

PARTE III
I CONFINI DEL RISCHIO ASSICURABILE
NEL PROCESSO DI DEPENNALIZZAZIONE

CAPITOLO I
POSSIBILI APERTURE ALL'ASSICURABILITÀ DELLA
RESPONSABILITÀ PENALE NELLA CRISI
DELLA SANZIONE PUNITIVA

SOMMARIO: 1. Pena e riparazione nella crisi della sanzione punitiva. — 2. Assicurazione e illecito penale. — 3. Il fenomeno della *Insurance for Criminal Acts* in America. — 3.1. Estensibilità in via interpretativa della copertura anche ai *criminal acts*. — 3.2. La mancanza di un *unforseen event* come limite ad un possibile *insurance coverage for criminal acts*. — 3.3. *Insurance for criminal acts*. Questioni di *public policy*. — 4. Pena e riparazione in Germania. Possibile conciliabilità della *Wiedergutmachung* con lo strumento assicurativo.

1. *Pena e riparazione nella crisi della sanzione punitiva.*

Come nel sistema della responsabilità civile la crisi della tutela risarcitoria porta gli interpreti a leggere nei nuovi confini del risarcimento del danno l'emersione dell'idea di pena all'interno del diritto privato, così nella generale crisi del sistema sanzionatorio punitivo compare l'idea di riparazione del danno quale via, attraverso cui attuare il principio di sussidiarietà del diritto penale, alternativa rispetto alle sanzioni amministrative.

Tre le linee in cui si viene a determinare la crisi dello strumento sanzionatorio punitivo: un ampliamento della discrezionalità del giudice che finisce per rappresentare una minaccia per lo stesso principio di legalità della pena, una maggiore flessibilità nell'intervento punitivo e una autentica « fuga dalla pena detentiva » (1), che porta la dottrina a riflettere sulla stessa

(1) L'espressione è di F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 415, il quale richiama sinteticamente anche gli altri profili della crisi del sistema sanzionatorio punitivo.

Sulla crisi della pena detentiva quale espressione della funzione penale cfr. inoltre

necessità di ricollocare il diritto penale come « strumento eccezionale di *extrema ratio* per la tutela della « frammentarietà » di beni giuridici essenziali per l'esistenza e lo sviluppo della comunità statale » (2).

In controtendenza rispetto ad una certa spinta inflazionistica che aveva finito per rendere pervasiva la tutela penale nel contesto delle risposte dell'ordinamento agli illeciti, sembra che l'attenzione del legislatore sia ultimamente piuttosto volta alla ricerca di tecniche di tutela diverse dalla sanzione penale.

È con riferimento a quest'ultimo aspetto che l'idea di riparazione delle conseguenze pregiudizievoli del fatto costituente reato prende corpo quale possibile alternativa alla pena (3).

Del resto il processo di depenalizzazione, attuatosi mediante la progressiva conversione di illeciti penali in illeciti amministrativi sanzionati con pene pecuniarie, non sembra aver portato a risultati ottimali in tal senso.

Come ha rilevato un autorevole studioso, che in più occasioni ha avuto modo di prendere posizione sulla sussidiarietà del

in special modo T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 245 ove l'A. arriva alla conclusione che « la spaziosa ricerca di alternative alla detenzione costituisco(e) già di per sé un segno di profonda sfiducia non solo nell'efficacia, ma nella stessa legittimazione positiva del sistema di controllo sociale che su di essa continua a reggersi ».

(2) Così F. BRUCCIA, *Carattere « sussidiario » del diritto penale e oggetto di tutela*, cit., p. 189.

(3) L'idea che il risarcimento possa spiegare i suoi effetti al di là del mero ristoro del pregiudizio subito dalla vittima in ragione dell'illecito altrui come strumento di tutela degli interessi della società ha trovato in particolare espressione nella scuola positiva. Cfr. R. GAROFALO, *op. loc. cit.*; E. FERRE, *Sociologia criminale*, vol. II, Torino, 1930, 5ª ed., con note a cura di A. Santoro, p. 244.

In tempi più recenti tale tesi sembra aver incontrato un rinnovato interesse in due diversi orientamenti: da un lato il risarcimento viene inteso come vera e propria sanzione penale (K. Sessak, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, in *Festschrift für Leferenz*, 1983, p. 145); da un altro si ammette la rilevanza all'interno del sistema di responsabilità penale dello strumento della riparazione distinguendo, però, quest'ultima sia dalla riparazione in senso civile sia dall'idea di sanzione penale. Si vorrebbe per tal via ad ammettere la presenza di un terzo sistema misto tra diritto civile e diritto penale (C. ROVINI, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 3 ss.).

diritto penale, « in definitiva la depenalizzazione operata dalla legge n. 689 è servita soltanto a ridurre momentaneamente l'area dell'illecito penale e a soddisfare ragioni pratiche, soprattutto l'esigenza di ridurre (ma è poi vero?) il carico giudiziario; ma non è servita a ridefinire, in adesione alla concezione sussidiaria (in chiave costituzionale) del diritto penale, l'oggetto del reato in rapporto alle altre forme di illecito extrapenale » (4).

Accanto a non nuove osservazioni in ordine alla possibilità di trovare nel sistema di responsabilità civile una possibile alternativa alla tutela penale (5), sembra emergere la tendenza del legislatore ad importare all'interno del sistema della responsabilità penale la riparazione dei pregiudizi relativi ad un fatto costituente reato.

Intendiamo in particolare riferirci agli interventi legislativi in materia di competenza penale del giudice di pace ed in materia di responsabilità degli enti.

Così l'art. 35 del d.lgs. 2.8.2000 n. 274 prevede che « il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, annunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ».

Per tal via si riconosce rilevanza all'avvenuta compensazione delle risultanze pregiudizievoli del reato ai fini dell'estinzione dello stesso. L'aspetto che, forse, in tale contesto normativo, presenta caratteri maggiormente innovativi è il modo in cui vengono a relazionarsi responsabilità civile e responsabilità penale.

(4) Tali perplessità sono espresse da F. BRUCCIA, *op. ult. cit.*, p. 220.

(5) Sulla possibile alternative tra rimedi civili e penali contro gli illeciti preziosi sono le già più volte da noi richiamate considerazioni di G. VENEZIANI, *op. ult. cit.*, p. 55 ss. Cfr. in tal senso più recentemente F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 64 ss.

Prima di tale intervento legislativo non parevano esservi dubbi sul fatto che illecito civile e illecito penale vivessero di vita propria come monadi distinte operanti separatamente, talché il responsabile di un torto, che avesse rilevanza sia sul piano civile che su quello penale, poteva trovarsi ad essere passibile cumulativamente, e non alternativamente, della irrogazione di una pena in sede penale e di una condanna al pagamento di una determinata somma a titolo di risarcimento danni in sede civile.

In virtù del d.lgs. 2.8.2000 n. 274, per i reati di cui all'art. 4 del medesimo, pena e riparazione vengono a sovrapporsi in quanto quest'ultima può escludere l'irrogazione della prima secondo le modalità e i limiti di cui all'art. 35.

Sianno, quindi, di fronte ad una rilevanza della tutela di tipo compensatorio per fatti costituenti reato diversa rispetto a quanto previsto all'art. 185 c.p. ove semplicemente si afferma che: « ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili » e che « ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento », il quale, però, verrà ad operare in via cumulativa rispetto alla sanzione penale.

Una comprensibile resistenza a rompere con gli schemi concettuali del passato potrebbe, allora, indurre gli interpreti a distinguere la « riparazione » di cui all'art. 35 d.lgs. 2.8.2000 n. 274 dal risarcimento del danno da reato rilevante ai fini civili, mantenendo la duplicità dei sistemi di tutela contro i torti: responsabilità civile e responsabilità penale.

Un simile ragionamento apre, però, ad una serie di interrogativi: sul piano teorico, in ordine alla riconducibilità di tali forme di riparazione all'idea di pena e, sul piano applicativo, riguardo alla possibile riferibilità a tale rimedio delle regole e dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo sui quali tra l'altro si fonda l'insiccurabilità della responsabilità penale.

Da notare, peraltro, come la norma in esame non rappresenti ormai più una disposizione isolata. Il meccanismo dell'estinzione del reato in conseguenza di condotte riparatorie e ripristinatorie

del reo è stato, infatti, recepito anche nella più recente riforma dei reati societari (6).

Ancora il d.lgs. 8.6.2001 n. 231 riconosce rilevanza all'avvenuta riparazione delle conseguenze dannose dell'illecito ai fini della determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria da irrogarsi a carico dell'ente responsabile.

In particolare all'art. 12 di tale decreto il legislatore ha previsto che « La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso. »

Si ammette, altresì, che la riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito abbia efficacia in primo luogo ai fini dell'esclusione della possibile irrogazione di misure interdittive a carico dell'ente.

All'art. 17 di tale decreto si prevede, infatti, che « Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso. »

Sembra quindi che il legislatore abbia riconosciuto effetti penali alla compensazione dei pregiudizi determinati in conseguenza dell'illecito altrui.

Non è, comunque, nuovo il meccanismo mediante il quale si attribuisce rilevanza, all'interno del procedimento di condanna del soggetto penalmente responsabile, anche ad eventuali interventi riparatori delle conseguenze dannose dell'illecito.

Basti pensare a quanto previsto all'art. 62 n. 6 ove « l'avere, prima del giudizio, riparato interamente il danno mediante il

(6) V. *infra* capitolo II § 4.3.

risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni» rappresenta una circostanza attenuante comune (7).

Con particolare riferimento alla responsabilità degli enti, però, il riconoscimento di particolari effetti della riparazione ai fini della determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria o della irrogazione di sanzioni interdittive impone di ripensare alla possibilità di rinvenire nelle sanzioni amministrative una doppia anima: sanzionatoria e compensatoria ad un tempo.

Del resto gli Autori che per primi si sono interrogati sulla natura delle sanzioni amministrative si erano mossi proprio in tale direzione (8); sono stati gli interventi legislativi successivi, in particolare la L. 24.11.1981 n. 689, ad avvicinare le sanzioni amministrative a quelle penali estendendo alle prime regole proprie delle seconde quali la personalità e la intrasmissibilità della pena.

È prevalso allora in dottrina l'orientamento c.d. «unitarista» che tende a marginalizzare le differenze tra sanzioni amministrative e sanzioni penali riconducendo entrambe alla più generale categoria delle sanzioni punitive (9).

(7) Si tratta di una norma su cui avremo modo di incentrare la nostra attenzione nel prosieguo del discorso in quanto è su di essa che si è sviluppato un certo dibattito giurisprudenziale sulla natura di tali interventi riparatori aventi rilevanza all'interno del procedimento penale di condanna del responsabile e sull'operatività in tali ipotesi del meccanismo assicurativo. V. *amplius infra* capitolo 2, § 3.

(8) Cfr. A.D. BATTAGLINI, *La pena in rapporto alle sanzioni civili ed amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, p. 394 ss.; A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, 8ª ed., Milano, 1960, pp. 263-264; E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 131 ss.

Altri, pur riconoscendo la natura affittiva della sanzione amministrativa, la distinguono dalla sanzione penale. Lo stesso procedimento di comminazione ad opera della pubblica amministrazione, infatti, fa pensare che si tratti di atti complementari all'esercizio della funzione della pubblica amministrazione. In tal senso G. ZANOBINI, *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 500 ss.; Id., *Sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 10 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, p. 249; C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1989, p. 345 ss.

(9) Così R. CORDERO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, p. 3 ss.; L. DEL FEDERICO, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano, 1993, p. 22 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del consi-*

Il rilievo riconosciuto, all'interno del meccanismo di irrogazione delle relative sanzioni amministrative in materia di responsabilità degli enti, ad interventi del responsabile volti ad eliminare possibili cause di danno o a compensare i pregiudizi arrecati, impone di ripensare a tali conclusioni.

Resta però ancora aperto il quesito relativo alla natura di simili strumenti compensatori: siamo in presenza di una tecnica di tutela autenticamente privatistica nella natura e nella funzione in quanto ordinata a compensare i pregiudizi subiti dall'offeso, o siamo in presenza di un autentico rimedio penale come tale ordinato alle regole e ai principi propri del sistema sanzionatorio punitivo?

La strada più facile da percorrere parrebbe la seconda in quanto non importa particolari sconvolgimenti a livello concettuale: si mantiene ferma l'idea classica di pena come afflizione del reo mediante la quale operare la ricostruzione dell'ordine violato e si collocano tali forme di riparazione all'interno di una logica punitiva; il che vuol dire ridurre l'operatività della riparazione nel diritto penale ad una pura parvenza nominale vedendo nella stessa un'autentica pena pecuniaria distinta dalle sanzioni penali solo perché è corrisposta ad un privato e non è convertibile in pena detentiva (10).

Questa ricostruzione lascia, però, aperti degli interrogativi sul piano interpretativo in primo luogo per quanto concerne la stessa individuazione di ragioni plausibili che possano giustificare l'impiego del termine «riparazione» in modo da farlo coincidere nel contenuto col senso attribuito al diverso sintagma «pena pecuniaria».

giù), in *Illecito penale amministrativo verifica di un sistema. Profili penalistici e processualistici*. Atti del convegno di Modena 6-7 dicembre 1985, Padova, 1987, p. 13 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1984, p. 952 ss.; F. SCUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. Pen.*, 1983, p. 253 ss.

(10) Si tratta dell'atteggiamento che ha portato ad escludere l'assicurabilità di tali ipotesi di riparazione delle conseguenze dell'illecito. V. *amplius infra* p. 353 ss.

Né una soluzione al problema pare rinvenibile recuperando la partizione teorica operata dalla dottrina con riferimento all'art. 38 del codice Zanardelli che distingueva il risarcimento, quale tecnica di tutela privatistica, e la riparazione, quale complemento della pena (11).

Abbiamo avuto modo di prendere posizione sul punto osservando che, avuto riguardo all'atteggiamento della giurisprudenza italiana e straniera, lo strumento della riparazione, intesa come compensazione di perdite non risarcibili in senso stretto, non fuoriesce dalla logica privatistica della ricostruzione degli interessi privati lesi dal torto altrui (12).

Riconoscere nel termine riparazione, di cui alle sopraccitate disposizioni di legge penale, il riferimento a tecniche di tutela di tipo propriamente compensatorio importa un profondo ripensamento della stessa idea di pena, la quale, per talune ipotesi di reato, si presenta come uno strumento volto a « dissolvere l'ordine violento provocandone il superamento, imponendo, quindi, dove è negata, la mediazione con chi gli si oppone » (13).

Per tal via l'idea di pena viene a coincidere con quella di riparazione in quanto questa figura essere l'unico strumento mediante il quale « ricomporre una traumatica interruzione di rapporti sociali, rimediare alle conseguenze — finché vi sono delle conseguenze su cui operare — del delitto » (14).

Si viene così a creare una ricostruzione dei rapporti tra pena e riparazione speculari rispetto a quanto emergeva nell'idea di pena privata.

In tal caso era il diritto privato che subiva una penalizzazione nel rinvenimento di una logica più strettamente punitiva all'interno di quelli che abbiamo chiamato rimedi *lato sensu* risarcitori.

(11) Cfr. in particolare G. PAOLI, *op. cit.*, p. 179.

(12) V. *supra* Parte II capitolo 1 § 1.3.

(13) Così F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, Padova, 2001, p. 96.

(14) Anche queste parole sono di F. CAVALLA, *op. cit.*, p. 97 il quale peraltro richiama il pensiero sul punto di N. AMARO, *Diritto, Delitto, Carcere*, Milano, 1987, p. 93.

In questa ipotesi, invece, è il diritto penale che individua le sanzioni, contro talune particolari ipotesi di reato, in strumenti improntati ad un'idea di « giustizia penale conciliativa » (15) ovvero di una giustizia penale ordinata, non all'afflizione del reo, ma la ricomposizione del conflitto che si è determinato in ragione dell'illecito.

Modificare il concetto di pena in tal senso, però, impone altresì di riflettere sugli stessi principi cui è improntato il sistema sanzionatorio punitivo primo tra tutti il principio di personalità e di intrasmissibilità della pena.

Orientare il diritto penale alla conciliazione tra vittima e reo, importa, infatti, di riflettere anche sulla stessa possibilità di permettere l'operatività di quegli strumenti mediante i quali si rende possibile una composizione del conflitto determinatosi in seguito al reato, tra i quali riteniamo di poter annoverare il contratto di assicurazione che rappresenta, nella sostanza, una garanzia delle pretese risarcitorie dell'offeso.

Una terza via per qualificare l'emersione di tali fenomeni riparatori potrebbe essere quella di lasciare immutata l'idea di pena riconoscendo nelle ipotesi, nelle quali si attribuiscono effetti penali alla riparazione del danno da reato, tecniche di tutela alternative propriamente civilistiche.

In siffatta logica si può, forse, riflettere sulla reale dualità dei sistemi di responsabilità, una dualità che risulta precaria in ragione delle stesse difficoltà incontrate da chi abbia cercato di individuare dei parametri attraverso i quali compiere una partizione tra illecito penale e illecito civile sul piano ontologico oltre che una distinzione meramente formale legata all'operatività delle

(15) Si tratta di una espressione ricorrente nei recenti dibattiti dottrinali che ha trovato impiego anche nel titolo di un recente convegno tenutosi a Trento il 25-26 giugno 2001 i cui atti sono stati pubblicati nell'omonimo volume « *Verso una giustizia penale 'conciliativa'?* Il volto delineato dalla legge penale sulla competenza penale del giudice di pace », a cura di L. Picotti G. Spangher, Milano, 2002, p. 149 ss.

diverse regole di procedura che regolano l'irrogazione della pena e la condanna al risarcimento dei danni (16).

Se si ipotizza che una simile partizione sia una pura sovrastruttura ideale e si riflette sulla possibilità di tornare ad un unitario concetto di torto, allora, l'unica partizione che risulta possibile è quella tra tecniche di tutela pubblicistiche, improntate alla ricostituzione dell'ordine violato, e tecniche di tutela priva-

(16) Tra i principali tentativi di operare una partizione teorica tra responsabilità civile e responsabilità penale, oltre a quella fondata sulla dicotomia risarcimento e pena (v. *amplius supra* parte I, capitolo 3, § 4), possiamo ricordare la possibile chiave di lettura che l'analisi economica del diritto offre al riguardo. Cfr. R.A. POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, in *Columbia L. Rev.*, 85, (1985), p. 1201; A.K. KLEWORCH, *Legal theory and Economic Analysis of Torts and Crimes, III*, p. 905 ss.; R. COOPER-T. ULEN, *Law and Economics*, Glenview, Illinois, 1988, p. 511-513, i quali tendono a collocare la responsabilità penale quasi in una posizione di necessario complemento della responsabilità civile ogniqualevolta la tutela compensatoria non risulti avere un sufficiente potere deterrente.

Per tal via si rischia, però, forse, di porre la responsabilità penale in un rapporto di mera accessoria rispetto a quella civile.

Merita ancora menzione al riguardo la posizione di G.P. FLETCHER, *A Transaction Theory of Crime?*, in *Columbia L. Rev.*, 85, (1985), p. 921 ss., il quale vede nella sostanziale a-moralità della responsabilità civile la caratteristica che vale a distinguere dalla responsabilità penale. L'A. non manca di richiamare nelle sue pagine le osservazioni di R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1975, p. 67 che individua nella *Criminal Law* un intervento residuale dello Stato sugli individui ogni qualvolta ci si trovi in presenza di reati aventi una peculiare risonanza a livello sociale.

Riconosce il fondamento della *criminal law* nella « *moral culpability* » e nell'azione di punire « *moral wrongs* » J. HALL, *Intentions of Criminal Law and Torts*, in *Colum. L. Rev.*, 43 (1943), p. 771-775.

Una peculiare attenzione alla gravità della condotta illecita dal punto di vista dello stato soggettivo del responsabile nella partizione tra responsabilità civile e penale, sembra trovare riscontro nelle pagine di R. EPSTEIN, *Crime and Tort: Old Wine in Old Bottles*, in *Assessing the criminal Restitution, Retribution, and the Legal Process*, 1977, pp. 247-248.

