

SOMMARIO 1. Fattispecie penale e fattispecie civile: le ragioni di un'alterità funzionale. – 2. Un retaggio da superare: la presunzione di interpretazione sistematica della legge penale alla luce del diritto civile. – 3. Dal principio di unitarietà dell'ordinamento a quello di coerenza del sistema giuridico. – 4. La tendenziale autonomia, salvo prova contraria, dei concetti penali. – 5. Illiceità penale e civile, tra autonomia e sussidiarietà. – 6. Il confine funzionale tra illiceità civile e penale. – 7. Il risarcimento punitivo quale moderna e più efficace tecnica di decriminalizzazione in concreto?

1. Fattispecie penale e fattispecie civile: le ragioni di un'alterità funzionale

Per quanto scontato, merita partire dalle ragioni per cui la fattispecie penale e quella civile sono soggette a statuti talmente diversi da risultare opposti.

Tutto dipende dal diverso rapporto che il diritto penale instaura con la libertà individuale e, più in generale, con la realtà da esso regolata rispetto a quanto si verifica in tutti gli altri rami dell'ordinamento, *in primis* nel diritto civile. Al di fuori del settore penale il legislatore esplica infatti una funzione costitutiva, creando – in senso letterale – ciò che esso regola, e quindi dando forma alla realtà in cui vive l'uomo. Non esisterebbero le persone giuridiche, i vari diritti reali, il contratto di leasing, le società di capitali, il trust, l'ipoteca, eccetera senza le norme che prevedono tali istituti. È agevole constatare infatti che *l'uomo si muove e agisce entro uno spazio di libertà creato dalle norme*, le quali decidono l'orario di lavoro, la distanza tra le abitazioni, l'obbligo d'istruzione dei minori, e così via; vincoli esistenziali talmente pervasivi dell'esistenza da poter giustificare l'enucleazione di un'ulteriore era antropologica, quella dell'*homo iuridicus*, in seguito alla scoperta del "diritto" da parte dell'*homo sapiens*.

Di converso, il diritto penale, anziché creare il fenomeno che esso regola, si prefigge di contenerlo, di arginarlo. Prova ne sia che in tutte le società avvicendatesi nella storia non si è mai rivelata indispensabile l'esistenza di una norma per riconoscere i fatti antisociali, e ancor meno per procedere alla loro punizione. Per punire basta una

* È il testo dell'intervento al Convegno «Un "penale" più "civile"? Influenze e interferenze tra due discipline», svoltosi all'Università di Firenze il 18 aprile 2024, riascoltabile al link <https://discrimen.it/videos/un-penale-piu-civile-influenze-e-interferenze-tra-due-discipline/>.

** Professore ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Siena.

qualsiasi reazione sociale, un capo dispotico, una folla inferocita, un patibolo improvvisato. La norma non è essenziale in termini generativi della realtà punitiva. Semmai la funzione propria della norma penale è quella di limitare, di fungere da ostacolo rispetto a una pulsione innata nell'uomo e nel gruppo¹. Anziché costituire, la legge penale si prefigge quindi di difendere, ovvero di delimitare il fatto punibile in funzione del rispetto di taluni principi superiori². Volendo si può continuare ad affermare che è il legislatore a creare il reato, secondo il tradizionale *nullum crimen sine lege*. Non va però trascurato che, nel diritto penale moderno, una siffatta costitutività si esplica sempre per sottrazione, in chiave restrittiva, essendo volta a ridurre la punizione dei fenomeni che già indurrebbero una reazione sociale secondo altri parametri di carattere politico, morale, religioso, ideologico³. E scopo del *nullum crimen sine lege* è proprio quello di rivendicare esclusivamente al Parlamento la qualificazione di fatti punibili mettendo al bando tutti gli altri parametri di giudizio.

Stante questa radicale alterità costitutiva, ben si può affermare – conclusivamente – che *nel diritto civile la libertà sta nella norma* volta a creare nuovi spazi e possibilità di agire; *per il diritto penale la libertà sta invece fuori della norma* e coincide con quanto residua dalla sua mancata applicazione. Per questo il diritto penale ha una dimensione esclusivamente processuale e «*aspira a non essere*»⁴: perché dà il meglio di sé quando la sua sola previsione astratta induce il destinatario a mantenersi entro quello spazio di libertà lasciato all'esterno della disposizione incriminatrice.

Una diversità radicale, dunque, che ben spiega la ragione per cui il diritto civile e quello penale, pur avvalendosi degli stessi strumenti, in *primis* quello di fattispecie, siano soggetti a statuti antitetici.

La tassatività, il divieto di analogia, quello di retroattività sono consustanziali solo alle norme penali come argini di libertà.

D'altro canto le clausole generali⁵, l'interpretazione evolutiva, quella

¹ Questo vale ovviamente per tutte le norme penali che non siano espressione di un potere autoritario: cf. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, 15 ss.

² Ciò vale anche per la tanto (ingiustamente) vituperata legge del taglione, la quale ad altro non serviva se non a frenare in termini di proporzionalità la risposta vendicativa, altrimenti illimitata, della vittima: v. per tutti A. SOMEKH, *L'albero capovolto. Lezioni sulla Torah*, Firenze, 2022, 132 s.

³ *Amplius* D. MICHELETTI, *Il principio di irretroattività della legge penale: funzione, meccanica e rapporti con la colpevolezza*, in *Criminalia*, 2022, spec. 87 ss.

⁴ L'affermazione è di T. PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1316.

⁵ V. in argomento G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, 20 s., secondo cui «vale ribadire – se mai ce ne fosse bisogno – la diversità di valutazioni che possono farsi

ermeneutica⁶, l'*inventio* grossiana⁷ sono funzionali all'obiettivo del diritto civile di guadagnare sempre maggiori spazi di libertà adeguandosi all'evoluzione sociale e tecnica⁸. Il tutto sino al punto – come sottolineato da Natalino Irti⁹ – di mettere in crisi l'idea stessa di fattispecie nel diritto civile per la crescente tendenza a giudicare il caso alla stregua di valori supremi, al più liberamente desunti dalla Costituzione o da fonti sovranazionali, senza l'intermediazione di un parametro positivo. Una possibilità questa che non può che essere, all'inverso, del tutto preclusa al diritto penale.

