



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
5/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



5/2019

IL RISARCIMENTO DEL DANNO TRA PRETESE RIPARATORIO-COMPENSATIVE E ISTANZE PUNITIVE NEL CANONE DEL DIRITTO PENALE

di Marta Bertolino

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento delle sanzioni civili nel sistema penale del Codice Rocco del 1930 nel Titolo VII: l'art. 185 c.p. a confronto con l'art. 2043 c.c. – 2. La metamorfosi della responsabilità civile: risarcimento, riparazione, reintegrazione: verso il comune denominatore della funzione punitivo/afflittiva? – 3. Dalle categorie civilistiche a quelle penalistiche: pericolose contaminazioni tra risarcimenti, condotte riparative e sanzioni civili pecuniarie. – 3.1. “La riparazione afflittiva”. – 3.2. “La riparazione premiale”. – 3.3. “La riparazione sostitutiva”.

1. Il riconoscimento delle sanzioni civili nel sistema penale del Codice Rocco del 1930 nel Titolo VII: l'art. 185 c.p. a confronto con l'art. 2043 c.c.

Se e vero, come è vero, che quella criminale è una sanzione afflittivo/punitiva, che implica cioè un patire, una sofferenza, per il male che essa infligge¹, allora il «risarcimento del danno, anche del danno non patrimoniale, non è una pena»². Con queste parole, autorevole dottrina penalistica ribadisce il principio della netta separazione del settore del diritto civile da quello penale, indicando come fenomeno da combattere la «reciproca appropriazione; nel senso che il diritto civile tende in quest'ottica a contrassegnare i suoi istituti del risarcimento del danno e della riparazione con elementi di natura propriamente penalistica, mentre il diritto penale tenta di rielaborare all'interno del suo sistema tali istituti di preta marca civilistica»³. A questa denuncia della dottrina penalistica, già pronunciata negli anni '90, fa eco la voce di quella dottrina civilistica che altrettanto autorevolmente ribadisce che, se «la responsabilità

¹ Che questo sia il contenuto tipico della pena sembra trovare un'ultima conferma indiretta nel nuovo art. 613 bis cod. pen., che, prevedendo il reato di tortura, al co. 3 chiarisce che non si configura il reato «nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti», cfr., G. MARTIELLO, “Civile” e “penale”: una dicotomia sanzionatoria davvero superata? *Oververosia, quando il risarcimento del danno vuole punire*, in *disCrimen* 27 settembre 2018, mentre, ricorda ancora A., quelle civili avrebbero una natura omogenea rispetto al comportamento violato, consistente in una prestazione economica e una funzione comunque ripristinatoria dello *status quo ante*.

² M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in C.E. Paliero e altri (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, vol. II, p. 506 ss.

³ M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 866.

penale coincide con la pena, quella civile consiste nel risarcimento del danno»⁴, mettendo in guardia contro i rischi derivanti dal riaffiorare di «anacronistici echi di penalità» in tema di responsabilità civile da reato. Fra questi echi in particolare si individua «l'idea che il risarcimento possa contenere profili punitivi, mentre sul piano normativo l'art. 185 c.p. sembra accreditare l'idea di una responsabilità civile separata da quella penale e da essa conseguente come distinto corollario»⁵.

La questione di queste indebite appropriazioni, di queste pericolose commistioni nell'ordinamento italiano sembra, dunque, dover muovere dall'art. 185 del Codice penale del 1930, il Codice Rocco, il cui 2° co. recita: «Ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale e non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui». è in particolare da questo secondo comma, che introduce il principio generale della risarcibilità, riparazione anche del danno non patrimoniale quale conseguenza diretta ed immediata del fatto illecito, non contemplata invece espressamente dall'art. 2043 del Codice civile⁶, che si sviluppa l'apertura al riconoscimento di una natura anche afflittiva del risarcimento. Come è stato osservato, dal collegamento del risarcimento del danno non patrimoniale con il reato «alla sua identificazione quale conseguenza tipica del reato e quindi quale pena il passo non è particolarmente difficile». D'altra parte, sarebbe proprio la particolare connotazione di disvalore dell'illecito penale rispetto agli altri illeciti extrapenalistici a dare «ragione della rilevanza normativa del danno non patrimoniale»⁷.

Tuttavia, il Codice del 1930, che inserisce l'art. 185 all'interno di un titolo autonomo, il settimo, intitolato Delle sanzioni civili *tout court*, non solo non sembra consentire una simile operazione ermeneutica, ma anzi la esclude, non essendo nemmeno all'orizzonte del legislatore storico la possibilità di quel passo⁸. Il titolo settimo, infatti, non fa altro che prevedere dal fronte penalistico le conseguenze a carico dell'autore derivanti dalla realizzazione di un fatto tipico, cioè di un reato, che comporta consequentemente anche una responsabilità civile qualora da esso consegua un danno⁹. Una conferma della correttezza di tale prospettiva si coglie in quella giurisprudenza

⁴ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 863.

⁵ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 197; ivi pure: «... l'effetto responsabilità civile scaturente dall'accertamento del reato non è di per sé indicativo del modo specificamente civilistico in cui esso deve trovare espressione, cioè in esito a quale traiettoria propriamente civilistica esso deve infine venire a trovare» (citazione di p. 199).

⁶ È infatti l'art. 2059 c.c. a prevedere la risarcibilità del danno non patrimoniale, ma «solo nei casi determinati dalla legge», fra i quali rientra appunto quello di maggior rilievo dell'art. 185 c.p.

⁷ M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato*, cit., p. 868.

⁸ Cfr. M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro*, cit., p. 504: «Il riferimento testuale a queste ultime (le sanzioni civili) e alle leggi civili mostra con evidenza lo stacco tra il reato e il danno che esso cagiona».

⁹ «L'affermazione della penale responsabilità comporta per l'imputato la responsabilità civile per il danno "ex delicto" che, pur non identificandosi con l'evento, è conseguenza necessaria dell'evento stesso», Cass. pen. 12-1-2017, n. 1301, CED 269414-01. Da ricordare che anche nel codice civile e in leggi speciali sono rintracciabili ulteriori e diverse conseguenze civili derivanti dal reato o collegate a specifiche figure di reato, come l'indegnità a succedere (art. 463); la revoca delle donazioni per ingratitudine (art. 801); annullabilità della transazione per falsità di documenti (art. 1973).

penale¹⁰ che apertamente riconosce che il «reato, come qualsiasi altro atto illecito, è genesi di danni e comporta l'utilizzabilità di tutti i rimedi civilistici, come si evince dal richiamo che l'art. 185 c.p. fa alle leggi civili». Per la Cassazione la disposizione «configura un particolare tipo di responsabilità concorrente, in quanto lo stesso fatto integra al tempo stesso un illecito penale e un illecito civile, e mentre per quest'ultimo valgono i rimedi del codice civile e delle leggi civili speciali, per quello penale viene configurata una forma di responsabilità civilistica extracontrattuale». In tale ottica, precisa ancora la Corte, «l'art. 185 c.p. non può che configurarsi come integrazione del citato art. 2043 c.c.».

L'art. 185 rappresenta così «lo spartiacque tra risarcimento e pena»¹¹, sancendo che anche in costanza di reato, perché dal fatto illecito scaturisca l'obbligazione risarcitoria, è necessario un danno civilisticamente inteso. Infatti, l'offesa al bene giuridico prodotta dal reato non necessariamente cagiona anche un danno, ma se lo cagiona, sia esso patrimoniale che non patrimoniale esso è risarcibile; mentre non ogni danno che pure sia conseguenza di una violazione di una posizione giuridica soggettiva implica gli estremi di una fattispecie criminosa¹².

Se, dunque, l'estensione della responsabilità anche al danno non patrimoniale¹³ si deve proprio all'art. 185, in questa estensione sarebbe da rintracciare la reale funzione dell'art. 185, che perciò acquisterebbe sotto tale profilo autonomia dall'art. 2043 c.c.¹⁴, e

¹⁰ Cass. pen. 5-10-2006, n. 33519, CED 234394,

¹¹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 5

¹² «Conclusivamente possiamo dire che, mentre soltanto determinate violazioni di situazioni soggettive costituiscono reato, la responsabilità civile è l'effetto che l'ordinamento prevede per ogni violazione di situazione soggettiva, che costituisca reato o no, quando ne sia derivato un danno», C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 6. V. anche M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro*, cit., p. 504 ss.: «... il reato può non comportare alcun danno civile» (perché non lo comporta strutturalmente v. atti contrari alla pubblica decenza o perché di fatto non si è verificato) «oppure può comportare un danno civile, vuoi quale conseguenza che promana dall'offesa criminale tipica (p.e. perdite economiche...), vuoi come profilo di pregiudizio economico intrinseco alla lesione del bene tutelato (p.e. furto di un diamante ...); vuoi infine come elemento costitutivo e "perno" dell'intera fattispecie criminosa (p.e. estorsione, truffa)».

¹³ Secondo l'ampia accezione di ogni pregiudizio ad un bene o interesse protetto che non si concretizzi in un danno di natura patrimoniale, comprensivo dunque anche del danno c.d. morale, in quanto sofferenza psicofisica, cfr. G. SCHIAVONE, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà *Commentario breve del codice penale*, Padova, 2017, sub art. 185, III, 3, p. 711.

