività", forse vero e proprio minimo comune denominatore dei molteplici sistemi punitivi (umani o dell'ente; basati sulla responsabilità o sulla pericolosità)¹², si può compiere una distinzione a seconda che essa vada ad incidere, in termini diretti o indiretti, su diritti personali oppure esclusivamente su diritti patrimoniali¹³. Nella prima prospettiva, si collocano, oltre al diritto penale, l'illecito punitivo amministrativo, come anche le sanzioni basate sulla pericolosità, vale a dire le misure di sicurezza e le misure di prevenzione (personali), nella consapevolezza che all'interno di questo gruppo si dovrà poi ulteriormente distinguere a seconda che si incida sulla libertà personale oppure su altri diritti (come ad esempio il diritto di circolazione), nonché a seconda che si tratti di sistema "retrospettivo" oppure preventivo. Nella seconda prospettiva si collocano invece l'illecito punitivo civile, come anche gli strumenti di confisca destinati ad aggredire il solo patrimonio, come pure, volendo, il risarcimento di danni punitivi.

Ebbene, non c'è dubbio che all'illecito punitivo civile si debba applicare il nocciolo duro dei principi di garanzia anche come emergenti dal costituzionalismo europeo: irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole; prevedibilità; personalità della responsabilità; proporzione; *ne bis in idem*.

Diversamente, ci si deve interrogare sulla portata della riserva di legge, se assoluta oppure relativa. Sul punto, si è osservato che «il rinvio all'art. 23 Cost. (che contempla una riserva relativa) è da ritenere sufficiente a garantire, sul piano delle fonti, la "prevedibilità" normativa dell'illecito [...]. Dunque, la compatibilità con i principi costituzionali e sovranazionali in questione potrebbe porsi ove il sistema dei danni punitivi dovesse essere imperniato [...] sopra una disposizione *per relationem*, segnatamente quella dell'art. 2059 c.c.»¹⁴.

Ebbene, l'eventuale carattere relativo della riserva rispetto all'illecito punitivo civile non dovrebbe meravigliare più di tanto, soprattutto se si considera che la copertura comunque legale consente di attivare la tutela della Corte costituzionale. Inoltre, la previsione *per relationem* non dovrebbe significare necessariamente atipicità dell'illecito: piuttosto la tipicità *per relationem* assicurerebbe al sistema della responsabilità

¹² V. Corte cost., sentenza n. 24/2019, che ha riconosciuto carattere afflittivo anche alle confische c.d. estese.

¹³ Cfr. ancora Corte cost., sentenza n. 24/2019.

¹⁴ C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale*, cit., p. 658 s.

civile una differenziazione dal “tipo aperto” che contraddistingue l’illecito civile compensativo previsto dall’art. 2043 c.c., come anche dal “tipo chiuso” che contraddistingue l’illecito punitivo pubblico¹⁵. Infine, il carattere “privatistico” dell’illecito punitivo civile sembra esporre l’autore a rischi di strumentalizzazione più da parte del privato persona offesa che da parte dello Stato, venendo soddisfatte le esigenze di tutela soprattutto attraverso l’intervento della giurisdizione, non potendosi dimenticare che la stessa Corte costituzionale, con riferimento al carattere relativo della riserva di legge prevista dall’art. 23 Cost., ha riconosciuto un ruolo “integrativo” anche allo stesso diritto vivente della Corte di cassazione¹⁶.

Resta fermo che sempre sul piano della legalità, proprio il tipo di illecito “a due” che va a intaccare interessi tendenzialmente personalistici, spinge per una competenza del legislatore nazionale, invece che regionale.

Piuttosto, non si può fare a meno di rilevare come un problema di violazione del principio del *ne bis in idem* possa porsi anche nei rapporti tra illecito punitivo civile e diritto penale. Si consideri ad esempio il fatto che la falsità materiale in scrittura privata, oggi illecito punitivo civile, è spesso anche artificio della truffa, con la conseguenza che non è escluso che uno stesso soggetto risponda sia per truffa aggravata (procedibile d’ufficio), che per falso materiale in scrittura privata.

Tutto ciò quindi a conferma di quanto il tema degli statuti costituzionali delle garanzie dei molteplici sistemi afflittivi stia attraversando una fase di notevole evoluzione.

4. Il ruolo sistematico dell’illecito civile punitivo. I molteplici strumenti di contrasto alla criminalità “interpersonale”

Come si colloca l’illecito punitivo civile nel complessivo sistema vigente, avuto riguardo alla sua reale configurazione?

Per inquadrare correttamente il tema, occorrono due considerazioni di fondo.

