



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di dottorato in studi giuridici Comparati ed Europei

XXVI Ciclo

Tesi di Dottorato

La riscoperta del diritto civile nell'ottica della strategia differenziata di lotta al crimine

Relatore

Prof. Gabriele Fornasari

Dottorando

Elisa Garzon

Anno accademico 2015 - 2016



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Elisa Garzon

La riscoperta del diritto civile nell'ottica della strategia differenziata di lotta al crimine

Relatore: Prof. Gabriele Fornasari

Anno accademico 2015 - 2016

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale

XXVI ciclo

Esame finale: 17/03/2016

Commissione esaminatrice:

Prof. Anna Maria Maugeri, Università di Catania

Prof. Fabio Basile, Università di Milano

Prof. Riccardo Borsari, Università di Padova

Al mio Professore

“Mi sembra che ancora oggi debba valere l’insegnamento per cui il diritto penale, strumento che tende ad essere disumano nel suo necessario irrogare “sofferenza”, deve essere utilizzato a tutti i livelli chiave selettiva, là dove nessun altro strumento si rivela utile a riparare oggettivamente[...].”

(Gabriele Fornasari, Giustizia di transizione e diritto penale)

INDICE

CAPITOLO 1 CIVILE E PENALE NELLA PRODUZIONE DI GIUSTIZIA

1.1.	Limiti all'intervento penale	1
1.1.1.	L'uso inflazionato dello strumento penale	2
1.1.2.	L'anti-economicità della pena	4
1.2.	La possibilità di un rimedio alternativo alla pena	6
1.3.	Può esserci uno spazio per la "pena" nel diritto civile?	8
1.3.1.	Le pene private	11
1.4.	Funzione deterrente della responsabilità civile	14
1.4.1.	La posizione della giurisprudenza	15
1.5.	Evoluzioni del diritto penale	26
1.6.	Funzione compensativa della responsabilità civile – profilo economico	28
1.7.	Il piano di ricerca	30

CAPITOLO 2 IL DOLO NEL DIRITTO CIVILE: UN RUOLO POSSIBILE?

2.1.	Gli illeciti di dolo e la funzione preventiva	35
2.2.	Una idea comune	41
2.3.	La visione tradizionale	47
2.4.	La genesi dell'art. 2043 c.c. e del c.d. principio di equivalenza	50
2.5.	Uno sguardo al diritto comparato	52
2.6.	L'utilità di un'autonomia del dolo	58
2.7.	Il dolo e l'analisi economica del diritto	63
2.8.	L'applicabilità dell'art. 43 c.p. al "dolo civile"	66
2.9.	Il dolo ed il nesso causale	70
2.10.	Conclusioni	73

CAPITOLO 3 IL SISTEMA DELL'ILLECITO CIVILE E LA SCELTA RAZIONALE DELL'AGENTE

3.1.	Premessa	77
3.2.	Gli illeciti di dolo nella tradizione	80
3.3.	Gli illeciti endofamiliari	84
3.4.	Giurisprudenza di merito e illeciti endofamiliari	88
3.5.	L'arresto della Corte di Cassazione nel 2005	95
3.6.	La rilevanza del dolo nella configurazione dell'illecito	100
3.7.	Conclusioni	103

CAPITOLO 4 UNO SCENARIO POSSIBILE DI COORDINAMENTO DEGLI STRUMENTI DI TUTELA

4.1.	Crisi economica e diritto penale	105
4.2.	Evoluzioni del diritto penale societario	111
4.3.	Lo "strabismo prospettico" del diritto penale fallimentare	119
4.4.	Uno scenario possibile: coordinamento degli strumenti di tutela	125
4.5.	Gli orientamenti della giurisprudenza civile in tema di azione di responsabilità degli amministratori	129
4.6.	L'arresto delle Sezioni Unite del 2015	134
4.7.	Alcune osservazioni	137
4.8.	Conclusione	143

CONCLUSIONI	145
--------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	155
---------------------	------------

PREMESSA

È possibile pensare al diritto civile come mezzo per realizzare una strategia di lotta al crimine più efficiente?

Questo è l'interrogativo alla base di questo studio.

Per rispondere si è cercato di ipotizzare un coordinamento di mezzi di tutela anche guardando ad un sistema, per il penalista tradizionalmente lontano, come quello civile, in un'ottica di efficienza ed economicità.

Un tentativo che un illustre Autore probabilmente avrebbe descritto come una innovativa rispolverata di *“vecchi arnesi già nell'armadio”*.

CAPITOLO 1

CIVILE E PENALE NELLA PRODUZIONE DI GIUSTIZIA

ALLA RICERCA DI UNA ALTERNATIVA ALLA TUTELA PENALE NELLA FUNZIONE DI DETERRENZA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ITALIANA

1.1. Limiti all'intervento penale

La gamma di strumenti rimediali che un ordinamento giuridico pone in essere è variegata.

In linea di principio si può affermare che, una volta valutati quali siano gli atti illeciti che più di altri turbano l'ordine sociale, o, meglio, che ledono beni giuridici primari, o sono maggiormente idonei a metterli in pericolo, verrà scelto dall'ordinamento giuridico se ricorrere ad un mezzo più energico, come la misura penale, o se ripiegare su altri strumenti di tutela meno invasivi ⁽¹⁾.

La pena è, pertanto, ciò che caratterizza e distingue il diritto penale dalle altre partizioni del diritto, ed il diritto penale per sua natura tende a garantire o rafforzare la tutela di beni ritenuti particolarmente bisognosi di protezione ⁽²⁾.

Il diritto penale per sua natura sarà perciò destinato ad intervenire dopo la commissione del fatto illecito, con una misura fortemente afflittiva.

Negli ordinamenti moderni - si riprendono in questa sede alcuni concetti ormai noti - la fattispecie incriminatrice ruota intorno a tre noti principi cardine: **c.d. principio di materialità**: non può esservi reato se la volontà criminosa non si materializza in un comportamento esterno; **c.d. principio di offensività**: posto che il

¹Bricola, *Teoria generale del reato*, in Novissimo Digesto it., XIX, Utet 1973, pag. 7 e ss.

²Marinucci, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, La questione criminale, 1981, p. 308; Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in Jus, 1985, p. 413.

diritto penale trova legittimazione soltanto nella tutela dei beni socialmente rilevanti, ai fini della sussistenza di un reato non basta la realizzazione di un comportamento materiale, ma è necessario che tale comportamento leda o ponga in pericolo beni giuridici; **c.d. principio di colpevolezza**: un fatto materiale lesivo di beni giuridici può essere penalmente attribuito all'autore soltanto a condizione che gli si possa muovere un rimprovero per averlo commesso⁽³⁾.

Tali caratteri peculiari del diritto penale e della sua organizzazione rendono l'intervento della penale a) frammentario, potendo essere sanzionate solo alcune condotte tipiche, e b) residuale, dovendo rispondere l'erogazione della sanzione penale ad un principio di estrema *ratio* (c.d. principio di sussidiarietà).

Il principio di sussidiarietà, così inteso, costituisce una specificazione nel campo del diritto penale del più generale principio di proporzionalità: e cioè di un principio logico immanente allo Stato di diritto, che ammette il ricorso a misure restrittive dei diritti del singolo solo nei casi di stretta necessità, vale a dire quando queste risultino indispensabili per la salvaguardia del bene comune⁽⁴⁾.

Il ricorso alla pena statale è giustificato, insomma, quando risulta, oltre che - strettamente - necessario anche, conforme allo scopo.

1.1.1. L'uso inflazionato dello strumento penale

Invero, nonostante questo, per molto tempo la repressione penale è apparsa, rispetto agli strumenti offerti dal diritto civile, la via più rapida e, per la natura afflittiva

³ Fiandaca-Musco, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli 2014, pag. 1 e ss..

⁴ Sul tema per una critica della concezione moderna della pena cfr. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della Pena. Contro la pena come raddoppio del male* (Relazione al Convegno "Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative", Firenze, 16-17 novembre 2012) in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, fasc. 3 pagg. 1162 e ss.; sul tema per esame in ambito europeo cfr. Bernardi, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo* (Relazione al Seminario "Il Seminario Hispano -Italiano: garantias constitucionales y derecho penal europeo", Barcellona, 13-14 ottobre 2011) in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, fasc. 1-2 pagg. 15 e ss.

della pena minacciata, la più efficace, per assicurare una funzione di deterrenza e così rispondere ad un'esigenza popolare di giustizia (⁵).

Questo ha portato di fatto in epoca post-costituzionale ad una proliferazione delle norme incriminatrici, in una sorta di inflazione penalistica sulla scorta della quale si è creduto possibile che la sola previsione di una pena fosse sufficiente di per sé a dissuadere dalla commissione dell'illecito.

Ciò ha avuto il paradossale e contrario esito di mitigare l'effetto della sanzione penale, accrescendo le misure in modo sproporzionati fino a ridurle, per certi versi, quasi all'inutilità.

In uno scritto del 1983, Galgano evidenziava come il "primato" raggiunto dal diritto penale rispetto alle altre partizioni dell'ordinamento giuridico si manifestasse sia in sede giudiziaria che in sede legislativa *"per l'esigua estensione delle riforme civili al confronto con l'incessante proliferazione delle norme incriminatrici"*, criticamente osservando come la *"spinta [fosse] a tal punto incontenibile che persino una legge di segno opposto come la recente legge di depenalizzazione (l. n. 689 del 1981) non ha resistito all'impulso di dedicare un apposito capo II ad un "aggravamento di pene e nuove disposizioni penali"*.

Incremento della scarsa efficienza della misura penale che si è - invano - cercato di risolvere incidendo sulla cornice edittale, con previsioni talvolta di pene draconiane.

Inasprimento delle pene che, però, anche data la scarsità delle strutture, è andato di pari passo con la pratica dei condoni.

Sempre Galgano (già nell'83) scriveva: *"un condono fiscale c'era già stato nel '73; di un altro condono nel '76, avevano beneficiato i trafugatori di capitali; ora il*

⁵ A questo proposito Galgano, in uno scritto che verrà richiamato anche successivamente nel testo criticamente osservava in relazione al particolare settore dei reati economici che: *"La previsione di reati economici ha un indubitabile valore demagogico, induce a ritenere appagata un'esigenza popolare di giustizia, quella di vedere applicare "le manette" ai ricchi."* Così Galgano, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in Riv. critica del diritto privato, 1983, fasc. 1, pag. 58

già ricordato provvedimento legislativo che minaccia le manette agli evasori futuri concede un nuovo condono, a tariffa fissa, agli evasori passati”.

L'Autore conclude con questa amara considerazione: una simile prassi “è appunto come apporre sul banco del fisco un cartello che dica “oggi non si punisce, domani sì”(6).

In conclusione, lontano dalle aspettative riposte inizialmente, il ricorso frenetico allo strumento del diritto penale si è risolto in un appesantimento dell'intero sistema giudiziario che ha gravato sul sistema giustizia, sfociando in una situazione di quasi “non governo” del sistema repressivo.

1.1.2. L'anti-economicità della pena

Un problema non di poco conto è che la pena oltre a rivelarsi in alcune situazioni poco efficiente, è uno strumento assai costoso in termini di dispendio di risorse per l'ordinamento.

Già nel 1930 Carnelutti, cimentandosi nell'affrontare il tema dei rapporti fra reato e pena, evidenziava l'artificiosità di tale misura e i costi legati alla stessa, invitando a ricorrervi in modo ponderato.

Così scriveva l'Autore: “*Conviene considerare che anche la punizione e, come mezzo per conseguirla, il processo penale ha il suo rendimento e il suo costo; e se vi sono dei reati, la cui gravità e la cui natura non permette di esitare intorno al rapporto tra l'uno e l'altro, ve ne sono invece di quelli a proposito dei quali vi può essere incertezza se il costo non superi il vantaggio.*

Talvolta avviene per la tenuità della lesione (per es. lieve o minaccia semplice); tal'altra per la natura di questa, la quale può, con lo svolgimento del processo, essere aggravata nelle sue conseguenze per l'individuo o per la stessa società”.

Riflettendo in termini di efficienza della misura penale, l'Autore evidenziava inoltre come “*la pena di per sé non è idonea ad assicurare una soddisfazione in forma*

⁶ Galgano, *op. cit.*, pag. 57.

specifica dell'interesse giuridico sotteso al divieto o all'obbligo violato[...]E non si pone neppure in un rapporto di equivalenza o di compensazione con l'interesse leso, rispondendo [solo] alla diversa necessità di prevenzione e difesa della società dal delitto.”

Tanto è vero, sottolineava, che la pena, come tutela di interessi, funziona prima di essere attuata ed, anzi, si può dire che questa funzioni meglio tanto meno viene attuata “*così un cannone posto a guardia di un valico nessuno dirà che non serve a nulla se riesce a spaventare tanto bene i nemici che non ci sia neanche occasione di spararlo*” (7).

Considerazioni che ruotavano attorno ad importante quesito di fondo “*trovare il modo migliore affinché l'autore del reato non sfugga alle responsabilità, che ne derivano; e così affinché la sua soggezione alle varie sanzioni diventi, da potenziale, effettiva*”.

Se, dunque, la risposta penale, e il suo eccessivo utilizzo, si sono rivelati insufficienti, oltre che contrari ai principi stessi del diritto penale (in particolare del principio di sussidiarietà), non restava, secondo l'Autore, che fare appello alla ricerca di strumenti alternativi che supplissero a tale deficienza (8).

⁷ Per esemplificare tale concetto nel suo saggio “*Il danno e il reato*”, Cedam 1926, pagg. 45 Carnelutti scrive che se “*il ladro restituisce la cosa rubata, vuol dire che il torto si cancella. Che paghi un risarcimento al derubato, vuol dire, in sostanza, la stessa cosa; solo la eliminazione del torto avviene in guisa diversa e spesso meno efficace. Che il diffamatore paghi una riparazione al diffamato, riproduce ancora la stessa situazione, salva una differenza ancora più accentuata per quel che concerne il meccanismo della riparazione del torto e la sua efficacia. Ma che il diffamatore o il ladro vadano in prigione non vuol dire punto, invece, o vuol dire solo in misura minima eliminazione (compensazione) del torto; non si sostituisce il danno secondo il diritto al danno contro il diritto; si reca un altro danno che non cancella il torto*”.

⁸ La necessità di un raffronto, esente da pregiudizi, tra le obbiettive chances di tutela offerte dai diversi settori del sistema giuridico per individuare nuovi e più efficaci rimedi era stata affrontata fra gli altri da Galgano, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, in Riv. Soc., 1980, pag. 432 e ss.; Id., *Repressione penale e riforma civile*, in La questione criminale, 1978, pag. 409 e ss.; Fiandaca-Mazzamuto, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti problematici e comparatistici*, in Foro it., 1981, parte V, p. 49 e ss.

1.2. La possibilità di un rimedio alternativo alla pena

Partiamo, accogliendo queste ultime riflessioni come vere, assumendo, perciò che sia necessario cercare una alternativa alla tutela penale.

Dove trovarla? In che termini una simile ricerca può essere utile e possibile?

L'alternativa naturale alla sanzione penale è spesso cercata nel diritto amministrativo, ma cosa dire di una alternativa civile alla tutela penale?

In un convegno tenutosi a Pisa nel marzo del 1984, Franco Bricola ricordava come il penalista è “*chiamato in questa stagione a collaborare alla cd. strategia differenziata contro il crimine e sollecitato da più parti ad uno sforzo di fantasia nel reperimento di una più articolata gamma di sanzioni*”⁽⁹⁾.

L'appello era stato ricondotto, soprattutto, alla necessità di ridurre l'area di operatività del carcere (la cd. fuga dalla pena detentiva), cercando nel terreno civilistico varianti sanzionatorie al fine di trovare una più adeguata protezione delle libertà individuali.

Incrementare alternative (civilistiche), sebbene di stampo sanzionatorio, avrebbe potuto permettere, secondo Bricola, di dare corpo alla “**tendenza ad attribuire al diritto penale un ruolo di *extrema ratio* (c.d. concezione sussidiaria del diritto penale)**”, riportandolo nuovamente a rivestire il compito, che gli è proprio, di “**strumento eccezionale per la tutela “frammentaria” di beni giuridici essenziali**”⁽¹⁰⁾.

Questo proprio perché una gamma più articolata di sanzioni civili avrebbe permesso, a suo dire, una tutela laddove, a causa del carattere frammentario dell'illecito penale, si sarebbe registrato altrimenti un vuoto. Ed inoltre, sebbene in

⁹Bricola, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista* (Relazione al Convegno "Le Pene Private", Pisa, 30-31 marzo 1984) in Foro. It., 1985, parte V, par.1

¹⁰Bricola, *Teoria generale del reato*, op. cit.; sul punto cfr. anche Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, 21 Giugno 2012 in http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/1587-l_eredit__di_bricola_e_il_costituzionalismo_penale_come_metodo__radici_nazionali_e_sviluppi_sovranazionali/

funzione residuale rispetto ad eventuali processi di depenalizzazione, avere a disposizione un'alternativa civile avrebbe potuto muovere la scelta legislativa tra tutela penale e tutela civile, facendo propendere per un'adeguatezza in via esclusiva della seconda.

Ciò, evidenziava Bricola, anche nell'ipotesi in cui venissero in gioco interessi o diritti di significativo rilievo costituzionale, o certe forme particolari di aggressione dei medesimi *“se è vero [infatti] che la tutela penale non è obbligatoria neppure per tali interessi, nulla esclude che, prima di pervenire ad una valutazione di necessità di questa forma di tutela, quella civilistica appaia già di per sé più adeguata efficiente ed opportuna”*.

Per fare ciò, Bricola, invitava i giuristi ad uno *“sforzo di fantasia”* nel reperimento di una più articolata gamma di sanzioni, anche *“rispolverando vecchi arnesi già nell'armadio”* con il monito di depurare gli stessi *“dalle scorie del passato, dagli aspetti legati alle età più ingenue e primitive del diritto (ciò vale per la pena privata soprattutto per la maggiore vetustà delle forme legate a tale immagine) per divenire funzionali a più recenti necessità”*.

Appello che, se nel settore penale è per l'appunto necessitato dal dover ridurre l'area di operatività dal carcere, nel terreno civilistico è determinato dalla necessità di trovare risposte più efficienti a moderne richieste di giustizia.

La medesima esigenza aveva portato in quegli stessi anni, un'altra autorevole voce, questa volta nel campo del diritto civile, Paolo Cendon, a parlare di *“soccorsore che l'idea della pena può rendere al sistema della responsabilità civile”*⁽¹¹⁾.

Parole che ancora oggi si mostrano in tutta la loro modernità e che invitano ad alzare lo sguardo ad una prospettiva di ricerca al fine di coordinare gli strumenti già previsti dalle varie branche di diritto in modo più efficiente, lasciando che la funzione di prevenzione sia affidata anche a strumenti diversi da quello penale, se più utili.

¹¹ Cendon, *La pena privata*, in Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa, Atti del convegno giuridico “Informazione, Diffamazione, Risarcimento”, Giuffrè 1979, p.189

1.3. Può esserci uno spazio per la “pena” nel diritto civile?

Il problema si sposta così nel campo del diritto civile: può ritenersi legittima una misura civile che assuma i profili della deterrenza?

Posta in questi termini la questione, l'idea di una pena privata, ossia di una punizione monetaria erogata senza le garanzie del processo penale, sembra poter immediatamente paventare spettri di una possibile incostituzionalità.

Come conciliare, infatti, una simile fattispecie con principi costituzionali quali quello di riserva di legge e/o di tassatività?

Il problema del fenomeno della c.d. pena privata è stato affrontato dalla dottrina soprattutto degli anni 80'⁽¹²⁾.

Gli studi elaborati in quegli anni sono giunti, più o meno concordemente, a concludere per la profonda diversità fra la figura dell'illecito civile e quello dell'illecito penale, riconoscendo, proprio sulla scorta di tale premessa, piena dignità alle sanzioni punitive private.

Anticipata la conclusione del percorso, è utile però in questa sede ripercorrere per sommi capi alcuni dei tratti essenziali delle pene private che sono stati individuati negli studi appena richiamati.

Sul piano sostanziale, la pena privata è stata distinta per essere un dato di sintesi fra il fine preventivo e afflittivo, in forma esclusiva o prevalente, e per non avere una finalità meramente riparatoria.

A differenza del diritto penale, inoltre, la pena privata è stata considerata come posta a tutela di interessi privati e destinata quindi, salve talune eccezioni, a tradursi a

¹² Fra i molti studi si segnalano in particolare Busnelli-Scalfi, *Le pene private*, Giuffrè 1985; Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè 1996; Ponzanelli, voce “*Pena privata*”, in Enc. giur. Treccani, XXII, 1990; E. Moscati, “*Pena privata e autonomia privata* (Relazione al Convegno su “Pene private”, Pisa, 30 marzo 1984) in Rivista diritto civile 1985, fasc. 5, pag. 511 e ss.; S. Patti, “*Pena privata*”, in Digesto civ. VI ed., 1995 Utet; più di recente cfr. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* in Europa e diritto privato, 2009, fasc. 4 pagg. 909 e ss.

beneficio del privato e non dell'erario (profilo questo che potrebbe assurgere a criterio distintivo nei confronti della sanzione pecuniaria penale ed amministrativa).

Due pene, perciò, come detto in premessa, profondamente diverse fra loro per natura e fini.

Ma non è finita qui.

Su questo tema sono molto interessanti alcune suggestioni che ci giungono dagli ordinamenti oltre confine ed in particolare dall'ordinamento francese, lasciando per un attimo in ombra il sistema più conosciuto e discusso dei punitive damages adottato negli Stati Uniti d'America¹³, che verrà ripreso più avanti nel testo.

In Francia, nel progetto di riforma del *code civil*, in materia di obbligazioni e contratti, era stata formulata la proposta di introdurre nell'ordinamento una forma di danni punitivi (di "*dommages - intérêts punitifs*") (14).

Nel regolamentare tale istituto, il progetto di riforma, ideato nel 2007 dalla commissione coordinata da Catala, prevedeva che in caso di condanna al pagamento dei danni punitivi, parte della somma avrebbe dovuto essere devoluta allo stato.

Più precisamente, in uno dei 64 articoli destinati a modificare il codice nella parte relativa ai *délits* e *quasi - délits*, era stata introdotta una fattispecie di "*colpa lucrativa*" o "*colpa deliberata*" alla presenza della quale veniva attribuito al Giudice il potere di comminare dei danni punitivi oltre a quelli compensativi (*dommages - intérêts compensatoires*) (15).

¹³Sul punto si segnala l'interessante ricostruzione in chiave comparata di Ponzanelli, *I danni punitivi*, in NGCC, 2008, parte II, fasc. 2 pagg. 25 e ss.

¹⁴ L'iter del testo che è oggetto dell'ordonnance è iniziato nel 2004, ad opera della Commissione presieduta da Catala, di cui v. il *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)*, La documentation française, 2005. Per la traduzione del testo in italiano cfr. *L'avant-projet Catala, Exposé des motifs* e traduzione in italiano a cura di P.Spada e G.B.Ferri, Giuffrè, 2008.

¹⁵ Si riporta di seguito il testo della disposizione: "*L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.*" Per il testo integrale: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

Su questa previsione torneremo più avanti nel corso della ricerca ⁽¹⁶⁾, ma quel che è singolare e merita fin da ora di essere segnalato è che, nel prevedere la possibilità di comminare un risarcimento per danni ultra compensativi, la norma precisava che la sentenza deve distinguere la condanna ai danni compensativi da quello punitivi, con una specifica motivazione sul punto, individuando espressamente in quali quote il risarcimento avrebbe dovuto essere erogato a favore dello Stato e a favore del privato⁽¹⁷⁾.

Tale peculiarità distingue nettamente questo istituto da quello dei *punitive damages* previsti negli Stati Uniti, dove il risarcimento è destinato interamente al danneggiato.

Opportuno fin da ora precisare che, sebbene il progetto di riforma francese richiamato sia stato accantonato, tale disegno legislativo ha aperto un proficuo dibattito sull'ammissibilità dei danni punitivi nell'ordinamento francese, aprendo il varco rispetto ad un orientamento prima rigido nel sancirne l'esclusione ⁽¹⁸⁾, tanto da porre le basi affinché la Suprema Corte di Cassazione francese nel 2010, chiamata a delibare sulla possibilità di riconoscere efficacia ad una sentenza straniera in cui era stata prevista la condanna al pagamento di danni punitivi, si spingesse fino a dichiarare la non contrarietà della stessa all'ordine pubblico ⁽¹⁹⁾.

¹⁶ L'istituto si caratterizza in quanto per il perfezionamento dell'illecito è necessario che il danneggiante abbia agito con un alto grado di volontarietà e determinatezza, nella norma viene richiesto una "*faute manifestement délibérée, notamment ne faute lucrative*". Tale concetto quello di "*faute lourde*" di cui tratta S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995, p. 12 e ss.

¹⁷ Cfr. testo della norma di cui alla nota n. 14

¹⁸ Cfr. *A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain*, Alban Pons: <http://m2bde.u-paris10.fr/node/2404?destination=node%2F2404>

¹⁹ In questo senso Inès Gallmeister, *CommentaireDalloz2011*, n° 1, Actualité, p. 24. La Suprema Corte di Cassazione francese chiamata a pronunciarsi sulla delibazione di una sentenza straniera che stabiliva a carico del danneggiante l'obbligo di corrispondere una somma a titolo di danni punitivi ha affermato che "*Le principe d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public international français. Il en est autrement si le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur*" così **Arrêt n° 1090 du 1 décembre 2010 (09-13.303) - Cour de cassation - Première chambre:**

https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2011_3817/n_739_3859/

In entrambi gli ordinamenti richiamati, da un punto di vista procedimentale, si ritiene che la pena privata, al pari della sanzione penale, debba essere applicata tramite il filtro giudiziale.

Intervento che, sebbene non sempre richiesto e/o necessario nella fase di quantificazione della sanzione, è in ogni caso previsto quale filtro di validità della sanzione prevista.

Si ritiene per lo più, inoltre, che la pena privata possa essere comminata solo su iniziativa della parte danneggiata, o esposta a pericolo.

Non vige quindi, alcun principio di obbligatorietà dell'iniziativa pubblica come accade, pur con l'eccezione delle ipotesi perseguibili a querela di parte, nel nostro ordinamento nel caso dell'illecito penale e amministrativo.

1.3.1. Le pene private

Invero la pena privata, lungi dall'essere una mera costruzione assiomatica, può ormai ritenersi anche nel nostro ordinamento una realtà.

Sono, infatti, diverse le fattispecie normative introdotte dall'ordinamento italiano che possono essere ascritte alla tipologia normativa che si è cercato sopra brevemente di tratteggiare.

Facciamo alcuni esempi.

In primo luogo sono state considerate come appartenenti a tale categoria le misure che hanno il fine di coartare l'adempimento esercitando una pressione sulla volontà dell'inadempiente attraverso la minaccia di una sanzione pecuniaria, il cui ammontare si accresce con il protrarsi o il reiterarsi della condotta indesiderata.

Senza pretese di completezza, si ricordano, a questo proposito, quelle norme in forza delle quali il provvedimento, che accerta la violazione, fissa una somma per ogni inosservanza o violazione successiva, o per ogni giorno di ritardo, nell'esecuzione dei comandi in esso contenuti: così, in tema di brevetto e marchio, il R.D. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e R.D. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal d. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'art. 124, comma 2, e art. 131, comma

2; il d. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto"; secondo alcuni, l'art. 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 614 bis c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "*tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*"; il d. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza.

In altri casi, è il giudice che commina la condanna, ma con riferimento ad un importo determinato in modo globale ed una *tantum*.

Ne sono un esempio la legge 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa ⁽²⁰⁾ e l'art. 96 c.p.c., comma 3, introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69.

Si tratta, potremo dire, di una condanna comminata direttamente dal giudice civile che fissa la norma del caso concreto.

Parzialmente diverse sono le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. - l'art. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la l. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'art. 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole.

²⁰ cfr. fra le altre Cass. 17 marzo 2010, n. 6490; Cass. 26 giugno 2007, n. 14761

Ancora, in questo senso, il d.l. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in l. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali, che dispone la riparazione consistente in una somma di denaro determinata in ragione di ogni copia stampata o con riguardo al bacino di utenza della diffusione avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico (anche se il giudice dovrà tenere conto, in caso di azione risarcitoria, di quanto così corrisposto).

Assumono rilievo, infine, quelle misure rimediali che riconoscono alla vittima la possibilità di recuperare il profitto realizzato dall'autore della condotta illecita invece che la mera perdita subita: così l'art. 158 della l. 22 aprile 1941 n. 633, come modificato dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, c.d. legge sul diritto di autore⁽²¹⁾; oltre che l'art. 125 del d. lgs., 10 febbraio 2005 n. 30, come l'art. 17, co. 1, del d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, c.d. codice della proprietà industriale⁽²²⁾.

In entrambe le fattispecie si assiste, infatti, ad uno scollamento del rimedio risarcitorio dalla funzione compensativa che riconosce alla vittima il diritto di chiedere non tanto - e non solo - una somma pari al danno subito, ma un importo quantificato sulla base degli utili conseguiti dall'autore dell'illecito, a prescindere da quale sia il danno effettivo subito e provato.

²¹ L'articolo prevede espressamente che: *“1. Chi venga lesa nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto”.*

²² L'articolo prevede espressamente che: *“Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto lesa, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto lesa. 3. In ogni caso il titolare del diritto lesa può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento”.*

1.4. Funzione deterrente della responsabilità civile

A questo punto, sembra possibile tracciare una prima conclusione: nel nostro ordinamento vi è spazio per l'applicazione di rimedi civili con finalità afflittive, potendo perciò la pena privata assumere, ancora oggi, un proprio ed autonomo ruolo.

Si pone allora un ulteriore interrogativo.

Ragionando più in generale in materia di illecito, e, quindi, facendo riferimento al sistema rimediale tipico della responsabilità civile in generale, è possibile pensare di attribuire al risarcimento una funzione sanzionatoria?

Più precisamente, è possibile pensare ad un superamento della funzione meramente compensativa della responsabilità civile in modo da sottolinearne l'attitudine deterrente, e cioè di prevenzione rispetto ai danni?

Nell'intervento già sopra più volte ricordato, Bricola poggiava la premesse del suo discorso proprio sulla constatazione del "*delinearsi di una bipolarità, forse mai sopita, della responsabilità civile*"⁽²³⁾, quello che alcuni autori hanno definito come fase della depatrimonializzazione della responsabilità civile.

Proprio negli anni '70 e '80 si stava, infatti, facendo strada in giurisprudenza, in adesione ad alcune correnti dottrinali, l'idea che il danno non patrimoniale (art. 2059) non dovesse essere limitato al solo danno morale, legato inscindibilmente alla figura del reato (art. 185 c.p.), ma che dovesse essere inteso in senso ampio fino a ricomprendere anche il danno alla salute, e ciò con l'effetto di ampliare il novero delle voci di danno risarcibili.

Espansione dell'ambito di tutela della responsabilità civile, considerata dallo stesso Bricola capace nel tempo di lasciare spazio ad istanze di giustizia non più solo di tipo rimediale ma con funzione deterrente per giungere "*all'uso di tecniche sanzionatorie in senso proprio - aventi la funzione di prevenzione e di repressione-punizione nell'ipotesi in cui la violazione si sia verificata*".

²³ L'autorevole Autore si richiama sul tema ad uno scritto sulle diverse funzioni della responsabilità civile curato da C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in Riv. Critica dir. Priv., 1983, p. 686 e ss.

Ancora una volta, riflessioni, queste, che assumono oggi giorno un valore quasi profetico dato che il tema della possibile ridefinizione dei compiti della responsabilità civile in termini di deterrenza sta assumendo nel dibattito contemporaneo un ruolo di primo piano ⁽²⁴⁾.

1.4.1. La posizione della giurisprudenza

Per cercare di dare qualche coordinata sulle riflessioni in essere sul tema è utile partire da una prima analisi della giurisprudenza civile.

Per ragioni di semplicità, ci limitiamo, per ora, a guardare alle sole posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità.

L'orientamento della Suprema Corte può dirsi – utilizzando un aggettivo che nei suoi tratti figurativi descrive bene il modo di atteggiarsi assunto - ondivago.

Nel corso di questi ultimi anni si sono, infatti, alternate, e continuano ad alternarsi, decisioni che sembrano riconoscere la possibilità di attribuire alla responsabilità civile una funzione diversa da quella meramente compensativa a decisioni di segno opposto, ferme nel rigettare con rigore tale ricostruzione.

Per comodità, al fine di tentare di tratteggiare un quadro generale, individuiamo quattro diversi filoni tematici, che hanno visto la giurisprudenza prendere posizione sulla questione in termini diametralmente opposti: 1) il primo riguarda la richiesta di delibazione di una sentenza straniera che abbia riconosciuto al danneggiato dei cd. danni punitivi; 2) il secondo: la possibilità di risarcire in via autonoma il c.d. danno da morte; 3) il terzo: lo sfruttamento del diritto d'immagine e la violazione del diritto

²⁴Sull'ampio dibattito si segnalano in particolare, fra i molti, i seguenti contributi: Busnelli *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009 fasc. 4, pp. 909 e ss.; Di Majo Adolfo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente* (Relazione al convegno "La funzione deterrente della responsabilità civile", Siena, 19 settembre 2007) in *Europa e diritto privato*, 2008, fasc. 2 pagg. 289 e ss.; Pardolesi Roberto, Simone Roberto, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile? Postilla* (Nota a Cass. sez. III civ. 23 gennaio 2014, n. 1361; ord. Cass. sez. III civ. 4 marzo 2014, n. 5056) in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 4 pagg. 400 e ss.; Franzoni *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *La Responsabilità Civile*, 2008, fasc. 4 pagg. 294 e ss.; Ponzanelli, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Rassegna Forense*, 2006, fasc. 2 pagg. 1241 e ss.; Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008 fasc. 3, pagg. 500 e ss.

d'autore; 4) ed infine, quarto: la delibazione nel nostro ordinamento di una sentenza straniera nella quale sia previsto a carico della parte soccombente l'onere di pagare una somma di denaro a titolo di *astreintes*.

Ciascuno di questi complessi temi meriterebbe una trattazione approfondita e specifica, ma in questa sede, rimandando eventualmente per un ulteriore approfondimento ad altri parti del testo, ci limiteremo a tratteggiare la posizione assunta dalla Corte in relazione alla natura della responsabilità civile al fine di inquadrare, appunto, un possibile quadro generale della sua posizione interpretativa.

1.4.1.1.L'istanza di exequatur di una sentenza nordamericana di condanna ai danni punitivi

Il primo ambito è dunque quello della delibazione di una sentenza straniera in cui si preveda la condanna al pagamento di una somma qualificabile come danno punitivo.

In ordine a tale fattispecie, la giurisprudenza di legittimità si è espressa fino ad oggi in modo univoco, escludendo che ad un simile provvedimento possa essere riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento ⁽²⁵⁾.

Già nel 2007 la Suprema Corte di Cassazione aveva negato, infatti, la delibazione di una sentenza pronunciata dalla Corte distrettuale della contea di Jefferson nella quale era stato comminato un risarcimento per danni (punitivi) per un milione di dollari nei confronti del produttore italiano di un casco protettivo, che nel momento della collisione per un difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, si era distaccato dal capo della vittima ⁽²⁶⁾.

²⁵ Fra le altre da ultimo cfr.: Cass. civ. Sez. III, 19/01/2007, n. 1183; Cass. civ. Sez. I, 08/02/2012, n. 1781

²⁶ Fra le note di commento alla sentenza Cass. sez. III civ. 19 gennaio 2007, n. 1183 si segnala in particolare: Pardolesi, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e responsabilità*, 2007, fasc. 11 pagg. 1126 e ss.; Ponzanelli, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, fasc. 5 pagg. 1461 e ss.; Tomarchio, *Anche la cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi* in *Giur. It.*, 2007, fasc. 12 pagg. 2724 e ss.

L'orientamento è stato poi confermato in una successiva decisione della Suprema Corte, chiamata a decidere su di una fattispecie analoga⁽²⁷⁾.

Entrambe le decisioni si basano sull'affermazione del principio per cui, attesa la finalità esclusivamente compensativa riconosciuta alla responsabilità civile, risulterebbe contraria all'ordine pubblico una sentenza nordamericana di condanna al pagamento di una somma risarcitoria che, sebbene non dichiaratamente punitiva, supera in modo rilevante la richiesta dell'attore senza che sia dato rinvenire la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale.

In altri termini, in assenza di una correlazione fra danno subito e somma prevista a titolo di risarcimento, non vi sarebbe nel nostro ordinamento una possibilità di riconoscere in modo legittimo alcuna somma al danneggiato che, a seguito dell'illecito, vedrebbe anzi arricchita ingiustamente la sua posizione rispetto a prima della commissione del fatto.

Nella decisione si precisa infatti che *“non v'è alcuna contraddizione tra l'affermare che la **mancanza di motivazione non impedisce la deliberazione in Italia** di un provvedimento del giudice straniero e il trarre da quella stessa mancanza argomento per attribuire alla condanna al risarcimento del danno comminata da quel giudice natura e finalità punitiva e sanzionatoria. Né tale attribuzione può ritenersi apodittica, come sostenuto dalla ricorrente principale, poggiando essa sia sulla carenza di qualsiasi indicazione circa i criteri seguiti per la determinazione dell'importo del risarcimento, nonché circa la natura e la specie del danno arrecato, alla eliminazione delle cui conseguenze è volta la condanna, sia su una valutazione di eccessività o sproporzionalità della somma liquidata, in sé, attesi i criteri generalmente seguiti dai giudici italiani”*⁽²⁸⁾.

Questo in quanto, si afferma, *“nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la*

²⁷ Cfr. Cass. civ. Sez. I, 08/02/2012, n. 1781, fra le note di commento alla sentenza si segnala in particolare dando un profilo di continuità rispetto alla precedente: Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *il Corriere giuridico*, 2012, fasc. 8-9 pagg. 1070 e ss.; Ponzanelli, *La cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e responsabilità*, 2012, fasc. 6 pagg. 611 e ss.; De Hippolytis, *Condanne (straniere) al risarcimento dei danni punitivi: sono davvero insormontabili gli ostacoli al riconoscimento?*, in *Il Foro italiano*, 2012, fasc. 5 pagg. 1454 e ss.

²⁸ Così Cass. civ. Sez. III, 19/01/2007, n. 1183

condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi "in re ipsa" (29)

A fronte di tali principi, la Corte, confermando il Suo precedente orientamento, ha escluso la possibilità di delibare la sentenza straniera.

1.4.1.2. Il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla morte

Proviamo, quindi, ora a verificare se la posizione assunta dalla Suprema Corte è la medesima anche in tema di c.d. danno da perdita della vita.

Il problema, in questo caso, è principalmente determinato dal fatto che, in assenza di un riconoscimento di una posta autonoma per questa voce di danno, nel caso in cui all'incidente segua la morte immediata del soggetto, la vittima del reato non potrebbe vedersi attribuito alcun risarcimento.

In assenza, infatti, di una conseguenza pregiudizievole, quale può essere la sofferenza provata negli ultimi istanti di vita, non vi sarebbe alcun danno da restaurare ponendo la morte immediata fine ad ogni pretesa.

Sulla scorta di tale premessa, si arriva al noto paradosso per cui per il danneggiante "è più conveniente" uccidere la vittima che lasciarla in vita.

Tale conclusione, avvertita come ingiusta in quanto incapace di gradare la gravità degli illeciti, ha portato in diverse occasioni la giurisprudenza di merito a riconoscere una posta autonoma, ovvero, il diritto al risarcimento di danni quantificati

²⁹Nello stesso senso si veda anche Cass. n. 10024/1997, n. 12767/1998, n. 1633/2000

in misura tale da assumere una chiara funzione ultra compensativa in caso di incidente a cui sia seguita immediatamente la morte della vittima.

Nel 2014, invero, è parso che tale ragionamento avesse fatto breccia fra i giudici di legittimità che, con una nota e molto discussa sentenza, erano giunti a riconoscere un diritto al risarcimento in via autonoma per il c.d. danno da perdita della vita⁽³⁰⁾.

A tale conclusione la Suprema Corte di Cassazione era giunta però, aggirando sostanzialmente il problema della natura punitiva o meno della responsabilità civile, affermando che *“il danno da perdita della vita (diverso dal danno alla salute, come pure dal danno biologico terminale e dal danno morale terminale, c.d. catastrofe o catastrofico): a) rileva ex se, nella sua oggettività di perdita del bene principale dell'uomo, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia; b) costituisce danno non patrimoniale risarcibile; c) viene acquisito dalla vittima immediatamente al momento della lesione mortale e, quindi, anteriormente al decesso”*⁽³¹⁾.

Tale ricostruzione è stata ancora una volta, tuttavia, disattesa dalla Suprema Corte chiamata a pronunciarsi a sezioni unite proprio sul contrasto creato dalla sentenza poc'anzi richiamata e quindi sulla questione della possibilità di risarcire in via autonoma il c.d. danno da morte.

In tale sede la Suprema Corte di Cassazione ha avuto occasione di ribadire che *“la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale*

³⁰Cass. sez. III civ. 23 gennaio 2014, n. 1361

³¹ Sul tema, oggetto di un animato dibattito anche per l'importanza del tema affrontato si segnalano in particolare: Simone Roberto, *Il danno da perdita della vita: logica, retorica e sentire sociale*, in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 8-9 pagg. 794 e ss.; Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno da perdita della vita e il "nuovo statuto" dei danni risarcibili* in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 7 pagg. 686 e ss.; Facci Giovanni, *Il danno da perdita della vita alla "prova" delle sezioni unite*, in *il Corriere giuridico*, 2014, fasc. 6 pag. 784; Patti F., *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, fasc. 3 pagg. 764 e ss.; Cendon – Sapone, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, fasc. 5 pagg. 247 e ss.; Ponzanelli, *La sentenza "scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?* in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 4 pagg. 388 e ss.; Scognamiglio, *Il danno da perdita della vita e le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *il Corriere giuridico*, 2014, fasc. 5 pagg. 605 e ss.

ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza ⁽³²⁾ e *l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria), tanto che si è ritenuto non delibabile, per contrarietà all'ordine pubblico interno, la sentenza statunitense di condanna al risarcimento dei danni "punitivi" (Cass. n. 1183 del 2007, n. 1781 del 2012), i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito* ⁽³³⁾. Parimenti viene escluso che sia *“imposto da alcuna norma o principio costituzionale un obbligo del legislatore di prevedere che la tutela penale sia necessariamente accompagnata da forme di risarcimento che prevedano la riparazione per equivalente di ogni perdita derivante da reato anche quando manchi un soggetto al quale la perdita sia riferibile”* ⁽³⁴⁾.

Anche in questo caso, viene quindi ribadita l'impossibilità di riconoscere nel nostro ordinamento ingresso a danni ultra compensativi.

1.4.1.3. Il danno da utilizzo abusivo di immagine altrui

Diversa appare, invece, la posizione assunta dalla giurisprudenza di Cassazione in ordine a danni conseguenti alla violazione del diritto d'autore, ovvero, di utilizzo abusivo di immagine altrui.

Di estremo interesse sono in particolare due pronunce con cui la Cassazione, ancora prima che entrasse in vigore la norma con cui è stata prevista la possibilità di chiedere la c.d. retroversione degli utili, ha riconosciuto il diritto del danneggiato ad ottenere un risarcimento per danni ultra compensativi.

La prima decisione è stata emessa in relazione ad una fattispecie di illecito sfruttamento del diritto d'immagine.

Il caso riguardava, in particolare, la domanda di risarcimento del danno proposta da un allievo di una scuola di ballo, la cui immagine era stata utilizzata a sua insaputa

³² Vedi tra le tante: Cass. n. 1704 del 1997, n. 3592 del 1997, n. 491 del 1999, n. 12253 del 2007, n. 6754/2011

³³ Cass. sez. un. n. 15350 del 22/07/2015; per la lettura del testo integrale si rimanda a: <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/sentenze.page>

³⁴ Così in motivazione la sentenza richiamata nella nota precedente.

dopo che lo stesso aveva lasciato la scuola di ballo, in una campagna di sponsorizzazione della scuola ⁽³⁵⁾.