2. Un retaggio da superare: la presunzione di interpretazione sistematica della legge penale alla luce del diritto civile

La radicale eterogeneità funzionalistica esistente tra diritto penale e diritto civile dovrebbe indurre a ridurre e, nel caso, a sorvegliare attentamente ogni forma di interrelazione tra le due discipline. La dinamica civilistica, fisiologicamente aperta al progresso, è per sua natura dotata di una componente autopoietica che, ove lasciata filtrare nel diritto penale, ne comprometterebbe *ab imis* la funzione di limite. Basti

con riferimento alla normativa di carattere civilistico e a quella penalistica, la diversa considerazione che – nei due settori – riceve la tecnica delle “clausole generali”. Mentre in ambito civilistico il ricorso a queste formule normative – “indeterminate” e “aperte” a criteri valutativi extralegali – non suscita (almeno come tale) obiezioni particolari (salvo stigmatizzarne, talora, l'abuso da parte del legislatore), in ambito penalistico le valutazioni sono alquanto diverse, in quanto si ritiene che le clausole generali compromettano la solidità del “tipo”, trasformandolo in un “semilavorato a necessario completamento giurisprudenziale”, che costituisce “la più eloquente riprova del parziale fallimento della garanzia democratica della riserva di legge nel contesto attuale”. Di qui la raccomandazione (in certo senso opposta a quella abituale per un civilista, per il quale la tecnica della clausola generale è funzionale alla ricerca di una regola che tenga conto delle circostanze del caso concreto) di procedere ad una interpretazione “tassativizzante” e “tipizzante” (e perciò conforme ai principi costituzionali in materia penale), come è avvenuto ad es. allorché il giudice di legittimità è giunto a fissare praeter legem una soglia quantitativa con la funzione di omogeneizzare orientamenti giurisprudenziali (di merito) alquanto diversificati nella determinazione del concetto di “ingente quantità” di cui all'art. 80 d.P.R. n. 309 del 1990».

⁶ Ossia, quella per cui la «la “norma” (che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale) non è (quasi mai) integralmente determinata dalla “legge”, in quanto le decisioni del giudice contengono elementi creativi che dipendono dalla sua scelta, cioè dalla sua volontà discrezionale, e che in particolare discendono dalla incidenza che sulla ricostruzione del significato (possibile) della disposizione di legge ha il “caso” che deve essere deciso»: così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 167.

⁷ Lo riconosce anche lo stesso P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831 ss.

⁸ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 26 ss. Ma si veda, nell'ambito del presente convegno, anche la relazione di Giuseppe Vettori, riascoltabile al [link https://discrimen.it/videos/un-penale-piu-civile-influenze-e-interferenze-tra-due-discipline/](https://discrimen.it/videos/un-penale-piu-civile-influenze-e-interferenze-tra-due-discipline/).

⁹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 19 ss., 29 ss., *passim*.

pensare all'analogia che, da proficuo strumento di adeguamento del sistema civile ai nuovi contesti, finirebbe per squarciare l'argine formale del diritto penale rispetto agli altri parametri punitivi, qualora la si lasciasse rifluire per il tramite delle varie forme di eterointegrazione della disposizione incriminatrice¹⁰.

Eppure, non senza sorpresa si scopre agevolmente che l'impostazione tuttora più seguita nell'interpretazione dei rapporti tra penale e civile è esattamente agli antipodi della cautela appena segnalata, al punto che persino la dottrina penale più prudente e garantista tende a legittimare forme di analogia c.d. mediata¹¹.

Rebus sic stantibus, non pare eccessivo affermare che l'elaborazione teorica in materia risulta tuttora ferma alla tesi dell'"antigiuridicità generale" elaborata oltre un secolo fa da Ernst von Beling, il quale l'aveva intuiva sulla scorta della distinzione – a suo avviso intrinseca al diritto penale – tra un piano descrittivo e uno valutativo¹². Solo il primo, il c.d. *Tatbestand*, sarebbe stato ad appannaggio del legislatore penale; mentre

¹⁰ Per questa ragione, potendo toccare con mano le perniciose conseguenze di un'applicazione analogica c.d. mediata, la giurisprudenza tende a negare legittimità al fenomeno: v. per esempio quell'orientamento interpretativo che, pur ammettendo l'applicazione analogica della legge sulla stampa alle riviste telematiche, a cui viene pertanto concessa la registrazione (v. fra le altre Trib. Roma, 6.11.1997, in *Dir. informaz. informat.*, 1998, 75), nega tuttavia che una tale operazione interpretativa possa rifluire nel penale e imporre l'estensione alle riviste telematiche dei reati previsti dalla stessa legge sulla stampa: Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2012, n. 23230, Rv. 252979-01. Sulla stessa linea anche la giurisprudenza tedesca: cfr. per esempio la nota sentenza del *Bundesgerichtshof* sui coloranti al catrame (c.d. *Teefarben-Beschluß*) che ha negato l'applicazione analogica della disciplina richiamata dalla norma penale-amministrativa in bianco: BGH, 17 dicembre 1970, in *E* 24, 54 ss. Nell'occasione – giova ricordarlo brevemente – si doveva infatti stabilire se potesse applicarsi la sanzione prevista dal § 38, comma 1, n. 1, GWB (legge contro le limitazioni della concorrenza) in presenza di un accordo elusivo delle regole sulla concorrenza, che era stato concluso, non già mediante un vero e proprio «contratto», così come previsto dal § 1 GWB cui rinviava il precetto penale, bensì in forza di un semplice *gentlemen agreement*. Va ricordato peraltro che, in un tale contesto, solo l'applicazione analogica della norma richiamata avrebbe consentito la perseguibilità degli imputati, non essendo possibile ricorrere a una semplice interpretazione estensiva del § 1 GWB, dato che – come si poteva evincere dai lavori preparatori alla legge sulla concorrenza – il termine contratto era stato scelto proprio per soddisfare esigenze di maggiore determinatezza. Inoltre, l'esistenza di una vera e propria lacuna venne confermata dal fatto che solo a partire dalla legge del 1973 è stato assoggettato a sanzione anche il semplice «comportamento concertato» lesivo della concorrenza, di talché si desunse che, in precedenza, una siffatta condotta non rientrasse nel § 1 GWB. Ebbene, tutto ciò premesso, i giudici, in quella occasione, non poterono far altro che negare l'interpretazione analogica del § 1 GWB, stante il divieto fissato, *per tutta la fattispecie illicita*, dall'Art. 103, comma 2, GG.

