

CONFRONTO DI IDEE SU: LE NUOVE CONDOTTE RIPARATORIE

DÉSIRÉE FONDAROLI

Mille e non più mille: la riparazione pecuniaria e dintorni

La riparazione pecuniaria, insieme alla confisca, costituiscono le più diffuse strategie di intervento del legislatore penale moderno. Nel porre l'accento sull'equivalente economico del *vulnus* arrecato dalla commissione del reato, entrambe le figure confermano la natura ibrida di strumenti che costantemente oscillano tra funzione afflittiva e dimensione "ristoratrice".

Pecuniary reparation, together with confiscation, constitutes the most common intervention strategies of the modern criminal legislator. In emphasizing the economic equivalent of Vulnus caused by the commission of the offence, both figures confirm the hybrid nature of instruments that constantly oscillate between the afflictive function and the "restorative" dimension.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ipotesi di riparazione pecuniaria. – 3. Danno «civile» e «danno criminale (o penale)»; «danneggiato» e «persona offesa»; «risarcimento» e «riparazione». – 4. (segue) Rilevanza dell'eliminazione delle conseguenze del reato e delle condotte *lato sensu* riparatorie. – 5. La funzione afflittiva del risarcimento e della riparazione tra esigenze punitive e privatizzazione del conflitto.

1. Premessa

La riparazione pecuniaria si basa sulla corresponsione di una somma concepita, come sottende il termine, "ristoratrice", distinta tanto dalla sanzione penale in senso proprio quanto dal risarcimento del danno, e commisurata alla stregua di parametri diversi, ma aventi come comune denominatore la valutazione del grado di «offensività» del fatto.

Essa contraddistingue una linea tendenza della moderna legislazione ormai consolidata, ma rappresenta un istituto tutt'altro che di nuovo conio.

Già l'art. 38 del Codice Zanardelli stabiliva che, rispetto a «ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia», il giudice potesse assegnare alla parte offesa, oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, «una somma determinata a titolo di riparazione», e ciò ancorché detti fatti non avessero cagionato danno. Si trattava di una misura autonoma mirata «a rafforzare l'efficacia della repressione», come riconosce la stessa Relazione ministeriale al Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia¹.

Il successivo codice di procedura penale del 1913 (art. 7) prevedeva che l'azione volta ad ottenere detta riparazione – azione definita «civile» – potesse essere esercitata dal «danneggiato od offeso, ed altresì gli eredi del danneggiato o offeso».

Insieme alla confisca, di cui si fatica a disconoscere la natura sanzionatoria, l'istituto si colloca al vertice della graduatoria degli interventi punitivi che contrassegnano la legislazione recente.

¹Atti parlamentari – Camera dei Deputati, XVI Legislatura, n. 28, Roma, 1887, 146 ss.

SPECIALE RIFORME

Si tratta di due tipologie di risposta sanzionatoria che, sia pure per canali strutturalmente diversi, pongono l'accento sull'equivalente economico del *vulnus* arrecato dalla commissione del reato.

Da un lato, l'introduzione nel codice penale dell'art. 240-*bis* c.p., rubricato "confisca in casi particolari", che sostanzialmente riproduce la disciplina della confisca allargata (e per equivalente) di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992 e rappresenta la chiusura del cerchio di un processo di stratificazione e accumulazione di provvedimenti che hanno creato una rete inestricabile di figure ablativo, in violazione dei principi di proporzione e di divieto di *ne bis in idem*. In tale ipotesi si conferma la polifunzionalità della confisca, riconosciuta sin dalla sentenza della Corte di cassazione², che muove dalla necessità di evitare l'arricchimento ingiusto, sebbene non necessariamente connesso al reato in questione. Emblematica a riguardo la confisca del profitto (anche per equivalente) derivante dal reato nonostante l'ente non risponda dell'illecito ascrittogli ex d.lgs. 231/2001 (art. 6, co. 5).

Una prospettiva, quindi, ove le funzioni punitive e riparatorie di intrecciano conducendo ad un provvedimento ablativo di estensione potenzialmente indeterminata sino a sfociare nella "confisca generale"³.