La Cassazione ha stabilito che la liquidazione avrebbe potuto essere determinata “*con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall’autore dell’illecito*” ⁽³⁶⁾.

Il problema nel caso specifico era dato dalla difficoltà di dare una prova del danno.

Si trattava, infatti, di un ballerino sconosciuto.

A fronte di ciò la Cassazione ha affermato che “*qualora non possano essere dimostrate specifiche voci di danno patrimoniale, la parte lesa può far valere il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe presumibilmente richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione, determinandosi tale importo in via equitativa, avuto riguardo al vantaggio economico conseguito dall’autore dell’illecita pubblicazione e ad ogni altra circostanza congruente con lo scopo della liquidazione*”.

L’argomentare della Corte aveva fatto forza anche sui “*criteri enunciati dall’art. 128, comma secondo, della legge n. 633 del 1941 sulla protezione del diritto di autore, sebbene non applicabile ratione temporis alla fattispecie esaminata*”, affermando che la legge aveva fatto proprio un criterio interpretativo elaborato e più volte applicato anche in precedenza dalla giurisprudenza di merito, e, talvolta, anche dalla Suprema Corte di Cassazione (così, implicitamente, Cass. civ., Sez. 1[^], 1[^] dicembre 2004 n. 22513), di cui la legge si era limitata a confermare la validità ⁽³⁷⁾.

Al medesimo principio la Suprema Corte ha fatto ricorso successivamente in un caso simile, ribadendo come se “*è indubbio che la quantificazione dei danni con*

³⁵Cfr. Cass. civ. Sez., 16/05/2008, n. 12433

³⁶ Così la sentenza citata nella precedente nota in motivazione

³⁷Sul tema, si segnalano le seguenti note di commento alla sentenza Cass. sez. 16 maggio 2008, n. 12433 citata: Simeoli Dario, *Il “prezzo del consenso” quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall’illecita pubblicazione dell’immagine altrui*, in *Giustizia civile*, 2009, fasc. 3 pagg. 709 e ss.; Santoro Francesco, *Diritto all’immagine come diritto costituzionale inviolabile: tutela risarcitoria patrimoniale e non patrimoniale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, fasc. 12 pag. 1408; Boschi Daniele, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell’arricchimento* in *Danno e responsabilità*, 2008, fasc. 12 pagg. 1235 e ss.

riferimento al prezzo del consenso può risultare in molti casi tutt'altro che agevole: in particolare, qualora il soggetto leso non sia persona nota, alla cui immagine possa essere attribuito un valore economico oggettivamente determinabile. La liquidazione va compiuta, in tal caso, ai sensi dell'art. 2056 c.c., con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito, in relazione alla diffusione del mezzo su cui la pubblicazione è avvenuta, alle finalità (pubblicitarie o d'altro genere) che esso intendeva perseguire, e ad ogni altra circostanza rilevante allo scopo” (38).

La quantificazione sganciata dalla regola compensativa permette di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendo gli utili invece ed in luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriazione.

A distanza di pochi mesi il Supremo Collegio fronteggiando una controversia in tema di quantificazione del danno da violazione del diritto di autore è tornato a pronunziarsi in favore dell'applicabilità della retroversione degli utili (per contrastare le criticità sottese alle c.d. ipotesi di arricchimento da fatto illecito) (39).

A differenza che nelle pronunce esaminate nei precedenti paragrafi, in questo caso la Cassazione sembrerebbe aver deciso per dare una lettura del risarcimento in funzione sanzionatoria più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali.

1.4.1.4. Le misure coercitive indirette (astreinte)

In ordine alla tematica che stiamo affrontando merita di essere esaminata con grande attenzione un'ultima recente pronuncia (40).

³⁸Cfr. Cass. civ. Sez. III, 15/04/2011, n. 8730

³⁹ Sul tema, si segnala come nota di commento alla sentenza Cass. civ. Sez. III, 15/04/2011, n. 8730 citata: Pardolesi, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento positivo/sanzionatorio*, in *Il Foro italiano*, 2011, fasc. 11 pagg. 3073 e ss.; e più di recente per una più approfondita questione della tematica: Pardolesi, *Riflessioni in tema di retroversione degli utili*, in *Rivista di diritto privato*, 2014, fasc. 2 pagg. 217 e ss.

⁴⁰ Cfr. Cass., n. 7613, 15 aprile 2015, per una lettura integrale del testo della motivazione: <http://www.personaedanno.it/attachments/article/47604/cass.%207613.2015%20danni%20punitivi.pdf>

Il caso esaminato riguardava la valutazione della legittimità di un'ordinanza, emessa da un Giudice belga, che aveva dichiarato dovuto il versamento di un importo giornaliero per i giorni di ritardo maturati nel dare esecuzione ad una sentenza in cui era stato stabilito l'obbligo di consegnare delle azioni rappresentative.

Non vi erano mai state prima pronunce della Corte, nell'ambito del riconoscimento ed esecuzione di sentenze straniere, in cui fosse stato affrontato il tema della compatibilità delle *astreintes* di diritto francese (e di altri ordinamenti, come quello belga di specie) con l'ordine pubblico.

In prime cure, la Corte d'appello aveva riconosciuto la validità del provvedimento, condannando la parte al pagamento delle somme liquidate nella sentenza.

La pronuncia era stata, quindi, impugnata in Cassazione lamentando, fra l'altro, la contrarietà all'ordine pubblico interno della decisione sulla base dell'assunto per cui *“per l'ordinamento italiano il sistema della responsabilità civile ha unicamente funzione reintegratoria, non punitiva e che l'art. 614 bis c.p.c., non era ancora stato emanato allorché il giudice belga comminò il danno punitivo in discorso”*.

Tale motivo di ricorso è stato dichiarato dalla Suprema Corte infondato sulla base del ragionamento che di seguito proveremo a ripercorrere.

In premessa la Corte di Cassazione si sofferma ad esaminare la natura della sanzione comminata evidenziandone gli aspetti peculiari rispetto al risarcimento del danno.

La conclusione ci giunge il Collegio è che risarcimento del danno ed *astreinte* costituiscono misure fra loro diverse, in quanto l'uno ha lo scopo di reintegrare il patrimonio della vittima, e l'altra ha una funzione coercitiva, che opera al di fuori del processo esecutivo, ed è volta a propiziare l'induzione all'adempimento.

Parimenti, il danno punitivo ha struttura e funzione non coincidenti con l'*astreinte* sebbene presenti alcuni aspetti alla stessa simili.

Entrambe le misure mirano, infatti, (a coartare) all'adempimento: *“l'astreinte, di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto*

derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito extracontrattuale) e da adempersi in futuro; il danno punitivo - ma solo se riguardato come previsione normativa astratta fra gli strumenti a disposizione del giudice adito - all'adempimento futuro dell'obbligo generale del neminem laedere o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati”.

Insomma, pur avendo entrambe le misure come obbiettivo comune quello di coartare la volontà, l'*astreinte* agisce proprio a tal fine (c.d. funzione deterrente propria) mentre il risarcimento del danno, intervenendo solo a violazione commessa, assume una funzione sanzionatoria solo indirettamente (c.d. funzione deterrente indiretta).

Tali differenze restano fondamentali: permane, infatti, il fatto che l'*astreinte* non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà nel modo indesiderato.

Nel caso di specie, questa premessa è utilizzata dalla Corte per affermare che qualora la misura pecuniaria sia comminata in aggiunta non alla condanna risarcitoria, ma a quella a consegnare un bene determinato (come, nella specie, le azioni rappresentative del capitale sociale), l'*astreinte* si allontana dalla liquidazione del danno punitivo, presentando i caratteri di una tecnica di tutela di altro tipo, ossia d'induzione all'adempimento mediante una pressione (indiretta nel senso che non ricorre agli organi dello Stato, ma diretta per il fine perseguito) a tenere il comportamento dovuto.

Ne consegue che se la funzione propria della misura è quella di coartare all'adempimento, a tutela del creditore e dell'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari, allora l'*astreinte* comminata nel provvedimento del giudice belga non può ritenersi contrastare con l'ordine pubblico italiano.

Una simile misura, infatti, mira ad assicurare il rispetto di fondamentali e condivisi principi, quali il giusto processo civile, inteso come attuazione in tempi

ragionevoli e con effettività delle situazioni di vantaggio, ed il diritto alla libera iniziativa economica.

Nel dipanare questo ragionamento la Suprema Corte di Cassazione dà atto del fatto che *“si riscontra l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente, sulla base di vari indici normativi (quali, ad esempio, il D. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, sulla violazione di un diritto di proprietà industriale, o la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, come sostituito dal D. lgs. n. 140 del 2006, art. 5, sulla protezione del diritto d'autore, che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto), specialmente a fronte di un animus nocendi; pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l'istituto è teso, tanto da restare imprescindibile il parametro del danno cagionato”*.

Nel fare tale considerazione, la Corte sembra partire da un dato di fatto ossia che nell'attuale assetto della responsabilità civile *“allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o prevenzione generale dei fatti illeciti”*⁽⁴¹⁾.

La Corte con una simile affermazione sembra riconoscere dignità al processo di riforma che sta investendo il diritto civile e, senza arroccarsi su posizioni intransigenti, sembra aprirsi ad un dialogo sui limiti e sulle funzioni della responsabilità civile in un'ottica di efficienza.

Un quadro complesso, quello in cui ci stiamo muovendo, che vede fratture profonde anche in seno alla stessa Corte di Cassazione.

⁴¹ Nell'operare tale constatazione, la Corte formula un importante inciso rilevando come *“secondo gli approdi dell'analisi economica del diritto, l'obiettivo di optimal deterrence è raggiunto solo se la misura del risarcimento superi il profitto sperato) e la sanzione (l'obbligo di risarcire costituisce una pena per il danneggiante”*.

1.5. Evoluzioni del diritto penale

La linea di evoluzione nel sistema della responsabilità civile tracciata fino ad ora sembra convergere con il tentativo – purtroppo ancora piuttosto raro - del Legislatore di intervenire per ridurre l’ambito di applicazione della misura penale, a favore della tutela civile, laddove l’illecito assuma una scarsa attitudine offensiva (sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo).

Pur riservandoci di esaminare la questione nel corso di questo scritto, evidenziamo fin da ora alcune disposizioni che sembrano manifestare tale intento.

Prime fra queste è certamente la norma sulla “*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*” (art. 131 bis c.p. introdotto dal Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28) con la quale è stata esclusa la punibilità di un fatto che, sebbene qualificabile come reato – in astratto – abbia arrecato un ***danno di particolare tenuità***.

La disposizione stabilisce, in particolare, al primo comma, che “*nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, **la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale***”.

La nuova disciplina è stata ritenuta di immediata applicazione anche nei processi (e procedimenti) in corso ⁽⁴²⁾.

Tale orientamento è stato confermato anche dalla dottrina, che già in uno dei primi commenti, ha ritenuto che, in quanto norma più favorevole, la nuova previsione di cui all’art. 131 bis c. p. fosse destinata a operare “*per tutti i procedimenti in corso e pure per i reati commessi prima della sua entrata in vigore*” ⁽⁴³⁾.

⁴² Sul punto si richiama Cass. pen. n. 15449 dell’8 aprile 2015 che risulta essere la prima decisione di legittimità pubblicata in argomento; in ordine alle questioni processuali connesse con l’introduzione della norma si rimanda a: Corbo e Fidelbo “*Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"* Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 27 Aprile 2015: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII_2015.pdf

⁴³ In questo senso G. SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, p. 20.

Il potere di sindacato che la norma attribuisce al Giudice, chiamato a esercitare un ruolo di ultima istanza, ha il precipuo fine di escludere l'intervento penale nei casi in cui la scarsa attitudine offensiva della condotta posta in essere appaia in concreto non meritevole di pena ⁽⁴⁴⁾.

Questa norma si pone in linea con la precedente introduzione in materia di responsabilità medica della c.d. legge Balduzzi, dal nome del suo relatore, attraverso la quale si è cercato di escludere la responsabilità penale del medico nel caso in cui lo stesso si sia attenuto alle linee-guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica ⁽⁴⁵⁾, lasciando, se del caso, in ipotesi di colpa lieve margine per il riconoscimento di un risarcimento civile.

Anche in questo caso, l'intervento del Legislatore è stato volto a sottrarre all'intervento penale tutta una serie di condotte di scarsa incidenza in termini di offensività, affidando al risarcimento del danno la funzione di ristorare l'eventuale pregiudizio subito dalla vittima della condotta ⁽⁴⁶⁾.

La norma espressamente stabilisce, infatti, che l'esimente penale non elide l'illecito civile, restando fermo l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c.⁽⁴⁷⁾.

⁴⁴ Per le prime applicazioni della disposizione si segnala tra i molti contributi: Alberti, *La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, 21 Maggio 2015, per la lettura integrale dell'articolo: http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/3940-la_particolare_tenuita_del_fatto_art_131_bis_tre_prime_applicazioni_da_parte_del_tribunale_d_i_milano/

⁴⁵ Si fa riferimento al d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1 (conv. dalla l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi))

⁴⁶ Sul tema si segnala: Pezzimenti, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, fasc. 1 pagg. 311 e ss.; Gorgoni, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno* (Nota a Trib. Milano sez. I civ. 17 luglio 2014; Trib. Milano sez. V civ. 20 febbraio 2015, n. 2336; Trib. Milano sez. I civ. 2 dicembre 2014, n. 1430) in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, fasc. 1 pagg. 173 e ss.; Riscato, *La cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?* (Nota a Cass. sez. V pen. 10 gennaio 2014, n. 660) in *Diritto penale e processo*, 2014, fasc. 4 pagg. 422 e ss.; Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?* in *Diritto penale e processo*, 2013, fasc. 2 pagg. 216 e ss.

⁴⁷ In questo senso cfr. Cass. civ. Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030 che in massima afferma il seguente principio: "L'art. 3 comma 1 del D.L. 13 settembre 2012 n. 158, conv. in L. 8 novembre 2012, n. 189 ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di colpa lieve, dove l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'esimente penale non elide, però l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La materia della responsabilità civile segue, tuttavia, le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico ma anche per quella cd. contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale", per il commento della sentenza cfr. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e Resp.*, 2013, fasc. 4, pagg. 367 e ss.

Un intervento che, sebbene in controtendenza rispetto agli interventi di politica criminale che si sono registrati in questi ultimi anni, va salutato con favore in quanto rientra nella logica, cui in più occasioni si è fatto cenno, di ridurre i casi di intervento della sanzione penale alle sole ipotesi in cui la gravità della condotta, valutata in termini di offensività, lo giustifichi.

1.6. Funzione compensativa della responsabilità civile – profilo economico

Per definire il piano della ricerca rimane da esaminare un ultimo profilo.

Interrogarsi sul riconoscimento di una funzione ultra compensativa della responsabilità civile impone, infatti, a nostro avviso, alcune riflessioni sull'assetto raggiunto dal "sistema del risarcimento del danno" in epoca post costituzionale.

Giulio Ponzanelli in un recente scritto sul problema della quantificazione del danno non patrimoniale ricordava come la responsabilità civile sia *"una responsabilità civile sempre più assicurativa e questo sia nei casi in cui esiste un obbligo legale, sia laddove, pur in assenza di un obbligo, le parti concludano un contratto di assicurazione"* evidenziando come *"il costo del risarcimento rimane a carico del danneggiante, conservando, quindi, tutto il suo impatto di deterrenza solo quando si colloca all'interno della franchigia contrattualmente prevista o quando supera il massimale previsto nel contratto o stabilito dalla legge"* ⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸Così Ponzanelli Giulio, *I danni punitivi*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2008, fasc. 2 pag. 28; dello stesso autore sul tema si segnalano fra gli altri: *Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale* (Nota a Cass. sez. III civ. 20 novembre 2012, n. 20292), in *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 2 pagg. 135 e ss.; *Tabelle, prova del danno e concezione unitaria del danno non patrimoniale* (Nota a Cass. sez. III civ. 17 aprile 2013, n. 9231) in *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 6 pagg. 597 e ss.; *L'art. 139 c.d.a. si applica anche fuori dal perimetro del codice delle assicurazioni? (in)certezze del tribunale di Milano* (Nota a Trib. Milano sez. V 2 maggio 2013; Trib. Milano sez. X 10 maggio 2013; Trib. Milano sez. X 23 maggio 2013) in *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 8-9 pagg. 896 e ss.; *Il controllo della cassazione sul "quantum" del risarcimento* (Nota a Cass. sez. III civ. 22 agosto 2013, n. 19402) in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 1 pagg. 31 e ss.; e da ultimo *"Quale danno? quanto danno? e chi lo decide poi?"* in *Danno e responsabilità*, 2015, fasc. 1 pagg. 71 e ss.

In buona sostanza, seguendo tale ricostruzione, il costo risarcitorio graverebbe per intero sulle imprese di assicurazione, le quali reperirebbero la provvista finanziaria per far fronte ai loro impegni solo con la raccolta dei premi.

Pertanto l'unico effetto realmente sanzionatorio potrebbe essere svolto solo da quella parte che ecceda l'indennizzo assicurativo, venendo in effetti a gravare sul singolo danneggiante.

In altri termini, non qualunque obbligo di risarcimento del danno "ultra-compensativo" potrebbe avere una funzione di deterrenza ma solo quello la cui parte ecceda la copertura assicurativa.

Ora, nel nostro ordinamento, molti autori riconoscono come l'assetto raggiunto dal sistema risarcitorio sia di fatto funzionale a permettere la riallocazione del rischio, trasfigurando il danno del singolo in un costo sociale⁽⁴⁹⁾.

Ragione per la quale è stato possibile configurare alcune ipotesi di responsabilità civile in termini di responsabilità oggettiva.

Naturalmente, o forse sarebbe meglio dire economicamente, tale sistema è sostenibile a patto che il danno rimanga ancorato a parametri certi (si pensi al sistema tabellare) o, in qualche modo, preventivabili, e così attuarializzabili.

Questo per dare la possibilità alle imprese, che poi sosterranno il costo del risarcimento, di calcolare i premi e valutare l'idoneità delle loro riserve finanziarie⁽⁵⁰⁾.

⁴⁹ Sul tema si segnalano tra i molti in particolare i contributi di: Belli, *La responsabilità oggettiva*, in *La Responsabilità Civile*, 2011, fasc. 5 pagg. 373 e ss.; Baffi, *Responsabilità "aggravata". Un'analisi giuseconomica* in *Danno e responsabilità*, 2011, fasc. 4 pagg. 345 e ss.; Maninetti, *Responsabilità oggettiva: come e perché* (Nota a Cass. sez. III 10 gennaio 2010, n. 713) in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 10 pagg. 923 e ss.

⁵⁰ Sebbene in termini di minore portata, ma questo problema si è registrato anche in tempi recenti nel momento in cui è stata pubblicata la sentenza con cui la Suprema Corte ha riconosciuto l'autonoma risarcibilità del c.d. danno da perdita della vita. Molte imprese di compagnie si erano, infatti, interrogate sulle modalità da adottare per far fronte, in primo luogo tramite un intervento sui premi, alla nuova posta risarcitoria. Il problema è stato immediatamente risolto dalla Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite che in modo lapidario ha escluso la compatibilità di una simile voce di danno con il nostro ordinamento, ribadendo la funzione meramente compensativa del risarcimento, riportando il tutto allo status quo ante.

Riconoscere alla responsabilità civile una funzione deterrente comporta quindi un altro problema, non solo dogmatico, ma di effettività.

Allargata, infatti, la maglia delle possibilità dei danni risarcibili al di fuori del parametro del determinabile, non sarebbe in alcun modo possibile per le compagnie di assicurazione preventivare l'entità dei danni risarcibili e ciò con evidenti conseguenze sulla tenuta finanziaria del sistema.

L'esame di un possibile diverso assetto della responsabilità civile dovrà, quindi, cercare di tenere conto anche di tale aspetto.

Solo incidentalmente, si ricorda come il più delle volte i danni punitivi anche nel sistema nordamericano vengano comminati nei confronti di imprese di dimensioni rilevanti, ed anzi quantificati avendo riguardo proprio alla natura del soggetto verso cui sono rivolte (⁵¹).

1.7. Il piano di ricerca

L'analisi svolta ha permesso di delineare tutti gli elementi che sono necessari a tracciare il piano di ricerca.

In primo luogo, ci ha permesso di individuare un quadro di riferimento, ossia, per quanto di nostro interesse, l'accentuarsi di profili non esclusivamente riparatori della responsabilità civile - che sembrano aprire la strada ad un processo di eticizzazione della stessa - e, di pari passo, l'esigenza - a causa della inefficienza dimostrata - di abbandonare la misura penale come strumento principe per la tutela dei diritti.

In questa chiave ci è stato possibile individuare quello che può essere l'obiettivo di questo studio: sperimentare se sia possibile trovare una alternativa allo

⁵¹ Sul tema della disciplina dei *punitive damages* si segnala in particolare Ponzanelli Giulio, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione philip morris della corte suprema americana*, (Nota a Corte Suprema degli Stati Uniti d'America 20 febbraio 2007 (Stati Uniti d'America - USA)) in *Il Foro italiano*, 2008, fasc. 3 pagg. 179 e ss.; e dello stesso Autore *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda* (Nota a App. Trento sez. distaccata Bolzano 16 agosto 2008) in *Danno e responsabilità*, 2009, fasc. 1 pag. 94; oltre che *I danni punitivi*, op.cit; Quarta, *L'esecuzione privata e l'effetto deterrente delle azioni private: una visione generale* in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2011, fasc. 1 pagg. 89 e ss.; Tesaro, *I "Punitive damages" nordamericani: un modello per il diritto italiano?* in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, fasc. 2 pag. 599

strumento penale riconoscendo una funzione sanzionatoria agli strumenti di diritto civile.

In particolare, lasciando da parte il problema delle c.d. pene private e delle misure sanzionatorie che al pari delle *astreinte* hanno una funzione deterrente diretta, in questa sede cercheremo di soffermare la nostra attenzione sulla possibilità di attribuire una funzione deterrente alla responsabilità civile.

Escluse tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva, appunteremo l'attenzione, in particolare, ai casi in cui nella commissione dell'illecito assuma un ruolo determinante il comportamento tenuto dal danneggiante, verificando il rapporto, se esistente, fra dolo e responsabilità civile.

Questo soprattutto perché, assumendo lo sguardo del penalista, il ricorso alla pena ha maggiori probabilità di successo laddove il comportamento segue ad un atto doloso: più alto è, infatti, il grado della componente volitiva dell'illecito, più è ragionevole pensare che la misura comminata – nella specie più precisamente il risarcimento del danno in sostituzione e/o in affiancamento alla misura penale – debba e possa costituire in senso lato una sorta di sanzione in grado di dissuadere e/o reprimere la condotta tenuta.

Rispondendo all'interrogativo posto alla fine del precedente paragrafo, restringere la ricerca in questi termini ha un ulteriore vantaggio.

Le ipotesi di atti illeciti connotati da volizione, o comunque da colpa grave, sono spesso esclusi dall'ambito di operatività della copertura assicurativa.

La maggior parte delle condizioni generali previste nei contratti di assicurazione esclude, infatti, l'obbligo di erogare un indennizzo a fronte di una condotta colposa o dolosa del soggetto assicurato.

Riconoscere la possibilità perciò che, in simili ipotesi, il risarcimento del danno si discosti dal paradigma compensativo non minerebbe in alcun modo la struttura in termini economici assunta dall'attuale sistema responsabilità civile.

Un breve inciso.

Sul punto è interessante il fatto che nel progetto di riforma del codice civile francese (⁵²), nella parte in cui si stabiliva la possibilità di riconoscere danni punitivi, espressamente era stato precisato come i danni punitivi non potessero essere oggetto di un contratto di assicurazione potendo venire altrimenti meno la funzione deterrente (⁵³).

Anche nel codice civile del Quebec c'è una espressa previsione a questo proposito.

Nella disciplina relativa ai criteri da prendere in considerazione per la determinazione del danno liquidabile a titolo di danni punitivi, si stabilisce espressamente che: assumono un ruolo determinante nell'operare la quantificazione del danno la gravità della colpa (i.e. dell'intento doloso) del danneggiante, e la presenza, ed eventualmente la misura, della copertura assicurativa ai fini di stabilire l'ammontare del danno punitivo liquidabile (⁵⁴).

Ultimo profilo, di non minore rilievo: gli illeciti connotati da una forte componente volitiva sono quelli che determinano una maggiore esigenza di giustizia.

A differenza delle ipotesi in cui viene in rilievo un comportamento colposo, o una responsabilità oggettiva, in questo caso, la commissione della violazione (in termini di lesione o di messa in pericolo) del diritto altrui si attua come esito di una scelta consapevole e determinata.

Comportamento questo che viene perciò stesso considerato come socialmente particolarmente riprovevole, ed avverso il quale è avvertita in modo più forte

⁵²Per i riferimenti al testo integrale si rimanda alle indicazioni di cui a nota 14

⁵³Cfr.Patti, op. cit, pag. 215

⁵⁴ Si riporta di seguito il testo dell'art.1621del Civil code of Québec, nella versione aggiornata al 01.08.2015: "*Where the awarding of punitive damages is provided for by law, the amount of such damages may not exceed what is sufficient to fulfil their preventive purpose. **Punitive damages are assessed in the light of all the appropriate circumstances, in particular the gravity of the debtor's fault, his patrimonial situation, the extent of the reparation for which he is already liable to the creditor and, where such is the case, the fact that the payment of the damages is wholly or partly assumed by a third person***"

http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991_A.html

l'esigenza che l'ordinamento sia in grado di adottare una risposta sanzionatoria più efficace.

Non ci resta, a questo punto, che avanzare nella ricerca.

CAPITOLO 2

IL DOLO NEL DIRITTO CIVILE: UN RUOLO POSSIBILE?

2.1. Gli illeciti di dolo e la funzione preventiva

Iniziamo la nostra analisi dagli illeciti di dolo.

Anzitutto chiariamo il perché si è scelto di focalizzare l'attenzione sui c.d. "illeciti di dolo".

Nel capitolo precedente si è cercato di illustrare quale è il fine della ricerca, ed in generale, sono state esaminate le ragioni per le quali può ritenersi conveniente per un penalista interrogarsi su strumenti e rimedi previsti da altre branche del diritto.

In questo capitolo proveremo invece a scandagliare alcuni istituti classici del diritto civile per verificare quali sono in concreto i margini per pensare ad una possibile alternativa di tutela civile al diritto penale.

Per fare questo prenderemo come punto di riferimento il sistema della responsabilità civile extracontrattuale.

I principi di diritto europeo della responsabilità civile stabiliscono che il risarcimento del danno da illecito aquiliano deve avere una finalità preventiva.

L'art. 10:101 rubricato "*natura e scopo del risarcimento dei danni*", dopo aver disposto che "*il risarcimento dei danni consiste nel pagamento di una somma di denaro per rimettere il danneggiato, nei limiti in cui il denaro possa, nella posizione che avrebbe occupato se l'illecito non fosse stato commesso*" stabilisce, infatti, che "*il risarcimento dei danni ha anche per scopo la prevenzione del danno*"⁽⁵⁵⁾.

⁵⁵Si riporta di seguito il testo dell'articolo citato art. 10:101 "*Nature and purpose of damages*": "*Damages are a money payment to compensate the victim, that is say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.*"; sul tema cfr. C. Castronovo e S. Mazzamuto, Manuale di diritto privato europeo, Giuffrè 2007, vol. 2 pagg. 213 e ss.

Per quanto in linea di principio tale affermazione possa ritenersi valida, non tutti gli ambiti della responsabilità extracontrattuale appaiono adatti ad assicurare una funzione preventiva.

Si pensi ad esempio all'ambito della responsabilità c.d. oggettiva o meglio per presunzione.

Assumere che una simile forma di responsabilità possa avere una funzione deterrente/preventiva sembra assai complicato.

In questi casi, infatti, l'assenza del presupposto della colpa è finalizzata proprio a garantire la vittima, sollevandola dalla più onerosa attività istruttoria che richiederebbe la prova della colpevolezza.

Pensiamo al caso tipico della responsabilità da cosa in custodia (art. 2050 c.c.).

Un caso classico: persona caduta su un marciapiede per la presenza di una lastra di ghiaccio riporta una frattura alla spalla.

Seguendo il regime probatorio fissato dall'art. 2043 c.c., la persona dovrebbe provare, per ottenere un risarcimento, che la sua caduta è imputabile ad una condotta colposa della pubblica amministrazione.

Impresa piuttosto ardua a ben pensarci.

Sarebbe necessario, infatti, individuare il soggetto responsabile, dimostrare che la lastra di ghiaccio si è formata ed è rimasta sulla strada proprio e a causa della mancata manutenzione (e non ad esempio per un nuovo abbassamento della temperatura), provare che con metodi, quali il continuo spargimento di sale sul manto stradale, sarebbe stato possibile evitare la formazione del ghiaccio e, ancora, che sarebbe stato onere dell'amministrazione provvedere a tale adempimento.

L'art. 2050 c.c.⁽⁵⁶⁾, alla cui disciplina ormai in modo pacifico è ricondotta la fattispecie, impone al contrario un'inversione dell'onere della prova, che sposta l'arduo onere probatorio in capo all'ente, sgravando la persona fisica alla quale basterà provare l'esistenza di un nesso di causa fra il danno subito (i.e. frattura alla spalla) e la cosa custodita (i.e. strada ghiacciata).

⁵⁶ Il testo dell'art. 2050 c.c. del codice civile così recita: “*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento del danno delle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito*”

Sarà perciò proprio il danneggiante a dover dare la prova del fatto che la persona è caduta per sua propria colpa e questo a prescindere dal suo buon operato, aspetto che passa, in una simile ricostruzione, in secondo piano (⁵⁷).

Un assetto così costruito della responsabilità più che ad uno scopo preventivo è chiamato a rispondere ad una funzione compensativa.

L'obbiettivo evidente è, infatti, quello di assicurare che le conseguenze dannose subite dalla persona – se non dalla stesse determinate – siano ripartite all'interno della comunità, in un meccanismo che gli economisti descriverebbero di “assicurazione collettiva”.

Storicamente l'elaborazione, che ha portato a laicizzare il sistema della responsabilità civile ed a favorire l'emersione del regime della responsabilità oggettiva attorno agli anni '70, ha trovato largo accoglimento anche nella legislazione di fonte comunitaria.

Ne è dimostrazione la disciplina sulla responsabilità del produttore nella quale la colpa non figura nei criteri di imputazione della responsabilità, e neppure nella prova liberatoria (⁵⁸).

Anche in questo caso il meccanismo di imputazione oggettiva più che rispondere a fini di deterrenza sembra improntato ad assicurare alla collettività un efficace strumento di ristoro.

Questo perché in primo luogo la responsabilità diretta del produttore permette di avanzare la domanda verso ad un soggetto – molto probabilmente – più solvibile, ossia

⁵⁷ Vedi fra le molte v. Cass. 28.05.2012, n. 8451 la cui massima recita “*In tema di responsabilità per esercizio di attività pericolosa la presunzione di colpa a carico del danneggiante posta dall'art. 2050 c.c. presuppone il previo accertamento dell'esistenza del nesso eziologico - la cui prova incombe al danneggiato - tra l'esercizio dell'attività e l'evento dannoso, non potendo il soggetto agente essere investito da una presunzione di responsabilità rispetto a un evento che non sia a esso in alcun modo riconducibile. Quanto alla colpa - contemporaneamente - incombe sull'esercente l'attività pericolosa l'onere di provare di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno. Tali principi sono applicabili anche in tema di danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali, ai sensi dell'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 196 del 2003.*”

⁵⁸ Sul punto v. da ultimo Baldassarre Camilla, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, (Nota a Cass. sez. III civ. 29 maggio 2013, n. 13458; Cass. sez. III civ. 6 agosto 2013, n. 18654; Cass. sez. III civ. 22 agosto 2013, n. 19414) in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 5 pag. 502

il produttore stesso, evitando di dover prima risalire tutti i gradini della catena di acquisti.

In secondo luogo poiché tale forma di responsabilità, riconoscendo in capo al produttore una presunzione di responsabilità, con modalità non dissimili da quelle della responsabilità oggettiva sopra esaminata, facilita di molto l'onere probatorio in capo al danneggiato.

L'effettiva imputabilità ad una condotta colposa del danneggiante, viene, anche in questo caso, posta in secondo piano, al fine, ritenuto meritevole dall'ordinamento, di assicurare uno strumento di ristoro al consumatore, giudicato – come realmente è nella maggior parte dei casi – parte economicamente debole del rapporto.

In nessuno di questi casi, sembra opportuno pertanto attribuire una funzione sanzionatoria all'illecito.

Un altro campo che va escluso dallo spettro di indagine è quello della responsabilità da c.d. “*contatto sociale qualificato*”⁽⁵⁹⁾.

In questa materia si sta registrando, infatti, un progressivo abbandono dalla responsabilità civile extracontrattuale a favore della responsabilità contrattuale al - non troppo celato - fine di, ancora una volta, favorire la tutela del danneggiato attraverso l'inversione dell'onere della prova⁽⁶⁰⁾.

La conclusione è abbastanza scontata.

Trovando applicazione il diverso regime della responsabilità contrattuale, non sarà più onere del danneggiato provare il fatto, la sua imputabilità, la commissione con dolo o colpa, ed il nesso causale fra tale fatto e il danno lamentato, ma solo, e molto più semplicemente, allegare il titolo su cui si fonda il rapporto (che sia un contratto di

⁵⁹ Sul tema v. da ultimo il recente studio monografico di A. Santoro, *La responsabilità da contatto sociale, Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè 2012

⁶⁰ Sul tema v. Franzoni Massimo, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, fasc. 9 pag. 1693 – 1702; Iannone Roberto Francesco, *La responsabilità da contatto sociale dell'insegnante nelle ipotesi di danno autoinferto dall'alunno*, (Nota a Cass. sez. III civ. 26 aprile 2010, n. 9906) in *La Responsabilità Civile*, 2010, fasc. 12 pag. 845 – 848; Albi Pasqualino, *Divieto di interposizione e responsabilità del contatto sociale*, (Nota a Trib. Pisa sez. lav. 10 luglio 2009, n. 268; Trib. Pisa sez. lav. 20 luglio 2009, n. 339) in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, fasc. 1 pag. 17 – 22; Mastroianni Annachiara, *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*, (Nota a Cass. sez. I civ. 14 luglio 2009, n. 16382) in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 3 pag. 268 – 272; Greco Tiziana, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, (Nota a Cass. sez. un. civ. 26 giugno 2007, n. 14712) in *Danno e responsabilità*, 2008, fasc. 2 pag. 178 – 183

fatto, o, un rapporto che trova giustificazione nell'affidamento ingenerato, poco importa), e l'inadempimento, restando a carico del danneggiante l'onere di fornire la prova liberatoria.

Molti sono i settori in cui si sta assistendo a questo processo migratorio, basti pensare, fra i più evidenti e di maggiore impatto economico sociale, al danno cagionato dal medico ospedaliero e/o dall'ospedale, o ancor più di recente, al danno ricondotto alla c.d. "responsabilità provvedimento della p.a."

In tutti questi casi si può dire che il "contatto sociale qualificato" costituisce il "fatto" fonte dell'obbligazione, con la conseguenza che il contatto qualificato viene a sostituirsi al fatto illecito, inteso come il fatto doloso o colposo del responsabile (61).

A fronte di una simile sostituzione sembra perciò inutile indagare sulla possibilità in questo campo di pensare ad una funzione repressiva della responsabilità civile.

⁶¹ Si ricorda l'importante arresto della Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite sul punto: "la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti). In quest'ottica deve esser letta anche la disposizione dell'art. 1173 c.c. che classifica le obbligazioni in base alla loro fonte ed espressamente distingue le obbligazioni da contratto (da intendersi nella più ampia accezione sopra indicata) da quelle da fatto illecito. Si potrebbe in verità anche sostenere - ed è stato sostenuto - che la nozione di obbligazione contrattuale contenuta in detto articolo ha una valenza più ristretta, e che le obbligazioni derivanti dalla violazione di specifiche norme o principi giuridici preesistenti ricadono nell'ulteriore categoria degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, cui pure la medesima norma allude. Piuttosto che obbligazioni di natura contrattuale le si dovrebbe insomma definire obbligazioni ex lege. La questione sembra avere, in verità, un valore essenzialmente classificatorio, giacché in linea generale il regime cui sono soggette tali obbligazioni ex lege non si discosta da quello delle obbligazioni contrattuali in senso stretto. Ma, comunque, tenuto conto del carattere assai vago della definizione adoperata per individuare siffatta ulteriore categoria di obbligazioni (essendosi peraltro i redattori del vigente codice civile espressamente rifiutati sia di ripetere la preesistente espressione di obbligazioni derivanti dalla legge, sul presupposto che tutte le obbligazioni si fondano sulla legge, sia di evocare le antiche figure del quasi contratto e del quasi delitto, prive di un reale contenuto determinato), e considerate le difficoltà in cui la stessa dottrina si è sempre trovata nell'interpretare questa espressione normativa (che taluno non ha esitato a definire "sgangherata"), appare probabilmente preferibile circoscriverne la portata alle sole obbligazioni che con sicurezza ne costituiscono la base storica: quelle integranti la cosiddetta responsabilità da fatto lecito - in primis la responsabilità derivante dalla gestione di affari altrui o dall'arricchimento privo di causa - la quale ne presuppone l'inesatto adempimento di un obbligo precedente (di fonte legale o contrattuale che sia) e dipende da comportamenti illeciti in danno altrui." Cass. sez. un. civ. 26 giugno 2007, n. 14712; queste considerazioni ci aiuteranno a meglio comprendere anche le osservazioni svolte nei paragrafi successivi sulla genesi della formulazione dell'art. 2043 c.c.

Se, infatti, la condotta della persona viene relegata ad un ruolo di mera comparsa nel riconoscimento del risarcimento del danno, diventerebbe una contraddizione in termini quella di ravvisare una funzione repressiva del rimedio laddove la sua applicazione non ha ad oggetto un comportamento colpevole.

In questi casi, l'eventuale riconoscimento del dolo potrebbe assurgere, più che ad elemento costitutivo della fattispecie, eventualmente a circostanza adatta a mitigare l'onere della prova, ovvero ad aumentare, aggravandola, la quantificazione del risarcimento del danno (*in species* di danno non patrimoniale).

In definitiva, e per concludere, esclusi i due grandi filoni della responsabilità della responsabilità extracontrattuale di natura cd. oggettiva e della responsabilità c.d. da contatto sociale qualificato, non ci resta che indagare su quel che rimane del sistema della responsabilità aquiliana⁽⁶²⁾.

Si è già in più occasioni evidenziato quello che è un dato di esperienza delle società moderne, oltre che un arresto fondamentale del moderno stato di diritto: uno strumento rimediale per poter assumere una efficace finalità preventiva deve tendere alla repressione di una condotta colpevole e consapevole.

Se così è, allora diventa un presupposto necessario, per poter riconoscere una finalità afflittiva alla misura, qualunque essa sia – e sul punto molti sono gli insegnamenti della scienza penalistica - che la stessa cada su condotte connotate da dolo o colpa grave, e dove, per l'appunto a causa di ciò, la colpevolezza assume un carattere di spicco fra gli altri elementi della fattispecie.

In questo senso, in un suo scritto sulla antigiuridicità nell'illecito civile, Franzoni concludeva affermando che: *“Tanto maggiore è la rilevanza dell'elemento soggettivo, quanto maggiore può essere la finalità preventiva. In altri termini più alto è il grado*

⁶² Secondo alcuni studiosi si può parlare di funzione preventiva della responsabilità civile anche nel caso in cui sia introdotta una deroga alla regola della solidarietà (art. 2055 c.c.) poiché questa tecnica è utilizzata talvolta per valorizzare maggiormente l'elemento soggettivo dell'illecito: così Franzoni, *L'antigiuridicità del comportamento*, in (Relazione al convegno "La funzione deterrente della responsabilità civile", Siena, 19 settembre 2007) Atti raccolti da P. Sirena, Giuffrè 2011, pag. "La funzione deterrente della responsabilità civile", pag. 76

della componente volitiva nell'illecito quanto più è ragionevole pensare che il risarcimento possa costituire in senso lato una sorta di sanzione per la condotta tenuta.” ⁽⁶³⁾.

In una considerazione di più ampio respiro lo stesso Autore evidenziava come *“Il conflitto creato con l'evento lesivo non si risolve solo con l'applicazione comunemente fatta della clausola generale della ingiustizia [...] oltre a questo occorre anche considerare che la risarcibilità dipende dalla presenza del dolo o della colpa grave. L'intenzione di nuocere o la negligenza macroscopica fungono da ulteriori criteri per consentire lo spostamento patrimoniale che si verifica con il risarcimento.”*⁽⁶⁴⁾.

L'area di analisi sarà perciò limitata al sistema della responsabilità in relazione a illeciti caratterizzati da intenzione dell'autore.

2.2. Una idea comune

Partiamo da una constatazione: il termine dolo è utilizzato trasversalmente in diverse branche del diritto.

Oltre al concetto classico di dolo di cui all'art. 43 c.p., abbiamo il dolo come vizio della volontà contrattuale, il dolo nella commissione degli atti illeciti, forme di dolo che vengono ricondotte al concetto di mala fede o addirittura a quello di frode ⁽⁶⁵⁾.

Soffermiamoci un attimo a tracciare una breve panoramica di quelle che sono le norme che in diritto civile danno risalto in maniera più o meno diretta all'elemento del dolo.

Questo ci aiuterà ad inquadrare il problema con una più precisa cognizione di causa.

⁶³ Franzoni, L'antigiuridicità del comportamento, op. cit. pag. 89

⁶⁴ Franzoni, L'antigiuridicità del comportamento, op. cit. pag. 87

⁶⁵ Per una panoramica sul tema cfr. di recente Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, cit. 335 ss.

Per fare questo quadro prenderemo a riferimento gli esiti della monografia più completa che ad oggi è stata scritta su questo tema: la monografia di Cendon sul dolo nella responsabilità extracontrattuale del 1976, ed alcuni scritti, alla stessa successivi, curati dallo stesso autore (⁶⁶).

Cendon, nelle premesse del suo lavoro, traccia in modo trasversale, muovendosi fra il codice di rito e le leggi speciali, un vasto quadro di fattispecie dove l'elemento del dolo viene in rilievo.

Una prima categoria di ipotesi è individuata nelle fattispecie in cui da un lato la norma fa espressa menzione del "dolo", o vengono usati termini allo stesso affini come "doloso", "volontario", "intenzionale", oppure sono richiamati elementi psicologici quali frode, concussione o simili, e, dall'altro, viene espressamente posto a carico dell'agente – che "dolosamente" abbia operato - l'obbligo risarcitorio.

All'interno di questa categoria l'Autore iscrive fattispecie come l'art. 2236 c.c. che stabilisce il limite della responsabilità del professionista nel caso in cui sia chiamato a risolvere problemi di speciale difficoltà; l'art. 414 del codice navale che detta il regime di responsabilità di un vettore marino che effettui un trasporto a titolo amichevole; l'art. 60 c.p.c. che fissa i limiti della responsabilità del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario che abbiano compiuto un atto nullo.

Sono richiamati in questa categoria anche ipotesi dettate per tutta un'altra serie di soggetti investiti di una pubblica funzione (impiegati civili dello stato artt. 21 e 22, T.U. n.3 del 10.01.1957; impiegati dei comuni, delle province e dei consorzi e di istituzioni analoghe, art. 261 T.U. n. 383 del 03.03.1934; amministratori ed impiegati delle istituzioni pubbliche di beneficenza art. 12, r.d. 30.12.1923, n. 2481; dipendenti degli enti locali della regione Sicilia art. 250, d. lg.p. n. 6, 29.10.1955; operai dello Stato,

⁶⁶ Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli 1976, pag. da 21 a 75 cui si rinvia per una più ampia illustrazione delle singole fattispecie anche con riferimento alle note bibliografiche indicate nel testo; sul tema cfr. anche *Dolo, (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in Digesto civ., vol. VII, pagg. da 29 a 44; dello stesso autore in collaborazione con altri Cendon - Gaudino, *Il dolo*, in La responsabilità civile a cura di Alpa e Bessone, Utet 1987, vol. I, pagg. da 63 a 136; *Gli illeciti di dolo*, in La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza, Giuffrè 1988, pagg. da 389 a 471.

militari, agenti di pp. ss., guardia di finanza che abbia arrecato un danno alla guida di un autoveicolo, art. 1, l. n. 1833 del 31.12.1962).