Simile osservazione sembrerebbe particolarmente rispondente al nostro sistema in cui per gli illeciti civili extraccontrattuali, a differenza di quelli penali, si ha una generale irridenzia dello stato soggettivo del responsabile e della natura dolosa o colposa della sua condotta. Potremmo così dire che il risarcimento varia in relazione alla gravità del danno e non della gravità della condotta.

Occorre, però, al riguardo rilevare come nella determinazione del *quantum debetur* il giudice possa ricorrere a criteri di tipo equitativo dando per tal via rilievo a parametri diversi dall'entità del danno prodotto dall'illecito tra i quali potrebbe figurare anche la gravità della condotta del responsabile.

tistiche, improntate alla ricostituzione della sfera dei privati lesi dall'azione antigiuridica altrui.

Senza voler tornare ad una prospettiva propriamente pancivilista del possibile modo di porsi dell'ordinamento di fronte agli illeciti (17), si può allora, forse, concludere che le norme sopracitate in materia di riparazione delle conseguenze del reato andrebbero lette non tanto sotto il profilo di un possibile scollimento sul piano concettuale nella partizione teorica tra pena-risarcimento, ma come il segno di un arretramento delle tecniche di tutela di tipo sanzionatorio punitivo rispetto a quelle di tipo compensatorio.

La riparazione delle conseguenze del reato, ancorché calata all'interno di un procedimento penale, manterrebbe immutata la sua natura privatistica caratterizzata dalla più stretta funzione compensatoria cui è improntata (18); il che varrebbe ad escludere la riferibilità a tali rimedi di quelle regole e principi propri del sistema sanzionatorio punitivo (19), su cui è fondata l'irrisarcibilità della pena (20).

(17) Di pancivilismo venivano accusate le teorie di Carnelutti sul possibile relazionarsi tra danno e reato. Sul punto F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 923.

(18) Del resto in tal senso ci sembra che muovano le conclusioni di H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Napolone*, I, Milano, 1991, p. 304.

(19) Simili conclusioni importerebbero anche di ripensare alle obiezioni sollevate da quanti negavano l'ammissibilità dell'impianto dello strumento riparatorio all'interno della responsabilità penale in quanto lo stesso sarebbe risultato in contrasto con i principi cui è improntato, principi che trovano consacrazione nella stessa Carta Costituzionale e che sono pertanto inviolabili anche da parte del legislatore.

L'obbligazione risarcitoria, infatti, è legata al dato contingente del danno che sfugge alla possibilità di ancorarne la determinazione a precisi limiti edittali fissati a priori dal legislatore e quindi, ove nello stesso fosse identificabile una sanzione punitiva penale, questo risulterebbe in contrasto con il principio *nulla poena sine lege*. Cfr. M. ROMANO, *op. cit.*, p. 865 ss. in particolare p. 887.

Vero è, se la riparazione spiegasse i suoi effetti nel diritto penale mantenendo ferma la sua anima privatistica sembrerebbe discutibile che agli stessi vadano riferiti i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo.

(20) V. *amplius supra* parte I, capitolo 3, § 3.

Saremmo allora ancora in presenza di sanzioni che mirano alla ricostruzione della sfera soggettiva della vittima del reato e che, in quanto tali, trovano nel meccanismo assicurativo un utile complemento e non un limite alla attuazione del fine cui sono preposte dall'ordinamento.

Una simile prospettiva nella sostanza non muta molto i termini del problema rispetto al precedente profilo ricostruttivo fondato su un'idea di pena come riparazione: in entrambi i casi si individuano margini di negoziabilità in ordine alle conseguenze di un illecito penale, margini che sembrano ridimensionare l'assoma dell'assicurabilità della responsabilità penale che era giustificatamente fondato su un'idea di pena come espressione dell'*authoritas* statale sugli individui.

Di fronte ad uno spostamento dell'attenzione del legislatore penale dall'offesa alla vittima sembra allora necessario anche ripensare ad un possibile relazionarsi, in senso positivo, della responsabilità penale con il contratto di assicurazione quale garanzia della materiale soddisfazione delle pretese risarcitorie della vittima stessa.

2. Assicurazione e illecito penale.

Nel ricostruire le origini storiche dell'assicurabilità della responsabilità penale, abbiamo preso atto di come tale limite andasse riferito non ad una assoluta inconciliabilità tra meccanismo assicurativo e illecito penale, ma ad una sostanziale cura rietà all'ordine pubblico di parti che siano volti ad estendere il rischio assicurabile alle conseguenze penali del illecito (21).

L'assicurabilità della responsabilità penale deve essere, quindi, letta come una più ristretta inassicurabilità della pena. Sono, infatti, i principi del sistema sanzionatorio punitivo, primo

tra tutti il principio di effettività, che troverebbero nel contratto di assicurazione un meccanismo elusivo (22).

Pertanto i confini del rischio assicurabile si estendono anche nella responsabilità penale nei limiti, però, delle conseguenze dell'illecito diverse dalla pena. Basti pensare, al riguardo alle spese processuali in cui incorre chi è imputato o anche solo indagato in un procedimento penale.

Al riguardo una delimitazione del rischio un tempo di norma contenuta nell'assicurazione spese legali e nell'assicurazione della responsabilità civile concerneva esclusione della copertura delle spese derivanti da procedimenti penali la quale veniva, generalmente, motivata sotto il profilo della liceità in quanto simili perdite rappresenterebbero la diretta conseguenza dannosa di una attività contraria a norme penali (23).

Si motiva così la nullità della suddetta copertura assicurativa attraverso una discutibile equiparazione tra le stesse e la pena in contrasto con l'orientamento di dottrina e giurisprudenza maggioritarie le quali rilevano come le spese processuali, non rappresentano una componente sanzionatoria del precetto penale, ma risultano essere la conseguenza dell'instaurazione di un procedimento penale a carico dell'assicurato, evento questo peraltro non dipendente da una accertata responsabilità dello stesso (24).

Del resto nel Progetto Mossa del capo del nuovo codice di commercio relativo all'assicurazione al punto LV, in materia di assicurazione della responsabilità civile, si prevedeva che «l'as-

(22) V. *supra* parte I, capitolo 1, § 42.

(23) « In base al noto principio per il quale non è assicurabile la responsabilità penale, non è assicurabile il debito per le pene e sono escluse le spese di giustizia penale »: così A. DONATI, *op. cit.*, p. 445.

(24) Le spese del procedimento penale sono considerate « un'obbligazione civile *ex lege* », e come tali non facenti parte della sanzione, sia dalla dottrina (M. GARAVELLI, voce *Spese del procedimento*, in *Dir. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 562) sia dalla giurisprudenza la quale applica alle spese legali il termine decennale di prescrizione proprio delle obbligazioni civili (Cass. 31-1-1994, in *Cass. Pen.*, 1995, 2246).

(21) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 3.

sicurazione comprende le spese dei processi civili e penali necessari alla difesa dell'assicurato contro le pretese del terzo ».

Già nei progetti per la riforma dei codici si era, quindi, orientati nel senso di ammettere l'assicurabilità di simili spese ed il successivo silenzio del legislatore è da ascrivere all'intento di ampliare i confini dell'autonomia privata nella individuazione e delimitazione del rischio assicurato.

Altre conseguenze dell'illecito penale diverse dalla pena, come tali assicurabili, possono essere rinvenute nella riparazione dei danni determinatisi nella sfera dell'offeso in relazione al torto altrui.

Tale affermazione non pone problemi con riferimento all'obbligo risarcitorio fondata sul combinato formato dagli artt. 2043 o 2059 c.c. e art. 185 c.p. (25).

La questione può, invece, risultare controversa con riferimento alle riparazioni produttive di effetti penali. Si pensi nuovamente alla riparazione estintiva del reato ex art. 35 d.lgs. 2.8.2000 n. 274 o alla riparazione avente effetti sulla determinazione della pena di cui all'art. 62 n. 6 c.p. e agli artt. 12 e 17 d.lgs. 8.6.2001, n. 231.

I penalisti si sono occupati del problema sotto il profilo della rilevanza ai fini penali della riparazione operata mediante l'intervento dell'impresa assicuratrice (26). Altra è però la questione, di cui andremo ad occuparci, in ordine alla possibile efficacia dell'obbligazione civile indennitaria dell'assicuratore anche con riferimento a siffatte perdite pecuniarie.

3. *Il fenomeno della Insurance for Criminal Acts in America.*

Il problema dell'assicurabilità delle conseguenze penali dell'illecito assume un rilievo peculiare nel diritto americano, il

quale conosce, all'interno della più lata categoria delle *not incarcerative sanctions*, la possibilità di irrogare, a carico del responsabile, somme di denaro a favore della vittima del reato (27).

Per tal via la tendenziale commistione tra *Tort Law* e *Criminal Law*, da noi più volte sottolineata con riferimento ai c.d. danni punitivi (28), riemerge sotto un diverso profilo: quello delle sanzioni penali.

Mentre riguardo ai *punitive damages* abbiamo parlato di rimedi civili nella forma ma penali nella sostanza, riguardo alle *restorations* possiamo dire di essere di fronte a sanzioni penali nella forma, perché irrogate a seguito di un procedimento penale, ma civili nella sostanza in quanto si tratta di somme di denaro di cui beneficerà la vittima del torto e che sono, tendenzialmente, finalizzate alla compensazione del pregiudizio da questa patito.

Si può allora concludere che proprio la difficoltà di compiere partizioni tra tali sistemi sanzionatori rende più complessa anche la stessa distinzione tra assicurabilità della riparazione delle conseguenze dell'illecito e inassicurabilità della pena e finisce per tradurre i termini della questione in un più generale problema di liceità di una copertura assicurativa dei *criminal acts* (29).

Tre i profili in cui potremmo cercare di sistemare le possibili vie di emersione del problema: l'interpretazione letterale del testo delle polizze di *liability insurance* in cui il riferimento testuale all'esistenza di un « *damage* » da indennizzare sembra costituire un ostacolo alla estensibilità dell'obbligazione dell'assicuratore anche alle spese che non sono riconducibili a tale categoria.

Ancora l'assicurabilità dei *criminal acts* potrebbe risultare contraria al principio di inassicurabilità degli atti intenzionali dell'assicurato. Si tratta di un'asserzione pressoché incomprendi-

(27) Anche nell'ordinamento inglese il *Criminal Justice Act* del 1972 ha previsto ipotesi di pene pecuniarie da corrispondere alla vittima.

(28) V. *supra* parte II, capitolo 2, § 2.

(29) Sul punto M. F. AYLWARD, *Does crime pay? Insurance for criminal Act*, in *Def. Counsel J.*, 1998, p. 185 ss.

(25) Sulla natura compensatoria privatistica della riparazione dei danni morali v. *amplius supra* parte II, capitolo 2, § 4.

(26) V. *infra* capitolo 2, § 3.

bile per il giurista continentale il quale non tenga conto del fatto che la *Criminal Law* americana è caratterizzata da una tendenza irilevanza penale degli illeciti colposi. Ne segue che i *criminal acts* sono in genere intenzionali e quindi inassicurabili in base alla regola della inassicurabilità del dolo.

Infine il problema di una possibile relazionabilità in positivo dei termini assicurazione e responsabilità penale trova un ostacolo nel giudizio di *public policy*. Occorre, infatti, chiedersi fino a che punto la copertura assicurativa delle perdite pecuniarie, in cui incorre il reo, risulti contraria agli scopi che l'ordinamento si propone di realizzare con la condanna del responsabile al pagamento delle stesse.

Questo profilo rappresenta in vero il punto nodale entro cui muovono le altre due prospettive. La *public policy* può, infatti, rappresentare un limite ad un'eventuale interpretazione estensiva della regola contrattuale: non si può ritenere incluso, in via interpretativa, un rischio che dovrebbe rimanere escluso perché non conforme ai limiti che l'ordinamento pone alla stessa *enforceability* della relativa pattuizione.

Ancora una valutazione in termini di *public policy* rappresenta una delle possibili strade attraverso cui è dato ammettere, in talune ipotesi, l'assicurabilità degli *intentional acts*: laddove, infatti, risultino prevalenti le ragioni di tutela della vittima rispetto a quelle di prevenzione e deterrenza degli illeciti, potrebbe doveroso, in una logica di *public policy*, estendere l'obbligo dell'assicuratore fino a coprire la riparazione del pregiudizio patito dalla vittima in conseguenza dell'illecito altrui anche dolo.

3.1. Estensibilità in via interpretativa della copertura anche ai criminal acts.

Alcune Corti hanno trovato una risposta al problema dell'assicurabilità dei *criminal acts* negli stessi testi delle polizze.

Così la *Court of Appeal* californiana ha escluso la estensibilità dell'obbligo indennitario dell'assicuratore a *monetary fines* o *penalties* in quanto non si tratterebbe di « *damages* » cui la polizza espressamente si riferisce (30).

Quello che sorprende in tale decisione è la mancanza di ogni riferimento ad una verifica della rispondenza di una diversa lettura, oltre che alla lettera delle clausole contrattuali, anche alla *public policy*.

La copertura di *criminal sanctions*, per le ragioni da noi più volte richiamate, dovrebbe, infatti, in primo luogo, porre perplessità circa la conformità di una simile regola rispetto ai fini di prevenzione e deterrenza degli illeciti cui le stesse sono indirizzate.

Sembra, invece, che i giudici californiani abbiano preferito trincerarsi dietro un'asserita chiarezza del dato letterale per evitare di dover operare un bilanciamento tra interessi alla prevenzione e interessi alla riparazione.

3.2. La mancanza di un unforeseen event come limite ad un possibile insurance coverage for criminal acts.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, due sono i fondamenti della regola dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi: la prevenzione delle condotte anti giuridiche e l'aleatorietà del contratto di assicurazione (31).

Presupposto del contratto di assicurazione è il rischio inteso come possibilità oggettiva di accadimento di un dato evento (32). Ne segue che i limiti di assicurabilità sono designati in relazione alla accidentalità dell'evento assicurato in quanto la intenzionalità dello stesso tramuterebbe il rischio in certezza.

Prima ancora che sulla natura aleatoria del contratto, l'inas-

(30) *Pertle v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 279 Cal Rptr. 498 (Cal App. 1991).

(31) V. *supra* parte I, capitolo 2, § 5.

(32) V. *supra* p. 18.

sicurabilità degli atti intenzionali risulta fondata su ragioni di prevenzione dei torti in quanto assicurare un soggetto anche per le perdite che siano la diretta conseguenza di una sua condotta intenzionale potrebbe risultare contrario al principio di auto-responsabilità e rappresentare, pertanto, un incentivo per questi alla commissione di illeciti.

Ad una simile logica sembrano rispondere le clause che limitano il rischio assicurato ai « *results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured* ».

Occorre al riguardo precisare che le Corti americane, in ipotesi di *liability insurance*, tendono a qualificare come intenzionale la condotta del responsabile laddove la stessa risulti « *inherently harmful* », ovvero risulti connotata da una « *violent nature* » (33).

Il punto è che lo stesso sintagma « *violent conduct* » è suscettibile di interpretazioni. Così, sebbene in genere i reati di *kidnapping* siano ritenuti esclusi dalla copertura assicurativa in quanto implicanti appunto una « *violent conduct* » (34), in alcuni casi le Corti hanno affermato che un eventuale *claims of kidnapping* non importa una condotta qualificabile in tali termini e quindi non importa alcuna esclusione dalla copertura assicurativa (35).

In altri casi i giudici, pur non negando la natura intenzionale dell'atto, hanno ritenuto l'esclusione della copertura in ipotesi di « *intentional and criminal act* », espressamente contenuta nella polizza, in contrasto con la garanzia oggetto di un contratto di

(33) Cfr. *Western Nat'l Assurance Co. v. Hecker*, 719 P. 2d 954 (Wash. App. 1986). In caso di *sexual molestation* però le Corti americane hanno precisato come la convinzione di non nuocere alla vittima non metta in discussione la mancanza del consenso della stessa. Cfr. *Merced Mut. Ins. Co. v. Mendez*, 261 Cal. Rptr. 279 (Cal. App. 1989).

(34) Vedi *King v. Prudential Property & Cas. Ins. Co.*, 684 F. Supp. 347 (D. N.H. 1988).

(35) Cfr. *Leibetter v. Concord GenCorp.*, 665 S.W. 2d 1166 (La. 1996).

assicurazione che espressamente estendeva la garanzia assicurativa anche ad ipotesi di responsabilità per « *personal injury* » (36).

Per tal via si contravviene, però, alla stessa necessaria accidentalità dell'evento assicurato quale condizione dell'esistenza del rischio; il che ci porta a ripetere le nostre osservazioni su una possibile maggiore ampiezza dell'idea di assicurazione nel sistema di *common law* (37), che finisce per superare la stessa natura aleatoria di tale contratto.

Il problema del possibile contrasto tra assicurazione degli atti intenzionali e principio di prevenzione degli illeciti deve invece essere esaminato sotto il profilo del giudizio di *public policy* e del bilanciamento tra interesse dell'ordinamento alla repressione e prevenzione del reato e interesse della vittima al ristoro del pregiudizio patito.

3.3. Insurance for criminal acts. *Questioni di public policy.*

Il tema dell'assicurabilità dei *criminal acts* trova una fondamentale chiave di lettura nella valutazione di conformità alla *public policy* delle pattuizioni che portino ad estendere la copertura assicurativa anche a perdite pecuniarie che rappresentino la sanzione della condotta delittuosa.

In taluni casi le Corti, pur riconoscendo l'importanza di riparare i pregiudizi determinati dal reato, hanno concluso che « *economic liability should be placed with the same precision as moral liability is placed squarely on the shoulders of the abuser* » (38).

Peraltro la maggiore rilevanza riconosciuta dai giudici alla deterrenza degli illeciti rispetto alla riparazione del pregiudizio assume un aspetto peculiare se si considera che la *Appellate Court of Illinois* si è pronunciata in tal senso in un'ipotesi di *child*

(36) In tal senso *Boiler v. Erie Insurance Exchange*, 687 A. 2d 1375 (Md. 1997)

(37) V. *amplius supra* p. 255.

(38) Così *Western States Insurance Co. v. J.R.*, 644 NE2d 486 (Ill. App. 1994).

molestation e quindi in un'ipotesi in cui parrebbero particolarmente evidenti le ragioni di tutela degli interessi dei soggetti privati vittime del reato.

Volendo individuare validi motivi che possono aver portato i giudici a formulare una simile decisione, almeno in apparenza, poco garantista degli interessi delle vittime, potremmo considerare un particolare profilo della questione. Si tratta, infatti, di un'ipotesi in cui non sembra esservi spazio alcuno per un ripri- stino o riparazione, anche solo materiale, della situazione anteriore al reato, di conseguenza l'interesse alla prevenzione degli illeciti risulta prevalente.

In altri casi il bilanciamento degli interessi è compiuto aprioristicamente dal legislatore il quale ha riconosciuto la assoluta preminenza delle finalità di prevenzione e deterrenza degli illeciti. Così è, ad esempio, nel *Massachusetts General Law, Charter 175, Section 47 6) (b)* ove è vietata la copertura assicurativa di « *any person against legal liability for causing injury other than bodily injury, by his deliberate or intentional crime or wrongdoing* ».

Nelle ipotesi finora considerate la *public policy* figurava come limite negativo alla possibilità di prestare copertura assicurativa ai *criminal acts* per la maggior rilevanza dell'interesse generale dell'ordinamento alla deterrenza degli illeciti rispetto all'interesse particolare delle vittime ad ottenere il ristoro del pregiudizio subito.

Alcune Corti, però, in tale operazione di bilanciamento degli interessi, non hanno mancato di considerare la possibile prevalenza, per taluni reati, delle esigenze di compensazione del pregiudizio subito dalla vittima rispetto alle ragioni di prevenzione degli illeciti (39).