¹¹ V. in particolare F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 285, in base al solito rilievo per cui la norma extrapenale viene assunta dall'elemento normativo «*nell'ampiezza che ad essa è riconosciuta nel ramo di provenienza*». *Contra* D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 55 ss.

¹² E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 110 ss., 144 ss.

il secondo, quello valutativo, lo si sarebbe dovuto mutuare dal resto dell'ordinamento. Nella sua originaria formulazione la categoria dell'antigiuridicità generale di Beling si prestava infatti ad accogliere non solo le scriminanti, ma tutti i giudizi di valore che il diritto penale acquisisce al di fuori di sé tramite vari tipi di raccordo, come le clausole d'illiceità speciale ovvero quegli snodi precettivi che pochi anni dopo Max Ernst Mayer chiamò "elementi normativi" della fattispecie¹³. Era l'epoca della concezione meramente sanzionatoria del diritto penale¹⁴, in base alla quale, le disposizioni incriminatrici, lungi dal sottendere autonomi giudizi d'illiceità, si sarebbero limitate a offrire una copertura punitiva a giudizi di disvalore già espressi negli altri rami dell'ordinamento, i quali continuerebbero pertanto a disciplinare il concetto mutuato dalla disposizione incriminatrice.

Può sembrare archeologia dogmatica; eppure è ancora lungo questa linea che vengono tuttora spiegate – e peggio insegnate – le interferenze tra il diritto penale e il diritto civile. Basti considerare che la dottrina tuttora maggioritaria ritiene che ogni concetto giuridico di cui si avvale la fattispecie incriminatrice, quando sia oggetto di una disciplina civilistica, dovrebbe essere interpretato, sulla base di una presunzione semplice, alla stregua di quest'ultima: sicché s'imporrebbe una tendenziale identità tra il modo in cui il diritto civile lo interpreta e il significato che lo stesso riveste nell'ambito della fattispecie incriminatrice che se ne avvale. Con la conseguenza che l'evoluzione interpretativa, foss'anche analogica, maturata nel diritto civile rispetto a quell'elemento costitutivo – eretto d'imperio a elemento normativo sulla base di una semplice convergenza linguistica – finirebbe per rifluire automaticamente nel sistema penale¹⁵.

Un esempio paradigmatico di questa impostazione lo si rinviene nella recente controversia interpretativa sorta in giurisprudenza a proposito del concetto di danno nel delitto di estorsione. Anche nel diritto penale – questa la questione rimessa alle Sezioni Unite – s'impone un'interpretazione dell'evento di danno previsto dall'art. 629 c.p. quale "perdita di *chance*", vale a dire come perdita di quell'"aspettativa economica" che il diritto del lavoro, civile e amministrativo hanno saputo elaborare seppure in modo travagliato? Il dubbio si è posto, da ultimo, nel caso di una fattispecie di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) realizzata con violenza e minaccia tali da

¹³ M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1915, 182 ss.

¹⁴ Sulle connessioni tra la categoria dell'antigiuridicità e la concezione sanzionatoria v. per tutti M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 169 ss.

¹⁵ La considera l'unica soluzione «sistematicamente sostenibile» – occupandosi dell'analogia c.d. mediata – S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, 314, cui si rinvia anche per l'indicazione dell'ampia e concorde dottrina.

determinare l'allontanamento di taluno degli offerenti dalla gara; ragione per cui ci si chiedeva se, oltre al delitto contro la pubblica amministrazione, si potesse applicare in concorso anche l'estorsione: un'operazione che presuppone giustappunto l'interpretazione dell'evento di danno che compare nell'art. 629 c.p. non già in senso ontologico-materiale, ma quale conseguenza giuridica qualificabile come "perdita di *chance*".

Ebbene, nell'ordinanza di rimessione¹⁶, dopo avere messo a fuoco l'evoluzione del concetto di danno registrata dagli altri rami dell'ordinamento, si rinviene un passaggio, in realtà estrapolato da un'altra Sezione Unite, che rispecchia perfettamente l'impostazione dell'antigiuridicità generale:

«in linea di principio – questo è il passaggio estratto dal paragrafo 9 dell'Ordinanza di rimessione – quando la fattispecie penale utilizza per la designazione di un fatto, o di un istituto, un “termine” che ha in altro ramo del diritto una propria configurazione “tecnica”, dovrebbe presumersi che anche il diritto penale lo assuma con analogo significato, giacché il diritto richiede certezze e riconoscibilità, e dunque l'uso di elementi normativi deve conformarsi quanto più possibile ai canoni della determinatezza e tassatività. Per accogliere ai fini penali una diversa accezione del termine, occorre trovare nella stessa legge penale una ragione, ovvero quella che autorevole dottrina definisce “una giustificazione conveniente”, per “segni certi”, della diversa accezione»¹⁷.

Stando a questa tesi, il rapporto tra diritto penale e diritto civile sarebbe così regolato da una presunzione semplice d'interpretazione sistematica tale per cui l'evoluzione ermeneutica formatasi nel diritto civile – come nel caso del passaggio dal concetto di danno *tout court* a quello di perdita di chance – ben potrebbe rifluire

¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 11 luglio 2023, n. 41379, con nota di M. FALCONE, *Concorso tra estorsione e turbata libertà degli incanti e nozione di danno rilevante ai fini dell'art. 629 c.p.: la parola alle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 2, 231 ss.

¹⁷ Incorrendo in un'autentica “*aberratio* motivazionale”, il passaggio riportato dall'ordinanza è estrapolato da Cass. pen., Sez. Un., 25 maggio 2011, n. 37954, Rv. 250974-01, che, schierandosi per una concezione autonomo-penalistica del concetto di altruità e possesso nell'appropriazione indebita, conclude per l'insussistenza di tale reato nel caso del datore di lavoro che, in caso di cessione del quinto della retribuzione da parte del lavoratore, ometta di versarla al cessionario. La citazione operata dall'ordinanza è dunque del tutto incoerente, specie ove si consideri che, esattamente di seguito alla frase citata, le Sezioni Unite proseguono sottolineando come «*non può negarsi, all'inverso, che alcuni termini che hanno uno specifico significato tecnico-giuridico in altra branca del diritto, siano impiegati nella legge penale attribuendo loro un significato tratto dal “linguaggio comune”, fatto proprio e utilizzato dalla norma penale ai propri fini. Esempi di questa duplicità di accezioni sono per l'appunto tradizionalmente individuati nell'uso, nelle fattispecie penali, delle locuzioni di “possesso” e “detenzione”, di “altruità” e “proprietà”, per le quali è opinione risalente e consolidata che esse non designano l'esatto equivalente degli omonimi concetti propri del diritto civile*».

nel sistema penale. Il tutto – si badi bene – giustificato dal principio di unitarietà dell'ordinamento¹⁸.