Un secondo gruppo di fattispecie che l'Autore individua è costituito da tutte le ipotesi nelle quali, sebbene non venga fatto espresso riferimento al dolo nella descrizione della fattispecie, la fattispecie possiede più o meno direttamente tutte le sue caratteristiche sostanziali.

Tra queste, in primo luogo vi sono i casi in cui il risarcimento è posto a carico di chi abbia agito in "malafede", come avviene per il dolo/raggiro previsto dall'art. 1440 c.c., alla cui ricorrenza può seguire l'annullamento del contratto, oppure nei confronti del proprietario che abbia autorizzato sul proprio suolo piantagioni o costruzioni effettuate con materiali di un terzo (art. 937, 3 co. c.c.), ovvero, ancora, a carico del creditore che sottoponga a vendita o ad assegnazione forzata una cosa mobile appartenente a soggetti diversi dal suo debitore (artt. 2920, 2925 c.c.), o, da ultimo, nei confronti del soccombente nel processo civile il quale abbia agito in mala fede (art. 96 c.p.c.⁽⁶⁷⁾).

In materia di diritti reali – sebbene oggi giorno di fatto alla norma venga data dalla giurisprudenza una portata più generale- viene richiamata l'ipotesi dei c.d. atti emulativi (art. 833 c.c.).

Atti che il Legislatore qualifica e sanziona in quanto e solo qualora siano stati posti in essere al esclusivo fine di "nuocere o di recare molestia ad altri"⁽⁶⁸⁾.

Viene da ultimo ricordato in questa categoria anche l'art. 129 bis c.c., che impone al coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, i vizi del quale (artt. 117 e ss.) comportamenti improntati a dolo o mala fede, l'obbligo di corrispondere un'indennità a carico dell'altro coniuge in buona fede.

Una terza categoria di fattispecie che viene identificata dall'Autore è quella delle ipotesi in cui il dolo è destinato ad operare solo in via residuale, nello spazio lasciato vuoto da altre forme di tutela.

⁶⁷ A proposito dell'art. 96 c.p.c. si è già trattato della modifica e dell'incidenza della diversa graduazione della responsabilità processuale aggravata nel capitolo precedente al par. 3

⁶⁸ Così espressamente il dato normativo.

In altri termini, spiega lo stesso l'Autore, queste previsioni si caratterizzano in quanto l'elemento del dolo (da intendersi in senso lato) risponde al "*l'opportunità di evitare che certe disposizioni di legge, in seguito a un'affermazione indiscriminata di responsabilità, si trovino ad essere svuotate di significato pratico, unitamente alla considerazione che il danno provocato da un comportamento contro il quale l'offeso non è già autorizzato a reagire direttamente, non può dirsi ingiusto ai sensi dell'art. 2043[...] così solo se in malafede si può ritenere che debba rispondere dei danni arrecati*"⁽⁶⁹⁾.

A questa categoria sono ricondotte dall'Autore ipotesi come quelle relative alla responsabilità per danni arrecati al proprietario, da parte del possessore (art. 1148 c.c.), dell'erede apparente (art. 534), dell'acciepiens indebiti (art. 2033), e ancora dell'erede del depositario (art. 1776), i primi due anche in buona fede, ove questa sia viziata da colpa grave⁽⁷⁰⁾.

Ulteriori fattispecie nelle quali la responsabilità è limitata ai soli casi di dolo o mala fede sono rivenute per: la violenza e il dolo nel caso di atto annullabile (art. 1440 c.c.), la conoscenza dello stato di pericolo o l'essersi approfittati dello stato di bisogno per il contratto rescindibile (art. 1448), la scienza del pregiudizio, o la dolosa preordinazione per il trasferimento revocabile (art. 2901 c.c.).

Così sarà pure necessaria la malafede nei casi di cui agli artt. 423, 2 c. (contratto di cui sia parte un incapace); art. 936 c.c. (opere realizzate da un terzo sul fondo altrui con materiali propri); art. 938 c.c. (occupazione di porzione di fondo attiguo); art. 1349 c.c. (determinazione dell'oggetto del contratto rimessa al mero arbitrio del terzo); art. 48 della legge sui marchi (per l'ipotesi in cui il marchio brevettato sia tale da potersi confondere con un altro distintivo di merci dello stesso genere, o contenga il nome o il ritratto di persone); sarà necessaria la frode nelle ipotesi di cui agli artt. 765 c.c. (vendita del diritto ereditario fatta dal coerede); art. 926 c.c. (colombi, conigli e pesci attirati in un'altra colombaia, conigliera o pescheria); art. 1505 c.c. (opponibilità al venditore che abbia esercitato il diritto di riscatto); art. 1606 c.c. (opponibilità delle

⁶⁹ Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op. cit. pag. 33

⁷⁰ Per l'esame di queste fattispecie cfr. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet 1959.

locazioni concesse nel caso in cui il diritto del locatore si sia estinto con effetto retroattivo); come pure il dolo nella situazione di cui all'art. 2941, n. 8, c.c. (sospensione della prescrizione in caso di occultamento del debito da parte del debitore), e nei casi disciplinati dall'art. 395, nn. 1 e 6 c.p.c. (sentenze revocate per dolo di una delle parti in danno dell'altra, o per dolo del giudice), e dall'art. 404, 2 co., c.p.c. (opposizione del terzo contro la sentenza che sia stata effetto di dolo o collusione a suo danno).

Un quarto gruppo è individuato dall'Autore nelle norme in cui il richiamo all'elemento del dolo è funzionale ad assicurare che le conseguenze della condotta sia interamente addebitate a colui che ha arrecato la lesione.

In particolare fra queste è menzionato l'art. 1229, 1 co. c.c. in forza del quale “è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave”, responsabilità da intendersi sia in senso contrattuale che extracontrattuale; l'art. 1971 c.c. che esclude da ogni copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi, i “danni derivanti da fatti dolosi”; analogamente anche l'art. 1900 c.c. stabilisce che “l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, salvo patto contrario per i casi di colpa grave”.

E ancora nello stesso senso, sono richiamate, nella normativa speciale, alcune fattispecie previste dal codice della navigazione, ed in particolare: l'art. 943 (che disciplina le ipotesi di risarcimento del danno nel trasporto aereo di persone per i danni subiti dalle persone trasportate), l'art. 944 (che disciplina i danni subiti dalle persone trasportate in relazione ai bagagli), l'art. 952 (dettato sul trasporto marittimo di cose), l'art. 971 (sulla responsabilità dell'esercente dell'aeroplano per danni a terzi sulla superficie o per danni da urto), l'art. 977 c.c. (che disciplina la responsabilità in ipotesi di urto fra aeroplani in volo e fra aeroplani e navi).

In conclusione, merita menzione un'ultima categoria di ipotesi il cui collegamento con l'elemento del dolo non è dato tanto dalla presenza di un richiamo

nel dato normativo, quanto piuttosto dal modo in cui vengono applicate le fattispecie dalla giurisprudenza.

Si tratta, per lo più, di fattispecie in relazione alle quali, pur in assenza di uno specifico indice normativo, la giurisprudenza tende a subordinare il riconoscimento della responsabilità alla prova dell'esistenza di un comportamento doloso (⁷¹).

Fra le fattispecie classiche, la letteratura ricorda la seduzione con promessa di matrimonio, la doppia alienazione immobiliare, la partecipazione del terzo alla lesione di un diritto di credito, la concorrenza sleale con particolare riferimento allo storno di dipendenti, la denuncia infondata, la falsa testimonianza, l'ingiuria e la diffamazione, la lesione del possesso (⁷²).

Così in particolare, nei casi in cui la fattispecie appare modellata su quella prevista da una norma penale, come ad esempio nel caso sopra menzionato della denuncia non fondata, che trova una norma corrispondente nella simulazione di reato o nella calunnia; oppure dell'ingiuria e della diffamazione, viene richiesta, benché ciò non sia espressamente previsto da alcuna norma la prova di un vero e proprio “*animus nocendi*”.

Ancora, in figure come quelle della partecipazione del terzo alla lesione di un diritto di credito “*si esige comunemente che egli sia stato complice del lavoratore nel dello storno del dipendente; si pretende la sua malafede in quello di violazione di un patto di esclusiva o di una promessa di vendita; un accordo fraudolento con il dante causa o la conoscenza del primo negozio sono richiesti affinché si possa agire contro*

⁷¹ In giurisprudenza fra le altre cfr. Cass., 2012.2007, n. 26961, in Mass. 2007, 2033; T. Torino, 21.11.2003, in Dir. Turismo, 2007, pag. 62; App. Milano, 5.11.2005, in Foro Padano, 2006, I, 233; Cass. 8.7.1993, n. 7493, in Resp. Civ. e prev. 1995, pag. 949; Cass. 10.08.1991, n. 8733, in Giur.it. 1992, vol. I, 1, pag. 1108 e ss.; e più risalente Cass. 27.11.1986, n. 6994, in NGCC, 1987, parte I, pag. 614 e ss.

⁷² De Giorgi, *La seduzione con promessa di matrimonio*, in Foro it., 1970 I, 2, par. 279; Caferra, *La seduzione con promessa di matrimonio tra diritto e ideologia*, in Giur. It. 1976, I, 2, pag. 707 e ss. e dello stesso Autore, *La seduzione con promessa di matrimonio: una fattispecie in via d'estinzione*, in Giur. It. 1982, I, 2, pag. 120 e ss.; Bonilini, *In tema di responsabilità civile per seduzione*, in Resp. Civ. e prev. 1977, pag. 70 e ss.; Finocchiaro, “*Seduzione con promessa di matrimonio*” e giurisprudenza semiprogressista, in Giur. It. 1977, I, 2, pag. 47; Tamponi, *La tutela civile della donna sedotta con promessa di matrimonio*, in Giur. It. 1977, pag. 2002 e ss.; Referza, *Donna oggetto, pregiudizio risarcibile, seduzione con promessa di matrimonio*, in RTDPC 1978, pag. 1332 e ss.; De Cupis, *In tema di seduzione con promessa di matrimonio*, in Giur. Mer. 1983 pag. 937; Scardulla, *E' ancora risarcibile ex art. 2043 c.c. il danno da promessa di matrimonio?* In Giur. Mer. 1983 pag. 937.

colui che ha frustrato l'acquisto di un diritto personale di godimento (art. 1380 c.c.), o contro colui che ha trascritto per primo il proprio acquisto di un immobile già venduto in precedenza ad altri".

Una simile ricostruzione farebbe pensare che gli illeciti di dolo siano fattispecie tutt'altro che marginali nel nostro ordinamento.

Questa, che sembrerebbe una semplice constatazione, si è tuttavia scontrata per molti anni con il "dogma" dell'equivalenza fra dolo e colpo sancito dall'art. 2043 c.c., che non differenzia in alcun modo tra illeciti di colpa e illeciti di dolo, e che ha giustificato per molti anni un disinteresse della dottrina sull'argomento.

2.3. La visione tradizionale

Nella trattazione manualistica tradizionale si riserva nel diritto civile al tema del dolo una posizione marginale ⁽⁷³⁾.

Generalmente il problema viene risolto, infatti, da un lato invocando una generale equiparazione fra dolo e colpa (che troverebbe conferma nel testo dell'art. 2043) e, dall'altro, per quanto di rilievo, facendo appello alla nozione che del dolo è data dal codice penale.

La ragione dello scarso interesse dimostrata fino a tempi recenti al tema del dolo, rispetto agli altri criteri di imputazione della responsabilità, è stata ricondotta in diversa misura alla "forse minor frequenza nella casistica, alla minore capacità di fascino intellettuale rispetto alla colpa, al minor grado di problematicità rispetto alla colpa" ⁽⁷⁴⁾.

Del disinteresse alla tematica del dolo in ambito civilistico si leggono le tracce anche in giurisprudenza.

In una sentenza penale non molto datata, la Cassazione aveva affermato: "l'art. 2043 c.c. delinea una fattispecie a struttura complessa, qualificata dall'atipicità

⁷³ Sul tema si ricorda Trabucchi, *Il Dolo (dir. civ.)*, in Noviss. Digesto, 1960 vol. IV; Funaioli, *Dolo (dir. civ.)*, in ED, vol. XIII, pagg. 738 – 750; Puccini, *Il dolo civile. Configurazioni e limiti*, Giuffrè 1970; più recente v. Visintini, *Danno risarcibile*, op. cit. 335 ss.; Monateri, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3. La responsabilità civile, pag. 133 e ss.

⁷⁴ In questi termini: Alpa, *Dolo, colpa, rischio, imputabilità, causalità*, in La responsabilità civile. Parte generale, a cura di Guido Alpa, Utet 2010, cap. 7, pag. 250

dell'illecito civile ed indifferente all'individuazione del criterio soggettivo di imputazione della responsabilità poiché tutta la normativa civilistica sui fatti illeciti è ispirata al principio di equivalenza tra dolo e colpa in ordine alla conseguenze del fatto dannoso. Pertanto è irrilevante stabilire se un illecito, fonte di responsabilità civile oltre che penale, sia imputabile a titolo di dolo ovvero di colpa, poiché in entrambi i casi sussiste l'obbligo di risarcire il danno” (75).

Per la verità anche in questo clima non sono mancati spunti interessanti sull'argomento (76).

In una importante voce enciclopedica Carlo Alberto Funaioli descrive il dolo “civile” come *“l'intenzione, o meglio il volontario comportamento (l'atto), di recare torto ad altri; non soltanto generica mala fede ma azione intenzionale e specifica (77) valutata eticamente.”*

Questo a dire dell'Autore risponderebbe ad un principio già affermato nel diritto romano: *“Così i Romani contrapponevano dolus generalis a dolus specialis consistente quest'ultimo in un'attività ingannatoria (la cui volontarietà si contrappone alla colpa). E con riguardo a tale attività si afferma che il dolo dà luogo ad un atto illecito, o meglio anti giuridico, che in antico si considerava vero e proprio delitto privato (78)”*.

La specialità del dolo dovrebbe allora essere identificata nella sua attitudine a trasformare dei “semplici” atti illeciti in veri e propri “delitti privati”.

In altri termini, la tesi che Funaioli nel suo scritto sostiene è che il concetto di dolo, sebbene utilizzato con varie sfumature ed in applicazione alle fattispecie più diverse, è in ogni caso rappresentazione di un unico fine, comune a tutte le ipotesi in relazione alle quali viene messo in rilievo, ossia specificare un *“comportamento sleale*

⁷⁵ Cass. pen., sez. V, 15.09.93, in Mass. Pen. Cass., 1993, fasc. 12, 1.

⁷⁶ Precedenti a trattazioni di più ampio respiro quali lo studio monografico cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo curato da Cendon, Il dolo nella responsabilità extracontrattuale, op. cit., e a cui verrà fatto riferimento in più occasioni nel presente capitolo.

⁷⁷ Il dolo dovrebbe essere valutato in senso oggettivo e ne sarebbero manifestazione il dolo vizio nel contratto, causa di annullabilità, e il dolo che è causa di revocazione nelle sentenze civili. In questo senso, si veda un'altra importante voce enciclopedica curata da Trabucchi, Il dolo, in Novissimo Digesto, vol. VI, 196, pag. 150.

⁷⁸ Così Branca, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, 1955, pag. 76.

e illecito qualificato da un punto di vista etico e sociale” e per questo caratterizzato da un particolare grado di anti giuridicità.

Il nucleo del concetto “unitario” del dolo viene, più precisamente, ravvisato *“nell’intenzione di fare torto ad altri (elemento psicologico), recando ad essi nocimento o inducendoli in errore (animus decipiendi), e consiste nel comportamento che a tale intenzione è relativo, valutato da un punto di vista etico come socialmente riprovevole (slealtà di condotta nei rapporti con altri soggetti); e perciò il dolo così inteso è condannato quale illecito dall’ordinamento giuridico (e costituisce una condotta contraria al diritto in quanto violazione di un obbligo specifico come nei contratti o del dovere generico di neminem laedere”.*

In questa definizione si avverte un rimando, più o meno consapevole, al principio di offensività.

Doloso, anche nel diritto civile, viene per l’Autore ad essere infatti un illecito che è destinato a essere giudicato dall’ordinamento in termini più severi, proprio per la particolare gravità della condotta dovuta al maggior grado di colpevolezza.

La definizione, ripulita dai connotati di stampo prettamente etico, sembra giustificare infatti la severità della pena, nella specie civile, proprio in ragione del fatto che viene avvertito come più riprovevole un illecito che è stato mosso da un’intenzione specifica.

Ed è proprio in questi termini che l’Autore precisa come *“la figura generale di dolo non va studiata solo come vizio nella formazione dei negozi giuridici [...] ma ha rilevanza invece anche in altre ipotesi in cui lo stesso concetto e la struttura del dolo vengono in considerazione sotto diversi profili, a seconda delle finalità delle varie forme di tutela perseguite dalla norme sul terreno civile, penale processuale”*⁽⁷⁹⁾.

Un concetto di illecito doloso che fuoriesce dunque dal solo campo contrattuale, per assumere un più ampio ed autonomo ruolo.

⁷⁹ Funaioli, *Dolo*, op. cit., pag. 741.

Facile commentare che una simile lettura incrina non poco il dogma dell'equivalenza che è stato, o almeno è parso essere per molto tempo, tratto dall'art. 2043 c.c..

2.4. La genesi dell'art. 2043 c.c. e del c.d. principio di equivalenza

Il codice civile del 1865 non menzionava espressamente il dolo nella definire l'illecito (artt. 1151 e 1152 c.c.)⁽⁸⁰⁾.

Fu solo il Legislatore del 1942 ad introdurre un formale riferimento al dolo nella definizione di atto illecito: “*qualunque fatto doloso o colposo*” (art. 2043 c.c.).

Dai lavori preparatori sembra di capire, tuttavia, che tale distinzione, sebbene introdotta ex novo, non fosse parsa una distinzione fondamentale.

In un passo della lavori si legge, infatti “*esso (cioè l'art. 2043) riassume gli artt. 1151 e 1152 del codice attuale e fa riferimento espresso al dolo con una sintesi riassuntiva dei diversi gradi di colpa. In sostanza – riprendono i lavori preparatori – non vi è alcuna diversità di formulazione mentre il concetto unitario resta fermo”⁽⁸¹⁾.*

Allo stesso tempo molte delle leggi speciali, nelle quali viene ora richiamata la figura del dolo, direttamente od indirettamente, che sono state in parte sopra richiamate, mancano di un esplicito corrispondente nella legislazione italiana precedente all'emanazione dell'attuale codice.

La figura del dolo ricopriva un ruolo marginale nel precedente assetto normativo.

In realtà la sola giustificazione dell'introduzione del dolo nella definizione di illecito aquiliano del codice del 42' ⁽⁸²⁾ è stata trovata dagli studiosi nel binomio fra

⁸⁰ La mancata menzione del dolo nell'illecito segue il solco tracciato dalla tradizione francese come vedremo nel prossimo paragrafo.

⁸¹ In questo senso v. Verbale n. 12, in *Atti della commissione delle assemblee legislative chiamate a dare il proprio parere sul progetto del codice civile*, Libro delle obbligazioni, Zanichelli, 1940, p. 168; testo cui fa riferimento lo stesso Cendon nella sua voce enciclopedica, *Il dolo*, op. cit. pag. 35.

⁸² Si ricorda che come si avrà modo di esaminare nel prossimo paragrafo l'elemento del dolo è del tutto assente nella definizione che il code Napoléon dava di illecito all'art. 1382

“delitti”⁽⁸³⁾ e “quasi delitti”⁽⁸⁴⁾ che costituiva il titolo della parte dedicata alla responsabilità civile nel codice del 1865⁽⁸⁵⁾.

Sulla base della precedente definizione, gli interpreti erano, infatti, soliti identificare nel delitto il comportamento doloso, e nel quasi-delitto il fatto colposo⁽⁸⁶⁾.

Sebbene l'introduzione di tale distinzione fosse stata in passato giustificata dalla volontà di tenere viva una distinzione propria del diritto romano, nell'età contemporanea all'emanazione del codice, la stessa distinzione era divenuta priva di significato poiché di fatto, ai due distinti sostantivi, che avrebbero dovuto descrivere due autonome fattispecie di illecito, veniva applicata la medesima disciplina con le stesse conseguenze giuridiche.

L'abbandono, peraltro, della distinzione della distinzione fra delitti e quasi delitti aveva allora trovato un riscontro anche nelle altre codificazioni europee.

Nel BGB del 1900 si era preferito introdurre un titolo unico, e così anche nel codice svizzero delle obbligazioni del 1911⁽⁸⁷⁾.

In definitiva se prima il dolo connotava sub specie di sostantivo, ma innominato, un tipo autonomo e distinto di torto aquiliano, senza però effettive conseguenze pratiche in termini di diversità di disciplina applicata, nella formulazione ancor oggi in vigore esso costituisce l'espresso predicato di un “fatto” illecito che però viene presentato, dal legislatore, come realtà generale e unitaria.

⁸³ Il testo dell'art. 1151 del codice civile del 1865 così recitava: “*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno*”.

⁸⁴ Il testo dell'art. 1152 del codice civile del 1865 così recitava: “*Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza*”.

⁸⁵ In questo senso per tutti: Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op. cit. pag. 3 e ss.

⁸⁶ Si riteneva che questa distinzione fosse frutto dell'accoglimento delle definizioni proposte due secoli prima da Domat – e con qualche sfumatura diversa – riprese successivamente da Pothier: definizioni tutte apprestate per dare senso a una dicotomia romanistica abbastanza illustre da meritare di essere conservata anche nel diritto moderno, e che tuttavia non poteva più riproporsi dagli interpreti nella stessa accezione offerta dai giurisperiti latini e dai compilatori giustiniane: così Scialoia, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Saggi di vario diritto*, Utet, I, 1927, pag. 49.

⁸⁷ Sul punto si tornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo; per approfondimenti sul tema v. Cendo, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op. cit. pag. 3 e ss.; per una più ampia trattazione del tema v. Brugi, *Il delitto civile*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1908, pag. 350; Rotondi, *Dalla “lexaquilia” all'art. 1151 c.c.. Ricerche storico dogmatiche*, RDCo, 1917, vol. I, pag. 287.

In questi termini Pacchioni descriveva la genesi del dolo nell'art. 2043 c.c. *“fra le soluzioni teoricamente possibili nel regolamento del dolo – autonomia in ogni caso rispetto alla colpa; equiparazione occasionale, completa parificazione – quella accolta dal legislatore italiano sarebbe cioè da ritenersi proprio quest'ultima; e lo stesso, evidentemente, in quei casi particolari, previsti dal codice, in cui la colpa è presunta o l'onere di provarla invertito; o in quelli, a maggior ragione, in cui neppur essa è richiesta ai fini della responsabilità, e dove il raggio dell'equivalenza risulterebbe ancora più esteso, giungendo a correre tra il dolo, la colpa, e i singoli criteri oggettivi di imputazione del danno”* (88).

2.5. Uno sguardo al diritto comparato

Prima di proseguire nell'analisi, appare opportuno soffermarci su quale è la rilevanza attribuita nel diritto civile al dolo negli ordinamenti a noi più vicini.

Iniziamo con il codice tedesco.

Nel B.G.B. la figura del dolo assume nel codice civile un rilievo autonomo (89).

Le fonti della responsabilità per dolo sono atipiche (§ 826).

Il paragrafo 826 del BGB stabilisce, infatti, che *“chi cagiona ad altri intenzionalmente un danno violando l'ordine pubblico, è obbligato a risarcire all'altro il danno”* (90).

Questo, a differenza, dalla previsione generale che in materia di responsabilità civile prevede un obbligo tipico in base al quale solo *“colui che viola una legge che*

⁸⁸ Così Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, Cedam 1940, pag. 48; nello stesso senso Pettoello-Mantovani, *Responsabilità per fatto altrui* ai confini tra diritto civile e diritto penale, Giuffrè 1962; Ruffolo, *Il problema della responsabilità vicaria*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 1973, p. 888.

⁸⁹ Per l'esperienza tedesca cfr. oltre che Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, pag. 347 e ss., Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998, I, 29 -32

⁹⁰ Si riporta il testo del paragrafo § 826: *“Wer in einer gegen die guten Sittenverstößenden Weise eine man deren vorsätzlich Schadenzufügt, ist de man deren zum Ersatz des Schadens verpflichtet”* Nella versione inglese e rubricato *“Intentional damage contrary to public policy”*, l'articolo recita: *“A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage”*

miri a tutelare un altro soggetto (schutzgesetz)” (§ 823) è obbligato a risarcire il danno⁽⁹¹⁾.

Su di un piano ancor più generale, il BGB stabilisce al paragrafo 226 che *“l’esercizio di un diritto è inammissibile quando esso può avere unicamente lo scopo di arrecare danno ad altri”*.

Norma di legge che tipizza una fattispecie riconducibile alla nozione di abuso del diritto, che nel nostro ordinamento è ricavata a contrario dalle norme previste in materia di buona fede, pur in assenza di una esplicita definizione nel codice civile⁽⁹²⁾.

Nel BGB sono, inoltre, previste ipotesi tipiche in relazione alle quali la risarcibilità del danno (patrimoniale e non patrimoniale) è limitata alle sole ipotesi in cui si ravvisi un comportamento volontario dell’agente.

⁹¹Si riportailtesto del paragrafo § 823: *“(1) Wervorsätzlichoderfahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das EigentumodereinsonstigesRechteinesanderenwiderrechtlichverletzt, istdemanderenzum Ersatz des darausentstehendenSchadensverpflichtet. (2) Die gleicheVerpflichtungtrifftdenjenigen, welchergegenin den Schutz einesanderenbezweckendesGesetzverstößt. IstnachdemInhalt des GesetzeseinVerstoßgegen dieses auchohneVerschuldenmöglich, so tritt die ErsatzpflichtnurimFalle des Verschuldensein”*. Nella versione inglese rubricato *“Liability in damages”* l’articolo recita: *“A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this. (2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.”*

⁹² Si riport il testo del paragrafo § 226: *“Die Ausübungeines Rechtsistunzulässig, wennsienur den Zweckhabenkann, einemanderen Schadenzuzufügen”*. Nella versione inglese rubricato *“Prohibition of chicanery”* l’articolo recita: *“The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another”*. Il testo della norma assume tratti di somiglianza con l’art. 833 del codice civile italiano laddove si disciplinano i c.d. atti emulativi.

In questo senso è ad esempio, per le norme che limitano la responsabilità del funzionario di Stato, posto che la stessa responsabilità è prospettata come sussidiaria nel caso in cui il danno sia stato arrecato per semplice negligenza (§ 839⁽⁹³⁾)⁽⁹⁴⁾.

A questo proposito, è interessante notare che nella Relazione della Commissione Reale al progetto del libro “obbligazioni e contratti” del codice del ’42, in un passaggio, dopo essere stata rivelata l’inconsistenza pratica della distinzione fra delitti e quasi delitti, e sottolineata quindi l’opportunità della riunione nell’art. 74 del progetto delle “*varie proposizioni pleonastiche contenute negli artt. 1151, 1152, 1153, comma 2*” del codice del ’65, dopo aver detto inoltre che “*la base della responsabilità è ancora in questa disposizione generale la colpa dell’agente*”, si prosegue in un rapido confronto della normativa del codice tedesco.

La relazione ne ricorda espressamente, tra l’altro, i vari casi di responsabilità per dolo che in esso sono previsti, e conclude – però - affermando che “*questa serie di disposizioni analitiche giunge dunque, e più faticosamente e forse con minore chiarezza, al risultato già raggiunto dal nostro codice con la disposizione generale degli artt.1151 e ss. c.c.*”

Passiamo ora al codice svizzero.

⁹³ Si riporta il testo del paragrafo § 839 “(1) *Verletztein Beamtervorsätzlichoderfahrlässig die ihm in einem Drittengeschäft obliegende Amtspflicht, so hat er dem Drittdaraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.* (2) *Verletztein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.* (3) *Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.* Nella versione inglese rubricato “*Liability in case of breach of official duty*” l’articolo recita: “(1) *If an official intentionally or negligently breaches the official duty incumbent upon him in relation to a third party, then he must compensate the third party for damage arising from this. If the official is only responsible because of negligence, then he may only be held liable if the injured person is not able to obtain compensation in another way.* (2) *If an official breaches his official duties in a judgment in a legal matter, then he is only responsible for any damage arising from this if the breach of duty consists in a criminal offence. This provision is not applicable to refusal or delay that is in breach of duty in exercising a public function.* (3) *Liability for damage does not arise if the injured person has intentionally or negligently failed to avert the damage by having recourse to appeal*”

⁹⁴ Così Cendon, Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale), in *Digesto civ.*, VII, Utet., 1991, pag. 29 e ss.

Nel codice svizzero viene proposta una equiparazione fra fatto illecito doloso e fatto illecito colposo.

L'art. 41 stabilisce infatti che *“chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza ed imprudenza”* (art. 41 cod. svizzero del 1991).

Al secondo comma si aggiunge, *“parimenti chiunque è tenuto a riparare il pregiudizio che cagiona intenzionalmente ad altri con atti contrari ai buoni costumi”*. Formulazione che è stata ispirata al paragrafo § 826 del BGB, sopra richiamato, il cui testo è molto simile ⁽⁹⁵⁾

Interessante è, invece, l'art. 43 del codice svizzero che riconosce espressamente al giudice un potere di valutazione sulla base delle modalità con cui l'illecito è stato commesso, attribuendo un rilievo autonomo all'incidenza che nella causazione del danno ha avuto la determinazione del danneggiante.

L'art. 43 del codice stabilisce infatti che *“il modo e la misura del risarcimento sono determinati dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze “ed in particolare, per quanto di nostro interesse della gravità della colpa”*.

Un'ultima menzione merita il codice austriaco.

Cendon nella sua monografia si sofferma a lungo ad analizzare l'ABGB, evidenziando come venga spesso distinta la malizia e l'imprudenza: *“così nel § 1300, a proposito della responsabilità di chi abbia fornito a un terzo consigli erronei, in materia di cui egli non sia direttamente esperto, risponderà solo se abbia agito scientemente; nel §1302, per il caso di concorso di più persone nella produzione del danno, la solidarietà dell'obbligo è prevista come regola nelle ipotesi di dolo, mentre per le ipotesi di colpa essa è ammessa soltanto se sia incerto in quale misura ciascuno degli autori abbia contribuito alla lesione; nel § 1315, per il caso in cui taluno abbia consapevolmente proposto ad altri per un determinato affare ad una persona pericolosa o incapace”* o, ancora *“nel § 1324 a proposito dell'ammontare del risarcimento dovuto alla vittima”* dove si prevede che *“solo se v'è stato dolo, o una “negligenza grossolana” è dovuto anche il lucro cessante”*.

⁹⁵ Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op cit. pag. 350

Sempre in ordine alla quantificazione del danno l'ABGB prevede al paragrafo 1331 che "ove il danno a una cosa sia stato arrecato con petulanza e malignità, la vittima può pretendere anche il valore speciale di affezione" e, ancora, si prevede che nel caso in cui la distruzione di una cosa avvenga in maniera consapevole "il valore della cosa distrutta" debba essere calcolato guardando "al maggior valore della cosa nel tempo tra il danneggiamento e l'inizio del processo".

Nella letteratura di common law non vi è neppure una figura generale di dolo, essendo questa ripartita in altrettanti *torts*, come *assault*, *battery*, *malice*, *deception*, *intentional interference* (⁹⁶).

Anche nell'ambito dei paesi di common law non sono poche le ipotesi di responsabilità imperniate sull'esistenza di una *malice* dell'agente, o di fatti psicologici a questa riconducibili come dimostrano le soluzioni applicate dalle Corti inglesi e americane sul terreno dei *torts misrepresentation*, di *malicious prosecution*, di *defamation* (almeno in talune situazioni), di *inducing breach of contract*, di *intimidation* e *conspiracy*, e in generale di *interference with economic relations*.

Il rilievo della dolosità della condotta non manca di esercitare un'influenza decisiva anche ai fini dell'ammontare del risarcimento, in particolare, per quanto concerne la possibilità di una condanna dell'agente alla corresponsione dei cd. *punitive damages*(⁹⁷).

Somma che si caratterizza per l'appunto, come già più volte evidenziato, nell'essere ulteriore ed indipendente rispetto alla misura del danno economico effettivamente arrecato, e che ha proprio la funzione di sanzionare in forma più severa il comportamento di chi abbia arrecato una lesione intenzionalmente.

L'esperienza più vicina a quella del nostro ordinamento è quella francese.

In Francia la clausola sulla colpa è simile al nostro art. 2043 c.c..

Il 1382 del code Napoléon recita: "*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*".

⁹⁶ Sul punto cfr. Markesinis, Deakin, Tort Law, IV ed., Oxford 1994, pp. 353 e ss.

⁹⁷ Sul tema di recente v. Corvi Daniele, "Punitive damages" in Contratto e impresa, 2014, fasc. 4-5 pag. 859 - 879

L'art. 1383 precisa, invece, un criterio generale di imputabilità, stabilendo che “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

La piena equivalenza fra dolo e colpa emerge anche nella letteratura francese.

Il dolo nella responsabilità extracontrattuale non è, infatti, denominato dol, ma piuttosto *faute dolosive* oppure *faute intentionnelle*, ed è considerato, come emerge dal termine stesso includendo la definizione sempre e comunque il rimando alla colpa (*faute*), una sotto figura della “colpa” e, più precisamente, un grado della colpa (⁹⁸).

Cercando di delineare, seppure in modo non esaustivo, tutte le gradazioni che nel diritto francese la colpa va ad assumere troveremo la a) *faute très légère*, secondo alcuni requisito sufficiente per riconoscere la responsabilità da fatto illecito disciplinata dall'art. 1382; b) *faute légère*, rilevante in materia di mandato e deposito; c) *faute volontaire*, paragonabile alla nostra colpa cosciente; ipotesi che viene esclusa dalla copertura assicurativa per i danni arrecati da alcune figure di funzionari pubblici; d) *faute grave*, che rappresenta l'intenzione di creare, sia pur inconsciamente, un rischio notevole di danno; elemento richiesto in materia di responsabilità dell'affittuario dei fondi rustici; e) *faute inexcusable*, assimilabile, seppure per approssimazione, alla categoria penale del dolo eventuale; f) *faute lourde*, vicina alla nostra colpa grave e come a questa talora distinta ed equiparata al dolo; g) *faute intentionnelle* vicina alla figura del dolo intenzionale in quanto presuppone una volontà di cagionare l'evento lesivo; questa non può mai essere oggetto di copertura assicurativa; h) *faute dolosive* che qualifica i casi in cui il fine di nuocere è il motivo esclusivo dell'atto dannoso; solitamente questa forma di colpa viene considerata autonomamente in alcune fattispecie assimilabili al nostro atto emulativo (art.833 c.c.); i) ed infine la *fraude*, che qualifica una ipotesi tipica per la cui realizzazione è necessario vi siano gli elementi della frode (⁹⁹).

⁹⁸ Il concetto di *faute délictuelle* rientra nella c.d. *gamme des fautes*: sul punto cfr. Lalou, *La gamme des fautes*, in D. H., 1940, p. 20 e ss. ; ancora Starck, *Essai d'une théorie général de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris 1947, p. 423 ; Rodière, *La responsabilité civile*, estratto dal volume IX bis del Cours de droit civil di Beudant, II ed., Paris 1952, p. 22 e ss.

⁹⁹ Così Viney, *La responsabilité civile. Introduction*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1982, pp. 737 e ss.; negli stessi termini cfr. Starck, Roland, Boyer, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, V ed., Paris 1996, pp. 172 e ss.. e ancora Mazeaud, *L'assimilation de la faute au dol*, in

2.6. *L'utilità di un'autonomia del dolo*

Le soluzioni date in materia di dolo dai vari ordinamenti non sono unanimi.

Di fronte ad ordinamenti in cui si è scelto di dare autonoma rilevanza all'elemento del dolo, ne rimangono altri dove il dolo viene considerato in modo unitario alla colpa.

Se si riflette sull'attuale assetto della responsabilità extracontrattuale nel nostro ordinamento, si può più facilmente comprendere per quale motivo si è scelto di aderire, almeno in linea di principio, a questa seconda soluzione.

Figura centrale della responsabilità civile nel nostro ordinamento non è, infatti il danneggiante, ma il danneggiato.

Differenziare, allora, fra colpa e dolo sembrerebbe poter inasprire la posizione della vittima dell'illecito, che in giudizio dovrebbe dare prova di un elemento ulteriore oltre a quei – non pochi – elementi costitutivi che l'art. 2043 c.c. chiede vengano provati per accertare la responsabilità.

Sembrerebbe, dunque, più coerente con la volontà di agevolare il danneggiato, alleggerire per quanto possibile l'incombente probatorio.

Non vi è dubbio, infatti, che fermandoci alla piena equiparazione fra dolo e colpa, in un giudizio sulla responsabilità per un certo danno, per il quale sia già stata appurata la ricorrenza in concreto degli altri presupposti, non avrebbe alcuna importanza nel momento in cui si deve accertare la colpevolezza, stabilire se il danno sia stato arrecato di proposito, con il deliberato scopo di nuocere alla vittima, o se invece questo costituisce il risultato involontario di una condotta negligente.

Conclusione questa che sembra trovare conferma nel fatto che in molti ambiti, prima regolati dalla disciplina dell'illecito extracontrattuale, si sta cercando di dare

Dalloz, 1933, p. 49 ss. ; Roblot, *La faute lourde en droit privé français*, in Rev. Trim., 1943 p. 1 e ss. ; Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Toulouse 1957, p. 59 e ss. ; Brière De L'Isle, *La faute intentionnelle, (à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle)*, in Dalloz, 1974 p. 259 e ss. ; Ghestin, *La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance responsabilité*, in Dalloz 1974, p. 31 e ss.; Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, p. 78 e ss..

ingresso alla responsabilità contrattuale tramite l'espedito del c.d. contatto qualificato.

I principi variamente intitolati come equivalenza fra colpa e dolo, sufficienza della colpa, irrilevanza del dolo riecheggiano tutto lo stesso “*adagio*” ossia “*in lege Aquilia et laevissima culpa venit*”: regola latina che sottolinea come anche la minima colpa è sufficiente affinché si possa affermare la responsabilità del danneggiante ⁽¹⁰⁰⁾.

Ben consapevole di questo dato di partenza Cendon sintetizza l'attuale situazione in questi termini “*Non vi sarebbe, in altri termini, nel nostro ordinamento, alcun tipo di pregiudizio che essendo riparabile a titolo di dolo, non lo sia contemporaneamente anche a titolo di semplice colpa; e, viceversa, non esisterebbe nessuna forma di lesione che, dichiarata irrisarcibile a titolo di colpa, possa andare incontro ad una sorte diversa, ove sia stata cagionata artatamente* ⁽¹⁰¹⁾”

Per quale ragione allora interrogarsi sugli illeciti di dolo, o meglio, per quale motivo potrebbe avere un senso ancora oggi abbandonare il principio di equivalenza, per cercare di dare una autonomia agli illeciti commossi a titolo di dolo?

A ben guardare, le spiegazioni del dogma dell'irrilevanza del dolo basate sulla necessità di assicurare una miglior tutela della vittima non sembrano del tutto convincenti.

Differenziare il dolo dalla colpa non necessariamente deve significare, infatti, aggravare la posizione della vittima, ma, anzi, potrebbe aiutare a costruire una tutela migliore.

Non vi è dubbio, infatti, che il bisogno di assicurare una maggiore tutela al danneggiato si avverta in senso ancora più forte nei casi in cui ci si trovi di fronte ad un danneggiamento volontario.

In questo caso non vi è solo un'azione colpevole, ma un'azione tesa a cagionare la lesione compiuta da un soggetto che, se avesse voluto, avrebbe potuto comportarsi secondo l'ordinaria diligenza.

¹⁰⁰ Cfr. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, 1964, p. 704.

¹⁰¹ Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op. cit. pag. 13

Il diverso ruolo della pena negli illeciti colposo e dolosi è spiegato da Cendon in questi termini “*non vi è chi non avverta il ruolo assai diverso che la “pena” esercita nell’area della colpa - anche se pur qui vi è un’attenzione per le modalità della condotta [...] - diverso non soltanto perché il dolo attenua o fa cadere quelle spinte che possono importare, all’altro titolo, un carico di spesa più leggero; ma proprio per il fatto che il rimprovero – valga anche l’esempio dei problemi sorti sul terreno del reato – ha una ben più profonda risonanza allorquando l’alterum non laedere è trasgredito consapevolmente*” (102).

Nella letteratura francese il concetto è stato spiegato in modo molto chiaro ed in termini non dissimili da Esmein, in uno scritto di qualche anno prima (103).

Lo scrittore, pur volendo difendere l’idea per cui dolo e colpa sarebbero “*du même ordre*”, riconosce, infatti, che “*quand le dommage causé par la faute d’imprudence ou de négligence n’est pas grave, le sentiment d’une souillure n’a qu’une très faible intensité*” (104)

Facendo non molti passi, ed allontanandoci dalle argomentazioni sviluppate in dottrina per vedere quale è l’atteggiamento della giurisprudenza, resteremo sorpresi nel constatare come già da tempo si registrino pronunce in cui il dolo viene distinto dalla colpa più o meno consapevolmente.

Analizzando la questione Francesco Bilotta scrive che “*Le motivazioni di tale diverso atteggiamento sono molteplici e sicuramente hanno una ragione di radice culturale. La dottrina civilistica, da un lato, si è sempre trovata presa tra il rispetto per l’autorità accademica di chi aveva elaborato l’art. 2043 c.c. (che con l’uso della particella avversativa esclude ogni dubbio circa l’intenzione di equiparare il dolo alla colpa) e la sua concezione della responsabilità civile schiacciata sul profilo restitutorio reintegratorio. La giurisprudenza dall’altro lato ha meglio sfruttato l’interdisciplinarietà della formazione dei suoi operatori. Un magistrato, nel corso*

¹⁰² Così Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op. cit. pagg. da 505 a 507.

¹⁰³ Esmein, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in Rev. Trim. Droit civ., 1949, I, p. 484

¹⁰⁴ Nello stesso senso Deiean De la Batie, *Appréciation in abstracto e appréciation in concret en droit civil français*, Paris, 1965, p. 131

della sua carriera, si familiarizza inevitabilmente con il profilo della rilevanza del dolo, visto che prima o poi volge le proprie funzioni (requirenti o giudicanti almeno fino a che non vi sarà la separazione delle carriere) in ambito penale” (105)

Osservazioni che tracciano una chiave di lettura molto interessante.

La forma mentis del giurista giudice, chiamato per necessità ad avvicinarsi agli studi sia di diritto penale che di diritto civile, avrebbe come esito quello di aprire lo spazio a vedute di più forte sensibilità.

Certamente per un penalista la distinzione fra dolo e colpa è di fondamentale importanza.

In un sistema in cui la responsabilità personale è – o almeno dovrebbe essere nelle intenzioni visti gli spazi che la colpa sta progressivamente erodendo a scapito del dolo – improntato in via generale al fatto doloso e, solo in via di eccezione alla colpa, pensare che i due elementi si possano equivalere è sicuramente un dato stonato.

La presenza o meno del dolo, anche in ipotesi in cui sia accertata la colpa, può fare la differenza fra una sentenza di proscioglimento o di condanna.

In una simile impostazione si è perciò, certamente, più inclini e pronti a percepire quali sono le differenze, anche in termini di disvalore, di una condotta dolosa, anziché di una condotta colposa, oltre che più pronti a maneggiare le regole probatorie che governano la disciplina del dolo.

Pensare che di per sé la richiesta di provare il dolo, possa portare a render più difficile ottenere tutela per la vittima, può condurre a delle conclusioni assurde.

