



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2022

ANNO X

DEL DIPARTIMENTO JONICO

<http://edizionidjsge.uniba.it/> • ISBN - 9788894665130



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli - Gabriele Dell'Atti - Giuseppe Losappio

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Pierluca Massaro, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Annalisa Bitetto, Danila Certosino, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Lorenzo Pulito, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione), Danila Certosino, Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

ANNOX
ANNALI 2022
DEL DIPARTIMENTO JONICO



INDICE

GLI AUTORI	11
SAGGI	13
FRANCESCA ALTAMURA, ALESSANDRO CUOMO <i>Decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale: alla ricerca del best interest of the child</i>	15
LUCIANNA CANANÀ, CARLO CUSATELLI, VERONICA DISTEFANO, STELLA LIPPOLIS <i>A SIR epidemic model to evaluate enterprise risks</i>	29
ALESSIO CARACCILO, FRANCESCA DI GIOIA <i>L'indissolubilità del legame tra permesso di soggiorno e rapporto di lavoro subordinato</i>	37
CLAUDIO D'ALONZO <i>Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata</i>	47
GABRIELE DELL'ATTI <i>La valutazione della continuità aziendale tra il codice della crisi d'impresa e la legislazione emergenziale</i>	63
DARIO DELLINO <i>Libertà, socialità e responsabilità in Emmanuel Levinas</i>	85
MARCO EDGARDO FLORIO <i>Civile e penale a confronto: un chiasmo funzionale che può restituire razionalità al sistema?</i>	97
PIERO MARRA <i>"Oltre la misura". Considerazioni brevi su ragionamento e calcolabilità giuridica</i>	113
CONCETTA MARIA NANNA <i>Dallo status al contratto: la disponibilità dei diritti patrimoniali nei rapporti di famiglia</i>	129
ANTONIO ORLANDO <i>Lo scopo di lucro identifica il soggetto societario di fatto nei rapporti con l'amministrazione finanziaria</i>	137
FLAVIO PARENTE <i>Alimentazione e nutrizione nel paziente affetto da COVID-19</i>	171
GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE <i>Ricerca biomedica e limiti all'attività di sperimentazione umana</i>	181
LORENZO PULITO <i>La "nuova" esecuzione penale minorile alla prova del fenomeno migratorio</i>	189

ANGELICA RICCARDI <i>L'inapplicabilità del giudizio di ottemperanza alle controversie di lavoro pubblico</i>	205
NICOLA TRIGGIANI <i>Riforma penitenziaria, fede religiosa e alimentazione dei detenuti</i>	215
PAULA UEMATSU ARRUDA <i>Structural reform litigation at the ECHR and the IACHR: from self-restraint to activism and what is in-between</i>	223
UMBERTO VIOLANTE <i>Nullità parziale e analisi economica del diritto: l'esempio delle fideiussioni omnibus conformi a schema ABI anticoncorrenziale</i>	247

VITA ACCADEMICA

ALESSIO CARACCILO <i>L'inclusione lavorativa di malati cronici e disabili</i>	261
DANILO CERTOSINO <i>Il processo penale minorile: meccanismi di diversione e fenomeno migratorio</i>	265
ANNARITA LADDOMADA <i>L'estensione del patrocinio a spese dello Stato al procedimento di mediazione: prime riflessioni sulla riforma ex l. 206/2021</i>	285
GIUSEPPE LOSAPPIO <i>Legal Mental Health and Justice legislation compared across Europe</i>	301
LORENZO PULITO <i>A comparative analysis of mental health legislation across Europe</i>	305
MARIA LAURA SPADA <i>La figura del curatore nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza</i>	315
NICOLA TRIGGIANI <i>L'udienza predibattimentale monocratica nella l. n. 134/2021 (c.d. "Riforma Cartabia"): una innovazione in controtendenza rispetto agli obiettivi di efficienza del processo</i>	335

PROPOSTE DI LETTURA

ALESSIO CARACCILO <i>Carmela Garofalo, Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello, 2ª ed., Cacucci, Bari, 2022, pp. 411.</i>	351
--	-----

DORELLA QUARTO

Nicola Triggiani (a cura di), *Informazione e giustizia penale. dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, Cacucci, Bari, 2022, pp. 704. 355

Marco Edgardo Florio

CIVILE E PENALE A CONFRONTO: UN CHIASSMO FUNZIONALE CHE PUÒ
RESTITUIRE RAZIONALITÀ AL SISTEMA?*

ABSTRACT

Spesso in dottrina e giurisprudenza, come pure in televisione e nei comizi politici, si sente parlare a sproposito di “vuoti di tutela”, di settori in cui il diritto penale dovrebbe necessariamente intervenire a tutela di vittime spesso immaginifiche di condotte realizzate da soggetti “malvagi”. Nel far ciò, però, sovente si dimentica che il diritto penale dovrebbe sempre rispondere a precisi caratteri che impongono di ridurre al minimo l’invocazione di pretesi vuoti di tutela. Per dire che vi sia un “vuoto” da colmare, ricorrendo alle sanzioni di cui questo ramo del diritto si avvale, bisognerebbe infatti dimostrare in positivo che il ricorso agli strumenti messi in campo dagli altri rami del diritto si rivelerebbe del tutto inefficace. Un vaglio che, ove effettuato, alla luce delle più recenti evoluzioni registratesi in materia di responsabilità civile, potrebbe confutare una volta per tutte, almeno in numerosi casi, che vi sia necessità di ricorrere al diritto penale.

Often, in doctrine and jurisprudence, as well as on television and in political rallies, one hears people speak out of turn of ‘protection gaps’, of areas in which criminal law should necessarily intervene to protect the often-imaginary victims of conduct carried out by ‘evil’ subjects. In doing so, however, it is often forgotten that criminal law should always respond to precise characteristics that make it necessary to minimise the invocation of alleged protection gaps. To say that there is a ‘gap’ to be filled, by resorting to the sanctions that this branch of law avails itself of, it would in fact be necessary to positively demonstrate that recourse to the instruments deployed by the other branches of law would prove to be wholly ineffective. A test which, if carried out in the light of the most recent developments in the field of civil liability, could disprove once and for all, at least in numerous cases, that there is a need to resort to criminal law.

PAROLE CHIAVE

Responsabilità civile – Diritto penale – *Extrema ratio* – *Civil liability* – *Criminal law* – *Extrema ratio*.

SOMMARIO: 1. Il diritto penale moderno e i suoi perduti caratteri di frammentarietà, sussidiarietà ed *extrema ratio*. – 2. Vuoti di tutela in materia penale: per una doverosa delimitazione del concetto nel segno del principio di *ultima ratio*. – 3. Sulla pretesa insufficienza del diritto civile: se non è penale si può davvero commettere? – 4. Il mito della responsabilità civile compensativa. – 5. Le nuove frontiere della responsabilità civile: verso il superamento del dogma della mera “compensazione”. – 6. Un chiasmo funzionale che può restituire razionalità al sistema?