Con queste premesse non v'è allora da sorprendersi se le Sezioni Unite abbiano deciso di ratificare una siffatta interpretazione evolutiva, stabilendo – per il momento si dispone solo della Informazione provvisoria n. 6 del 2024 – che «rientra nella nozione di danno di cui all'art. 629 cod. pen, anche la perdita della seria e consistente possibilità di conseguire un risultato utile di cui sia provata la sussistenza sulla base della nozione di causalità propria del diritto penale».

3. Dal principio di unitarietà dell'ordinamento a quello di coerenza del sistema giuridico

Una siffatta impostazione, secondo cui il diritto penale sarebbe condizionato da una presunzione volta a imporre, salvo prova contraria, una vincolante interpretazione sistematica dei concetti penalistici sol perché, sulla base di una convergenza lessicale, essi godono di una disciplina civilistica, è errata nelle premesse e aberrante nelle conseguenze.

Anzitutto è errato il fondamento della tesi secondo cui tale soluzione sarebbe imposta dal principio di unitarietà dell'ordinamento, quasi fosse un dogma da perseguire a scapito di ogni altra esigenza. In realtà, come dimostra anche il suo più illustre studioso penalista, l'unitarietà dell'ordinamento non implica affatto il livellamento delle peculiarità di settore, o peggio un'uniformità a tutti i costi¹⁹, ma depone semplicemente a favore della mancanza di ossimori normativi. Il valore, più che nell'unitarietà, sta quindi nella «coerenza» dell'ordinamento²⁰, intesa come (e avallata dalla) congruenza teleologica. Ragione per cui la piatta traslazione di un concetto da un ramo all'altro dell'ordinamento, all'insegna della sua unitarietà, deve cedere

¹⁸ Fondamentalmente K. ENGISCH *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), rist., con nota introduttiva di Art. KAUFMANN, Darmstadt, 1987, 55, *passim*.

¹⁹ Il riferimento è a K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 4^a ed. (1968), tr. it., Milano, 1970, 255 ss., il quale non aveva alcuna remora nell'affermare che un medesimo concetto tecnico-giuridico è in grado di assumere diversi significati in dipendenza delle norme in cui esso è inserito: spec. 258. *Amplius*, sul principio di autonomia del diritto penale, specie in sede di interpretazione, T. DELOGU, *La loi pénale et son application*, Alexandrie, 1956-1957, 180 ss., 193 ss., 228 ss.

²⁰ Così fondamentalmente N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1959), ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 201 ss., 209 ss., *passim*. Analogamente G. LAZZARO, voce *Sistema giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 460 s.; F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 704 ss.; nonché, nella stessa direzione, tra i penalisti, G. GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Milano, 1947, spec. 77.

necessariamente il passo ogni qual volta ciò si rivelerebbe disfunzionale per il settore verso cui è operato il trapianto.

D'altronde i teorici del diritto che più hanno approfondito il tema dell'interpretazione sistematica hanno saputo chiarire come questa non possa mai rappresentare l'abbrivio dell'attività esegetica – l'ipotesi di partenza da imporre in termini presuntivi – operando semmai come fattore di «*secondo grado*»²¹ volto a corroborare le conclusioni di altre tecniche interpretative²².

Il vero è infatti che più che l'unitarietà dell'ordinamento, ciò che determina e sorregge l'interpretazione sistematica è l'unitarietà teleologica, dato che solo in presenza di una “comune prospettiva finalistica” tra le due parti del sistema giuridico tra cui avviene la mutuazione, è possibile un'estensione di significato dall'uno all'altro. In mancanza di questa comunanza, l'interpretazione sistematica porta sempre a soluzioni insensate, anche quando avviene tra norme penali. Basti considerare la sottofattispecie di violenza sessuale con sostituzione di persona (art. 609-*bis* comma 2, n. 2, c.p.) maldestramente interpretata dalla giurisprudenza alla luce dell'art. 494 c.p.²³: con la perversa conseguenza che a volere dar credito a questa tesi finirebbe per dover rispondere di violenza sessuale il frequentante di una balera che si sfilì la fede e dichiarò il proprio stato di celibato per conquistare una nuova compagna. Una follia.

4. La tendenziale autonomia, salvo prova contraria, dei concetti penali

A ben vedere, nell'interpretazione dei concetti utilizzati dal legislatore penale che trovano convergenza lessicale in discipline esterne, per la maggior parte di natura civilistica, occorre riconoscere l'operatività della presunzione opposta rispetto a quella da cui muovono la Cassazione e la dottrina maggioritaria. Non già una presunzione di tecnicismo giuridico del linguaggio penale, e dunque di dipendenza delle disposizioni incriminatrici dagli altri rami dell'ordinamento; bensì una presunzione di descrittività dei termini utilizzati dalla disposizione incriminatrice e quindi di autonomia del diritto penale in linea con gli scopi specifici che esso si prefigge. Prova ne sia che nessuna delle figure citate dall'ordinanza che ha rimesso alle Sezioni Unite l'interpretazione

²¹ L'espressione è di Mario Jori nella *Introduzione* a V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, XIII.

²² Cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica*, cit., 169 ss., *passim*.

²³ Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2017, n. 43164, Rv. 271276-01; Cass. pen., sez. III, 6 maggio 2010, n. 20578, Rv. 247492-01.

dell'evento di danno nell'estorsione – come il concetto di altruità, quello di bene mobile, di patrimonio, di profitto, di possesso, eccetera – trova nel diritto penale una interpretazione vincolata dal diritto civile²⁴.

A favore dell'interpretazione autonomista e descrittiva del linguaggio penale militano una molteplicità di argomenti che, in questa sede, pare sufficiente evocare. Il riferimento è anzitutto al fatto che una norma incriminatrice, prefiggendosi una funzione di orientamento comportamentale, si rivolge primariamente ai membri della comunità di riferimento: ed è quindi logico che sia il significato comune del termine, quello che corrisponde alle convenzioni idiomatiche generalmente condivise, la prima e normale ipotesi semantica di un testo di legge. Del resto, il riferimento al significato comune del termine normativo, come principale ipotesi esegetica, è imposto espressamente dall'art. 12 disp. prel.²⁵. A ciò si aggiunga che una tale soluzione deriva dalla necessità di salvaguardare il principio costituzionale dell'affidamento alle leggi²⁶, il quale sarebbe gravemente frustrato da una presunzione di tecnicismo del linguaggio giuridico²⁷.