Si individuano, così, alcuni margini di liceità della *insurance*

(39) Cfr. *Allstate Ins. Co. v. Patterson*, 904 F. sup. 1270 (D. Utah 1993); *Young v. Brown*, 650 So. 2d 750 (La App. 1995); *American Home Assurance Co. v. Fish*, 451 A. 2d 358 (N.H. 1982).

for criminal act, i quali, però, non sembrano presentare affinità rispetto ai termini in cui attualmente si pone il problema dell'assicurabilità delle sanzioni contro i reati in Italia.

Nel nostro ordinamento risultano, infatti, ancora chiaramente distinte le sanzioni punitive dalle sanzioni compensatorie non solo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale in quanto ad esse sono riferibili regole e principi distinti.

4. *Pena e riparazione in Germania. Possibile conciliabilità della Wiedergutmachung con lo strumento assicurativo.*

Vi sono, invero, altri ordinamenti, in cui il problema della possibile relazionabilità tra riparazione e pena si è recentemente posto ed in cui tale questione non ha mancato di sollevare l'interesse degli studiosi per la possibile apertura all'operare dello strumento assicurativo anche nel sistema della responsabilità penale.

Così in Germania la questione si è presentata con riferimento all'*Alternativ* — *Entwurf Wiedergutmachung* elaborato da un *Arbeitskreis* di studiosi tedeschi, svizzeri e austriaci (40).

La *Wiedergutmachung* era individuata nell'AE-WGM come strumento produttivo di effetti sul piano della « *abseben von Strafe* », per cui in relazione ad una riparazione delle conseguenze pregiudizievoli del reato il giudice si sarebbe astenuto dall'irrogare la pena.

Semberebbe così che il fenomeno sia da ricondurre all'idea Roxiniana di una possibile alternatività tra strumenti sanzionatorio — punitivi e tecniche di tutela compensatorie in senso proprio (41).

Per contro una penalista italiana, recentemente occupatasi

(40) Vedi ARBEITSKREIS DEUTSCHER, SCHWEIZERISCH UND ÖSTERREICHISCHER STRAFRECHTSLEHRER, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, München, 1992.

(41) Cfr. C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 3 ss., il quale propone l'inserzione di una sorta di *tertium genus* tra sanzione penale e obbligazione risarcitoria civile. L'A. è tra l'altro uno degli studiosi facenti parte dell'*Arbeitskreis* che ha dato vita all'AE-WGM.

delle possibili relazioni tra illecito penale e riparazione del danno, ha rilevato come dal testo dell'AE-WGGM non sia dato evincere che tale forma di riparazione sia legata al concetto di equivalenza proprio della tutela risarcitoria civilistica (42).

In particolare l'Autrice osserva come « se da un lato, è corretto affermare che la *Wiedergutmachung* si impernia sulla riparazione del danno, dall'altro va precisato che il concetto di "danno" sotreso dalla formula non coincide con il "danno" in senso civilistico... ma delimita un ambito più ampio e diverso di danno, appunto, il "danno sociale" » (43).

È, però, vero che nell'AE-WGGM non sembra estranea al concetto di *Wiedergutmachung* anche la mera compensazione per equivalente quale condizione di un'astensione dall'irrogazione della pena da parte del giudice.

L'Autrice riesce comunque, anche sotto tale profilo, a mantenere ferme le proprie conclusioni affermando che in tali ipotesi « è sì il danno in senso civile che viene risarcito (e/o riparato) ma è il danno in senso sociale che gli Autori dell'AEW-GM intendono eliminare » (44).

Si superano per tal via anche le perplessità che potrebbero nascere sulla natura strettamente penalistica dell'istituto in considerazione della rilevanza di termini che sembrano deporre a favore di una natura più propriamente compensatorio-privatistica dello stesso.

Intendiamo riferirci all'idea di « *Ausgleich* » intesa come composizione del conflitto tra *Täter* e *Opfer*, la quale sembra riferibile ad una logica propria della responsabilità civile (45).

In senso analogo muovono anche alcuni penalisti italiani v. A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., pp. 598-599.

(42) Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 287 ss. L'A. si richiama al testo dell'ABERTRICKS *op. cit.*, p. 25 ss.

(43) Così D. FONDAROLI, *op. cit.*, pp. 287-288.

(44) Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 290.

(45) Al § 1 dell'AE-WGGM si legge infatti: « *Wiedergutmachung ist der Ausgleich der Folgen der Tat* ».

Ancora dubbi sulla riconducibilità della *Wiedergutmachung* all'idea di pena possono sorgere con riferimento alla *Freiwilligkeit* della riparazione (46), che importa una partecipazione del reo all'infrazione della pena attraverso un atto di volontà in cui si esprime la scelta per la riparazione.

Di qui la domanda che l'Autrice sopraccitata si pone: « Può una sanzione penale statale (quale dovrebbe ritenersi la *Wiedergutmachung* nell'ottica dell'AE-WGGM) essere 'autoinflitta' dall'autore del fatto? » (47).

Nonostante tali perplessità la portata innovativa dell'AE-WGGM viene a stemperarsi nella riconosciuta avvicinabilità di tale tecnica di tutela alla *Buße*, già nota all'ordinamento tedesco quale sanzione punitiva consistente in una somma di denaro corrisposta dal reo su istanza dell'offeso e commisurata ad un detrimento materiale o immateriale da questi patito, ed in ciò assimilabile alla tutela risarcitoria, ma da questa distinta per la sua stretta accessoria rispetto alla sanzione penale (48).

La portata innovativa dell'AE-WGGM risulta altresì ridotta in ragione dell'attuazione che tale progetto ha avuto nella novella-zione del 1994 del codice penale tedesco.

Come è stato osservato, infatti, mentre nell'AE-WGGM al § 1 si faceva riferimento alla riparazione « *der Folgen der Tat* », il § 46 StGB rubricato, « *Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung* » diversamente prevede che il reo: « *seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht* ».

Il richiamo alla riparazione del fatto e non delle conseguenze induce la già citata Autrice italiana a « rafforzare la perplessità già palesata in ordine alla fungibilità tra i concetti di offesa e di

(46) Sempre al § 1 dell'AE-WGGM si fa riferimento ad una « *freiwillige Leistung des Täters* ».

(47) Così D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 339.

(48) Per tali osservazioni D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 159, la quale si richiama alle teorie di E. KERN, *Die Buße und die Erschädigung des Verletzten*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, a cura di K. Engisch-R. Maurach, München-Berlin, 1954, p. 407 ss.

danno, (e) alimenta la carenza di tassatività di un istituto ontologicamente duttile » (49).

La *Schadenswiedergutmachung* di cui al § 46 a StGB sembra così improntata a riparare l'offesa piuttosto che il danno in senso civile; il che induce a concludere che « la legge del 1994, insomma, incanala la riparazione del fatto e del danno nei binari tradizionali del diritto penale » (50).

Le conclusioni in ordine ad una possibile dissociazione della *Wiedergutmachung* dall'idea di danno in senso civile sembrano così trovare una conferma nell'attuazione che la stessa ha avuto appunto nella legge tedesca del 1994 (51).

Del resto i dubbi in ordine ad una possibile coincidenza tra l'oggetto della *Schadenswiedergutmachung* e il danno civile emergono dalle stesse considerazioni dell'*Arbeitskreis* con riferimento alla possibile relazionabilità tra assicurazione e *Wiedergutmachung* (52).

Due i profili di emersione del problema: in ipotesi di assicurazione contro i danni, in cui assicurato sia il danneggiato, e in ipotesi di assicurazione della responsabilità civile in cui assicurato sia il responsabile.

È infatti possibile che l'assicuratore si trovi a dover corrispondere al danneggiato, assicurato in virtù di un contratto di assicurazione contro i danni, un indennizzo corrispondente ad un pregiudizio che risulti essere causato da un fatto — reato altrui oppure si può ipotizzare un'assicurazione della responsabilità civile stipulata dal responsabile in cui la richiesta di indennizzo

(49) Per tali osservazioni D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 458.

(50) Così D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 475.

(51) Varie sono le perplessità nel riconoscere la portata innovativa della legge del 1994, che in realtà, sotto svariati profili, sembra aver accolto all'interno di una previsione normativa norme già esistenti nella prassi giurisprudenziale. Inoltre vari sono gli aspetti in cui la nuova disciplina legislativa sembra prendere le distanze dalle ben più ardite prospettive dell'AE-WGM con riferimento alla rilevanza della riparazione ai fini penali. Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 470.

(52) ARBEITKREIS, *op. cit.*, pp. 45-46.

ha ad oggetto la somma che l'assicurato deve corrispondere al danneggiato in relazione ad un fatto costituente reato.

Si tratta di una partizione che pare avere un valore puramente descrittivo, laddove, per contro, risulta centrale, nella soluzione del problema proposta dall'*Arbeitskreis*, la distinzione tra l'ipotesi in cui nel contratto di assicurazione risulti esclusa la *Rückgriff gegenüber dem Täter* e quella in cui sia riconosciuta in capo all'assicuratore *ein Regreßanspruch* verso il responsabile.

Nel primo caso l'indennizzo dell'assicuratore sarà limitato al *materieller Schaden*, laddove sul responsabile continueranno a gravare « *nur immaterielle Schaden* » e una eventuale « *symbolische Wiedergutmachung* » (53).

Per tal via sembra che gli Autori dell'AEW vengano a distinguere all'interno della obbligazione riparatoria che grava sul responsabile una componente rappresentata dal danno civile, che, in quanto tale, può essere trasferita a terzi e può essere altresì oggetto di un contratto di assicurazione, e una componente che rappresenta più propriamente una sanzione penale la quale, invece, non potrà essere trasferita a terzi.

Altro è il caso in cui l'assicuratore può agire in regresso verso il responsabile.

In tale ipotesi, infatti, sebbene la presenza di un contratto di assicurazione faccia venir meno la relazione diretta tra vittima e responsabile, quest'ultimo, « *neben der Erfüllung des Regreßanspruches der Versicherung noch beträchtliche Wiedergutmachungsleistungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3-bis 5 erbringt* » (54).

Quindi, attraverso il *Regreßanspruch* dell'assicuratore, il responsabile continua, anche se indirettamente, ad essere gravato dall'obbligazione riparatoria.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto si possono, però,

(53) Cfr. ARBEITKREIS, *op. cit.*, p. 46. Sembra che tale conclusione sia favorevole alla tesi che vede nell'*immaterieller Schaden* una pena. V. *supra* parte II, capitolo 2, nota 64.

(54) ARBEITKREIS, *op. loc. cit.*

avanzare perplessità in ordine alla stessa qualificazione del fenomeno.

In ipotesi di assicurazione della responsabilità civile il possibile regresso dell'assicuratore verso il responsabile assicurato in relazione agli indennizzi corrisposti in ragione degli illeciti da questi commessi, sembra avvicinare il fenomeno al meccanismo fideiussorio piuttosto che a quello assicurativo.

In tal caso, infatti, l'obbligazione dell'assicuratore non si risolve tanto nell'assunzione di un rischio quanto nella garanzia per debiti aventi origine da un fatto illecito (55).

Al di là di simili questioni, lo studio del fenomeno della *Wiedergutmachung* rappresenta uno degli aspetti in cui si pone il problema della relazione esistente tra danno civile e offesa penale e quindi della possibilità di ammettere che questa possa trovare adeguata riparazione nelle tecniche di tutela civile verso gli illeciti.

È, del resto, proprio dal contenuto dell'AE-WGM che parte della dottrina italiana muove per avanzare osservazioni critiche in ordine alla possibilità di collocare la riparazione del danno tra gli strumenti attraverso cui attuare la necessaria sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale (56).

La nostra scelta di occuparci di un tema proprio del diritto penale tedesco muove, quindi, non da velleità comparatistiche, ma dalla necessità di dar atto del dibattito internazionale relativo alla possibilità di riconoscere effetti penali a rimedi risarcitori, osservando come, pure in altri ordinamenti, la questione abbia sollevato il correlato problema della operatività del contratto di assicurazione nel diritto penale; a testimonianza dell'esistenza di una sorta di *vis attractiva* tra assicurazione e tutela compensatoria.

CAPITOLO II ASSICURAZIONE E DANNO DA REATO

SOMMARIO: 1. La risarcibilità del danno da reato *ex art.* 185 c.p.. — 2. L'assicuratore come parte eventuale nel processo penale. — 3. Riparazione *ex art.* 62 n. 6 c.p. e contratto di assicurazione. — 4. Riparazione del danno ed estinzione del reato. — 4.1. Riparazione del danno da reato nel processo penale davanti al giudice di pace. Alcune considerazioni critiche. — 4.2. Assicurazione e riparazione del danno da reato *ex art.* 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274. — 4.3. Riparazione e assicurazione nella riforma dei reati societari.

1. La risarcibilità del danno da reato *ex art.* 185 c.p.

Già prima delle riforme indicate nel precedente capitolo il risarcimento trovava spazio nel procedimento penale di condanna del responsabile in due disposizioni: l'art. 185 c.p., ove appunto si prevede che il reato importa anche il risarcimento delle conseguenze dello stesso, siano esse patrimoniali o non patrimoniali, e l'art. 62 n. 6 ove la riparazione integrale del danno prima del giudizio rileva come circostanza attenuante comune.

Della prima ipotesi abbiamo avuto modo di occuparci con riferimento alla riparazione del danno morale i cui limiti di risarcibilità vengono delineati dagli interpreti in una possibile lettura combinata dell'art. 2059 con l'art. 185 (1).

Nel presente paragrafo quest'ultima disposizione sarà oggetto, invece, di considerazione sotto il diverso profilo del possibile coordinamento tra azione penale e pretesa risarcitoria della vittima all'interno del procedimento penale di condanna del responsabile.

(55) V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.
(56) Cf. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 47.

(1) V. *supra* parte II, capitolo 1, § 1.3.

Occorre in primo luogo osservare come l'art. 185 non riconosca rilevanza alla riparazione del danno da reato ai fini della determinazione e dell'irrogazione della pena, ma si limiti ad estendere il campo dell'*inimuria* civile anche alla violazione di disposizioni penali, asserzione questa che potrebbe intendersi come un'inutile ripetizione di quanto parrebbe logico dedurre in via interpretativa: se si considera illecito quanto risulti essere *contra ius* allora la norma penale, poiché volta ad ordinare imperativamente la condotta degli individui, non potrà che delinere con il suo contenuto i confini del torto insieme alle altre disposizioni imperative non penali (2).

Il dettato di cui all'art. 185 c.p. risulterà meno tautologico se in esso si legge la necessaria chiarificazione circa i rapporti tra risarcimento e pena: di fronte all'illecito penale l'ordinamento non rinviene nella irrogazione della pena una risposta soddisfacente in quanto questa potrà rappresentare uno strumento di ricostituzione dell'ordine pubblico violato e non anche un rimedio contro i possibili pregiudizi patiti dai singoli privati vittime del reato.

Inoltre la norma in esame risulta avere anche una rilevanza processuale se la si legge in combinato con l'art. 74 c.p.p. ove è riconosciuta la possibilità di agire per le restituzioni o il risarcimento del danno al soggetto « al quale il reato ha recato danno ovvero (ai) suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile. »

L'art. 185 c.p. allora incide, non solo sul piano sostanziale ai fini della determinazione della possibile estensione dell'obbligo risarcitorio del responsabile, ma anche ai fini della stessa proponibilità in sede penale della relativa pretesa.

(2) Non solo ma anche una condotta che non si ponga in diretto contrasto con alcuna disposizione di legge può essere connotata di antigiuridicità secondo un'interpretazione della norma dell'ordinamento tale da porre la condotta stessa in contrasto con i principi cui lo stesso si ispira. Cfr. E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 637 ss.; Id., *Dritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 53 ss.; F. D. BUSNELL-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.

Se la suddetta disposizione può aver sciolto ogni dubbio in ordine alla possibile coesistenza di pena e obbligazione risarcitoria relative al medesimo fatto, essa lascia ancora spazio ad interrogativi circa il fondamento normativo del risarcimento del danno da reato.

Secondo alcuni la norma contenuta nell'art. 185, ancorché inserita nel codice penale, avrebbe autonoma efficacia costitutiva delle relative obbligazioni civili per cui, una volta accertata l'esistenza del reato, non occorrerà verificare se dallo stesso sorgano obbligazioni risarcitorie secondo le norme civili. Tale disposizione, infatti, rappresenterebbe di per sé il fondamento delle pretese del danneggiato (3).

La giurisprudenza, per contro, sembra prevalentemente orientata nel senso di leggere nell'art. 185 una mera disposizione integratrice delle regole generali sugli illeciti civili contenute negli artt. 2043 e 2059 ove trova disciplina il danno civile all'interno della cui categoria deve essere collocato anche il danno da reato (4).

Tale conclusione sembra peraltro avvalorata da alcune considerazioni relative allo stesso oggetto dell'obbligazione risarcitoria, di cui all'art. 185, che non sarà costituito dal danno criminale, ovvero dall'offesa coincidente con la lesione o la messa in pericolo del bene alla cui tutela è ordinata la norma penale (5), ma dal

(3) Cfr. V. ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989, p. 73.

(4) Cass. pen. 21.1.1992, in *Cass. Pen.*, 1999, 2376.

(5) Sulla distinzione tra danno criminale e danno civile operata dalla dottrina v. da ultimo D. FONDATORI, *op. loc. ult. cit.*

Da notare come tale distinzione sia conosciuta anche in giurisprudenza. Si è infatti osservato come "non può essere accolta la domanda di costituzione di parte civile articolata con riferimento alla richiesta di risarcimento di un danno immediato e diretto conseguente al delitto di associazione per delinquere. Legittimato alla tutela del bene e persona offesa dal reato è soltanto il titolare del diritto nel cui interesse è posta la norma incriminatrice. Il delitto di associazione a delinquere (reato di pericolo) è posto esclusivamente a tutela dell'ordine pubblico, la cui garanzia costituisce precipuo interesse dello Stato, interesse che viene in concreto leso dalla esistenza della associazione e dall'allarme sociale che questa di per sé suscita, senza che al detto reato possa

danno civile ovvero dal detrinimento, patrimoniale o non patrimoniale, che si è determinato nella sfera giuridica della vittima (6).

Siamo, quindi, ancora all'interno di una logica di compensazione del pregiudizio che il reato ha determinato nella sfera del soggetto leso e non in quella di ricostituzione dell'ordine pubblico violato dalla condotta antigiuridica.

Pertanto il fatto che la norma sul risarcimento del danno da reato sia contenuta nel codice penale, non vale ad escludere che si sia in presenza di un rimedio civilistico contro gli illeciti da ricondurre all'interno del sistema della responsabilità civile.

Simili rilevi conclusivi acquistano peraltro valore determinante anche in merito alla individuazione delle regole applicabili ai fini della determinazione del danno risarcibile.

Si tratta, infatti, di un problema che ha assunto particolare rilevanza con riferimento ai criteri soggettivi di imputabilità del reato in considerazione della equivalenza di dolo e colpa nella responsabilità civile extracotrattuale a differenza di quanto avviene con riferimento agli illeciti penali (7).

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo gazione risarcitoria avente ad oggetto il danno da reato, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo gazione risarcitoria, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo gazione risarcitoria, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo gazione risarcitoria, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo gazione risarcitoria, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

Al riguardo la Suprema Corte, data la funzione meramente integrativa e non costitutiva dell'art. 185 c.p. rispetto all'obbligo gazione risarcitoria, ha concluso nel senso della irrilevanza del diverso stato soggettivo del responsabile ai fini della determinazione del *quantum debeatur*.

ture dell'obbligazione risarcitoria secondo quanto sembra deducibile dalle norme contenute negli artt. 2043 ss. del codice civile (8).

(8) In tal senso Cass. pen. 26.4.1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, 1. Da notare, però, come in caso di danni non patrimoniali, i giudici, nell'esercizio del potere equitativo concesso loro ex art. 2056 c.c., si richiamano spesso ai parametri di determinazione della pena di cui all'art. 133 c.p. tra i quali figurano "l'intensità del dolo" e il "grado di colpa". V. *supra* parte II, capitolo 1, nota 138.