Dall'altro, anche la riparazione pecuniaria è riscoperta nella sua poliedrica valenza compensatoria ed al contempo afflittiva.

Ed infatti la natura della misura è apparsa controversa *ab origine* - complemento di pena, per alcuni; complemento di risarcimento del danno, per altri -, scontando la mancata previsione, nel codice civile coevo alla prima legislazione unitaria, di una disposizione relativa al risarcimento dei c.d. danni morali, ad una parte dei quali la misura si riferisce⁴. Innegabile tuttavia la componente afflittiva della riparazione (intesa quale reazione punitiva ad un fatto di reato), che successivamente ha «contaminato» anche la *ratio* del risarcimento del danno non patrimoniale. Per contro, l'introduzione di quest'ultimo principio nel codice penale del 1930 (art. 185) e nel codice civile del 1942 (art. 2059) non ha fatto venire meno la tendenza ad aggravare il trattamento punitivo previsto per la commissione di talune fattispecie mediante lo stru-

² Cass. Sez. II, 27 settembre 2006, in *Mass. Uff.*, n. 31989, che cita testualmente Corte cost. n. 29 del 1961, ribadita da Id., n. 46 del 1964.

³ Sulla illegittimità della "confiscazione dei beni" si consenta di rinviare a FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 9 s.

⁴ Sul punto *amplius* FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 152 ss.

mento della riparazione di «conseguenze» diverse ed ulteriori rispetto a quelle oggetto di risarcimento: si pensi all'art. 12 della l. 8.2.1948 n. 47 (c.d. legge sulla stampa), il quale statuisce che, nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può richiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione, somma determinata in relazione alla «gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato».

Ma non solo. Ulteriore conferma della duplicità di funzione del risarcimento e della riparazione si ravvisa nella recente sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 16601 del 5 luglio 2017, in materia di danni o risarcimenti punitivi, che, come noto, trascendono la dimensione risarcitoria del danno in senso stretto.

Nella pronuncia si afferma che, nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Ne consegue, a parere del Supremo Collegio, che non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Tuttavia, il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

In sintesi. La confisca e la riparazione condividono una significativa componente compensatoria della violazione della pace sociale arrecato alla collettività dalla commissione del reato: peraltro in entrambi i casi, come si vedrà in prosieguo, la misura interviene *anche* per ripristinare l'equilibrio alterato dal fatto illecito.

2. Le ipotesi di riparazione pecuniaria.

Per comprendere la diffusione dell'istituto della riparazione pecuniaria basti pensare alle principali ipotesi che affastellano il nostro ordinamento.

L'art. 14 D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto) stabilisce che per i debiti tributari estinti per prescrizione o per decadenza (che non consentono la diminuzione della pena ai sensi

SPECIALE RIFORME

dall'art. 13 dello stesso d.lgs.) l'imputato può chiedere di essere ammesso a pagare, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, «una somma, da lui indicata, a titolo di equa riparazione dell'offesa arrecata all'interesse pubblico tutelato dalla norma violata», somma che deve essere «commisurata alla gravità dell'offesa» stessa (co. 2).

La L. 18 aprile 2005 n. 62 («legge comunitaria 2004»), riformando il D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria), ha introdotto una disposizione (art. 187-*undecies*), in tema di facoltà esercitabili dalla Consob nei procedimenti penali per i reati previsti dagli artt. 184 e 185, che, oltre ad attribuire alla Consob i diritti e le facoltà riconosciuti dagli artt. 90 ss. c.p.p. (così il co. 1), legittima tale Autorità indipendente a costituirsi parte civile e a richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice (anche in via equitativa), tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato (co. 2). Più che in altri casi, l'art. 187-*undecies* co. 2 testimonia del grado di commistione in cui gli istituti qui analizzati sono stati abbandonati dal legislatore. Innanzi tutto alla Consob viene riconosciuta quella legittimazione alla costituzione di parte civile, che l'ordinamento attribuisce a colui che ha subito un danno civilmente risarcibile. La «somma» (non meglio qualificata) sembra però destinata a svolgere una funzione riparatoria dell'offesa prossima più alla sanzione che al risarcimento: essa infatti, per un verso, è destinata alla riparazione dei danni cagionati dal reato «all'integrità del mercato», cui il tenore della norma pare attribuire natura di bene giuridico protetto dalle fattispecie richiamate; per l'altro, è commisurata all'offensività del fatto.