Ma l'aspetto più importante da considerare è che il concetto tecnico-normativo porta inevitabilmente con sé una componente teleologica caratteristica del suo originario ambito d'operazione: e una siffatta componente, ove fosse presuntivamente trapiantata nel diritto penale, finirebbe automaticamente per generare effetti strani se non perversi.

È quanto si è verificato, per l'ennesima volta, con l'interpretazione del concetto di danno nel delitto di estorsione, che le Sezioni Unite hanno equiparato alla perdita di *chance* sulla scorta di quanto accade negli altri rami dell'ordinamento.

Ebbene, al di fuori del diritto penale, ove la sanzione svolge una funzione riparatorio-compensativa del danno, è fisiologico che si dilati il perimetro della risarcibilità adattandolo a nuovi interessi e situazioni meritevoli di tutela (v. *infra* § 5). È questo il riflesso della libertà che si espande (v. *supra* § 1). L'esatto opposto si ottiene invece con la meccanica trasposizione di tali conclusioni nel diritto penale, dove la dilatazione del concetto di danno altro non fa che deformare in senso estensivo la tipicità degli illeciti chiamati a subirla, come nel caso per l'appunto dell'estorsione, che le Sezioni Unite hanno finito per trasformare in un reato di pericolo.

²⁴ V. *amplius* – volendo – la video-lezione D. MICHELETTI, *Gli elementi normativi della fattispecie incriminatrice*, <https://www.youtube.com/watch?v=a6l-JWSOgRk>.

²⁵ Cfr. in tal senso, per tutti, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 287 ss.

²⁶ Sulla dimensione costituzionale di questo principio v. per tutti M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 450 ss.

²⁷ Così fondamentalmente G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 159 s., 177 ss.

Una metamorfosi illiberale, questa, che non pare minimamente arginata dall'accortezza adombrata dall'Informazione provvisoria secondo cui, nell'estorsione, "la perdita della seria e consistente possibilità di conseguire un risultato utile" deve essere provata «*sulla base della nozione di causalità propria del diritto penale*» – mentre nel resto dell'ordinamento la prova del nesso di causalità tra la condotta e la perdita di chance può essere fornita anche per presunzioni²⁸. Comunque la s'interpreti, la *chance* resta infatti un giudizio e non un evento²⁹, ragione per cui non può costituire l'epilogo di un rapporto eziologico, potendo questo intercorrere solo «*fra eventi del mondo fenomenico*»³⁰. Né varrebbe evocare supposte analogie con la causalità omissiva notoriamente caratterizzata da una maggiore ipoteticità. A tacere del fatto che si tratterebbe comunque di un "cedimento" della causalità attiva che dovrebbe caratterizzare l'estorsione, va osservato che l'elevata credibilità razionale necessaria a comprovare il nesso causale omissivo resta praticabile perché è la condotta, vale a dire l'abbrivio della diagnosi, a risultare ipotetica; viceversa nella perdita di *chance* è l'epilogo del supposto rapporto eziologico a perdere qualunque connotato ontologico, così da trasformare il nesso di causalità nulla più che in un pronostico sulla futura potenziale lesività dell'azione.

Ma occorrerà attendere la motivazione delle Sezioni Unite per apprendere con maggior precisione come esse abbiano voluto adattare la logica della Francese all'accertamento eziologico concernente la perdita di *chances*.

5. Illiceità penale e civile, tra autonomia e sussidiarietà

L'autonomia e la separatezza tra diritto penale e diritto civile è talmente profonda da sussistere anche nei casi in cui entrambi questi settori dell'ordinamento formulino un convergente giudizio di illiceità relativo al medesimo comportamento³¹. Quand'anche convergenti sulla stessa fattispecie concreta, le modalità di qualificazione e di riconoscimento dell'illecito civile e di quello penale risultano strutturalmente differenti in

²⁸ Cass. civ., sez. III, 5 settembre 2023, n. 25910, Rv. 669086-01.

²⁹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, spec. 576. Sull'inconsistenza materiale della *chance* v. altresì G. CRICENTI, *La chance come bene autonomo. Critica*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1247 ss.

³⁰ P. TRIMARCHI, *op. loc. cit.* In argomento – a conferma dell'«*incertitude causale*» che affligge l'accertamento processuale della responsabilità per perdita di *chance* – v. anche S. GARREFFA, *Uno sguardo al progetto di riforma del codice civile belga. Interessanti prospettive in materia di nesso causale e danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1319 ss.

³¹ Sulle tappe di questo progressivo distanziamento cfr. M. FRANZONI, *Civile e... penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1831 ss.

ragione delle diverse finalità perseguite dalla sanzione nei due ambiti. Il fine punitivo reclama infatti strutture e vincoli che risulterebbero distonici rispetto allo scopo riparatorio-compensativo generalmente perseguito dalla sanzione civile.

Lo ha egregiamente chiarito la sentenza della Cassazione che ha rifiutato di “importare” nel diritto civile il modello di accertamento eziologico messo a punto dalle Sezioni Unite Franzese³².

Movendo infatti dalla *«peculiare tipicità del fatto reato, cui fa da speculare contralto il sistema aperto ed atipico dell'illecito civile»*³³, la Suprema Corte ha saputo evidenziare le molteplici difformità esistenti tra le due forme d'illiceità. A partire dal *«profilo morfologico della fattispecie (...) in quanto il baricentro della disciplina penale (...) è sempre e comunque rivolto verso l'autore del reato/soggetto responsabile, orbitando, viceversa, l'illecito civile (quantomeno a far data dagli anni '60) intorno alla figura del danneggiato»*³⁴.