¹⁴ Sul ruolo autonomo dell'art. 185, in quanto fattispecie non semplicemente ripetitiva dell'art. 2043, v. M.C. BARBERI, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G. L. Gatta, Milano, 2015, sub art. 185, p. 2432. Parla di autonomia formale M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, sub art. 185, p. 348, poiché anche l'art. 185 si occupa a sua volta di obbligazioni di natura civile, e dunque si presenterebbe rispetto all'art. 2043 c.c. «in un rapporto di specie a genere, dove la specialità è data dalla qualificazione di reato dell'illecito, qualificazione che il sistema ritiene decisiva al fine dell'ampliamento dell'obbligazione risarcitoria sino a ricomprendere il danno non patrimoniale»; in giurisprudenza, v. Cass. pen. 21-1-1992, CED 190006. *Contra*, a proposito della specialità, nella dottrina civilistica, V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, p. 73, per il quale, invece, «applicando al medesimo fatto storico l'art. 185 c.p. e l'art. 2043 c.c. non si può affermare a priori che vi sarà coincidenza di risarcimento sia nell'entità, sia nella forma»; anche in tale prospettiva l'A. parla di rapporto di autonomia della fattispecie dell'art. 185 c.p. da quella dell'art. 2043 c.p., nel senso che il fatto storico può essere «valutato attraverso entrambe le disposizioni in concorso fra di loro ed è suscettibile di integrare o l'una o l'altra o entrambe le

grazie a questo ruolo espansivo della responsabilità supererebbe la critica di essere fattispecie superflua rispetto alla regola civilistica¹⁵. Quanto poi all'individuazione e delimitazione dei soggetti tenuti al risarcimento, come «il contratto non solo definisce il titolo e l'estensione della responsabilità tra contraenti ma individua a priori le sfere giuridiche tra le quali possa porsi una questione di responsabilità in relazione a un comportamento tenuto esclusivamente nei confronti dell'altra parte»¹⁶, così la qualificazione del fatto come reato obbligherà *ex art. 185* al risarcimento del danno anche non patrimoniale che ne sia derivato, rendendo comunque ingiusto il danno, dal quale ai sensi dell'art. 2043 scaturisce una responsabilità extracontrattuale nei confronti delle sole sfere giuridiche soggettive, individuate sulla base delle regole del codice civile¹⁷. Infatti, come osserva condivisibilmente dottrina penalistica «trattandosi dello stesso fatto e dell'esigenza unitaria di compensare un soggetto per il danno ingiusto che tale fatto gli ha cagionato, il risarcimento dovuto, seppure con il considerevole divario dell'ampiezza del danno per l'aggiunta del danno non patrimoniale, dovrà essere il medesimo»¹⁸; e andrà accertato e liquidato secondo la normativa civilistica per l'obbligazione risarcitoria¹⁹. Così, se le istanze punitivo-repressive impongono una commisurazione della conseguenza sanzionatoria proporzionata alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'autore, la compresenza di istanze risarcitorie patrimoniali o non patrimoniali impone sempre di focalizzare l'attenzione sulla vittima: «è alla vittima di un reato che si vuole garantire, volendo anche in via solidaristica, una tutela più forte»²⁰.

fattispecie». Ma viene così escluso qualsiasi rapporto di specialità fra le due fattispecie, «giacché in tal caso, applicata la prima norma (art. 185), si dovrebbe escludere l'intervento della seconda (art. 2043 c.c.)».

¹⁵ «Il fatto costituente reato non crea una duplicazione di responsabilità, ma determina semplicemente una estensione della risarcibilità in modo da comprendere oltre ai danni civili in senso stretto anche i danni non patrimoniali; è fonte dell'obbligazione risarcitoria (*ex delicto*), che ha natura autonoma e originale, proprio perché a esso eziologicamente correlata», Cass. pen. 5-10-2006, cit.

¹⁶ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 316.

¹⁷ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 185, p. 348, il quale osserva che «sembra eccessivo concludere che, presente un reato ..., la diversità nei due tipi di illecito ..., possa portare, quanto al danno patrimoniale, a risultati risarcitori differenti». Cfr. Cass. pen. 10-7-2018, n. 31295, CED 273698: «In tema di risarcimento del danno, è legittimato all'esercizio dell'azione civile nel processo penale non solo il soggetto passivo del reato, ma anche chiunque abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione od omissione del soggetto attivo ...».

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ V. Cass. pen. 21-1-1992, cit., che stabilisce la non applicabilità al diritto al risarcimento della disciplina penalistica della successione di leggi nel tempo, in particolare sotto il profilo della *abolitio criminis*, di cui all'art. 2 c.p.; conf. Cass. pen. 7-4-2016, n. 14041, CED 266318; v. anche Cass. pen. 25-1-2013, n. 31957, in *Dejure*; Cass. pen. 15-5-2018, n. 21517, CED 273021, secondo la quale ai fini del riconoscimento dell'attenuante della riparazione del danno di cui all'art. 62, n. 6 c.p. è necessaria che quest'ultima sia effettiva, nel senso che la somma di denaro «deve essere offerta alla parte lesa in modo da consentire alla medesima di conseguire la disponibilità concretamente e senza condizioni di sorta, nel rispetto delle prescrizioni civilistiche relative al versamento diretto del danaro o forme equipollenti ...»; Cass. pen. 16-1-2017, n. 1819, CED 269124 che precisa che la dimostrazione dell'effettiva esistenza di un danno patrimoniale o non patrimoniale subito in concreto e derivante da illecito penale deve avvenire secondo le regole civilistiche.

²⁰ M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro*, cit., p. 505.

Peraltro, con la previsione del comma 2 dell'art. 185, co., il legislatore penale del '30 nell'istituto del risarcimento del danno ingloba anche la riparazione pecuniaria dell'offesa, originariamente prevista dal codice di procedura penale del 1913 (art. 7) e ancor prima dall'art. 38 del previgente codice penale del 1889, il Codice Zanardelli²¹. Questo istituto, proprio perché finalizzato a riparare l'offesa nei termini del «mero turbamento psichico prodotto dall'offesa»²², aveva la funzione «di soddisfacimento per un dolore»²³, diversamente dal risarcimento, la cui funzione, anche quando si riferisca al danno non patrimoniale, era ed è di equivalente economico, volto a ristorare una perdita, e dalla multa e dall'ammenda, la funzione delle quali era ed è di pena. Conseguentemente, data la diversa natura, la riparazione avrebbe potuto permanere nonostante l'aggiunta del rimedio risarcitorio, come di recente ha confermato la l. n. 69/2015, restaurando la riparazione pecuniaria²⁴.

Nel concetto di danno non patrimoniale il codice Rocco finisce così col ricomprendere danni di natura eterogenea come il danno morale, che implica seppure indirettamente una risarcibilità patrimoniale e quello da offesa. Quest'ultimo una sorta di «indennità non fondata sull'equivalenza economica obiettiva, bensì sopra una ipotetica equivalenza soggettiva», da considerare «un ristoro pecuniario di nocimenti puramente psichici, tali, cioè, che non abbiano prodotto alcun valutabile danno materiale, né immediatamente, né mediamente»²⁵. Ma, nonostante ciò, anche per il legislatore del 1930 il risarcimento del danno di cui all'art. 185 permane comunque 'sanzione civile', a cui deve ritenersi estranea qualsiasi connotazione tipica della pena, perché, come già sosteneva il Manzini ancor prima dell'entrata in vigore del Codice del 1930, allorché criticava l'uso improprio ed inesatto dell'espressione pene private a proposito di sanzioni patrimoniali del tutto indipendenti dal danno economicamente inteso, «il diritto privato, se ha sanzioni simili alle penali, non ha "pene". L'espressione "pena" ha oggi un preciso significato tecnico (sanzione di diritto penale, pubblica), che, ad evitare dannose confusioni, non conviene impropriare»²⁶.

²¹ Sottolinea l'influenza che la norma del 1889 ha esercitato sul vigente art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47 che in tema di diffamazione a mezzo stampa prevede la possibilità per il diffamato di chiedere oltre al risarcimento dei danni *ex art. 185 c.p.* anche una somma a titolo di riparazione S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà *Commentario breve del codice penale*, cit., sub art. 322-*quater*, p. 1071; ID. *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in C.E. Paliero e altri (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, cit., p. 554 ss. V. anche D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 152 ss.

²²G. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1926, p. 155: «Oggetto della riparazione pecuniaria non è il danno direttamente, immediatamente patrimoniale; non è neppure il danno morale implicante mediamente un danno economico».

²³ G. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 154.

²⁴ E in questi ultimi termini il legislatore moderno ripropone l'istituto della riparazione pecuniaria, introducendo con la l. 27 maggio 2015, n. 69 l'art. 322 *quater* nel titolo del codice penale relativo ai delitti contro la pubblica amministrazione, v. *postea* sub par. 3.

²⁵ G. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 155.

²⁶ G. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 156. Sui caratteri delle pene private dalla prospettiva penalistica, v. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, p. 1 ss., il quale individua tre caratteristiche fondamentali: l'essere la pena privata a tutela e a beneficio di interessi privati; l'essere applicata su istanza di parte e non soggetta al principio dell'obbligatorietà dell'azione

Insomma, anche dall'inserimento dell'art. 185, in un titolo che in maniera chiara ed esclusiva fa riferimento alle sanzioni civili, si evince come il legislatore storico intendesse disciplinare il risarcimento/riparazione del danno secondo le regole civilistiche, escludendo che la 'sanzione civile' potesse considerarsi un «ulteriore mezzo di difesa sociale» accanto alla pena e alla misura di sicurezza, le quali soltanto erano da qualificare «obbligo "essenzialmente e sempre di diritto pubblico"»²⁷. Ne è un'ulteriore conferma il confronto con il codice del 1889, che all'art. 35 si limitava a un rinvio espresso alla disciplina civile in tema di danno, sancendo che la «condanna penale non pregiudica il diritto dell'offeso o danneggiato alle restituzioni e al risarcimento». Il Codice Rocco non solo non intese smentire siffatto riconoscimento, ma lo esaltò, prevedendo anche una più complessa e articolata rete di disposizioni, raggruppate in un titolo autonomo dedicato appunto a sanzioni, che - come chiarisce fin da subito il titolo - sono civili²⁸. L'obiettivo era quello di completare le norme del codice civile, ma anche di «profondamente innovare rispetto a esse, in modo da corrispondere alla "speciale origine dei crediti nascenti da reati ed alle esigenze di una più efficace guarentigia" (Rel., n. 190)»²⁹.