La quantificazione della somma deve tener conto sia delle qualità personali del colpevole, sia dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato: indici della natura punitiva dell'intervento. Insomma, in una parte della disciplina apparentemente dedicata alla (sola) regolamentazione dei rapporti tra procedimento penale ed amministrativo in tema di *market abuse*, si introduce una disciplina di tipo sostanziale, che espande il ventaglio sanzionatorio, giocando sul duplice tavolo del “danno” (risarcibile in senso civilistico) e dell’“offesa” (pericolo o danno al bene giuridico protetto) .

La Sez. V della Corte di cassazione, nella sentenza 20 gennaio 2010 n. 8588, Banca Profilo s.p.a., ha riconosciuto che la richiesta di riparazione in esame può essere avanzata solo per fatti commessi successivamente alla entrata in vigore dell'art. 9 l. n. 62/2005, che ha introdotto l'art. 187-*undecies* t.u.f. La

SPECIALE RIFORME

norma costituisce infatti una novità nell'ordinamento, agganciando il pregiudizio patrimoniale non alla compressione della funzione di vigilanza della Consob, bensì alla commissione del reato, per cui sussiste una sfasatura tra il soggetto titolare del diritto leso e la titolarità conseguente alla lesione. Pur senza rappresentare una esplicita attribuzione di natura "penale" alla misura, l'assunto della Corte appare particolarmente rilevante.

Nel re-introdurre il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 1, co. 8 della citata l. 15 luglio 2009 n. 294), il legislatore ha inserito una nuova causa di estinzione, che produce i propri effetti "quando l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima" (art. 341-*bis*, co. 2, c.p.). Se non meraviglia la funzione estintiva-premiale connessa alla privatizzazione della pretesa (attraverso il risarcimento del danno), genera più di una perplessità la prospettiva secondo cui la persona offesa sia identificata nella persona fisica che ha subito l'oltraggio (mentre il delitto appartiene al novero dei reati contro la pubblica amministrazione, per cui il pubblico ufficiale potrebbe essere solo danneggiato dal reato), mentre, al contempo, l'ente di appartenenza della persona offesa è titolare di una pretesa tipica del danneggiato dal reato (e non della persona offesa): come a confermare la nebulosità dei confini delle categorie (con evidenti conseguenze sul piano delle norme applicabili) ed a rafforzare la rilevanza della figura del reato plurioffensivo.

L'art. 4, co. 1, L. 27 maggio 2015, n. 69 ha inserito (art. 322-*quater* c.p.) la riparazione pecuniaria in caso di sentenza di condanna per i reati previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis* c.p.: in dette ipotesi è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter* c.p., in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Simmetricamente, l'art. 2 della medesima legge 69 del 2015 esige che, nei casi di condanna per i reati previsti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis* c.p., la sospensione condizionale della pena sia comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in

favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter c.p., in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno (art. 165, co. 4, c.p.).

3. Danno «civile» e «danno criminale (o penale)»; «danneggiato» e «persona offesa»; «risarcimento» e «riparazione».

Il tema della riparazione pecuniaria ripropone questioni antiche, non solo terminologiche, ma soprattutto sostanziali.

In primis impone un *excursus* che riporta il dibattito alle origini, quando la dottrina, distinguendosi in ciò dal *trend* attuale, era impegnata nel tentativo di definire i confini tra le diverse categorie.

La riflessione muove dall'istituto del risarcimento del “danno da reato”, che, dopo gli studi degli anni Trenta, mirati ad approfondire con diverse impostazioni la relazione tra “reato” e “danno”, è tornato di grande attualità, come dimostrano i recenti interventi normativi e giurisprudenziali, senza che tuttavia gli approdi sistematici della questione siano mutati nelle linee fondamentali.