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. Spesso in dottrina e giurisprudenza, come pure in televisione e nei comizi politici, si sente parlare di “vuoti di tutela”, di settori in cui il diritto penale dovrebbe necessariamente intervenire a tutela di vittime, sovente del tutto immaginifiche, di condotte realizzate da soggetti “malvagi”, individui degni delle più severe punizioni. L’invocazione di pretesi “vuoti”, però, avviene fin troppo spesso a sproposito, giacché i caratteri di frammentarietà, sussidiarietà ed *extrema ratio*, che devono contrassegnare il diritto penale, dovrebbero altresì portare a ridurre al minimo la possibilità d’invocare autentiche “lacune”.

Per dire che vi sia un “vuoto” da colmare, ricorrendo alle sanzioni di cui questo ramo del diritto si avvale (come pure del meccanismo di esclusione e riprovazione sociale che la sottoposizione a processo penale inevitabilmente comporta)¹ – secondo un risalente e condivisibile insegnamento – bisognerebbe infatti dimostrare in positivo che il ricorso agli strumenti messi in campo dagli altri rami del diritto si rivelerebbe del tutto inutile o inefficace nel perseguire un’adeguata e sensata strategia preventiva.

Un vaglio che sempre più raramente viene affrontato con la dovuta puntigliosità (e talvolta neppure si effettua) e che, alla luce delle più recenti evoluzioni registratesi in materia di responsabilità civile (d’ora in poi semplicemente R.C.), potrebbe in realtà condurre a sconfessare una volta per tutte il senso della criminalizzazione di numerosi fatti della vita quotidiana rispetto ai quali incessantemente si continua a prospettare il ricorso al diritto penale quale unica possibile alternativa di tutela.

D’altro canto, si sa, il principio di *ultima ratio* non è mai stato preso troppo sul serio dal legislatore², né in Italia né in molti altri sistemi giuridici che ben conoscono analoghe forme d’inflazione penalistica (*overcriminalization*)³. Quasi sempre, negli

¹ Il processo penale «lascia» sempre «dietro di sé profonde ingiustizie, sofferenze e talora persino la morte di qualcuno» (cfr. G. Pecorella, *Utopie. Scritti di Politica penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 98). È poi ben nota la «devastazione della personalità» che «interviene» in chi si trovi ad essere raggiunto «da una imputazione di reato»: «chiunque abbia avuto contatto con chi è sottoposto a un processo penale (a maggior ragione se la persona è detenuta) sa bene che la sua sofferenza ha inizio già nella primissima fase, quando ha notizia dell’accusa a suo carico, e poi aumenta via via fino all’esecuzione della sanzione» (Id., *Utopie*, cit., pp. 114 ss.). Il processo penale è a tal punto fonte di sofferenza che spesso la sofferenza si tramuta in malattia (cfr. P. Cendon, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Key, Milano, 2021, pp. 86-87, spec. nt. 102-105). Ciò accade, evidentemente, anche a causa del meccanismo di riprovazione ed emarginazione sociale che il processo penale sottende.

² Cfr. M. Donini, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019, pp. 56 ss.

³ R. Frank, *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in *ZStW*, 18, 1898, pp. 733 ss.; D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford UP, Oxford, 2009; T. Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, in Id., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Esi, Napoli, 2018, pp. 20 ss.; F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 23 ss.; P.H. Van Kempen, M. Jendly, *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprisonment*, Intersentia, Cambridge-Brussels, 2019, pp. 253 ss.

ultimi anni, al diritto penale si è finito per guardare come ad uno strumento privilegiato d'intervento, quando non addirittura esclusivo. E ciò in assenza di ogni fondata dimostrazione circa l'effettiva incapacità degli altri mezzi giuridici d'*enforcement* teoricamente impiegabili dall'ordinamento nel raggiungere i medesimi risultati che di regola ci si prefigge di ottenere facendo ricorso all'arma della pena.

Ci si rapporta, all'evidenza, con una di quelle contraddizioni insanabili che si ravvisano nello studio della nostra materia: non v'è chi non veda in qualche modo il valore e l'importanza dei principi di *ultima ratio* e frammentarietà del diritto penale, ma essi vengono quasi sempre surrettiziamente traditi o violati, mai presi davvero sul serio. In questo modo si finisce per tramutare delle imprescindibili direttrici di contenimento del penalmente rilevante in delle favolette raccontate a veglia sin dai primi del Novecento per sedare gli animi di quei pochi che ancora hanno le energie per battersi in difesa di un diritto penale autenticamente frammentario, sussidiario o "nucleare".

Il clima di disincanto ha ormai permeato persino alcune delle frange dottrinali da sempre più restie ad arrendersi ad un diritto penale "totale" e "totalizzante". Tant'è vero che al giorno d'oggi non è infrequente, anche negli ambienti universitari (da sempre roccaforti di una visione più *liberal*, orientata ad una doverosa contrazione dell'area del rimprovero, secondo i variegati ideali del "diritto penale minimo", del *Kernstrafrecht*, dell'*Intervención minima* e del *Criminal Law as Last Resort*), imbattersi in prese di posizione che sbandierano l'esistenza di vuoti da colmare, di vittime (spesso più "immaginifiche" che reali) da proteggere, ricorrendo ad un inventario sanzionatorio che, pur con encomiabili tentativi di "rabbonimento" e ammodernamento, continua a connotarsi per pene di rara crudeltà e inusitata durezza.

2. Sentir parlare di vuoti di tutela, quando ci si muove nel campo del diritto penale, specie se si è ricevuta un'educazione improntata ai valori della frammentarietà e della sussidiarietà, può apparire un autentico ossimoro. La frammentarietà – quale carattere necessario del diritto penale – dovrebbe impedire, anche solo in astratto, di concepire che vi possano essere vere e proprie lacune da colmare ricorrendo all'armamentario sanzionatorio di cui questo ramo del diritto si avvale⁴.

In una logica di *extrema ratio*, poi, si dovrebbe certo riconoscere che la possibilità di venir a considerare un settore come degno di esser presidiato con sanzioni di carattere penale si dia soltanto laddove le risposte già approntate dagli altri rami del diritto (o eventualmente approntabili, giacché se mancano queste la strada del "penale" dovrebbe rimanere pur sempre l'ultima percorribile) risultino, possibilmente alla

⁴ Cfr. T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia della dogmatica (trad. it. a cura di M. Donini)*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, pp. 51 ss. e spec. 56 ss.; C.E. Paliero, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, pp. 1448 ss.

stregua di puntuali verifiche empiriche⁵, davvero inidonee a tutelare i beni che si vogliono proteggere e a prevenire adeguatamente gli “attacchi” che potrebbero essere mossi agli stessi.