2. La metamorfosi della responsabilità civile: risarcimento, riparazione, reintegrazione verso il comune denominatore della funzione punitivo/afflittiva?

Ma la tesi a favore del risarcimento/riparazione come strumento contro la criminalità a fianco delle pene e delle misure di sicurezza seduce anche il penalista, tanto che essa aveva trovato riscontro già nell'ambito della Scuola positiva, dove si sosteneva che la riparazione del danno era nell'interesse non solo della vittima del reato ma anche della collettività, connotandosi così come vera e propria sanzione punitiva, e conseguentemente applicabile *ex officio* e non su iniziativa di parte³⁰. Questa idea di una

penale; l'essere contrassegnata dal fine preventivo e/o afflittivo, in via esclusiva o prevalente e non da quello riparatorio.

²⁷ Così M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pre-art. 185, p. 334.

²⁸ Il legislatore del 1930 al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, quale pura sanzione civile, affianca anche altre conseguenze, pure esse di natura civile, costituenti, come il risarcimento, obbligazioni nei confronti della vittima. Fra queste le restituzioni (art. 185, co. 1: «Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili) e l'obbligo di eseguire l'ordine di pubblicare la sentenza di condanna quale risarcimento del danno, così come risulta dalla rubrica dell'art. 186, Riparazione del danno mediante pubblicazione della sentenza di condanna e dal testo dell'articolo, dove si legge che oltre quanto stabilito nell'art. 185 e in altre disposizioni di legge «ogni reato obbliga il colpevole alla pubblicazione, a sue spese, della sentenza di condanna, qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato». Oltre a queste sanzioni civili, il codice penale prevede anche l'obbligo di rifondere le spese di mantenimento in carcere e quello della persona civilmente obbligata per l'ammenda, rispettivamente artt. 188 e 197.

²⁹ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pre-art. 185, p. 334.

³⁰ Cfr. in proposito M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pre-art. 185, p. 334 ss. Così nel progetto Ferri del 1921 il risarcimento del danno da reato era sia una pena da aggiungere ad un'altra di natura diversa, sia una pena che esauriva la pretesa punitiva, cfr. G. MARTIELLO, *"Civile" e "penale"*, cit., p. 16 ss.

connotazione afflittivo/punitiva del risarcimento non ha mai del tutto abbandonato il dibattito sulla natura dell'istituto risarcitorio di cui all'art. 185 c.p. e sui suoi rapporti con l'art. 2043. Anzi, essa ha acquistato nuova vitalità in seguito ad alcune riforme di questi ultimi anni, che hanno segnato il panorama penalistico, e non solo questo, di nuovi istituti – come verrà illustrato - di cui si continua a discutere la natura: penale, dunque punitiva, o civile, dunque riparativa/compensativa, ovvero mista, civile e penale insieme, dunque compensativo/afflittiva.

Così, se gli studiosi del diritto privato riscoprono le pene private³¹, quali strumenti preventivo/afflittivi aggiuntivi a maggior tutela e protezione di fondamentali interessi privati, gli studiosi del diritto penale, sollecitati da una configurabile «bipolarità»³² della responsabilità civile, vedono nel ritorno a pene private, purché modernizzate, un concreto strumento per una politica criminale preventivo/repressiva, che, riducendo l'area di operatività del carcere, senza pagarne il prezzo sul piano dell'efficacia, risulti aderente al principio fondamentale di *extrema ratio* del diritto penale e della pena detentiva. Da questa prospettiva, sanzioni pecuniarie alternative a quelle tipicamente criminali sembrano offrire una strategia differenziata di lotta al crimine, «quando l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal comportamento dannoso, o perché il danno risulta difficilmente traducibile in un equivalente economico (è il caso del danno non patrimoniale) ovvero perché la misura del risarcimento, in quanto ancorata al parametro del danno, è inferiore al profitto dell'iniziativa illecita»³³. E, tuttavia, l'essere queste sanzioni pensate come ciò che sta oltre il risarcimento conferma la natura non afflittiva di quest'ultimo.

Il favore verso sanzioni pecuniarie atipiche nel panorama penalistico è alimentato anche dal radicarsi nella moderna politica criminale di una visione vittimocentrica. Con quest'ultima sembrerebbe cospirare l'orientamento emerso recentemente sul fronte civilistico a favore dei c.d. danni punitivi. Questi ultimi troverebbero, tra l'altro, giustificazione in una funzione satisfattiva da aggiungere a quella propriamente riparatoria del risarcimento del danno. Ma, come è stato chiarito nella dottrina civilistica, tale funzione satisfattoria della vittima del fatto illecito è già svolta dal risarcimento, concepito come misura di reazione coestesa al danno³⁴.

In senso contrario le Sezioni Unite della Cassazione civile, con un'affermazione di principio che inverte bruscamente la rotta³⁵, nel 2017 hanno stabilito che nel «vigente

³¹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?», in F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 3 ss.*

³² Per questo termine, v. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., p. 1

³³ F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., p. 3: « ... il pensiero corre, in proposito, ai c.d. "punitive damages", danni punitivi o esemplari, o comunque a forme di riparazione destinate a riassorbire nella loro entità il vantaggio acquisito dall'agente tramite l'azione illecita: ...». Cfr. anche K. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15 ss.

³⁴ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 898, al quale si rinvia per una più recente analisi della questione relativa ai danni punitivi e per la bibliografia.

³⁵ Che era stata segnata con una di poco precedente sentenza delle Sezioni Unite (Cass. civ. Sez. un., 22-7-2015, n. 15350), che affermavano non delibabile, per contrarietà all'ordine pubblico interno, la sentenza

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, sicché non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi»³⁶ o sanzionatori. L'istituto di importazione dagli Stati Uniti dei danni punitivi non sarebbe più da considerare contrario all'ordine pubblico interno, nell'accezione attuale che se ne dovrebbe avere³⁷ e come pure testimonierebbe la presenza nel nostro ordinamento di diverse figure normative di esborso in denaro dai connotati indiscutibilmente anche afflittivi, che la Corte stessa richiama³⁸. Insomma, le esigenze della modernità, anzi della post-modernità, spingerebbero verso una concezione polifunzionale della responsabilità civile (ripristinatoria della sfera patrimoniale del danneggiato, ma allo stesso tempo

statunitense di condanna al risarcimento dei danni punitivi, sulla base della constatazione della funzione reintegratoria e riparatoria e non sanzionatoria di deterrenza della responsabilità civile da fatto illecito. A quest'ultima funzione risponderebbero i danni punitivi, «i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito».

³⁶ Cass. civ. Sez. un. 5-7-2017, n. 16601, CED 644914, con la conseguenza di ammettere la delibabilità della sentenza straniera che riconosce tali danni, sempreché però, precisano le Sezioni unite, tale sentenza sia stata resa su basi legislative, nel senso che il riconoscimento della sentenza di condanna dipende dal fatto che essa sia stata emessa secondo una regola normativa che garantisca «la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico»; sulla sentenza, cfr., fra gli altri, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 4, p. 419 e, da ultimo, M. SESTA, *Risarcimento ultrariparatorio (legalità costituzionale)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2018, III, p. 1835 ss. e ivi la bibliografia, il quale giustamente rileva con riferimento alla necessità di basi legislative che non «è chiaro su quali basi si fondi l'affermazione ... secondo la quale le riserva di legge contemplata dalla Costituzione italiana si considera integrata, in sede di delibazione, per il solo fatto che la sentenza estera sia conforme a fonte normativa rinvenibile nell'ordinamento di quel Paese, indipendentemente dalla sussistenza di analoga disposizione di diritto interno. Il dubbio che resta è proprio se ... il principio di legalità ... sia effettivamente osservato se il giudice si limiti alla constatazione della conformità della sentenza delibanda alla legge dell'ordinamento in cui è stata pronunciata». In realtà, conclude l'A., essendo la materia dei risarcimenti punitivi coperta dalla riserva di legge, come le stesse Sezioni unite del 2017 riconoscono, il riconoscimento di efficacia della sentenza straniera esige «la previa emanazione di una legge nazionale che regoli la materia in modo compatibile con il dispositivo della sentenza»; conf. G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno resp.*, 2016, p. 838 e più di recente C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 906 ss. Nella dottrina penalistica, v. M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro*, cit., p. 512, il quale a proposito della decisione italiana del 2017 osserva che, preso atto della notevole evoluzione del diritto e dei diritti fondamentali degli ultimi decenni e del diffuso processo osmotico tra gli ordinamenti nazionali ed europei, «non sorprende più di tanto, in fondo, che la pur salda (e auspicabile) separatezza tra diritto civile e penale abbia per qualche aspetto ad incrinarsi e che i danni punitivi, anche in assenza di mirati interventi del legislatore, abbiano così finito per aprirsi un varco pure da noi».

³⁷ «... dal complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, e dei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici, è divenuto il distillato del sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria», Cass. civ. Sez. un. 5-7-2017, cit.

³⁸ Art. 12 l. 47/1948 e art. 96, co. 3 c.p.c.; art. 388 e 650 c.p. che prevedono, accanto alla pena anche esborsi in denaro, che però sono vere e proprie pene pecuniarie; le sanzioni pecuniarie civili di cui al d.lgs. 7/2016 previste accanto al risarcimento del danno, sulle quali v. *postea*.

deterrente/sanzionatoria), in grado di meglio rispondere alle emergenti esigenze di effettività del sistema.