¹⁵ C. PIERGALLINI, *Pene “private” e prevenzione penale*, cit., p. 659.

¹⁶ Corte cost., sentenza n. 139/2019, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 96, comma 3, c.p.c., sollevata in riferimento all’art. 23 Cost.: da un lato, si afferma che «la fonte primaria non può quindi limitarsi a prevedere una prescrizione normativa “in bianco” genericamente orientata ad un principio valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini, ma deve invece stabilire sufficienti criteri direttivi e linee generali di disciplina»; dall’altro lato, si precisa che «il legislatore, esercitando la sua discrezionalità, ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell’attività maieutica di formazione del diritto vivente [...] può specificare il precetto penale».

Anzitutto, si tende ancora a pensare ai sistemi degli illeciti punitivi diversi dal penale in chiave di depenalizzazione, vale a dire come sistemi surrogatori, sostitutivi e quindi alla fin fine pur sempre connessi con il diritto penale. Se, da un lato, ciò è inevitabile, dall'altro lato, però, sarebbe venuto anche il momento di concepire tali sistemi nella loro autentica autonomia e alternatività. In questa prospettiva, l'illecito punitivo amministrativo può essere letto in chiave di illecito formale, a tutela di interessi pubblicistici, dove predomina l'esigenza generalpreventiva e più precisamente la prevenzione generale negativa sulle esigenze specialpreventive. Dall'altro lato, l'illecito punitivo civile può essere letto in chiave di illecito interpersonale e quindi con caratteristiche privatistiche, orientato a spingere le parti a risolvere il conflitto in termini extragiudiziari ed extra pubblicistici.

In secondo luogo, diritto penale e diritto civile non sono più quelli di quando apparve l'idea della depenalizzazione, avendo nel tempo subito non poche trasformazioni. Per quanto riguarda il diritto civile, ci dobbiamo rendere conto che esso non è più soltanto risarcimento del danno, ma può essere anche "risarcimento" del "danno punitivo"¹⁷. L'esigenza di estendere la sanzione civile al di là della sua compensazione discende, a nostro avviso, da considerazioni che non riguardano tanto il danneggiato, quanto piuttosto il danneggiante. Sotto il primo profilo (quello del danneggiato), vero che si potrebbero scorgere conseguenze punitive nel fatto che il danneggiato subisce danni non patrimoniali che attengono a diritti della persona costituzionalmente garantiti¹⁸, è anche vero che la circostanza che il danno da risarcire non coincida con i danni patrimoniali non implica necessariamente che la sanzione sia punitiva¹⁹: insomma, danno *non punitivo* può essere sia quello patrimoniale che quello non patrimoniale, risultando il carattere patrimoniale o meno del danno inconferente con la sua natura punitiva o non punitiva. Piuttosto, sotto il secondo profilo (prospettiva

¹⁷ Sul tema, dalla prospettiva civilistica, v. per tutti F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013; dalla prospettiva penalistica, C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale*, cit., p. 645 ss.; M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE e G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora*, cit., p. 501 ss.; M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2019, p. 183 ss.; 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 ss.

¹⁸ In questo senso si esprime soprattutto la letteratura civilistica, cfr. F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 372 ss.

¹⁹ In argomento cfr. M. ROMANO, *Pene pecuniarie*, cit., p. 506 ss.; M. BERTOLINO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 183 ss.

dell'autore danneggiante), l'esigenza di estendere la sanzione civile al di là della sua compensazione sembra discendere soprattutto dal fatto che spesso il danneggiante consegue comunque un profitto superiore ai danni inferti, che il risarcimento compensativo ignorerebbe del tutto. Insomma, se ha poco senso una pena pecuniaria inferiore al profitto (da qui la confisca anche come strumento per rendere effettiva la pena pecuniaria), in assenza di altre tutele, ha poco senso anche un risarcimento del danno inferiore al profitto. Non solo, ma se la stessa confisca che aggredisce il profitto viene ormai qualificata da una parte della dottrina e della giurisprudenza come compensativa in ragione della sua capacità di ripristinare la situazione precedente al delitto, alla stessa stregua si potrebbe considerare danno punitivo proprio il profitto conseguito dall'agente danneggiante.

Per quanto riguarda il diritto penale, esso ha perduto ormai la sua struttura rigida, divenendo flessibile e con molteplici varianti già prima della irrogazione della pena. Si potrebbe dire che già all'interno del diritto penale si possono compiere delle differenziazioni, soprattutto attraverso la categoria della non punibilità²⁰. Si pensi ad istituti come la particolare tenuità del fatto o la messa alla prova, nati nell'ulteriore sottosistema del diritto penale minorile e inseriti poi nel sistema generale.