Un'altra questione concernente l'individuazione delle regole in base alle quali disciplinare il danno da reato risiedeva nella interpretazione dell'art. 2043 che ricostruiva la fattispecie dell'illecito civile come lesione di un diritto soggettivo. In base ad una simile lettura del dato codicistico si arrivava ad escludere la risarcibilità del danno da reato ove questo dipendesse dalla lesione di un interesse legittimo. Cfr. Cass. SS.UU., 23 novembre 1985, n. 5813, in *Giust. civ. Mass.* 1985.

Tale soluzione merita, però, di essere rivista alla luce della recente sentenza in materia di risarcimento degli interessi legittimi Cass. SS.UU. 22.7.1999 n. 500, in *Foro amm.* 1999, 1990. Sul punto Cfr. E. SOUARCA, *Il danno da reato, derivante da lesione di interessi legittimi, è risarcibile anche in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1314 ss.

Altro è il problema della possibilità di utilizzare concetti propri del diritto penale ai fini dell'applicazione delle regole civili in materia di risarcimento del danno.

Così, in caso di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, l'art. 2047 c.c. fa riferimento, ai fini dell'individuazione del momento da cui inizia a decorrere il termine prescrizione, al giorno in cui si è verificato il "fatto". Secondo un'interpretazione costante della giurisprudenza il "fatto" cui tale norma si riferisce non è rappresentato dalla condotta antigiuridica del responsabile, ma dal danno.

Non solo, ma in taluni casi la Suprema Corte ha precisato che "Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito comincia a decorrere non dal momento in cui il fatto del terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto, ma dal momento in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e conoscibile": così Cass. 5.7.1989, n. 3206, in *Mass. Foro it.*, 1989.

Non avrebbero pertanto rilevanza circostanze successive anche ove queste importino un aggravamento del danno. In tal senso Cass. 19 agosto 1983, n. 5412, in *Foro it.*, 1984, I, 500.

Tale interpretazione pone, però, problemi in caso di reati permanenti in cui "la legge richiede che l'offesa al bene giuridico si protenga nel tempo per effetto della persistente condotta volontaria del soggetto": così F. MANFROTTO, *op. ult. cit.*, p. 445.

In siffatta ipotesi la produzione dell'evento dannoso non si esaurisce in un dato istante ma perdura in relazione al corrispondente perdurare dell'azione antigiuridica. Con riferimento a tale questione interpretativa la Cassazione sembra aver trovato una soluzione nel carattere continuativo della condotta dannosa proprio del concetto di reato permanente elaborato dalla dottrina, in base al quale la Corte ha affermato che "la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta

Una possibile autonomia del danno da reato di cui all'art. 185 c.p. rispetto al sistema di tutela contro illeciti civili potrebbe, però, risultare dal fatto che la norma in esame, al 1° comma, prevede anche rimedi diversi dalla tutela risarcitoria; si pensi all'obbligo « alle restituzioni a norma delle leggi ».

Si discute, al riguardo, in dottrina circa la possibile coincidenza di tale obbligo restitutorio con la reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 2058.

In particolare si osserva come quest'ultima, in quanto modalità della tutela risarcitoria, andrebbe ricondotta al secondo comma dell'art. 185 ove si fa riferimento al risarcimento del danno.

Le restituzioni, dovrebbero allora essere un fenomeno più ristretto del ripristino dello *status quo antea*, ovvero una mera restituzione materiale del bene (9).

A favore di una simile conclusione si osserva inoltre come gli accertamenti giudiziari, che può richiedere una *restitutio in integrum*, essendo improntati a ricostruire il reale stato delle cose anteriore al fatto illecito, parrebbero per la loro complessità in contrasto con le esigenze di speditezza proprie del procedimento penale (10).

La giurisprudenza, per contro, sembra adottare una nozione di restituzione coincidente con il rimedio della reintegrazione in forma specifica, ammettendo la tutela restitutoria anche rispetto a danni da reato rappresentati non solo dalla perdita di disponibilità materiale del bene (11).

Ancora una possibile peculiarità dei rimedi contro il danno

dannosa": Cass. SS.UU. 5.11.1973, n. 2855, in *Mass. Foro*, 1973. In tal senso più recentemente Cass. 17.2.1997, n. 1439, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 257; Cass. 16.11.2000, n. 14861, in *ivi*, 2000, 2347.

(9) Cfr. A. CHILBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, p. 105 ss.

(10) Cfr. A. CHILBERTI, *op. cit.*, p. 106.

(11) Cfr. Cass. pen., sez. un., 1 febbraio 1992, in *Giust. pen.* 1993, II, 257.

In altri casi la Suprema Corte è stata più esplicita in tal senso affermando che « l'obbligo alla restituzione, di cui al comma 1 dell'art. 185 c.p., comporta a carico dell'autore del reato non solo l'obbligo della riconsegna delle cose sottratte, ma anche

da reato può essere rinvenuta nella pubblicazione della sentenza di cui all'art. 186 c.p. operante in ipotesi di danno non patrimoniale.

Anche in tal caso la giurisprudenza tende a considerare tale tecnica di tutela una forma di riparazione in forma specifica (12).

Sembra, però, discutibile che si ragioni nei termini di una ricostituzione dello *status quo antea*, propria della *restitutio in integrum*, di fronte ai danni aventi natura non patrimoniale cui è limitata l'applicabilità dell'art. 186 c.p. (13).

Quello che ci preme sottolineare è comunque la tendenza a considerare tale rimedio una particolare forma di tutela riparatoria prevista all'interno del codice penale ma avente natura strettamente civilistica come sembra confermare la sua azione limitata solo su istanza della parte civile (14).

Anche riguardo ai rimedi alternativi alla tutela risarcitoria, quindi, il danno da reato non sembra collocabile su un piano distinto dal danno civile, la cui riparazione trova fondamento nelle norme del codice contenute negli artt. 2043 ss.

Una nota stonata in tale ricostruzione riguarda, però, il problema della operatività della garanzia assicurativa in caso di condanna al risarcimento in sede penale.

La natura civilistica della riparazione del danno da reato, anche ove la relativa pretesa sia inserita all'interno di un proce-

quello della « *restitutio in integrum* » ossia il ripristino della situazione preesistente al reato": così Cass. pen. 30.11.1989, in *Riv. pen.* 1991, 55.

(12) Così Cass. 1.3.1993, n. 2491, in *Dir. inf.*, 1993, 383.

(13) Sulla possibilità di considerare la pubblicazione della sentenza una forma di risarcimento in forma specifica v. M.R. MAROLA, *op. cit.*, p. 80.

(14) La giurisprudenza esclude comunque in via generale la natura di pena accessoria di tale rimedio distinguendolo dalla pubblicazione della sentenza di condanna di cui all'art. 19 c.p. Così Cass. pen. 15.6.1998, in *Giust. pen.* 1999, II, 280; Cass. pen. sez. un., 21.4.1989, in *Notiziario giur. lav.*, 1989, 739; Cass. pen. sez. un. 21.5.1988, in *Cass. pen.* 1989, 1406.

In tal senso sembra anche di poter leggere la rilevanza che talvolta i giudici riconoscono alla pubblicazione della sentenza ai fini di una riduzione dell'entità dell'obbligo risarcitorio. Cfr. C. App. Napoli 12.6.1992, in *Foro it.*, 1993, I, 2347.

dimento penale, dovrebbe trovare rispondenza nella, non solo formale ma anche sostanziale, efficacia degli altri strumenti privatisici che rappresentano l'utile complemento dell'obbligazione risarcitoria tra i quali figura il contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Tale efficacia risulta, invece, ridotta in quanto il legislatore non ha previsto la partecipazione dell'assicuratore nel processo penale.

Pertanto il danneggiato che avanzi le proprie pretese risarcitorie in sede penale, costituendosi parte civile, potrà ottenere solo la condanna del responsabile, ma non anche dell'assicuratore pure nei casi in cui la legge gli riconosce azione diretta contro quest'ultimo come in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica.

Inoltre, sebbene all'art. 1917 ultimo comma sia prevista, in generale, la facoltà per l'assicurato convenuto dal danneggiato di chiamare in causa il proprio assicuratore, ove la relativa pretesa risarcitoria sia avanzata in sede penale, tale facoltà risulta esclusa in quanto non sembra esservi norma che preveda la partecipazione di quest'ultimo all'interno del processo penale.

Si tratta di un'annosa questione risalente al codice di procedura penale del 1930, cui la riforma del 1988 non ha dato risposta, e che sembra aver trovato un epilogo in due recenti sentenze della Corte Costituzionale.

2. *L'assicuratore come parte eventuale nel processo penale.*

Dalle norme contenute nel codice di procedura penale non risultano disposizioni che permettano la partecipazione dell'assicuratore del responsabile nel giudizio penale in cui sia stata proposta domanda di risarcimento danni.

L'art. 83 c.p.p. prevede, infatti, espressamente solo la facoltà per la parte civile costituitasi di citare nel processo penale il « responsabile civile », sintagma che tecnicamente indica esclusi-

vamente il soggetto obbligato in ragione di un fatto illecito e non, quindi, anche l'assicuratore il quale si vede gravato in via diretta esclusivamente da un'obbligazione indennitaria di fonte contrattuale (15).

Per contro la Consulta, per evidenti ragioni di tutela della vittima e delle sue pretese risarcitorie, le quali con ogni probabilità trovano miglior garanzia nel patrimonio dell'impresa assicuratrice che non in quello del responsabile, ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 83 c.p.p. anche all'assicuratore (16).

Se i dubbi di costituzionalità di tale norma avanzati dalla Corte paiono condivisibili, non risulta sempre accettabile, sul piano logico-sistematico, la linea argomentativa seguita dalla stessa.

La Consulta, infatti, si è in primo luogo trovata di fronte alla necessità di superare le conclusioni a cui era giunta in precedenza la Cassazione in ordine alla non identificabilità dell'assicuratore con il responsabile civile. In particolare la Suprema Corte aveva escluso la possibile coincidenza dell'assicuratore con il responsabile civile di cui all'art. 83 c.p.p. in quanto l'impresa assicuratrice « non ha alcun obbligo nei confronti dei terzi, ... (e) l'obbligo assunto nei confronti dell'assicurato è limitato all'indennizzo, che, concettualmente, segue il momento della liquidazione del danno e dell'esborso a titolo di risarcimento » (17).

La Corte Costituzionale giunge ad una diversa conclusione secondo un ragionamento che si articola in due fasi.

(15) Sul punto tra gli altri v. P. TONNU, *Manuale di procedura penale*, Milano, 1999, p. 122. La norma in esame sarebbe pertanto volta a permettere la citazione del soggetto civilmente responsabile diverso dall'imputato. Si pensi al responsabile per fatto altrui.

(16) Intendiamo riferirci a C. Cost. 16.4.1998, n. 112, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 640.

La questione era già stata posta, in relazione all'art. 97 C., alla Corte costituzionale la quale l'aveva rigettata in quanto la mancata partecipazione dell'assicuratore al processo penale non poteva considerarsi causa di giudicati discordanti. Cfr. C. Cost. 16.2.1982, n. 38, in *Arch. giur. circol.*, 1982, 175.

(17) Così Cass. pen. 28.5.1997, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 1997, 664.

In primo luogo si osserva la possibile identificabilità dell'assicuratore con il responsabile civile di cui all'art. 83 c.p.p. in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica.

La Consulta rileva, infatti, come la l. 24.12.1969 n. 990, ammettendo all'art. 18 l'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore, finisce per creare un nuovo responsabile civile rappresentato appunto dall'impresa assicuratrice.

Si può allora arrivare a sostenere che quest'ultima si trova ad essere gravata, non tanto da un'obbligazione indennitaria, quanto piuttosto dall'obbligo a risarcire il danno in luogo dell'autore del fatto illecito, figurando per tal via, nella sostanza, come un autentico responsabile *ex lege*.

Ne segue che, in tale specifica ipotesi, l'assicuratore può essere identificato con il responsabile civile di cui all'art. 83 c.p.p. e può quindi essere citato dalla parte civile costituitasi in giudizio (18).

Questa interpretazione risulta, però, ancora insoddisfacente in quanto il danneggiante, il quale, ove la pretesa risarcitoria del danneggiato fosse inserita in un processo civile, potrebbe chiamare in garanzia il proprio assicuratore *ex artt.* 1917 c.c. e 106 c.p.c., si vede privato di una tale facoltà nel caso in cui la richiesta di risarcimento venga proposta in sede penale.

L'art. 83 c.p.p. consente, infatti, di citare in giudizio il responsabile civile solo alla parte civile costituitasi e non anche all'imputato.

È vero che questi potrà comunque ripetere dall'assicuratore quanto pagato a titolo di risarcimento danni, ma è altrettanto indiscutibile che l'impresa assicuratrice, ove rimanga estranea al processo, perché la parte civile non la ha citata, sia tenuta ad

(18) L'art. 83 c.p.p. prevede, infatti, che "la citazione del responsabile civile perde efficacia se la costituzione di parte civile è revocata o se è ordinata l'esclusione della parte civile". Ne segue che, come peraltro osserva la Consulta nella sentenza C. Cost. 16.4.1998 n. 112, cit., l'imputato potrà citare in giudizio l'assicuratore solo previa costituzione della parte civile.

adempiere solo in via successiva ed eventuale a differenza di quanto avviene nel processo civile *ex art.* 106 c.p.c.

Di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 83 c.p.p. in relazione all'art. 3 C., per disparità di trattamento tra imputato e responsabile civile e per differenti poteri processuali del responsabile nel processo penale e nel processo civile, nonché in relazione all'art. 24 C., per impossibilità per il convenuto di chiamare in garanzia il responsabile civile nel processo penale, ed infine riguardo all'art. 97 C., per possibili pronunce discordanti in sede penale e civile che potrebbero compromettere il buon andamento della giustizia.

Si precisa, però, come tali profili di incostituzionalità rilevano solo in ipotesi di assicurazione per la responsabilità civile automobilistica.

È in relazione a simile puntualizzazione che la Corte si è trovata nuovamente a doversi confrontare con la questione della possibilità per l'impresa assicuratrice di essere citata dall'imputato in un processo penale in ipotesi di assicurazione obbligatoria diversa da quella automobilistica e in ipotesi di assicurazione facoltativa (19).

Così con riferimento all'assicurazione obbligatoria di cui all'art. 935 cod. nav. la Consulta, in una pronuncia successiva, ha escluso la possibilità per l'imputato di citare l'assicuratore in quanto « i principi affermati nella più volte richiamata sentenza 112/1998 sono intimamente saldati — sul piano logico e strutturale — alla particolare ipotesi di responsabilità civile derivante dalla assicurazione obbligatoria prevista dalla legge 24.12.1969 n. 990. » (20).

A maggior ragione tali conclusioni valgono per l'assicurazione facoltativa dove l'assicuratore non è gravato da alcun obbligo di legge.

(19) Cfr. C. Cost. 23.3.2001 n. 75, in *Cass. Pen.*, 2001, 2020.

(20) Così C. Cost. 23.3.2001 n. 75, cit.

Sembra, pertanto, che siffatte interpretazioni siano fondate su una lettura della legge sulla assicurazione obbligatoria automobilistica la quale tende ad identificare, in via eccezionale, nell'assicuratore un vero e proprio responsabile *ex lege* per fatto altrui come tale citabile in giudizio *ex art. 83 c.p.p.* sia dalla parte civile sia, ove questa si costituisca in giudizio, anche dall'imputato per ragioni di parità di trattamento.

Come abbiamo avuto modo di osservare, sembra, però, discutibile che si possa riconoscere nella normativa in materia di assicurazione obbligatoria automobilistica una disciplina che incida sulla stessa struttura del rapporto tra responsabile civile e danneggiato sostituendo al primo l'assicuratore (21).

Anche tale ipotesi pare, quindi, contrastare con la ricostruzione del rapporto esistente tra assicuratore e responsabile in termini di una responsabilità per fatto altrui in quanto esiste comunque una dissociazione tra l'obbligo al risarcimento del danno, avente origine dal fatto illecito dell'assicurato, e l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore, avente origine dal contratto.

Sembra allora che, in ordine alla possibilità di citare l'assicuratore all'interno del processo penale, valgano due possibili soluzioni: si può ritenere che l'ambito di applicazione dell'art. 83 c.p.p. sia ristretto alle ipotesi di responsabilità per fatto altrui e che non possa essere esteso anche a soggetti che hanno solo assunto l'obbligazione di tenere indenne il responsabile.

Tale norma, pertanto, prenderebbe in considerazione il caso in cui l'imputato non coincida col soggetto civilmente responsabile permettendo anche la citazione di quest'ultimo; si pensi all'ipotesi della responsabilità per fatto altrui dei padroni o committenti di cui all'art. 2049 c.c. Una siffatta lettura dell'art. 83 c.p.p. finisce, peraltro, per risolvere in radice lo stesso problema

(21) V. *supra* p. 85.

della possibile estensione della facoltà di citare l'assicuratore anche da parte dell'imputato.

Simile soluzione sembra, inoltre, giustificata da ragioni di economia processuale dal momento che la citazione dell'assicuratore può incidere sensibilmente sulla durata del processo, in ragione delle possibili questioni di validità ed efficacia del contratto che esorbitano dalle materie di ordinaria cognizione da parte del giudice penale.

Tale prospettiva è, però, legata ad un'idea di tendenziale separazione tra processo penale e processo civile (22), poco rispondente alla evoluzione delle tecniche di tutela contro gli illeciti penali nella quale si avverte un sempre maggiore e vistoso inserirsi del rimedio privatistico del risarcimento del danno (23).

La possibilità di depurare il processo penale da tutte le questioni civilistiche che possono contrastare l'economia processuale trova, infatti, un limite nel rinnovato interesse del diritto penale per i rimedi di tipo risarcitorio i quali vengono a spiegare sempre più i propri effetti all'interno del sistema della responsabilità penale.

Vale la pena, al riguardo, sin da ora di chiedersi come sia possibile ammettere che la condanna in sede penale del responsabile possa essere legata all'avvenuta riparazione delle conseguenze del danno da reato se non si consente poi all'imputato di impiegare tutti i mezzi che egli ha a disposizione per adempiere al proprio obbligo risarcitorio, tra i quali figura appunto il contratto di assicurazione.

(22) È in base a simili argomentazioni che la C. Cost. 23.3.2001 n. 75, cit. fonda il suo rigetto della questione di legittimità dell'art. 83 c.p.p. in relazione alla possibilità per l'imputato di citare l'assicuratore in ipotesi di assicurazione facoltativa.

La Corte, infatti, avverte come nella disciplina del processo penale ad un "rafforzamento dei diritti e delle garanzie assicurati ai soggetti portatori di istanze civili... si giustappone una accentuata tendenza a depurare il processo penale dalla pretesa risarcitoria, facendo confluire la relativa domanda in sede propria..."

(23) Il riferimento è alla normativa in materia di competenza penale del Giudice di pace di cui al d.lgs. 28.8.2000 n. 274 v. *amplius infra* § 4.1.

L'altra possibile soluzione potrebbe allora essere quella di considerare la suddetta lettura restrittiva dell'art. 83 c.p.p. incostrutturale in relazione all'art. 3 C. in quanto finirebbe per determinare un'ingiustificata diversificazione in punto di intervento dell'assicuratore nel giudizio di condanna del responsabile al risarcimento del danno, come previsto *ex art.* 1917 ultimo comma, a seconda che la relativa richiesta da parte del danneggiato sia stata compiuta in sede penale o in sede civile.

Si tratterebbe peraltro di una discriminazione rilevante anche in relazione all'art. 24 C. in quanto la stessa inciderebbe sul diritto di difesa dell'imputato, il quale potrebbe beneficiare in sede penale dell'avvenuta riparazione ad opera dell'assicuratore (24).

Se non si ritiene accoglibile la lettura dell'art. 83 c.p.p. proposta dalla Consulta volta ad identificare l'assicuratore col responsabile civile in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica, allora una soluzione proponibile, al fine di avvicinare le posizioni processuali delle parti nel processo penale e nel processo civile di fronte ad una domanda di risarcimento danni, sarebbe quella di riconoscere la facoltà per le parti del processo penale di citare l'assicuratore del responsabile negli stessi casi e con gli stessi limiti previsti nel processo civile.