Ma «le derive punitive del risarcimento del danno»³⁹, favorite dal fatto che - come già si è anticipato - la monetizzazione di quello non patrimoniale, data la sua natura di pregiudizio morale, avviene in via equitativa, pur non risultando incompatibile la reintegrazione in forma specifica⁴⁰, si affacciano anche all'orizzonte della giurisprudenza penale. Emblematiche in tal senso le affermazioni della Cassazione a proposito della vittima del reato, con le quali si chiarisce che il «legislatore ha, dunque, strutturato un sistema 'aperto' dell'azione civile nel processo penale, consentendo all'autorità giudiziaria una valutazione discrezionale, che si adegui alle istanze alle quali si lega nel tempo la funzione del risarcimento del danno ed in rapporto alle diverse tipologie di reato. Il giudice può, infatti, stabilire in relazione al caso concreto se debba valorizzarsi la funzione sanzionatoria della pronuncia risarcitoria, meno astretta alla concreta entità del danno, che sarà liquidato definitivamente ed equitativamente con la pronuncia di condanna penale, ovvero la funzione compensativa e riparatoria, più strettamente legata alla prova del *quantum* del danno, indipendentemente dalla specificità della domanda»⁴¹.

Come osserva la dottrina civilistica che in maniera più autorevole si è espressa contro letture distorsive del risarcimento del danno non patrimoniale, occorre invece rifuggire da simile «ricontaminazione penalistica della responsabilità civile»⁴². Anzitutto per l'equivoco di fondo che identifica la funzione preventiva con quella sanzionatorio-punitiva: «La responsabilità civile svolge la sua funzione deterrente o di dissuasione, e perciò di prevenzione, con la sola minaccia del risarcimento, così come la norma penale con la minaccia della pena: ciascuna coerentemente alla propria natura»⁴³; inoltre perché così si sottrae al magistero penale la reazione punitiva, senza preoccuparsi di assicurare all'autore dell'illecito le dovute garanzie costituzionali, soprattutto alla luce del panorama contemporaneo come delineato dalla Corte di Strasburgo, che si è con decisione pronunciata per una definizione sostanziale della sanzione criminale, in ragione cioè dell'essere o meno la sua una funzione afflittivo/punitiva⁴⁴.

³⁹ Così F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*. Torino, 2017, p. 146.

⁴⁰ Per una innovativa reintegrazione in forma specifica del danno non patrimoniale, nella giurisprudenza penale, v. Trib. Roma, 20 settembre 2016, in questa *Rivista*, 7 ottobre 2016. Nella dottrina civilistica, sul risarcimento in forma specifica a proposito del danno non patrimoniale, v. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I, p. 481 ss. Sembra escludere la risarcibilità in forma specifica del danno non patrimoniale, da ultimo, Cass. pen. 12-9-2018, n. 48086, CED 274229, secondo la quale «la liquidazione dei danni morali, attesa la loro natura, non può che avvenire in via equitativa ...».

⁴¹ Cass. pen. 1.4.2015, n. 18099; cfr., anche, Trib. pen. Roma 20-9-2016, cit.

⁴² C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 900. Per una recente indagine sulla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale, v. C. SALVI, *Risarcimento ultrariparatorio (Funzioni della responsabilità civile)*, in *Le parole del diritto*, cit., p. 1821.

⁴³ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 189.

⁴⁴ In applicazione di tale principio la Corte costituzionale (Corte cost. n. 196/2010) con una pronuncia di illegittimità costituzionale ha stabilito che la confisca dell'autoveicolo ex art. 186, co. 2, lett. c) del codice della strada ha «una funzione sanzionatoria e meramente repressiva e non invece preventiva» e quindi la sua

Il risarcimento sanzionatorio svela così il suo vero volto nella funzione non di «riparare una perdita», bensì in «quella meramente ritorsiva nei confronti di un soggetto al quale si imputa una condotta non solo lesiva ma anche offensiva del danneggiato»⁴⁵. Ma offensiva può essere solo la condotta penalmente illecita, il reato, in quanto offende un bene giuridico. Proprio dalla portata offensiva del fatto, dal suo disvalore, dipendono le ragioni della pena, per tipo e quantità, e anche quelle del non punire o del punire con pena attenuata. In breve, se il danno si traduce in riparazione/risarcimento e l'offesa in deterrenza/punizione, il ricostruire il concetto di danno anche con connotati sanzionatori comporta un ampliamento concettuale tale da rendere evanescente la distinzione di tale concetto da quello penale di offesa⁴⁶. In ogni caso, una volta ricondotto il risarcimento alla sua funzione propria di riparazione del danno ed anche di soddisfazione della vittima, da esso risultano diverse le sanzioni pecuniarie alternative alla pena. Anzitutto perché esse sono specificamente previste dalla legge in ossequio al principio di legalità che presiede alla sanzione penale; laddove i c.d. danni punitivi sarebbero in maniera imprecisata e indeterminata ricompresi nella generica previsione del risarcimento del danno. In secondo luogo perché, mentre la sanzione pecuniaria non dovrebbe avere come beneficiario la vittima, non così i c.d. danni punitivi che sommati al risarcimento del danno vanno a beneficio della vittima.

3. Dalle categorie civilistiche a quelle penalistiche: pericolose contaminazioni tra risarcimenti, condotte riparative e sanzioni civili pecuniarie.

Sul fronte penalistico, l'intorbidimento delle acque cristalline della afflizione/punizione come prerogativa e contenuto tipico della sanzione criminale,

applicazione è soggetta alle garanzie costituzionali dell'art. 25. Sottolineano da ultimo, nella stessa dottrina civilistica, la necessità della conformità ai principi garantistici costituzionali della responsabilità civile, una volta che essa assuma connotazioni non più meramente riparatorie o di riequilibrio economico, ma spiccatamente sanzionatorie. M. SESTA, *Risarcimento ultrariparatorio (legalità costituzionale)*, cit., p. 1831; C. SALVI, *Risarcimento ultrariparatorio (Funzioni della responsabilità civile)*, cit., p. 1823, il quale, nel criticare «l'eccesso di funzione sanzionatoria» assegnato al danno non patrimoniale, rileva come ciò avvenga «in assenza delle garanzie che sul piano del procedimento e soprattutto dell'entità della sanzione circondano l'esercizio della funzione punitiva dello Stato». Ma, nella dottrina penalistica, già F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., p. 51, richiamava l'attenzione sul problema di carenze garantistiche di legalità, tassatività, personalità della responsabilità civile, laddove essa si fa carico della funzione sanzionatoria.

⁴⁵ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 900.

⁴⁶ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 202 ss.; M.C. BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il 'danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, in C.E. Paliero e altri (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, cit., p. 826: «Ma negli ultimi decenni la normativa e la giurisprudenza civili hanno arricchito il danno non patrimoniale di contenuti che gli hanno fatto assumere caratteristiche più simili a quelle di "offesa a un bene" piuttosto che di "conseguenza" pregiudizievole». Mentre distingue nettamente il danno dall'offesa la Cassazione penale (Cass. pen. 1-4-2015, n. 18099, CED 263450), laddove a proposito della domanda risarcitoria parla di casi «nei quali la commissione del reato abbia prodotto, oltre all'offesa del bene tutelato dalla norma penale, anche un danno civile, economicamente valutabile, nei confronti della vittima del reato».

conseguente allo «sviluppo di un risarcimento che sappia di pena»⁴⁷ nell'esperienza civilistica, si traduce nella proliferazione di istituti sanzionatori, che, prendendo a modello quello ibrido delle pene private⁴⁸, si caratterizzano per un contenuto esclusivamente patrimoniale secondo logiche specificamente riparatorie/ripristinatorie, in quanto tali volte a compensare il danno subito dalla vittima, ma che nello stesso tempo rispondono anche a logiche preventivo/punitiva, che inevitabilmente rimandano alla gravità del fatto illecito, alla personalità e alla colpevolezza dell'autore e danneggiante⁴⁹, nonché a logiche deflative. Con questi istituti il sistema penale finisce con l'affidare nuovi compiti al risarcimento e alla riparazione, comprensivi anche della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, secondo una logica rischiosa di privatizzazione della tutela penale⁵⁰ per un verso, di pubblicizzazione della responsabilità civile per altro verso.

3.1. "La riparazione afflittiva".

Così, ai fini del risarcimento è lo stesso legislatore a invitare ad una liquidazione del danno, che, come per la commisurazione della pena, tenga anche conto del significato di disvalore della condotta del danneggiante, per un *surplus* di afflittività. Si

⁴⁷ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 900.

⁴⁸ Intendendosi per pene private le obbligazioni nascenti dalla violazione di un accordo o di un diritto, la cui entità è definita non alla luce di esigenze di compensazione del danno subito, quanto piuttosto di quelle punitiva e quindi in funzione afflittiva. Su questa base, ad es., attribuisce funzione punitiva al risarcimento del danno non patrimoniale, nella dottrina civilistica, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, *passim*.

⁴⁹ Non esclude la possibilità di una previsione *ex lege* di un risarcimento nella misura di un *surplus* di risarcimento su richiesta di parte e a vantaggio di quest'ultima M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro*, cit., p. 514 ss., il quale peraltro rileva che in questo caso comunque si punisce con una pena corrispondente ai danni punitivi, ma che si distingue e si aggiunge alla pena pecuniaria eventualmente prevista per quel reato. Così come avrebbe comunque una funzione punitiva una riparazione a favore della vittima del reato per la quale si prevedesse la possibilità di una commisurazione che oltrepassasse l'equivalente del danno patrimoniale o non patrimoniale. Per una recente rassegna delle più o meno nuove condotte reintegratorio-riparative, v. M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, p. 63 ss.