Bilotta nello scritto che abbiamo sopra richiamato, osserva che “*vista la somiglianza di tale elemento in ambito civilistico ed in ambito penalistico, dovremo concludere che sussistono pochissime condanne relativamente ai reati di dolo e che paradossalmente prevedere il dolo come elemento del fatto-reato è una norma di favore per l'imputato stanti le difficoltà insormontabili che l'accusa incontrerà nel*

¹⁰⁵Così Bilotta, *Quantum respondeatur*, La colpa nella responsabilità civile a cura di Cendon, Utet 2006, cap. XVII, sez. I, pag. 434

processo. Tutto ciò è semplicemente non corrispondente al vero. Non che non esistano difficoltà per gli operatori del diritto nel provare lo stato psicologico dell'accusato (la dottrina penalistica sul punto si è chiaramente espressa in più occasioni e ha elaborato una riflessione sconosciuta ai civilisti) ma non è nascondersi dietro a tali difficoltà che si può rigettare l'idea di una rilevanza in sede civile del dolo"⁽¹⁰⁶⁾.

In linea con questo pensiero molti anni prima lo stesso Cendon aveva evidenziato come le difficoltà della prova lamentate dai sostenitori del principio di equivalenza, sebbene *“non possono essere ignorate completamente non vanno neanche esagerate sino a credere che il mezzo per poterle superare sia unicamente la confessione dell'autore dell'illecito [...] l'intento di arrecare pregiudizio non è certo senza modi di esprimersi e per farsi riconoscere dagli altri – tanto più quando il danno non sia rimasto nella sfera dei propositi, ma sia stati davvero cagionato dall'autore.”* ⁽¹⁰⁷⁾.

Perché possa essere soddisfatto l'onere probatorio relativo al dolo, spesso, infatti, sarà sufficiente, e su questo la dottrina penalista è maestra, dare rilievo a quelle circostanze esterne che le regole dell'esperienza insegnano normalmente inseparabili dall'intenzione ⁽¹⁰⁸⁾.

In definitiva, incentrare la necessità di un'equiparazione fra dolo e colpa sulla maggiore attitudine di questa regola alla tutela della vittima crea un falso problema.

Il punto non può essere, infatti, di per sé la difficoltà di provare il dolo, perché per superare questo problema è sufficiente vedere il dolo come un di più della colpa; provata questa sarà possibile per il danneggiato, dare prova anche del dolo, per ottenere una tutela ancora maggiore.

In altri termini, il problema può essere facilmente risolto se si considera la prova del dolo non come necessaria ai fini dell'accertamento della responsabilità, ma come un qualcosa di più e diverso, in presenza del quale, alla vittima, e simmetricamente al

¹⁰⁶Bilotta, *Quantum respondeatur*, op. cit, pag. 437

¹⁰⁷ Cendon e Gaudino, *Il dolo*, op.cit. pag. 413

¹⁰⁸ Sul tema di recente v. Demuro, *Il dolo. L'accertamento*, in Raccolta di studi di diritto penale fondata da Delitala e diretta da Crespi, Giuffrè 2010 vol. II

danneggiante, potrà esser riconosciuto un di più di tutela, o, rispettivamente a seconda di come la si guardi, inflitta una pena più severa (¹⁰⁹).

2.7. Il dolo e l'analisi economica del diritto

A favore dell'affermazione di una autonomia del dolo, anche in materia di illecito civile, si aggiungono altre considerazioni, questa volta basate sull'analisi economica del diritto

In particolare, si è sostenuto che vi sarebbe una diversa ragione per sostenere la previsione di un obbligo risarcitorio in caso di illeciti colposi e in caso di illeciti dolosi.

In uno importante scritto del 1960, sul tema delle pene private e della responsabilità civile (¹¹⁰), Paolo Gallo, analizzando la differenza fra illeciti colposi e dolosi, osservava come *“in base all'opinione maggiormente diffusa, vi è colpa ogniqualvolta non venga adottato un livello ottimale di misure preventive; in questa prospettiva scopo dell'ordinamento non è quello di evitare qualsiasi danno a qualsiasi costo, ma esclusivamente quei danni che potrebbero essere evitati ad un costo inferiore rispetto all'entità del danno stesso. Pretendere di più e cioè imporre l'adozione di livelli di sicurezza superiori condurrebbe viceversa ad un risultato subottimale in quanto il risparmio di spesa effettuato sotto il profilo degli incidenti evitati sarebbe più che compensato dai maggiori costi preventivi”* (¹¹¹).

Una simile logica economica non potrebbe essere applicata agli illeciti dolosi.

Nello stesso scritto Gallo prosegue evidenziando come *“Diversa sarebbe la motivazione nel caso di illeciti dolosi: **la differenza di trattamento degli illeciti colposi e dolosi risulterebbe giustificata dalla differente struttura di questi illeciti; mentre infatti in materia di colpa i costi preventivi necessari per evitare il rischio di incidenti***

¹⁰⁹ Nell'ultimo paragrafo verranno sintetizzati i casi in cui una considerazione autonoma del dolo può rivelarsi utile.

¹¹⁰ Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè 1996, già citato nel precedente capitolo.

¹¹¹ Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit. pagg. 61 e 62

sono positivi, nel senso cioè che per non causare danni occorre spendere in attività preventive, in materia di illeciti dolosi i costi preventivi sarebbero negativi; nel senso cioè che la decisione di non commettere l'illecito comporterebbe un risparmio di spesa, pari esattamente al costo dell'attività, delle risorse o delle energie impiegate per commettere l'illecito (¹¹²).

Questa sottolinea l'autore è la motivazione per cui negli ordinamenti di common law sarebbe riservata solo alla fattispecie degli illeciti intenzionali la irrogazione di danni punitivi.

Pochi anni dopo le riflessioni di questo Grande giurista vengono riprese da Monateri, in uno scritto sulla responsabilità civile (¹¹³).

Egli prova a trasporre nel nostro sistema, le considerazioni giuseconomiche sopra richiamate per cercare di giustificare l'elevazione del danno risarcibile in caso di dolo.

In un passo Monateri scrive: *“Dal punto di vista dell'analisi economica dell'istituto appare ovvio come, per disincentivare il dolo, occorra un deterrente più forte di quello sufficiente per prevenire la colpa. Infatti, il dolo consiste in un uso positivo di risorse dell'agente (tempo, intelligenza, magari denaro ecc.) per arrecare il danno. A questo punto addossargli le semplici conseguenze della lesione non pare sufficiente. Egli in un certo senso ha già messo in conto tali conseguenze. Perciò appare ragionevole ritenere che solo il timore di un fardello (ben) superiore a quello normale possa disincentivare chi ha già deciso di tenere una condotta illecita allo scopo precipuo di nuocere al controinteressato* (¹¹⁴).

Queste considerazioni bene rappresentano da un punto di vista socio economico quale potrebbe essere per l'ordinamento l'utilità di differenziare gli illeciti colposi, da un lato, e gli illeciti dolosi, dall'altro.

Unificare, infatti, anche sotto il profilo delle conseguenze, una condotta intenzionale ad una meramente colposa, può tradursi, come si è visto, in un

¹¹² Ancora Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit. pag. 65

¹¹³ Monateri, *La responsabilità civile*, in Tratt. Dir. Civ. a cura di Sacco, Utet 1998 vol. III.

¹¹⁴ Monateri, *La responsabilità civile*, op. cit., pag. 143

“vantaggio” per il soggetto doloso a cui verrà applicata una riduzione della “pena” come se versasse in colpa.

Questo modo di pensare è sicuramente più familiare ad un penalista, che ragionando in termini di cornici edittali è abituato a pensare parametrando la propria difesa anche in ordine all’elemento soggettivo per cercare scontare l’applicazione di una pena minore.

Fra il dolo e la colpa, il più delle volte, passano diversi anni di reclusione, o arresto, a seconda che si tratti di un delitto o di una contravvenzione.

Ma un simile modo di pensare non deve essere del tutto estraneo anche ad un civilista.

Ragionando in questi termini la riaffermazione del principio dell’equivalenza fra dolo e colpa si riduce infatti ad una messa in conflitto della disciplina con principi cardine del nostro ordinamento come, per non scomodare i principi che regolano il sistema penale, quello di uguaglianza (art. 3 Cost).

In questa prospettiva di analisi, in realtà, resta un problema.

Giustificare la distinzione fra illeciti di dolo e illeciti di colpa in termini di efficienza economica non aiuta l’interprete ad avere una solida prospettiva di politica del diritto.

In questo senso è l’analisi di Cendon il quale, nel verificare in quali ambiti della responsabilità civile questo nuovo assetto potrebbe trovare applicazione osservava che *“una tale valutazione può essere fungibile rispetto all’altro criterio solo dinnanzi ad interessi di carattere patrimoniale (o comunque valutabili economicamente come nel caso del right of publicity), o dinanzi a fattispecie in cui l’attività potenzialmente lesiva abbia un rilievo per l’organizzazione sociale (l’esercizio di una professione liberale o dell’amministrazione della giustizia) mentre appare del tutto inadatta in ambiti in cui l’elemento economico è del tutto assente o in cui non sussista alcun interesse di carattere collettivo.”*

Si pensi, per fare un esempio rimandando ad un tema che di recente vede impegnate sia la giurisprudenza e la dottrina ai c.d. illeciti endofamiliari, su cui torneremo più approfonditamente di seguito.

In questo caso la giustificazione dell'imputabilità della condotta, che è limitata ai soli casi in cui vi sia il dolo dell'agente, non è dovuta tanto a ragioni di tipo prettamente economico.

Gli illeciti endofamiliari sono illeciti che sono destinati a verificarsi all'interno della cerchia familiare, area da sempre esclusa da un intervento regolatore statale, e in cui difficilmente possono trovare applicazione logiche di tipo economico, venendo in rilievo valori diversi come l'affezione, la solidarietà, la fedeltà, il rispetto.

Non avrebbe senso, come è stato evidenziato in uno scritto su questo tema da Bilotta, *“giustificare in un caso del genere il sorgere di una responsabilità limitata ai soli casi di dolo in termini di incentivazione o meno allo svolgimento di un certo tipo di attività, perché non ha senso fare riferimento alla necessità di una esternalizzazione dei costi necessari ad assicurare l'adozione di misure idonee ad evitare la lesione”*⁽¹¹⁵⁾.

Tuttavia, sebbene non dirimenti ai fini di individuare l'ambito entro ai quali poter operare, certamente queste considerazioni confortano l'idea che vi sia necessità, o, almeno, che sia ragionevole distinguere fra illeciti di dolo e illeciti di colpa.

2.8. L'applicabilità dell'art. 43 c.p. al “dolo civile”

Superate tali questioni preliminari, occorre esaminare un altro problema, di non scarso rilievo.

Nel codice civile è del tutto assente una definizione di dolo, come del resto è per la colpa.

Per ovviare a tale mancanza, è diffusa l'opinione in base alla quale, anche in ambito civile, trova applicazione l'art. 43 c.p. che stabilisce, come noto, che *“il delitto*

¹¹⁵ Bilotta, *Fatto illecito doloso, danno psichico, danno esistenziale*, In Resp. Civ. e Prev, 2005, pag. 820

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione".

Il fatto che nel codice civile sia del tutto assente una definizione di dolo non può stupire più di tanto.

Sopra si è visto come l'introduzione del dolo nella definizione di illecito sia stata avvertita come un obolo da sacrificare all'altare della dipartita distinzione fra "quasi delitti" e delitti.

È evidente, dunque, che il legislatore del 1942 non abbia sentito l'esigenza di introdurre una definizione di dolo nel codice civile, lasciando alla nozione già prevista dal codice penale un ruolo di supplenza in caso di necessità.

Ben diverso è, invece, quanto accaduto in ambito contrattuale dove il legislatore ha preso una posizione espressa sulla definizione di dolo negoziale precisando che il dolo può essere causa di annullamento del contratto solo "*quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato*"⁽¹¹⁶⁾.

Non resta perciò che verificare se ed in quali termini possa trovare applicazione nel diritto civile la definizione che di dolo è data dal codice penale.

Non è questa la sede per richiamare l'ampio dibattito che su questa norma ha visto occupati la maggior parte degli studiosi del diritto penale.

Ai fini che qui interessano possiamo affermare, sebbene in via approssimativa, che per aversi dolo è necessario che l'agente abbia voluto l'evento lesivo come risultato ultimo della sua attività e che si sia rappresentato il fatto come probabile conseguenza della condotta, consapevolmente eseguita.

¹¹⁶Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam 1972; Bronzini, *Dolo e menzogna nella formazione del contratto*, in *Archivio Civile* 1987, pag. 288; Mantovani, *Dolo. Truffa. Annullabilità del contratto*, NGCC 1987, I, pag. 271; Corsaro, *Raggiro, dolo colposo e annullabilità del contratto*, in *GI*, 1989, I, 2, 31; Gaudino, *Il dolo negoziale*, in *NGCC* 1990, II, 366; Valente, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, in *RaDC* 1996, pag. 117

Ecco però che già in relazione all'oggetto del dolo si realizza una spaccatura fra civile e penale.

In ambito penalistico, è l'intero fatto reato che deve essere voluto: il reo si deve essere prefigurato l'intera fattispecie con tutti i suoi elementi (fra cui anche l'evento, elemento imprescindibile nei reato di evento a cui può per approssimazione essere avvicinato l'illecito aquiliano) e si deve essere adoperato per realizzarla.

Nel diritto civile difficilmente può dirsi una cosa simile.

A differenza del diritto penale, in diritto civile, infatti, la fattispecie dell'illecito è atipica.

Sono gli elementi dell'atto, del nesso di causa, della colpa, dell'ingiustizia e del danno (art. 2043 c.c.) a comporre la fattispecie, e non vi è al contrario alcuna predeterminazione da parte del Legislatore.

Dire perciò che il danneggiante debba rappresentarsi, prima di porli in essere, tutti gli elementi della propria condotta, oltre che l'esito della stessa non sembra corretto.

Sul punto Bilotta osserva che *“se trasponessimo, come pure è stato fatto, la nozione di dolo in senso penalistico al diritto civile, senza circoscriverla al dolo generico, ci troveremo nell'imbarazzo di dover concludere che il danneggiante per versare in dolo dovrebbe aver voluto l'intera fattispecie aquiliana e, quindi, essersi prefigurato (e voluto) anche il danno conseguente alla sua azione illecita”* ⁽¹¹⁷⁾.

Ciò si pone in contrasto con il dettato dell'art. 2043 c.c. che circoscrive l'elemento della colpevolezza alla sola condotta lesiva e prescinde dalla consapevolezza del danno che sarà arrecato alla vittima ⁽¹¹⁸⁾.

¹¹⁷ Cfr. ancora Bilotta, *Quantum respondeatur*, op. cit., pag. 437 che riprende un concetto già illustrato da Cendon – Gaudino i quali affermavano che *“L'accezione destinata a rilevare nella gran parte dei casi darà semplicemente quella di “dolo generico” – corrispondente cioè a un tipo di volizione polarizzata sulla mera produzione dell'evento: senza necessità che siano state calcolate e desiderate anche le ripercussioni dannose dell'evento stesso”* in *Il dolo*, op. cit., pag. 403.

¹¹⁸ Questo almeno come regola generale atteso che anche nel nostro ordinamento sono contemplate anche ipotesi di dolo specifico rilevanti in ambito civilistico si pensi agli atti di discriminazione (d. lgs. n. 216, del 9.7.2003); o alla definizione utilizzata dal di cui il legislatore per gli atti emulativi (*“atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”*), o, ancora, agli orientamenti seguiti dalla stessa giurisprudenza per talune ipotesi di concorrenza sleale. In casi del genere, che potremmo qualificare di dolo specifico, mutuando imperfettamente un'espressione penalistica, solo la dimostrazione della volontà del fine oltre che della realizzazione della lesione consentirà di far sorgere una responsabilità per i danni arrecati in capo al suo autore.

Altro argomento che ci conduce ad escludere che si possa procedere ad una mera trasposizione del dolo penale nel diritto civile è la diversa prospettiva che l'illecito civile mantiene rispetto al danneggiante.

Pretendere che l'agente, come accade nel diritto penale, si sia prefigurato gli esiti della sua condotta, vorrebbe dire pretendere che questo sia accaduto anche in caso di colpa.

In altri termini, lasciando immutato il dato normativo, che non distingue in alcuna maniera fra dolo e colpa, diventa necessario che il dolo si atteggi come una forma più grave di colpevolezza con lo stesso oggetto di riferimento.

Se così non fosse, questo certamente si tradurrebbe in un detrimento per la vittima dell'illecito che si vedrebbe accollato un onere probatorio - riferito all'evento dannoso - molto più gravoso rispetto a quello richiesto dalla norma.

Ciò non sarebbe neppure conforme ai principi che informano questa materia. Se al centro dell'attenzione del diritto penale è, infatti, la valutazione della offensività della condotta di un soggetto che ha agito per vulnerare un bene oggetto di tutela da parte dell'ordinamento; nel diritto civile, il centro di valutazione si sposta sulla vittima, che si vuole venga garantita attraverso un equo risarcimento; ragione per quale la colpevolezza ha assunto, nelle stesse intenzioni del legislatore, un ruolo di secondo piano, tanto che, a garanzia della vittima, sono state introdotte addirittura ipotesi di responsabilità oggettiva.

I diversi caratteri dei due illeciti hanno portato alcuni autori ad escludere del tutto che possa essere parificata la nozioni di dolo in ambito civile e penale.

Di questo elemento resterebbe ferma la sola intenzionalità, elemento sufficiente a differenziare la stessa dalla colpa.

In questo senso, trattando proprio della nozione del dolo, Alpa ha evidenziato come *“le sottili distinzioni proprie della elaborazione penalistica dell'elemento soggettivo del reato mal si adattano alle più semplificate (almeno in questo caso) nozioni dell'illecito civile”* ⁽¹¹⁹⁾.

¹¹⁹ Così Alpa, *Dolo, colpa, rischio, imputabilità, causalità*, op. cit. pag. 249

Sul punto tuttavia, è interessante notare, come rilevato da Franzoni che *“sebbene il dolo civile non sia coincidente in toto con il dolo penale, la prova del dolo raccolta in sede penale vincolava il giudice civile, secondo l’art.25 c.p.p. abrogato. Da ciò si può trarre la conseguenza che, così com’è per la colpa, vi è una parziale uniformità dei criteri nell’accertamento del dolo.”*

A dimostrazione di tale assunto l’Autore richiama nel suo scritto due interessanti pronunce: una della Suprema Corte di Cassazione (¹²⁰), l’altra di un Tribunale di merito (¹²¹).

In entrambe le decisioni, il fatto che l’esistenza dell’elemento doloso fosse stata esclusa in sede penale, aveva portato i Giudici a ritenere che tale esclusione dovesse essere confermata anche in sede civile, potendo essere valutata al più la condotta solo sotto il profilo della colpa.

In definitiva l’accoglimento di questa ultima porterebbe a ridurre il dolo nel diritto civile, lontano dalle complesse elaborazioni penali, al solo l’elemento della volontarietà.

2.9. Il dolo ed il nesso causale

Indubbio è che ragionare in termini di dolo porta a rivedere anche la ricostruzione del legame causale intercorrente tra la lesione e i danni derivanti dall’illecito.

La regola dell’art. 1223 c.c., che è destinata a trovare applicazione anche in ambito extracontrattuale, stabilisce che **solo le conseguenze immediate e dirette** del comportamento lesivo potranno essere imputate al danneggiante.

¹²⁰ Si riporta uno stralcio della decisione citata: *“anche al fine dell’individuazione dell’efficacia vincolante del giudicato penale nel procedimento civile, secondo la previsione dell’art. 25 c.p.p., l’interpretazione del giudice penale deve essere condotta ponendo il dispositivo in correlazione con la motivazione: ne consegue che l’assoluzione degli amministratori di una società dal reato di truffa in danno della società medesima, la quale, ancorché impropriamente resa con la formula “il fatto non sussiste”, risulti motivata dalla carenza di dolo, non preclude al giudice civile, in sede di azione di responsabilità contro i predetti amministratori a norma degli artt. 2392 c.c., di ravvisare negli stessi fatti materiali accertati dal giudice penale gli estremi della colposa violazione da parte degli amministratori dei loro doveri”* così Cass., 12.11.1985, n. 5523

¹²¹ Così Trib. Milano, 4.07.1983, in Società, 1984, p. 28 secondo cui *“l’assenza del dolo nella mancata tenuta delle scritture contabili e dei libri sociali da parte degli amministratori di una società di capitali non è idonea di per sé ad escludere la loro responsabilità civile”*

Viene escluso, infatti, mancando il riferimento nell'art. 2056 c.c., che, come accade invece in ambito contrattuale, all'agente possano essere imputati anche gli ulteriori danni non prevedibili (art. 1225 c.c.)⁽¹²²⁾.

Il motivo che giustifica l'introduzione del limite della causalità è quello di impedire che un soggetto rimanga esposto a conseguenze giuridiche sproporzionate rispetto alla gravità del rischio creato.

Ciò soprattutto considerato che alla disciplina dell'illecito aquiliano sono assoggettati rapporti nati occasionalmente, e che non hanno alla loro base un accordo pattizio e neppure un rapporto qualificato, come è nelle ipotesi di c.d. contatto sociale qualificato.

Se così non fosse, quindi, si potrebbe giungere ad una paralisi delle attività umane, potendo un errore, anche il più banale, obbligare a risarcire danni ingentissimi.

Si pensi ad un decorso causale atipico, la lettura moderna è ricca di esemplificazioni in questo senso, che non venga interrotto da alcun evento autonomo.

Se non ci fosse questa limitazione, la persona si troverebbe esposta al rischio di dover sopportare a titolo di risarcimento una somma del tutto spropositata anche rispetto alla gravità della condotta commessa.

Sul punto Cendon nella sua monografia evidenziava come una simile ricostruzione sacrificava però *“gli interessi del danneggiato, il quale non può aver nessun altro “interlocutore” presso cui rivalersi se, ad esempio, la concausa determinante è consistita in un fenomeno naturale o nel fatto di un terzo rimasto ignoto”*.

Bene, se questo accade come regola generale, la conclusione può tuttavia variare se si accoglie la tesi di una autonoma rilevanza dell'illecito doloso ed una nozione di dolo che includa anche le conseguenze dannose.

¹²² In questo senso da ultimo cfr. Cass. 30.03.2005, n. 6725 la cui massima recita: *“In ordine all'entità del risarcimento dei danni derivanti da fatto illecito, il requisito della prevedibilità del danno, correlato all'elemento psicologico di esso (art. 1225 c.c.) è inapplicabile alla responsabilità extracontrattuale, in quanto non richiamato dall'art. 2056 c.c., avendo scelto il legislatore di non commisurare il risarcimento al grado della colpa”*.

Spieghiamoci meglio.

Al fine di determinare l'immediatezza del danno e la prevedibilità dello stesso, in ipotesi di illecito doloso potrà essere considerato l'evento che il danneggiante volutamente ha previsto, anche se si tratta di conseguenze pregiudizievoli del tutto anomale.

Il focus può, infatti, essere spostato dalle conseguenze naturalmente conseguenti ad una determinata condotta, alle conseguenze prevedibili perché volute dall'autore, e dallo stesso previste in termini di certezza o alta verosimiglianza.

Sul punto Cendon arriva a sostenere che *“quando il nesso causale non sia troppo labile o inesistente, bensì tale che il dolo può compensarne la debolezza [...] la soluzione tornerà ad essere diversa: qui la sanzione della malizia si rivela un prezioso alleato alle ragioni di tutela dell'offeso.”*

Ciò, aggiunge l'Autore *“non solo è coerente con la funzione reintegratoria dell'istituto aquiliano, ma finisce per svolgere in maniera più completa l'altro compito della responsabilità civile, che è quello di prevenire i danneggiamenti ed evitare distruzioni inutili di ricchezza”*.

Se, infatti, in caso di colpa non vi può essere una cosciente presa di cognizione delle conseguenze che siano troppo lontane e remote rispetto alla condotta, si pensi a eventi diversi da quelli che la regola di condotta violata mirava a evitare, nel caso di dolo vi può essere una oculata rappresentazione degli eventi futuri, e dei possibili scenari conseguenti alla condotta.

Eventi per la realizzazione dei quali l'agente potrebbe aver accettato scientemente il rischio.

Per il danneggiante sapere perciò che potrebbe essere chiamato a rispondere di tutti i danni che la sua azione abbia ingenerato, per quanto a prima vista non immediatamente prevedibili, potrebbe in qualche fungere da avvertimento a non compiere l'atto.

In maniera incisiva, Cendon nella sua monografia sottolinea che *“l'alleggerimento diretto dell'obbligo [...] la possibilità di sfuggire al debito più*

gravoso, altro non sono che corollari del principio che vuole la responsabilità contenuta entro i limiti di tollerabilità e ragionevolezza; e ben riescono a giustificarsi quando il danno sia frutto di un errore di condotta dell'agente, o quando di esso si debba rispondere in base ad uno dei criteri di responsabilità oggettiva. È evidente però che la soluzione non potrà essere la stessa dinnanzi a un comportamento contrassegnato dal dolo: cade, allora, ogni ragione di tutela del danneggiante e riprende sopravvento l'altro principio che vuole la vittima reintegrata di tutte le perdite arrecate dall'azione lesiva”⁽¹²³⁾.

Aumentare il carico risarcitorio sul danneggiante, attraverso l'utilizzo del dolo, può tradursi così in un mezzo per scoraggiare il compimento di azioni dannose.

2.10. Conclusioni

Al termine di questo capitolo, proviamo a trarre qualche conclusione, sebbene non definitiva.

Molti, si è visto, sono i motivi per ritenere che possa essere superata l'affermazione di principio in base alla quale ai fini della responsabilità extracontrattuale debba essere considerata irrilevante la connotazione dello stato soggettivo del danneggiante.

Le ragioni per cui sostenere la valorizzazione in via autonoma dell'illecito doloso sono diverse e sono per lo più ascrivibile al fatto che la presenza del dolo è in grado di incidere sugli altri elementi della fattispecie e consentire una loro diversa valutazione.

Con esiti di segno opposto a quelli cui è giunta in passato la dottrina tradizionale, si è cercato di spiegare perché la valorizzazione del dolo può costituire uno strumento di tutela della vittima e non una diminuzione di protezione.

Resta da approfondire l'aspetto, solo accennato in questa sede, che riguarda la capacità del dolo di attrarre sul terreno della responsabilità civile fattispecie che prima non erano fonte di alcuna obbligazione risarcitoria. Caso tipico è quello degli illeciti endofamiliari, al cui esame è dedicata la prossima sezione.

¹²³ Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, op. cit. pag. 103



CAPITOLO 3

IL SISTEMA DELL'ILLECITO CIVILE E LA SCELTA RAZIONALE DELL'AGENTE

GLI ILLECITI ENDOFAMILIARI

3.1. Premessa

Prima di proseguire nell'analisi, è necessario fare una breve premessa sui motivi per i quali si è deciso di inserire un capitolo sugli illeciti endofamiliari in una tesi di ricerca sui rapporti fra diritto civile e penale nella tutela dei diritti.

La ragione è presto detta.

Gli illeciti endofamiliari costituiscono un caso paradigmatico di istituto di matrice giurisprudenziale in cui le regole sull'illecito vengono in parte forzate per assicurare un ristoro – sganciato di fatto da una matematica quantificazione del danno effettivo - alla vittima di una condotta, posta in essere in ambito familiare, caratterizzata da dolo.

Dolo che diviene, quindi, un elemento costitutivo della fattispecie, in mancanza del quale è esclusa la rilevanza della condotta ai fini risarcitori.

Ed è proprio questo l'aspetto che più interessa ai fini di questo studio.

Nel primo capitolo si è cercato di evidenziare quelle che sono alcune ragioni per guardare al diritto civile, in un'ottica di alternativa possibile al diritto penale, in una "nuova", o forse meglio più consapevole, funzione preventiva deterrente.

Si è cercato, in particolare, di mettere in luce come una simile funzione del diritto civile possa avere una sua ragion d'essere in relazione a condotte che siano frutto di una c.d. scelta razionale, una scelta consapevole determinante la condotta, che un penalista descriverebbe per l'appunto come una condotta dolosa.

Sul tema vorrei richiamare in questa sede alcune riflessioni di Salvatore Patti, cui è stato fatto cenno, sebbene solo incidentalmente, nelle prime pagine di questo lavoro.

L'Autore in un suo recente intervento ha sottolineato come *“indubbiamente la funzione principale del risarcimento del danno è quella di compensare la vittima dell'illecito [...] ma siamo indotti a prendere in considerazione anche altre funzioni per l'influenza del diritto americano: mi riferisco non soltanto all'istituto dei danni punitivi, ma anche a un dibattito più ampio sulla funzione deterrente del diritto civile. [...]”*.

In particolare si pone un interrogativo al civilista ossia *“se convenga accettare l'ottica della deterrenza, oppure se si debba prendere atto che essa non rientra nell'ambito della sua competenza. D'altra parte, soprattutto nell'ambiente culturale americano, si sostiene che la funzione punitiva non deve essere monopolio del diritto penale, e che anche il diritto civile può offrire un contributo per una migliore disciplina dei rapporti dei consociati, soprattutto se il sistema di repressione del diritto penale, come accade nel diritto italiano, mostra crepe ed insufficienze”*.

Ed ecco che l'Autore, analizzando il sistema dei danni punitivi nordamericano, si concentra sul fatto che *“la teoria della deterrenza viene collegata alla c.d. scelta razionale”*, questo perché la possibilità di assolvere ad una funzione deterrente attraverso la previsione di misure para risarcitorie *“presenta una minore rilevanza nel caso degli illeciti colposi, in quanto statisticamente inevitabili, pur se è certo che la gravità della sanzione spinge ad una maggiore attenzione e quindi una riduzione degli incidenti”*.

In conclusione: *“Il rilievo maggiore della deterrenza si riscontra, quindi, rispetto agli illeciti dolosi: alla scelta del soggetto che intende causare un danno per ottenere un vantaggio illecito può risponderci con sanzioni diverse dal risarcimento del danno limitato all'equivalente. [...] I danni punitivi vengono applicati quando nel comportamento dell'agente si riscontra dolo, malizia ed inoltre per evitare che il responsabile dell'illecito goda del vantaggio conseguito”*.

Acquista senso allora abbandonare il paradigma indennitario nella misura in cui, attraverso un diverso riequilibrio dello strumento risarcitorio il diritto civile sia in

grado di assicurare che “*se viene violata una norma che vieta un comportamento, ne consegue una reazione dell’ordinamento e in questo senso si può affermare che la norma della responsabilità civile svolge anche una funzione deterrente o almeno una funzione preventiva*”⁽¹²⁴⁾”.

Torniamo, quindi, al punto di partenza.

Il fatto che il diritto civile possa nella realtà assumere un funzione preventiva-deterrente nei termini appena illustrati è molto discusso.

Paradigmatico in questo senso il fatto che solo di recente, ma di questo si è già trattato nel primo capitolo, si siano succeduti nel giro di pochi mesi un intervento della Corte di Cassazione a sezioni unite, che ha escluso in modo radicale la possibilità di riconoscere al risarcimento del danno una funzione sanzionatoria ⁽¹²⁵⁾, ad una pronuncia, sempre della Cassazione, che ha riconosciuto come nel sistema della responsabilità civile risulti ormai chiara una deriva dello stesso in chiave deterrente sanzionatoria ⁽¹²⁶⁾.

Ed in tutto questo discutere, la realtà è che nelle aule giudiziarie l’attacco alla logica indennitaria pura e semplice, come inattaccabile e stereotipato principio inderogabile, è già in atto da diverso tempo, e si riflette in una applicazione della regola in concreto che, in nome di una giustizia sostanziale, giustifica il riconoscimento di risarcimenti di molto lontani da logiche puramente indennitarie.

¹²⁴ S. Patti, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Atto del convegno del 19-21 settembre 2007, Siena, Giuffrè 2011 pag.214

¹²⁵ Si fa riferimento a Cass. sez un. n. 15350 del 22/07/2015; per la lettura del testo integrale si rimanda a: <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/sentenze.page>; la pronuncia è stata richiamata a pag. 18

¹²⁶ Si fa riferimento a Cass., n. 7613, 15 aprile 2015 per una lettura integrale del testo della motivazione: <http://www.personaedanno.it/attachments/article/47604/cass.%207613.2015%20danni%20punitivi.pdf>; la pronuncia è stata richiamata a pag. 21

Storia questa che è all'origine, come vedremo in queste pagine, della stessa nascita della figura dell'illecito endofamiliare, e che, nello specifico, è stata scelta proprio per cercare di illustrare come il pensare al diritto civile come alternativa al diritto penale in una logica deterrente, dando rilievo specifico alla scelta razionale del soggetto nella commissione dell'illecito, non sia solo un esercizio di stile, ma piuttosto la fotografia di un mutamento già in corso.

3.2. *Gli illeciti di dolo nella tradizione*

Con l'espressione illeciti di dolo faremo riferimento, lo si è già detto ma per chiarezza lo si ribadisce, a quelle fattispecie di responsabilità civile o aquiliana per le quali l'obbligo risarcitorio sorge in presenza di una volontarietà e intenzionalità dell'azione.

La tradizione vede affermarsi (solo) alcune figure tipiche di illeciti c.d. dolosi.

Una prima tradizionale ipotesi è quella della denuncia infondata.

È questa una figura indiscussa di illecito doloso elaborata dalla giurisprudenza fin da tempi risalenti (¹²⁷).

La denuncia di reato perseguibile d'ufficio, se infondata, è ritenuta fonte di danno ingiusto “*solo ove siano accertati gli estremi della simulazione di reato o della calunnia (artt. 367 e 368)*”(¹²⁸). Ipotesi simile a questa è l'illecito da “*falsa testimonianza*”, il cui risarcimento è stato per lo più limitato dalla giurisprudenza alle ipotesi in cui vi è il dolo del testimone (¹²⁹).

Altra ipotesi classica di illecito doloso è stata per lungo tempo considerata “*la seduzione con promessa di matrimonio*”.

Secondo l'impostazione tradizionale, la seduzione attuata con promessa di matrimonio, o mediante altri mezzi costituiva lesione della libertà sessuale (¹³⁰).

¹²⁷ Cfr. Visintini, *I fatti illeciti*. I. Ingiustizia del danno, Cedam 1996, pag. 328

¹²⁸ Per una ricostruzione del tema cfr. Pinto, *Illeciti di dolo, La colpa nella responsabilità civile*, Utet 2006, vol. I, cap. XI, pag. 295 e ss.

¹²⁹ Cfr. ancora Visintini op. cit. pag. 330

¹³⁰ Cfr. De Cupis, *I diritti della personalità*, in Tratt. Dir. civ. e comm. Diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè 1982, vol. IV pag. 227 e ss.

In particolare era stato precisato dalla Suprema Corte di Cassazione che “*la seduzione con promessa di matrimonio, per configurare fatto illecito civile, fonte di risarcimento del danno patrimoniale per la persona sedotta, non richiede gli estremi dell'illecito penale previsto dall'art. 526 c.p., essendo sufficiente alla sua realizzazione la mera colpa dell'agente, non trova deroga con riguardo alla relativa responsabilità ex art. 2043 c.c. in relazione all'evoluzione dei costumi e della legislazione, nonché ai mutamenti della coscienza sociale, che impongono al giudice soltanto una maggiore attenzione nell'accertamento di un comportamento dolosamente ingannevole o colposamente fuorviante e nella ricerca, sulla base di prove concrete e certe, del fondamento dei pregiudizi da "disistima sociale" o da "perdita di occasioni matrimoniali" senza affidarsi a valutazioni discrezionali presuntive (131)*”.

Un altro ambito in cui la teoria degli illeciti dolosi ha tradizionalmente trovato terreno fertile è quello della concorrenza sleale.

L'ipotesi più comune è stata ritenuta essere quella del c.d. *storno di dipendenti*, che si traduce – in sintesi e di regola - nella consapevole induzione del dipendente ad interrompere il proprio rapporto di lavoro offrendogli un posto di lavoro nella propria azienda.

In particolare si è affermato che “*Lo storno dei dipendenti di impresa concorrente costituisce atto di concorrenza sleale allorché sia perseguito il risultato di crearsi un vantaggio competitivo a danno di quest'ultima tramite una strategia diretta ad acquisire uno staff costituito da soggetti pratici del medesimo sistema di lavoro entro una zona determinata, svuotando l'organizzazione concorrente di sue specifiche possibilità operative mediante sottrazione del "modus operandi" dei propri dipendenti, delle conoscenze burocratiche e di mercato da essi acquisite, nonché dell'immagine in sé di operatori di un certo settore. Ne consegue che, al fine di individuare tale "animus nocendi", consistente nella descritta volontà di appropriarsi, attraverso un gruppo di dipendenti, del metodo di lavoro e dell'ambito operativo*

¹³¹ Così in massima Cass. civ., 10.08.1991, n. 8733

dell'impresa concorrente, nessun rilievo assume l'attività di convincimento svolta dalla parte stornante per indurre alla trasmigrazione il personale di quella⁽¹³²⁾”.

Animus nocendi, inteso come dolosa intenzione di ledere l'altro concorrente, quindi, che viene ancora una volta a caratterizzare l'illecito.

Sempre in questo ambito, un'altra ipotesi tipica di illecito doloso è quella della c.d. “concorrenza sleale per denigrazione” che si ha nel caso in cui taluno diffonda notizie ed apprezzamenti sui prodotti altrui al solo scopo di determinare discredito.

In particolare si è precisato che: “*l'articolo 2598, n. 2, del codice civile ritiene concorrenzialmente sleale la diffusione di notizie e apprezzamenti sull'attività di un concorrente, idonei a determinare un discredito. Tale disposizione, inserita nel contesto della disciplina della concorrenza (che si incentra sul concetto di danno concorrenziale potenziale e quindi riguarda solo le attività atte ad incidere negativamente sulla proiezione sul mercato del concorrente) si riferisce essenzialmente ad una denigrazione dell'attività imprenditoriale che possa determinare discredito negli utenti in relazione ai prodotti o servizi offerti in concorrenza con quelli del denigrante. Ed è in relazione a tale ipotesi che la giurisprudenza ha elaborato criteri di valutazione estremamente restrittivi, richiedendo che le notizie e gli apprezzamenti siano non solo rigorosamente veritieri ma anche esposti in modo obbiettivo che non ecceda l'esigenza di informazione del pubblico. Non è infatti consentito all'operatore commerciale o supportare una propria politica sui canali esclusivi di vendita, diffondendo notizie inveritiere, tali dovendosi considerare anche quelle incomplete, ed espresse in modo subdolo e tendenzioso*⁽¹³³⁾”.

Nuovamente la condotta maliziosa del concorrente va a giustificare l'affermazione di un obbligo risarcitorio.

¹³² Così in massima Cass. civ., 04.09.2013, n. 20228

¹³³ Così in motivazione Tribunale Milano Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 04/06/2013 n. 7808 fra Soc. Lastminute.com e soc. Ryanair

Un'ultima ipotesi di illecito doloso che si è affermata in questo settore è quella del c.d. *dumping* ossia vendita di prodotti sottocosto al fine di eliminare la concorrenza per acquisire posizioni di monopolio.

Anche in relazione a tale illecito la giurisprudenza è ferma nel ritenere che *“la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) in tanto è contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, numero 3, c.c., in quanto a porla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione **non avendo alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti per poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare**”⁽¹³⁴⁾.*

Anche in questo caso, come nei precedenti, la volontà dell'agente è scelta come elemento costitutivo della fattispecie di danno. Danno riconoscibile, dunque, in tanto in quanto l'agente commetta la sua condotta lesiva con volontà.

In ciascuna delle figure di illecito esaminate, in realtà, a differenza come vedremo delle ipotesi di illeciti endofamiliari (ricostruite come si è accennato in via giurisprudenziale), la condotta dolosa dell'agente viene in rilievo in quanto prevista dallo stesso dato normativo che descrive la fattispecie delittuosa.

Nel caso della denuncia infondata, la descrizione della condotta tipica è rinvenuta nelle norme penali, così come per la falsa testimonianza, mentre nei casi di concorrenza sleale citati la norma di riferimento è l'art. 2598 c.c. che sanziona fra l'altro la condotta di chi *“diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente”* o ancora *“si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda”* ⁽¹³⁵⁾.

¹³⁴ Così in motivazione Tribunale Venezia, sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 10.05.2009

¹³⁵ Così testualmente l'articolo di legge citato

Come si può leggere, è la stessa previsione normativa a limitare in queste ipotesi la rilevanza giuridica della condotta al solo caso in cui vi sia il dolo dell'agente.

Più interessante, ai nostri fini, dovendo sostenersi l'applicabilità di un modello di responsabilità "aggravata" per le ipotesi di condotta lesiva volontaria dell'agente, sono i casi in cui, a prescindere dal fatto che l'elemento soggettivo venga o meno contemplato nel dato normativo, sia lo stesso interprete in via autonoma a dargli rilevanza, limitando o calibrando il risarcimento, in ragione del fatto che la condotta sia stata o meno posta in essere (dovendo per tale intendersi sia la commissione che l'omissione) con dolo, pur in assenza di un preciso indice normativo che imponga una simile limitazione.

Tecnica interpretativa che, come vedremo, è stata utilizzata proprio con riferimento agli illeciti endofamiliari.

3.3. Gli illeciti endofamiliari

Eccoci finalmente al dunque: gli illeciti endofamiliari (¹³⁶).

Se si scorrono i repertori di giurisprudenza di qualche anno fa alla ricerca di precedenti che abbiano a che vedere con illeciti aquiliani commessi in ambito familiare si rinvencono pronunce sporadiche, e questo non certo perché nel nostro ordinamento vi fosse una regola che espressamente vietasse la proposizione di simili domande.

¹³⁶ Sul tema si segnala fra le altre: Lalage Mormile, *Gli illeciti endofamiliari*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet 2014, cap. XI, pag. 468 e ss.; Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *Nuovi percorsi nel diritto di famiglia collana diretta da Sesta*, Ipsoa 2009; Fasano, *Le tipologie di danno nel contesto familiare*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. I, Persone, famiglia, medicina a cura di Cendon, Cedam 2014, cap. LI, pag. 842 e ss.; Sesta, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet 2008; Roppo, voce *Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 2.; Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Giuffrè, 1998, p. 811; in Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè 1984; Ferrando, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno a cura di Cendon*, Giuffrè 2004, vol. III, pag. 2777

L'ordinamento italiano non ha, infatti, mai conosciuto una regola espressa diretta a sancire l'immunità tra coniugi ovvero dei genitori per gli illeciti commessi in danno dei figli e viceversa

Una regola simile è stata introdotta in altri ordinamenti, ad esempio in quello statunitense in ossequio, si riteneva “*alla superiore esigenza di tutela dell'armonia familiare*”⁽¹³⁷⁾”.

Si può ricordare – prendendo a prestito un caso citato in una nota opera sul tema ⁽¹³⁸⁾ - che negli Stati Uniti ancora un secolo fa circa il principio dell'immunità operava finanche nel caso di stupro da parte del padre nei confronti della figli minorenni.

Naturalmente questa regola è ormai stata da tempo abrogata.

Nel nostro ordinamento, comunque, si diceva, non è prevista alcuna regola che stabilisca l'immunità per i danni cagionati tra coniugi e figli.

Fa eccezione la sola ipotesi di esclusione della punibilità prevista in diritto penale per alcuni reati contro il patrimonio (art. 649 c.p.⁽¹³⁹⁾).

Nella relazione al nostro codice penale in riferimento a tale disposizione era stato scritto, a giustificazione della sua introduzione, che “*nell'ambito familiare è dato ravvisare una confusione di sostanze, una comune destinazione dei beni per piena comunicazione dei diritti, per continuazione di personalità, per necessaria società di vita*”⁽¹⁴⁰⁾”.

¹³⁷ In questo senso Patti, di cui si richiama un interessante articolo che in sintesi bene esamina l'evoluzione nell'ordinamento nordamericano del tema: Patti, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Rivista di diritto civile*, 1981, fasc. 4 pagg. 378 e ss.

¹³⁸ Vedi ancora Patti nell'articolo sopra richiamato e in senso più ampio in Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè 1984 op. cit.

¹³⁹ Il testo dell'articolo richiamato recita: “*Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno: 1) del coniuge non legalmente separato; 2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano. I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.*”

¹⁴⁰ Sul punto vedi Triolo, *I reati contro il patrimonio*, Key ed. 2015, pag. 203.

Comunanza di sostanze e di interessi ritenuta tale da creare una sorta di microcosmo di regole, una specie di sistema chiuso, in cui il diritto comune era destinato a non operare.

Rispetto a questa impostazione, oggi il sistema può dirsi radicalmente cambiato e ciò non solo nel diritto civile, ma anche nel diritto penale.