Ma è soprattutto l'aspetto funzionale che differenzia i due settori: e fa della responsabilità civile *«un problema di diritto vivente da rielaborare incessantemente secondo modelli dettati dalle complesse istanze sociali, in funzione della ricerca di criteri sempre più articolati di attribuzione di un determinato “costo” sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti (sempre più spesso, non necessariamente i diretti danneggianti)»*³⁵. Si spiega così la ragione per cui *«il sottosistema della responsabilità civile [sia diventato], un satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico)»*³⁶, tanto da consentire *«la sua interazione con altre discipline (economiche e sociali, e non necessariamente solo scientifiche, funzionali, queste, in sede penale, a svolgere il compito di “legge di copertura”», onde pervenire al risultato finale di costruire una credibile teoria della prevenzione efficiente del costo sociale dei danni»*³⁷.

È per questo complesso di ragioni che l'accertamento della causalità nel diritto civile può avvalersi di un criterio elastico, come il “più probabile che no”, che invece *«inquieta l'interprete penale»*³⁸. Perché non si tratta di raggiungere quel grado di

³² Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, Rv. 599816-01.

³³ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., 19.

³⁴ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., 19.

³⁵ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., 20 s.

³⁶ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., 22.

³⁷ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., 20 s.

³⁸ Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., 20.

certezza indispensabile a punire l'autore del fatto offensivo, ma soltanto di allocare il costo sociale di un danno.

Per le stesse ragioni, non è solo il tipo di nesso causale a differenziare l'illiceità civile da quella penale. Anche il dolo o la colpa possono subire, nell'accertamento della responsabilità aquiliana, semplificazioni strutturali e probatorie che ripugnerebbero al penalista. Basti pensare alla prevedibilità, che nel campo civile ben può guidare l'attribuzione soggettiva del danno, mentre nel settore penale deve cedere il passo ad altri criteri diagnostici più rigidi e congruenti alla funzione tipizzante che la regola cautelare riveste nella determinazione del fatto di reato colposo³⁹.

Le differenze sono dunque molteplici; eppure – questo è un punto tanto fondamentale quanto spesso negletto da parte della giurisprudenza – mai potrebbero comportare una dilatazione dell'area di rilevanza penale maggiore rispetto alla corrispondente area d'illiceità civile. Il principio di coerenza dell'ordinamento (v. *supra* § 3) impone semmai di declinare sempre in termini di sussidiarietà il rapporto tra illiceità penale e illiceità civile. Con la duplice conseguenza che l'illiceità penale mai potrà essere più ampia di quella civile e che, per coerenza, quest'ultima ben può essere utilizzata per circoscrivere la prima: il che significa – con altre parole – che l'interprete dovrebbe necessariamente escludere l'esistenza di un fatto di reato ogni qual volta lo stesso fatto non integri un illecito civile convergente in termini di tutela⁴⁰. Si pensi per esempio al delitto di truffa o di frode in commercio che non potrebbe ovviamente sussistere, malgrado la crescente tendenza giurisprudenziale a dilatarne i contorni applicativi, qualora il comportamento sotto esame non integri tutti i requisiti del dolo previsto dall'art. 1439 c.c.⁴¹. E parimenti, non potrebbe integrarsi la fattispecie di illecita concorrenza con minaccia o violenza prevista dall'art. 513-*bis* c.p. qualora il comportamento tenuto non assurga neppure al rango di concorrenza sleale civilmente sanzionata⁴².

Per questo è sorprendente scoprire come talvolta la giurisprudenza sovverta il

³⁹ *Amplius* D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 105 ss. In argomento v. altresì R. BLAIOTTA, *Colpa e causalità civilistiche come alternative alla responsabilità penale*, in M. DONINI, L. FOFFANI, *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 195 ss.

⁴⁰ V. *amplius* F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019, 126 ss.

⁴¹ V. per questo e ulteriori esempi G. MARTIELLO, *La sussidiarietà*, in F. GIUNTA (a cura di), *Sussidario di diritto penale. Parte speciale*, in *disCrimen*, 61 ss.

⁴² Così Cass. pen., sez. I, 6 luglio 2011, n. 33791, in *Dir. Giust. on line*, 17 settembre 2011, con nota di F.G. CAPITANI, *Il diritto penale batte in ritirata: l'interposizione commerciale, seppur parassitaria e destrutturata, non costituisce un fatto delittuoso*.

principio di sussidiarietà interpretativa riconoscendo all'illiceità penale un'ampiezza maggiore rispetto alla convergente illiceità civile. Basti pensare alla radicata tendenza della Cassazione penale a negare valenza assolutoria a forme di autoresponsabilità della vittima che sono invece pacificamente e da tempo riconosciute dalla giurisprudenza sulla responsabilità aquiliana per escludere il risarcimento del danno⁴³. Ma si pensi altresì alla categoria della imputabilità prevista dagli art. 85 c.p., recentemente interpretata dalla giurisprudenza penale in modo più stringente rispetto alla consueta e canonica lettura dell'art. 2046 c.c., sino al punto che nel penale si tende ad attribuire rilevanza solo alla mancanza della incapacità di intendere (secondo il modello statunitense)⁴⁴ mentre per la giurisprudenza civile e per l'art. 2046 c.c. l'imputabilità può essere esclusa anche per la carenza della capacità di volere. Senza considerare poi gli esiti paradossali cui perviene la giurisprudenza penale quando fa riferimento a norme civilistiche come l'art. 2051 c.c. per giustificare una condanna trascurando che quelle stesse norme inducono la giurisprudenza civile a esiti interpretativi diametralmente opposti perché volti a negare, in quegli stessi casi, ogni forma di responsabilità aquiliana⁴⁵.

Altro quindi che dipendenza dei concetti penalistici dal diritto civile indotta dalla presenza di pseudo-elementi normativi (v. *supra* § 2). È in termini di sussidiarietà interpretativa che il diritto penale dovrebbe dipendere dalle valutazioni espresse dagli altri rami dell'ordinamento.

6. Il confine funzionale tra illiceità civile e penale

Stante la sopra tratteggiata alterità tra illiceità civile e illiceità penale, appare

⁴³ V. diffusamente D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, 323 ss.

⁴⁴ V. per esempio Cass. pen., sez. V, 8 marzo 2023, n. 22659, Rv. 284750-01.