Per la verità il risarcimento si manifesta sovente come “riparazione”, tendendo a ripristinare qualcosa di più del “mero” danno civilmente risarcibile. Non è assodato che tale *quid pluris* coincida con l’“offesa” del reato (anche se talvolta il riferimento è palese, come nel caso del menzionato art. 14 d.lgs. 74/2000), ma è certo che esso sia prossimo al danno/pericolo per il bene protetto, più che al danno civile (“danni cagionati all’integrità del mercato” ex art. 187-undecies d.lgs. 58/1998): in tale prospettiva appare sintomatico proprio l’utilizzo del termine “riparazione” anziché “risarcimento”, nel senso di un “rimedio” distante dalla equivalenza del valore e comunque non esattamente quantificabile. Basti ricordare la pubblicazione della sentenza di condanna di cui all’art. 186 c.p., definita come “mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato”.

Il codice penale contiene esplicito riferimento al «danno» in diverse disposizioni: in primis nell’art. 185 cpv. che richiama la nozione di danno (patrimoniale e non patrimoniale) cagionato dal reato.

In particolare, gli artt. 185-198 sono inseriti nel Titolo VII del Libro I del codice penale, in corrispondenza della rubrica “delle sanzioni civili”, con il chiaro intendimento di distinguere tali conseguenze sia dalle pene che dalle misure di sicurezza: paradigmatica, a riguardo, la disciplina dell’art. 198 c.p.

SPECIALE RIFORME

Detta normativa disciplina solo alcune delle “sanzioni” (restituzioni, risarcimento del danno, pubblicazione della sentenza di condanna: artt. 185 e 186 c.p.) qualificate come “civili”, derivanti dal reato, mentre altre conseguenze di tipo civilistico sono regolate da fonti legislative diverse: ad es., indegnità a succedere (art. 463 c.c.), “revocazione per ingratitudine” della donazione (art. 801 c.c.), annullabilità della transazione per falsità documentali (art. 1973 c.c.).

Non solo. Gli artt. 61 n. 7 e 62, n. 4 c.p. consentono, in relazione ai delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio (e, per quanto concerne la prima norma, anche a quelli determinati da motivi di lucro), l'aumento (l'uno) e la riduzione (l'altro) della pena base laddove sia stato cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale rispettivamente di rilevante gravità e di speciale tenuità. Tra le circostanze attenuanti comuni viene annoverata anche la «riparazione del danno» mediante il risarcimento e, quando possibile, la restituzione (art. 62, n. 6, parte prima, c.p.).

Il pagamento della somma liquidata a titolo di «risarcimento del danno», infine, rientra tra gli obblighi imponibili dal giudice nell'ambito della disciplina della sospensione condizionale della pena (art. 165 c.p.). A riguardo va ricordato che, alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 635 c.p., “per i reati di cui al primo e al secondo comma, la sospensione condizionale della pena è subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna”.

Salvo diversa specificazione, il «danno» patrimoniale e non patrimoniale che rileva in ordine al reato è quello risarcibile in senso civilistico, cagionato dall'illecito - reato, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, tale danno costituisca danno-evento ovvero danno-conseguenza: insomma, il danno viene in rilievo come «prodotto» del reato, indipendentemente dalla collocazione dello stesso nella struttura della fattispecie.

La nozione di “danno risarcibile” è ben distinta da quella di «danno criminale o penale», che identifica l'«offesa», ovvero la lesione (reato di danno) o minaccia (reato di pericolo) arrecata al bene giuridico protetto dalla norma violata.

Questa dicotomia si riflette anche in ordine alla categoria delle «conseguenze dannose o pericolose» del reato (ad es., art. 62, n. 6, seconda parte, c.p.; art.