Un vaglio che, oggi, quando si reclama l'intervento del diritto penale per colmare asseriti “vuoti di tutela”, purtroppo, fin troppo spesso, non ha luogo. A falsare l'ottica, portando a credere che il diritto penale possa automaticamente considerarsi l'illusoria panacea in cui rifugiarsi ogniqualvolta s'intraveda un fenomeno astrattamente ritenuto meritevole di una (sia pur blanda) forma di dissuasione e riprovazione da parte dell'ordinamento⁶, hanno di certo contribuito diversi fattori. Tra questi, una particolare menzione merita il diritto di matrice sovranazionale, che irrompendo sulla scena ha finito col portare con sé un esteso e inatteso bagaglio di vittimocentrismo e rigore punitivo.

Generalmente, infatti, si è portati a credere che sia stato soltanto un bene il fatto di esser finalmente venuti ad accordare convenzionalmente un'estesa tutela a taluni diritti fondamentali dell'individuo, rafforzando e implementando a livello sovranazionale strumenti procedurali e sostanziali di tutela dei singoli dall'arbitrario uso che ogni Stato

⁵ Il ricorso a verifiche empiriche è ormai ritenuto fondamentale nell'attuazione del principio di *ultima ratio* da molti interpreti: W. Wohlers, *Derecho penal como ultima ratio ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?* (trad. a cura di N. Pastor Muñoz), in R. Robles Planas (a cura di), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Buenos Aires, 2012, p. 117; M. Jahn, D. Brodowski, *Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips*, in *JZ*, 20, 2016, p. 975 ss.; D. Benito Sánchez, *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, J.M. Bosch Editor, Barcellona, 2020, *passim*; I. Berdugo Gómez de la Torre, *Prólogo*, *ivi*, pp. 17 ss.; T. Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 240; J.M. Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcellona, 1992, p. 246. Un ricorso all'empiria che, se in passato aveva finito per suscitare anche qualche perplessità [L. Gardocki, *Das Problem des Umfangs der Straflarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre*, in K. Lüderssen, C. Nestler-Tremel, E. Weigend (a cura di), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio Prinzip*, Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris, 1990, p. 18; N. Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, 2004, pp. 526 ss.], appare oggi, nel quadro dell'Europa post Trattato di Lisbona, di assai difficile contestazione. L'esperienza europea recente nell'applicazione del controllo di sussidiarietà ha invero dimostrato come l'idea di poter venire a subordinare la validità di un intervento legislativo a puntuali verifiche empiriche non sia né irrealistica né tantomeno irrealizzabile. Anzi, è proprio grazie all'individuazione di questi controlli empirici, che sono stati imposti al legislatore europeo e che egli è ormai tenuto a svolgere per poter giustificare il proprio intervento nei confronti degli Stati membri e andare immune da censure da parte degli stessi e della CGUE, che la sussidiarietà sovranazionale ha potuto negli anni “sublimarsi” in un principio dimostrativo inequivocabilmente giustiziabile. Pertanto, sarebbe sostanzialmente ipocrita ritenere che altrettanto giustiziabile non possa divenire pure il plurisecolare principio penalistico di *ultima ratio* (o sussidiarietà, se si preferisce), qualora lo stesso venisse finalmente riempito di un'analogia cultura fatta di verifiche empiriche pregnanti che il legislatore sarebbe chiamato ad effettuare e di cui la Corte costituzionale potrebbe verificare l'effettiva esecuzione.

⁶ Che questa sia la tendenza in atto è osservato ad es. da S. Moccia, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1093; L. Goodmark, *Decriminalizing Domestic Violence. A Balanced Policy Approach to Intimate Partner Violence*, University of California Press, Oakland, 2018, p. 32

potrebbe sempre venire a fare della forza pubblica e del diritto penale (come la storia ci ha insegnato). Un'idea non sbagliata, ma di certo parziale. È indubbio, invero, che la tutela accordata ai singoli, lungi dall'aver portato solo "buoni frutti", abbia finito anche per dar vita a risvolti negativi che forse apparivano non facilmente preventivabili quando si decise di mettere "nero su bianco" un inventario di diritti umani necessariamente bisognosi di tutela. La Corte EDU, in effetti, nei non molti anni che ci separano dalla sua istituzione, ha progressivamente sviluppato una massiccia giurisprudenza avente quale unico scopo quello di demandare ai singoli Stati il compito di criminalizzare, perseguire e punire con sempre maggior nitore e ampiezza le violazioni dei diritti umani ritenute più rilevanti, evitando il più possibile d'indulgere in atti di "clemenza" (come leggi di depenalizzazione e amnistie). Il risultato è sotto gli occhi di tutti: «l'emergere di una giurisprudenza votata ad una "disciplina coercitiva sui diritti umani", in cui diritti e libertà umanizzano e rafforzano allo stesso tempo le pratiche penali dello Stato»⁷.

A livello europeo e convenzionale, in effetti, spesso si tende a rappresentare la mobilitazione del diritto penale come un imprescindibile presidio da approntare a tutela dei diritti umani. Un approccio, questo, che ha finito inevitabilmente per promuovere nei singoli Stati membri: a) da un lato una "cultura della condanna", dove la sottoposizione a pena dell'agente viene sovente vista come un fine che lo Stato dovrebbe perseguire "costi quel che costi"⁸; b) dall'altro, una visione del diritto penale in cui il vittimocentrismo (di marca populistica) è ormai divenuto imperante; in cui quasi sempre si sceglie di portare sul proscenio la sola vittima, distorcendo le sue necessità e declassando gli altri attori del conflitto aperto dall'illecito ad anime prave che sarebbe lecito venire a punire sempre e comunque, potenzialmente anche in maniera del tutto arbitraria e sproporzionata⁹.

Una lettura che non si sa se sia più rozza o miope: da un lato si colpiscono con i «guanti di legno del diritto penale»¹⁰ molte azioni che «i veri caratteri di delitto non avrebbero e avverso le quali i padri nostri si appagarono di altri modi di prevenzione»¹¹;

⁷ Così M. Pinto, *Sowing a 'Culture of Conviction'. What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?*, in L. Lavrysen, N. Mavronicola (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 162.

⁸ Per l'idea che la tutela accordata ai "diritti umani" possa incoraggiare una "Culture of Conviction", cfr., nel quadro della Corte interamericana, F. Mégret, J.P. Calderón, *The Move towards a Victim-Centred Concept of Criminal Law and the "Criminalization" of Inter-American Human Rights Law: A Case of Human Rights Law Devouring itself*, in Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano-Herrera (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights Theory and Practice, Present and Future*, Intersentia, Cambridge-Brussels, 2015, pp. 438 ss.

⁹ Cfr. C. Bernasconi, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo*, in *disCrimen*, 12 marzo 2022, pp. 5 ss. e 17 ss.; D. Benito Sánchez, *Evidencia*, cit., p. 165.