⁴⁵ Emblematiche al riguardo sono due coeve pronunce della Cassazione, l'una della Sezione penale, l'altra della Sezione civile, relative al caso di un infervorato giocatore di calcetto feritosi per avere impattato contro un oggetto posto ai bordi del campo. Ebbene, nel valutare due fatti sostanzialmente identici, la Cassazione penale non ha esitato – malgrado la duplice conforme assoluzione di merito – nel chiamare a rispondere dell'infortunio il custode del campo, invocando a sostegno della propria tesi proprio il tenore degli artt. 2050 e 2051 c.c.: Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2011, n. 18798, Rv. 253918-01. Di contro la Cassazione civile ha confermato la pronuncia assolutoria dei giudici di merito, stabilendo che «la responsabilità del custode, di cui all'art. 2051 c.c., è esclusa in presenza di una scelta consapevole del danneggiato (c.d. rischio elettivo), il quale, pur potendo avvedersi con l'ordinaria diligenza della pericolosità della cosa, accettò di utilizzarla ugualmente»: Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2012, n. 13681, Rv. 623597-01, con nota di A.P. BENEDETTI, *Infortunio durante una partita di calcetto e responsabilità del custode della struttura sportiva*, in *Danno e resp.*, 2013, 717 ss.

logico chiedersi dove passi il confine tra le due aree, e da cosa dipenda l'operatività del nugolo di principi che trova la sua fonte germinale nell'art. 25, comma 2, Cost. La domanda troverebbe una risposta pressoché scontata se il penale conoscesse quale unica misura sanzionatoria una pena incidente sulla libertà dell'individuo e si prefiggesse solo una finalità punitiva. Poiché invece il diritto penale fa ampio uso della sanzione pecuniaria, che almeno in termini di contenuto ricalca quella civile (e amministrativa); e poiché il diritto penale viene sempre più di frequente piegato, non solo nella prassi, a istanze di matrice risarcitoria perseguendo linee politiche estremamente innovative come quella riparatoria; e poiché dal canto suo anche la responsabilità civile sta subendo un'evoluzione polifunzionale tale da farle assumere finalità autenticamente punitive (si pensi non solo agli illeciti civili punitivi, ma altresì alle pene private del diritto societario e alle crescenti ipotesi di danni punitivi), non pare ozioso chiedersi dove inizi il diritto penale e finisca il diritto civile, e viceversa.

Una questione per nulla banale, la fondatezza della quale trova conferma nell'analogo interrogativo autorevolmente posto, quarant'anni fa, da Franco Bricola, il quale si chiedeva sostanzialmente negli stessi termini: «*in qual misura l'oscillazione della responsabilità civile verso il polo sanzionatorio di tipo preventivo e afflittivo può coinvolgere necessariamente (o eventualmente) le tecniche di tutela (e i relativi principi) costituzionalmente previste? O meglio: i principi di legalità e di tassatività e di personalità della responsabilità (nel senso più stretto o nel senso più ampio coincidente con il principio nulla poena sine culpa) divengano coessenziali (e in che limiti) ad una responsabilità civile così articolata?*»⁴⁶.

Il tema è tanto cruciale quanto ampio, affollato com'è dai noti problemi concernenti la definizione della "materia penale" elaborata dalla Corte di Strasburgo quale ambito di applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU⁴⁷. In questa sede, senza ripercorrere l'intera problematica, pare sufficiente richiamare i convincenti approdi raggiunti sul punto dalla sentenza n. 16601 del 2017 delle Sezioni Unite civili chiamate a valutare le condizioni di delibazione nel nostro ordinamento di sentenze straniere che irrogano un risarcimento punitivo, e che in taluni ordinamenti, come quello statunitense, possono raggiungere livelli astronomici. E difatti, dovendo la deliberazione risultare compatibile con l'"ordine pubblico" – inteso come

⁴⁶ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 1 ss., 47 ss.

⁴⁷ V. per tutti i lavori di Francesco Palazzo, Vladimiro Zagrebelsky e Nicola Zanon in AA.VV., *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, cit.

il «complesso delle tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria» che vanno quindi desunte oltretutto dalla Costituzione, anche dalla Carta di Nizza⁴⁸ – le Sezioni Unite hanno stabilito che la compatibilità delle sentenze (interne o straniere) che prevedono risarcimenti punitivi è subordinata al rispetto di due condizioni: a) che la sentenza si poggia «*su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna*»; e b) che le conseguenze sanzionatorie siano proporzionali e traducano criteri predeterminati, evitando il ricorso sistemico a calcoli equitativi.

Non è tutto. Estremamente significativo è il fatto che le Sezioni Unite civili, nel motivare tali condizioni di legittimità del risarcimento punitivo, non si sono limitate a richiamare l'art. 23 Cost., che – volendo – sarebbe stato tecnicamente sufficiente a giustificare l'esigenza di una riserva di legge nella definizione della “base legale” della fattispecie punitiva. La sentenza n. 16601/2017 ha richiamato esplicitamente a tal fine anche gli artt. 25 Cost. e 7 Cedu che riguardano precipuamente il diritto penale⁴⁹.

Il passaggio è fondamentale quanto esatto. Tanto che trascurandolo si finirebbe per non comprendere quali siano gli esatti rapporti tra diritto penale e diritto civile nel campo dell'illecito. Come già messo a fuoco anche dalla nostra Corte costituzionale, la distinzione tra il penale e ciò che ne sta fuori non dipende infatti da qualificazioni formali, ma dalla finalità della conseguenza giuridica applicata: in quanto «*tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*»⁵⁰.

È questa, in breve, la sola indicazione di cui è possibile avvalersi per delimitare il civile dal penale. La differenza non è di *sedes materiae* ma discende dalle finalità della sanzione applicata: ragione per cui ogni conseguenza giuridica irrogata da un giudice purchessia che si prefigga finalità di deterrenza e veicoli contenuti che non sono solo compensativi ma includano un di più di afflittivo commisurato alla responsabilità così da assumere finalità dissuasive non può non essere soggetto ai principi che derivano dall'art. 25, comma 2, Cost.

⁴⁸ Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, Rv. 644914-01, 21.

⁴⁹ Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., 17 (riportando in realtà un passo di Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, Rv. 635451-01, in materia di responsabilità degli amministratori).

⁵⁰ Così Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, ma nella stessa linea, sostanzialmente, anche ID., sent. 16 dicembre 2016, n. 276; ID., sent. 11 maggio 2017, n. 109.

7. Il risarcimento punitivo quale moderna più efficace tecnica di decriminalizzazione in concreto?

Il titolo del presente convegno suscita un'ultima suggestione, che trova ulteriore supporto nelle conclusioni cui si è pervenuti nell'ultimo paragrafo.