Ebbene, limitandoci ad aspetti strettamente attinenti al nostro tema, circa il diritto penale in senso stretto, si devono considerare la querela e le condotte riparatorie. La prima, soprattutto là dove soggetta a remissione, colloca interamente nelle mani della parte offesa la chiave sia per aprire la strada della tutela penale, sia per eventualmente chiuderla con la rimessione, e quindi la rende effettiva protagonista dell'opzione tra tutela penale (eventualmente anche civile) ovvero solo civile, alterando così in modo significativo la dimensione punitiva²¹.

Le condotte riparatorie, quando incidono sulla stessa punibilità, comportano invece una vera e propria civilizzazione dell'illecito penale. Ed è proprio ciò che si è verificato con l'istituto disciplinato dall'art. 162-ter c.p. che, combinando insieme perseguibilità a querela remissibile ed estinzione del reato per condotte riparatorie, ha realizzato una vera e propria "decriminalizzazione", visto che la chiave per la sostanziale degradazione dell'illecito penale in illecito civile stavolta è esclusivamente nelle

²⁰ F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *www.sistemapenale.it*, p. 1 ss.

²¹ Sulla querela in particolare, cfr. F. GIUNTA, *Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 473 ss.

mani dell'autore dell'illecito²².

Inoltre, si consideri il sistema penale del giudice di pace, che ha previsto condotte riparatorie estintive del reato e il ricorso immediato al giudice per i reati perseguibili a querela. Di particolare interesse è soprattutto il secondo comma dell'art. 35 d.lgs. 274/2000, dove si sancisce che il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie, «solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e di quelle di prevenzione»: la circostanza che si debba valutare la soddisfazione di esigenze punitive, lascia intendere che le condotte riparatorie debbano andare oltre la mera compensazione del danno, avendo quindi un contenuto in qualche modo afflittivo, il cui destinatario, però, non è l'ordinamento, ma piuttosto lo stesso privato persona offesa dal reato²³.

Alla luce di questo quadro così articolato, si possono cogliere due aspetti interessantissimi. Da un lato, i fatti contraddistinti da conflittualità interpersonale e da interessi offesi fortemente privatistico-personalistici costituiscono uno "spazio punitivo", sul quale incombono addirittura quattro diversi strumenti attivabili dai privati: diritto penale, con condotte riparatorie che comportano addirittura una rinuncia al punitivo-penale; giudice penale di pace, con condotte riparatorie che assumono in sé la dimensione punitiva a beneficio del privato persona offesa; illecito punitivo civile, che lascia "vivo" il punitivo, assegnando però la somma a titolo sanzionatorio allo Stato, ma si tratta di punitivo nella sostanza a carattere privatistico, riconoscendo ampio spazio al ruolo del privato; infine diritto civile, che là dove attribuisce rilevanza ai danni punitivi è simile al sistema penale del giudice di pace nel momento in cui il *quid pluris* è conferito direttamente al privato.

Dall'altro lato, soprattutto con l'art. 162-*ter*c.p. la razionalità dell'intero sistema è entrata fortemente in crisi. Se è plausibile che al risarcimento del privato si aggiunga un punitivo che ha come destinatario lo Stato (illecito punitivo civile); se è plausibile che il risarcimento del privato ricomprenda anche danni punitivi (sistema penale del giudice di pace e, volendo, risarcimento del danno punitivo); tuttavia, non risulta

²² S. SEMINARA, *Riflessioni sulla "riparazione" come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE e G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora*, cit., p. 565 ss.; ID., *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *Criminalia*, 2018, p. 388 ss.; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.legislazionepenale.eu, 13.11.2017, p. 1 ss.; G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 437 ss.

²³ C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale*, cit., p. 638.

plausibile che il reato sia degradato a mero illecito civile (condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p.).

Anzitutto, costituisce una sostanziale e notevole incongruenza sistematica, la circostanza che mentre i reati perseguibili a querela soggetta a remissione sono estinti dal tempestivo risarcimento del danno, gli illeciti punitivi civili obbligano non solo al risarcimento del danno, ma anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile in favore della Cassa delle ammende, con la conseguenza che i più gravi illeciti qualificati come reati vanno incontro a un trattamento più mite di quello a cui vanno incontro i meno gravi illeciti punitivi civili.

Inoltre, è incongruente che reati meno gravi come quelli previsti dal giudice di pace vadano incontro ad attività riparatorie più consistenti di quelle previste per i più gravi reati previsti dal diritto penale tradizionale.