SPECIALE RIFORME

162-*bis*, co. 3 c.p.; art. 165 c.p.), la cui natura giuridica appare controversa. Esse infatti, da un lato, si fondano sul concetto di “conseguenza”, implicando quindi un rapporto di derivazione rispetto al reato; dall’altro, sono qualificate dall’aggettivo «dannose o pericolose», che evoca la natura (appunto, di danno o di pericolo) del reato, attingendo alla tipologia di «offesa» che questo sottende.

Si noti che l’espressione è spesso utilizzata per indicare l’oggetto della «riparazione» in alternativa al (risarcimento del) danno (civile): così, nel caso dell’art. 62, n. 6, c.p., che contempla entrambe le previsioni. Se, per un verso, pare insuperabile la difficoltà di coniugare il concetto di «pericolo» con un profilo diverso da quello della minaccia di lesione del bene protetto, per l’altro pare altrettanto difficile da ipotizzare una eliminazione dell’offesa (già) arrecata.

In particolare, con riguardo alla disciplina della sospensione condizionale, la giurisprudenza spesso ha inteso il canone della “eliminazione delle conseguenze del reato” quale “contrappasso” rispetto alle condotte integranti il reato per cui il soggetto è stato condannato.

Dei profili critici segnalati dalla dottrina ed emersi in giurisprudenza il legislatore sembra non avere tenuto conto quando ha riprodotto pedissequamente la citata, ambivalente locuzione nell’art. 35, co. 1, D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274 (che consente l’estinzione del reato di competenza del giudice di pace in conseguenza di condotte riparatorie), e nell’art. 17, lett. a), d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che (al risarcimento del danno e) alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato subordina l’esclusione dell’applicazione delle sanzioni interdittive alle persone giuridiche ed enti equiparati. Qui, tuttavia, va rimarcata la specificità della disciplina, che attribuisce ampio rilievo alle potenzialità dell’adozione ed applicazione del Modello organizzativo durante il procedimento, ovvero il suo adeguamento (anche con riferimento ai profili della formazione e dell’applicazione del sistema disciplinare).

Specularmente alla nozione di “danno” e di “offesa” si delineano i confini della figura del soggetto danneggiato, che subisce il danno civilmente risarcibile e per il quale, alla stregua dell’art. 74 c.p.p., lo stesso può agire nel procedimento penale come parte civile per far valere la propria pretesa, nonché di quella della persona offesa, titolare del bene giuridico offeso dalla norma violata, che può stare in giudizio (art. 90 c.p.p.) esercitando i poteri e le facoltà riconosciute dal codice di procedura penale.

Per il primo profilo, le legittimazione è ancorata alla nozione di “conseguenza immediata e diretta” tradizionalmente attinta dall’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale – a tutt’oggi piuttosto magmatica – avente ad oggetto gli artt. 40, 41 e 45 c.p. in materia di causalità. Peraltro, la diffusione, anche a seguito della “sentenza Franzese” incentrata sul parametro della c.d. probabilità logica, di difformi orientamenti applicativi in merito alla verifica eziologica, accompagnati anche dai rilievi critici di parte della dottrina, ha determinato nella giurisprudenza civilistica la tendenza a sviluppare autonomi criteri di accertamento, fondati sul principio del “più probabile che no”.

Da un diverso punto di vista, i diritti e le facoltà della persona offesa sono attribuiti anche agli enti e dalle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato nei limiti consentiti dagli artt. 91 ss. c.p.p.

Le qualità di danneggiato e di persona offesa solo casualmente confluiscono nel medesimo soggetto (in detta ipotesi, tenuto ad optare per l’esercizio delle prerogative della parte civile o, alternativamente, della persona offesa): se è evidente che in caso di omicidio, «danneggiato» (ad esempio, congiunti o creditori) e «persona offesa» (titolare del bene vita soppresso dal reato) non coincidono, in molte altre ipotesi (ad esempio, lesioni personali), vi potrà essere una sovrapposizione di ruoli, che dovrà tuttavia sempre essere verificata caso per caso sia con riguardo alla individuazione ed alla titolarità del bene giuridico offeso (particolarmente problematica in relazione ai reati c.d. pluri-offensivi ed a quelli offensivi di beni c.d. superindividuali o collettivi), sia in relazione ai requisiti di determinazione del danno risarcibile.