¹⁰ Così R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. BT*, I ed., Darmstadt, Hannover, 1952, p. 100

¹¹ Si v. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte*

dall'altro si oblitera (o si finge in ogni caso di non voler vedere) che il diritto penale ci coinvolge davvero tutti, ancor prima che come vittime, come suoi autori potenziali¹².

Il fatto che assai spesso il principio di *ultima ratio* (per le più svariate ragioni) non sia stato rispettato dal legislatore, però, non dovrebbe certo portare a credere che sia giunto ormai il momento di arrendersi alle frequenti “prassi devianti” degli organi politici o all’atteggiamento deferente che la giurisprudenza costituzionale dei singoli Stati ha sempre adottato in materia, rendendo l’*ultima ratio* un principio alquanto sterile, di cui difficilmente si sarebbe potuta validamente lamentare la violazione¹³. Al contrario, proprio l’“endemico” mancato ossequio prestato al principio di *ultima ratio* dovrebbe spingere ad interrogarsi sempre più in merito alla possibilità e opportunità di venir a rileggere finalmente le sue garanzie e i suoi limiti in un’ottica di “diritto penale costituzionale”, rendendo lo stesso un principio dimostrativo realmente giustiziabile, e non già di mera “etica legislativa” (l’orientamento del diritto penale alla Costituzione, in effetti, pur non potendo in questo caso rappresentare una “formula magica”, in grado di far scomparire automaticamente ogni problema, sembra perlomeno offrire il vantaggio, rispetto alla classica formulazione delle tesi riguardanti l’*ultima ratio* sotto i postulati del diritto naturale, di avere la capacità politica di vincolare in modo più intenso sia il giudice che il legislatore)¹⁴.

3. Da noi – come in molti altri ordinamenti – la scelta più frequentemente percorsa dal legislatore nelle ultime decadi, come detto, è stata quella dell’introduzione di nuovi reati, scartando a priori la possibilità di tutelare validamente beni giuridici tramite le sanzioni approntate dagli altri rami del diritto, e in particolar modo dal diritto civile.

Ciò è accaduto verosimilmente nella convinzione che il *quisque de populo* pensi che ogni fatto non criminalizzato si possa liberamente commettere (magari «pagando un qualche prezzo»)¹⁵ e che, laddove manchi la tutela penale, gli strumenti approntati

*generale*⁵, vol. I, Giusti, Lucca, 1877, p. 46.

¹² Cfr. M. Donini, *Chi è senza reato scagli la prima pietra*, in *Il Riformista*, 30 dicembre 2021.

¹³ Cfr. M. Donini, *Principios constitucionales y sistema penal*, in *Revista General de Derecho penal*, 13, 2010, p. 13; I. Appel, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 99, 100, 142, 143, 178, 182, 407, 409, 415, 416, 540; M. Jahn, D. Brodowski, *Krise*, cit., p. 969; J.A. Lascaraín Sánchez, *¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional*, in *InDret*, 3, 2012, *passim*.

¹⁴ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Buenos Aires, 2018, p. 42; M. Jahn, D. Brodowski, *Krise*, cit., p. 970; L. Greco, *Verfassungskonformes oder legitimer Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in B. Brunhöber, K. Höffler, J. Kaspar, T. Reinbacher, M. Vormbaum (a cura di), *Strafrecht und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 17, 18 e 20; F. García de la Torre García, *Crisis del principio penal de ultima ratio. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho penal?*, in *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 1, 2021, pp. 139 ss.

¹⁵ Cfr. M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Mucchi, Modena, 2014, p. 29.

dagli altri rami del diritto – in special modo se parliamo del diritto civile – dovrebbero per ciò solo, già in via di principio, ritenersi insufficienti.

Si tratta di un giudizio sintetico che esprime un comune modo di sentire nel nostro Paese (e anche fuori dall'Italia, per quanto con diverse declinazioni). Un giudizio che deve verosimilmente molto alle riflessioni sviluppate anni or sono da J.C. Coffee, il quale, davanti all'inusitata espansione della legislazione penale nordamericana, nel tentativo di tracciare un'ideale linea di demarcazione tra penale "vero" e diritto sanzionatorio extrapenale, giunse alla conclusione che la distinzione stesse sostanzialmente nel fatto che il diritto penale fissa sempre divieti assoluti, proibizioni, mentre gli altri rami (tra cui ovviamente anche quello civile) dettano precetti che hanno più che altro il valore di oneri, sicché si può sempre pagare il "prezzo" di una sanzione e violarli liberamente, mettendo in conto il costo della loro inosservanza¹⁶. Un giudizio che risulta inoltre centrato su una non «esaltante» visione cinico-utilitarista della società odierna, in cui ogni individuo, «per capire che cosa è il diritto», guarderebbe sempre e solo a «quali conseguenze comporti la sua violazione, dato che "in coscienza" il diritto non» lo obbligherebbe affatto¹⁷; in breve, sulla classica lettura data dal giudice O.W. Holmes dell'essere umano, ossia quella del "*bad man*" abituato a non distinguere tra sanzione e tassa, nel suo realismo utilitarista che guarda alle sole conseguenze delle proprie azioni¹⁸.

Sarà forse l'ottimismo speranzoso della gioventù, ma crediamo che questa visione disillusa possa in realtà rivelarsi oggi meno precisa di quanto potrebbe a prima vista apparire. Non perché si creda, secondo l'insegnamento Leibniziano, che quello in cui viviamo sia "il migliore dei mondi possibili". Non siamo di certo il Candido di Voltaire e sappiamo bene quanto di vero ci sia nella risalente constatazione che «dal legno storto dell'umanità non si è mai cavata una cosa dritta»¹⁹. Quel che crediamo, più semplicemente, è che a far apparire il diritto civile un'inadeguata alternativa di tutela, in realtà, abbia più di ogni altra cosa contribuito (giacché tutte le precedenti considerazioni sembrano potersi ricondurre a ciò) lo statuto meramente compensativo assegnato alla R.C., che è intervenuto a depurare la stessa da ogni funzione diversa da quella più strettamente riparatoria, votando le sue sanzioni al mero ripristino dello *status quo ante*.

Infatti, è proprio da questa funzione attribuita alla R.C. che si è potuta ricavare la vera argomentazione della ritenuta insufficienza del diritto civile a tutelare le vittime

¹⁶ J.C. Coffee, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - And What Can Be Done About It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, pp. 1875 ss. e 1882 ss.

¹⁷ Cfr. M. Donini, *Il diritto penale come etica*, cit., p. 28.

¹⁸ Cfr. O.W. Holmes, *La via del diritto*, in Id., *Opinioni dissenzienti (trad. it. a cura di C. Geraci)*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 255 ss.