Infine, si deve valutare bene anche la congruenza tra illecito punitivo civile e sistema penale del giudice di pace: vero che entrambi contemplano contenuti punitivi, c'è da chiedersi se abbia senso che rispetto a illeciti più gravi, come quelli di cui ha competenza il giudice di pace, il *quid pluris* punitivo abbia come destinatario la parte offesa, mentre rispetto a illeciti meno gravi il *quid pluris* abbia come destinatario lo Stato.

4.1 - Tentativo di razionalizzazione

Occorre provare ad osservare il tutto da un angolo visuale differente, che ponga al centro della riflessione la criminalità interpersonale e gli strumenti per contrastarla. Il tema, allora, diventa: quale strumento adottare per contrastare nel modo più efficace possibile la criminalità interpersonale, nata spesso in contesti relazionali e offensiva di beni esclusivamente personali e disponibili?

Il primo problema da affrontare attiene al "rischio ricatto" a cui può andare incontro l'autore del reato allorquando il punitivo è connesso ad un ruolo protagonista della persona offesa, come spesso avviene, per l'appunto, nel contrasto alla criminalità interpersonale.

Ebbene, per evitare il "rischio ricatto" non si può che uscire dal diritto penale. Più precisamente, o si rinuncia alla stessa querela oppure si rinuncia al diritto penale, a meno che non si voglia continuare a impiegare un meccanismo irrazionale come quello previsto dall'art. 162-ter c.p., che per evitare il rischio ricatto finisce per degradare il reato a illecito civile compensativo, mettendo la chiave nelle mani dell'autore

e sacrificando completamente la vittima. Piuttosto si deve osservare come – quasi paradossalmente – in ambito penale le condotte riparatorie possano avere razionale valenza “estintiva” soprattutto per reati diversi da quelli “privatistici”, offensivi cioè di beni giuridici totalmente pubblici, là dove l’interesse pubblico può essere soddisfatto dal ripristino, come nel caso dei beni ambientali o fiscali²⁴. Insomma, anche il compensativo può essere pubblico.

Scartato il diritto penale restano tre strumenti: il sistema penale del giudice di pace, l’illecito punitivo civile e il risarcimento esteso ai danni punitivi.

A ben vedere, si tratta di sistemi molto eterogeni tra di loro. Se si guarda ai sistemi nel loro complesso, giudice di pace, illecito punitivo civile e risarcimento dei danni punitivi si caratterizzano per la presenza di sanzioni punitive. Ma se si guarda al destinatario del *quid pluris* punitivo connesso alle condotte riparatorie, il sistema penale del giudice di pace e il risarcimento dei danni punitivi si contrappongono all’illecito punitivo civile, in quanto nei primi due il *quid pluris* è devoluto al privato, mentre nell’illecito punitivo civile è assegnato allo Stato. Infine, se si guarda ai soggetti che compiono le indagini, sono l’illecito punitivo civile e il risarcimento dei danni punitivi a contrapporsi al sistema penale del giudice di pace, basandosi sull’iniziativa e indagini private.

Sul piano del rischio ricatto, sistema penale del giudice di pace e risarcimento dei danni punitivi tornano ad assomigliare, attenuando, fin quasi a neutralizzare, le pressioni che la vittima/danneggiato può esercitare sull’autore/danneggiante: essendo il privato destinatario del *quid pluris* punitivo, l’eventuale porzione ultracompensativa che si ottiene in fase extragiudiziale non è altro che l’anticipazione di quanto si assegnerebbe al momento giurisdizionale, con la conseguenza che il ricorso alla giurisdizione svolge nella sostanza una funzione di garanzia per il danneggiante davanti a un eventuale danneggiato eccessivamente esoso.

Diversamente, l’illecito punitivo civile lascia sussistere il rischio ricatto, in forma minore rispetto al penale, ma in forma maggiore rispetto agli altri due sistemi. In particolare, secondo alcuni tale rischio sarebbe stato eliminato proprio sottraendo il *quid pluris* al privato e assegnandolo allo Stato, tant’è vero che sarebbe stata proprio questa una delle ragioni per cui la somma liquidata a titolo punitivo non è stata assegnata al privato²⁵. Tuttavia, il “rischio ricatto” scaturisce proprio dalla destinazione pubblica

²⁴ F. PALAZZO, *La non-punibilità*, cit., p. 8.