⁵⁰ Cfr. S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *disCrimen* 20 luglio 2018; C. PIERGALLINI, "Civile" e "penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1318: «La riscoperta della vittima e l'istanza risarcitoria esprimono ... un paradigma che si impernia sulla privatizzazione del conflitto penalistico, che si situa nel percorso di modernizzazione del diritto penale, che tende a ridurre, così, la sua carica "etica"»; D. FONDAROLI, *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. Venafro, C. Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 137 ss. A proposito di 'privatizzazione del penale', rileva da ultimo nella dottrina civilistica che il riconoscimento della categoria del risarcimento sanzionatorio risponde all'esigenza, di fronte alla riduzione dei margini per meccanismi pubblicistici di compensazione dei danni per la crisi fiscale dello Stato, della «privatizzazione del controllo sociale sulle attività lesive, dannose o pericolose», C. SALVI, *Risarcimento ultrariparatorio*, cit., p. 1824 ss. Come osserva l'A., proprio l'emersione dei danni punitivi testimonierebbe come il controllo privato si sia sostituito a quello pubblico.

tratta del genere «*riparazione afflittiva*»⁵¹, che emblematicamente riscontriamo in un istituto specificamente risarcitorio, ma che risponde anche ai tratti tipici della pena per i criteri a cui il legislatore ha voluto ancorarne la commisurazione. Si tratta della riparazione di cui all'art. 187-*undecies* (introdotto nel 2005) del d.lgs. n. 58/1998, Testo unico dell'intermediazione finanziaria, riconosciuta, nel caso di delitti di manipolazione del mercato, a favore della Consob per i danni cagionati dal reato all'integrità del mercato stesso. Ai fini della liquidazione in via equitativa, che il medesimo testo legislativo definisce «riparazione», i criteri che il co. 2 dell'articolo offre al giudice sono chiaramente quelli tipici della commisurazione penale dell'art. 133 cod. pen.: offensività del fatto, qualità personali del colpevole, che si aggiungono all'entità del prodotto o del profitto conseguito. Anche in questo caso il riferimento alla personalità del colpevole, che, come è noto, è un tratto distintivo ed esclusivo della commisurazione della pena, sia essa detentiva o pecuniaria, connota l'istituto di contraddittori profili di penalità⁵². Analoga commistione si rileva in materia di colpa medica, per la quale, con la recente riforma del 2017, all'art. 7, co. 3 della legge n. 24 si è stabilito che «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'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge».

Per non parlare della soluzione riparatoria dell'art. 322 *quater*, con il quale il legislatore reintroduce, accanto al risarcimento del danno⁵³, l'istituto della riparazione pecuniaria, che consiste nel pagamento di una somma di denaro pari a quanto indebitamente ricevuto (ora invece pari al prezzo o al profitto del reato) dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio⁵⁴, e con finalità di *surplus* afflittivo per una serie di reati contro la Pubblica amministrazione tassativamente ivi previsti⁵⁵, la cui realizzazione comprometta di quest'ultima il prestigio. Come si riconosce in una recente sentenza della Cassazione penale, il meccanismo della riparazione del danno di cui all'articolo in esame «rappresenta una sanzione per l'infedeltà del pubblico ufficiale e

⁵¹ Così O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016, p. 4 ss.

⁵² Come la stessa Cassazione (Cass. pen. 20-1-2010, n. 8588, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 992) riconosce, quando condivide la critica che vede «nell'uso della statuizione riparatoria una vera leva della repressione penale, in sostituzione di quella, più coerente al sistema, dettata» dall'art. 185, co. 2 del Decreto, in cui si prevede un aggravamento della pena.

⁵³ La lesione del prestigio della P.A. non troverebbe una reazione esaustiva nella sanzione penale; essa, infatti, «risolvendosi in un effetto pregiudizievole ulteriore ed eventuale del reato, esige anche una conformata riparazione sul piano civilistico», assicurata appunto dalla prestazione risarcitoria, Cass. pen. 4-5-2006, n. 33519.

⁵⁴ Con la riforma del 9 gennaio 2019, n. 3 (la c.d. legge anticorruzione), oltre al diverso criterio per definire l'ammontare del dovuto, la riparazione viene estesa anche ai privati che commettono i delitti richiamati dall'art. 322-*quater*, al cui elenco si aggiunge anche il riferimento all'art. 321.

⁵⁵ Più esattamente, i reati di peculato, concussione, corruzione ed induzione indebita. Analoga forma di riparazione pecuniaria è già presente nell'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 sulla stampa, dove si prevede che nel caso di diffamazione a mezzo stampa l'offeso può chiedere oltre al risarcimento del danno *ex art.* 185 c.p. anche una somma a titolo di riparazione commisurata all'entità dell'offesa e alla diffusione dello stampato. Sulla natura civile di tale riparazione, v. M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato*, cit., p. 868, nota n. 6; in giurisprudenza, v. Cass. pen. 26-9-2014, n. 48712, CED 261488.

per il danno cagionato all'amministrazione di appartenenza, con spiccata funzione dissuasiva»⁵⁶. Diversamente da quanto potrebbe far pensare la nomenclatura, l'istituto non prevede una condotta di vera e propria riparazione, di comportamento cioè successivo al reato per lenire o eliminare le conseguenze da esso derivanti. Conseguentemente, in tali sanzioni, «non vi è nulla di ciò che nel sistema penale si intende normalmente per riparazione, implicando questa una opzione che l'ordinamento offre almeno in parte a una personale e libera decisione del soggetto»⁵⁷. Si tratta infatti di una forma di riparazione obbligatoria che ha come beneficiario lo Stato, e in quanto così caratterizzata non può che radicarsi nel terreno della pena pubblica, «espressione diretta della potestà punitiva statale, rappresentativa (anche) della riprovazione del fatto e del danno nei confronti della società nel suo complesso»⁵⁸.

Dunque, una riparazione la cui estraneità «al risarcimento del danno rende chiaro che la prima si presenta priva di funzioni compensatorie e, in conformità ai suoi precedenti storici, manifesta esclusivamente una natura punitiva, forse giustificabile alla luce del suo valore simbolico di una restituzione alla collettività dell'indebito profitto»⁵⁹. Proprio perché non assimilabile al risarcimento, ma nemmeno alla pena pecuniaria, il nuovo istituto sconta sia una certa ambiguità di terza via, che ne riduce la collocazione «in una posizione peculiare nel variegato mondo delle sanzioni civili»⁶⁰, e ne giustifica la definizione di «sanzione civile accessoria alla condanna per i reati presupposto», o, anche, di «una sanzione di tipo civilistico, *sui generis* nel panorama del nostro codice penale»⁶¹, sia la difficoltà di comprenderne il senso e di accettarne la presenza. Sotto quest'ultimo profilo, occorre infatti considerare che tale misura riparatoria sembra finire

⁵⁶ Cass. pen. 14-3-2019, n. 12541, in *Dejure*.

⁵⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen.*, Milano, 2019, sub. art. 322-*quater*, p. 342, che avvicina questa misura riparativa a quella dell'art. 12 l. 47/1948 sulla stampa (v. nota precedente), ma con caratteristiche ulteriori che ne segnano ancor di più la natura punitiva.

⁵⁸ M. ROMANO, *Pene pecuniarie*, cit., p. 519, che a titolo esemplificativo richiama proprio la riparazione pecuniaria del l'art. 322 *quater*. Cfr., anche, V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in questa *Rivista*, 20 dicembre 2015, p. 13 ss., il quale sottolinea la natura non risarcitoria di tale riparazione, dato che, fra l'altro, a differenza da quella in materia di diffamazione a mezzo stampa, la riparazione dell'art. 322 *quater* non è subordinata ad un'espressa richiesta della persona offesa. L'A. parla quindi di una «vocazione funzionale ancipite: non solo compensatoria, ma anche (e soprattutto) punitivo-deterrente».

⁵⁹ S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 322-*quater*, p. 1072; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in C.E. Paliero e altri (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, cit., p. 563 ss. Conf., in giurisprudenza, da ultimo Cass. pen. 14-3-2019, n. 12541, cit.: «Stante la natura *lato sensu* punitiva della riparazione pecuniaria, la relativa applicazione – in assenza dei presupposti di legge – è certamente riportabile all'alveo della “pena illegale” ...».

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cass. pen. 14-3-2019, n. 12541, cit.: «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», e, quindi, «in ossequio ai principi di legalità e di tassatività» non può essere applicata al di fuori dei casi espressamente previsti.

esclusivamente con l'«aggravare il già pesante armamento sanzionatorio posto a tutela del buon andamento della pubblica amministrazione»⁶². Un armamento che, sul fronte delle misure in generale ablativo dei proventi del reato, rappresenta ormai un «micro-sistema di strumenti coercitivi»⁶³, emblematicamente rappresentato dalle molteplici tipologie di confisca dei vantaggi derivati dai delitti contro la pubblica amministrazione. A queste si aggiunge ora anche la riparazione pecuniaria, che, come la confisca, ha come criterio di monetizzazione i proventi economici indebitamente percepiti, che con la riforma del 2019 vengono esplicitamente quantificati sul parametro del prezzo o del profitto⁶⁴, avvicinando così ancora di più la misura in questione alla confisca⁶⁵, in una sorta di problematica impermeabilità fra i due istituti. Infatti, le due misure «procedono parallelamente, sicché la condanna (obbligatoria) alla riparazione pecuniaria non è influenzata dalla confisca del medesimo importo di denaro»⁶⁶.

Insomma, questa riparazione «è totalmente e saldamente incentrata sul terreno pubblicistico, assumendovi la valenza di un contrappasso simbolico per il male che il delitto, per il tramite dell'amministrazione pubblica di appartenenza del soggetto, ha recato all'intera collettività: come dire che, rigorosamente obbligatoria, diviene sostanzialmente una pena»⁶⁷. Ne è conferma il fatto che essa trova applicazione

⁶² C. BENUSSI, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano 2015, sub art. 322-bis, p. 462. V. anche M. ROMANO, *Pene pecuniarie*, cit., p. 520, il quale alla luce dell'entità complessiva dell'esborso del colpevole, data dalla riparazione, dalla confisca e dal risarcimento, considera quello dell'art. 322 bis «un caso di scuola in cui, pur scontando l'estrema gravità dei reati, pare lecito dubitare della ragionevolezza dell'opzione legislativa».