Se infatti, come si è appena chiarito, è la natura afflittiva e la finalità della sanzione a determinare la materia penale, ben si può supporre che lo sviluppo in sede civile della responsabilità punitiva, essendo caratterizzata da finalità preventivo-dissuasive tipiche della pena⁵¹, ben potrebbe comportare una corrispondente restrizione operativa delle disposizioni incriminatrici aventi ad oggetto il medesimo comportamento. Lo imporrebbe il principio del *ne bis in idem* che, sia pure ammorbido dalla sentenza della *Grande Chambre, A e B. c. Norvegia*, tende a scongiurare cumuli punitivi sproporzionali⁵². Da questa angolazione occorrerebbe dunque ritenere che là dove crescesse l'ambito di operatività del risarcimento punitivo si ingenererebbe una concorrenza operativa con le omologhe disposizioni incriminatrici. Una concorrenza operativa che potrebbe trovare una felice composizione nella soluzione recentemente avanzata da Tullio Padovani⁵³, il quale ipotizza un meccanismo di deflazione del sistema penale tramite l'affiancamento di forme di risarcimento punitivo per tutti i reati procedibili a querela (senza esclusioni di sorta e quindi anche per quelli più gravi come gli atti persecutori o la violenza sessuale), nonché per alcuni reati posti a presidio di interessi collettivi (si pensi all'ambiente o alla tutela dei consumatori) tutelati solo in modo frammentario e incompleto dal diritto penale classico.

Ebbene, in tutti questi contesti, stante l'operatività del *ne bis in idem*, spetterebbe alla/e persona/e offesa/e decidere se procedere a una decriminalizzazione in concreto: ossia se presentare querela e conseguire al massimo, oltre alla condanna, un risarcimento compensativo, oppure percorrere la strada del giudizio civile per ottenere il risarcimento punitivo che gli precluderebbe la via della condanna penale canonica. La scelta dipenderebbe ovviamente da diversi fattori, non ultimo il compendio probatorio di cui dispone il querelante/attore, giacché almeno *rebus sic stantibus* l'intervento della magistratura requirente offre strumenti probatori preclusi al privato;

⁵¹ Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., 17.

⁵² In argomento, con specifico riferimento però agli illeciti punitivi civili introdotti dal d.lgs. n. 7 del 2016, cfr. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022, 53 ss.

⁵³ T. PADOVANI, *Gli illeciti punitivi civili: quale futuro?*, intervento al Convegno "L'ibridazione della lotta alla criminalità attraverso misure non penali o di confine: principi, regole, limiti e opportunità per un sistema di contrasto integrato", Università LUISS Guido Carli, 20 novembre 2023.

senza considerare il diverso peso che la testimonianza della persona offesa riveste nelle due giurisdizioni. Al di là di questi aspetti si raggiungerebbero comunque risultati molto positivi.

Anzitutto in termini di deflazione del sistema penale, tramite un inversione logica dell'attuale meccanismo estintivo previsto dall'art. 162-*ter* c.p. – che nella prospettiva *de iure condendo* ora tratteggiata andrebbe abrogato. Non sarebbe infatti la vittima a “subire” l'estinzione del reato in forza di una modesta riparazione come accade attualmente, ma sarebbe semmai la vittima a “disporre” del meccanismo inibente della punibilità prediligendo un risarcimento ben più sostanzioso della semplice riparazione. Né si tratterebbe di un banale travaso di processi da una giurisdizione all'altra, posto che la trattazione anticipata della causa imposta dalla recente riforma del processo civile comporta un notevole risparmio di tempo rispetto all'ordinario procedimento penale. D'altro canto non vi sarebbe da temere per la tenuta del principio di legalità e di proporzionalità della pena, vuoi perché la disposizione incriminatrice continuerebbe a operare come base legale dell'illiceità civile-punitiva, vuoi perché il *quantum* del risarcimento ben potrebbe essere governato da criteri di conversione ideati *ad hoc*, nonché determinato in concreto alla stregua dei parametri di commisurazione previsti dall'art. 133 c.p.⁵⁴.

Come s'intuisce, è uno scenario tutto da costruire, e per di più fattibile – come osserva Tulio Padovani in chiusura del proprio intervento – solo da parte di un legislatore illuminato e intenzionato a un'autentica riforma di sistema anziché animato da una politica di piccolo cabotaggio fatta di semplici ritocchi a singoli istituti. Ma tant'è. Il sistema giuridico è pervaso da una sua intrinseca logica cui anche il legislatore, prima o poi, dovrà soggiacere.

⁵⁴ Si fugherebbero così le comprensibili perplessità espresse *de iure condito* dalla dottrina: cfr. S. ROMANÒ, *Sui limiti dell'operatività del nulla poena sine lege nel diritto privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 659 ss.

ABSTRACT

Premesse le ragioni dell'alterità funzionale tra fattispecie incriminatrice e fattispecie civile, il lavoro si occupa delle influenze sul diritto penale di norme provenienti da altri rami dell'ordinamento. Obiettivo del lavoro è quello di superare la presunzione di interpretazione sistematica della legge penale alla luce di norme esterne, in favore di una tendenziale autonomia dei concetti utilizzati dal legislatore penale. D'altro canto, quando il diritto civile e il diritto penale esprimono un convergente giudizio di illiceità s'instaura tra i due settori un rapporto di sussidiarietà tale per cui le valutazioni del diritto civile finiscono per restringere la portata delle corrispondenti fattispecie incriminatrici. Si propone da ultimo un meccanismo di decriminalizzazione in concreto fondato sull'adozione da parte del diritto civile di forme di risarcimento punitivo.

PAROLE CHIAVE

Legge penale – Illecito civile – Ordinamento giuridico – Interpretazione sistematica

* * *

INFLUENCES AND INTERFERENCES BETWEEN CRIMINAL LAW AND CIVIL LAW

ABSTRACT

Given the reasons for the functional divergence between criminal law provisions and civil law provisions, this work addresses the influences of norms from other branches of law on criminal law. The aim of this work is to overcome the presumption of systematic interpretation of criminal law in light of external legal provisions, favoring instead a tendency towards the autonomy of concepts used by the criminal legislator. On the other hand, when civil law and criminal law express a convergent judgment of unlawfulness, a subsidiary relationship is established between the two sectors, such that civil law evaluations ultimately restrict the scope of the corresponding criminal provisions. Finally, a mechanism of concrete decriminalization is proposed, based on the adoption of punitive damages.

KEYWORDS

Criminal law – Tort – Legal system – Systematic interpretation