Si tratta, quindi, di consentire alla parte civile la facoltà di citare l'assicuratore in tutte le ipotesi in cui è prevista l'azione diretta dal danneggiato (25).

(24) Si pensi al riguardo a quanto previsto all'art. 35 della legge sulla competenza penale del giudice di pace e all'art. 62 n. 6 c.p.

Sulla rilevanza ai fini penali della riparazione operata dall'assicuratore v. in particolare *ampius infra* § 4.

(25) Al riguardo occorre precisare che l'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore è prevista non solo in ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica, ma anche in caso di assicurazione obbligatoria per i rischi nucleari o per i rischi da inquinamento da idrocarburi.

Risulterebbe, quindi, comunque ingiustificata la stretta limitazione della citazione dell'assicuratore alle sole ipotesi di assicurazione obbligatoria automobilistica operata dalla Consulta nella sentenza 16.4.1998 n. 118, cit.

Inoltre, per le ragioni di legittimità costituzionale richiamate, un'analoga facoltà dovrebbe essere ammessa anche per l'imputato e per il responsabile civile.

Si potrebbe notare come, in tal modo, si venga a riconoscere una sorta di chiamata in garanzia, propria del processo civile, all'interno del processo penale; il che importa di dover risolvere i problemi concernenti la necessità di rendere tale strumento processualciviltico compatibile con le regole della procedura penale.

Al riguardo la Suprema Corte ha avuto modo di osservare come « può ben accadere che gli istituti civilistici quando vengono calati nel contesto del giudizio penale subiscano delle « reazioni di adattamento ».

Occorre però che si tratti di « adattamenti » previsti da norme specifiche e che siano conseguenza necessitata da evidenti esigenze di equità o di armonizzazione, altrimenti si corre il rischio di mettere in crisi il principio di certezza del diritto » (26).

3. Riparazione *ex art.* 62 n. 6 c.p. e contratto di assicurazione.

La riparazione delle conseguenze dannose del reato figura nel codice penale anche come attenuante comune nell'art. 62, una norma che ha dato luogo a problemi interpretativi proprio con particolare riferimento al suo possibile combinarsi con l'obbligazione dell'assicuratore di tenere indenne il responsabile assicurato di quanto questi deve corrispondere al danneggiato in ragione del suo atto illecito.

Si tratta di una questione che ha coinvolto quasi esclusivamente gli interpreti del diritto penale i quali si sono interrogati in ordine alla possibilità di dare rilevanza, ai fini dell'art. 62 n. 6, anche alla riparazione operata dall'assicuratore.

Due sostanzialmente gli orientamenti maturati al riguardo.

(26) Così Cass. 28.5.1997 n. 4940, cit.

Taluni hanno visto nel risarcimento, di cui alla suddetta norma, uno strumento attraverso cui si attua la respiscenza del colpevole (27), fondando le loro argomentazioni sul testo della *Relazione al codice* ove si afferma che la riparazione non viene concepita nel progetto come « causa che facilita il soddisfacimento degli interessi della persona offesa dal reato », ma deve essere riferita al colpevole come « sintomo della sua attenuata capacità a delinquere » (28).

Seguendo una simile linea interpretativa si arriva inevitabilmente alla conclusione che tale norma richieda il diretto ed esclusivo intervento del responsabile perché possano prodursi gli effetti di cui all'art. 62 n. 6 in quanto solo pagando di persona questi potrà manifestare il suo pentimento per il reato compiuto (29).

(27) Si tratta di un orientamento prevalentemente giurisprudenziale. Cfr. Cass. pen. 15.1.1991, in *Riv. pen.*, 1992, 163; Cass. pen. 11.10.1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 227 (m); Cass. pen. 13.12.1989, in *Arch. circ.*, 1990, 767; Cass. pen. SS.UU., 23.11.1988, in *Cass. Pen.*, 1989, p. 1181 con nota critica di T. PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, Cass. pen. 13.12.1989, in *Arch. circ.*, 1990, 767.

(28) Le espressioni tra virgolette sono leggibili in Lavori preparatori — Codice penale, Roma, 1930, vol. V, parte I, p. 118.

(29) Così Cass. pen. 15.1.1991, cit.; Cass. pen. 11.10.1990, cit.; Cass. pen. SS.UU., 23.11.1988, cit.; Cass. pen. 13.12.1989, cit.

In particolare la Suprema Corte, nelle sentenze citate, osserva come lo stesso pagamento del premio ad opera dell'assicurato, per quanto su un piano oggettivo possa sicuramente essere considerato indirizzato alla soddisfazione delle pretese risarcitorie di eventuali danneggiati, non può essere considerato come manifestazione di respiscenza da parte del reo in quanto anteriore alla stessa commissione del fatto reato.

A maggior ragione tali conclusioni dovrebbero allora valere nel caso in cui il « contraente » nell'assicurazione sia un soggetto diverso dal colpevole. Si pensi all'assicurazione stipulata dal datore di lavoro per la responsabilità del lavoratore. In tal senso v. D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 249.

Ove poi si sia in presenza di una responsabilità civile automobilistica la Suprema Corte osserva che mancherebbe la respiscenza in quanto lo stesso pagamento del premio, da cui origina l'obbligo dell'assicuratore ad indennizzare il danneggiato, non è un atto volontario ma coartato dalla legge stessa dal momento che si versa in ambito di assicurazione obbligatoria: così Cass. pen. 20.10.1989, in *Riv. pen.*, 1990, 773 (m). Sempre in materia di responsabilità civile automobilistica un altro aspetto riguarda l'ipotesi in cui addirittura l'assicurato sia non il danneggiante ma un terzo ovvero il

La soluzione al problema risulta diversa se si muove da una differente lettura del testo della norma in esame ricostruendo tale fenomeno riparatorio come orientato prevalentemente al ristoro della vittima dal pregiudizio subito.

Si tratta di una lettura che sembra peraltro avvalorata dalla lettera della legge dalla quale emerge l'esclusiva rilevanza del dato oggettivo della riparazione (30).

Se questo è il senso della norma in esame, allora anche la riparazione ad opera dell'assicuratore, in quanto comunque idonea a perseguire il fine del ristoro del detrimento patito dal responsabile, comporta il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 a favore del reo (31).

Un simile dibattito pare aver trovato conclusione in una sentenza della Corte Costituzionale che ha considerato l'interpretazione dell'attenuante in chiave soggettiva, come strumento con finalità rieducative, contraria all'art. 3 C. sotto il profilo della ragionevolezza perché determinerebbe « una arbitraria svalutazione dell'istituto dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, istituto che svolge nel nostro ordinamento una insostituibile funzione riequilibratrice, in attuazione degli imperativi contenuti nell'art. 3 Cost. » (32).

La questione, così posta, sembra lasciare poco spazio di proprietario del veicolo: così Cass. pen. 29.07.1986, in *Asic.*, 1987, II, 2, 10; Cass. pen. 14.1.1986, in *Arch. circ.*, 1986, 784. *Contra Trib.* Torino 19.2.1987, in *Riv. giur. circ. trap.*, 1988, 492.

(30) Cfr. G. PAOLI, *Le diverse attenuanti comuni dell'art. 62 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1939, p. 1028.

(31) In tal senso v. in particolare T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 1183.

(32) Così C. Cost. 23.4.1998, n. 138, in *Cass. Pen.*, 1999, 395 con nota di L. BISONI, *Appunti per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attenuante del risarcimento del danno*.

Da notare come non sono mancati interventi volti a conciliare la soluzione accolta dalla Corte con una lettura in chiave soggettiva della norma.

Osserva, infatti, al riguardo D. FONDAROLI, *op. cit.*, p. 252: « quando l'art. 1917 c.c. precisa che soltanto previa richiesta dell'assicurato l'ente è obbligato a risarcire direttamente il danneggiato..., si vuol intendere che, ai fini del conseguimento del

argomentazione al civilista rivestendo un interesse prevalentemente penale.

Sono altre le domande che lo studioso di diritto civile è indotto a porsi di fronte a tale dettato normativo; in particolare potrà interrogarsi in ordine al fatto che l'assicuratore citato nel giudizio penale, ove ciò sia ritenuto ammissibile in base ad una lettura estensiva dell'art. 83 c.p.p. (33), possa essere tenuto al pagamento di una somma a titolo di riparazione *ex art.* 62 n. 6 cp. (34).

Una simile domanda ne impone un'altra logicamente anteriore, ovvero se la riparazione di cui all'art. 62 n. 6 coincide o meno con l'obbligazione risarcitoria civile.

Una lettura strettamente soggettiva della norma, che veda in tale intervento del responsabile, non uno strumento per compensare il danno recato ad altri, ma un mezzo per redimersi dal torto commesso finisce, infatti, per attribuire a tale obbligazione una finalità propria della pena come tale esclusa dall'oggetto del contratto di assicurazione per ragioni di liceità (35).

L'accoglimento di una simile interpretazione dovrebbe

risarcimento, è pur sempre necessaria una « attivazione » dell'agente almeno quale parte diligente per far liquidare al soggetto danneggiato la somma dovuta ».

Vero è che occorre ricordare la non necessità di una simile attivazione nelle ipotesi in cui la legge riconosce in capo al danneggiato il diritto di agire direttamente contro l'assicuratore.

(33) V. *supra* § 2.

(34) Al riguardo occorre osservare come la giurisprudenza, nell'interpretare la suddetta norma ha individuato il termine entro cui la condotta riparatrice deve essersi conclusa, individuato nel testo di legge dall'espressione "prima del giudizio", nella formale apertura del dibattimento. V. per tutte Cass. pen. 21 marzo 1994, in *Cass. per.*, 1996, 1125 (s.m.).

Parè pertanto in vero esiguo il tempo lasciato all'assicuratore per pagare la somma dovuta al danneggiato a titolo di risarcimento danni.

Potremmo allora chiederci, ma nuovamente la risposta al quesito esorbita dalle riflessioni di un civilista, se la mera corresponsione del premio all'assicuratore in quanto mezzo idoneo a garantire la riparazione dei danni cagionati dal colpevole assicurato attraverso l'obbligazione contratta dall'assicuratore, costituisce già la condizione necessaria ai fini dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cp.

(35) V. *supra* parte I, capitolo 1, § 4.2.

quindi condurci alla conclusione che l'assicuratore, anche ove citato (36), non può essere condannato alla prestazione di un indennizzo corrispondente alla somma necessaria per la riparazione *ex art.* 62 n. 6 cp.

In una diversa direzione sembra, per contro, muovere la già richiamata sentenza della Corte Costituzionale, la quale afferma che « nel sistema del codice penale tale obbligazione ha natura civilistica ed è dotata di una finalità di emenda non maggiore di quanta non ne possieda la generalità delle obbligazioni civili nascenti da fatto illecito » (37).

Si tratta peraltro di un'affermazione non assiomatica, ma fondata su un possibile collegamento logico-sistematico dell'art. 62 n. 6 c.p. con l'art. 185 c.p. il quale prevede l'obbligo per il colpevole di risarcire il danno, un obbligo che la prevalente dottrina e giurisprudenza considerano regolato dalle leggi civili (38).

Se la riparazione di cui all'art. 62 n. 6 ha natura di obbligazione civile, allora l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere l'indennizzo al danneggiato ove ne sia ammessa la citazione *ex art.* 83 c.p.p.

Se si nega tale facoltà alla parte civile e all'imputato, allora l'assicuratore sarà comunque tenuto a rimborsare *ex post* al responsabile quanto da questi eventualmente corrisposto al danneggiato con evidente disagio per il responsabile assicurato che non abbia la disponibilità del denaro da corrispondere alla parte civile nell'attesa di poter ottenere il relativo indennizzo dall'assicuratore.

Una simile conclusione sottolinea, così, nuovamente la necessità di ammettere la possibilità di citare nel giudizio penale l'assicuratore per consentire al responsabile assicurato di utilizzare a pieno tutte le tecniche difensive del caso, ivi compresa la

(36) V. *supra* § 2.

(37) Così C. Cost. 23.4.1998, n. 138, cit.

(38) V. *supra* p. 301 ss.

riparazione del danno da reato, al fine di beneficiare dell'attenuante comune di cui all'art. 62 n. 6.

Accanto a tali soluzioni estreme se ne può forse individuare una terza (39).

Dalla lettera dell'art. 62 n. 6, infatti, sembrano distinguibili, all'interno di tale dettato normativo, due ipotesi diverse.

La prima parte della norma, facendo espresso riferimento al « risarcimento » e alla tutela restitutoria comunque riconducibile al paradigma risarcitorio, riguarderebbe il danno civile.

Per contro la seconda parte della norma, riferendosi anche alle conseguenze pericolose del reato, riguarderebbe il danno criminale (40).

L'accoglimento di una simile soluzione importa rilevanti conseguenze sul piano applicativo.

Infatti, se si ammette che nel *quantum debetur*, ai fini dell'art. 62 n. 6, sono comprese anche perdite del danneggiato che esorbitano dal danno civile oggetto della copertura assicurativa, allora l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore non potrebbe coincidere con l'intero obbligo gravante sul responsabile ma solo con la parte avente ad oggetto la riparazione delle conseguenze civili del reato.

A questo punto occorrerebbe, però, chiedersi quale sia la linea di discriminare a livello quantitativo tra danno civile e danno criminale.

(39) Cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, pp. 245-246. L'A. si richiama evidentemente alle teorie che tendono a distinguere offesa e danno civili. V. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.3.

(40) Si tratta di una lettura che trova rispondenza nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, in relazione all'art. 162-bis III^o comma c.p., in ipotesi in cui la permanenza delle conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili dal reo importa la impossibilità per questi di beneficiare del meccanismo dell'oblazione.

La questione si è posta in particolare con riferimento ai reati tributari ove la corresponsione del tributo evaso non viene ritenuta sufficiente ad eliminare le conseguenze dannose perché il reato medesimo è realizzato da una condotta preparatoria e prodromica all'evasione, sicché quest'ultima non può considerarsi l'effetto diretto ed immediato della contravvenzione sopra citata. Così Trib. Macerata, 6.12.1985, in *Giur. merito* 1987, 766. In senso analogo Trib. Tortona, 11.2.1986, *Foro it.*, 1986, II, 358.

La risposta ad un simile quesito poteva risultare facile fin tanto che il primo era rappresentato in generale dalle perdite patrimoniali e solo in via strettamente eccezionale dalle perdite non patrimoniali.

Vero è che, come abbiamo avuto modo di considerare (41), il rinnovato interesse per la tutela sul piano civile di interessi, il cui pregiudizio non sempre trova espressione in un detrimento patrimoniale, ha portato la giurisprudenza ad una progressiva estensione del danno morale oggetto dell'obbligazione *lato sensu* risarcitoria del responsabile, un'estensione che ha finito per dare rilevanza non solo alle conseguenze dannose, ma anche a quelle pericolose. Come abbiamo avuto modo di osservare, infatti, in materia di danno ambientale il legislatore è intervenuto ponendo attenzione anche agli interventi del responsabile anteriori alla stessa causazione del danno (42). Ancora, con riferimento al pericolo di danno nel sistema di responsabilità civile, possiamo ricordare il riconoscimento da parte della giurisprudenza di obbligazioni risarcitorie in relazione al solo determinarsi, in conseguenza dell'illecito, di condizioni che sono solo potenzialmente lesive della sfera giuridica altrui (43).

Per tal via si viene a rendere sempre più problematica la distinguibilità tra danno civile e danno criminale soprattutto sul piano quantitativo (44).

La soluzione che tende a separare, all'interno dell'obbligazione riparatoria di cui all'art. 62 n. 6, danno civile e danno criminale sembra preferibile in quanto riesce a bilanciare due opposte esigenze: la riparazione del danno patito dalla vittima, operabile anche con l'intervento dell'assicuratore, e la persecu-

(41) V. *supra* parte II, capitolo 1, § 4.

(42) Il riferimento è all'art. 17 II^o comma del decreto Ronchi v. *supra* p. 166 ss.

(43) Al riguardo si può ricordare la questione della risarcibilità del c.d. stress emozionale. Cfr. Cass. SS. UU. 21.2.2002 n. 2515, *cit.* V. *amplius supra* parte II, capitolo 1, nota 145.

(44) V. *amplius supra* parte II, capitolo 1, § 5.

zione del responsabile, che rimarrà gravato dall'obbligo di riparare il danno criminale. Sul piano applicativo, però, la stessa importa sicuramente problemi riguardo alla concreta distinguibilità tra *quantum debetur* a titolo di danno civile e *quantum debetur* a titolo di danno penale.

Parlare di riparazione del danno criminale, inoltre, vuol dire fare riferimento ad un rimedio compensatorio che non ha ad oggetto un danno nel senso civilistico del termine, vuol dire fare riferimento ad una riparazione-pena, concetto questo che, come abbiamo avuto modo di considerare (45), solleva non poche perplessità.

Sembra così condivisibile la soluzione interpretativa prospettata dalla Corte Costituzionale che ha identificato la riparazione, come attenuante comune del reato, in un'obbligazione propriamente civilistica.

Peraltro l'aver riconosciuto natura esclusivamente civilistica all'intera riparazione delle conseguenze del reato ai fini dell'art. 62 n. 6, sebbene idonea a spiegare effetti anche nel diritto penale, importa forse meno sconvolgimenti di quanto possano lasciar intendere i timori della giurisprudenza nell'applicare l'attenuante in esame in ipotesi di riparazione ad opera dell'assicuratore.

In tal caso, infatti, la riparazione delle conseguenze del reato determina solo un'attenuazione del reato e non esclude l'irrogazione della pena.

Altre sono le considerazioni e i comprensibili dubbi per un intervento dell'assicuratore nell'attività di compensazione del pregiudizio patito dalla vittima nelle ipotesi in cui la riparazione dà luogo all'estinzione del reato e, quindi, esclude l'irrogazione della pena.

Intendiamo in particolare riferirci a quanto disposto dall'art. 35 del d.lgs. del 28.8.2000 n. 274 contenente « disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace », una norma che, seb-

bene paia avere solo una funzione strettamente sperimentale (46), deve portarci a riflettere sugli attuali confini tra pena e riparazione delle conseguenze del reato.

4. Riparazione del danno ed estinzione del reato.

Le disposizioni contenute nel d.lgs. 28.8.2000 n. 274 sono state lette dalla maggior parte degli Autori come un intervento di depenalizzazione attuato per una via diversa da quella in cui il legislatore era solito muoversi (47).

Prima di tale decreto, infatti, l'esigenza di deflazione penale aveva trovato risposta nel processo di « conversione » di alcuni illeciti penali in illeciti amministrativi attuato mediante la sostituzione delle sanzioni penali con sanzioni pecuniarie amministrative, distinte dalle prime per la loro non convertibilità in pene che limitino la libertà personale in caso di mancato pagamento.

Con il d.lgs. 274/2000, invece, la depenalizzazione è stata realizzata in due direzioni: a livello processuale, attraverso il deferimento di una serie di reati alla competenza di un giudice non togato, a livello sostanziale, attraverso la ricerca di sanzioni alternative alle sanzioni detentive aventi un certo grado di incisività sulla sfera giuridica del reo sì da rappresentare la giusta retribuzione per la sua condotta antigiuridica.

Si è parlato così, da parte di alcuni (48), di un « diritto penale nite » che si attua mediante interventi diversi dalle pene detentive ma « comunque percepibili dalla collettività nel loro aspetto

(46) Si tratta di un'osservazione che è stata compiuta sin dai primi commenti sul testo di legge. Vedi P. PISA, *Un diritto penale nite*, in AA.VV. *La competenza penale del giudice di pace*. D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, Milano, 2000, p. 17.

Del resto indicazioni in tal senso sono rinvenibili anche nella *Relazione allo schema di decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace"*, ibi, p. 325.

(47) Tra i primi commenti in tal senso si segnala quello di P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di Pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 929 ss.

(45) V. *supra* parte II, capitolo 2, § 7.

(48) Le espressioni tra virgolette che seguono sono di P. TONINI, *op. loc. cit.*

retributivo». In base a tale lettura non sarebbe ancora dato rinvenire il carattere distintivo della depenalizzazione operata mediante l'estensione di una competenza del giudice di pace in sede penale rispetto a quanto già realizzato attraverso il ricorso alla categoria dell'illecito amministrativo.