Secondo la Corte di Cassazione⁵, «anche il reato di bancarotta preferenziale, la cui disciplina tende ad una tutela avanzata, preventiva e deterrente in relazione al rispetto dell’art. 2741 c.c., potrebbe essere ricondotto nell’alveo dei reati che ledono l’interesse della massa di pertinenza del ceto creditorio con correlativa minusvalenza della stessa», sicché «pure in questo caso la legittimazione del curatore potrebbe trovare la sua fonte nella azione posta a tutela del ceto creditorio (art. 2394 c.c.) esercitabile dal curatore, in caso di fallimento, ex art. 2394-bis c.c.».

4. (segue) Rilevanza dell’eliminazione delle conseguenze del reato e delle condotte *lato sensu* riparatorie.

⁵ Cass. Sez. III civ., 26 luglio 2016, n. 15501.

SPECIALE RIFORME

Il legislatore recente, sulla falsariga di esperienze europee, soprattutto d'oltralpe, ha rafforzato i meccanismi di riduzione/esclusione della pena e/o estinzione del reato basati sulla eliminazione o riduzione del danno e/o dell'offesa.

Oltre ai citati art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in tema di competenza penale del giudice di pace, e art. 17, lett. a), d.lgs. n. 231/2001, che contempla l'esclusione dell'applicazione delle sanzioni interdittive (ferma l'operatività di quelle pecuniarie), una ipotesi di risarcimento e/o riparazione va altresì riconosciuta nella estinzione mediante pagamento dei debiti tributari effettuata prima della apertura del dibattimento di primo grado, che, in relazione ai reati previsti dal d.lgs. n. 74/2000, consente una diminuzione di pena sino alla metà e la non applicazione delle pene accessorie (art. 13).

Anche il d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61, nel riformulare le norme concernenti i reati societari, ha preso in considerazione a vario titolo il risarcimento del danno (secondo l'art. 2629, co. 2, c.c., il risarcimento del danno cagionato ai creditori attraverso operazioni effettuate in loro danno, prima del giudizio, estingue il reato) e la riparazione delle conseguenze del reato in funzione «ripristinativa» (ad esempio, estinguono il reato la restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio rispetto alla contravvenzione della illegale ripartizione degli utili e delle riserve - art. 2627, co. 2, c.c. - nonché la ricostituzione del capitale o delle riserve prima dello stesso termine, rispetto al delitto di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante - art. 2628, co. 3, c.c.).

Con riguardo ai casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, l'art. 162-ter c.p., rubricato "estinzione del reato per condotte riparatorie" ed introdotto dall'art. 1, co. 1, L. 23 giugno 2017, n. 103, stabilisce che il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli artt. 1208 ss. c.c., formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo. Tale disposizione non si applica al delitto di cui all'art. 612-bis c.p. (atti persecutori) per effetto dell'art. 1, co. 2, L. 4 dicembre 2017, n. 172.

Come noto, la legge di delegazione n. 103/2017 parzialmente attuata dalla l. n. 172/2017 prevede l'estensione delle ipotesi di procedibilità a querela con conseguente dilatazione dell'ambito di operatività della nuova ipotesi di oblazione, salvo il limite della querela irrevocabile.

5. La funzione afflittiva del risarcimento e della riparazione tra esigenze punitive e privatizzazione del conflitto.

I rilievi contenuti nei paragrafi precedenti rimarcano la natura fortemente sanzionatoria assunta dal risarcimento e dalla riparazione, intesi come misura che si affianca alla sanzione detentiva e alla sanzione pecuniaria (oltre che alla misura di sicurezza): e ciò sia con effetti "limitanti", come «esborso» che consente una riduzione della pena o la esclusione della sua applicazione, sia con efficacia aggravante del complesso delle misure afflittive, ad integrazione della pena.