Sul punto va segnalato, infatti, che la Corte Costituzionale, cui è stata rimessa una questione di legittimità sull'art. 649 c.p. (¹⁴¹), ha avuto modo di affermare che *“sul piano dei rapporti patrimoniali, alla tradizionale comunanza di interessi (la «confusione di sostanze» cui alludeva la già citata relazione al Codice Zanardelli) si affianca oggi, e in molti casi si sostituisce, la reciproca autonomia economica dei componenti il nucleo familiare. Un regime formale di comunione, salva diversa opzione, regola la relazione patrimoniale fra i coniugi ed incide profondamente sugli ambiti di applicazione delle norme penali poste a tutela della proprietà. D'altro canto, si percepisce con immediatezza la frequenza assai maggiore dei casi di plurima e indipendente acquisizione di redditi ad opera dei componenti la famiglia, in un maturo contesto di uguaglianza tra i coniugi, e dunque di loro autonomia nel concorso alle*

¹⁴¹ Si tratta della pronuncia della Corte Cost. 223 del 5 novembre 2015. Il caso sottoposto alla valutazione del giudice rimettente, stando alla tesi dell'accusa, riguardava un soggetto che, all'epoca convivente e non legalmente separata, abusando della fiducia della consorte e della propria posizione di funzionario di banca, avrebbe compiuto una serie di operazioni non concordate, e in qualche caso illecite, su conti correnti di comune intestazione: dirottando fondi verso altri conti, da lui solo controllati; ottenendo mutui garantiti da ipoteca sulla casa coniugale (iscritta in base ad una falsa procura notarile); emettendo o facendo emettere assegni circolari con la falsa sottoscrizione della persona offesa; richiedendo prestiti in appoggio su conti comuni, aperti mediante documenti con sottoscrizioni apocriefe. La scoperta degli illeciti sarebbe stata ostacolata dall'imputato, tra l'altro, esibendo alla moglie falsi estratti di conto corrente, e serbandosi il silenzio sull'intervenuto suo licenziamento per ragioni disciplinari. Nel complesso, stando all'accusa, l'imputato si era appropriato della somma di circa 337.000,00 euro, cagionando un danno ancor superiore in ragione dell'indebitamento provocato. Dopo la definitiva emersione dei fatti, lo stesso imputato aveva abbandonato la casa coniugale, disinteressandosi del mantenimento dei figli e lasciando tutti i congiunti in condizioni economiche disagiate, oltre che in uno stato di grave prostrazione psicologica. In relazione ai fatti indicati, si era aperto un procedimento per i delitti di truffa aggravata (art. 640, secondo comma, in relazione all'art. 61, numero 5, cod. pen.), falso pluriaggravato in scrittura privata (art. 485 in relazione all'art. 61, numeri 2, 5, 7 e 11, cod. pen.), falso in atto pubblico (art. 479 cod. pen.). Il profilo di incostituzionalità era stato individuato dal giudice rimettente nella disparità di trattamento ingiustificato (art. 3, comma 1 e 2 Cost) creato dalla disposizione, diversificando la stessa in senso favorevole il trattamento dei familiari rispetto a quello dei soggetti esterni che, a parità di condotta offensiva per il patrimonio, non potrebbero valersi della causa di non punibilità, nonché lesivo del diritto di difesa (art. 24 Cost), in quanto, per effetto della norma censurata, sarebbe indebitamente precluso l'accesso di "soggetti deboli" alla tutela penale dei loro diritti nei confronti dei familiari.

*scelte di gestione delle esigenze riferibili al nucleo comune. Non stupisce, dunque, che una causa di non punibilità concepita in epoca segnata dal ruolo dominante del marito e del padre, già criticata in epoca risalente per la sua inopportunità (sebbene il Guardasigilli Rocco avesse stimato di conservarla per non allontanarsi «da una tradizione legislativa universalmente accolta»), sia posta oggi in discussione: **la protezione assoluta stabilita intorno al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non è più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare il migliore compimento** ⁽¹⁴²⁾”.*

Ma chiudiamo questa breve digressione per tornare al nostro tema principale.

Il sistema italiano, dicevamo, non prevede alcuna clausola di immunità per i danni cagionati tra coniugi ovvero tra genitori e figli.

Per lungo tempo, tuttavia in questo ambito il contenzioso è stato del tutto assente ⁽¹⁴³⁾, e questo per una combinazione di più fattori.

In primo luogo è oggettivamente difficile che il figlio, fin tanto che rimane minorenni, possa agire in giudizio nei confronti dei genitori, ossia di coloro con cui convive e che per di più normalmente lo rappresentano.

¹⁴² Sul punto v. G. Leo, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, nota a Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 223, Pres. Criscuolo, Rel. Zanon, del 9 Novembre 2015 in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa/-/4272->

[per_la_corte_costituzionale___anacronistica_la_disciplina_di_favore_per_i_reati_contro_il_patrimonio_commessi_in_ambito_familiare/](#)

¹⁴³ Con una vena critica, Di Marzo, *Danni esistenziali endofamiliari* in I danni esistenziali a cura di Russo, Utet 2014, cap. XV, pag. 439 si è interrogato sul se: “*Si può ipotizzare che l’area dei rapporti menzionati debba rimanere indenne dall’intervento del giudice in ossequio ad una propensione radicata nel costume, se non nel diritto, a lavare i panni sporchi in casa?*” La risposta è scontata. La famiglia non è più, da tempo, un organismo unitario, sovrastante rispetto ai suoi componenti nel quale vadano a fondersi le personalità dei singoli, fatta eccezione per quella autoritaria del pater familias. Essa è oggi per il diritto una comunità di eguali dotati di propria individualità e dunque è naturale che il giudice debba talora intervenire a dirimere contrasti. Ecco, allora con riguardo ai rapporti tra genitori e figli gli artt. 330 ss. C.c., come novellati dalla l. 28 marzo 2001 n. 154. Sicché se l’ordinamento espressamente prevede che il giudice debba entrare in famiglia viene a cadere ogni possibilità di ipotizzare che la disciplina aquiliana non debba operare in ambito familiare per ragioni di opportunità”

Certo l'art. 78 c.p.c. prevede la possibilità di nominare un curatore speciale che curi, in luogo del minore, i suoi interessi, ma anche il ricorso a quella disposizione presuppone nei fatti che il figlio sia già uscito dall'ambito familiare.

Inoltre, e cosa più importante, come è stato acutamente osservato, il sistema della responsabilità civile fino a qualche tempo fa non possedeva l'attrezzatura concettuale per cogliere la peculiarità dei profili di danno che possono presentarsi in ambito familiare ⁽¹⁴⁴⁾.

3.4. Giurisprudenza di merito e illeciti endofamiliari

Ma vediamo ora di esaminare alcuni dei rari casi nei quali la responsabilità per danni da illecito endofamiliare era stata affermata dalla giurisprudenza di merito, pur in assenza di una presa di posizione da parte della Corte di Cassazione sul tema ⁽¹⁴⁵⁾.

In un quadro ancora molto confuso si presenta al Tribunale di Firenze il seguente caso: una donna agisce nei confronti del marito lamentando che costui ha lasciato che rimanesse segregata nel salotto di casa per almeno tre anni, senza avere alcun contatto con i familiari e il mondo esterno, in condizioni di degrado fisico e psichico, tanto da essere ridotta ad uno stato che la sentenza definisce "larvale" ⁽¹⁴⁶⁾.

Durante l'istruttoria svolta nel corso del giudizio è emerso che la donna, sofferente sin dai primi anni di matrimonio di una patologia psichica, si era via via isolata dal mondo esterno e dalla vita coniugale.

Il servizio pubblico per il trattamento sanitario obbligatorio era stato attivato dal marito, dopo tre anni che anni che la moglie era rimasta chiusa nel salotto di casa, solo per motivi di utilità pratica, che imponevano ai coniugi il rilascio dell'abitazione.

Dopo che la moglie era stata dimessa dall'ospedale, presso il quale era rimasta ricoverata per più di quaranta giorni, nel corso dei quali il marito si era recato a visitarla solo un paio di volte, il coniuge non aveva manifestato la minima disponibilità a

¹⁴⁴Cfr. in questo senso ancora Di Marzio, op. cit. pag. 440

¹⁴⁵ Prima dell'arresto della Cassazione nel 2005, che esamineremo in seguito, si erano registrati scarsi e contraddittori precedenti: Cass. 5866/1995, Cass. 4108/93, Cass. 3367/93. Tutte le pronunce citate verranno poi riesaminate dalla Corte di Cassazione

¹⁴⁶Trib. Firenze 13 giugno 2000, vedi note di commento di Dogliotti, in *Famiglia e Diritto*, 2001, fasc. 2, pag. 161 e ss.; e la nota di De Marzo in *Danno e Resp.*, 2001, fasc. 7, pag. 741 e ss.

riaccogliere la moglie presso la nuova abitazione, nonostante questo fosse stato espressamente richiesto a fini terapeutici dai sanitari che l'avevano avuta in cura.

In ordine al nesso causale fra il mancato intervento del marito e le condizioni di salute della donna gli accertamenti svolti in sede di istruttoria avevano permesso di appurare che *“l'inescusabile ritardo nell'attivare i necessari sussidi terapeutici, rectius il colpevole inadempimento dell'obbligo di assistenza coniugale protratto per almeno tre anni, abbia [aveva]determinato una compromissione dell'integrità psicofisica dell'attrice per tutto il tempo in cui la stessa è [era]rimasta chiusa nel salotto di casa, quindi per almeno tre anni, e pertanto un danno biologico temporaneo “corrispondente alla durata della sofferenza protrattasi sulla paziente per il periodo sopra indicato, quando sarebbe stato invece possibile curarla con un intervento sanitario obbligatorio”*.

In simili condizioni, la sola pronuncia di addebito era apparsa alla Corte del tutto insoddisfacente (¹⁴⁷); motivo per il quale la stessa aveva ritenuto necessario invocare le regole generali in materia di illecito aquiliano.

In un passaggio della motivazione, si legge, *“la contrarietà della condotta tenuta dal convenuto ai doveri derivanti dal matrimonio, come sopra esposta, a parere del Collegio, è idonea a fondare sia la pronuncia di addebito della separazione in capo a costui, di cui già si è detto, sia la declaratoria di responsabilità del medesimo per i danni derivanti all'attrice sul piano dell'integrità psicofisica, nella misura di cui si dirà, con la conseguente condanna al risarcimento del c.d. danno biologico. In proposito va rilevato che – se è pur vero che l'addebito della separazione non rientra, per sé considerato, tra i criteri di imputazione della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., comportando semplicemente il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento, nel concorso delle altre circostanze previste dalla legge – può peraltro configurarsi la risarcibilità di ulteriori danni nel caso in cui i fatti che hanno dato*

¹⁴⁷ Facci, in un esame sull'illecito endofamiliare: Il danno endofamiliare, in Fam. e dir. 2011, fasc. 12, pag. 1147, evidenzia come: *“Molto spesso la declaratoria di addebito della separazione risulta priva di una rilevanza pratica, in quanto la perdita del diritto all'assegno di mantenimento presenta un duplice limite: colpire solo il coniuge che ne avrebbe avuto diritto e non avere alcuna conseguenza concreta in presenza di modeste capacità finanziarie dell'obbligato [...] La dichiarazione di addebito, pertanto, risulta generalmente inefficace al fine di riparare le conseguenze negative provocate dalla condotta illecita di un coniuge nei confronti dell'altro”*

*luogo alla dichiarazione di addebito integrino gli estremi dell'illecito extracontrattuale di cui alla norma citata. Nel caso de quo, infatti, ai fini dell'accoglimento della relativa domanda formulata dall'attrice si ravvisano **tutti i presupposti per ritenere sussistente tale specie di illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c.: la condotta antigiuridica** di cui si è già diffusamente parlato, nella specie configurabile come omissione, quale inadempimento dell'obbligo di assistenza morale e materiale derivante dal matrimonio; **il danno ingiusto**, in concreto ravvisabile nella compromissione del bene della salute subita dall'attrice sub specie di danno biologico temporaneo nel periodo della segregazione nel salotto di casa, senza alcun contatto con i familiari e il mondo esterno, per le condizioni di degrado fisico e psichico e per lo stato larvale nel quale si è ridotta a vivere in tale periodo; **il nesso causale** tra la prima e il secondo, dovendosi riconoscere sulla base della C.T.U. che l'inescusabile ritardo nell'attivare i necessari sussidi terapeutici, rectius il colpevole inadempimento dell'obbligo di assistenza coniugale protratto per almeno tre anni, abbia determinato una compromissione dell'integrità psicofisica dell'attrice per tutto il tempo in cui la stessa è rimasta chiusa nel salotto di casa, quindi per almeno tre anni, e pertanto un **danno biologico temporaneo** "corrispondente alla durata della sofferenza protrattasi sulla paziente per il periodo sopra indicato, quando sarebbe stato invece possibile curarla con un intervento sanitario obbligatorio".*

Ora, nella motivazione il Tribunale non fa alcun riferimento alla figura del dolo, alla sua rilevanza nella ricostruzione della fattispecie delittuosa o alla necessità che l'agente fosse stato mosso da dolo.

Ciò nonostante è evidente che sia stata proprio la particolare gravità della condotta concretizzatasi nella consapevole scelta del marito di lasciare la propria moglie malata segregata all'interno di una stanza di casa per ben tre anni, a giustificare il "superamento" della pronuncia di addebito per l'affermazione di una responsabilità civile per danni del marito nei confronti della moglie.

Dolo che giustifica dunque l'erogazione di un risarcimento del danno a favore della vittima.

Risarcimento che, se certamente non può certo restituire la possibilità di condizioni di vita migliori (o almeno di quelle che ci sarebbero state se l'illecito non fosse stato posto in essere), può quantomeno offrire una risposta dell'ordinamento (di tipo sanzionatorio) rispetto ad una condotta chiaramente riprovevole, proprio in quanto volontaria.

Esaminiamo un altro caso, anch'esso antecedente alla presa di posizione da parte della Cassazione.

Il caso riguarda questa volta l'azione di un padre che conviene in giudizio la ex convivente *more uxorio*, nonché i figli naturali riconosciuti, nati nel corso della convivenza, per disconoscerne la paternità (art. 244 c.c.)⁽¹⁴⁸⁾.

A sostegno della propria domanda l'attore ha dedotto, fra l'altro, che gli era stato comunicato dalla compagna di essere in attesa del primo figlio solo un mese dopo l'inizio della convivenza, mentre fino a tre mesi prima aveva avuto una relazione con un altro uomo; e che i lineamenti e le caratteristiche fisiche, oltre che comportamentali dei due minori, erano apparse nel tempo talmente diverse da quelli del padre, da ingenerare il sospetto che non fossero suoi figli.

Da ultimo, l'attore deduceva di essersi sottoposto presso l'Ospedale a visita medica con accertamenti clinici, da cui aveva appreso di essere affetto da sterilità.

Tutte le difese dell'attore erano state contestate dalla madre che aveva chiesto l'accertamento ematologico sulla paternità e, in via riconvenzionale, la condanna dell'attore al risarcimento dei danni morali conseguenti alle affermazioni sviluppate nell'atto di citazione, ritenute offensive e ingiuriose.

Anche i due minori, rappresentati dal curatore speciale nominato dal Giudice Tutelare, si costituivano nel giudizio, contestando la fondatezza della richiesta di disconoscimento.

All'esito degli accertamenti istruttori era risultata con matematica certezza ⁽¹⁴⁹⁾ la paternità di Tizio dei due minori.

¹⁴⁸Trib. Monza 16 giugno 2005, in www.personaedanno.it

¹⁴⁹ Sul punto in sentenza si afferma che: “*il Collegio non può che prendere atto delle risultanze assolutamente univoche degli esami ematologici espletati dal dott. A.P., con l'ormai sperimentata tecnica dell'identificazione nel DNA degli alleli di provenienza materna, e nella verifica di compatibilità*”

In motivazione si legge, che: *“L’iniziativa giudiziaria promossa dall’attore si è rivelata, dunque, palesemente infondata, dovendo il Tribunale sottolineare alcuni aspetti di temerarietà della domanda del B., il quale ha tentato di sostenere la liceità dei propri dubbi sulla paternità con deduzioni generiche e finanche offensive nei confronti dell’ex convivente.*

L’attore, infatti, pur non avendo indicato con precisione la data d’inizio della convivenza con la sig.ra L., si è permesso di introdurre il sospetto che il concepimento del primo figlio potesse essere in qualche modo riferibile ad un periodo precedente (nel quale la sua compagna aveva avuto una relazione con un altro uomo, cui aveva posto fine, "a suo dire", da circa tre mesi). L’argomento si è rivelato totalmente pretestuoso, già dalle stesse allegazioni attoree [...] Stravaganti e risibili appaiono infine le osservazioni del B. circa il fatto che con il passare del tempo, "i lineamenti e le peculiari caratteristiche fisiche, oltre che comportamentali, dei due minori... apparivano all’attore talmente diversi dai propri, da ingenerare in lui il sospetto di non essere il loro padre”.

Il Tribunale arriva così alla conclusione che *“si tratta di mere illazioni, frutto di evidente suggestione e di un malizioso atteggiamento di un padre che, dopo la rottura del sodalizio familiare con la L., vorrebbe sottrarsi alle proprie responsabilità di genitore, come dimostrano le ripetute iniziative giudiziarie avviate dalla stessa convenuta per ottenere dal B. le dovute contribuzioni economiche per i figli (vedi precetti e pignoramenti allegati sub. doc. 3/7 in fase. L.)”.*

Tali condotte sono state considerate idonee a fondare la domanda di risarcimento del danno in quanto *“vulnerati valori primari della persona, con lesione di quella sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell’ambito della famiglia, che la recente giurisprudenza ha riaffermato come intangibile [...]”.*

del restante assetto genetico (necessariamente di provenienza paterna) con il presunto padre. Nel caso in esame i risultati sono stati di piena compatibilità tra gli assetti del sig. B. con entrambi i figli D. e M., con un indice di paternità superiore a 22 milioni e con un accertamento positivo della paternità in percentuale di probabilità superiore al 99,99999%. D. e M.B. sono dunque, con certezza matematica, figli naturali di G.B.”

Anche in questo caso risulta evidente, sebbene non se ne faccia cenno nella motivazione, se non incidentalmente, che sia stata proprio la particolare gravità della condotta dell'attore a giustificare la pronuncia di risarcimento del danno.

Un ultimo caso merita ora di essere esaminato.

La fattispecie è la seguente: Tizio disconosciuto in tenerissima età dall'apparente padre legittimo, divenuto adulto, propone un'azione di dichiarazione di paternità nei confronti del padre naturale, e domanda il risarcimento dei danni derivati dal mancato riconoscimento e dall'omesso mantenimento.

Nei fatti il disinteresse paterno (del padre naturale) risulta aver costretto il giovane ad abbandonare presto gli studi, e ad adattarsi a vari tipi di attività manuale (pizzaiolo, cameriere, facchino, operaio agricolo), e ciò nonostante le indubbie capacità e potenzialità di cui era dotato; tanto che, assunto nel 1990, come operaio presso una società di Carpi, era stato poi proposto come agente venditore per l'intera regione.

Per contro, i fratelli - figli legittimi del convenuto- avevano raggiunto posizioni socio-lavorative elevate, essendo tutti diventati professionisti affermati e con situazioni patrimoniali plurimiliardarie ⁽¹⁵⁰⁾.

In primo grado, il tribunale di Modena aveva accolto la pretesa risarcitoria dell'attore, con riferimento sia alla mancata percezione del mantenimento, sia - ed è questo il profilo di maggiore interesse - per la *“perduta prospettiva di inserimento sociale e lavorativo adeguato alla classe socio-economica del padre”*.

Avverso la decisione, era stato proposto appello.

Nel confermare la bontà della decisione di prime cure in ordine alla statuizione sul risarcimento dei danni, la corte d'appello punta l'accento sul pregiudizio derivato a Tizio dalla perdita della possibilità di realizzazione personale derivata dall'assenza paterna.

¹⁵⁰ Incidentalmente si rileva che nel caso esaminato non risultava configurabile, anche in astratto, l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 570 c.p., in quanto non difettavano (anche in virtù dell'assegno di mantenimento versato dal padre legittimo) i mezzi di sussistenza, inerendo l'inadempimento del convenuto a quelle maggiori prestazioni che la sua rilevante posizione socio-economica sicuramente consentiva

Il danno viene ricostruito in termini di perdita di *chances* e viene quantificato non solo nel mancato apporto paterno in termini economico-finanziari, ma anche nella privazione dei consigli e di ogni altro contributo utile ad un inserimento nella società e nel mondo del lavoro corrispondente alla condizione del genitore.

Interessante è notare l'analisi compiuta dalla Corte con riferimento all'elemento soggettivo.

Scrivono la Corte di appello: *“né può ritenersi che l'appellante, il quale non ha impugnato la decisione di primo grado in relazione al riconoscimento di paternità, **abbia acquisito la consapevolezza del rapporto di filiazione solo all'esito delle prove biologiche esperite nel primo grado del giudizio: egli era uno dei principali protagonisti della vicenda adulterina** (protrattasi anche quando la gravidanza della donna era evidente) **che condusse alla disintegrazione del matrimonio dei genitori legittimi dell'attore, e lo scalpore dell'azione di disconoscimento, proposta dal ZZ proprio in seguito alla scoperta della sua relazione con la YY, non poteva non renderlo consapevole della propria paternità.** Tale aspetto, che non può essere disconosciuto, costituisce il profilo psicologico della colpa del XX, e, quindi, consente la piena configurabilità dell'illecito civile che **costituisce la base della pretesa risarcitoria per cui è processo**”.*

Una consapevolezza che, la Corte d'Appello scriverà nelle righe successive, è proprio il fondamento della domanda risarcitoria: *“sia [è] in ogni caso configurabile un illecito civile, che trova il suo fondamento nella **consapevole violazione dell'obbligo prescritto dalla disposizione contenuta nel citato art. 270 c.c.** (omissis) [...]”.*

La quantificazione del danno viene poi sviluppata guardando in concreto *“all'accertata modestia delle condizioni di vita del giovane YY [...] rapportata alle cospicue risorse del facoltosissimo padre naturale, inserito nei vertici imprenditoriali della propria città. [...]”* appare così **“senz'altro configurabile un danno, di notevoli proporzioni, ai fondamentali diritti della persona, così come garantiti dagli artt. 2 e segg. Cost., cui va necessariamente posto in relazione, proprio ai fini di una lettura costituzionalmente orientata, l'art. 2043 c.c.”.**

Il danno liquidato, in conferma degli esiti della sentenza di prime cure, a favore di Tizio sarà di quattro miliardi di lire (pari ad € 2.065.827,60) ⁽¹⁵¹⁾.

In conclusione è evidente come, in tutti i casi esaminati, 1) in primo luogo il fatto di trovarsi davanti ad una scelta consapevole del soggetto agente sia stato determinante – sebbene non espressamente indicato - ai fini del giudizio sulla configurabilità dell'illecito; 2) inoltre, che la necessità di dare una risposta a situazioni di grave ingiustizia abbia portato i giudici di merito a derogare alle regole ordinarie, e quindi al paradigma meramente indennitario, per riconoscere e quantificare il danno anche in situazioni in cui appare all'evidenza una *fictio iuris* sostenere l'equivalenza fra il danno risarcito e l'effettiva lesione subito dai danneggiati.

3.5. L'arresto della Corte di Cassazione nel 2005

Tracciato il quadro della giurisprudenza di merito, esaminiamo la presa di posizione della Suprema Corte di Cassazione.

La fattispecie esaminata riguarda il caso di un uomo che aveva taciuto dolosamente alla propria compagna la propria incapacità a procreare inducendola a sposarlo ⁽¹⁵²⁾.

¹⁵¹ In particolare la Corte scriverà sul punto che: “*Tenuto conto, da un lato, di tale aspetto, e, dall'altro, dei rilevanti pregiudizi arrecati alla personalità dell'attore, che trascendono la sfera meramente economica (ed in tale misura deve intendersi accolto quanto dedotto dall'appellato in via incidentale in relazione al danno esistenziale) appare congrua, per il ristoro complessivo delle voci di danno in esame, la somma di quattro miliardi di lire (pari ad € 2.065.827,60) determinata nell'impugnata decisione*”

¹⁵² Solo incidentalmente si rileva come anche la tutela penale non avrebbe potuto nel caso di specie tutelare il coniuge danneggiato in quanto l'art. 570 c.p., riguardante la violazione degli obblighi di assistenza familiare, si riferisce soltanto alla violazione del dovere di assistenza economica e morale mentre l'art. 572 c.p. relativo al reato dei maltrattamenti in famiglia richiede la pluralità di atti lesivi dell'integrità fisica o morale della vittima. Fattispecie che difficilmente può trovare applicazione in un caso simile e che raramente conduce per la vittima a risultati concreti Sul tema v. Bona, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?* In *Famiglia e Diritto* 2001, pag. 195 ss.; Fraccon, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie* in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di Cendon, vol. IV, Cedam 2004, pag. 2811 e ss.

La Corte si trova, quindi, a dover valutare se una simile omessa informazione possa dar vita ad una responsabilità aquiliana, e quale sia il rapporto fra tale condotta e i doveri nascenti dal matrimonio.

Nel ricorso, la donna si era lamentata del fatto che il comportamento colpevole del marito per non averla informata, ancora all'epoca del fidanzamento, dei propri problemi sessuali era idoneo a giustificare un risarcimento del danno sulla base dei principi elaborati in materia di responsabilità aquiliana.

Ci troviamo davanti ad un caso molto peculiare: un uomo, pur a conoscenza della propria malformazione, e quindi volontariamente e intenzionalmente non informa la propria compagna al fine di indurla al matrimonio.

Ripercorriamo alcuni passaggi della sentenza.

Preliminarmente la Corte esamina i propri precedenti, arrivando alla conclusione che *“ad una prima apertura (affermata in una pronuncia del '75 in tema di adulterio), segue un atteggiamento di totale chiusura che si fonda sulla visione del diritto di famiglia come uno sistema in sé completo[...].”* In particolare: *“nella risalente **sentenza n. 2468 del 1975** la soluzione positiva della questione appare quasi scontata, lì dove si afferma **non potersi escludere a priori che l'adulterio, nel particolare ambiente in cui vivono i coniugi, sia causa di tanto discredito da costituire per l'altro coniuge fonte di danno, a carattere patrimoniale, nella vita di relazione, e che pertanto la violazione da parte di un coniuge dell'obbligo di fedeltà, a prescindere dalle conseguenze sui rapporti di natura personale, possa determinare, in concorso di particolari circostanze, un obbligo risarcitorio in favore del coniuge danneggiato.***

*A diversa soluzione sono pervenute le **due sentenze n. 3367 e n. 4108 del 1993**, la prima delle quali ha affermato che nel caso di addebito della separazione la tutela risarcitoria di cui all' art. 2043 c.c. non può essere invocata per la mancanza di un danno ingiusto, non integrando l'addebito della separazione la violazione di un diritto dell'altro coniuge, mentre la seconda ha osservato che dalla separazione personale dei coniugi può nascere, sul piano economico, soltanto il diritto all'assegno di mantenimento, sempre che ne sussistano i presupposti di legge, e che tale diritto esclude la possibilità di chiedere anche il risarcimento dei danni a qualsiasi titolo*

subiti a causa della separazione imputabile all' altro coniuge, costituendo la separazione personale un diritto attinente alla libertà della persona ed avendo il legislatore specificamente, e quindi esaustivamente previsto le sue conseguenze all' interno della disciplina del diritto di famiglia.

*Da tale orientamento, che chiaramente si fonda sul convincimento che le regole che disciplinano la materia familiare costituiscano un sistema chiuso e completo, a sua volta si è discostata la **successiva sentenza n. 5866 del 1995, la quale, pur affermando che l'addebito della separazione non costituisce di per sé fonte di responsabilità extracontrattuale, ha ammesso in linea teorica la risarcibilità del danno, oltre l'eventuale diritto all' assegno, ove i fatti che hanno dato luogo all' addebito integrino gli estremi dell' illecito ipotizzato dall' art. 2043 c.c.***

*Va infine richiamata la più recente **sentenza di questa sezione n. 7713 del 2000**, relativa alla diversa pretesa risarcitoria di un figlio nei confronti di un genitore, riconosciuto tale a seguito di dichiarazione giudiziale di paternità, **che per anni gli aveva rifiutato i mezzi di sussistenza, secondo la quale siffatta condotta dà luogo ad una lesione in sé di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti**⁽¹⁵³⁾, e conseguentemente può costituire fonte di responsabilità risarcitoria, indipendentemente dalla esistenza di perdite patrimoniali del danneggiato: si è osservato in tale decisione che una **lettura costituzionalmente orientata dell' art. 2043 c.c. impone di ritenere che tale disposizione sia diretta a compensare il sacrificio che detti valori subiscono a causa dell' illecito, così che la norma stessa, correlata agli artt. 2 e ss. Cost., deve necessariamente intendersi come comprensiva del risarcimento di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana**, indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la lesione possa comportare.*

*In tale direzione sembra muoversi **la giurisprudenza di merito, sempre più incline a ravvisare una responsabilità risarcitoria per violazione degli obblighi familiari***".

¹⁵³ Della pronuncia a cui fa riferimento la Corte verrà analizzata in seguito la decisione resa nei due giudizi di merito

In questo incerto quadro, la Corte prosegue nell'esaminare la specifica questione sottoposta alla sua attenzione osservando che: “[...] *nell' ambito dell' art. 2059 c.c. trovano collocazione e protezione tutte quelle situazioni soggettive relative a perdite non patrimoniali subite dalla persona, per fatti illeciti determinanti un danno ingiusto e per la lesione di valori costituzionalmente protetti o specificamente tutelati da leggi speciali[...]*” pertanto **“i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono soltanto di carattere morale, ma hanno natura giuridica [...]**onde è certamente ravvisabile un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell' altro a comportamenti conformi a detti obblighi[...].”

Poste così le premesse di una astratta compatibilità fra rimedi risarcitori e i rimedi generali della responsabilità civile (¹⁵⁴), si giunge a quello che è da considerare, ai nostri fini, il punto nodale della decisione.

La Corte precisa, infatti, che **“non vengono qui in rilievo [non possono perciò essere fatti valere] i comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all' interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza, ma unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona”**.

In applicazione di tali principi, nel caso di specie, la Corte sottolinea come: **“La Corte di Appello ha ritenuto come acquisito in giudizio che il B. fosse pienamente consapevole prima del matrimonio della sua malformazione: tale apprezzamento in fatto non è ovviamente censurabile in questa sede. Altrettanto incensurabile è l'ulteriore affermazione della stessa Corte che la S. non avrebbe contratto matrimonio ove fosse stata edotta dei problemi sessuali che affliggevano il fidanzato”**.

¹⁵⁴ In particolare la Corte precisa che *“La natura, la funzione ed i limiti di ciascuno degli istituti innanzi richiamati rendono evidente che essi non sono strutturalmente incompatibili con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, non escludendo la rilevanza che un determinato comportamento può rivestire ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle conseguenti statuizioni di natura patrimoniale la concorrente rilevanza dello stesso comportamento quale fatto generatore di responsabilità aquiliana”*

Ed è da tali elementi che la Corte desume “*l'accertamento [...] della lesione del diritto fondamentale della S. a realizzarsi pienamente nella famiglia e nella società come donna, come moglie ed eventualmente come madre*”¹⁵⁵)” e così giunge ad affermare il diritto della donna ad ottenere il risarcimento del danno.

Anche in questo caso, è evidente come nella valutazione sull'ammissibilità della domanda risarcitoria, la Corte abbia dato importanza all'elemento del dolo, quale componente costitutiva della condotta delittuosa, in quanto ritenuta l'unica a poter fungere da parametro di gravità.

È indubbio, infatti, che se Tizio avesse colposamente taciuto la propria malformazione non vi sarebbe stato spazio per un risarcimento del danno, poiché in quel caso la sua condotta sarebbe tornata ad essere ricompresa in quei “*comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia*”.

L'impostazione ora esaminata è stata ribadita anche di recente dalla Suprema Corte di Cassazione chiamata a decidere sull'ammissibilità di una domanda risarcitoria formulata dalla moglie tradita in un caso in cui il marito aveva reso la sua relazione extraconiugale ampiamente pubblica e quindi particolarmente frustrante.

Anche in questo caso le modalità di realizzazione dell'illecito hanno portato al riconoscimento della responsabilità del marito convenuto in giudizio (¹⁵⁶).

¹⁵⁵ Nello specifico il diritto fondamentale leso viene individuato nel: “*diritto alla sessualità, che la dottrina costituzionalistica degli anni ottanta annoverava tra i nuovi diritti, e che certamente si sostanzia in una posizione soggettiva tutelata dalla Costituzione. Viene insomma in rilievo una violazione della persona umana intesa nella sua totalità, nella sua libertà - dignità, nella sua autonoma determinazione al matrimonio, nelle sue aspettative di armonica vita sessuale, nei suoi progetti di maternità, nella sua fiducia in una vita coniugale fondata sulla comunità, sulla solidarietà e sulla piena esplicazione delle proprie potenzialità nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela risiede negli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.*”

¹⁵⁶ Così Cass., 15.09.2011, n. 18853, la quale in motivazione ribadisce che: “*I doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi su detti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni*” e prosegue per arrivare alla conclusione che “*la violazione di quei doveri non trova necessariamente la propria sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quali la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare ai sensi dell'art. 146 cod. civ., l'addebito della separazione, con i suoi riflessi in tema di perdita del diritto all'assegno e dei diritti successori, il divorzio e il relativo assegno, con*

3.6. La rilevanza del dolo nella configurazione dell'illecito

Prima di concludere, è utile soffermarsi seppure velocemente su quale è la situazione che in giurisprudenza ha fatto seguito all'arresto sopra esaminato.

Non è certo possibile soffermarsi su tutte le pronunce in cui i giudici di merito hanno affermato il risarcimento del danno da illecito familiare, e non sarebbe neppure utile ai nostri fini compiere una simile indagine.

Molto interessante è però vedere come, a seguito della presa di posizione della Cassazione, anche nelle pronunce di merito i richiami al dolo, alla malizia, alla consapevolezza dell'agente si siano fatti più evidenti e diretti.

In una pronuncia del Tribunale di Venezia in motivazione si evidenzia la necessità di *“mantenersi nel solco della differenziazione rimediale, mantenendo nell'alveo di quelli tipici della crisi dell'unione anche condotte tali da legittimare una pronuncia di addebito e **limitando il ricorso al presidio della responsabilità civile al cospetto di condotte dolosamente, anche in termini di dolo eventuale, o gravemente colpose, eziologicamente ricollegabili alla lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela nell'ambito del consueto giudizio di bilanciamento proprio del settore in questione**(¹⁵⁷)”*.

Ecco che il dolo fa apertamente ingresso e diventa elemento chiamato in modo espresso a differenziare le condotte risarcibili (verrebbe quasi da dire punibili) da quelle che, invece, non lo sono in quanto *“non sufficientemente gravi”*.

gl'istituti connessi. Discende infatti dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi di un illecito civile”

¹⁵⁷ Così Trib Venezia, 03 luglio 2006 in Resp. civ. 2006, pag. 951, il quale nella motivazione spiega puntualmente come: *“non ogni violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio può essere fonte di un danno risarcibile in via aquiliana, né il mero addebito della separazione, ossia la consapevole violazione di tali obblighi causalmente ricollegabile al fallimento dell'unione può essere sanzionata ex art. 2043 c.c., pena lo stravolgimento della funzione propria della responsabilità civile quale strumento volto a riallocare le esternalità negative in un'ottica non solo compensatrice, ma di deterrenza adeguata. Diversamente opinando si rischierebbe di fare opera di banalizzazione dell'istituto, trasformandolo in uno strumento indiretto di coazione rispetto al rapporto di coppia, tradendo il senso della vigente disciplina in materia di separazione basato sull'oggettiva rilevazione di una situazione ostativa alla prosecuzione della convivenza o di pregiudizio alla prole dal suo protrarsi. [...]”*

Nello stesso solco si inserisce una successiva pronuncia di merito, questa volta del Tribunale di Busto Arsizio, nella quale, ai fini di giungere ad una condanna del marito che aveva intrattenuto più di una relazione extraconiugale, si evidenzia come *“la condotta contra ius del ricorrente debba intendersi intrinsecamente grave, per l'abitudine delle frequentazioni intrattenute; per la diffusione di materiale che ritraeva il ricorrente (che è marito e padre) in pose oscene, consentendone in modo indiretto (ed ipotetico) la diffusione non controllata; per la spudoratezza con la quale egli si faceva vanto nella Community delle proprie conquiste (anche di ragazzine minorenni); per il fatto che tutto questo sia avvenuto utilizzando il computer di casa, dove poi la resistente ha rinvenuto tutto il materiale. Tutto questo è stato legittimamente vissuto dalla resistente, che non aveva avuto sentore di questa doppia vita del coniuge, come un'aggressione ai propri diritti di moglie. Tale aggressione appare tanto più grave se si considera che quest'ultima è persona fragile, in quanto affetta da vari anni da sclerosi multipla, e quindi, come tale, maggiormente bisognosa di attenzione e di cura”*⁽¹⁵⁸⁾.

In questo caso, sebbene fosse stata esclusa l'esistenza di un danno all'integrità psicofisica dell'attrice, non dedotto, né provato, è stato alla stessa *“riconosciuto il ristoro delle altre componenti del danno non patrimoniale, avuto riguardo all'intensità della sofferenza patita dalla ricorrente e del vulnus che ciò ha provocato nella propria vita emotiva, relazionale ed affettiva”*.

Un altro caso di estremo interesse, ai nostri fini, per le affermazioni contenute nella motivazione è quello deciso dal Tribunale di Venezia nel 2009⁽¹⁵⁹⁾.

Il caso riguardava una moglie il cui ruolo era stato svilito dal marito fino ad assumere i connotati di badante della suocera.

¹⁵⁸ In questo senso Trib. Busto Arsizio, 05.02.2010, con nota di commento di Facci in Resp. Civ. 2010, pag. 473 e ss. Sul punto in motivazione la Corte evidenzia come: *“Del tutto comprensibile appare quindi lo stato depressivo in cui è caduta in seguito la Sig.ra T.M., confermato dalle testi P. (madre della stessa) e C. e dalla valutazione psicologica fatta dalla D.ssa P.(doc. 15 di parte res.), la quale ha confermato la necessità per la resistente di un lungo percorso psicoterapeutico per metabolizzare l'offesa (“il fatto lesivo ha generato uno stato di malessere diffuso che, pur non sfociando in una vera e propria malattia psicomantica, ha provocato ansia, irritazione, difficoltà di far fronte alle normali occupazioni”*

¹⁵⁹ Tribunale Venezia, 14/05/2009 con nota di commento a cura di Cendon in Responsabilità Civile e Previdenza, 2009, fasc. 09, pag. 1885 e ss.

In particolare a fronte di una relazione da tempo intrapresa, il marito, non potendo fare a meno per ragioni pratiche dell'apporto della moglie, aveva lasciato la casa coniugale in epoca di poco successiva al decesso della madre per andare a vivere definitivamente con la sua nuova compagna, limitandosi a corrisponderle alla moglie la modesta somma di € 50 al mese per *“il mantenimento dei cani e dei gatti (160)”*.

Nel motivare in ordine alla risarcibilità del danno, il Tribunale precisa che *“affinché la violazione del dovere di fedeltà fra coniugi rilevi sul terreno della responsabilità civile, dando luogo ad obblighi risarcitori, in particolare per quanto riguarda i danni non patrimoniali, occorrerà che il comportamento dello sposo “fedifrago” **atinga certe soglie di intensità, tendenzialmente quelle del dolo o della colpa grave**(161)”*.

Ed aggiunge *“[...] A ciò s’aggiunga che non è revocabile in dubbio che il risarcimento del danno non patrimoniale non ha funzione compensativa, non servendo a rimettere il creditore nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se il fatto non si fosse verificato come normalmente accade al cospetto della lesione di un interesse patrimoniale, rinveniente sul mercato un suo surrogato. **In tali vicende, accanto al profilo soddisfattivo per la perdita di utilità di carattere non patrimoniale viene sicuramente in rilievo un profilo sanzionatorio/deterrente, ossia mediante un equivalente pecuniario il sistema cerca di disincentivare condotte lesive.** In altri termini, fermo restando che si devono prendere in esame le conseguenze in concreto manifestatesi nella sfera della vittima, appare possibile in tali vicende stabilire un rapporto di proporzionalità anche con la (natura ed il tipo di) condotta dell’offensore, accedendo, pertanto, alla ridetta valutazione”*.

Conclusioni che solo sembrano giustificare il perché di tanto discorrere in questa sede in ordine agli illeciti endofamiliari.

¹⁶⁰ Così espressamente viene indicata in sede di motivazione dal Tribunale la causale dell’assegno erogato mensilmente dal marito alla moglie

¹⁶¹ In motivazione il Tribunale precisa che: *“Il caso in esame, tuttavia, mal si presta ad appiattimento sul solo profilo lesione della salute psichica, posto che oltre a questa viene in rilievo, ma su una scala valoriale diversa, la compromissione/peggioramento della qualità della vita. Si badi che per questa via non s’intende ridare sostanza alla categoria del danno esistenziale, ma semplicemente prendere sul serio le conseguenze derivanti dalla lesione di un diritto fondamentale della persona: l’intangibilità della sua sfera morale sintetizzata nel concetto di dignità”*

3.7. Conclusioni

In apertura del capitolo, si è cercato di spiegare come nell'analisi degli illeciti endofamiliari riecheggi il problema di parametrare una responsabilità, quella civile, che si è visto almeno, in linea astratta, (dover essere) insensibile all'elemento soggettivo della condotta di fronte alla *scelta razionale dell'agente* di commettere l'illecito.

Nel noto scritto sulle pene private e sulla responsabilità civile, Gallo scriveva limpidamente che *“l'entità dell'obbligazione risarcitoria **varia a seconda che la lesione sia stata perpetrata con semplice colpa o con dolo**; nel primo caso scopo della responsabilità civile sarebbe quello di reintegrare nel modo più alto possibile la situazione patrimoniale della parte lesa antecedentemente la commissione dell'illecito; in caso di dolo, scopo della responsabilità civile sarebbe quello di disincentivare il comportamento lesivo posto in essere mediante la comminazione di una somma di denaro a titolo di penale”*.

Questo assunto è stato più volte contestato almeno come affermazione di principio dalla Suprema Corte di Cassazione, trincerata dietro ad una visione tradizionale (e certamente più sicura) della responsabilità civile come puramente indennitaria⁽¹⁶²⁾.

Superare questa affermazione, che come si è visto, è tutto fuorché un mero esercizio di stile: è il primo e doveroso passo per poter pensare allo strumento del diritto civile, come alternativa, utile e possibile, in determinati casi, e con ben fissati limiti, al diritto penale.

¹⁶² Così Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè 1996, pag. 61

CAPITOLO 4

UNO SCENARIO POSSIBILE DI COORDINAMENTO DEGLI STRUMENTI DI TUTELA

4.1. Crisi economica e diritto penale

Le riflessioni fino ad ora svolte ci riportano alla questione principale: perché cercare una alternativa alla tutela penale? Ed in che termini è possibile pensare che questa, in alcuni e certo limitati casi, possa essere svolta dal diritto civile?

Partiamo da una constatazione. La crisi economica (¹⁶³) che ha segnato la storia del nostro paese in questi ultimi anni ha reso evidente una assoluta incapacità degli strumenti di tutela penale, ed in particolare di quelli posti a presidio della tutela del mercato, a garantire una protezione efficiente.

Alessandri in un scritto, di poco successivo al caso Parmalat e Cirio, sul tema della evoluzione e delle prospettive del diritto penale economico rilevava come fosse ormai un dato evidente *“che la minaccia penale tradizionalmente formulata, anche nelle forme gravi della bancarotta, non ha mostrato reale efficacia dissuasiva, almeno di quella sufficiente a garantire un livello minimo di correttezza nella vita delle imprese (¹⁶⁴)”*.