Altri Autori sono giunti ad individuare in un simile intervento « un futuribile "secondo sistema penale" » (49), una delle cui note caratteristiche dovrebbe essere rinvenuta nel ruolo rivestito da rimedi di tipo risarcitorio e riparatorio quali sanzioni contro gli illeciti di competenza del giudice di pace ordinate più alla composizione del conflitto tra vittima e reo che non alla repressione della condotta di quest'ultimo (50).

Infatti, tra le sanzioni che il giudice di pace può irrogare, all'art. 35 di tale legge, si prevede la possibilità di dichiarare estinto il reato dopo aver preso conoscenza del fatto che l'imputato abbia provveduto, prima dell'udienza di comparizione, alla « riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato » (51).

Nuovamente ci troviamo in presenza di una riparazione del danno calata all'interno del processo penale e nuovamente dobbiamo confrontarci con la necessità di qualificare tale forma di

(49) M. Pava, *Giudice di pace e reati del codice penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 158 ss.

(50) Sul punto M. Pava, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra-G. Illuminati, Torino, 2001, p. 97.

(51) Il codice penale prevedeva, in vero, già ipotesi in cui la condotta riparatrice del reo può comportare l'estinzione del reato.

Così l'art. 641 c.p. nel qualificare in termini di reato la condotta di chi "dissimulando il proprio stato di insolvenza contrae un'obbligazione col proposito di non adempirla" precisa, però, che "l'adempimento dell'obbligazione avvenuta prima della condanna estingue il reato".

Vero è che in tal caso non si ha riparazione delle conseguenze del reato, conseguenze che potranno o meno coincidere col danno civile, ma si ha l'adempimento di un'obbligazione sicuramente civilistica che però, ove adempiuta, si atteggia altresì come elemento, in negativo, della fattispecie penale.

rimedio al fine di verificare se l'assicuratore sia obbligato, o meno, a tenere indenne il reo assicurato in relazione a siffatti interventi risarcitori.

Le modalità riparatorie, indicate nel testo dell'art. 35, presentano evidenti analogie con quelle cui fa riferimento l'art. 62 n. 6 c.p. in base al quale il risarcimento, le restituzioni o l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato impongono l'attenuazione dello stesso.

Si potrebbe, allora, trovare la soluzione al problema recuperando le conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale con riferimento all'art. 62 n. 6 (52): la riparazione anche nel caso *de quo* avrebbe ad oggetto il danno civile e rileverebbe di per sé come condizione oggettiva anche ove attuata con l'intervento dell'impresa assicuratrice, la cui obbligazione indennitaria verrebbe a coincidere integralmente con l'obbligo alla riparazione delle conseguenze dannose del reato gravante sul responsabile.

In questa ipotesi, però, a differenza di quanto previsto agli artt. 185 e 62 n. 6 c.p., la riparazione delle conseguenze del reato opera come autentica alternativa della pena (53).

L'intervento riparatore del reo, infatti, rappresenta il presupposto per la dichiarazione di estinzione del reato stesso.

Si potrebbe anche arrivare a dire che in tal caso la pena, da sanzione contro l'illecito, muta in sanzione contro l'inadempimento alle obbligazioni risarcitorie che siano conseguenza dell'illecito stesso.

Nel riconoscere natura privatistica alla riparazione del danno di cui all'art. 35, occorre riflettere sulle conseguenze che tale qualificazione importa dal punto di vista applicativo.

Se, infatti, siamo di fronte ad un'obbligazione risarcitoria propriamente privatistica, allora in ordine alla stessa dovrebbe

(52) C. Cost. 23.4.1998, n. 138, cit.

(53) Da parte di alcuni si è parlato di "sussidiarietà vicariante della riparazione": così T. PADOVANI, *Premesse introduttive*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., p. XVI.

ritenersi pienamente operante la eventuale garanzia assicurativa del responsabile. Questo vuol dire che un soggetto può garantirsi *ex ante* l'impunità, per i reati di competenza del giudice di pace, attraverso la stipulazione di un contratto di assicurazione.

Inoltre la necessità di valutare autonomamente la norma in questione, rispetto all'attenuante comune prevista all'art. 62 n. 6 c.p., risulta pure da quanto affermato al secondo comma dell'art. 35, ove si precisa come l'avvenuta riparazione non rileva di per sé ma, a differenza di quanto previsto appunto dall'art. 62 n. 6 c.p., richiede altresì una valutazione del giudice in ordine all'idoneità delle attività risarcitorie o riparatorie « a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione ».

Tale precisazione, anche ove si ritenga che i parametri cui deve essere improntato un simile giudizio siano quelli propri delle finalità della specialprevenzione (54), rende comunque problematico considerare idonea, ai fini dell'estinzione del reato, un'attività riparatoria che manchi dei caratteri della completezza e della personalità (55).

Non sembra, infatti, che le finalità di specialprevenzione siano conciliabili con l'esistenza di un contratto di assicurazione mediante il quale il colpevole si assicura l'impunità in un momento anteriore alla commissione del fatto-reato.

Di difficile soluzione risulta allora essere il problema relativo alla natura della riparazione di cui al decreto in esame: identificarla con l'obbligo al risarcimento del danno civile vuol dire, infatti, ricondurla integralmente al sistema di diritto privato

(54) In tal senso F. GIUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Studi in iuris*, 2001, p. 403 il quale dopo aver riconosciuto che, in base alla lettera della norma di cui all'art. 35 II° comma, può essere deferito al giudice di pace il compito di valutare se la riparazione effettuata dall'imputato risponda alle finalità di prevenzione generale e speciale dei reati, osserva per contro come "un'applicazione rigorosa di tutti questi parametri equivarrebbe a introdurre un giudizio assai impegnativo e improbo, tale da favorire un'applicazione sporadica dell'istituto estintivo, in contrasto con il favore con cui il decreto in esame guarda alla composizione, per così dire, privatistica del conflitto".

(55) Cfr. F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 403.

riconoscendo la piena operatività degli istituti privatistici propri della tutela civile contro gli illeciti tra i quali figura il contratto di assicurazione della responsabilità civile, che in questo caso, però, finirebbe per rappresentare non solo uno strumento di tutela delle pretese risarcitorie del danneggiato, ma anche un mezzo mediante il quale il colpevole si garantisce l'impunità per eventuali fatti illeciti a lui imputabili.

Per contro, se si esclude la natura privatistica dell'istituto e lo si avvicina alle finalità di specialprevenzione proprie del diritto penale si finisce per allontanarlo dalle finalità di conciliazione proprie della normativa in esame in quanto si rende inoperante uno degli strumenti di composizione del conflitto tra privati: la garanzia assicurativa come mezzo di soddisfazione delle pretese risarcitorie della parte lesa.

Una soluzione al quesito non sembra peraltro rinvenibile neppure nel testo della legge.

In questo caso, in senso analogo rispetto a quanto osservato con riferimento al testo dell'art. 62 n. 6, la lettera delle disposizioni legislative risulta ambigua: l'espressione « risarcimento » pare far propendere per la soluzione del problema che riconosce nel danno oggetto della riparazione il danno civile; per contro la successiva espressione « conseguenze dannose o pericolose » sembra allargare l'oggetto della riparazione all'idea di danno criminale la quale può essere più ampia del danno civile non essendo limitata alle sole perdite patrimoniali e non patrimoniali ma a tutte le condizioni lesive dei beni che l'ordinamento intende tutelare.

Forse una chiave di lettura che porti a risolvere le ambiguità del testo è rinvenibile nella stessa delimitazione della competenza per materia del giudice di pace.

Dall'individuazione della tipologia di reati in ordine ai quali opera la riparazione come condizione estintiva si possono compiere alcuni rilievi sulle finalità proprie della norma in esame.

La legge delega, nell'individuare i criteri cui avrebbe dovuto attenersi il Governo nel determinare la competenza del giudice di

pace ha, in parte, fatto riferimento a fattispecie delineate nel codice penale, escludendo ogni margine di valutazione e di scelta dell'esecutivo sul punto, in parte, con riferimento ai reati disciplinati da leggi speciali, il legislatore si è limitato ad indicare al Governo alcuni criteri in base ai quali orientare le proprie scelte.

Tre sono le linee guida ricavabili dal dettato dell'art. 15 II° comma l. 24.11.1999 n. 468: la levità della pena, la circostanza che si tratti di reati che non richiedano di procedere ad « indagini o valutazioni complesse in fatto o in diritto » e la natura riparabile delle conseguenze dannose del reato.

Si attribuisce rilevanza, quindi, in parte, a circostanze dalle quali è forse possibile avvertire una certa diffidenza nel deferire ad un giudice non togato decisioni relative ad illeciti penali, in parte, a circostanze che sono piuttosto attinenti alla natura del bene leso ed in particolare alla possibilità di riparare la lesione perpetrata (56).

Una nota caratteristica della competenza per materia del giudice di pace sarebbe allora rappresentata dalla sua limitazione all'area della « microconfittualità individuale » (57), in cui maggiore è lo spazio per la conciliazione ed in cui la giustizia penale risulta orientata più alla composizione dei conflitti tra i privati che alla persecuzione del responsabile.

Del resto simili conclusioni paiono deducibili dalla stessa relazione allo schema di decreto legislativo ove si legge che « la finalità conciliativa costituisce l'obiettivo principale della giurisdizione penale affidata al giudice di pace. In vero, la conciliazione deve, per quanto possibile, costituire l'esito fisiologico di

(56) « Si muove cioè dalla considerazione che taluni illeciti, pur meritando di rimanere nell'area del penalmente rilevante, innescano dinamiche sociali che, per il tipo degli interessi coinvolti, consentono modalità di risoluzione del conflitto creato dal reato anche autonome rispetto all'irrogazione della pena»: così F. GUNNA, *op. cit.*, p. 396.

(57) Cfr. P. BRONZO-E. GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Rimozione e separazione, in La competenza penale del giudice di pace*, cit., p. 40.

questo tipo di giustizia più vicina agli interessi quotidiani del cittadino » (58).

Non si può nascondere, però, che tale ricostruzione non trova sempre risponde nel testo del decreto.

Così ad esempio si può notare una forte limitazione in materia di lesioni colpose; sono infatti escluse dalla competenza del giudice di pace penale ex art. 4 I° comma lett. A) le « fattispecie connesse a colpa professionale (e i) fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale quando, nei casi anzidetti, derivi una malattia di durata superiore ai venti giorni ».

Anche una simile scelta sembra trovare, comunque, un fondamento nelle direttive contenute nella legge delega, in quanto, sebbene si tratti di reati che danno luogo a pregiudizi riparabili, la particolare complessità degli accertamenti in punto di fatto e di diritto, che tali questioni pongono, mal si collocano nel giudizio davanti ad un giudice non togato in conformità con quanto stabilito dall'art. 15 II° comma della legge delega.

Non è allora chiara la ragione per cui il legislatore ha riconosciuto la competenza per materia del giudice di pace in ipotesi di responsabilità professionale o per fatti commessi in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o sull'igiene del lavoro, ove la patologia conseguente sia limitata ad una malattia di durata non superiore a venti giorni.

La minor durata della malattia conseguente alla lesione non importa, infatti, necessariamente una minor complessità degli accertamenti che competono al giudice (59).

Ancora una lacuna in punto di competenza del giudice di pace, che non sembra trovare giustificazione nei criteri contenuti

(58) Così Relazione allo schema di decreto legislativo recante « Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace » approvato dal Consiglio dei Ministri del 25 agosto 2000, in *La competenza penale del giudice di Pace*, cit., p. 327.

(59) Cfr. P. BRONZO-E. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 44.

nella legge delega, è quella concernente la rissa semplice cui possono conseguire pregiudizi riparabili.

Come è stato notato, però, l'esclusione di tale fattispecie criminosa dalla competenza per materia del giudice di pace parrebbe trovare risposta nel fatto che il reato in concreto viene di solito attuato in presenza di circostanze aggravanti, il che importerebbe una estrema riduzione dell'applicabilità della norma (60).

Se simili lacune hanno una qualche giustificazione, risulta più difficile individuare risposte in ordine alla inclusione di alcune fattispecie che paiono esorbitare dall'ambito cui è limitata l'opera mediatrice del giudice di pace.

Intendiamo in particolare riferirci ad alcuni reati formali o fattispecie criminali poste a tutela di beni collettivi o diffusi ai quali pare estranea l'idea di riparazione a fini conciliatori (61).

In tali casi, infatti, lo strumento riparatorio potrebbe risultare depotenziato rispetto alle finalità preventive proprie del diritto penale.

Simili eccezioni si possono, forse, superare considerando la progressiva dilatazione dell'ambito di operatività del danno morale risarcibile che ha portato ad un conseguente rafforzamento dell'efficacia deterrente della tutela risarcitoria anche in ipotesi in cui si ha lesione di diritti o di interessi che danno luogo a detrimenti non suscettibili di compensazione per utilità equivalenti.

La scelta compiuta dal legislatore nel determinare la competenza per materia del giudice di pace penale sembra così ordinata, in generale, all'individuazione di fattispecie penali aventi ad oggetto la tutela di beni strettamente legati alla sfera privata delle

(60) Cfr. P. BRONZO-E. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 46.

(61) Tali considerazioni sono formulate da P. BRONZO-E. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 47 ss. i quali fanno espresso riferimento, a titolo esemplificativo, al reato di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori di cui all'art. 731 c.p. e alla commercializzazione di prodotti privi del marchio CE.

vittime e in ordine ai quali è possibile una conciliazione tra le parti coinvolte nel conflitto.

Pare pertanto avvalorata l'idea che attraverso il processo di depenalizzazione attuato con il dlgs. 274/2000 si sia creato un sistema di diritto penale alternativo sia a quello « principale » sia a quello degli illeciti amministrativi (62), ordinato non a finalità punitive in senso stretto, ma piuttosto a fini di conciliazione tra le parti in causa, una conciliazione che trova il proprio diretto mezzo di attuazione nella riparazione delle conseguenze pregiudizievoli del reato.

Se tale è la funzione della condotta riparatoria attuata dall'imputato ai fini dell'art. 35, allora dovremmo concludere che si tratta di un'attività pienamente coincidente con l'adempimento all'obbligazione risarcitoria propria del sistema di responsabilità civile.

Si dovrebbe quindi leggere nella norma in esame un'ipotesi di efficacia penale dei rimedi compensatorio — privatistici ulteriore rispetto a quelle di cui agli artt. 62 e 185 cp.

4.1. Riparazione del danno da reato nel processo penale davanti al giudice di pace. Alcune considerazioni critiche.

Se si riconosce una perfetta identità tra la riparazione del danno di cui all'art. 35 dlgs. 28.8.2000 e i rimedi civilistici contro gli illeciti di cui agli artt. 2043 ss., allora si deve riflettere su come coordinare la competenza del giudice non togato a giudicare in materia di risarcimento danni a seconda che la relativa pretesa da parte del danneggiato venga introdotta in sede penale o in sede civile.

Al riguardo si può osservare come, attraverso il decreto in

(62) M. PAPA, *Giudice di pace e reati del codice penale*, cit., p. 158 ss., il quale appunto pone la ripartizione: sistema penale "principale", sistema punitivo amministrativo, sistema penale del giudice di pace.

esame, si sia determinata un'estensione della competenza del giudice di pace in materia di risarcimento danni.

L'art. 7 c.p.c., infatti, limita la competenza del giudice di pace alle cause relative a beni mobili di valore non superiore ai cinque milioni di lire elevando, però, tale valore a trenta milioni per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e natanti. Quindi la competenza civile dei giudici non toglia in caso di domande di risarcimento danni è limitata entro i valori indicati in tale norma.

Attraverso l'art. 35, invece, la competenza del giudice di pace viene estesa illimitatamente a tutte le domande di risarcimento danni proposte in sede penale in relazione ai reati di cui all'art. 4 del decreto in esame indipendentemente dall'entità del *quantum debentur*.

Ne segue che, anche domande risarcitorie per valori superiori a quelli indicati all'art. 7 c.p.c., potrebbero essere sottoposte al giudizio di un giudice non togato ove la relativa pretesa sia avanzata in sede penale.

Si pone così il problema di risolvere il conflitto logico che si viene a creare tra tali disposizioni normative.

Infatti, di fronte a due domande risarcitorie, dipendenti da uno stesso fatto-reato in ordine al quale è competente il giudice di pace, identiche in punto sia di *an* che di *quantum*, ove questo superi i valori indicati all'art. 7 c.p.c., competente a giudicare in merito a tali richieste sarà il giudice non togato solo nel caso in cui la domanda sia proposta in sede penale.

Ancora, di fronte a due domande risarcitorie identiche in punto di *quantum* ma distinte in relazione al fatto illecito costitutivo delle stesse, eccedenti i valori di cui all'art. 7 c.p.c., la possibilità di adire un giudice non togato dipende dalla circostanza che l'illecito, fonte delle pretese risarcitorie del danneggiato, sia uno dei reati di cui all'art. 4 d.lgs 28.8.2000.

Ne segue che, in caso di due domande risarcitorie, che si equivalgano in punto di *quantum* superando i limiti indicati

all'art. 7 c.p.c., delle quali una trova fondamento in un fatto illecito non costituente reato e l'altra, invece, in un fatto — reato di competenza del giudice di pace, per quest'ultima, a differenza della prima, sarà competente il giudice non togato sebbene concerna una fattispecie di illecito che, in quanto qualificato come reato, risulta più riprovevole per l'ordinamento del fatto illecito rilevante solo su un piano meramente civile perché contrario al generale principio di *neminem laedere*.

Per tal via si viene ad attuare una disparità di trattamento in quanto la domanda risarcitoria fondata su fatti penalmente rilevanti e pertanto maggiormente riprovevoli per l'ordinamento, ove posta in sede penale, è di competenza di un giudice meno qualificato.

Per contro una pretesa risarcitoria, identica in relazione all'ammontare della somma richiesta, sarà di competenza del giudice togato, ove superi i limiti di valore posti all'art. 7 c.p.c., se il fatto illecito posto a suo fondamento non costituisce reato e possa, quindi, essere considerato meno riprovevole per l'ordinamento.

La norma impone, allora, un'attenta riflessione con riferimento alla sua legittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza.

Si potrebbe, in vero, opporre che le nostre perplessità sono fondate su una sfiducia puramente presunta dell'ordinamento per i giudici non togati, i quali, sebbene forse meno preparati a livello di conoscenze tecnico-giuridiche, sono i più idonei a realizzare la conciliazioni delle parti.

Pare, comunque, che tali perplessità trovino conferma negli stessi criteri indicati al Governo nella legge delega al fine di determinare la competenza del giudice di pace in ambito penale.

L'art. 15 lett. A), infatti, fa riferimento ai « reati per i quali non sussistono particolari difficoltà interpretative o non ricorre di regola la necessità di procedere ad indagini o a valutazioni complesse ».

Un altro rilievo critico relativo alla disciplina della competenza penale del giudice di pace concerne poi la partecipazione dell'assicuratore al processo penale davanti al giudice onorario.

Se si ammette la natura civilistica dell'obbligazione riparatoria, allora si dovrebbe ammettere anche la piena operatività, con riferimento alla sua attuazione, di tutti gli istituti privatistici che rappresentano gli strumenti di garanzia delle pretese risarcitorie del danneggiato e di composizione del conflitto tra il responsabile e il soggetto leso, tra i quali figura il contratto di assicurazione.

Per contro, a meno di non voler proporre un'estensione generalizzata dell'art. 83 c.p.p. alla citazione dell'assicuratore (63), anche nel processo penale dinanzi al giudice di pace non sembra esservi spazio per la partecipazione di quest'ultimo. Ne segue che né la parte civile, pur nel caso in cui sia previsto il meccanismo dell'azione diretta, né l'imputato potranno citare l'assicuratore al fine di sentirlo condannare al pagamento dell'obbligazione indennitaria in relazione ai danni conseguenti all'illecito ed, in particolare, l'imputato non potrà chiamarlo in garanzia della propria obbligazione risarcitoria.