¹⁹ Si tratta della famosa frase di Kant, ampiamente commentata da I. Berlin, *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee (trad. it. a cura di H. Hardy)*, Adelphi, Milano, 1994, pp. 38 ss., 77 ss.

attuali e future dei fatti illeciti (quella che, perlomeno, sembra dotata di una consistenza più giuridica), ossia l'asseritamente limitata cogenza e capacità punitivo-deterrente delle sue sanzioni. Quale potere insidioso e terribile dello Stato, da limitare ai soli casi di "stretta necessità", il diritto penale, invero, non avrebbe di certo – qualora i rimedi civilistici fossero stati considerati altrettanto efficienti nella prevenzione degli illeciti – potuto essere "sbandierato" come un "valido" spauracchio, come uno strumento di tutela vieppiù promozionale di beni-valori che ben avrebbero invece potuto salvaguardarsi altrimenti.

4. Alla R.C., come si sa, è sempre stato – almeno a partire da un certo momento storico – affibbiato il compito preminente di ristorare la vittima dal danno patito. È stata in particolare la Seconda Scolastica ad aver per prima ricostruito organicamente la R.C. sulle fondamenta aristoteliche della giustizia commutativa, ovvero sul principio che impone a chi abbia cagionato un danno di ristabilire lo *status quo ante*, rimediando alle conseguenze pregiudizievoli della propria condotta²⁰. Una lettura che ha attraversato indenne i secoli, portando progressivamente a fare della reintegrazione (o compensazione) la finalità centrale (se non addirittura esclusiva) dell'istituto, con conseguente emarginazione di tutte le altre possibili funzioni allo stesso assegnabili.

Dalla natura preminentemente compensativa accordata al rimedio aquiliano è stata poi ricavata, quale precipitato diretto, la regola della c.d. riparazione integrale, in virtù della quale il danneggiato dovrebbe in linea di massima ricevere dal responsabile dell'illecito nulla di meno e nulla di più di ciò di cui l'illecito lo ha privato²¹. A questa regola si associano poi, come suoi portati: a) l'impossibilità di venire a obbligare il convenuto – quali che siano la crudeltà delle sue azioni o i profitti ritratti dall'illecito – al pagamento di una somma eccedente l'entità del pregiudizio arrecato; b) l'irrelevanza, nei giudizi fondati sulla colpa dell'agente, dell'eventuale divario ravvisabile fra la lievità delle mancanze addebitabili al medesimo e la gravità degli effetti prodotti²².

Ora, è evidente che se scopo ultimo del diritto civile fosse realmente solo quello di ripristinare la situazione preesistente, come la prevalente dottrina civilistica non ha mancato di predicare per oltre tredici secoli, ben difficilmente tale ramo del diritto potrebbe assolvere appieno a quelle funzioni che sono state tradizionalmente assegnate al diritto penale: punire il reo per il male commesso, prevenire la commissione di

²⁰ Cfr. H. Thieme, *Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?*, in P. Grossi (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 7 ss. e 14-21; J. Gordley, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in G. Owen (a cura di), *Philosophical Foundation of Tort Law*, Oxford UP, New York, 1995, 131 ss.

²¹ Cfr. G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, *Colpa extra-contrattuale*, II ed., F.lli Bocca, Torino, 1906, p. 362; C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 30.

²² In proposito si v., per tutti, M. Bussani, *L'illecito civile*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, V.1, Esi, Napoli, 2020, p. 126.

ulteriori condotte analoghe da parte della collettività, rieducare l'autore del reato e/o indurlo, comunque, ad un comportamento più osservante in futuro.

Sotto gli occhi di tutti, in effetti, sono i *deficit* in termini di effettività che uno statuto della R.C. realmente incentrato sulla mera compensazione può presentare, e che senz'altro potrebbero rendere lo stesso un invalido strumento di prevenzione degli illeciti. Si pensi, solo per citarne alcuni, ai casi in cui la condotta leda in modo significativo un bene giuridico di speciale rilievo (ad es. un diritto inviolabile della persona), senza però innescare alcuna vicenda produttiva di danno²³. Si pensi, poi, a quelle fattispecie in cui ci si confronta con violazioni non produttive di depauperamenti patrimoniali²⁴ o con illeciti dolosi e lucrativi che consentono all'autore dell'illecito di trattenere per sé una parte del profitto ingiustamente ottenuto all'esito del risarcimento integrale del danno causato alla vittima²⁵. In tutti questi casi il rimedio approntato dal diritto civile risulterebbe a dir poco ineffettivo²⁶. Aderendo a una simile riduttiva visione della R.C., l'inutilizzabilità degli strumenti messi in campo dal diritto civile per colmare i "vuoti di tutela" eventualmente lasciati dal doveroso ritrarsi del diritto penale in una logica di *extrema ratio* ne uscirebbe automaticamente confermata²⁷.

5. Senonché, il mito della "R.C. compensativa", sopravvissuto sino ai giorni nostri, come molti di quei concetti che hanno sedimentato troppo a lungo nella storia delle idee, sembrerebbe ormai esser divenuto soltanto l'ennesimo *idòla theatri*. Affermato come un dogma, ma ripetutamente sconfessato nella prassi, ad una più attenta considerazione esso rivela ormai tutte le sue inevitabili criticità.

Al di là delle molte ragioni pratiche che potrebbero giustificare la necessità di

²³ Ad es. si potrebbe citare la vicenda decisa dalla Corte d'Appello dell'Ontario, sent. *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241, in cui Winnie Tsige, dipendente di banca, approfittando della propria posizione lavorativa, effettuò ben 174 accessi sul conto corrente della collega Sandra Jones, raccogliendo, in tal modo, dati personali ed economici riguardanti la stessa, senza peraltro mai far uso o diffondere le informazioni illecitamente acquisite.

²⁴ Cfr. C. De Menech, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Cedam, Padova, 2019, p. 36.

²⁵ Cfr. R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Utet, Torino, 1959, p. 114; G. Spoto, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2018, pp. 489 ss.; A. Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 60 ss.

²⁶ D'altro canto, anche tra gli autori contrari ad approntare forme di risarcimento ultra-compensative si riconosce che «vi sono campi, come quelli della disciplina *antitrust* o della difesa dei consumatori nelle relazioni di mercato [...] nei quali gli illeciti sono frequenti ma la» R.C. «non sempre appare in grado di porvi rimedio o [...] di spingere ad evitarli» [M. Barcellona, *La responsabilità civile*, in S. Mazzamuto (diretto da), *Trattato del Diritto Privato*, vol. VI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, p. 435].

²⁷ Cfr. B. Schünemann, *Rechtgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstat*, in von A. von Hisrch, K. Seelmann, W. Wohlers (a cura di) *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 25 ss.

risarcimenti ultra-compensativi e che hanno già spinto una parte significativa della più recente dottrina civilistica (come pure della giurisprudenza) a patrocinare visioni polifunzionali della R.C., guardando con attrattiva anche alla funzione deterrente di quest'ultima e al modello anglosassone dei *punitive damages*²⁸, è infatti certo che «la tensione riparatoria, a dispetto della proclamata centralità della funzione compensativa e della saldezza dei suoi corollari, non» sembri, «da sé sola», più in grado di «spiegare la totalità dei fenomeni raccolti» oggigiorno «sotto l'ombrello» della R.C.²⁹.