⁶³ V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione*, cit., p. 13.

⁶⁴ L'espressione originaria dell'art. 322 quater, che per la definizione del contenuto rinviava testualmente al criterio del «quanto indebitamente ricevuto» dal pubblico agente, «alludeva alla corrispondenza del quanto dovuto a titolo di riparazione al quanto introitato dal reato, ma ... si riferiva semplicemente al "denaro o altra utilità" presenti nella descrizione della concussione e della corruzione, cioè al c.d. "maltolto", che non coincideva (o poteva non coincidere) con il profitto o il prezzo del reato», M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 344.

⁶⁵ Cfr. S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 322 quater, p. 1072, il quale, già prima della riforma del 2019, rilevava che l'oggetto della riparazione pecuniaria in esame, intesa come prezzo del reato, «coincide – quantomeno rispetto al reato di corruzione propria antecedente – con l'oggetto della confisca di cui all'art. 322 ter.; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, cit., p. 561 ss. La riparazione, dunque «insiste su un campo già affollato di misure ablativo del profitto illecitamente tratto dal reato, così da rendere proibitivo qualsiasi tentativo di differenziazione ragionevole», V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione*, cit., p. 14, il quale anche evidenzia come la nuova misura ablativa in particolare sollevi seri problemi di coordinamento e di sovrapposizione con la confisca del prezzo o profitto del reato di cui all'art. 322 ter.

⁶⁶ S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 322 quater, p. 1072; cfr., anche, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 346 ss.; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione*, cit., p. 14, sulla possibilità di una violazione del divieto di *ne bis in idem* e del principio di proporzionalità.

⁶⁷ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 343. Cfr., anche, V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione*, cit., p. 14 ss., il quale sottolinea che sarebbe proprio il riconoscimento a questa misura del compito di «veicolare le istanze più marcatamente punitive» che consentirebbe di distinguerla dalla confisca, anche per equivalente, prevista dall'art. 322 ter, la quale ultima invece assumerebbe «una funzione preminentemente equilibratrice». Altrimenti, la riparazione dell'art. 322 quater si differenzia sul solo piano processuale, per «la possibilità di anticipare la confisca in via cautelare

indipendentemente da qualsiasi accertamento del danno subito dalla Pubblica amministrazione, e che, come recita lo stesso art. 322 *quater*, resta comunque «impregiudicato il diritto al risarcimento del danno»⁶⁸.

Che anche la confisca sia un istituto di riparazione afflittiva e in quanto tale “contaminato”, che si presta cioè ad essere interpretato secondo logiche diverse: penalistiche, amministrativistiche ma anche civilistiche, non è da dubitare. A riguardo, attenta dottrina penalistica ha sottolineato come la scelta a favore dell’una o dell’altra natura giuridica sia «pregiudizialmente strumentale», sia cioè guidata «più che da un disinteressato esame della disciplina normativa di turno dal perseguimento di uno specifico obiettivo politico-criminale preventivamente preso di mira»⁶⁹. Quanto a quello preso di mira nel caso della scelta civilistica, esso sembra segnato in particolare dall’esigenza di disporre di uno strumento di ablazione patrimoniale più flessibile, in quanto libero dai vincoli garantistici a cui le sanzioni sostanzialmente afflittivo-punitive non possono sottrarsi. Non sorprende dunque l’affermazione ricorrente nella dottrina penalistica, «una volta riconosciuto che tutte le forme di confisca dei proventi sono accomunate dalla medesima funzione ... che esse avrebbero un carattere “civile”, potendo quindi operare secondo regole (con particolare riguardo ai canoni probatori) differenti da quelle tipiche del settore penale»⁷⁰. Dunque, anche la confisca dei proventi,

attraverso il sequestro».

⁶⁸ Diversamente quando si tratta di confisca, rispetto alla quale è la stessa Cassazione a chiarire che l’utilità economica ricavata a seguito della consumazione del reato «non può ... essere confiscata come profitto del reato, nemmeno per equivalente, quando la stessa sia stata già restituita al soggetto danneggiato», Cass. pen. 26-5-2015, n. 36444, CED 264525. Infatti, come precisa ancora la Corte «ove la somma “restituita” – o comunque refusa – non fosse computata come ontologica riduzione di ciò che il reato aveva fruttato, la confisca non prenderebbe più in considerazione l’utilità economica che è residua all’esito di una condotta di adempimento dell’obbligo restitutorio, ma un importo avulso dalle condotte riparatorie e come tale raccordabile ad un tipo di sanzione non prevista dall’ordinamento».

⁶⁹ G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, reperibile in <http://www.studiosiprocessopenale.it>.

⁷⁰ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 186 e ivi la bibliografia, al quale si rinvia per una più approfondita indagine e che conclude per la «tenace vocazione punitiva della confisca», escludendone anche il riconoscimento di una «natura para-civilistica ... sulla scorta dell’argomento secondo cui il reato non è mai valido titolo di acquisto della proprietà» (citazioni di p. 194 ss.). Sul «vistoso processo di osmosi tra civile e penale ... nell’ambito del quale lo spartiacque tra sistemi non corre più sul crinale che separa compensazione e sanzione» con specifico riferimento all’istituto della confisca, v, da ultimo, A. DELL’OSSO *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, in corso di pubblicazione in *Dir. pen. proc.*, 2019, 4, p. 23 datt., il quale anche, concludendo per la connotazione di rimedio pubblicistico della confisca, nega «l’opportunità di una rilettura in chiave privatistica della confisca», la cui valenza dunque non può che essere sanzionatoria; v., altresì, M. BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell’efficienza*, in C.E. Paliero e altri (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, cit., p. 879 ss. Ma, a favore di una possibile natura civilistica, già Corte cost. n. 29/1961: «È noto che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

sia essa per equivalente⁷¹, diretta, allargata o di prevenzione, oscilla ambiguamente fra istanze compensativo/riparativo-risarcitorie e istanze afflittivo-punitive.

3.2. "La riparazione premiale".

Ma ancora più emblematica della metamorfosi di istituti tradizionali è la previsione di nuove tipologie di riparazione che comportano anche l'effetto atipico di estinguere il reato, quando, oltre alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, vi sia stata riparazione del danno mediante restituzione o risarcimento. Come è stato giustamente osservato, la riparazione finisce così con il sostituirsi alla pena rendendola superflua: «il reato si estingue per la semplice ragione che non c'è più bisogno di pena»⁷². A tale proposito viene in primo luogo da richiamare, per la particolare contaminazione delle istanze riparatorie e risarcitorie con quelle di prevenzione speciale, il nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p., ove si prevede che la concessione del beneficio sia subordinata alla prescrizione anche di condotte volte ad elidere le conseguenze del reato, e, se possibile, al risarcimento del danno (co. 2), con l'effetto ultimo, in caso di esito positivo della prova, di estinzione del reato. L'alternativa fra premio e punizione finisce così con il dipendere in maniera significativa dall'attuazione o meno delle condotte riparatorie da parte dell'imputato.

Queste tipologie, che prevedono non solo il ristoro integrale del danno civile, ma anche fin dove è possibile l'eliminazione delle conseguenze del reato, possono essere ascritte al genere «*riparazione premiale*»⁷³. Lo stesso deve dirsi per il caso dell'art. 162-ter c.p. e, prima ancora, dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 per i reati di competenza del giudice di pace⁷⁴. In particolare, in quest'ultimo ambito, il legislatore apertamente attribuisce alla riparazione anche attraverso il risarcimento del danno una funzione penal-pubblicistica, che è del tutto estranea alla dimensione privatistica delle condotte risarcitorie. Il giudice, infatti, pronuncia la sentenza di estinzione del reato solo se «ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle preventive» (co. 2). In altre parole, come emerge dalla giurisprudenza, il giudice deve verificare comunque che la condotta risarcitoria sia anche proporzionale alla colpevolezza dell'autore del reato, così da soddisfare anche le istanze sottese alla pena,

⁷¹ Per un riconoscimento recente della natura sostanzialmente punitiva, con «elevatissima carica afflittiva», della confisca per equivalente, a proposito dell'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, v. Corte cost. n. 63/2019.

⁷² D. BRUNELLI, *Gli esisti 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), *Le competenze civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, Padova, 2007, p. 121; G. MARTIELLO, "Civile" e "penale", cit., p. 13 ss.

⁷³ Così O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit., p. 6 ss.

⁷⁴ V, peraltro anche gli artt. 2629 e 2633 del codice civile a proposito di alcuni reati societari, dove però ai fini estintivi del reato si fa esclusivo riferimento al risarcimento del danno e non anche a condotte riparatorie.

siano esse di riprovazione o di prevenzione⁷⁵, «in modo da assicurare comunque una valenza retributiva e di prevenzione speciale all'intervento giurisdizionale dinanzi a condotte improntate ad un dato grado di gravità e pericolosità»⁷⁶. Appare innegabile che l'istituto sconta allora «un'ibridazione di prospettive risarcitorie, stigmatizzatrici e preventive che si risolve in un sostanziale vuoto di fini, ulteriormente esasperato dall'evanescenza contenutistica della combinazione delle istanze di riprovazione del reato e di prevenzione»⁷⁷.