Si tratta in vero di un problema che trova a monte un'altra questione: quella della possibile relazione tra obbligazione indennitaria dell'assicuratore e riparazione del danno da reato di cui all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274.

4.2. Assicurazione e riparazione del danno da reato ex art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274.

Uno dei problemi di interesse civilistico, che si pongono, con riferimento all'art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274, riguarda le modalità in cui può attuarsi il coordinamento tra la riparazione estintiva del reato, di cui alla norma in esame, e il contratto di assicurazione che garantisce la responsabilità dell'imputato.

Dalla questione, per come la stessa si pone, emergono alcune perplessità circa la natura privatistica dell'obbligo alla riparazione dei danni da reato, che sembrava trovare conferma nella relazione allo schema del decreto legislativo e negli stessi criteri indicati nella legge delega che legano la condotta riparatoria a finalità di composizione del conflitto tra vittima e reo piuttosto che ad una stretta funzione punitivo-deterrente.

Se, infatti, tale obbligo coincidesse perfettamente con l'obbligo al risarcimento o riparazione dei danni di cui agli artt. 2043 ss., allora i relativi costi dovrebbero gravare sull'assicuratore che si è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare in ragione della sua responsabilità.

Nel caso in esame, però, l'adempimento all'obbligazione indennitaria da parte dell'impresa assicuratrice finirebbe, non solo per compensare il pregiudizio patito dalla vittima, ma anche per estinguere il reato.

Per tal via, quindi, i privati potrebbero garantirsi l'assoluta impunità per i reati di competenza del giudice di pace stipulando una polizza assicurativa.

In base alla norma contenuta nell'art. 35, comunque, la riparazione non è condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'estinzione del reato, in quanto tale effetto conseguirà soltanto ad una valutazione positiva del giudice in ordine alla idoneità di tale intervento a «soddisfare le esigenze di riprova-zione del reato e quelle di prevenzione».

Il giudice potrebbe, pertanto, ritenere il pagamento ad opera dell'assicuratore, come idoneo a tali fini e quindi disporre la prosecuzione del processo (64).

Se la condotta riparatoria attuata mediante l'intervento dell'assicuratore è idonea a determinare effetti penali, allora occorre riflettere sulla natura autenticamente privatistica della riparazione di cui all'art. 35.

(63) V. *supra* § 2.

(64) V. *supra* p. 313 ss.

Come abbiamo avuto modo più volte di sottolineare il risarcimento del danno nel diritto privato trova nel meccanismo assicurativo un utile complemento nella compensazione del pregiudizio patito dal danneggiato e nell'attuazione degli interessi privati cui tale tecnica di tutela è ordinata (65).

Quindi escludere la piena rilevanza del contratto di assicurazione in ipotesi di riparazione *ex art. 35*, dovrebbe portarci anche a negare la stessa natura privatistica del fenomeno. Saremmo allora in presenza di un rimedio estraneo alle tecniche di tutela civilistiche perché ordinato ad una funzione diversa dalla compensazione del danno civile.

Occorre anche riflettere sulla stessa funzione della riparazione nel giudizio penale davanti al giudice di pace che, dalla stessa relazione al progetto di decreto, era stata individuata nella composizione della « microconfittualità interindividuale » (66).

Infatti, se la finalità della norma in esame era quella di permettere una soluzione del conflitto tra vittima e reo, tale finalità sembrerebbe contrastata dalla non piena operatività del meccanismo assicurativo che rappresenta uno strumento di garanzia delle pretese risarcitorie della vittima e quindi anche della composizione del conflitto tra le parti in causa.

Tre ci paiono essere le possibili chiavi di lettura del problema. Si può ritenere che tale obbligo alla riparazione dei danni da reato non coincida con l'obbligo al risarcimento e riparazione dei danni civili (67).

Ne seguirebbe che la eventuale riparazione ad opera dell'assicuratore non potrebbe rilevare ai fini dell'art. 35.

Si tratta di una soluzione proposta dalla dottrina che abbiamo già avuto modo di considerare con particolare riferimento alla riparazione *ex art. 62 n. 6* e che fa sorgere alcune perplessità per

la difficoltà di tracciare un netto confine tra danno civile e danno criminale nell'attuale ampliamento del primo ad opera sia della giurisprudenza che del legislatore (68).

Si potrebbe diversamente ritenere che, sebbene l'oggetto di tale condotta riparatoria coincida col danno civile, la stessa non possa importare estinzione del reato ove realizzata mediante l'intervento dell'assicuratore.

A differenza di quanto stabilito dalla Consulta con riferimento all'art. 62 n. 6, nell'ipotesi in esame il risarcimento o riparazione del danno da reato non rileverebbero di per sé su un piano oggettivo (69), in quanto il legislatore fa espresso riferimento alla necessaria idoneità delle stesse a « soddisfare le esigenze di riprovaione del reato e quelle di prevenzione ».

Quindi non ogni risarcimento e riparazione determina estinzione del reato, ma solo un risarcimento che risponda alla funzione repressivo-preventiva propria della sanzione penale oltre che alla funzione riparatoria propria della obbligazione risarcitoria civile.

Non si può, al riguardo, tacere che la dottrina penalistica pronunciata sul punto ha proposto un'interpretazione riduttiva della lettera di tale comma al fine di limitare la discrezionalità del Giudice di pace (70).

In particolare si osserva come quest'ultimo si troverebbe a dover compiere valutazioni sulla funzione general-preventiva del risarcimento e riparazione del danno, valutazioni che non paiono compatibili con la sua qualità di giudice non togato.

Sarebbe così auspicabile ridurre il giudizio di idoneità del risarcimento e riparazione all'estinzione del reato ad una mera

(65) V. *supra* parte I, capitolo 2, § 6.

(66) Cfr. P. BRONZO-E. GALUCCI, *op. cit.*, p. 40.

(67) Cfr. F. SGUIRI, *Gli ambiziosi obbiettivi nel settore penale*, § 4, in www.cita-dinlex.it.

(68) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.3.

(69) Cfr. C. Cost. 23.4.1998, n. 138, cit.

(70) In tal senso v. F. GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 403; R. BARTOLI, *Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Il giudice di pace nella giurisprudenza penale*, cit., p. 391.

valutazione sulla proporzionalità oggettiva tra il reato commesso e le condotte riparatorie (71).

Anche attraverso tale lettura della norma in esame, sembra, comunque, difficile escludere l'anima affittivo-preventiva della disposizione in esame a meno di non giungere ad una discutibile interpretazione che elida la stessa lettera legge (72).

Del resto anche una funzione special-preventiva pare difficilmente riferibile ad un risarcimento del danno operato da parte dell'assicuratore (73).

Pertanto, pure riferendo alla riparazione di cui all'art. 35 esigenze di tipo special-preventivo, ove la stessa sia attuata per mezzo dell'assicuratore, il giudice non potrebbe dichiarare l'estinzione del reato ma dovrebbe ordinare la prosecuzione del processo.

Tali conclusioni, per quanto rispondenti alla logica del sistema penale, sembrano comunque difficilmente conciliabili con gli effetti civili della riparazione in presenza di un contratto di assicurazione della responsabilità.

Se, infatti, oggetto della condotta riparatoria è il danno civile, l'assicuratore, in ragione della stessa, sarà tenuto ad adempiere alla propria obbligazione indennitaria verso l'assicurato pagando a questi una somma equivalente al costo della riparazione ex art. 1917 c.c. I° comma.

Si avrebbe allora una discrasia tra quanto avviene sul piano penale e quanto si verifica in sede civile: nel giudizio penale il

(71) Così R. BARTOLI, *op. loc. ult. cit.*

(72) Contro possibili automatismi estintivi per le condotte pienamente riparatorie si osserva come per tal via si finirebbe per giungere ad un superamento del giudizio di equiparazione sanzionatoria in base al quale si dovrebbe tener conto che la "capacità surrogatoria della pena delle condotte riparatorie va commisurata in relazione al « peso » retributivo — preventivo proprio delle sanzioni penali in alternativa irrogabili dal giudice di pena... tutte comotate in senso special — preventivo". G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, cit., p. 155.

(73) Contro l'operatività del meccanismo assicurativo nell'ipotesi ex art. 35 dlgs. 274/2000 si era espresso R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 384.

responsabile non potrebbe estinguere il reato attraverso il risarcimento del danno ad opera dell'assicuratore; diversamente, se il responsabile paga estinguendo il reato, potrà ripetere quanto ha pagato dall'impresa assicuratrice ex art. 1917 c.c. in quanto oggetto della sua condotta riparatoria era il danno civile coperto dalla garanzia assicurativa.

Quindi in ogni caso il costo della riparazione graverebbe sull'assicuratore, il che comunque pare inconciliabile con le « esigenze di riprovazione del reato » e di « prevenzione » cui fa riferimento l'art. 35 II° comma, anche ove nelle stesse si leggano finalità di special-prevenzione.

Tale dissonanza richiede pertanto di adottare una prospettiva che possa conciliare gli aspetti civili e quelli penali del fenomeno.

La terza soluzione prospettabile è quella di comporre simile antinomia mantenendo ferma la natura civilistica del danno oggetto dell'obbligazione riparatoria, intervenendo in via interpretativa sul riferimento alle « esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione » di cui alla norma in esame in modo da renderle rispondenti alla evocata natura privatistica del rimedio.

Si potrebbe, infatti, osservare come simili finalità non siano estranee al sistema della responsabilità civile il quale, come abbiamo avuto modo di considerare (74), nella sua polifunzionalità, risulta altresì orientato, oltre che al ristoro del danneggiato dal pregiudizio patito, anche alla prevenzione degli illeciti, la quale non sembra trovare un limite nell'operatività del meccanismo assicurativo.

La soluzione prospettabile consiste, allora, nel ridurre la valutazione di cui all'art. 35 II° comma ad un giudizio orientato dai parametri mediante i quali si attua la funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile ovvero l'esistenza di un'in-tegrale riparazione del danno, anche con l'intervento dell'assicu-

(74) V. *supra* Parte II, cap. 2, par. 1.1.

ratore, purché contenuto nei limiti dell'assicurabilità degli illeciti dolosi.

In questo modo si potrebbe trovare una risposta alla logica del sistema più ampia della precedente in quanto ordinata a conciliare l'attuazione del fenomeno riparatorio *ex art. 35* nel sistema penale e in quello civile.

È indubitabile, però, che per tal via si arriva ad una sorta di privatizzazione del diritto penale su cui occorre riflettere (75), anche se la soluzione definitiva al problema non spetta sicuramente solo al civilista e ciò in considerazione dell'impatto che la stessa viene ad avere sul sistema della responsabilità penale.

4.3. *Riparazione e assicurazione nella riforma dei reati societari.*

Il meccanismo dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie o restitutorie e i relativi problemi di assicurabilità evidenziati nel precedente paragrafo si presentano pure con riferimento alla nuova disciplina dei reati societari introdotta dal d.lgs. 11.4.2002 n. 61 che ha novellato gli articoli del codice civile in materia.

Così il nuovo testo dell'art. 2627 II° comma prevede che, in ipotesi di « illegale ripartizione degli utili e delle riserve », « la restituzione degli utili o la ricostruzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato ».

Attribuisce rilevanza giuridica alla condotta restitutoria del responsabile anche l'art. 2628 ove al III° comma si prevede che, in ipotesi di « illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllate », « se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del

(75) Parla di "privatizzazione" del diritto penale con riferimento alla giustizia penale conciliativa C.E. PALERMO, voce *Depenalizzazione*, in *Dir. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 431.

bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto ».

In altre fattispecie di reato le norme del codice novellare dal suddetto decreto fanno riferimento a condotte risarcitorie.

Così sia il II° comma dell'art. 2629, in ipotesi di « operazioni in pregiudizio dei creditori », sia il II° comma dell'art. 2633, in tema di « indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori », prevedono che « Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato ».

Nuovamente non intendiamo prendere posizione sulle questioni di interesse strettamente penalistico relative alla diminuita capacità intimidatoria delle nuove norme incriminatrici che lasciano al responsabile la possibilità di estinguere il reato (76).

Quello che ci limiteremo ad osservare, al fine di verificare la ripetibilità in tale ambito delle osservazioni compiute nel paragrafo precedente, riguarda le particolarità di tale disciplina rispetto al meccanismo estintivo previsto dall'art. 35 della legge sulla competenza penale del giudice di pace.

Al riguardo la differenza più macroscopica pare rinvenibile nell'automatismo che guida l'estinzione dei reati societari in presenza delle suddette condotte riparatorie o restitutorie.

Non è prevista, infatti, alcuna valutazione del giudice in ordine alla idoneità delle stesse a « soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione » come nella normativa sulla competenza penale del giudice di pace.

Pertanto si dovrebbe concludere nel senso che, nelle ipotesi di reati societari, le condotte riparatorie o restitutorie operano su un piano oggettivo così come nell'ipotesi di cui all'art. 62 n. 6 c.p. (77).

(76) Cfr. L. FOFNANI, *Rilevi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1197; R. BRUCCHETTI, *Le fattispecie di non punibilità conseguenti alle restituzioni od al risarcimento del danno*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Semharà, Padova, 2002, pp. 759-760.

(77) V. *supra* § 3.

Di conseguenza l'effetto estintivo si produrrebbe indipendentemente dalle modalità con cui è realizzata in concreto la ricostruzione dell'interesse leso anche ove ciò avvenga attraverso l'intervento di un soggetto estraneo al reato come potrebbe essere l'assicuratore.

Sembra così di poter leggere nella riforma dei reati societari una ulteriore forma di privatizzazione del diritto penale.

I paradigmi su cui si era nel tempo cristallizzata la partizione teorica tra pena e risarcimento entrano in crisi in conseguenza di interventi sia a livello di diritto vigente che a livello di diritto vivente.

Infatti, dal lato del sistema della responsabilità civile, si avverte un ampliamento del concetto di danno che diviene sempre più indistinguibile in concreto dal danno criminale attraverso un'interpretazione dell'art. 2059 che tende ad ampliare il concetto di risarcibilità in rispondenza (78), peraltro, ad una progressiva estensione, operata dal legislatore (79), della tutela civile contro gli illeciti ad interessi la cui lesione difficilmente troverà materializzazione in danni patrimoniali.

Un movimento simmetrico pare rinvenibile nel diritto penale attraverso un ridimensionamento dell'istanza punitiva a favore di rimedi riparatori del pregiudizio patito dalla vittima.

In tal senso sembra, infatti, possibile leggere, oltre agli interventi legislativi da ultimo ricordati, anche le recenti sentenze della Consulta con le quali è stata riconosciuta l'operatività dello strumento assicurativo all'interno del sistema di responsabilità penale, ammettendo, in alcuni casi, la citazione dell'assicuratore nel processo penale (80), e riconoscendo addirittura rilevanza, ai

(78) V. *supra* parte II, capitolo 1, § 5.

(79) Intendiamo riferirci alla legge sul trattamento dei dati personali 31.12.1996 n. 675 e la Legge Pinto in tema di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo 24.3.2001 n. 89.

(80) V. *supra* nota 16.

fini penali, alla riparazione operata mediante l'intervento dell'impresa assicuratrice (81).

Peraltro la scelta del legislatore in materia di reati di competenza del giudice onorario e di reati societari non può dirsi un caso isolato in quanto anche il recente decreto legislativo in materia di responsabilità amministrativa degli enti ha previsto che l'attuazione di una condotta riparatoria da parte del responsabile abbia rilevanza ai fini dell'irrogazione della pena sia a livello di determinazione del *quantum* sia in relazione al tipo di sanzione punitiva da irrogare.

Il tema presenta analogie con la trattazione del presente capitolo, in quanto anch'esso vale a rimettere in discussione gli stessi confini tra pena e riparazione, ma impone una riflessione autonoma perché viene a legarsi ad una diversa problematica, quella della natura delle sanzioni amministrative.

Se in passato, infatti, si era pensato di inserirle nella categoria unitaria della sanzione punitiva escludendo che le stesse potessero avere una duplice natura compensatoria e punitiva ad un tempo (82), la recente riforma in materia di responsabilità degli enti deve portarci a ripensare a tali conclusioni e, di conseguenza, alla più volte asserta inassicurabilità delle sanzioni amministrative fondata appunto sulla natura strettamente punitiva delle stesse (83).

(81) V. *supra* nota 32.

(82) V. *supra* capitolo 1, nota 8.

(83) La questione sembrava aver trovato definitiva soluzione nella circolare Isvap 22 maggio 1995 n. 246. V. *amplius infra* p. 353 ss.

CAPITOLO III

ASSICURAZIONE E SANZIONI AMMINISTRATIVE

SOMMARIO: 1. L'inascurabilità delle sanzioni amministrative. Le ragioni del divieto. — 2. I confini del rischio assicurabile nella responsabilità amministrativa. — 2.1. Polizze cauzionali e illeciti amministrativi. — 2.2. Assicurazione e sanzioni accessorie. — 2.3. L'assicurabilità del coobbligato solidale con particolare riferimento alle sanzioni tributarie. — 2.4. Assicurazione e responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

1. *L'inascurabilità delle sanzioni amministrative. Le ragioni del divieto.*

Le sanzioni amministrative hanno da tempo attirato l'attenzione degli assicuratori quale possibile nuovo settore del mercato assicurativo tanto da richiedere l'intervento dell'Isvap, che si è dovuta pronunciare sul punto onde rispondere al problema della loro assicurabilità sul piano giuridico (1).

Un simile interesse non deve del resto stupire posto che, ai fini della realizzazione dell'operazione economica propria del contratto di assicurazione, due sono gli elementi rilevanti: l'esistenza di un rischio e la possibilità in concreto di stimarne la frequenza su basi attuariali.

Se si considera la sanzione amministrativa come fenomeno sociale, questa pare rispondere a tali esigenze gestionali e quindi ai criteri di assicurabilità sotto il profilo tecnico-economico.

Infatti l'irrogazione di una sanzione amministrativa, ma forse il discorso può estendersi anche alle sanzioni penali, è stata qualificata da alcuni studiosi come un autentico « rischio », ov-

(1) Intendiamo riferirci circolare Isvap 22 maggio 1995 n. 246. V. *infra* p. 353.

vero un evento fortuito, in quanto l'incorrere in sanzione è sempre più frequentemente una circostanza la cui determinazione non dipende da atti intenzionali del responsabile né figura prevedibile da parte di questi (2).

Saremmo così in presenza di un evento legato ad una probabilità di accadimento e come tale possibile oggetto di un contratto di assicurazione.

Il fatto poi che la sanzione amministrativa sia predeterminata entro un minimo e un massimo editrale finisce per rappresentare una circostanza che la rende statisticamente assicurabile in quanto è possibile per gli assicuratori compiere dei calcoli prognostici in ordine agli indennizzi che questi dovranno corrispondere in ragione dei rischi coperti.

Quindi, dal punto di vista dell'assicurabilità tecnica, si può arrivare a dire che le sanzioni amministrative si prestano ad essere oggetto di un contratto di assicurazione, quindi, forse ben più del risarcimento del danno morale la cui quantificazione è rimessa a valutazioni equeitative del giudice (3).

L'interesse degli assicuratori verso tale categoria di rischi, risulta essere, però, vanificato dalla più volte asserita inassicurabilità in senso giuridico degli stessi sotto il profilo dell'illiceità per contrarietà all'ordine pubblico (4).

(2) Cfr. F. ScUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, *passim* in particolare pp. 90-91.

(3) V. *supra* parte II, capitolo 2, § 5.

(4) V. circolare Isvap 22 maggio 1995 n. 246 sulla quale avremo modo di diffonderci *infra* p. 353 ss.

Si ripropone così nuovamente la necessità di distinguere l'assicurabilità in senso tecnico e da quella in senso giuridico. V. *supra* parte I, capitolo 1, § 3.