Le ragioni sono molteplici e ovviamente non è qui possibile esaminarle tutte. Volendo provare ad elencarne almeno alcune, potremmo *in primis* menzionare il fatto che se tale finalità fosse veramente il motore unico del processo aquiliano, essa dovrebbe attivarsi ogniqualvolta si verifici un danno ingiusto, mentre ciò sovente non accade, essendovi numerose limitazioni legislative che fissano la riparazione ad un livello più basso rispetto all'effettivo pregiudizio subito dalla vittima³⁰.

Inoltre, è anche certo che far ruotare i rimedi extracontrattuali soltanto attorno alla reintegrazione della posizione della vittima aprirebbe insanabili contraddizioni con tutta l'area attuale della R.C. per colpa, giacché se la R.C. fosse davvero solo finalizzata alla “compensazione” sarebbe assai più opportuno per la stessa prescindere sempre e comunque dalla valutazione di qualsiasi profilo di carattere soggettivo attinente alla condotta del danneggiante³¹.

Infine, bisogna necessariamente tener conto del fatto che già esistono numerose figure sanzionatorie tipizzate in cui la quantificazione della prestazione pecuniaria dovuta dall'autore dell'illecito – ora rimessa completamente all'equità giudiziaria (ad es. art. 96, co. 3, c.p.c., e più in generale la liquidazione del danno non patrimoniale), ora forfettizzata *ex ante* dalla legge (ad es. art. 129-bis c.c.; art. 3, co. 3, l. n. 198/1992; art. 3, l. m. 386/1990; art. 7 Reg. 261/2004/Ce), ora legata a parametri che comunque

²⁸ A favore dell'accentuazione delle potenzialità sanzionatorie della R.C., oltre a Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 1, 2018, c. 2054 ss. (con nota di C. Salvi, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*), v. E. del Prato, *Conclusioni. Spigolature sul risarcimento punitivo*, in U. Perfetti (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 297 e gli autori citati da M. Bussani, *L'illecito*, cit., p. 141, nt. 483. Per l'osservazione che «l'antica scelta “positiva”» di assegnare alla R.C. una funzione meramente riparatoria del danno sofferto «non sembra compatibile con l'attuale quadro assiologico dell'ordinamento civile» e, «anzi, essa rappresenta un freno – da rimuovere – per l'enforcement dei diritti», cfr. poi le riflessioni di A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., p. 75; F. Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013, p. 49, nt. 95.

²⁹ Come avverte M. Bussani, *L'illecito*, cit., pp. 130 ss.

³⁰ Cfr. G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in P. Sirena (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 319 e 326; C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 12, 1983, pp. 129 ss.; M. Bussani, *L'illecito*, cit., pp. 128.

³¹ Per tutti si v. C. Maiorca, voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 557.

nulla hanno a che vedere con l'entità della compromissione dei beni del leso (ad es. art. 12 l. 47/1948, art. 4 d.l. n. 259/2006) – non risulta perfettamente parametrata all'entità del nocimento arrecato con l'illecito, finendo così per non riflettere affatto l'asserita vocazione meramente “riparatoria” e “compensativa” della R.C.³².

Certo, la dottrina ha spesso mostrato una decisa riluttanza ad ammettere la natura punitiva di queste figure, come pure la loro capacità d'imprimere un mutamento genetico-funzionale al complessivo sistema della R.C. Alle stesse, in effetti, si è spesso attribuita la consistenza di misure: a) non punitive³³; b) sanzionatorie e deterrenti, ma non risarcitorie ed estranee, quindi, all'area della R.C.³⁴. Un atteggiamento derivante dall'errato metodo d'indagine seguito, che in maniera non del tutto condivisibile ha spinto o a trincerarsi dietro preconcepite convinzioni in merito a cosa debba intendersi per “risarcimento”, oppure, ancor peggio, ad esplorare «l'area posta al di là dei confini del sistema della» R.C. «avvalendosi» quasi soltanto «della lente» d'ingrandimento del diritto penale», ossia compiendo «un aprioristico» e «arbitrario richiamo a concetti validi» all'interno di quest'ultimo ramo del diritto soltanto quali unici termini di paragone per valutare la finalità punitiva di una data conseguenza giuridica³⁵, conseguentemente escludendola tutte le volte in cui non si fosse data la presenza di tutti i contrassegni tipici della pena criminale.

Senonché, l'estremo tentativo dottrinale di spingere fuori dall'area della R.C. queste varieguate ipotesi di “risarcimenti” punitivi e deterrenti, in quanto ritenuti non perfettamente sovrapponibili al risarcimento vero e proprio, non risulta particolarmente convincente: a) in primo luogo, perché ritenere che il risarcimento e la R.C. in genere debbano necessariamente compensare e basta sembra una conclusione aprioristica e non strettamente necessitata (si vorrebbe dire, cadendo verosimilmente in un circolo ermeneutico vizioso, che la R.C. compensa perché il risarcimento non può che essere compensativo e che il risarcimento è meramente compensativo perché la R.C. non può che compensare, ma entrambe le premesse sembrano indimostrate e risultano il frutto di una libera scelta, non di qualità immanenti a questi istituti, dal momento che né il concetto di risarcimento né la R.C. sono entità fisse e precostituite *in rerum natura*); b) in secondo luogo, poiché dalla premessa che tutte le prestazioni sanzionatorie ravvisabili in diritto civile non potrebbero comunque considerarsi risarcimenti (perché

³² Per un inventario di fattispecie non votate alla mera “compensazione”, cfr. C. De Menech, *Le prestazioni*, cit., pp. 144 ss.; A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., pp. 52 e 191 ss.; M. Bussani, *L'illecito*, cit., §§ 60-61.2, 65-67, 83.3, 87-91; P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 1974, pp. 21-29.

³³ Così, ad es., S. Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 968 ss., arriva a negare la natura punitiva della disposizione da lui commentata in ragione del fatto che la fattispecie non rispetta l'art. 25, co. 2, Cost., e non prevede neppure il «dolo o [...] un fatto psicologico equipollente» come elemento costitutivo.

³⁴ Cfr. C. Granelli, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2014, pp. 1760.

³⁵ Critico su tale metodica d'indagine, anche A. Marini, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984, p. 23.

il risarcimento sarebbe ontologicamente privo di componenti afflittive), non sembra possa automaticamente ricavarsi come conseguenza necessaria l'estraneità di queste figure all'area della R.C.³⁶.