Si delineano allora due direttrici: da parte, la necessità di ricondurre le misure punitive, quando riconosciute tali dal punto di vista sostanziale, alla tutela assicurata dal principio di legalità (*sub specie* del divieto di retroattività) e dalle garanzie costituzionali; dall'altra, l'esigenza di arginare il consolidamento della tendenza volta a privatizzare la soluzione del conflitto tra autore del fatto qualificato come reato e "vittima" dello stesso.

Infatti.

Non solo il Codice Rocco inserisce nel Titolo VII del Libro I del codice penale l'art. 185 c.p., emblematicamente contrassegnato dalla rubrica «Delle sanzioni civili», ma soprattutto il legislatore contemporaneo promuove la vocazione «punitiva» del risarcimento e della riparazione. Sintomatico il citato art. 35, co. 2, d.lgs. n. 274 del 2000, che stabilisce espressamente che l'estinzione del reato può essere pronunciata dal giudice di pace solo se le attività risarcitorie e riparatorie possono ritenersi «idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

Un processo interpretativo, quello in corso, che evolve dalla *querelle* circa la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale, il cui carattere afflittivo sembra sopravvivere nonostante il tenore della pronuncia della Corte cost. n. 233 del 2003, secondo la quale l'art. 2059 c.c. opera in chiave «non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale», lasciando così permanere la funzione satisfattoria e compensativa del risarcimento. Di fatto la progressiva dilatazione dell'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale ed il contestuale sganciamento di essa

dalla commissione di un reato per affondare le radici nell'art. 2 e 3 Cost., nel contesto di una interpretazione "costituzionalmente orientata", hanno contribuito a consolidare la tesi che attribuisce all'art. 2059 c.c. «natura soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità» di tale tipologia di danno.

Un dato appare inequivocabile: il legislatore, se, da un lato, (attraverso, ad esempio, la costituzione di «Fondi di solidarietà» e l'attribuzione allo Stato e ad altri enti della legittimazione *ad hoc* a stare nel giudizio penale) manifesta un doveroso e spesso tradivo interesse per le "vittime" di reati particolarmente gravi o offensivi di beni collettivi o superindividuali, dall'altro, pur senza pervenire ad una esplicita adesione alla tesi del c.d. *dritte Spur*, guarda al risarcimento e alla riparazione come ad una alternativa alla (applicazione della) pena «classica» che rivaluta le esigenze della "vittima" nell'ottica della ricomposizione del conflitto sociale prodotto dal reato, senza peraltro quasi mai chiarire limiti ed oggetto (danno civile - patrimoniale, non patrimoniale e/o morale; danno criminale e/o offesa; conseguenze dannose o pericolose del reato; ecc.) delle singole ipotesi nelle quali tale forma di intervento si articola. Tuttavia tale rivalutazione si accompagna al potenziamento di misure riparatorie a "destinazione pubblica", a fronte dell'"offesa" arrecata alla collettività attraverso la commissione del reato.

"Offesa" evidentemente ritenuta non sanata dalla condanna alla pena tradizionale conseguente al riconoscimento della responsabilità del soggetto.

Irrisolto resta dunque il dubbio già in passato prospettato⁶, e forse oggi privo di rilievo, stante la tendenza generale ad assottigliare le differenze tra le categorie a vantaggio della "pluridimensionalità" degli istituti (non solo penalistici): il risarcimento e la riparazione rappresentano una forma di "rinuncia alla pena", complementare ai provvedimenti generali ed astratti di depenalizzazione conclamata (si pensi al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 7 e al D.Lgs. 9 febbraio 2017, n. 8), oppure integrano una sanzione penale "occulta", che si aggiunge ad altre più tradizionali figure?

Insomma, risarcimento e riparazione, da un canto, e confisca, dall'altro, sono destinati a costituire gusci sempre più capienti in bilico tra intervento statale e

⁶ FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 535 ss. La questione è ripresa nella analisi ricognitiva di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 139 ss.

SPECIALE RIFORME

autonomia privata, tra *extrema ratio* e monetizzazione degli interessi ritenuti pregiudicati dalla commissione del reato.