²⁵ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., p. 1719.

delle somme corrisposte a titolo di sanzione civile²⁶, come del resto è dimostrato dai problemi posti dalla querela in ambito penale. Certo, si tratta di un rischio indubbiamente attenuato, ma, come già accennato, è ben possibile che l'attore si dichiari disposto a rinunciare alla sua pretesa se l'offerta risarcitoria ingloberà anche una porzione della somma dovuta a titolo di sanzione punitiva.

Vero tutto questo, a ben vedere, il sistema penale del giudice di pace, nella sua fisionomia di penale "attenuato" con giurisdizione non togata sarebbe stato il sistema ideale per fronteggiare la criminalità interpersonale: indagini pubbliche, sistema punitivo penale ma non carcerario, giurisdizione diversa da quella ordinaria, condotte riparatorie con efficacia estintiva dove il *quid pluris* deve essere assegnato allo stesso privato, inglobando così danni punitivi. Tuttavia, a ben vedere, questo sistema è stato ormai – per così dire – scavalcato dal nuovo sistema dell'illecito punitivo civile.

Ecco allora che nel contrasto alla criminalità interpersonale la vera alternativa si gioca tra illecito punitivo civile e risarcimento di danni punitivi.

Ebbene, secondo alcuni, la stessa creazione dell'illecito punitivo civile non valeva la pena, potendo essere il tutto ricompreso nel diritto civile, dando rilevanza ai danni punitivi, soprattutto se le ragioni a sostegno della destinazione pubblica della sanzione pecuniaria sono connesse alla necessità di contenere il rischio ricatto²⁷.

Non solo, ma, a ben vedere, l'alternativa tra i due sistemi si gioca anche su aspetti molto più profondi e significativi e cioè sulla collocazione di quello che potremmo chiamare il danno criminale.

Per una parte della scienza penalistica, non è possibile devolvere al privato il danno ultracompensativo: da un lato, si darebbe luogo a una sorta di trasferimento indebito della ricchezza; dall'altro lato, si porrebbe un rischio di sperequazione in virtù dei diversi patrimoni di cui possono disporre gli autori dell'illecito.

Per un'altra parte, invece, la natura non meramente risarcitoria della sanzione è perfettamente conciliabile con la sua destinazione al danneggiato, anche perché la natura esclusivamente personale e disponibile dei beni consente che la loro tutela si realizzi tutta all'interno delle dinamiche private.

Insomma, nei rapporti intersoggettivi il danno criminale, che dovrebbe godere di autonomia, in realtà finisce per essere riferito esclusivamente al privato. Tale danno infatti o si estrinseca nell'interesse pubblicistico, ma in queste ipotesi un danno così concepito manca. Oppure nella mera violazione della legge, ma allora ogni illecito

²⁶ C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale*, cit., p. 655.

²⁷ C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale*, cit., p. 655.

contiene un danno criminale. Oppure nella gratuità dell'aggressione, nella "volontà di male" che si vuole cancellare: ebbene, così concepita, in un'aggressione che riguarda la persona, la gratuità finisce per essere assorbita dalla vittima.

Ecco allora che, com'è stato efficacemente affermato, «non è certo chiaro se l'illecito punitivo civile sia oggi un "terzo binario" dello strumentale 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 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»²⁸.

5. Una conclusione

Occorre operare una rivoluzione culturale orientata verso una personalizzazione dell'illecito, da intendere qui non nel senso classico, come garanzia dell'autore, ma in un senso diverso, come eventuale ripensamento del trattamento complessivo della criminalità interpersonale, secondo due linee direttrici. Da un lato, all'interno della dinamica sanzionatoria e, più in generale, nella dinamica di risoluzione del conflitto, occorre rendere sempre più protagoniste le stesse persone coinvolte nell'illecito.

La criminalità interpersonale presenta caratteri del tutto peculiari, che spingono verso strumenti altri dalla pena, alternativi non solo rispetto al carcere, ma anche alternativi rispetto al punitivo come stigma. Ampliando l'angolo visuale anche in prospettiva storica, ci si rende conto che rispetto alla criminalità interpersonale il pendolo ha sempre oscillato tra la privatizzazione e la pubblicizzazione della tutela. Ed oggi nel punitivo tradizionale vengono sempre più inseriti strumenti privatistici (si pensi alla mediazione), che, come abbiamo visto, pongono anche problemi di razionalità (si pensi alle condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p.).

Dall'altro lato, occorre una personalizzazione anche nel senso di tornare a valorizzare le offese alla persona, non potendosi sottacere che anche qui si scorgono irrazionalità, nel momento in cui, ad esempio, si parla di incriminare i discorsi di odio, ma poi si depenalizza l'ingiuria.

²⁸ L. RISICATO, *L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?*, in *disCrimen*, 9.09.2019, p. 14.