Relativamente invece all'affermata natura non punitiva di molte ipotesi sanzionatorie ravvisabili nel sistema della R.C., essa sembra rappresentare soltanto il frutto di un'errata metodica d'analisi, giacché è alla teoria generale – e non al diritto penale – che spetta «lo studio concettuale del diritto, volto ad individuare i concetti puri»³⁷ di cui il giurista si avvale, volta per volta, nello studio della propria branca di interesse. Partire dalla premessa per cui avrebbero funzione punitiva solo le sanzioni in grado di ripetere integralmente le caratteristiche della sanzione penale (come si è talora opinato), porterebbe inevitabilmente a dover negare la possibilità stessa di assegnare una qualsivoglia dimensione punitiva al diritto privato (o ad altro ramo del diritto), con un risultato che verrebbe ricavato ancora una volta aprioristicamente, e non già in via interpretativa, desumendolo dalla struttura realmente recata dalle fattispecie ravvisabili all'interno del sistema della R.C.

Ragion per cui, di fronte alla difficoltà di rinvenire in via diretta nel sistema del diritto privato gli schemi concettuali idonei a spiegare agevolmente la *ratio* di alcune sanzioni in esso riscontrabili, di certo preferibile sarebbe avvalersi del sapere neutro della teoria generale, anziché prendere in prestito gli schemi concettuali che sono propri di altri specifici settori disciplinari. Ci si potrebbe così convincere del fatto che almeno alcune delle reazioni approntate dal diritto civile, anche se non sono vere e proprie “pene” (o si ritengono non riportabili pienamente alla nozione classica di “risarcimento”), senz'altro hanno l'attitudine di punire l'agente e appartengono di diritto al sistema della R.C., contribuendo ad annettere a quest'ultimo anche funzioni diverse dalla mera “compensazione”.

Anche perché continuare a professare l'estraneità del meccanismo tipico della “punizione” al sistema della R.C. (sol perché le figure ivi ravvisabili non rispondono del tutto ai requisiti della pena criminale o si ritengono estranee alla tradizionale concezione che si ha del “risarcimento”) non sembra avere molto senso, quando, guardando al diritto applicato, alla *law in action*, ci si avvede immediatamente del fatto che la giurisprudenza, al di là delle declamazioni formali ancora oggi (in parte) orientate a favore dell'asserita impossibilità di venir ad imprimere una curvatura sanzionatoria alla stessa (quantomeno al di fuori delle “speciali” fattispecie ultra-compensative menzionate), frequentemente finisce per punire eccome il danneggiante, occultando tale esito dietro massime mentitorie o percorsi argomentativi volutamente

³⁶ Cfr. M. Dellacasa, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili; un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4, 2017, pp. 1142 ss. e 1150-1151.

³⁷ Così G. Tarello, *Filosofia del diritto*, in S. Cassese (a cura di), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 58.

involuti e contorti³⁸.

Si tratta di una tendenza volta a «nascondere o criptare il vero statuto della R.C., e in particolare gli scopi e la *policy* sottesi al giudizio risarcitorio» realmente ritenuti prevalenti dai giudici, che reca con sé il pericolo d'incrinare «fortemente l'esigenza di certezza del diritto, nonché quella di controllo, anche democratico, sulla razionalità delle decisioni». Affidando «la sanzione delle condotte più odiose e delle sfumature di dolo più sfacciate e deplorevoli alla sensibilità del singolo magistrato, e alla di lui capacità argomentativa di rendere tale punizione coerente con gli antichi dogmi», invero, «si rischia di rendere al sistema – e alla sua coerenza – un ufficio peggiore di quello che pur, in tesi, si vorrebbe evitare, ove si ammettesse esplicitamente una componente sanzionatoria (di *default*) nel giudizio risarcitorio».

La giurisprudenza è palesemente già convinta della necessità di dover accordare al diritto civile funzioni sanzionatorie e deterrenti, ma nella ritenuta esigenza di dover far passare tale convincimento in un sistema complessivamente animato da opinioni contrarie, essa si trova costretta ad “agire nell'ombra”, redigendo massime “ingannevoli” e rendendo impossibile al convenuto e ai consociati quel controllo sulla razionalità delle decisioni, pur nel ridotto spazio operativo ad oggi concesso dall'art. 360, n. 5, c.p.c., che sarebbe invece doveroso garantire³⁹.

Stando così le cose, perciò, vien naturale di chiedersi se non sia arrivato il momento di abbandonare del tutto il tralatizio dogma della natura meramente compensativa della R.C., giacché esso sembra non avere più un effettivo riscontro nel mondo reale e non si vede quale sia l'utilità – anche sistematica e dogmatica – di conservare una simile narrazione giuridica del rimedio risarcitorio, oramai a tal punto scollata dalla realtà da poter risultare finanche un po' ipocrita⁴⁰.

6. In virtù del permanente ossequio prestato da una parte considerevole della dottrina e giurisprudenza (almeno formalmente) all'immaginifica visione della “R.C. compensativa” e della situazione di panpenalizzazione in cui versa, al contrario, l'attiguo sistema penale, ci troviamo in una realtà in cui ormai nessuno dei due plessi ordinamentali sembra più in grado di assolvere alle sue funzioni elettive: a) il diritto civile in quanto “nemmeno ci vuole provare”, ancorandosi a riduzionistiche e inefficaci

³⁸ Già P. Cendon, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 890, aveva avuto modo di far emergere alcuni «inganni» della giurisprudenza.

³⁹ Cfr. per le citazioni A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., pp. 62 e 78-88 (anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali).

⁴⁰ Cfr. il pensiero di Calabresi riportato da N. Brutti, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2015, p. 34: «bisogna sempre rapportarsi al mondo reale, non si può pensare, se le condizioni reali differiscono rispetto alla teoria, che sia il mondo ad essere folle»; v. anche G. Iorio, *Corso di diritto privato*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 403 ss., 603 ss., 786 ss., che insegna alla *cupidae legum iuventuti* che la R.C. assolve una pluralità di funzioni e che molte grandi narrazioni civilistiche oggi non sono più idonee a descrivere compiutamente la realtà.

concezioni della R.C.⁴¹; b) il diritto penale, invece, perché “ci vuole provare troppo”, ma penalizzando a dismisura anche fattispecie che non abbisognerebbero di “entrare nelle sue grazie”, fallisce miseramente nel compito di accordare una tutela davvero effettiva pure a quelle poche ipotesi che realmente avrebbero bisogno di ricadere sotto i suoi rigori. Non a caso, se la letteratura penalistica, tradizionalmente, ad ogni piè sospinto, non ha mancato di denunciare l’irragionevolezza dell’uso smodato che è stato fatto del diritto penale, non stupisce che anche la dottrina civilistica abbia ormai iniziato a mettere in discussione la tenuta costituzionale del sistema aquiliano, in quanto anch’esso, ove letto attraverso le lenti della sola “compensazione”, sembra fornire risposte sproporzionate (soprattutto per difetto) ai fatti illeciti di sua pertinenza⁴².