Analogo profilo di contaminazione delle funzioni appare nella figura generale di riparazione introdotta più di recente nel codice penale con l'art. 162 ter dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Il legislatore del 2017, infatti, in una confusa logica di deflazione penale, sotto il comune denominatore della riparazione annovera eterogenee condotte che vanno dalla restituzione al risarcimento del danno, nonché alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Ora, queste ultime sono pacificamente da ascrivere alla categoria del danno criminale, onde l'eliminazione che le riguarda si riferisce al contenuto offensivo, di danno o di pericolo, del reato⁷⁸, ma in funzione di essa sono previste in aggiunta le altre due forme di riparazione, la restituzione e il risarcimento del danno, le quali però, in una sorta di fungibilità di nuovo conio, operano in alternativa. Insomma, l'imputato può godere della causa di estinzione del reato solo se ha riparato interamente il danno, indifferentemente mediante restituzione o risarcimento, a condizione però che si eliminino, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato, che a sua volta è perseguibile a querela soggetta a remissione. La fattispecie dell'art. 162 ter sembrerebbe dunque, risibilmente, affidare alla vittima la valutazione del concreto bisogno di pena, grazie al potere di disporre dell'azione penale, incluso nella procedibilità a querela rimettibile, combinato con l'ampio spazio riconosciuto ai meccanismi riparatori. Anche su questi, in quanto beneficiario, il querelante dovrebbe avere potere di decisione. Ma non è così, perché la disposizione dell'articolo 162 ter dà invece l'ultima parola al giudice, ridimensionando la prospettiva vittimocentrica. Alla vittima infatti non viene riconosciuto alcun potere di opporsi all'estinzione del reato, che il giudice può dichiarare anche contro la volontà della prima, una volta che abbia valutato positivamente le condotte riparatorie, nonostante la procedibilità a querela attribuisca alla persona offesa la disponibilità

⁷⁵ V., fra le altre, Cass. pen. 19-2-2016, n. 20542, in *Guida dir.*, 2016, n. 29, p. 59; Cass. pen. 18-6-2010, in *Foro it.* 2010, II, p. 159.

⁷⁶ Cass. pen. 26-2-2009, n. 12736, CED 243337; conf. Cass. Pen. 18-1-2007, n. 5581, CED 236519. Osserva che tale «riscontro del giudice circa il carattere punitivo e, al contempo, preventivo della condotta reintegratoria può forse attenuare le perplessità sollevate in relazione al rischio di "monetizzazione forzata delle offese a beni altamente personali, come l'onore e l'integrità fisica» M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, p. 88, al quale si rinvia per una recente indagine sulle diverse condotte reintegratorie nel sistema penale.

⁷⁷ S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., p. 12 ss.

⁷⁸ Parla a tale proposito di «danno "allargato", che, pur contemplando il pregiudizio civile subito dal danneggiato, si estende alla considerazione del danno criminale e/o al soddisfacimento delle esigenze preventive tipiche di quella stessa pena che esso in effetti parrebbe surrogare» G. Martiello, *"Civile" e "penale"*, cit., p. 24.

dell'azione penale. Ma nell'istituto dell'art. 162-ter con tale disponibilità rischia di porsi in potenziale contraddizione il contestuale riconoscimento al querelato del potere di estinguere il reato mediante il semplice risarcimento.

Se per un verso una disciplina di tal genere tutela l'imputato «da un'indebita volontà punitiva della persona offesa nei confronti della quale sono state efficacemente poste in essere le condotte riparatorie» e «si sottrae la remissione al mercanteggiare delle parti private»⁷⁹, per altro verso la medesima disciplina nega al danneggiato il potere di decidere sul risarcimento e le restituzioni, pur trattandosi (pure) di danno e di responsabilità civile⁸⁰. Se la cose stanno, come stanno, in questi termini, l'art. 162-ter finisce con l'attribuire «al risarcimento del danno la capacità di neutralizzare integralmente la lesione»⁸¹, in un contesto di totale disinteresse verso la vittima e la sua querela, attraverso uno strumento riparatorio che «costituisce un fattore eterogeneo rispetto agli elementi fondanti la perseguibilità a querela, se non addirittura antitetico nella misura in cui questi suppongono una meritevolezza di tutela penale del bene, che (la riparazione) tende invece a negare mediante una traduzione dell'offesa in termini economici»⁸².

In altre parole, come le altre condotte riparatorie di cui agli articoli richiamati, anche questa può produrre l'effetto estintivo anche in mancanza di restituzione, in virtù del solo risarcimento del danno che finisce con il rappresentare una reale alternativa al processo, nonostante la condotta risarcitoria con effetti estintivi del fatto penalmente illecito comprometta di quest'ultimo la legittimità penale⁸³. Infatti, come rileva autorevole dottrina penalistica «la soluzione del conflitto attraverso una semplice monetizzazione, ... non spiega il perché della configurazione di quel fatto come reato, cioè offusca quel disvalore etico-sociale che nell'ordinamento dovrebbe sempre legittimare la messa in gioco, diretta o indiretta, della libertà personale»⁸⁴. Tale

⁷⁹ R. BORSARI, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 162-ter, p. 678. Osserva peraltro come in base alla nuova disciplina il giudice sia «comunque tenuto a sentire tutte le parti del processo e la persona offesa, sicché l'accertamento dei presupposti richiesti dall'art. 162 ter c.p. si fonderà sull'acquisizione di elementi che travalicano la mera dialettica imputato-vittima» C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen proc.*, 10/2017, p. 1274 ss.

⁸⁰ La disposizione non chiarisce se la riparazione integrale comprenda il solo danno civile, quello criminale o entrambi. Secondo R. BORSARI, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 678, per l'applicazione della causa estintiva basterebbe l'aver riparato il danno criminale, mentre rimarrebbe impregiudicata la possibilità per la persona offesa di agire in sede civile per l'accertamento degli eventuali ulteriori diritti risarcitori.

⁸¹ S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., p. 10; dello stesso v., anche, *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, cit., p. 566 ss. E lo stesso art. 162 ter prevede che il «risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo».

⁸² S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., p. 10 ss., il quale giustamente rileva che ben «possono esserci reati procedibili a querela la cui offesa non si presta ad essere convertita in un mero risarcimento con automatici effetti estintivi».

⁸³ Come osserva ancora M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro*, cit., p. 517.

⁸⁴ S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., p.11.

offuscamento dipende dal fatto che i meccanismi estintivi richiamati, e in particolare quelli dell'art. 162 *ter*, risultano alla fine «del tutto svincolati dal rango dell'interesse tutelato, dalle modalità dell'offesa e dal disvalore oggettivo e soggettivo del fatto: e cioè con un'assoluta indifferenza per la prospettiva assiologica nella quale vengono selezionati i fatti meritevoli di tutela penale»⁸⁵.

Cosa, quest'ultima, esemplarmente riscontrabile anche nella fattispecie di oltraggio, reintrodotta nel 2009 con l'art. 341-*bis*, dove si prevede che, qualora «l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima, il reato è estinto». Attenta dottrina ha manifestato perplessità anche su tale fattispecie, in quanto risulterebbe una «previsione ... indubbiamente singolare alla luce della gravità della cornice edittale e della natura pubblicistica del bene tutelato, che dovrebbe implicare la sua indisponibilità»⁸⁶. Perplessità accentuate dai dubbi circa la natura giuridica del rimedio: se da ascrivere all'ambito più propriamente risarcitorio, con effetti penali estintivi o al contrario a quello della punizione, privilegiandone la natura penalistica e, in questa ipotesi, se considerarlo una causa estintiva del reato secondo l'espressione testuale o piuttosto una vera e propria causa di non punibilità⁸⁷. Ma, al di là di questi dubbi, la fattispecie risarcitoria dell'art. 341-*bis* offre anche il fianco alla critica sostanziale di introdurre nel nostro ordinamento penale il principio della monetizzazione della responsabilità penale, cosa che non solo solleva questioni di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza, ma che sembra dare ingresso a un'ibrida soluzione di riparazione che non è nemmeno di giustizia riparativa. All'ideologia di quest'ultima è infatti del tutto estranea la dimensione patrimoniale, che è invece tipica della responsabilità civile⁸⁸. Insomma, una prestazione risarcitoria, quella dell'art. 341-*bis*, consente di «riparare» l'offesa, «obliterando *in toto* la lesione di beni, quali l'onore e il prestigio del p.u., che mal si prestano a quantificazioni in termini economici», conseguendone una totale assenza di pena dell'autore del reato: «nel caso in esame – perciò – sembra ci si sia spinti troppo oltre»⁸⁹. Anche perché nella disposizione in esame manca una predeterminazione

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 341-*bis*, p. 1124.

⁸⁷ In quest'ultimo senso S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 341-*bis*, p. 1124.

⁸⁸ Per queste osservazioni, v. S. SEMINARA, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 341-*bis*, p. 1124.

⁸⁹ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 cod. pen.*, Milano, 2015, sub art. 341-*bis*, p. 99. Si noti come risulti incompatibile con la riconosciuta natura di risarcimento civile della riparazione di cui all'art. 341-*bis*, e ne stravolge l'essenza, la soddisfazione della pretesa risarcitoria con una condotta di emenda morale, rappresentata da una lettera di scuse al posto del risarcimento del danno in favore anche dell'ente di appartenenza della persona offesa oltraggiata, come invece ha ritenuto il Trib. pen. Spoleto, 31-10-2017, in *Dejure*. Il Tribunale alla luce dello scopo della previsione normativa dell'art. 341 *bis*, co. 3 ha ritenuto di «eludere la necessità della sanzione ... ogniqualvolta l'evento dannoso sia stato interamente ristorato e sia così venuto meno l'interesse alla punizione della condotta». In dottrina, considera quella delle scuse una soluzione da non escludere, quando

legislativa dei criteri in base ai quali il giudice deve determinare il danno civile, che, in quanto tale, non può che essere risarcito attraverso una prestazione di natura prettamente economica⁹⁰. Come, infatti, riconosce apertamente la prassi, «l'art. 341 *bis*, ultimo comma, rende evidente che si tratta di risarcimento del danno civile extracontrattuale, ex art. 2043 c.c. (non patrimoniale, generalmente morale soggettivo); la norma penale è quindi strumentale rispetto all'interesse (al risarcimento) del creditore»⁹¹. Seguire tale impostazione significa in ultima analisi riconoscere una rilevanza esclusivamente privatistica al fatto, riducendola a una questione privata confinata alle sole parti coinvolte. «Ma se è così – si osserva giustamente – tanto vale direttamente “declassare” quel reato a forma di illecito extrapenale, piuttosto che sbandierare a tutta prima lo spauracchio della pena e poi ritirarne prontamente l'applicazione»⁹².