E proseguiva evidenziando come le inchieste avessero lasciato emergere *“uno spaccato di indifferenza alla legalità che il penalista non può ignorare lasciandolo sprezzantemente alle cronache più o meno specializzate e serie. E il penalista non può ignorare che quell’indifferenza si è sviluppata proprio in territori che erano formalmente presidiati da precetti penali, alcuni robusti, altri meno, che sono stati travolti senza indugio e nella piena consapevolezza dei protagonisti, aiutati da valentissimi consulenti. I processi annunciati si profilano estremamente lunghi oppure con vie d’uscita patteggiate che lasciano l’amara impressione di una modestia*

¹⁶³Alcuni economisti hanno qualificato il fenomeno della crisi come “depressione economica”, e quindi endemica perdita di valore del sistema economico, piuttosto che semplicemente crisi: in questi termini Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Ube, 2010

¹⁶⁴Alessandri, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in AA. VV. Scritti in onore di Federico Stella, Jovene, 2007, cit. pag. 974

estrema della risposta sanzionatoria, se essa, alla fine, si riduce alla sola custodia cautelare per alcuni dei vertici della compagine criminosa. Un déjà vu rispetto a “mani pulite”. E nel frattempo la fiducia dei cittadini nella legalità e nelle istituzioni mostra una discesa impressionante ⁽¹⁶⁵⁾”.

Quella che viene descritta è una sorta di spirale perversa in cui confluiscono da un lato l'inadeguatezza della normativa e la crescente disparità di regime sanzionatorio (in termini di trattamento e di destinatari della sanzione), e dall'altro una perseverante e tenace inclinazione alle irregolarità nella conduzione delle attività economiche, che ha poi trovato abbondante combustibile nelle difficoltà insorte per la crisi economica.

Inevitabile, allora che in una sorta di corto circuito determinato dall'accumulo di tensione tra regolamentazione carente e grave inosservanza delle regole, si sia registrata una sempre più forte richiesta di sicurezza e di punizione, talora formulata persino i termini di esemplarità, anche a discapito della salvaguardia dei principi fondamentali ⁽¹⁶⁶⁾.

Richiesta a cui il Legislatore ha fatto fronte, pur dimenticando i gravi problemi di *enforcement* già sperimentati, ampliando la strumentazione penale, propagandata quale unico efficace deterrente e, al contrario, proprio per il suo incontrollato utilizzo, ridotta sempre più ai pallidi colori del mero simbolismo.

In un simile quadro diventa sempre più pressante l'esigenza di costruire una dogmatica orientata effettivamente in senso di politica criminale, tale da aiutare nella scelta dei mezzi sanzionatori e questo, ragionando anche in termini di costi sociali, tutela di beni giuridici, pluralità di strumenti utilizzabili, avendo riguardo alle ripercussioni che il rafforzamento o l'indebolimento di una determinata misura può comportare sulle altre ⁽¹⁶⁷⁾.

¹⁶⁵ Sul tema cfr. per tutti Forti, *Il prezzo della tangente: la corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite*, Giuffrè 2003.

¹⁶⁶ Sul tema si rimanda a un recente scritto di Alessandri, *Evoluzioni e prospettive nel diritto penale economico*, in Riv. it. dir e proc. pen, 2014, fasc. 2, pagg. 582 e ss

¹⁶⁷ Interessanti sul tema le riflessioni di Gabrio Forti, “*Concezione pubblica della giustizia*” e *regolazione penale dell'impresa*, in Jus, fasc. 1-2 (anno?) pag. 11 e ss.; l'Autore cerca di conciliare il diritto penale, e la sua funzione di indirizzo, con l'economia di scala, ed in particolare con il sistema capitalista, al fine di cercare di legittimare un modus operandi che porti a recuperare un'idea di giustizia sociale

Il problema però non è solo dato dall'inadeguatezza della normativa.

Se, infatti, la crisi economica ha messo in luce quelle che erano deficienze del sistema penale già latenti, più o meno evidenti, un'altra variabile imposta, e di certo non meno trascurabile, è quella della crisi della legalità.

Crisi della legalità e scarsa efficienza della misura penale seguono un doppio filo continuo, pur dovendo essere ricondotte a matrici fenomeniche diverse.

Al diritto penale viene chiesto, infatti, di rispondere tanto (in moltissime circostanze) ⁽¹⁶⁸⁾, bene (in modo efficiente) e in modo chiaro (delimitando fin dal principio un netto spartiacque fra il bene e il male della condotta) e – quindi – prevedibile (dovendo risponderne un soggetto in termini di colpevolezza).

Non solo però si legifera in modo inefficace ma anche tanto e male.

In un articolo, pubblicato nei primi anni del 2000, Sgubbi tracciava in termini molto limpidi quello che è tradizionalmente stato considerato il rapporto funzionale fra certezza ed efficienza della misura penale: *“l'efficacia del diritto penale “certo” è rapportata – tradizionalmente - ad un risultato, preciso e voluto: cioè consentire previsioni attendibili riguardo alle conseguenze delle azioni umane, azioni compiute per raggiungere fini soggettivi.*

La certezza della norma penale è alla base dell'idea di prevenzione generale, per lo meno sotto il profilo dell'intimidazione, e dell'esigenza di prevedibilità dell'uso del potere coercitivo statale ⁽¹⁶⁹⁾”.

A tale conclusione, l'Autore fa seguire, tuttavia, una considerazione difficilmente contestabile: *“l'odierno diritto penale è incerto”.*

L'incertezza del diritto penale è oggi dettata da molti e complessi fattori: la scomparsa dello stato sovrano, l'appannarsi del meccanismo della riserva di legge a fronte di una pluralità di fonti normative, la scomparsa della norma generale ed astratta a favore di norme dotate di un alto di tecnicità o di concetti giuridici elastici, la

¹⁶⁸ Nel processo penale sono arrivate vicende estremamente complesse e sofisticate come, addirittura, quelle relative alla previsione-prevedibilità dei terremoti (Trib. L'Aquila, 22.10.2012, in Dir. pen. Contemp. 21.01.2013); sul punto interessanti le riflessioni di Pagliaro, *Bozza di osservazioni alla sentenza “grandi rischi”*, in Cass. pen. 2013, p. 1818 ss.

¹⁶⁹Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2001, cit. pag. 1193, che ripercorre la relazione dallo stesso tenuta il 12 marzo 2001 presso l'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Macerata all'interno del ciclo di incontri *“Lavori in corso”*

scomparsa della divisione dei poteri, con l'emersione di nuovi centri di interesse e di regolazione, come le autorità amministrative indipendenti che giocano un ruolo di primo piano in alcuni settori del diritto, il relativismo dei valori dovuto all'espandersi delle società multiculturali, e, non ultimo, la scomparsa delle certezze extralegali dovute alle incertezze scientifiche (¹⁷⁰).

Circostanze che hanno messo in crisi la stessa supremazia della legislazione; *“prevalgono fonti extralegislative e prevale il diritto giurisdizionale”* [...] dove *“il cittadino è indotto a produrre certezza ed a recuperare tramite normazioni secondarie e settoriali quel livello di prevedibilità operativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare”*(¹⁷¹).

Considerazioni queste che certo non sono isolate nel panorama della dottrina penale italiana (¹⁷²).

Il mito della effettività viene così a sostituire, in risposta ad una incessante e pressante esigenza di sicurezza, il posto della legalità; non importa più tanto al comune sentire - se mai la giustizia si è dovuta preoccupare di rispondere a tale istanza - che la norma e la sua applicazione sia chiara e prevedibile, purché si dimostri efficiente.

Un'importante capitolo sul punto è stato scritto di recente dalla Corte Europea di Giustizia (¹⁷³) che ha denunciato l'insostenibilità della disciplina vigente della

¹⁷⁰ L'autore descrive la società moderna come una società del rischio dove *“la potenzialità offensiva della condotta non viene più colta con riferimento all'hinc et nunc: rilevano i rischi anche non conosciuti – o non identificati con sicurezza scientifica – al momento della condotta, rischi che si possono concretizzare in un danno in un futuro vicino, ma anche molto lontano”*; a questo proposito nello scritto si fa cenno a fenomeni quali *“elettrismo, mucca pazza, uranio impoverito, uso dei telefoni cellulari, clonazione, organismi geneticamente modificati”* evidenziando come ad oggi rimanga incerta la loro pericolosità e si discuta della possibilità/probabilità di eventuali danni futuri dovuti all'accumulo di piccole *“dosi di pericolo”* collegati a fattori causali diversi (predisposizione soggettiva, convergenza di altre fonti di pericolo ecc.) con periodi di latenza pur essi incerti ma sempre nell'ordine di anni. Tema che riecheggia le già attuali problematiche in tema di amianto

¹⁷¹ Ancora, Sgubbi, cit. pag. 1200

¹⁷² Sul tema cfr. da ultimo l'interessante contributo di Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, fasc. 1 pagg. 29 e ss.; nell'articolo l'autore riflette sulla crisi della legalità e sulla giurisprudenza come luogo di possibile crisi, e non già fonte in un sistema retto dal principio di legalità. Si esamina in particolare il c.d. *“autoritarismo ben intenzionato”* che sebbene motivato da intendimenti di tutela di dati interessi, ravvisabile in interpretazioni e applicazioni estensive di fattispecie di delitto o di istituti di parte generale, e in resistenze a seguire criteri di rigore probatorio pur affermati dalla Corte di Cassazione, può portare a una deformazione della legalità.

¹⁷³ La pronuncia segue alla sentenza Cestaro dell'aprile scorso (Corte EDU, IV sez., sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, ric. n. 6884/11) con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per avere lasciato prescrivere i delitti commessi dai responsabili delle forze dell'ordine italiane in occasione dei fatti della

prescrizione (e in particolare la previsione di un termine massimo pur in presenza di atti interruttivi) nella misura in cui tale meccanismo determina in pratica la sistematica impunità delle frodi in materia di IVA, lasciando così senza tutela adeguata gli interessi finanziari non solo dell'erario italiano, ma anche – ed è quanto importa ai giudici europei – quelli dell'Unione (¹⁷⁴).

In un passo della motivazione si legge:

“una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi [...] è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dello stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi dell'Unione, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare.

Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE disapplicando all'occorrenza le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325 paragrafi 1 e 2 TFUE”.

La Corte affida così al Giudice il compito di decidere se la prescrizione è destinata a *“impedire di infliggere sanzioni effettive e dissuasive”*, dovendo in tal caso la stessa essere disapplicata.

In adesione a tale principio, la Corte di Cassazione ha di recente affermato il principio per cui: *“se, in un procedimento penale riguardante il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto (IVA), il combinato disposto dell'art. 160, ultimo comma, c. p. e dell'art. 161 di tale codice - come modificati dalla legge 5*

scuola Diaz a margine del g8 di Genova del 2001; si rimanda alla nota di commento di Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in Dir. pen. cont., 9 Aprile 2015

¹⁷⁴ Il riferimento è alla sentenza 8 settembre 2015 (Grande Sezione) Tarricco, causa C-105/14 per un primo commento della sentenza si rimanda a Viganò, *“Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia”*, in Dir. pen. cont., 14 settembre 2015

dicembre 2005, n. 251 - il quale prevede che l'atto interruttivo verificatosi comporta il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale: a) è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, prevedendo termini assoluti di prescrizione che possono determinare l'impunità del reato, con conseguente potenziale lesione degli interessi finanziari dell'Unione europea; b) comporta l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le predette disposizioni di diritto interno in quanto possono pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'Unione ⁽¹⁷⁵⁾”.

Ampia discrezionalità viene perciò attribuita al Giudice al solo fine di garantire una maggiore efficienza, anche se ciò comporta una evidente lesione del principio di legalità.

Inutile negare come alla base di una simile posizione, vi sia l'esigenza di trovare un rimedio ai grandi numeri delle declaratorie di prescrizione, avvertiti come una intollerabile mancata risposta del sistema di giustizia italiano.

Alla radice del problema è il noto sovraccarico sia del diritto penale sostanziale che della macchina giudiziaria ⁽¹⁷⁶⁾.

Ed ecco che queste considerazioni ci riportano al nostro tema principale.

È doveroso prendere atto che il penalista moderno è chiamato a confrontarsi con una endemica crisi del principio di legalità, oltre che, allo stato, con una ormai dimostrata inefficienza dell'attuale sistema di tutela penale, almeno per quanto riguarda il diritto penale economico.

¹⁷⁵ Così Cassazione penale, sez. III, 17 settembre 2015

¹⁷⁶ Sul tema cfr. Domenico Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in I grandi temi del diritto e del processo penale, in Dir. pen. cont., 2015, fasc. 1, pag. 20 e ss.. Nel suo scritto l'Autore osserva come: “*La prassi della clemenza periodica ha svolto a lungo una funzione di surroga di mancate riforme: è servita ad alleggerire una macchina repressiva troppo pesante e anche a ridurre ciclicamente (con periodicità irregolare) la popolazione carceraria, pagando il prezzo di incriminare l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge (cioè un principio fondamentale di giustizia) e la credibilità della deterrenza legale. Come matrice di estinzioni di massa, l'istituto della prescrizione è il successore di una clemenza non più utilizzabile: un farmaco che è ad un tempo medicina e veleno. In questo contesto, se è contingentemente opportuno rendere più rigida la disciplina della prescrizione, credo più importante restituire a tale istituto un volto razionale ed alleggerire il problema prescrizione da tutto ciò che un tale istituto non può fare.*”

Possiamo quindi rispondere alla prima domanda che ci siamo posti in premessa a questo paragrafo: pensare ad una alternativa alla misura penale, è ormai una esigenza primaria.

4.2. Evoluzioni del diritto penale societario

Non potendo fare un discorso di sistema, potendo l'ampiezza di un simile argomentare far perdere di efficacia e credibilità alla tesi che si cercherà di dimostrare, si soffermerà l'attenzione su due specifici settori del diritto penale, ed in particolare del diritto penale economico: il diritto penale societario ed il diritto penale fallimentare.

L'uno relativo alla fase di vita dell'impresa, che potremo definire da un punto di vista economico: fisiologica; l'altro relativo alla fase di crisi insuperabile, una fase patologica in cui l'impossibilità per l'impresa di fare fronte alle proprie obbligazione diventa oramai senza via di ritorno.

Già nel 2000, Cesare Pedrazzi rilevava come il settore del diritto penale commerciale non presentasse *“un sistema normativo organico, rispondente a un progetto compiuto e coerente”*, caratterizzandosi invece come *“una stratificazione di precetti penalmente sanzionati sedimentata nel corso di vari decenni (di secoli, quando si pensa al ramo penalfallimentare) nella quale hanno lasciato la loro traccia gli orientamenti politici, politico-economici e politico-criminali più disarmonici.*

Alla mancanza di intrinseca sistematicità si aggiungono le abituali carenze tecniche dovute all'improvvisazione e sciattezza legislative; nonché un'instabilità congenita, indice che il dato normativo, è lungi dall'aver raggiunto un assestamento duraturo⁽¹⁷⁷⁾”.

¹⁷⁷Pedrazzi, *Presentazione*, in Pedrazzi, Alessandri, Foffani, Seminara, Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Giappichelli 2000, cit p. V; sul tema cfr. anche Napoleoni, *Genesi e lineamenti del nuovo diritto penale societario. I profili generali del sistema* in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Cedam 2010, p. 25 e ss.)

Questi rilievi, rispetto al diritto penale societario non hanno perduto oggi validità⁽¹⁷⁸⁾.

Dopo la radicale riforma operata dal d.lgs. 11.04.2002, n. 61, con la l. n. 28 dicembre 2005, n. 262 si è provveduto, infatti, solo ad un modesto recupero dell'afflittività delle sanzioni per i reati di cui agli artt. 2621 e 2622, 2625, 2635 e 2638 c.c..

Inoltre la stessa legge n. 262 del 2005 ha abrogato l'art. 2623 in tema di falso prospetto (trasmigrato nell'art. 173 bis d.lgs. 24.02.1998, n. 58), ed ha inserito un nuovo art. 2629 bis (a sua volta modificato dal d. lgs. 29.12.2006 n. 303), rubricato come "*omessa comunicazione del conflitto di interessi*"; ha introdotto la figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari tra i soggetti attivi degli artt. 2621, 2622, 2635 e 2638. Nel 2009 la legge 7.07.2009, n. 88 ha modificato l'art. 2630 in tema di esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi. Nel 2010, il d.lgs. 27.01.2010 n. 39, ha abrogato l'art. 2624, concernente la falsità in relazioni o comunicazioni della società di revisione e ha eliminato il riferimento ai revisori contenuto negli artt. 2625 e 2635 c.c..

Una stratificazione di interventi che nessun giovamento ha dato a favore dell'armonia del sistema.

Gli interventi normativi hanno, infatti, introdotto un inasprimento sanzionatorio nei confronti delle sole società con titoli quotati in mercati regolamentati dell'Unione Europea e in enti assimilati (artt. 2622, 2625, 2635 e 2638) creando una disparità di trattamento tra società quotate e ogni altra tipologia societaria, e ciò indipendentemente da ulteriori fattori come l'entità del capitale, dello stato patrimoniale, del fatturato, del numero di dipendenti o il controllo esercitato su altre società.

¹⁷⁸ Sul punto cfr. la lucida e puntuale ricostruzione di Seminara, *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in Jus, fasc. 1-2, 2011, pag. 72 e ss.

Inoltre le norme dedicate alla tutela penale del capitale sociale sono state ridotte alla quasi totale inoperatività a fronte di cornici edittali praticamente risibili e clausole di non punibilità ⁽¹⁷⁹⁾.

Non solo: l'unica modifica sanzionatoria destinata ad operare indipendentemente dalla forma societaria, concernente i reati di false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622, è consistita nell'introduzione per i falsi non integranti un illecito penale, di una sanzione amministrativa pecuniaria consistente in quote il cui importo non è stato però precisato, accostata all'interdizione da incarichi di rappresentanza, amministrazione e direzione delle persone giuridiche; l'una e l'altra svincolate da qualsiasi "sensibilità" dell'alterazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società ⁽¹⁸⁰⁾.

In un simile contesto, la maggior parte degli studiosi è giunta alla conclusione che *"la repressione penale degli illeciti societari è stata ridotta a simulacro destinato a vivere più nelle aule universitarie che in quelle dei tribunali"* ⁽¹⁸¹⁾.

Sul punto è interessante un articolo di Seminara, nel quale vengono esaminate le pronunce della Corte di Cassazione intervenute dopo l'entrata in vigore della riforma del 2002, e dove l'Autore giunge alla conclusione che, se non fosse per le interferenze con i reati fallimentari, la rassegna giurisprudenziale si esaurirebbe in poche battute.

In particolare, con vena sarcastica, si rileva come *"se fino al 2002 le pronunce in tema di false comunicazioni sociali occupavano il maggior spazio nelle voci dei repertori dedicate agli illeciti societari, oggi, fatta eccezione per le sentenze intervenute in materia di successione di leggi penali nel tempo e di legittimità costituzionale o comunitaria degli artt. 2621 e 2622 c.c. può constatarsi solo come il titolo attribuito da Pedrazzi ad un suo intervento sulla riforma operata dal d. lgs. n. 61 del 2002 "in memoria del "falso in bilancio" sia stato confermato dalla realtà"*.

¹⁷⁹ Sul punto si tornerà oltre.

¹⁸⁰ La prevalente dottrina concordava nel ritenere inapplicabile la sanzione amministrativa pecuniaria per quote: cfr. Ambrosetti, Mezzetti, Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Giappichelli 2009, p. 113; Lunghini, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in Marinucci, Dolcini, *Codice penale commentato*, Giuffrè 2006, vol. II, p. 5131; Santoriello, *Le condotte di falso*, in Marinucci, Dolcini, *La disciplina penale dell'economia*, Utet 2008, 1, p. 64 e ss.; Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Giuffrè 2008, p. 176.

¹⁸¹ In questo senso Romano, *Materia economica ed intervento penale*, Jus 2011, fasc. 1-2, pag. 105 e ss.

Di tale circostanza si è dimostrata consapevole la stessa Corte di Cassazione che, chiamata a decidere sulla richiesta di adire in via incidentale a fini interpretativi la Corte di Giustizia in relazione all'art. 2621 c.c. (¹⁸²), ha osservato come la contravvenzione prevista da tale norma sia destinata inevitabilmente a prescriversi tenuto conto “a) del periodo (evidentemente considerevole data la natura di questo illecito) che intercorre tra la consumazione del reato, da cui incomincia a decorrere la prescrizione, e l'inizio delle indagini preliminari b) delle difficoltà di indagine e di prova connesse all'esame di realtà contabili ed economiche spesso complesse c) della composizione dell'organo giudiziario di primo grado, che deve essere necessariamente collegiale, con conseguente ulteriore allungamento dei tempi di svolgimento del processo d) dell'esperimento dei tre gradi di giudizio necessari per l'emanazione della sentenza definitiva (i soli tempi tecnici del funzionamento dell'apparato giudiziario richiedono in media - secondo i dati esposti dallo stesso Procuratore Generale all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 2002 - 1728 giorni) e) dei tempi necessari per la trasmissione degli atti nei diversi uffici (¹⁸³)”.

In sintesi, esce un quadro della situazione del diritto penale societario assai deludente che rende il nostro sistema carente rispetto agli altri ordinamenti europei.

In particolare, guardando all'ordinamento francese, vediamo che vi è una legislazione tesa a sanzionare in maniera assai particolareggiata le irregolarità che

¹⁸² Nella versione in vigore fino al 2015, l'art. 2621 c.c., rubricato “False comunicazioni ed illegale ripartizioni di utili o di acconti sui dividendi” prevedeva che: “Salvo che il fatto costituisca reato più grave, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire due milioni a venti milioni: 1) i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali [c.c. 2423], fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime; 2) gli amministratori e i direttori generali che, in mancanza di bilancio approvato o in difformità da esso o in base ad un bilancio falso, sotto qualunque forma, riscuotono o pagano utili fittizi o che non possono essere distribuiti; 3) gli amministratori e i direttori generali che distribuiscono acconti sui dividendi [c.c. 2303, 2321, 2425, 2642]: a) in violazione dell'art. 2433-bis, primo comma; b) ovvero in misura superiore all'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che devono essere destinate a riserva per obbligo legale o statutario e delle perdite degli esercizi precedenti e aumentato delle riserve disponibili; c) ovvero in mancanza di approvazione del bilancio dell'esercizio precedente o del prospetto contabile previsto nell'art. 2433-bis, quinto comma, oppure in difformità da essi, ovvero sulla base di un bilancio o di un prospetto contabile falsi.”

¹⁸³ Così Cassazione penale, sez. V, 11/10/2005, (ud. 11/10/2005, dep. 24/10/2005), n. 38967.

possono registrarsi nelle varie fasi della vita della società, dalla sua costituzione fino alla sua liquidazione o scioglimento (¹⁸⁴).

Interessante è in particolare, in questo sistema, il delitto di abuso dei beni sociali, del credito sociale o dei poteri – modificato nel 2013 dalla l. n. 1117 del 6.12.2013 – che è attualmente previsto, rispettivamente per le società a responsabilità limitata e le società anonime, dagli artt. L. 241-3 (¹⁸⁵) e L. 242-6 (¹⁸⁶), del codice di commercio e da ulteriori disposizioni per le restanti tipologie societarie.

¹⁸⁴ Sul punto per un approfondimento si rinvia al testo di Veron, *Droit pénal des affaires*, Paris 2013.

¹⁸⁵ Si riporta di seguito il testo dell'articolo richiamato: Article L241-3 «*Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros: 1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle; 2° Le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux; 3° Le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société; 4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement; 5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. Outre les peines complémentaires prévues à l'article L. 249-1, le tribunal peut également prononcer à titre de peine complémentaire, dans les cas prévus au présent article, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue à l'article 131-26 du code pénal. L'infraction définie au 4° est punie de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elle a été réalisée au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger*»

¹⁸⁶ Si riporta di seguito il testo dell'articolo richiamato: Article L242-6 «*Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour : 1° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme d'opérer entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaires frauduleux; 2° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société; 3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement; 4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. Outre les peines complémentaires prévues à l'article L. 249-1, le tribunal peut également prononcer à titre de peine complémentaire, dans les cas prévus au présent article, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue à l'article 131-26 du code pénal. L'infraction définie au 3° est punie de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elle a été réalisée ou facilitée au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à*

La fattispecie sanziona l'utilizzo contrario all'interesse sociale, compiuto dolosamente per fini di profitto, di beni, del credito sociale o dei poteri: l'abuso dei beni sociali si riferisce a ogni atto di appropriazione, alienazione o distrazione incidente sul patrimonio sociale o su beni comunque detenuti dalla società (anche derivanti da reati, se incorporati nell'attivo) e sulle forme di comunicazione di falsi dati sociali; l'abuso dei poteri riguarda ogni esercizio distorto della funzione, anche in forma omissiva e in assenza di un immediato pregiudizio sociale.

Il delitto è posto a tutela della società, alla quale sola viene riconosciuta la legittimazione alla costituzione di parte civile, salvo il diritto del singolo socio all'esercizio di una ulteriore azione sociale quando dimostri l'inadeguatezza di quella posta in essere dalla società.

La pena consiste nella reclusione fino a cinque anni e nella multa fino a 375.000 Euro; il termine prescrittivo di tre anni decorre dalla commissione del fatto o, qualora esso non sia riportato nella contabilità, dalla sua scoperta.

E' previsto un aggravamento della pena fino a sette anni di reclusione e nella multa fino a 500.000,00 Euro nel caso in cui l'operazione sia compiuta tramite l'interposizione fittizia di un soggetto terzo che sia persona fisica o giuridica (ad esempio una società fiduciaria).

Quello che nello specifico è interessante sottolineare, ai nostri fini, è proprio la previsione di una sanzione pecuniaria nei confronti dell'autore del reato, che potrà essere punito, lo si è detto, con una multa di importo variabile fino a 350.000,00, o fino a 500.000,00 nell'ipotesi più grave.

Le cose sono in parte mutate nel nostro ordinamento.

Di recente, a tredici anni dalla riforma dei reati societari (introdotta con il d. lgs. 11.04.2002, n. 61) finalmente il Parlamento ha, infatti, deciso di cancellare le norme degli artt. 2621 e 2622 c.c., sopra esaminate, ed introdurre delle disposizioni di nuovo conio⁽¹⁸⁷⁾.

l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducia ou institution comparable établis à l'étranger»

¹⁸⁷ Per un approfondimento si rimanda a Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?* in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2015, 11; Lanzi, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al dir.* 2015, f. 26, pagg. 10 e ss.; Bricchetti – Pistorelli, *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, in *Guida al dir.* 2015, f. 26, 53 e

Sebbene le norme introdotte abbiano da subito fatto discutere gli studiosi in ordine alla delimitazione della condotta punibile (¹⁸⁸), la riforma è, comunque, da accogliere con favore.

Le nuove disposizione introducono, infatti, fattispecie caratterizzate come reati di pericolo e differenziate alla luce della tipologia societaria (¹⁸⁹); sono state introdotte,

ss.; Mucciarelli, *Le “nuove” false comunicazioni sociali. Note in ordine sparso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18.06.2015; Gambardella, *Il “ritorno” del falso in bilancio, tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.* 2015, pag. 1722; Seminara, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen e proc.*, 2015, fsc. 7, pag. 813, il quale osserva che “*La riforma degli artt. 2621 e 2622 ha finalmente cancellato dall’ordinamento giuridico due norme prive di razionalità interna e carenti di qualsiasi fondamento sul piano sia storico che comparato. Non v’è dubbio, quindi, che debba salutarsi con favore; solo non andrebbe trascurato che il modello di quegli illeciti continua a vivere nel reato di falso nella revisione dei conti (art. 27, d.lgs. 27.01.2010, n. 39) e che la generalità dei reati societari reclama radicali e urgenti modifiche volte a sanare anche l’incoerenza sanzionatoria ora determinatasi nella repressione delle false comunicazioni sociali in confronto alla lesione del capitale sociale e agli altri abusi gestionali.*”

¹⁸⁸ La questione nello specifico ha riguardato interpretazione della nozione di false comunicazioni sociali prevista dagli art. 2621 e 2622 c.c. e la sua ricaduta sulla attuale configurabilità del reato di bancarotta impropria ex art. 223, comma 2 n. 1 l. fall. (si rimanda per la trattazione del tema alla relazione V/003/15 redatta dall’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione del 15.10.2015 , a cura di Piero Silvestri).

¹⁸⁹ Il nuovo testo dell’art. 2621 c.c. rubricato “*false comunicazioni sociali*” stabilisce che: “*Fuori dai casi previsti dall’art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi*”; l’articolo 2622 c.c. rubricato “*False comunicazioni sociali delle società quotate*” stabilisce, invece, che: “*Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell’Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono fatti materiali non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni*”

inoltre, due nuove disposizioni (art. 2621 bis c.c. ⁽¹⁹⁰⁾ e 2621 ter c.c.⁽¹⁹¹⁾), entrambe riferite all'art. 2621 c.c., che contengono una cornice di pena più mite per “*i fatti di lieve entità*” e una causa di non punibilità per l'ipotesi di “*particolare tenuità del fatto*”.

Si assiste, dunque, ad un ribaltamento di prospettiva, avendo assunto entrambe le fattispecie la forma del pericolo con un trattamento sanzionatorio nettamente più severo rispetto alle precedenti.

Importante, ai fini che qui interessano, è evidenziare come, nonostante il netto aggravamento del trattamento sanzionatorio rispetto ai previgenti artt. 2621 e 2622 c.c., che stabilivano rispettivamente l'arresto fino a due anni e la reclusione da sei mesi a tre anni, ovvero, da uno a quattro anni, a seconda che il falso riguardasse società non quotate o quotate, ora si prevede la reclusione nell'ipotesi del reato di cui all'art. 2621 da uno a cinque anni e nell'art. 2622 da tre a otto anni.

In entrambi i casi, tuttavia, non sono previste pene pecuniarie e neppure pene accessorie.

Soluzione che risulta singolare anche nel panorama dei reati contro il patrimonio, essendo simili illeciti caratterizzati dal profitto per ragioni intrinseche e, comunque, risultando tale previsione decisamente dissonante rispetto ai contigui sistemi dei reati bancari e finanziari.

¹⁹⁰ L'articolo 2621-bis c.c. rubricato “*fatti di lieve entità*” stabilisce che: “*Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la pena da sei mesi a tre anni di reclusione se i fatti di cui all'articolo 2621 sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta. Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la stessa pena di cui al comma precedente quando i fatti di cui all'articolo 2621 riguardano società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. In tale caso, il delitto è procedibile a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale*”

¹⁹¹ L'articolo 2621-ter c.c. rubricato “*non punibilità per particolare tenuità*” stabilisce che: “*Ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'articolo 131-bis del codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621-bis*”

4.3. Lo “strabismo prospettico” del diritto penale fallimentare

A differenza di quanto accaduto per il diritto penale societario, nel campo del diritto penale fallimentare non vi sono stati cambiamenti di rilievo, essendo rimasto l’impianto quasi del tutto identico a quello costruito dal legislatore del 1942.

Solo di recente sono state introdotte alcune disposizioni legate alle soluzioni negoziate della crisi: l’art. 217 bis l. fall. e l’articolo 236 bis l. fall., che trova un corrispondente nel precetto fissato dall’art. 19, comma 2, l. n. 3 del 2012 che punisce i fatti compiuti dai componenti dell’organismo di conciliazione della crisi.

L’art. 217 bis l. fall. esclude l’applicabilità delle disposizioni incriminatrici della bancarotta preferenziale e della bancarotta semplice ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologati; esclusione ora estesa anche alle ipotesi in cui tali atti vengono compiuti in esecuzione di un accordo di composizione della crisi omologato, ovvero per i pagamenti e le operazioni di finanziamento, che siano state autorizzate dal giudice a norma dell’articolo 182 *quinquies* l. fall.⁽¹⁹²⁾.

Tale esclusione risulta diretta nelle intenzioni del legislatore a favorire le soluzioni concordate della crisi.

Ancora non chiaro risulta, tuttavia, l’esito di tale disapplicazione nel caso in cui, a fronte dell’insuccesso del piano di concordato o degli accordi di cui sopra, si giunga alla dichiarazione di fallimento.

La soluzione più corretta, e ad oggi maggioritaria, è che in questi casi l’esonero dal reato di bancarotta possa essere ottenuta solamente qualora il piano o gli accordi, successivamente all’intervenuta sentenza di fallimento, siano ritenuti dal giudice

¹⁹² Si riporta di seguito il testo dell’articolo 217 bis l. fall. richiamato, rubricato “esonero dai reati di bancarotta”: “Le disposizioni di cui all’articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all’articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’articolo 182-bis o del piano di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell’articolo 12 della legge 27 gennaio 2012 n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell’articolo 182 *quinquies*”

all'esito di una valutazione da compiersi *ex ante*, idonei a superare lo stato di crisi; ciò aprendo, in realtà, la strada ad una valutazione giudiziale assai delicata (¹⁹³).

E' stato inoltre sottolineato come il tenore letterale della norma e la sua natura eccezionale portino ad escludere che la stessa possa essere applicata in via analogica anche a ipotesi ulteriori e diverse, come ad esempio al caso di bancarotta impropria, creando così una disarmonia all'interno del sistema (¹⁹⁴).

Rispetto all'impostazione tradizionale, incentrata sulle fattispecie di bancarotta, un elemento di novità si trova nella previsione degli art. 236 l. fall. (¹⁹⁵) e dell'art. 19, comma 2, l. 3/2012 (¹⁹⁶).

L'art. 236 bis l. fall. è volto, infatti, a sanzionare il professionista che nelle relazioni attestazioni (di cui agli artt. 67, comma 3 lett, 161, comma 3, 182 *bis*, 182 *quinquies* e 186 *bis* l. fall.) esponga informazioni false, ovvero ometta di riferire informazioni rilevanti (¹⁹⁷); mentre l'art. 19, comma 2, l. 3/2012 punisce il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni in ordine all'esito della votazione dei creditori sulla proposta di accordo formulata dal debitore

¹⁹³ In questo senso Cerqua, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in Fall. 2014, n. 10, pag. 1118, Bricchetti, *Soluzioni concordate della crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in Società, 2013, pag. 687; Alessandri, *Crisi economica e diritto penale*, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2014, fasc. 2, pag. 612

¹⁹⁴ Sul punto cfr. Troyer, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in Ind. Pen. 2014, pagg. 141 e ss.

¹⁹⁵ L'art. 236-bis l. fall. rubricato "falso in attestazioni e relazioni" stabilisce che: "Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies, 182-septies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà"

¹⁹⁶ Si riporta di seguito il testo dell'articolo citato: "Il componente dell'organismo di composizione della crisi che rende false attestazioni in ordine all'esito della votazione dei creditori sulla proposta di accordo formulata dal debitore ovvero in ordine alla veridicità dei dati contenuti in tale proposta o nei documenti ad essa allegati ovvero in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore e' punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro"

¹⁹⁷ Sul tema si segnalano Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Una primissima lettura* in dir. pen. cont., 6.11.12; Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in Fall., 2012, fasc. 1, pag. 2 e ss.; Lo Cascio, *Il professionista attentatore*, in Fall. 2013, pag. 1325 e ss. e da ultimo ancora Mucciarelli, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista – attentatore e le valutazioni*, in Ind. Pen., 2014, pag. 129 e ss..

o sulla veridicità dei dati contenuti in tale proposta o nei documenti ad essa allegati ovvero, ancora, in ordine alla fattibilità del piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal debitore.

La norma estende, quindi, l'area delle condotte penalmente rilevanti nei confronti dei soggetti a cui è affidato il controllo privato dei comportamenti a c.d. "rischio penale", cioè "*a soggetti estranei alla gestione dell'organizzazione complessa, che svolgono funzioni strategiche di controllo in condizioni di teorica indipendenza*"⁽¹⁹⁸⁾.

Da notare che l'art. 236 bis l. fall. introduce dei livelli edittali di pena ancora più elevati rispetto alla vecchia figura delle false comunicazioni sociali, alla quale si ispira, seppure mutando il fine di ingiusto profitto in una circostanza aggravante.

A parte gli elementi – invero assai scarsi – di novità introdotti, sopra esaminati, la disciplina fallimentare è rimasta del tutto immutata, dando luogo a quella che Fiore con un'espressione paradigmatica definisce "*uno sorta di strabismo prospettico*".

Da un lato residua, infatti, ancora lo sguardo "*occhiuto*" e minaccioso delle vecchie fattispecie di bancarotta, "*notoriamente severe, strutturalmente rigide e provviste di pene draconiane*", mentre dall'altro vi è lo sguardo, proprio del settore civile, legato alle riforme introdotte nel corso degli anni dal 2002 ad oggi, volto ad assecondare una visione "*collaborativa e pragmatica*", finalizzata alla salvaguardia degli *asset* positivi dell'impresa, che interferisce con la prima traiettoria, dando luogo a quello che l'autore definisce un "*anacronismo strutturale e funzionale dell'impianto originario*"⁽¹⁹⁹⁾.

Le tensioni create dalla diversa velocità assunta dai due sistemi (civile e penale) si riflette in misura dirompente sulla prassi applicativa.

¹⁹⁸ In questo senso Consulich, Nolo conoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 l. fall.*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2012, pag. 613 e ss

¹⁹⁹ Fiore, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Il Fallimento, 2013, fasc. 9, pag. 1184

Di recente, in un interessante intervento sul tema del diritto penale economico in tempo di crisi, il procuratore aggiunto alla procura della repubblica di Roma, Nello Rossi, evidenziava come la legge penale individui nel pubblico ministero una “sentinella” posta a guardia degli interessi pubblici e collettivi coinvolti nella vicenda fallimentare ⁽²⁰⁰⁾.

Di tale ruolo è prova evidente il combinato disposto degli artt. 7 ⁽²⁰¹⁾ e 238 ⁽²⁰²⁾ l. fall.; il primo che individua nel pubblico ministero l’unico soggetto legittimato a proporre la richiesta di fallimento, precludendo, invece, l’autonoma iniziativa del tribunale fallimentare; il secondo, che attribuisce al pubblico ministero il potere di anticipare l’azione penale, nel caso in cui si proceda alla dichiarazione di fallimento su sua istanza (secondo quanto previsto dal già richiamato art. 7 l. fall.) e, comunque, in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente stata presentata domanda per ottenere la dichiarazione di fallimento.

Ciò con tutto quello che comporta per la incisività delle indagini, l’anticipazione della tutela penale in termini di tempestiva ricerca della prova, richiesta di intercettazioni e di misure cautelari (che, invece, non sarebbero possibili per i singoli meno gravi reati di appropriazione indebita e di truffa e per le violazioni tributarie) sulla vita dell’impresa.

Il pubblico ministero si trova, perciò, messo davanti ad uno scenario di valutazione assai complesso, con un enorme - ed eccessivo - spazio di discrezionalità in termini di *an*, modo e tempi di esercizio dell’azione penale.

²⁰⁰ L’intervento è stato riportato nel contributo: Rossi, *L’esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in Riv. dir. proc. pen. 2014, fasc. 2 pag. 627 e ss.

²⁰¹ Si riporta a seguito il testo dell’art. 7 l. fall. rubricato “*iniziativa del pubblico ministero*”. L’articolo recita: “*Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell’articolo 6: 1) quando l’insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell’imprenditore, dalla chiusura dei locali dell’impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell’attivo da parte dell’imprenditore; 2) quando l’insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l’abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.*) e 238 della l. fall. che individua nel pubblico ministero l’unico soggetto legittimato a proporre la richiesta di fallimento, precludendo, invece, l’autonoma iniziativa del tribunale fallimentare”

²⁰² Si riporta a seguito il testo dell’art. 238 l. fall. rubricato “*Esercizio dell’azione penale per reati in materia di fallimento*”. L’articolo recita: “*Per i reati previsti negli artt. 216, 217, 223 e 224 l’azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento di cui all’art. 17. È iniziata anche prima nel caso previsto dall’art. 7 e in ogni altro in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta*”

Egli è posto dalla legge di fronte alla scelta fra il muoversi il più velocemente possibile per impedire ulteriori dispersioni di ricchezza ai danni dei creditori e della collettività, e la scelta, invece, contraria di attendere per assecondare prudentemente un percorso di recupero, che passa attraverso i piani concordati di soluzione della crisi⁽²⁰³⁾.

Ciò rende manifesta una profonda distonia del sistema: a fronte di procedure finalizzate alla sopravvivenza, fino ai limiti del possibile, delle imprese in crisi: una privatizzata per la trattazione della crisi delle medie e piccole imprese, attraverso lo strumento del concordato, e l'altra "*pubblicizzata*" per le grandi imprese, con il ricorso all'amministrazione controllata; vi è la contemporanea richiesta da parte dell'ordinamento che il pubblico ministero "*proceda quanto prima*" ed in modo tempestivo all'esercizio dell'azione penale.

Il quadro che ne esce è quello di un diritto penale fallimentare fortemente scoordinato, incentrato su una strumentazione sanzionatoria fortemente punitiva, le cui figure riproducono sostanzialmente modelli settecenteschi, che stride sempre di più con le riforme introdotte nella parte civilistica.

Un'ultima annotazione, seppure in estrema sintesi, occorre fare per definire tutte le coordinate utili sul tema, rispetto alla giurisprudenza formatasi in materia di bancarotta.

Seppure con alcuni – inevitabili – punti di contrasto, l'orientamento seguito in questa materia sembra aver ormai assunto una certa continuità sia riguardo al ruolo assunto dalla sentenza di fallimento, sia alla limitata incidenza del dolo rispetto ai vari elementi della fattispecie⁽²⁰⁴⁾.

²⁰³ Si rileva che tale scelta è divenuta ancor più difficoltosa a seguito dell'introduzione dell'istituto del concordato in bianco o con riserva che è stato introdotto dal d.l. 22.06.12, n. 83 conv. con l. 7.8.12, n. 134, in quanto riconoscendo la possibilità per l'imprenditore di ottenere una "prenotazione" sugli effetti del concordato in assenza di un piano, che l'impresa si impegna a consegnare alla scadenza del termine concesso del Tribunale si ha un ulteriore ritardo rispetto a quella che potrà essere in futuro l'iniziativa penale. "*il tempo che l'imprenditore ottiene con una semplice prenotazione può essere – infatti – correttamente impiegato per cercare risorse e predisporre piani di salvataggio ma può anche essere sfruttato per l'attuazione di manovre fraudolente ai danni dei creditori*"; sul punto cfr. ancora Rossi, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in Riv. dir. proc. pen. 2014, fasc. 2 pag. 633

²⁰⁴ Sul tema cfr. D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento. La Suprema Corte avvia una revisione critica della posizione tradizionale?* in Dir. pen. cont., 8.5.2013.

La tendenza, messa in luce in modo brillante da Donini in uno scritto sulla rivisitazione dei reati fallimentari, è quella di far assumere alla responsabilità penale del fallito sempre i più connotati di una responsabilità oggettiva, a favore di una applicazione della disciplina fortemente rigorista ⁽²⁰⁵⁾.

In un passo del suo scritto Donini osserva come *“la dimensione simbolica e repressiva della pena conosce una escalation incongrua quando si sia convinti di trovarsi di fronte al “tipo d’autore” che davvero corrisponde al fatto del reato fallimentare. Nel processo di cognizione ciò rischia di trasformare l’accertamento del fatto, dato che già si pensa di aver accertato l’autore, prima del fatto: anzi, secondo la lettura tradizionale in questi casi l’accertamento del tipo di autore precede quella del fatto, essendo premessa insindacabile del giudizio penale l’individuazione del fallito ⁽²⁰⁶⁾”*.

In altri termini, il fatto che nel momento in cui si procede per le imputazioni di bancarotta sia già stato dichiarato il fallimento dell’impresa, porta l’intero processo ad assumere i connotati di una “sentenza già scritta”; il già intervenuto fallimento, infatti, condiziona la valutazione del giudicante che, trovandosi di fronte ad un soggetto già fallito, tende a stemperare le valutazioni in termini di colpevolezza della condotta, presupponendo, più o meno consapevolmente una diretta conseguenza fra l’intervenuta dichiarazione di fallimento e i fatti posti in essere dal fallito.