A fronte di questa situazione di “cortocircuito” sistematico, v’è da chiedersi se non sia perciò arrivato il momento di operare un doveroso *rearrangement* tra “penale” e “civile”, sfruttando magari il ravvisato «chiasmo funzionale»⁴³ che va delineandosi negli ultimi anni (a livello teorico e legislativo) tra le sanzioni approntate da questi due rami del diritto (anche nel penale, infatti, inizia ad emergere la “riparazione”)⁴⁴, per restituire finalmente efficienza, equità e giustizia a un sistema che, considerato unitariamente⁴⁵, negli ultimi anni ha faticato non poco nell’assolvere ai propri compiti

⁴¹ Come osserva G. Calabresi, *The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages*, in M. Stuart Madden (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge UP, Cambridge, 2005, p. 334, il “riduzionismo” è un veleno per il diritto civile, e più in particolare per la *tort law* (non così, ovviamente, per il penale).

⁴² Si v. A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., pp. 76-77.

⁴³ Di cui parla F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, ETS, Firenze, 2019, p. 189.

⁴⁴ Come osserva G. Martiello, “Civile” e “penale”: una dicotomia sanzionatoria davvero superata? *Overrosia, quando il risarcimento del danno vuole “punire” il reo*, in *Criminalia*, 2017, p. 355, «se la riparazione del danno si pone come condotta antagonista che effettivamente è in grado di compensare il disvalore espresso da una certa fattispecie criminosa [...] allora non si dovrebbe avvertire alcuna difficoltà a ritenere appropriata quale sanzione del comportamento illecito direttamente la riparazione privatistica dell’offesa o poco più».

⁴⁵ Come ammonisce A. Lasso, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 28-30, la dicotomia tra “pubblico” e “privato” andrebbe «rimeditata, alla luce dei bisogni nuovi di una realtà» che spinge sempre più verso il «superamento di distinzioni rigide e inadeguate rispetto alla preminente esigenza di unitarietà dell’ordinamento». Sul punto v. poi P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, 1, pp. 455 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 20 ss. e 188 ss. Di quest’ultimo vanno in particolar modo ricordate le considerazioni sviluppate in merito alla necessità di superare visioni atomistiche del diritto pubblico e privato e di cercare di affrancarsi il più possibile dall’idea che la tutela della persona umana debba per forza di cose passare per la disciplina penale, essendo invece l’ordinamento giuridico nel suo complesso, alla luce dei valori sui quali si fonda, a dover approntare gli opportuni presidi [Id., *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, pp. 10-12]. Come lo stesso ha osservato [Id., *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, in Id., *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2006, pp. 167 ss. e spec. 179], invero, dalla «considerazione della Carta costituzionale come struttura portante del vigente ordinamento» sembra discendere un sistema «caratterizzato da prospettive assiologiche unitarie per il diritto civile e penale».

istituzionali.

Anche perché le evoluzioni registratesi in materia di R.C. potrebbero rendere il diritto civile uno strumento di prevenzione e orientamento assai meno insoddisfacente di quanto è stato sinora ritenuto⁴⁶, nonché uno strumento in grado di favorire lo sviluppo di un'identità socioculturale attorno a valori minimi condivisi, senza per questo dover drammatizzare il rapporto tra Stato e società civile a favore delle leggi più autoritarie dell'ordinamento⁴⁷, che è ciò che accade, invece, quando s'identifica l'etica pubblica con il diritto penale, facendo di quest'ultimo uno strumento anomalo di pedagogia coatta, nonché la prima e unica *ratio* di tutela dell'ordinamento.

Venendo a “potenziare” funzionalmente la R.C., così da restituire finalmente al diritto penale i suoi imprescindibili caratteri di frammentarietà e *ultima ratio*, si potrebbe in effetti raggiungere un più equo sistema di reazione ai torti (penali e civili), dove il diritto penale non reprima più del dovuto e il diritto civile appronti misure efficaci e dissuasive a tutela dei fatti ritenuti non bisognosi di pena, come da sempre auspicato da parte di alcuni interpreti⁴⁸.

Bisognerà verificare strada facendo la fattibilità di una simile operazione, ma di certo i tempi sembrano maturi per poter svolgere riflessioni non più fuorviate dal preconconcetto di dover prestare necessariamente ossequio al dogma della natura meramente compensativa della R.C. Ed è questo un presupposto a dir poco essenziale

⁴⁶Alcune recenti indagini empiriche – effettuate in ordinamenti in cui la disponibilità di danni punitivi ha incentivato all'azione molti cittadini – hanno consentito di porre in evidenza la netta prevalenza, in termini di efficacia deterrente, che l'*enforcement* privato può presentare, specie se riletto in senso più “punitivo”, rispetto al tradizionale *enforcement* penale e amministrativo [R.H. Lande, J.P. Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrusts Laws*, in *Brigham Young University Law Review*, 2011, pp. 315 ss.; S.J. Choi, A.C. Pritchard, *SEC Investigations and Securities Class Actions: An empirical Comparison*, in *J. Empirical Legal Stud.*, 13, 2016, pp. 27-49; C.R. Albiston, L. Nielsen, *The Procedural Attack on Civil Rights: The Empirical Reality of Buckhannon for the Private Attorney General*, in *UCLA L. Rev.*, 54, 2007, pp. 1087 ss.].

⁴⁷La «responsabilità civile può» infatti assumere su di sé anche compiti organizzativi e «di “controllo” delle dinamiche sociali, soprattutto quando si propone di disincentivare comportamenti difformi rispetto ai canoni posti alla base della civile convivenza» [A. Lasso, *Riparazione*, cit., p. 28], inducendo i consociati a «strutturarsi da sé, così da evitare di trovarsi a pagare dei danni in conseguenza del loro comportamento» [sulla R.C. come strumento di organizzazione e controllo cfr. già P.G. Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 1999, p. 9; R. Di Raimo, *Note minime su responsabilità civile e funzione di “costruzione del sistema”*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, pp. 111 ss.; F. Quarta, *Risarcimento*, cit., pp. 17 ss.]. Da un «punto di vista di politica del diritto» è poi certo che anche «il risarcimento dei singoli beni giuridici integra un messaggio simbolico-educativo e di denuncia»; «un chiaro monito ai trasgressori potenziali circa il reale valore» di talune «prerogative» [A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., p. 100].

⁴⁸Cfr. F. Bricola, *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984; Id., *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 27 ss. (ove si proponeva di risolvere i problemi legati all’inflazione penalistica proprio tramite un *revival* della pena privata); C. Masieri, *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione civile pecuniaria”*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2015, pp. 8 ss.

se si spera di perfezionare in futuro efficaci strategie di contrasto a problemi che col tempo sembrano esser divenuti pressoché insormontabili.

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data
31 dicembre 2022
dall'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi giuridici ed economici
del Mediterraneo: società, ambiente, culture"
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e messo in linea sul sito
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni>
digitali ed è composto di 371 pagine.

ISBN 9788894665130