3.3. “La riparazione sostitutiva”.

Rimane infine da prendere in considerazione una terza tipologia di riparazione: quella che potremmo definire *riparazione sostitutiva*, in quanto costituita dalle forme di esborso di denaro in sostituzione della pena e che, conseguentemente, come quest'ultima si connota per la natura sanzionatoria. Si tratta delle sanzioni pecuniarie civili, introdotte in funzione sostitutiva della pena ad opera del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. Con finalità apertamente deflative, rinunciando alla tutela penale, il decreto prevede questo nuovo strumento sanzionatorio di carattere generale per una serie di illeciti minori⁹³ dallo stesso provvedimento depenalizzati secondo un modello di depenalizzazione, che, pur essendo abrogativo, in maniera del tutto originale non rinuncia ad una tutela di nuovo conio. Quest'ultima viene garantita da una sanzione a contenuto pecuniario di natura non amministrativa e che sembra orientata verso il

siano del tutto assenti danni materiali M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati*, cit., p. 99 ss. anche con riferimento alla riparazione di cui all'art. 35, d.lgs. 274/2000, nel procedimento avanti il giudice di pace. Nega decisamente tale possibilità Cass. pen. 22-9-2005, n. 40818, CED 232802, per la quale la riparazione dell'art. 35 «non può non avere carattere anche patrimoniale».

⁹⁰ Ritiene invece, isolatamente, che possa bastare anche una riparazione di ordine meramente morale, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati*, cit., p. 100.

⁹¹ Trib. pen. Camerino, 13-12-2011, in *Riv. pen.*, 2012, p. 213.

⁹² G. MARTIELLO, “Civile” e “penale”, cit., p.25.

⁹³ Si tratta dei reati di gravità medio-bassa, come ad es. l'ingiuria, le falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco, alcune ipotesi di danneggiamento, la sottrazione di cose comuni se commesse con dolo, per i quali, anche nella nuova veste, persiste la meritevolezza di pena, che però diventa di competenza del giudice civile.

paradigma aquiliano della responsabilità civile, ma sulla base di una tipizzazione delle fattispecie di chiara matrice penalistica⁹⁴ e con una funzione indubbiamente punitiva⁹⁵.

Già prima dell'ultima riforma appena richiamata, nel nostro ordinamento erano rintracciabili sanzioni civili pecuniarie, ma limitatamente a situazioni ben definite, come ad esempio quella dell'abuso del processo, di cui all'art. 96, co. 3 c.p.c. In questo articolo in funzione punitivo/preventiva si prevede la condanna della parte abusante al pagamento di una somma di denaro a favore della controparte che ha subito un danno ingiusto. Diversamente, la riforma del 2016 ha introdotto un istituto punitivo/preventivo⁹⁶ di portata generale per la tutela di beni giuridici fondamentali, come la fede pubblica o l'onore, e la cui connotazione pubblicistica non solo è acuita dalle finalità di tutela, ma anche e soprattutto dal fatto che della somma di denaro versata è beneficiaria la Cassa delle ammende, così come accade per le sanzioni pecuniarie criminali della multa e dell'ammenda. Il nuovo istituto sanzionatorio sconta dunque l'ambiguità di non essere né di natura amministrativa, pur essendo previsto per un illecito depenalizzato, né di natura civile, non essendo comminato per un illecito civile per il quale il risarcimento ha come beneficiario-creditore il soggetto privato per il danno che ha subito ed essendo per di più comminato in aggiunta al risarcimento vero e proprio. Ambiguità ulteriormente accentuata dal silenzio del legislatore sulla procedura per la sua irrogazione, perché se l'etichetta civile suggerirebbe la necessità della domanda della parte offesa, l'inevitabile matrice pubblicistica dell'istituto porta a ritenere che spetti al giudice di procedere d'ufficio⁹⁷, nell'ambito peraltro di un rito, quello civile, nel quale sono assenti le garanzie fondamentali del diritto di difesa di cui nel processo penale.

Il legislatore della riforma ha finito così con l'introdurre nel nostro sistema accanto alle categorie dell'illecito penale, dell'illecito amministrativo e dell'illecito civile

⁹⁴ Cfr. A. IACOBONI, *Le sanzioni pecuniarie civili*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2017*, p. 7. Cfr., anche M.C. BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il 'danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, cit., p. 843, la quale osserva come la creazione di questi nuovi illeciti civili con chiara impronta punitiva mostri «una certa diffidenza nei confronti del puro rimedio civilistico: si preferisce un sistema ibrido per mantenere un controllo 'a distanza'. La previsione di criteri commisurativi 'in versione ridotta' rispetto all'art. 133 c.p. sembra essere un'ulteriore conferma».

⁹⁵ Riconosce la sicura funzione punitiva delle sanzioni pecuniarie civili F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 3, p. 2888: «In sostanza, il pensiero retrostante al nuovo istituto sembra muovere dalla premessa che la natura squisitamente privatistica di questi illeciti giustifica una tutela incardinata sul più utile e satisfattorio risarcimento del danno, senza però perdere di vista un'esigenza di prevenzione generale che viene per l'appunto affidata alla sanzione pecuniaria»; ID. *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1719.

⁹⁶ Cfr. Cass. pen. Sez. un. 29-9-2016, n. 46688, CED 267884, per la quale con l'introduzione di queste sanzioni pecuniarie civili il legislatore avrebbe «voluto riconsiderare il ruolo tradizionale compensativo attribuito alla responsabilità civile, affiancando alle sanzioni punitive di natura amministrativa un ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell'illecito, nella prospettiva del rafforzamento dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale».

⁹⁷ In tal senso si pronuncia A. IACOBONI, *Le sanzioni pecuniarie civili*, cit., p. 9 ss. V., anche V. BOVE, P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in questa *Rivista*, 7 marzo 2016, p. 27.

una quarta categoria, quella degli illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili, il cui impatto sulla odierna realtà della giustizia italiana non è al momento prevedibile, ma che ha già fatto dire a taluno in dottrina che «per la prima volta in modo organico» è stata introdotta la figura dei «“danni punitivi”»⁹⁸. Se ne può tuttavia dubitare, considerando che questi ultimi costituiscono un’aggiunta al risarcimento del danno attribuita al danneggiato, laddove la norma esaminata destina la prestazione pecuniaria alla Cassa delle ammende, estraneando con ciò la misura alla logica del diritto privato. D’altra parte, l’estraneità della nuova misura afflittiva rispetto ai danni punitivi trova riscontro anche in quella dottrina penalistica, la quale ha invece ritenuto che tali misure afflittive vadano, e possano essere, qualificate come «una variante di quella amministrativa»⁹⁹.

Ebbene, e per concludere, dall’indagine svolta emerge un dato incontestabile: riparazione e punizione sono e rimangono categorie logiche diverse e non sovrapponibili e come tali sono percepite dai consociati, i quali alla sola punizione associano la dimensione emotiva del consenso sociale. Con la conseguenza che le contaminazioni viste, se sul fronte civilistico si risolvono in incertezze dommatiche e incoerenze sistematiche, sul fronte penalistico queste incertezze minano anche lo stesso senso della pena, che rischia anche per queste ibridazioni di perdere credibilità in nome di una esasperata e incontrollata finalità di deflazione¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. A. IACOBONI, *Le sanzioni pecuniarie civili*, cit., p. 3; C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso “alla sanzione pecuniaria civile”*, in questa *Rivista*, 1 aprile 2015, p. 8. Definisce l’istituto delle sanzioni pecuniarie civili «l’evoluzione civilistica dei *punitive damages*, che conferisce definitiva legittimazione, con importanti variazioni sul tema, alla discussa fattispecie delle pene private», L. RISICATO, *L’illecito civile punitivo come ircocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, Relazione al Convegno “Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, *diversion* e prevenzione”, Genova 12 aprile 2019, p. 3 ss. datt.

⁹⁹ Data la destinazione della somma all’erario, ritiene che siano di fatto sanzioni amministrative F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 152. *Contra* S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela*, cit., p. 19, per il quale il nuovo settore degli illeciti depenalizzati e presidiati dalle sanzioni pecuniarie civili non è più penale e neppure amministrativo. Ma non può dirsi neppure civile. Parla di «un *tertium genus* tra pena e sanzione amministrativa, di non facile decifrazione» F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1719

¹⁰⁰ Di fronte all’ambivalenza della riparazione, secondo G. FIANDACA, *Tra punizione e riparazione. Una ibridazione di paradigmi?*, in *Foro it.*, 2016, p. 298 ss., «l’unica direttrice di marcia» al momento percorribile sarebbe quella «di un diritto penale più aperto a momenti riparatori ma nell’insieme disorganico se non addirittura caotico», in quanto «più consona a un tempo come il nostro. Un tempo, cioè, poco adatto a costruire grandi sistemi ispirati a una razionalità forte e unitaria, e propenso, più modestamente, a interventi qua e là migliorativi in una ottica di microriformismo pragmatico». Con la conseguenza di «rinunciare alla chiarezza dei concetti, accontentandoci di introdurre comunque nell’ordinamento il maggior numero di possibili istituti riparatori in considerazione della loro concreta utilità per le vittime, pur senza procedere alla edificazione di un nuovo sistema organico e coerente di diritto penale riveduto dalle fondamenta». Per una proposta, invece, di un nuovo modello sanzionatorio, in cui punizione e riparazione si coordinano e interagiscono, v. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.