Ciò porta in conclusione l’Autore a porsi significative ed importanti domande: *“[...] Se ho ragione di pensare che una condanna non sia equa in quanto **la bancarotta è stata usata solo per soddisfare le ragioni della massa (della curatela) sul patrimonio personale dell’amministratore, ovvero per esercitare sul suo patrimonio personale un’azione risarcitoria da reato, allora io, come difensore, cosa posso raccontare al mio assistito?***

Che nel sistema ci sono residui della vecchia prigionia per debiti? Posso “assolvere” l’ordinamento che lo sta strumentalizzando e dirgli che il sistema merita rispetto?

²⁰⁵Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d’uscita da una condizione di perenne “specialità*, in Jus, 2011, fasc. 1-2 cit pag. 35

²⁰⁶ Ancora Donini op. cit., pag. 67

Posso pensare che un ordinamento che funziona così, magari come una lotteria mantenga una sua dignità penale che poi esige o esigerebbe nei casi paradigmatici, importantissimi, delle risposte inequivoche, non generalpreventive, ma comunque soddisfatorie? (207)".

Questi ultimi amari interrogativi, mettono in luce un diritto penale fallimentare che, non solo è ormai anacronistico, ma che diviene mezzo per strumentalizzare la persona al fine – non costituzionalmente compatibile – di ottenere una maggiore soddisfazione della massa dei creditori.

E purtroppo la quotidianità ci porta ad affermare che simili conclusioni siano tutto tranne che una lettura forzata dell'odierno sistema.

4.4. Uno scenario possibile: coordinamento degli strumenti di tutela

Fino a qui ci siamo limitati a tratteggiare alcune coordinate del sistema.

Sono stati esaminati, in particolare, alcuni profili dell'attuale sistema di diritto penale economico fallimentare e societario, e con essi anche i profili di maggiore criticità.

Si è visto come le crisi economiche che hanno segnato questi anni abbiano messo in evidenza – anche - una seria crisi del diritto penale economico, della sua capacità deterrente, della sua razionalità rispetto allo scopo⁽²⁰⁸⁾ e di punto di riferimento nel sistema delle scelte⁽²⁰⁹⁾.

In realtà è interessante ricordare - sebbene sia una considerazione ormai notoria - come attualmente non sia tanto la pena, ma il processo in sé ad avere il maggiore "effetto neutralizzante delle iniziative contra legem".

Quasi che "la minaccia penale si colloca(ss) solo sullo sfondo (lontano) dello scenario.

²⁰⁷ Ancora Donini, op. cit., pag. 68

²⁰⁸ Sul tema cfr. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè 1955, ora pubblicato in *Diritto penale, scritti di parte speciale* vol. II, Giuffrè 2003; cfr. anche Stella, *Il giudice corpuscolariano*, Giuffrè 2005

²⁰⁹ Per interessanti spunti di carattere generale sul tema cfr. Hart, *Responsabilità e pena*, traduz. It. Giuffrè 1981

Il processo accredita pubblicamente e mediaticamente la forza della pena in sua assenza, mostrando la capacità dello Stato di produrre sofferenza e stigma nelle misure anticipatrici, cautelari e custodiali, che rischiano di essere, per molti protagonisti, l'unica sanzione detentiva alla fine applicata ⁽²¹⁰⁾.

Ammettiamo, perciò, che nella patologia economica il tradizionale armamentario penalistico abbia clamorosamente fallito, come sembrerebbero dimostrare, pur in assenza di indagini specialistiche sul tema, ovvero di ricerche che per contro abbiano rilevato i casi in cui la minaccia penale abbia sortito l'effetto di impedire la effettiva commissione di reati economici, e partiamo da una considerazione che prenda come dato di partenza *“la condivisa constatazione del carattere sistemico delle crisi che si sono verificate, la serialità diffusa dei comportamenti, la manifesta esibizione di una sensazione di sostanziale impunità, quale emerge – ad esempio – dalle intercettazioni telefoniche ampiamente pubblicate, al di là dello sconcertante lato cronistico* ⁽²¹¹⁾”.

Ebbene, le ragioni per rivedere la disciplina penale in questi settori già esistevano, e la crisi è stata in realtà mera occasione per rendere questa carenza ancora più manifesta.

Non per questo il diritto penale ha perso, però, ragione di essere in questo campo.

In realtà, il problema principale deriva dal fatto che la punizione sia in realtà un mero appannaggio, destinato a dissolversi con il tempo a fronte dello spirare del termine prescrizionale, o ancora, in settore come quello dei c.d. colletti bianchi, a non trovare applicazione a fronte del beneficio, cui la prassi fa ampiamente ricorso, della sospensione condizionale della pena.

Ne è dimostrazione il fatto che molti studiosi attribuiscono la causa della maggiore efficacia deterrente svolta in questi settori della sanzione amministrativa

²¹⁰ Alberto Alessandri, *Un esercizio di diritto penale simbolico, la c.d. tutela penale del risparmio*, in AA. VV. Scritti in onore di Federico Stella, vol. II, Jovene, 2007, cit. pag. 938

²¹¹ Ancora Alessandri op. cit. pag. 940

proprio al fatto che la sua applicazione non sia suscettibile di prescrizione, né sia soggetta alla sospensione condizionale ⁽²¹²⁾.

Il confine fra la sanzione amministrativa e la pena propria del diritto penale è, invero, assai labile, come è stato più volte evidenziato dalla stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo, esaminando la confisca prevista ad esempio in materia di abusi urbanistici ⁽²¹³⁾.

Il tema è molto complesso e certo non può essere ridotto a poche battute ⁽²¹⁴⁾.

Il punto che si evidenzia in questa sede, però, è un altro.

Non è nella eliminazione della misura penale che andrà cercata la soluzione, quanto piuttosto in un uso ponderato del ricorso allo strumento penale.

Un tempo si diceva che un buon diritto penale dell'economia è quello capace di fare economia di diritto penale; ora – con maggiore attenzione – si afferma che *“nell'economia e nel mercato occorre il minor diritto penale possibile, ma tutto quello necessario”* ⁽²¹⁵⁾.

Occorre accettare, perciò, una premessa ineludibile: la stigmatizzazione di certi comportamenti è necessaria, e l'unico strumento possibile per giungere a tale risultato è la previsione di una sanzione penale.

²¹² Sul tema si segnala Paliero, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. Trim. dir. pen. Econ., 1993, pagg. 1021 e ss.; S. Seminara, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in AA. VV. (a cura di Canestrari e Foffani), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè 2005, pag. 228 e ss.

²¹³ Sul tema cfr. da ultimo Liverani, *La confisca urbanistica tra legalità penale e principio di colpevolezza ex art. 7 cedu* (Nota a Cass. sez. III pen. 15 aprile 2013, n. 17066), in Cass. pen. 2014, fasc. 10 pag. 3383 e ss.

²¹⁴ Sul tema cfr. fra gli altri Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza* (Nota a C. Cost. 26 marzo 2015, n. 49), in Cass. pen. 2015, fasc. 6 pag. 2204 e ss.; F. Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, fasc. 4 pag. 1899 e ss.; Id., *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *Giustizia patrimoniale penale*, Utet, 2011; Id., *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in Cassazione penale, 2009, fasc. 9 pag. 3420 e ss.

²¹⁵ G. M. Flick *“Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo”*, in Banca, borsa e tit. di credito, 2011, vol. LXIV, parte I, cit. pag. 442; sul tema si veda anche Id. *Fisiologia e patologia della depenalizzazione nel diritto penale dell'economica*, in Riv. Soc., 2011, pag. 42 e ss.

A maggior ragione, ciò accade in un campo economico, visto che l'economia, strutturalmente funzionale alla sola massimizzazione del profitto, è del tutto incapace di assicurare un'etica del mercato ⁽²¹⁶⁾.

Il diritto penale “*con i suoi quarti di odiosità, ma insieme con il suo apparato di dissuasione e l'ineliminabile impronta etica e la propria funzione di limite*” resta perciò il solo idoneo a poter ridurre, “*alcuni deplorabili comportamenti economici, offensivi di beni cruciali per lo sviluppo dei singoli e della società in cui viviamo*” ⁽²¹⁷⁾.

Questione diversa è, invece, la necessaria salvaguardia del principio di *extrema ratio*, chiamato a frenare controproducenti eccessi legislativi, cui il legislatore sembra così sensibile soprattutto in tempo di crisi.

Il punire in modo equilibrato, graduando il livello e il tipo di sanzioni a seconda del disvalore oggettivo e soggettivo dei diversi episodi ⁽²¹⁸⁾ rimane ancora la chiave di volta del sistema.

Unico modo per frenare, anche, quella deriva che sta segnando lo stesso principio di legalità della norma penale a favore di una visione para-efficientistica della sanzione.

Se dunque questo è l'obbiettivo che si vuole perseguire, ben venga una rivisitazione del sistema del diritto penale economico, che su più fronti e a più riprese viene invocata dagli operatori del diritto, così come appare al contempo utile ripensare ad alcuni strumenti che già esistono nel diritto civile, per coordinarli con le norme penali, in un'ottica di efficienza dei rimedi.

Nei capitoli precedenti si è cercato di esaminare la legittimità di una rivisitazione del risarcimento del danno in un'ottica preventiva-punitiva di condotte illecite frutto di una consapevole azione dell'agente danneggiante.

²¹⁶ Interessanti sul tema della necessità della regolamentazione nei sistemi di tipo economico capitalista le riflessioni di Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Ube, 2010, il quale evidenzia come “*se il quadro regolatorio è imperfetto va modificato, poiché la concorrenza non permette agli imprenditori di subordinare la massimizzazione del profitto al benessere della società, e l'etica non può sostituirsi alla regolamentazione*” cit. pag. 6

²¹⁷ Romano, *Materia economica e intervento penale*, in Jus, 2011, fasc. 1 -2, xit. Pag. 109

²¹⁸ Sul tema si rimanda ancora Romano, *Materia economica e intervento penale*, in Jus, 2011, fasc. 1 -2, pagg. da 105 e ss.

A fronte di queste premesse, proveremo, dunque, ora ad interrogarci sull'opportunità di riconoscere una funzione sanzionatoria dello strumento risarcitorio, in un'ipotesi che tipicamente nei casi più gravi viene ascritta al reato di bancarotta, ovvero nel caso di una *mala gestio* degli amministratori (ad esempio per mancata tenuta della contabilità aziendale), cui abbia fatto seguito una dichiarazione di fallimento.

Circostanza a fronte della quale è il più delle volte esercitata da parte del curatore un'azione di responsabilità volta ad ottenere una condanna al risarcimento del danno al fine di incrementare l'attivo della procedura.

4.5. Gli orientamenti della giurisprudenza civile in tema di azione di responsabilità degli amministratori

Prima di procedere nell'analisi, è importante dare atto del fatto che sul tema dei limiti della quantificazione del danno da *mala gestio* degli amministratori vi è stato un recente arresto della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (²¹⁹).

La questione affrontata, come già accennato, riguarda nello specifico l'individuazione del danno risarcibile, ed il relativo criterio di liquidazione, nelle azioni di responsabilità promosse dagli organi di una procedura concorsuale nei confronti di amministratori di società di capitali dichiarate insolventi, ai quali sia imputato di aver tenuto un comportamento contrario ai doveri imposti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto sociale.

Nel caso di specie si tratta, quindi, di esaminare quali potranno essere gli esiti di un'azione esperita dal curatore del fallimento nei confronti dell'ex amministratore (o degli ex amministratori) di una società di capitali (a responsabilità limitata o per azioni, poco importa ai nostri fini), poi dichiarata fallita.

²¹⁹Il riferimento è alla sentenza della Cassazione civile, Sezioni Unite, 06/05/2015, (ud. 28/04/2015, dep.06/05/2015), n. 9100; cfr. nota di Carmellino, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2015, fasc. 8-9, pag. 934 e ss.; Di Majo, *La responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, in *Giur. It.*, 2015, fasc. 7, 1640; Spiotta, *L'atteso chiarimento delle Sezioni unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. It.*, 2015, fasc. 6, pag. 1413 e ss.; Penta, *La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire*, in *Dir. Fall.*, 2015, fasc. 5, pag 205 e ss.

Si farà d'ora in avanti riferimento a questo tipo di fattispecie, ma le considerazioni che verranno fatte possono applicarsi anche ad azioni di responsabilità proposte nei confronti degli organi di vigilanza e dei direttori generali delle società dichiarate insolventi, se a costoro il curatore rimproveri di aver mancato ai propri doveri, cagionando un danno al patrimonio sociale ed ai creditori.

Sempre in via preliminare, è appena il caso di precisare inoltre che, nell'assumere questo tipo di iniziativa (di cui all'art. 146, l. fall.) il curatore del fallimento della società esercita in via cumulata sia l'azione sociale di responsabilità, che sarebbe stata a suo tempo esperibile dalla medesima società, ancora *in bonis*, nei confronti del proprio amministratore, sia l'azione che sarebbe spettata ai creditori sociali, danneggiati dall'incapienza del patrimonio della società debitrice.

Il problema, affrontato dalla giurisprudenza, e rilevante ai fini di questo studio, può essere riassunto in questi termini: è possibile fare riferimento al dato costituito dalla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare, e quindi a tutto il danno in termini economici creato alla società, ormai decotta, ai fini di quantificare il danno risarcibile a carico di tali soggetti? Ed eventualmente a quali condizioni e limiti?

Il tema era già stato affrontato in passato in più occasioni dalla giurisprudenza.

Una prima decisione, piuttosto risalente, ha affermato la possibilità di individuare il danno risarcibile nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede fallimentare, in un caso nel quale all'amministratore era stato contestato di aver violato il divieto di compiere nuove operazioni dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società⁽²²⁰⁾, consistita nella perdita di oltre un terzo del capitale sociale e nella riduzione di questo al di sotto del minimo legale⁽²²¹⁾.

A brevissima distanza di tempo, lo stesso criterio è stato utilizzato dalla Corte di Cassazione in un caso in cui si era accertato che il dissesto dell'impresa era dipeso proprio dall'illecito comportamento degli organi sociali⁽²²²⁾.

²²⁰ Divieto che era espressamente previsto anche al momento in cui la pronuncia è stata resa dall'art. 2449 c.c., comma 1, nella versione antecedente la già ricordata riforma del diritto societario del 2003

²²¹ Si fa riferimento a Cass. n. 1281 del 1977

²²² Cass. n. 2671 del 1977 pubblicata in Leggi d'Italia http://bd44.leggiditalia.it.ezp.biblio.unitn.it/cgi-bin/FulShow?NAVIPOS=1&DS_POS=0&KEY=44MA0002340718&FT_CID=2224781&OPERA=44

Alcuni anni dopo, la Corte di Cassazione ha fatto utilizzo di questo parametro in un caso in cui agli amministratori si contestava di non aver tenuto la contabilità sociale o di averla tenuta in modo sommario e, comunque non intellegibile ⁽²²³⁾.

Nel decennio successivo, a fronte delle critiche che gran parte della dottrina aveva formulato contro l'applicazione di questo criterio, di cui era stata evidenziata l'inadeguatezza a dimostrare in termini di causalità il nesso fra il comportamento illegittimo addebitato agli organi sociali ed il danno risarcibile, si è assistito ad una rivisitazione del principio.

Nel 1997, la Corte di Cassazione è così giunta ad affermare che il danno che gli amministratori ed i sindaci sono tenuti a risarcire, quando abbiano, rispettivamente, violato o non vigilato sul dovere di non intraprendere nuove operazioni in presenza di una causa di scioglimento della società, non s'identifica automaticamente nella differenza tra passivo ed attivo accertati in sede di fallimento, ma può essere commisurato a tale differenza solo in mancanza della prova di un maggior pregiudizio, e solo se da questa violazione sia dipeso il dissesto economico ed il conseguente fallimento della società ⁽²²⁴⁾.

Ad una diversa conclusione, è giunta una pronuncia di poco successiva, nella quale è stata esclusa la possibilità di liquidare il danno alla stregua del criterio differenziale (differenza appunto fra attivo e passivo accertati in sede di fallimento), essendo stata richiesta, al contrario, la dimostrazione puntuale delle conseguenze immediate e dirette delle violazioni contestate ⁽²²⁵⁾.

²²³Cass. n. 6493 dei 1985 pubblicata in *Le Società*, 1986, pag. 505; in *Giur. Comm.*, 1986, parte II, pag. 813; in *Giur. It.*, 1986, I, fasc.1, pag. 374 consultabile on line in *Leggi d'Italia*: http://bd44.leggiditalia.it.ezp.biblio.unitn.it/cgi-bin/FulShow?KEY=44MA0002511818&NONAV=2&DS_POS=5&&OPERA=44&NAVIPOS=2&F_T_CID=1952746&

²²⁴Cass. n. 9252 del 1997 cfr. nota di commento di Gallo P., *Sull'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società*, in *Il Foro italiano*, 2000, fasc. 1, par. 242; Delle Vergini, *Natura dei doveri del collegio sindacale, loro inosservanza, danno e rapporto di causalità*, in *Il Foro italiano*, 2000, fasc. 1 pag. 245 e ss.; Dellacasa, *Obblighi e responsabilità del collegio sindacale nell'ipotesi di inadeguatezza dei rimedi endosocietari*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, fasc. 6 pag. 924 e ss., Ragusa Maggiore, *Ancora su nuove operazioni e responsabilità degli organi sociali in sede fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1998, fasc. 5 pag. 878 e ss.

²²⁵Cass. n. 10488 del 1998 con nota di commento di Balzarini, *I nuovi orientamenti della corte di cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, fasc. 6, pag. 1326 e ss.; Fabiani M., *Circa l'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare nei confronti di amministratori di società di capitali*, in *Il Foro italiano*, 1999, fasc. 6, pag. 1967 e ss.;

Solo, quindi, i danni di cui sia accertabile la diretta ed immediata imputabilità agli amministratori, della cui prova sarà gravata la curatela, potranno essere riconosciuti come somme risarcibili al momento della condanna.

Quest'ultimo orientamento è stato poi confermato, successivamente, dalla Corte di Cassazione con la precisazione che in simili casi il danno può essere identificato nella differenza tra passivo ed attivo patrimoniale della società in via residuale, ossia solo nel caso in cui il dissesto economico ed il conseguente fallimento si siano verificati per fatto imputabile agli amministratori convenuti in giudizio ⁽²²⁶⁾.

Non basta, quindi, a configurare la responsabilità degli amministratori il solo fatto che venga accertato un disavanzo in sede fallimentare fra attivo e passivo, ma occorre dimostrare la specifica violazione dei doveri imposti dalla legge, e di conseguenza dare prova del fatto che proprio quelle violazioni abbiano cagionato un pregiudizio alla società.

In questi termini sembra essersi assestata anche la giurisprudenza successiva.

Con due pronunce del 2005, la Corte di Cassazione ha precisato che non vi può essere automatica applicazione del criterio differenziale: sia in quanto lo sbilancio patrimoniale della società insolvente potrebbe avere cause molteplici, non tutte riconducibili alla condotta illegittima degli organi sociali, sia in quanto questo criterio si pone in contrasto con il principio civilistico che impone di accertare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta illegittima ed il danno ⁽²²⁷⁾.

Nella stessa pronuncia, la Cassazione precisa che ciò non di meno il criterio differenziale può costituire un parametro di riferimento per la liquidazione del danno in via equitativa, nel caso in cui sia stata accertata l'impossibilità di ricostruire i dati

Funari, *La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori*, in *Le Società*, 1999, fasc. 5 pag. 560 e ss.; Salafia, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*, in *Giustizia civile*, 1999, fasc. 1 pag. 79 e ss.

²²⁶Cass. n. 1375 del 2000 con nota di Mecatti, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, fasc.20, pag. 37 e ss.

²²⁷Cass. n. 2538 del 2005 con nota di commento di Meruzzi, *Diligenza qualificata e responsabilità dei sindaci di società assicurativa*, in *La Responsabilità Civile*, 2006, fasc. 1, pag. 13 e ss.; e Cass. n. 3032 del 2005 con nota di commento di Cameli, *Responsabilità di amministratori e sindaci di società di capitali*, in *Giustizia civile*, 2006, fasc. 4-5, pag. 977 e ss.; entrambe le pronunce richiamate sono oggetto di una interessante nota di commento di Ferraro, *Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare (Relazione al Convegno "Crisis economica y responsabilidad en la empresa", Valenza, 25-26 ottobre 2012)* in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, fasc. 2 , pag. 237 e ss.

contabili con l'analiticità necessaria per individuare le conseguenze dannose riconducibili al comportamento degli organi sociali.

In tal caso dovrà essere il giudice del merito ad indicare in motivazione le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli riconducibili alla condotta contestata.

Sostanzialmente nella stessa linea si sono collocate le successive pronunce ⁽²²⁸⁾.

In questo quadro giurisprudenziale, sono intervenute nel 2011 due sentenze della Cassazione, nelle quali, pur muovendo dalla medesima premessa tracciata, la Corte è giunta alla conclusione che, in caso di assoluta mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili, tale da rendere impossibile al curatore la dimostrazione del nesso di causalità, si verifica un'inversione dell'onere della prova ⁽²²⁹⁾.

Sarà, pertanto, il soggetto convenuto a dover provare che il dissesto, nella misura determinata dalla differenza fra attivo e passivo accertato in sede di fallimento, non è imputabile ad una sua condotta negligente.

Questo era il quadro delle posizioni assunte dalla giurisprudenza fino all'arresto delle Sezioni Unite, richiamato in apertura del paragrafo.

Prima di proseguire, nell'esame di tale pronuncia, è necessario fare una premessa.

Nella prassi, la casistica degli illeciti ascrivibili agli amministratori di una società, idonei a generare l'obbligo risarcitorio, difficilmente si traduce in un'unica e ben determinata tipologia di comportamenti.

I doveri imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dello statuto agli amministratori di società sono, infatti, assai variegati.

²²⁸Cass. n. 16211 del 2007 con nota di commento di Finardi, *Azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. fallita e criteri di determinazione del danno*, in *Le Società*, 2008, fasc. 11, pag. 1365 e ss.; Cass. n. 17033 del 2008 con nota di commento di Brizzi, *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giustizia civile*, 2009, fasc. 11, pag. 2441 e ss.; Cass. n. 16050 del 2009 con nota di commento di Cassani, *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, 2010, fasc. 4, pag. 409 e ss.

²²⁹Cass. n. 5876 del 2011 e n. 7606 del 2011 con nota di commento di Di Palma, *Omessa o incompleta tenuta della contabilità sociale: responsabilità dell'amministratore*, in *Danno e responsabilità*, 2012, fasc. 1, pag. 49 e ss.; per un esame dei principali arresti cfr. l'interessante ricostruzione di Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, in *il Corriere giuridico*, 2011, fasc. 11, pag. 1520 e ss.

Essi vanno dalla tenuta delle scritture contabili, alla predisposizione dei bilanci, agli adempimenti fiscali e previdenziali, ed in questi casi il contenuto degli obblighi è per lo più precisato dalla legge, all'attività di gestione dell'impresa nel suo complesso; attività quest'ultima molto più difficile da definire nel suo contenuto.

L'estrema difficoltà di definire *a priori* il contenuto di tali obblighi ha quale conseguenza quella di rendere, poi, estremamente difficile la ricostruzione *ex post* delle conseguenze rivelatesi dannose - per la società e per i suoi creditori - scaturite dalla violazione di tali doveri in ipotesi di fallimento, dovendo essere valutata di volta in volta, rispetto ad ogni singola violazione, quale sia la possibile conseguenza generata.

In concreto, perciò, l'individuazione del nesso di causa fra i singoli inadempimenti e il danno causato risulta un compito quasi impossibile per il curatore, soprattutto qualora, come spesso accade, le scritture contabili rinvenute dal fallimento siano incomplete, risultino indecifrabili, o addirittura manchino del tutto.

Proprio per sollevare il curatore da una simile *probatio diabolica*, era stato coniato il criterio differenziale (ossia imputabilità a titolo di danno della differenza fra attivo e passivo accertati in sede di fallimento) in quanto tale criterio permette, una volta che venga provato l'inadempimento del soggetto convenuto, questo sì a carico del curatore, di poter semplificare la fase liquidatoria di quantificazione del danno che diviene quasi automatica, restando a carico di controparte l'onere di provare - eventualmente- la non imputabilità delle conseguenze dannose contestate alla sua condotta.

Questa premessa - forse ovvia, ma importante - pone le basi per esaminare pronuncia delle Sezioni Unite sulla questione dell'onere della prova e sulla quantificazione del danno in caso di azione di responsabilità degli amministratori promossa dal curatore.

4.6. L'arresto delle Sezioni Unite del 2015

La fattispecie esaminata nella sentenza riguardava un'azione di responsabilità in cui si contestava all'amministratore unico di una società a responsabilità limitata a) di

aver distratto alcuni beni mobili custoditi in un magazzino della società, b) di non aver redatto due bilanci d'esercizio e le dichiarazioni fiscali concernenti i medesimi esercizi ed, infine, c) l'omessa tenuta della contabilità sociale.

La Cassazione, chiariti con estrema precisione alcuni profili relativi all'onere di allegazione, e all'onere della prova nel processo civile, e ribadito che grava sull'attore l'onere di allegare, e poi di provare, gli elementi indispensabili per aversi responsabilità civile (e dunque sia il danno, che il nesso di causalità), si interroga su quali siano gli inadempimenti ("qualificati") in cui può incorrere l'amministratore di una società, astrattamente idonei a giustificare una condanna al risarcimento del danno in una misura che sia corrispondente all'intero *deficit* patrimoniale accumulato dalla società fallita, ed accertato nell'ambito della procedura concorsuale (ossia pari a quelli che gli verrebbero addebitati in applicazione del criterio differenziale).

A tale quesito, la Corte risponde evidenziando come possano essere considerati antecedenti causali di un simile danno *“soltanto quelle violazioni del dovere di diligenza nella gestione dell'impresa così generalizzate da far pensare che proprio a cagione di esse l'intero patrimonio sia stato eroso e si siano determinate le perdite registrate dal curatore, o comunque quei comportamenti che possano configurarsi come la causa stessa del dissesto sfociato nell'insolvenza”*.

Nel caso, pertanto in cui non sia possibile provare un simile inadempimento non potrà trovare applicazione il criterio differenziale.

Quid iuris?

In caso di mancanza, incompletezza o non intellegibilità delle scritture contabili?

Ebbene, prosegue la Corte, *“neppure la mancata redazione dei bilanci e delle dichiarazioni fiscali possono ambire, sul piano logico, a porsi come causa potenziale dell'intero deficit patrimoniale emerso nell'ambito della procedura concorsuale, potendosi soltanto presumere che le omissioni fiscali abbiano provocato un aggravamento del passivo per l'onere degli interessi e delle sanzioni conseguenti.”*

La contabilità registra, infatti, a parere della Cassazione, gli accadimenti economici che interessano l'attività dell'impresa ma non è di per sé idonea a determinarli.

In altri termini: non può ritenersi che la (mancata o scorretta) registrazione in contabilità abbia di per sé cagionato una perdita.

Se, quindi, è pacifico che la tenuta delle scritture contabili sia uno dei doveri gravanti sugli amministratori di società, è ugualmente indiscutibile che il mancato rinvenimento di tali scritture da parte del curatore del fallimento non possa, comunque, sollevarlo dall'onere di specifica allegazione.

Anche in questi casi, egli sarà chiamato, pertanto, in coerenza con i principi generali ad allegare e dimostrare le specifiche violazioni poste in essere e i pregiudizi alle stesse potenzialmente ricollegabili in termini di danno emergente o di lucro cessante a carico del patrimonio sociale.

Fatto ciò, qualora dimostri l'impossibilità determinata dalla carenza delle scritture contabili di provvedere ad una ricostruzione puntuale, il giudice potrà decidere se ricorrere ad un criterio di liquidazione in via equitativa che tenga conto, anche, del criterio differenziale.

L'applicazione di tale criterio, destinata ad operare solo in via residuale, postulerà perciò sempre che l'attore abbia allegato un inadempimento del convenuto, almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno di cui pretende il risarcimento, e che, in motivazione vengano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli, concretamente riconducibili alla condotta del convenuto, nonché la plausibilità logica del ricorso al criterio differenziale, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto.

Solo a tali condizione si potrà ipotizzare l'esonero del curatore dalla dimostrazione del nesso di causalità che (soprattutto in senso giuridico) dovrà in ogni caso esistere tra l'inadempimento ed il danno.

Alla stregua di tali considerazioni, la Corte giunge ad affermare il seguente principio di diritto: *“Nell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali nei confronti dell'amministratore della stessa l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di*

allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti ed il danno di cui si pretende il risarcimento.

Nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sè sola non giustifica che il danno da risarcire sta individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto".

Il criterio differenziale non viene, quindi, bandito dall'ordinamento ai fini di aiutare nella quantificazione del danno determinato in ipotesi di *mala gestio* dell'amministratore della società, ma allo stesso si potrà fare ricorso solo in via eccezionale, e previa specifica allegazione da parte dell'attore, in termini di richiesta di utilizzo del criterio equitativo, e di motivazione del giudice, in termini di ragioni a sostegno della sua adozione, la cui plausibilità logico-giuridica potrà essere valutata in sede di legittimità.

4.7. Alcune osservazioni

Fino a qui l'arresto delle Sezioni Unite.

Il quadro dovrebbe risultare ormai abbastanza chiaro.

La presa di posizione della Cassazione sembra portarci all'affermazione che neppure una dolosa omissione della tenuta delle scritture contabili può nel nostro ordinamento giustificare una condanna al risarcimento del danno in termini di differenza fra attivo e passivo accertato in sede di fallimento, se il curatore non prova, in termini di stretta derivazione causale, che tale danno deriva proprio dalla condotta tenuta dall'amministratore.

Condotta che non potrà certo essere individuata solo nella omissione della diligente tenuta della contabilità, non potendo essere considerata, si è visto, la mancata registrazione di un evento contabile, un antecedente logico alla causazione di una situazione di dissesto.

La conclusione non può in realtà stupire.

Una diversa affermazione avrebbe potuto portare al riconoscimento espresso della legittimità di una – automatica - condanna al risarcimento del danno in chiave preventivo punitiva.

Di ciò dimostra essere consapevole la stessa Corte di Cassazione, la quale dà atto del fatto che *“postulare che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società solo perché non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili, ed ha reso perciò più arduo il compito ricostruttivo del curatore fallimentare equivale, in tale situazione, ad attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria (che, in ipotesi di condotta dolosa, rischierebbe almeno in parte di sovrapporsi alle sanzioni penali già contemplate dalla L. Fall., art. 216, comma 1, n. 2, e art. 223)”*.

Prosegue la Corte, aprendo uno spiraglio, che subito però verrà viene richiuso: *“**ciò potrebbe oggi forse non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento**, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento (si pensi, ad esempio, all'art. 96 c.p.c., u.c., in materia di responsabilità processuale aggravata), ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali”*.

Siamo così certi, tuttavia, che la conclusione a cui giunge la Cassazione sia del tutto condivisibile?

Partiamo con ordine.

In queste pagine si è cercato di dimostrare per quale ragione una condotta che abbia consapevolmente cagionato un danno possa legittimamente giustificare il riconoscimento di un obbligo risarcitorio sganciato dal paradigma riparatorio.

Si è visto che, di fatto, tale applicazione non è solo una astratta possibilità, ma che di tale criterio in alcune occasioni la giurisprudenza di merito ha fatto, e continua a fare tutt'oggi applicazione⁽²³⁰⁾.

Le principali obiezioni che, si è visto, sono avanzate contro il riconoscimento della legittimità di un simile criterio di quantificazione del danno riguardano per lo più a) la mancanza di un criterio selettivo delle ipotesi in cui si possa attribuire al danno una funzione sanzionatoria; oltreché b) la mancanza di prevedibilità del danno risarcibile in assenza di criteri certi che ne delimitino la quantificazione (come accadrebbe se venisse meno – come si propone di fare in chiave sanzionatoria – l'elemento di confronto costituito dalle conseguenze dannose accertate quali direttamente collegabili al fatto dannoso).

In siffatte circostanze, riconoscere al giudice un potere che risulterebbe sganciato da parametri certi, vorrebbe dire riconoscere una facoltà del tutto arbitraria, e perciò contraria ai principi costituzionali.

Simili obiezioni, che di per sé sono in astratto condivisibili, possono essere superate, come si è cercato di dimostrare in queste pagine, soprattutto se si limita l'utilizzo dello strumento risarcitorio in chiave sanzionatoria a quelle ipotesi in cui sia accertata una condotta consapevole del danneggiante.

Ed il caso considerato, ossia quello della *mala gestio* degli amministratori contestata in sede fallimentare (equiparabile alle ipotesi in cui una simile contestazione venga mossa ai sindaci o ai liquidatori) aiuta a mettere in luce come in alcuni casi, le principali obiezioni mosse all'accoglimento di questa tesi non solo possono essere superate, ma è opportuno che lo siano.

Sul piano del criterio selettivo delle condotte, si è già detto che un buon criterio di selezione è costituito dal – presupposto logico del - comportamento doloso dell'agente.

²³⁰ Sul punto si rimanda alle considerazioni e all'esame delle pronunce proposto nel capitolo 3

Nel caso in cui l'illecito sia stato commesso con dolo, anche se non con il fine specifico di determinare il danno (²³¹), diventa, infatti, ragionevole per l'ordinamento applicare un risarcimento non più limitato alla mera riparazione del danno, ovvero quantificato in misura tale da cercare di garantire un equivalente monetario delle conseguenze pregiudizievoli dimostrate come eziologicamente ricollegabile alla condotta dell'agente, ma superiore a tale importo.

Ciò per la fondamentale ragione per la quale la scelta consapevole dell'agente giustifica una maggiore rimproverabilità della condotta, e con essa la messa a carico da parte dell'ordinamento di un obbligo risarcitorio non necessariamente limitato alle conseguenze direttamente collegabili all'illecito, ma anche a conseguenze ulteriori (si pensi al caso emblematico della retroversione degli utili prevista in materia di proprietà intellettuale).

Anche le obiezioni circa la mancanza di determinatezza e determinabilità del risarcimento del danno, sebbene rivisto in ottica preventiva-sanzionatoria, verrebbero a perdere di significato nel caso considerato.

Il danno, si è visto più volte, sarebbe in questo caso, infatti, determinato sulla base di criteri contabili certi, ovvero, sulla base della differenza fra attivo e passivo accertate in sede di fallimento.

Entrando ancor più a fondo nel tema, siamo proprio certi che in caso di *mala gestio* degli amministratori non sia possibile trovare alcun riferimento normativo idoneo a giustificare un risarcimento del danno non solo compensativo?

In ordine alla natura dell'illecito, si è già detto che l'amministratore pone in essere nei confronti della società, e dei creditori, un inadempimento/illecito qualificato, nel momento in cui viene meno ad obblighi imposti dalla legge.

²³¹ Delle differenze fra dolo nel diritto civile e dolo nel diritto penale si è ampiamente discusso nel capitolo 2 alla cui lettura si rimanda

Non potrebbero perciò essere ravvisati i presupposti applicativi dell'art. 1225 c.c. (²³²), che espressamente estende alle conseguenze non prevedibili l'obbligo di risarcire i danni nel caso in cui l'inadempimento o il ritardo dipendano da dolo?

Siamo così certi, poi, che si tratterebbe di una responsabilità oggettiva, ovvero in contrasto con il principio di colpevolezza, nel momento in cui si riconosce allo stesso soggetto convenuto il potere di allegare e provare i motivi per i quali il danno imputato, quantificato nella differenza tra attivo e passivo, non possa essere in concreto allo stesso imputato?

Da un punto di vista pratico, ci si permetta, peraltro, di considerare che se il curatore prende in carico la gestione della società solo una volta che la situazione di dissesto è divenuta lampante, e non altrimenti rimediabile; l'amministratore, che viene chiamato a rispondere di *mala gestio*, è il soggetto che personalmente ha vissuto le vicende della società e che, quindi, molto meglio ne può ricostruire gli antecedenti temporali, anche in termini di nesso causale fra gestione e danno accertato.

Due ultime considerazioni importanti debbono essere fatte per quanto riguarda la possibilità di riconoscere legittimità ad un simile criterio di liquidazione del danno.

Con ciò – è bene ribadirlo - non si vuole ridurre la responsabilità civile ad un mero surrogato della responsabilità penale, esito che non sarebbe congruente con il principio di economicità dei mezzi giuridici, che fin dalle premesse è stato posto come principio cardine di questo studio, ma si vuole tentare di rendere maggiormente efficiente la stessa responsabilità civile, anche al fine di aiutare a limitare il più possibile il ricorso al diritto penale.

In quest'ottica, ed in relazione all'ipotesi oggetto di esame, si osserva che l'imputazione per bancarotta non prevede come sanzione, in nessun caso, il pagamento di una somma di denaro (a titolo di multa).

²³² Il testo dell'articolo citato, rubricato "*prevedibilità del danno*" recita: "*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*"

Va osservato, inoltre, per quanto in termini assai riduttivi e semplificati, che spesso accade che il criterio della determinazione del danno in misura congruente rispetto alla differenza fra attivo e passivo venga utilizzato dal curatore come criterio per formulare una richiesta di risarcimento danni nei confronti dell'amministratore, anche al fine di una definizione in via stragiudiziale della posizione.

Ora, se pensiamo ad un'ipotesi in cui nei confronti di un amministratore sia in corso un procedimento per imputazione di bancarotta, risulta facile ipotizzare che tale parametro – pur in assenza di un accertamento civile – verrà seguito dal curatore per formulare una richiesta di risarcimento nei confronti dell'imputato, il quale, questa volta costretto nelle maglie di un processo penale, spesso, al fine di ottenere il riconoscimento di una circostanza attenuante, e così una riduzione della pena, che in uno ad una scelta appropriata del rito, possa permettere l'applicazione della sospensione condizionale della pena, sarà ben felice di fare quanto in suo potere per riconoscere al curatore la somma richiesta.

Questo con il risultato non certo desiderabile di strumentalizzare il processo penale ai fini di ottenere un maggiore risarcimento del danno, con al contempo un inutile appesantimento delle già provate risorse della giustizia penale.

Certamente non possiamo generalizzare, ed ogni caso andrà affrontato nello specifico, ma è anche vero che l'ipotesi tratteggiata non è un caso raro nella prassi quotidiana.

Forse sarebbe più semplice ammettere che in ipotesi di accertata dolosa *mala gestio* degli amministratori, il risarcimento del danno possa effettivamente assumere, con i limiti sopra tratteggiati, una connotazione sanzionatoria, evitando magari che a fronte di strumentali segnalazioni di notizie di reato da parte della curatela, vengano celebrati dei processi destinati ad un nulla di fatto, solo per ottenere qualcosa a cui si sarebbe potuto arrivare già nelle sedi appropriate.

Ed è in questa prospettiva, che anche la possibilità di applicare il criterio differenziale per la quantificazione del danno in ipotesi di fatti di *mala gestio* degli amministratori potrebbe risultare non del tutto insensato, ferma restando la prova contraria a carico del convenuto.

La basi normative e le ragioni per compiere una simile operazione, lo si è cercato di dimostrare, non sembrano di certo in questo caso mancare.

4.8. Conclusioni

Siamo giunti così alla conclusione di questo studio.

Il nostro assunto di partenza era che, se è vero che la tutela penale è necessaria nelle ipotesi in cui vengono in gioco interessi e diritti di significativo rilievo penale, o certe forme particolari di aggressione, nulla, tuttavia, esclude che, prima di pervenire ad una valutazione di necessità di questa forma di tutela, quella civilistica possa apparire un'alternativa, già di per sé adeguata.

Abbiamo, così, provato a cogliere l'invito di Bricola a fare uno "*sforzo di fantasia*" per tentare di reperire una più articolata gamma di sanzioni, anche "*rispolverando vecchi arnesi già nell'armadio*" propri del diritto civile ⁽²³³⁾.

Questi i risultati a cui siamo giunti.

Parlare di risarcimento del danno in termini sanzionatori preventivi è ormai divenuta una necessità; come è divenuta un'esigenza impellente quella di ripensare agli strumenti di tutela penale in una chiave nuova, che permetta di assicurare una maggiore efficienza, nel rispetto del principio di legalità.

Il diritto penale non è certo uno strumento che può essere accantonato in una società moderna.

Al più può essere rimeditato e rivisto, per renderlo più efficiente, nel rispetto dei principi costituzionali, che in questo campo – più che in ogni altro – svolgono un ruolo indispensabile.

Non è possibile però permettere che il diritto penale diventi, come lo descriveva in termini provocatori nello scritto sopra citato Donini, una sorta di lotteria.

Sono in gioco valori fondamentali, ed è un costo che uno stato di diritto non può permettersi di pagare.

²³³Bricola, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista* (Relazione al Convegno "Le Pene Private", Pisa, 30-31 marzo 1984) in Foro. It., 1985, parte V, par.1 e ss.

Il rischio può essere ridotto, se la sanzione penale diventa minima e certa, ed è proprio in questa prospettiva che è necessario continuare a lavorare, anche ripensando in un'ottica parzialmente diversa agli strumenti già noti del diritto civile.

CONCLUSIONI

Proviamo a tirare le fila di questo lungo discorso.

L'obbiettivo conclamato era quello di interrogarsi e riscoprire il diritto civile per cercare, nell'ottica del penalista, possibili strumenti di tutela alternativi al diritto penale.

Certo, è inutile illudersi che il diritto penale possa essere sostituito dal diritto civile.

Le due misure hanno funzioni e scopi diversi, e giocano un ruolo insostituibile in uno stato di diritto in cui si voglia attribuire, come è giusto che sia, una risposta dell'ordinamento diversa in ragione della maggiore o minore gravità della condotta illecita; gravità che andrà valutata in termini di potenzialità lesiva della condotta rispetto ad un bene giuridico tutelato.

Non è questa, tuttavia, una ragione a nostro avviso sufficiente perché il penalista abbandoni ogni interesse rispetto al diritto civile.

L'adozione di una strategia differenziata contro il crimine, e uno sforzo di fantasia del giurista nella ricerca di una più articolata gamma di sanzioni sono, infatti, divenute nel nostro ordinamento una necessità.

Un simile bisogno nasce da una considerazione piuttosto basilare: il ricorso alla misura penale è nel nostro ordinamento decisamente inflazionato.

La sanzione penale è stata, ed è tuttora, considerata la panacea di ogni male, quasi che la sola previsione di una fattispecie criminosa per una determinata condotta possa essere sufficiente ad evitarne la realizzazione.

Questo ha portato di fatto ad una perdita di efficienza della sanzione penale che non è più in grado, e non lo può essere strutturalmente, di farsi carico di un incontrollato proliferare di condotte penalmente rilevanti.

Sebbene spesso il Legislatore sembri dimenticarsene, infatti, l'applicazione della misura penale richiede, proprio a tutela e garanzia dei beni sui quali è destinata ad incidere, un enorme dispendio di risorse e di tempo, che in concreto non è possibile riservare all'esame di ogni fattispecie illecita.

Se mai ve ne fosse stato bisogno la crisi economica di questi anni, durante i quali si è assistito ad una serialità diffusa di comportamenti criminosi in una chiara sensazione di sostanziale impunità, ha reso manifesto questo grave stato di difficoltà del nostro sistema penale.

Quale soluzione possibile allora?

Certamente interventi radicali di razionalizzazione del sistema penale, con l'eliminazione di condotte a scarsa attitudine offensiva, ovvero, con la riscrittura di alcune fattispecie criminose, sarebbero la scelta preferibile.

In attesa però di un simile intervento, si è pensato di cercare una soluzione già esistente, e già nelle corde dell'ordinamento, per verificare se, attraverso un ragionato coordinamento dei mezzi di tutela di diverse branche del diritto, utilizzando strutture comuni, fosse possibile trovare in un luogo altro rispetto al diritto penale (ed al più vicino per certi versi, diritto amministrativo) una valida alternativa a questo per prevenire e reprimere condotte illecite.

Operazione che Bricola probabilmente definirebbe un tentativo di rispolverare "*vecchi arnesi già nell'armadio*" affinché depurati dalle scorie del passato, o da stereotipati paradigmi, possano divenire funzionali a necessità più recenti.

Per fare questo si è guardato al sistema della responsabilità civile.

Noto è, ormai, come il dibattito della dottrina civilistica sia fervente sul tema dell'ammissibilità di una funzione deterrente della responsabilità civile.

Il problema, e i principali arresti della giurisprudenza e della dottrina sul punto, sono stati esaminati nel primo capitolo di questo lavoro.

Le principali obiezioni che, si è visto, sono avanzate contro il riconoscimento della legittimità di un criterio di quantificazione del danno slegato dal paradigma compensativo riguardano per lo più a) la mancanza di un criterio selettivo delle ipotesi in cui si possa attribuire al danno una funzione sanzionatoria; oltretutto b) la mancanza di prevedibilità del danno risarcibile in assenza di criteri certi che ne delimitino la quantificazione (come accadrebbe se venisse meno – come si propone di fare in chiave sanzionatoria – l'elemento di confronto costituito dalle conseguenze dannose accertate quali direttamente collegabili al fatto dannoso).

Proprio per superare tali obiezioni, e ritagliare uno spazio per riconoscere legittimità a questo criterio, si è deciso di limitare l'indagine alle sole condotte illecite che vengano poste in essere con consapevolezza dall'agente.

In termini penalistici diremo, ma si è visto nel secondo capitolo in quali termini tale concetto possa essere utilizzato anche nel diritto civile, abbiamo limitato l'analisi ai soli illeciti di dolo.

Credo, infatti, che la funzione deterrente del risarcimento del danno possa avere un senso solo nella misura in cui venga colpito un comportamento consapevole dell'autore dell'illecito, non potendo diversamente la sanzione - comminata attraverso la condanna al pagamento di una somma ultra compensativa - avere alcuna attitudine alla rieducazione e all'orientamento dei comportamenti.

Questo non solo perché ritengo che un rimedio possa essere pensata come alternativa alla misura penale solo se rispetta i principi cardine di tale sistema, fra cui per l'appunto il principio di colpevolezza, ma anche perché credo che il riconoscimento di una funzione ultra compensativa del risarcimento del danno, assumendo un ruolo di pena, non possa comunque fare a meno di un presupposto di intenzionalità.

Si è pensato, in sostanza, di focalizzare lo studio sulla teoria della deterrenza collegata alla c.d. scelta razionale.

L'ammissibilità di una simile impostazione è stata esaminata nel secondo capitolo, dove si è valutato se sia di fatto possibile superare quello che l'orientamento tradizionale definisce come strutturale indifferenza del sistema della responsabilità civile rispetto alla colpa o al dolo dell'autore dell'illecito.

La conclusione a cui si è giunti è che, nonostante tale affermazione di principio, vi sono molte ragioni per le quali è possibile affermare che gli illeciti c.d. di dolo ricevano, anche nel sistema della responsabilità civile, in sede di accertamento dell'illecito, e di quantificazione del danno, un trattamento differenziato.

Ammissa la tesi in termini di principio astratto, nel terzo capitolo si è, dunque, cercato in concreto di verificare se, anche alla luce delle applicazioni giurisprudenziali, fosse individuabile una fattispecie in relazione alla quale, pur in assenza di una

espressa previsione normativa, il comportamento doloso fosse oggetto di un trattamento differenziato e più afflittivo in termini di commisurazione del danno.

Si è visto che una simile applicazione non è solo una astratta possibilità, ma che di tale criterio in alcune occasioni la giurisprudenza di merito ha fatto, e continua a fare, tutt'oggi applicazione.

Paradigmatici in questo senso sono gli illeciti c.d. endofamiliari, ossia illeciti commessi in ambito familiare per i quali, come si è visto nel terzo capitolo, il dolo è considerato un elemento costitutivo della fattispecie.

In relazione a tali illeciti, si è dato conto di alcuni arresti della giurisprudenza dove spesso – con motivazione più o meno differenti – di fatto vengono riconosciuti alla vittima danni ultra compensativi.

Questo è accaduto, si è visto, proprio per il fatto che simili condotte sono considerate particolarmente riprovevoli per il contesto e la consapevolezza con cui sono poste in essere e, quindi, anche quando siano in astratto sussumibili in fattispecie penali, e perciò sanzionabili in termini di pena, vengono ritenute meritevoli di sanzioni ultra compensative, soprattutto considerando – sebbene tale ragione non venga mai espressa in termini chiari – che per la vittima il risarcimento del danno è spesso l'unica misura realmente efficace.

Verificata così la sostenibilità della tesi posta in premessa, si cercato di esaminarne possibili applicazioni concrete nel campo del diritto penale.

Si è scelto allo scopo l'ambito dei reati economici, ritenendo che questi, proprio per il tipo di bene giuridico alla cui tutela sono preposti, siano i più adatti a permettere l'ingresso di strumenti alternativi.

Ancora una volta, questo chiarito l'assunto di base per cui è impossibile rinunciare, anche in questo settore, all'intervento penale, potendo solo la sanzione penale per la sua naturale attitudine afflittiva stigmatizzare con forza alcuni comportamenti illeciti.

Un tempo si diceva che un buon diritto penale dell'economia è quello capace di fare economia di diritto penale; ora – con maggiore attenzione – si afferma che *“nell'economia e nel mercato occorre il minor diritto penale possibile, ma tutto quello necessario”*.

Nel quarto capitolo, quindi, dopo aver tratteggiato un quadro del diritto penale economico, e nello specifico di quello societario e fallimentare, ci si è fermati ad evidenziare alcune distonie del diritto penale fallimentare, restato immutato nel tempo, pur a fronte dei cambiamenti radicali intervenuti nel settore civile sulla legge fallimentare.

Questo ha permesso al sistema di incrinarsi in derive, definite da alcuni Autori incostituzionali, dove il ricorso al rimedio penale è incastrato in logiche di funzione simbolica che spesso, purtroppo, ne rendono l'applicazione vicina al c.d. diritto penale d'autore.

Il fatto che, quando si procede per le imputazioni di bancarotta sia già stato dichiarato il fallimento dell'impresa, porta, difatti, l'intero processo ad assumere i connotati di una "sentenza già scritta", in cui la dichiarazione di colpevolezza è stemperata dai toni dell'insolvenza dell'impresa.

La bancarotta diventa così di frequente lo strumento per soddisfare le ragioni della massa (della curatela) sul patrimonio personale dell'amministratore, ovvero per esercitare sul suo patrimonio personale un'azione risarcitoria da reato.

Ci si è chiesto, perciò, se sia possibile ed opportuno, anche per evitare quella che Donini ha definito in modo iconoclastico "*un residuo della vecchia prigionia per debiti*", riconoscere in questo particolare ambito una funzione deterrente della tutela già in sede civile, attribuendo al risarcimento del danno una funzione diversa da quella compensativa.

E' stata presa in esame perciò l'ipotesi, invero assai frequente, della *mala gestio* degli amministratori (ad esempio per mancata tenuta della contabilità aziendale), cui abbia fatto seguito una dichiarazione di fallimento.

Circostanza di fronte alla quale il più delle volte segue l'esperimento in sede civile di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori volta ad ottenere una somma risarcitoria che incrementi l'attivo della procedura.

Sono state esaminate, quindi, le posizioni della giurisprudenza fino all'arresto delle Sezioni Unite intervenuto nel maggio del 2015.

In tale pronuncia la Cassazione sembra essere giunta alla conclusione che è allo stato non è possibile riconoscere nel nostro ordinamento un danno ultra compensativo

(nel caso specifico parametrato sulla differenza fra attivo e passivo) ma sia necessario dare una prova puntuale, in termini di stretta derivazione causale, dei danni direttamente imputabili alla condotta di *mala gestio* dall'amministratore.

Nel compiere tale affermazione, si è visto, la stessa Corte di Cassazione sembra essere consapevole del fatto che una diversa soluzione equivarrebbe ad attribuire al risarcimento del danno una funzione palesemente sanzionatoria che, in ipotesi di condotta dolosa, rischierebbe almeno in parte di sovrapporsi alle sanzioni penali già contemplate dalla legge fallimentare.

Ciò, e se ne dà atto nella motivazione richiamata, pur nella consapevolezza che una simile conclusione potrebbe oggi forse non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento.

Sono stati esaminati, dunque, i motivi per i quali questa apertura possa e debba essere coltivata, considerato che nell'ordinamento vigente vi sono diversi elementi normativi idonei a supportare la ricostruzione di un risarcimento, soprattutto in questo specifico caso, slegato da criteri esclusivamente compensativi.

Con ciò – è bene ribadirlo - non per ridurre la responsabilità civile ad un mero surrogato della responsabilità penale, esito che non sarebbe congruente con il principio di economicità dei mezzi giuridici, che fin dalle premesse è stato posto come principio cardine di questo studio, ma proprio per tentare di rendere maggiormente efficiente la stessa responsabilità civile, anche al fine di aiutare a limitare il più possibile il ricorso – a maggior ragione se solo strumentale - al diritto penale.

In quest'ottica, proprio considerando il caso esaminato, si è osservato come l'imputazione per bancarotta non preveda come pena, in nessun caso, il pagamento di una somma di denaro (a titolo di multa) e si è osservato, inoltre, come spesso accada nella prassi che il criterio della determinazione del danno calibrato sulla differenza fra attivo e passivo - misura che si è visto poter essere ultra compensativa - sia spesso utilizzato dal curatore in sede penale, dove la somma viene ottenuta con più facilità, come criterio per formulare una richiesta di risarcimento danni nei confronti dell'amministratore imputato.

Questo con il risultato non certo desiderabile di strumentalizzare il processo penale, con inutile appesantimento delle già provate risorse giudiziarie, ai fini di ottenere un maggiore risarcimento del danno.

Si osserva, incidentalmente, peraltro che il più delle volte in sede penale viene riconosciuta solo una provvisoria sul risarcimento, destinato a essere liquidato solo all'esito dell'instaurando giudizio civile.

Certamente non possiamo generalizzare, ed ogni caso andrà affrontato nello specifico, ma è anche vero che l'ipotesi tratteggiata non è una rarità nella prassi quotidiana.

Ammettere, perciò, che il risarcimento del danno possa fin dall'origine assumere i connotati della sanzione, in caso di accertata condotta dolosa dell'amministratore, ovvero, più in generale in ipotesi di condotta dolosa dell'autore dell'illecito, potrebbe portare ad una gestione più efficiente del problema.

Ed è in questa prospettiva che si è cercato di dimostrare come, anche la possibilità di applicare il criterio differenziale per la quantificazione del danno in ipotesi di fatti di *mala gestio* degli amministratori potrebbe essere non del tutto insensato, ferma restando la possibilità di prova contraria a carico del convenuto.

Il criterio deve poter essere, pur con tutte le attenzioni del caso, generalizzato.

La basi normative e le ragioni per compiere una simile operazione, lo si è cercato di dimostrare, non sembrano mancare, e questa è una prospettiva su cui è opportuno continuare a lavorare.

L'utilità che questo cambio di vedute potrebbe portare, è resa evidente dagli esiti registrati da un ordinamento a noi molto vicino, quello francese, illustrati nello sviluppo di questo lavoro, ed esemplificati dal disegno di riforma del progetto Catala, o ancora dal recente arresto della Cassazione, che ha riconosciuto la non contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza in cui venivano riconosciuti danni punitivi.

Si segnala, peraltro, che proprio in questi giorni è stato pubblicato in gazzetta ufficiale il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, destinato ad entrare in vigore il 06 febbraio prossimo, nel quale si prevede la depenalizzazione di alcune figure di reato a favore dell'introduzione di una c.d. sanzione civile pecuniaria.

Si tratta di fattispecie per le quali era in precedenza prevista la procedibilità a querela, in cui emergono essenzialmente interessi privati, collegate a protezione dell'onore, del patrimonio o della pubblica fede.

Interessante a questo proposito evidenziare taluni aspetti della riforma che sembrano confermare alcune delle linee interpretative suggerite in questa tesi.

Per l'applicazione della sanzione civile, strutturata come ordine di pagamento di una somma di denaro (ulteriore a quella dovuta a titolo di risarcimento) di cui sono fissati dal legislatore minimo e massimo, si richiede, infatti, che il fatto, tipizzato dalla norma, venga commesso con dolo (art. 3 d. lgs. n. 7/2016); presupposto che rievoca le riflessioni svolte nei capitoli precedenti in ordine agli illeciti di dolo.

La sanzione civile, inoltre, potrà essere applicata al termine del giudizio solo in caso di accoglimento della domanda di risarcimento del danno (art. 8, comma 2 d. lgs. n. 7/2016); previsione questa che supera le incertezze circa l'ammissibilità di una funzione deterrente del risarcimento del danno, stabilendo una condanna autonoma rispetto a quella risarcitoria, e, tuttavia, alla stessa strettamente ancorata.

Ai fini della quantificazione della sanzione il giudice dovrà tenere conto della gravità della violazione, della reiterazione dell'illecito, dell'arricchimento del responsabile (anche questo è un aspetto molto interessante rispetto alle riflessioni svolte in queste pagine circa il collegamento fra teoria della deterrenza e scelta razionale), dell'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, della personalità ed, infine, delle condizioni economiche dell'agente (art. 5 d. lgs. n. 7/2016).

Da ultimo si evidenzia come la scelta del Legislatore, in linea con quanto previsto dal progetto di riforma francese, abbia deciso per la devoluzione delle somme pagate a titolo di sanzione a favore della Cassa delle ammende, e non della vittima del reato (art. 10 d. lgs. n. 7/2016).

Una riforma da alcuni definita storica in cui la scelta per una alternativa alla misura penale è caduta sul diritto civile, anziché, sul diritto amministrativo.

Scelta che, come si è cercato più volte di sostenere in questo lavoro, presenta indubbi profili di vantaggio.

Si è consapevoli che questo è solo un primo passo nel tentativo di riscoprire il diritto civile in un'ottica di strategia differenziata di lotta al crimine, ma siamo convinti che cercare, in una nuova lettera, forse più disillusa, strumenti di tutela alternativi alla sanzione penale, anche nel diritto civile, per riservare all'intervento della sanzione penale un ruolo di *extrema ratio* sia, ormai, un imperativo per il penalista moderno, chiamato a rispondere ad una grave carenza di effettività del nostro diritto penale.

BIBLIOGRAFIA

Albane Pons, *A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain*, in <http://m2bde.u-paris10.fr/node/2404?destination=node%2F2404>

Alberti, *La particolare tenuità del fatto (art. 131-bis): tre prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano*, 21 Maggio 2015, per la lettura integrale dell'articolo: http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/3940-la_particolare_tenuit__del_fatto__art__131_bis__tre_prime_applicazioni_da_part_e_del_tribunale_di_milano/

Albi, *Divieto di interposizione e responsabilità del contatto sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, fasc. 1, pag. 17 e ss.

Alessandri, *Crisi economica e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 2, pag. 612 e ss.

Alessandri, *Evoluzioni e prospettive nel diritto penale economico*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2014, fasc. 2, pagg. 582 e ss

Alessandri, *Un esercizio di diritto penale simbolico, la c.d. tutela penale del risparmio*, in AA. VV. *Scritti in onore di Federico Stella*, vol. II, Jovene, 2007, cit. pag. 938 e ss.

Alessandri, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in AA. VV. *Scritti in onore di Federico Stella*, Jovene, 2007, cit. pag. 974 e ss.

Alpa, *Dolo, colpa, rischio, imputabilità, causalità*, in *La responsabilità civile. Parte generale*, a cura di Guido Alpa, Utet 2010, cap. 7, pag. 250 e ss.

Ambrosetti, Mezzetti, Ronco, *Diritto penale dell'impesa*, Giappichelli 2009, p. 113

Ambrosini, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni: disamina degli arresti giurisprudenziali di principale interesse*, in *il Corriere giuridico*, 2011, fasc. 11, pag. 1520 e ss.

Baffi, *Responsabilità "aggravata". Un'analisi giuseconomica* in *Danno e responsabilità*, 2011, fasc. 4 pagg. 345 e ss.

Baldassarre, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 5, pag. 502

Balzarini, *I nuovi orientamenti della corte di cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, fasc. 6, pag. 1326 e ss.

Belli, *La responsabilità oggettiva*, in *La Responsabilità Civile*, 2011, fasc. 5 pagg. 373 e ss.

Bernardi, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo* (Relazione al Seminario "Il Seminario Hispano-Italiano: garantias constitucionales y derecho penal europeo" Barcellona, 13-14 ottobre 2011) in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2012, fasc. 1-2 pagg. 15 e ss.

Bilotta, *Fatto illecito doloso, danno psichico, danno esistenziale*, In *Resp. Civ. e Prev.*, 2005, pag. 820e ss.

Bilotta, *Quantum respondeatur*, La colpa nella responsabilità civile a cura di Cendon, Utet 2006, cap. XVII, sez. I, pag. 434 e ss.

Bona, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?* In *Famiglia e Diritto* 2001, pag. 195 ss.

Bonilini, *In tema di responsabilità civile per seduzione*, in *Resp. Civ e prev.* 1977, pag. 70 e ss.

Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Una primissima lettura* in *dir. pen. cont.*, 6.11.12; Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in *Fall.*, 2012, fasc. 1, pag. 2 e ss.

Boschi, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento* in *Danno e responsabilità*, 2008, fasc. 12 pagg. 1235 e ss.

Branca, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, 1955, pag. 76.

Brichetti – Pistorelli, *La lenta “scomparsa” del diritto penale societario italiano*, in Guida al dir. 2015, f. 26, 53 e ss.

Bricola, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista* (Relazione al Convegno "Le Pene Private", Pisa, 30-31 marzo 1984) in Foro. It., 1985, parte V, par.1

Bricola, *Teoria generale del reato*, in Novissimo Digesto it., XIX, Utet 1973, pag. 7 e ss.

Brière De L’Isle, *La faute intentionnelle, (à propos de l’assurance de la responsabilité civile professionnelle)*, in Dalloz, 1974 p. 259 e ss.

Brizzi, *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in Giustizia civile, 2009, fasc. 11, pag. 2441 e ss.

Bronzini, *Dolo e menzogna nella formazione del contratto*, in Archivio Civile 1987, pag. 288e ss.; Mantovani, *Dolo. Truffa. Annullabilità del contratto*, in NGCC 1987, I, pag. 271e ss.

Brugi, *Il delitto civile*, in Riv. It. Sc. Giur., 1908, pag. 350 e ss.

Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli, 1964

Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in Europa e diritto privato, 2009 fasc. 4, pp. 909 e ss.

Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* in Europa e diritto privato, 2009, fasc. 4 pagg. 909 e ss.

Busnelli -Scalfi, *Le pene private*, Giuffrè 1985

Caferra, *La seduzione con promessa di matrimonio tra diritto e ideologia*, in Giur. It. 1976, I, 2, pag. 707 e ss.

Caferra, *La seduzione con promessa di matrimonio: una fattispecie in via d’estinzione*, in Giur. It. 1982, I, 2, pag. 120 e ss.

Cameli, *Responsabilità di amministratori e sindaci di società di capitali*, in Giustizia civile, 2006, fasc. 4-5, pag. 977 e ss.

- Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge balduzzi*, in *Danno e Resp.*, 2013, fasc. 4, pagg. 367 e ss.
- Carmellino, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2015, fasc. 8-9, pag. 934 e ss.
- Carnelutti, *“Il danno e il reato”*, Cedam 1926
- Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995
- Cassani, *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, 2010, fasc. 4, pag. 409 e ss.
- Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè 2007, vol. 2, pagg. 213 e ss.
- Catala, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)*, La documentation française, 2005.
- Cendon - Gaudino, *Il dolo*, in *La responsabilità civile a cura di Alpa e Bessone*, Utet 1987, vol. I, pag. 63 e ss.
- Cendon – Sapone, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, fasc. 5 pagg. 247 e ss.
- Cendon, *Dolo, (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in *Digesto civ.*, vol. VII, pag. 29 e ss.
- Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli 1976,
- Cendon, *La pena privata*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa*, Atti del convegno giuridico “Informazione, Diffamazione, Risarcimento”, Giuffrè 1979, p.189 e ss.
- Cendon, *Gli illeciti di dolo*, in *La responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, Giuffrè 1988, pag. 389 e ss.

Cerqua, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in Fall. 2014, n. 10, pag. 1118 e ss. Bricchetti, *Soluzioni concordate della crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in Società, 2013, pag. 687 e ss.

Consulich, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 l. fall.*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2012, pag. 613 e ss

Corbo e Fidelbo, *"Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"* Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione del 27 Aprile 2015: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII_2015.pdf

Corsaro, *Raggiro, dolo colposo e annullabilità del contratto*, in GI, 1989, I, 2, pag.31 e ss.

Corvi Daniele, *"Punitive damages"* in Contratto e impresa, 2014, fasc. 4-5 pag. 859 e ss.

D'Alessandro, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento. La Suprema Corte avvia una revisione critica della posizione tradizionale?* in Dir. pen. cont., 8.5.2013.

De Cupis, *I diritti della personalità*, in Tratt. Dir. civ. e comm. Diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè 1982, vol. IV, pag. 227 e ss.

De Cupis, *In tema di seduzione con promessa di matrimonio*, in Giur. Mer. 1983 pag. 937 Scardulla, *E' ancora risarcibile ex art. 2043 c.c. il danno da promessa di matrimonio?* In Giur. Mer.1983 pag. 937.

De Giorgi, *La seduzione con promessa di matrimonio*, in Foro it., 1970 I, 2, par. 279 e ss.

De Hippolytis, *Condanne (straniere) al risarcimento dei danni punitivi: sono davvero insormontabili gli ostacoli al riconoscimento?*, in Il Foro italiano, 2012, fasc. 5 pagg. 1454 e ss.

Deiean De la Batie, *Appréciation in abstracto e appréciation in concret en droit civil français*, Paris, 1965

Dellacasa, *Obblighi e responsabilità del collegio sindacale nell'ipotesi di inadeguatezza dei rimedi endosocietari*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, fasc. 6 pag. 924 e ss.

Delle Vergini, *Natura dei doveri del collegio sindacale, loro inosservanza, danno e rapporto di causalità*, in *Il Foro italiano*, 2000, fasc. 1 pag. 245 e ss.

Demuro, *Il dolo. L'accertamento*, in *Raccolta di studi di diritto penale fondata da Delitala e diretta da Crespi*, Giuffrè 2010 vol. II

Di Majo Adolfo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente* (Relazione al convegno "La funzione deterrente della responsabilità civile", Siena, 19 settembre 2007) in *Europa e diritto privato*, 2008, fasc. 2 pagg. 289 e ss.

Di Majo, *La responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, in *Giur. It.*, 2015, fasc. 7, 1640

Di Marzo, *Danni esistenziali endofamiliari* in *I danni esistenziali a cura di Russo*, Utet 2014, cap. XV, pag. 439 e ss.

Di Palma, *Omessa o incompleta tenuta della contabilità sociale: responsabilità dell'amministratore*, in *Danno e responsabilità*, 2012, fasc. 1, pag. 49 e ss.;

Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, 21 Giugno 2012 in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/-/1587->

[l_erediti__di_bricola_e_il_costituzionalismo_penale_come_metodo__radici_nazionali_e_sviluppi_sovranazionali/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/-/1587-l_erediti__di_bricola_e_il_costituzionalismo_penale_come_metodo__radici_nazionali_e_sviluppi_sovranazionali/)

Donini, *Per una concezione post-riparatoria della Pena. Contro la pena come raddoppio del male* (Relazione al Convegno "Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative", Firenze, 16-17 novembre 2012) in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, fasc. 3, pag. 1162 e ss.

Donini, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in Jus, 2011, fasc. 1-2 cit pag. 35

E. Moscati, "*Pena privata e autonomia privata* (Relazione al Convegno su "Pene private", Pisa, 30 marzo 1984) in Rivista diritto civile 1985, fasc. 5, pag. 511 e ss.

Esmein, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in Rev. Trim. Droit civ., 1949, I, pag. 484 e ss.

F. Mazzacuva, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in Cassazione penale, 2009, fasc. 9 pag. 3420 e ss.

F. Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, fasc. 4 pag. 1899 e ss.;

F. Mazzacuva, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *Giustizia patrimoniale penale*, Utet, 2011

Fabiani M., *Circa l'azione di responsabilità esercitata dal curatore fallimentare nei confronti di amministratori di società di capitali*, in Il Foro italiano, 1999, fasc. 6, pag. 1967 e ss.

Facci Giovanni, *Il danno da perdita della vita alla "prova" delle sezioni unite*, in il Corriere giuridico, 2014, fasc. 6 pag. 784

Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in Nuovi percorsi nel diritto di famiglia collana diretta da Sesta, Ipsoa 2009

Facci, *Un esame sull'illecito endofamiliare: Il danno endofamiliare*, in Fam. e dir. 2011, fasc. 12, pag. 1147 e ss.,

Fasano, *Le tipologie di danno nel contesto familiare*, in Trattato breve dei nuovi danni, vol. I, Persone, famiglia, medicina a cura di Cendon, Cedam 2014, cap. LI, pag. 842 e ss.

Ferrando, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in Persona e danno a cura di Cendon, Giuffrè 2004, vol. III, pag. 2777 e ss.

Ferraro, *Responsabilità degli amministratori di società e quantificazione dei danni in sede fallimentare (Relazione al Convegno "Crisis economica y responsabilidad en la empresa", Valenza, 25-26 ottobre 2012)* in Il Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2013, fasc. 2 , pag. 237 e ss.

Fiandaca - Mazzamuto, *Abuso di sovvenzioni e controllo sanzionatorio: spunti problematici e comparatistici*, in Foro it., 1981, parte V, p. 49 e ss.

Fiandaca-Musco, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli 2014, pag. 1 e ss..

Finardi, *Azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a. fallita e criteri di determinazione del danno*, in Le Società, 2008, fasc. 11, pag. 1365 e ss.

Finocchiaro, *"Seduzione con promessa di matrimonio" e giurisprudenza semiprogressista*, in Giur. It. 1977, I, 2, pag. 47

Fiore, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Il Fallimento, 2013, fasc. 9, pag. 1184 e ss.

Forti, *"Concezione pubblica della giustizia" e regolazione penale dell'impresa*, in Jus, fasc. 1-2 (anno?) pag. 11 e ss

Forti, *Il prezzo della tangente: la corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite*, Giuffrè 2003.

Fraccon, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie* in Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia, a cura di Cendon, vol. IV, Cedam 2004, pag. 2811 e ss.

Franzoni *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in La Responsabilità Civile, 2008, fasc. 4 pagg. 294 e ss.

Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in Responsabilità civile e previdenza, 2011, fasc. 9, pag. 1693 e ss.

Franzoni, *L'antigiuridicità del comportamento*, in (Relazione al convegno "La funzione deterrente della responsabilità civile", Siena, 19 settembre 2007) Atti raccolti da P. Sirena, Giuffrè 2011, pag. 76 e ss.

Funaioli, *Dolo (dir. civ.)*, in ED, vol. XIII, pag. 738 e ss.

Funari, *La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori*, in Le Società, 1999, fasc. 5 pag. 560 e ss.

G. M. Flick, "*Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo*", in Banca, borsa e tit. di credito, 2011, vol. LXIV, parte I, cit. pag. 442

G. M. Flick, *Fisiologia e patologia della depenalizzazione nel diritto penale dell'economica*, in Riv. Soc., 2011, pag. 42 e ss.

Galgano, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in Riv. critica del diritto privato, 1983, fasc. 1, pag. 58

Galgano, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, in Riv. Soc., 1980, pag. 432 e ss.

Galgano, *Repressione penale e riforma civile*, in La questione criminale, 1978, pag. 409 e ss.

Gallo P., *Sull'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società*, in Il Foro italiano, 2000, fasc. 1, par. 242 e ss.

Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè 1996

Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè 1996

Gambardella, *Il "ritorno" del falso in bilancio, tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in Cass. pen. 2015, pag. 1722

Gaudino, *Il dolo negoziale*, in NGCC 1990, II, 366e ss.

Ghestin, *La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance responsabilité*, in Dalloz 1974, pag. 31 e ss.

Gorgoni, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, fasc. 1 pagg. 173 e ss.

Greco Tiziana, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2008, fasc. 2, pag. 178 e ss.

Hart, *Responsabilità e pena*, traduz. It. Giuffrè 1981

Iannone, *La responsabilità da contatto sociale dell'insegnante nelle ipotesi di danno autoinferto dall'alunno*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, fasc. 12, pag. 845 e ss.

Gallmeister, *Commentaire Dalloz* 2011, n° 1, Actualité, p. 24.

Mormile, *Gli illeciti endofamiliari*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Utet 2014, cap. XI, pag. 468 e ss.;

Lalou, *La gamme des fautes*, in *D. H.*, 1940, p. 20 e ss.

Lanzi, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al dir.* 2015, f. 26, pagg. 10 e ss.

Leo, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa/-/4272-per_la_corte_costituzionale___anacronistica_la_disciplina_di_favore_per_i_reati_contro_il_patrimonio_commessi_in_ambito_familiare/

Liverani, *La confisca urbanistica tra legalità penale e principio di colpevolezza ex art. 7 cedu*, in *Cass. pen.* 2014, fasc. 10 pag. 3383 e ss.

Lo Cascio, *Il professionista attentatore*, in *Fall.* 2013, pag. 1325 e ss.

Lunghini, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, in *Marinucci, Dolcini, Codice penale commentato*, Giuffrè 2006, vol. II, p. 5131

Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.* 2015, fasc. 6 pag. 2204 e ss.;

Maninetti, *Responsabilità oggettiva: come e perché* in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 10 pagg. 923 e ss.

Marinucci, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, *La questione criminale*, 1981, p. 308;

Markesinis, Deakin, *Tort Law*, IV ed., Oxford 1994, pag. 353 e ss.

Mastrorilli Annachiara, *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*, in *Danno e responsabilità*, 2010, fasc. 3, pag. 268 e ss.

Mazeaud, *L'assimilation de la faute au dol*, in *Dalloz*, 1933

Meruzzi, *Diligenza qualificata e responsabilità dei sindaci di società assicurativa*, in *La Responsabilità Civile*, 2006, fasc. 1, pag. 13 e ss.

Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Utet 1998 vol. III.

Monateri, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3. *La responsabilità civile*, pag. 133 e ss.

Mucciarelli, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista – attentatore e le valutazioni*, in *Ind. Pen.*, 2014, pag. 129 e ss..

Mucciarelli, *Le “nuove” false comunicazioni sociali. Note in ordine sparso*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18.06.2015

Napoleoni, *Genesi e lineamenti del nuovo diritto penale societario. I profili generali del sistema* in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Cedam 2010, p. 25 e ss.

Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008 fasc. 3, pag. 500 e ss.

P.Spada e G.B.Ferri, *L'avant-projet Catala, Exposé des motifs*, Giuffrè, 2008.

Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, Cedam 1940

Paliero, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.*, 1993, pagg. 1021 e ss.

Pardolesi, *Danni punitivi all'indice?* in [Danno e responsabilità](#), 2007, fasc. 11, pag. 1126 e ss.

Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *il Corriere giuridico*, 2012, fasc. 8-9 pagg. 1070 e ss.

Pardolesi, *Riflessioni in tema di retroversione degli utili*, in *Rivista di diritto privato*, 2014, fasc. 2 pagg. 217 e ss.

Pardolesi, Simone Roberto, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile? Postilla* in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 4 pagg. 400 e ss.

Pardolesi, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento positivo/sanzionatorio*, in *Il Foro italiano*, 2011, fasc. 11 pagg. 3073 e ss.

Patti F., *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, fasc. 3 pagg. 764 e ss.

Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè 1984

Patti, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Rivista di diritto civile*, 1981, fasc. 4 pagg. 378 e ss.

Patti, *La quantificazione del danno patrimoniale e i danni punitivi*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Atto del convegno del 19-21 settembre 2007, Siena, Giuffrè 2011 pag. 214 e ss.

Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè 1955, ora pubblicato in *Diritto penale, scritti di parte speciale* vol. II, Giuffrè 2003

Pedrazzi, *Presentazione*, in Pedrazzi, Alessandri, Foffani, Seminara, Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Giappichelli 2000, cit p. V

Penta, *La differenza tra attivo e passivo fallimentare: un criterio duro a morire*, in *Dir. Fall.*, 2015, fasc. 5, pag 205 e ss.

Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?* in *Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2015, 11

Pettoello - Mantovani, *Responsabilità per fatto altrui ai confini tra diritto civile e diritto penale*, Giuffrè 1962

Pezzimenti, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e colpa "non lieve": un'analisi critica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, fasc. 1, pag. 311 e ss.

Pinto, *Illeciti di dolo, La colpa nella responsabilità civile*, Utet 2006, vol. I, cap. XI, pag. 295 e ss.

Ponzanelli, *"Quale danno? quanto danno? e chi lo decide poi?"* in *Danno e responsabilità*, 2015, fasc. 1, pag. 71 e ss.

Ponzanelli, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, fasc. 5 pag. 1461 e ss.

Ponzanelli, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione philipmorris della corte suprema americana*, in *Il Foro italiano*, 2008, fasc. 3, pag. 179 e ss.

Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, fasc. 2, pag. 28 e ss.

Ponzanelli, *Il controllo della cassazione sul "quantum" del risarcimento* in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 1, pag. 31 e ss.;

Ponzanelli, *La cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e responsabilità*, 2012, fasc. 6, pag. 611 e ss.

Ponzanelli, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?* in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 4, pag. 388 e ss.

Ponzanelli, *L'art. 139 c.d.a. si applica anche fuori dal perimetro del codice delle assicurazioni? (in)certezze del tribunale di Milano* in *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 8-9, pag. 896 e ss.

Ponzanelli, *L'attualità del pensiero di guido calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Rassegna Forense*, 2006, fasc. 2, pag. 1241 e ss.

- Ponzanelli, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale*, in *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 2, pag. 135 e ss.
- Ponzanelli, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda* in *Danno e responsabilità*, 2009, fasc. 1, pag. 94 e ss.
- Ponzanelli, *Tabelle, prova del danno e concezione unitaria del danno non patrimoniale* in *Danno e responsabilità*, 2013, fasc. 6, pag. 597 e ss.
- Ponzanelli, voce "Pena privata", in *Enc. giur. Treccani*, XXII, 1990
- Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Ube, 2010
- Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Ube, 2010
- Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno da perdita della vita e il "nuovo statuto" dei danni risarcibili* in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 7 pag. 686 e ss.
- Puccini, *Il dolo civile. Configurazioni e limiti*, Giuffrè 1970
- Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, fasc. 1 pagg. 29 e ss.
- Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *I grandi temi del diritto e del processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, fasc. 1, pag. 20 e ss..
- Quarta, *L'esecuzione privata e l'effetto deterrente delle azioni private: una visione generale* in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2011, fasc. 1, pag. 89 e ss.
- Ragusa Maggiore, *Ancora su nuove operazioni e responsabilità degli organi sociali in sede fallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1998, fasc. 5 pag. 878 e ss.
- Referza, *Donna oggetto, pregiudizio risarcibile, seduzione con promessa di matrimonio*, in *RTDPC* 1978, pag. 1332 e ss.
- Risicato, *La cassazione identifica un'ipotesi di colpa "non lieve" del medico: è vera imperizia?* in *Diritto penale e processo*, 2014, fasc. 4, pag. 422 e ss.
- Roblot, *La faute lourde en droit privé français*, in *Rev. Trim.*, 1943 pag. 1 e ss.

- Rodière, *La responsabilité civile*, estratto dal volume IX bis del Cours de droit civil di Beudant, II ed., Paris 1952, p. 22 e ss.
- Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?* in *Diritto penale e processo*, 2013, fasc. 2, pag. 216 e ss.
- Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, pag. 413 e ss.
- Romano, *Materia economica e intervento penale*, in *Jus*, 2011, fasc. 1 -2, pag. 109 e ss.
- Romano, *Materia economica ed intervento penale*, *Jus* 2011, fasc. 1-2, pag. 105 e ss.
- Roppo, voce *Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 2.
- Rossi, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in *Riv. dir. proc. pen.* 2014, fasc. 2 pag. 627 e ss.
- Rossi, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in *Riv. dir. proc. pen.* 2014, fasc. 2 pag. 633 e ss.
- Rotondi, *Dalla "lex aquilia" all'art. 1151 c.c.. Ricerche storico dogmatiche*, RDCo, 1917, vol. I, pag. 287 e ss.
- Ruffolo, *Il problema della responsabilità vicaria*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1973, pag. 888 e ss.
- S. Patti, "Pena privata", in *Digesto civ.* VI ed., 1995 Utet
- Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Utet 1959.
- Salafia, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*, in *Giustizia civile*, 1999, fasc. 1 pag. 79 e ss.
- Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. Critica dir. Priv.*, 1983, pag. 686 e ss.
- Santoriello, *Le condotte di falso*, in Marinucci, Dolcini, *La disciplina penale dell'economia*, Utet 2008, 1, p. 64 e ss.

Santoro Francesco, *Diritto all'immagine come diritto costituzionale inviolabile: tutela risarcitoria patrimoniale e non patrimoniale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, fasc. 12, pag. 1408 e ss.

Santoro, *La responsabilità da contatto sociale, Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Giuffrè 2012

Scialoia, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Saggi di vario diritto*, Utet, I, 1927, pag. 49 e ss.

Scognamiglio, *Il danno da perdita della vita e le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *il Corriere giuridico*, 2014, fasc. 5, pag. 605 e ss.

Seminara, *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus*, fasc. 1-2, 2011, pag. 72 e ss.

Seminara, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in AA. VV. (a cura di Canestrari e Foffani), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè 2005, pag. 228 e ss.

Seminara, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen e proc.*, 2015, fasc. 7, pag. 813 e ss.

Sesta, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet 2008

Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Giuffrè, 1998, p. 811;

Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, cit. pag. 1193 e ss.

Silvestri, *Relazione V/003/15 redatta dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione del 15.10.2015*

Simeoli, *Il "prezzo del consenso" quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall'illecita pubblicazione dell'immagine altrui*, in *Giustizia civile*, 2009, fasc. 3, pag. 709 e ss.

Simone Roberto, *Il danno da perdita della vita: logica, retorica e sentire sociale*, in *Danno e responsabilità*, 2014, fasc. 8-9, pag. 794 e ss.

Spangher, *L'irrelevanza del fatto*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2015, pag. 20 e ss.

Spiotta, *L'atteso chiarimento delle Sezioni unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. It.*, 2015, fasc. 6, pag. 1413 e ss.

Starck, *Essai d'une théorie général de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris 1947, p. 423

Starck, Roland, Boyer, *Obligations. 1. Responsabilité delictuelle*, V ed., Paris 1996, pp. 172 e ss.

Stella, *Il giudice corpuscolariano*, Giuffrè 2005

Tamponi, *La tutela civile della donna sedotta con promessa di matrimonio*, in *Giur. It.* 1977, pag. 2002 e ss.

Tescaro, *I "Punitive damages" nordamericani: un modello per il diritto italiano?* in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, fasc. 2, pag. 599 e ss.

Tomarchio, *Anche la cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi* in *Giur. It.*, 2007, fasc. 12, pag. 2724 e ss.

Trabucchi, *Il Dolo (dir. civ.)*, in *Noviss. Digesto*, 1960 vol. IV

Trabucchi, *Il dolo*, in *Novissimo Digesto*, vol. VI, 196, pag. 150

Triolo, *I reati contro il patrimonio*, Key ed. 2015, pag. 203.

Troyer, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e occasioni mancate*, in *Ind. Pen.* 2014, pagg. 141 e ss.

Valente, *Note critiche e nuovi profili del dolo negoziale*, in *RaDC* 1996, pag. 117e ss.

Veron, *Droit pénal des affaires*, Paris 2013.

Vidal, *Essai d'une théorie général de la fraude*, Toulouse 1957

Viganò, "Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia", in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015

Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 Aprile 2015

Viney, *La responsabilité civile. Introduction*, in *Traité de droit civil*, diretto da J. Ghestin, Paris, 1982, pag. 737 e ss.

Visintini, *Danno risarcibile*, op. cit. 335 ss.

Visintini, *I fatti illeciti*. I. Ingiustizia del danno, Cedam 1996, pag. 328 e ss.

Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam 1972

Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, pag. 335 e ss.

Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Oxford, 1998, I, 29 e ss.

Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Giuffrè 2008

Giurisprudenza citata

Cass. civ., 23 giugno 1977, n. 2671

Cass. civ., 12 novembre 1985, n. 5523

Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6493

Cass. civ., 27 novembre 1986, n. 6994

Cass. civ., 10 agosto 1991, n. 8733

Cass. civ., 10 agosto 1991, n. 8733

Cass. civ., 6 aprile 1993, n.4108

Cass. civ., 8 luglio 1993, n. 7493

Cass. civ., 26 maggio 1995, n. 5866

Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704

Cass. civ., 24 aprile 1997, n. 3592

Cass. civ., 17 settembre 1997, n. 9252
Cass. civ., 14 ottobre 1997, n. 10024
Cass. civ., 22 ottobre 1998, n. 10488
Cass. civ., 21 dicembre 1998, n. 12767
Cass. civ., 21 aprile 1999, n. 491
Cass. civ., 8 febbraio 2000, n. 1375
Cass. civ., 8 febbraio 2005, n. 2538
Cass. civ., 15 febbraio 2005, n. 3032
Cass. civ., 30 marzo 2005, n. 6725
Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183
Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12253
Cass. civ., 26 giugno 2007, n. 14761
Cass. civ., sez. un. 26 giugno 2007, n. 14712
Cass. civ., 23 luglio 2007, n. 16211
Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26961
Cass. civ., 16 maggio 2008, n. 12433
Cass. civ., 16 maggio 2008, n. 12433
Cass. civ., 23 giugno 2008, n. 17033
Cass. civ., 8 luglio 2009, n. 16050
Cass. civ., 14 luglio 2009, n. 16382
Cass. civ., 10 gennaio 2010, n. 713
Cass. civ., 17 marzo 2010, n. 6490
Cass. civ., 26 aprile 2010, n. 9906
Cass. civ., 11 marzo 2011, n. 5876

Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6754
Cass. civ., 4 aprile 2011, n. 7606
Cass. civ., 15 aprile 2011, n. 8730
Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18853
Cass. civ., 08 febbraio 2012, n. 1781
Cass. civ., 28 maggio 2012, n. 8451
Cass. civ., 20 novembre 2012, n. 20292
Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030
Cass. civ., 17 aprile 2013, n. 9231
Cass. civ., 29 maggio 2013, n. 13458
Cass. civ., 6 agosto 2013, n. 18654
Cass. civ., 22 agosto 2013, n. 19402
Cass. civ., 22 agosto 2013, n. 19414
Cass. civ., 04 settembre 2013, n. 20228
Cass. civ., 10 gennaio 2014, n. 660
Cass. civ., 23 gennaio 2014, n. 1361
Cass. civ., 23 gennaio 2014, n. 1361
Cass. civ., 4 marzo 2014, n. 5056
Cass. pen., 8 aprile 2015, n. 15449
Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613
Cass. civ., 15 aprile 2015, n. 7613
Cass. civ., sez. un., 06 maggio 2015, n. 9100
Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350
Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350

Cass. civ., 14 febbraio, n. 1633

Cass. civ., 22 marzo, n. 3367

Cass. pen., sez. V, 15 settembre 1993, Ruffili

Cass. pen., sez. V, 11 ottobre 2005, n. 38967

Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066

Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015, n. 41216

App. Milano, 5 novembre 2005

App. Trento, 16 agosto 2008

Trib. Milano, 4 luglio 1983

Trib. Firenze, 13 giugno 2000

Trib. Torino, 21 novembre 2003

Trib. Monza, 16 giugno 2005

Trib. Venezia, 03 luglio 2006

Trib. Venezia, sez. prop. ind., 10 maggio 2009

Trib. Venezia, 14 maggio 2009

Trib. Pisa, sez. lav., 10 luglio 2009

Trib. Pisa, sez. lav., 20 luglio 2009

Trib. Busto Arsizio, 05 febbraio 2010

Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012

Trib. Milano, sez. V civ., 2 maggio 2013

Trib. Milano, sez. X civ., 10 maggio 2013

Trib. Milano sez. X civ., 23 maggio 2013

Trib. Milano, sez. prop. ind., 04 giugno 2013

Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014

Trib. Milano, sez. I civ., 2 dicembre 2014

Trib. Milano, sez. V civ., 20 febbraio 2015

Corte. Cost., 26 marzo 2015, n. 49

Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 223

Corte EDU, 7 aprile 2015, sez. IV, Cestaro c. Italia, causa n. 6884/11

Corte EDU, 8 settembre 2015, Grande Sezione, Tarricco, causa n. 105/14

Cour de cassation, Première chambre, arrêt n° 1090, 1 décembre 2010 (09-13.303)