Altro è il discorso per quanto concerne la liceità di un contratto di assicurazione stipulato da un ente pubblico per la responsabilità civile e amministrativa dei propri dipendenti, intendendo per responsabilità amministrativa la responsabilità in cui incorre il soggetto che avendo violato doveri od obblighi derivanti dal rapporto di servizio con un ente pubblico, abbia cagionato un danno alla sua (o ad altra) pubblica amministrazione. Si parla al riguardo anche di responsabilità gestoria alla quale è riconosciuta una "natura risarcitoria sui generis": così C. Conti sez. riun., 27.5.1999, n. 15, in *Foro amm.*, 2000, 650.

Prima di considerare gli argomenti, su cui si fondano tali conclusioni, occorre individuare la natura delle sanzioni amministrative quale premessa logica del discorso sulla loro assicurabilità.

La ricerca di una definizione di sanzione amministrativa trova un ostacolo nella stessa multiformità del fenomeno. Anche ricorrendo ad una nozione particolarmente lata, quale potrebbe essere quella che lo identifica con « ogni forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto » (5), occorre poi tenere conto che tale reazione viene attuata mediante strutture e funzioni diverse.

In alcuni casi l'ordinamento interviene con misure che non sono volte a punire il responsabile, ma ad impedire il protrarsi di una situazione almeno potenzialmente lesiva di interessi giuridicamente rilevanti. Si pensi all'intervento della pubblica amministrazione mediante la confisca di beni di proprietà dei privati che vengano a determinare siffatte condizioni (6).

In altri casi lo Stato interviene non per sanzionare, ma per dichiarare il venir meno delle condizioni che avevano permesso l'emissione di un certo atto amministrativo. L'esempio più comune è quello del ritiro della patente per inabilità alla guida (7).

In queste ipotesi il problema della liceità del contratto non concerne la natura della sanzione oggetto della copertura assicurativa, ma piuttosto la conformità di un simile negozio all'art. 28 C. nonché l'ammissibilità di un rapporto assicurativo in cui il soggetto che paga il premio è il medesimo che subisce il danno causato dal comportamento illecito del beneficiario della polizza. Cfr. C. Conti reg. Lombardia, sez. giurisd. 9.5.2002 n. 942, in *Finanza locale*, 2002, 1046.

La questione nei suoi profili applicativi è stata trattata da M. FERLINI, *Risarcimento del danno e responsabilità. Le assicurazioni nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2003.

(5) Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 351, i quali si richiama a A. TESAURO, *Sanzioni punitive amministrative*, Napoli, 1925, p. 90 ss.

(6) Cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 365. Sarebbe però errato concludere nel senso che tale natura sia propria di tutte le ipotesi di confisca. Gli Autori, infatti, ritengono che, nell'ipotesi di cui all'art. 20 l. 689/1981, si sia in presenza di un'autentica pena, mentre in altri casi la confisca si presenta come una mera surrogata ad una misura ripristinatoria. Basti pensare all'ipotesi di cui all'art. 7 l. 47/1985.

(7) L'esempio è tratto da C.E. PALIERO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 362.

Ancora di sanzioni amministrative non punitive si può parlare con riferimento alle c.d. « sanzioni ripristinatorie », si pensi agli interventi di demolizione degli edifici abusivi, nonché alle sanzioni pecuniarie alternative alle prime (8).

Si è così pensato di ricorrere ad una bipartizione tra sanzioni amministrative in senso lato, comprensive pure di rimedi riparatori e restitutori, e sanzioni amministrative in senso stretto aventi natura punitiva (9).

Il problema di definire cosa sia una sanzione amministrativa viene a complicarsi ulteriormente in ragione dell'evoluzione storica del fenomeno che ha subito una serie di interventi legislativi i quali hanno, non solo portato ad incrementare il numero degli illeciti amministrativi, ma anche a disciplinare il relativo apparato sanzionatorio secondo disposizioni che tendono in alcuni casi ad avvicinarlo al paradigma sanzionatorio-punitivo e in altri casi a quello riparatorio.

Lo studio di tali contrapposti movimenti acquista, ai fini della nostra ricerca, un interesse prevalente posto che dalla riconducibilità o meno delle sanzioni amministrative alle tecniche di tutela punitiva dipende la riferibilità a queste delle regole e dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo sui quali è fondato il giudizio di inassicurabilità delle pene (10).

Pare allora a tal fine proponibile una partizione del tema in tre periodi: il primo anteriore alla riforma delle sanzioni amministrative attuata con la l. 24.11.1981 n. 689, il secondo successivo

(8) L'espressione tra virgolette è di Cass. SS.UU. 24.2.1978, n. 926, in *Foro it.*, 1978, I, 1173.

Con riferimento alle sanzioni pecuniarie in materia edilizia occorre, secondo alcuni, distinguere però quelle irrogabili oggettivamente in base alla relazione di proprietà col bene e quelle invece che restano in capo a chi ha commesso l'abuso e che hanno funzione più propriamente punitiva. Cf. R. FIGUERA, *Le sanzioni amministrative in materia urbanistica*, in *Mondo giur.*, 1997, 458.

(9) Cf. C.E. PALERMO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 350.

(10) Cf. *supra* p. 31 ss.

tale riforma e il terzo posteriore alla nuova disciplina sulla responsabilità degli enti.

Le sanzioni amministrative, prima della riforma del 1981, si presentavano come mere risposte ad una condotta dei privati posta in essere in violazione dei precetti dell'ordinamento onde attuare *ex post* le finalità che questo intendeva realizzare con la predisposizione del precetto violato ed eliminare le eventuali condizioni pregiudizievoli che si erano realizzate in ragione di tale violazione (11).

Siffatte considerazioni trovavano peraltro fondamento nello stato della legislazione sul punto ed in particolare nella disciplina delle sanzioni amministrative tributarie contenuta nella l. 7.1.1929 n. 4, in special modo nell'art. 3 III° comma ove si stabiliva che l'obbligazione al pagamento di una somma a titolo di pena pecuniaria a favore dello Stato « ha carattere civile ».

Così un illustre Autore, sulla natura di tali sanzioni, affermava che « le sanzioni pecuniarie, costituenti il contenuto delle sanzioni amministrative, e che adempiono alla duplice funzione di stimolare l'obbligato a compiere i suoi doveri e di risarcire l'ente pubblico delle dannose conseguenze derivanti dall'inosservanza degli stessi, hanno la medesima natura e struttura giuridica del debito di imposta » (12).

Eventuali peculiarità del rimedio, con particolare riferimento alle modalità di determinazione del *quantum debetur*, non valgono ad escludere la sua natura privatistica, ma solo a sottolineare il « carattere ibrido della pena pecuniaria, la quale, pur essendo al pari della soprattassa, un'obbligazione civile, si informa in parte ai principi del diritto penale » (13).

(11) Cf. G. BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 394.

(12) Così A.D. GIANNINI, *op. cit.*, p. 263.

(13) Così A.D. GIANNINI, *op. cit.*, p. 264.

Altri pur riconoscendo la natura affittiva della sanzione amministrativa la tengono distinta dalla sanzione penale in considerazione delle finalità retributive della stessa. Così G. ZANONINI, *La sistemazione delle sanzioni fiscali*, cit., p. 500 ss.; Id., *Sanzioni amministrative*, cit., p. 10 ss.

Nella riforma operata con la l. 24.11.1981 n. 689 la disciplina delle sanzioni amministrative viene ridefinita accentuando gli aspetti più propriamente penali del rimedio e richiamando in modo espresso principi propri del sistema sanzionatorio punitivo. Basti pensare, al riguardo, al riferimento al principio di legalità, contenuto nell'art. 1, nonché alla non trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi, di cui all'art. 7 (14). Infine all'art. 11, il legislatore, nell'indicare i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, richiama l'attenzione dei giudici sulla « gravità della violazione », espressione questa in cui la giurisprudenza ha letto un recupero, in tale peculiare ambito disciplinare, del dettato normativo di cui all'art. 133 c.p. (15) sottolineando come anche la misura della sanzione amministrativa sia legata a criteri che eccedono la compensazione del danno (16).

A ben vedere la legge del 1981 rappresenta un intervento che

Un eco di tale impostazione pare rinvenibile anche in scritti successivi alla riforma operata con la l. 24.11.1981 n. 689. Cfr. E. CAPACCIOLI, *op. loc. cit.*; A. TRAVI, *op. loc. cit.* (14) Dagli artt. 3 e 7 la giurisprudenza ricava l'operatività del principio di personalità della pena anche nel settore delle sanzioni amministrative. Comm. Trib. Prov. Salerno, 23. 12. 1997, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Tributi in genere* n. 2089; Comm. Trib. Centrale 12.2.1997, n. 115, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Tributi in genere*, n. 2118; Cass. 10.12.1998, n. 12459, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 31. In quest'ultima sentenza la Suprema Corte ha affermato che, con riferimento ad una persona giuridica, responsabile della violazione è solo la persona fisica cui è riferibile l'azione materiale o l'omissione costitutiva della violazione.

Vero è che il principio della personalità della sanzione con riferimento alle sanzioni amministrative trova un'eccezione nella figura del coobbligato solidale v. *infra* § 2.3.

(15) Cfr. Cass. 18. 1. 1995, n. 529, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, n. 36.

(16) Tale considerazione non può, però, dirsi sufficiente a suffragare la natura punitiva della sanzione. Anche con riferimento alle obbligazioni risarcitorie abbiamo visto come la giurisprudenza fa riferimento, con particolare riguardo ai danni non patrimoniali, ai criteri di cui all'art. 133 c.p. Cfr. C. App. Roma 5.11.1990, in *Dir. inf.*, 1991, 845. In tal caso però abbiamo osservato come questo non importa di rivedere la natura del rimedio in senso punitivo, ma rappresenti solo una delle modalità di espressione del criterio equitativo cui il giudice può ispirarsi nella quantificazione del danno. V. *amplius supra* parte II, cap. 1, nota 138.

non è indirizzato unicamente al fine di dettare una disciplina organica in materia di sanzioni amministrative, ma anche al fine di regolare le stesse in considerazione del ruolo che queste vengono assumendo come canale attraverso il quale è possibile attuare il processo di depenalizzazione.

Sembra così che nella logica seguita dal legislatore prevalgano le istanze unitariste volte a ricondurre il fenomeno delle sanzioni amministrative all'interno del sistema sanzionatorio punitivo (17).

La scelta del legislatore, nell'individuare la possibile risposta agli illeciti, tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, deve essere, quindi, guidata dalla sua prevalente intenzione di prevenire l'attività illecita oppure di trovare un adeguato ristoro dei danni compiuti a mezzo della stessa oltre che di reprimere la condotta antigiuridica (18).

Quindi entrambe le tipologie di sanzione sarebbero indirizzate alla repressione degli illeciti, ma solo le sanzioni amministrative, in quanto pecuniarie, sarebbero idonee anche a coprire finalità più largamente retributive compensando le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito mediante la somma che il responsabile si trova a pagare.

A parte, però, la natura strettamente pecuniaria delle sanzioni amministrative non paiono emergere ulteriori motivi che valgano ad escludere la natura punitiva delle stesse (19).

Se è, infatti, vero che simili conclusioni risultavano, in passato, contraddette, a livello sistematico, dalla presenza di alcune norme dissonanti contenute nella legge del 1929, in materia di sanzioni tributarie, (20), è pure vero che tale antinomia è stata, comunque, superata dalla riforma del 1997, attuata col d.lgs. n. 472, che ha portato ad un avvicinamento, dal punto di vista

(17) Cfr. v. *supra* capitolo 1, nota 8.

(18) In tal senso P. NIVOLONE, *L'opzione penale*, 1985, p. 246 ss.

(19) Cfr. E. CAPACCIOLI, *op. loc. cit.*

(20) V. *supra* p. 294.

disciplinare, di queste ultime al sistema sanzionatorio punitivo (21).

Aspetti dissonanti con la natura punitiva delle sanzioni amministrative sembrerebbero emergere anche nella disciplina della responsabilità dei coobbligati in solido, ovvero di quei soggetti diversi dal responsabile sul patrimonio dei quali viene a gravare la sanzione (22).

In particolare un'ipotesi di solidarietà è prevista all'art. 6 della l. 24.11.1981 n. 689 con riferimento al proprietario della cosa che « servì o fu destinata a commettere la violazione » oppure all'usufruttuario o al titolare di un diritto personale di godimento ove si tratti di bene immobile. Ancora coobbligato solidale è, sempre *ex art.* 6 II° e III° comma, la persona che ha poteri e doveri di sorveglianza verso l'incapace autore del fatto illecito oppure la persona giuridica, l'ente o l'imprenditore nel caso in cui autore materiale del fatto sia un suo rappresentante o dipendente.

Due le possibili chiavi di lettura della norma. Si può mantenere ferma la natura punitiva delle sanzioni amministrative e quindi la riferibilità alle stesse dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo tra i quali figura quello di personalità della pena che trova espresso riconoscimento all'art. 27 C. Una simile interpretazione porta, però, a dover considerare incostituzionali le disposizioni normative in cui è introdotta la solidarietà amministrativa.

(21) V. *amplius infra* § 2.4.

(22) Qualcuno a riguardo ha parlato di "fideiussoi legali" del responsabile. Così G. PATTI, *Commento alla legge 24-11-1981 n. 689. Aspetti civilistici della legge*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, p. 1165 ss. Contra A. GUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. di dir. Civ. comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINIO, vol. XVIII, t. 3, Milano, 1998, pp. 55-64. Quest'ultimo osserva, infatti, come si tratti di forme di solidarietà non informate dal principio di sussidiarietà ed aventi funzione di tutelare determinati crediti che rivestono un interesse socialmente rilevante per cui, vista la funzione svolta da tali meccanismi di garanzia, non dovrebbero essere applicabili, in tal caso, quelle norme sul contratto di fideiussione improntate ad uno spiccato *favor fideiussois* quali sono quelle contenute negli artt. 1953, 1955, 1957.

nistrativa in quanto la stessa finisce per trasferire la sanzione su un soggetto diverso dal responsabile.

Diversamente si potrebbero far salve tali norme ritenendo non riferibili alle sanzioni amministrative tutti i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo ed in particolare quello della personalità della pena in quanto contrastante con le esigenze repressivo-retributive proprie delle sanzioni pecuniarie in senso stretto (23).

Vi è una terza possibile via per colmare l'apparente dissociazione tra solidarietà amministrativa e principio di personalità della pena. Il coobbligato, che ha pagato, vanta *ex art.* 6 ult. comma un diritto di regresso verso il responsabile, condizione che vale a ritenere quest'ultimo comunque gravato dalla pena anche se indirettamente (24).

Si potrebbe insomma ritenere che il principio di personalità debba essere riletto con riferimento alle sanzioni pecuniarie in senso stretto privilegiando il momento dell'irrogazione rispetto a quello dell'escussione.

Esistono poi aspetti concernenti la determinazione del *quantum* dovuto dal responsabile a titolo di sanzioni amministrativa che paiono contrastare con i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo.

(23) Da notare come secondo un'interpretazione proposta dalla Cassazione tale norma non risponderebbe a simili esigenze in quanto "la « ratio » di tale responsabilità solidale (prevista dall'art. 6 della legge stessa) non è quella di far fronte a situazioni di insolvenza dell'autore della violazione, bensì quella di evitare che la violazione resti impunita quando sia impossibile identificare con certezza tale ultimo soggetto e sia, invece, facilmente identificabile il proprietario della 'cosa che servì o fu destinata a commettere la violazione': così Cass. 19.12.1996, n. 11350, in *Civiltà. Mass.* 1996, 1770.

Al riguardo occorre però riflettere sul fatto che una simile interpretazione poteva valere nel caso specifico sottoposto alla Corte. Il fenomeno della solidarietà trova, invece, applicazione anche in ipotesi in cui non sussistono problemi di individuazione del responsabile ma solo di esazione da questi della somma di cui è debitore a titolo di sanzione pecuniaria.

(24) Per tali considerazioni V. F. DI MAIO, *La responsabilità solidale tra Sma e collaboratore per illecito amministrativo*, commento a C. Cost. 24. 7. 1995 n. 363, in *Le Società*, 1995, p. 1540.

In particolare la Consula ha avuto modo di pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge della regione Sicilia ove si prevedeva l'entità della pena senza lasciare alcuno spazio ad una sua graduazione in relazione alla gravità dell'illecito e alla persona del responsabile, come previsto all'art. 11 l. 689/1981, in contrasto con il principio di personalità della pena (25).

La Corte in tal caso ha preso una posizione, peraltro non isolata (26), che tende a contraddire la natura punitiva delle sanzioni amministrative, affermando che « l'illecito amministrativo e, "per relationem", la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (artt. 25 comma 2 e 27 Cost. che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 C. disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello designato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla l. 24 novembre 1981 n. 689. Il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concentrando esclusivamente quelle penali » (27).

Non sembra, però, che tali conclusioni abbiano portato ad

(25) Cost. C. Cost. 21.4.1994 n. 159, in *Giur. Cost.*, 1994, I, p. 1214 ss.

In senso analogo si è pronunciata la giustizia amministrativa affermando che « non può ritenersi incostituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost, sotto il profilo della mancata considerazione dell'elemento psicologico, oltre che della personalità del contravventore nella determinazione del « quantum », obbligatorie in caso di sanzioni amministrative ex art. 3 e 11 l. n. 689 del 1981, la sanzione prevista dall'art. 4 comma 7 l. n. 109 del 1994, in quanto quest'ultima, ancorché denominata « amministrativa » non può essere annoverata fra le prime, come dimostra la giurisprudenza esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie che la riguardano e la maggiore affinità, al di là del « nomen iuris », con le sanzioni di natura civile ». così T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 19.1.2001 n. 3, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 1369 con nota L. Leva.

(26) In tal senso v. anche C. Cost. 24.7.1995, n. 363, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1259; C. Cost. 10.12.1987, n. 502, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 3315. *Contro* P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 60 ss.; C. PIRE, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990, p. 50 ss.

(27) Cost. C. Cost. 21.4.1994, n. 159, cit.

ammettere la trasmissibilità in via negoziale della pena pecuniaria anche perché sono riferite al principio di personalità inteso, non come intrasmissibilità della pena, ma come necessaria graduazione delle sanzioni punitive in relazione alla persona del responsabile.

Non è così possibile dedurre dalla sentenza della Consula alcun principio di diritto da cui risulti la trasmissibilità per negozio della sanzione amministrativa.

A maggior ragione non sembra possibile dedurre alcun giudizio positivo in ordine alla assicurabilità del rischio della relativa irrogazione. In tal caso, infatti, oltre al principio della intrasmissibilità si violerebbe anche il principio di effettività della pena intesa come certezza dell'afflizione del responsabile in quanto l'esistenza di una polizza assicurativa, che garantisca la responsabilità amministrativa, renderebbe certa l'impunità di quest'ultimo in concreto (28).

Ne segue che, se si ritiene che il sistema sanzionatorio punitivo sia finalizzato al mantenimento dell'ordine pubblico e si ritiene altresì che il principio di effettività della pena costituisca il cardine del sistema sanzionatorio punitivo, allora ogni pattuizione che valga ad estendere la copertura assicurativa anche al rischio di irrogazione di sanzioni amministrative sarebbe nulla per contrarietà all'ordine pubblico (29).

Tali considerazioni sono poste a fondamento della decisione dell'Isvap la quale si è pronunciata appunto contro l'assicurabilità delle sanzioni amministrative nella circolare del 22 maggio 1995 n. 246 ove si afferma che, in considerazione del carattere personale e affettivo di tali sanzioni, « il contratto di assicurazione

(28) Sul punto riteniamo opportuno ricordare la posizione di R. CORDERO GUERRA, *op. cit.*, p. 139 il quale *de iure condendo* individua la « necessità, tramite disposizioni *ad hoc*, che il reale autore del reato tributario riesca, sfruttando tecniche civilistiche di spersonalizzazione dell'illecito o comunque di copertura del reale autore, o a sottrarsi alle pene o, ancor più radicalmente, a evitare la configurazione del reato. »

(29) Sulla possibile conflittualità tra assicurazione della responsabilità penale e amministrativa e ordine pubblico v. *amplius supra* parte I, capitolo 1, § 4.2.

che sollevi l'assicurato dal pregiudizio economico costituito dall'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie sia da considerare quale avente una causa e, quindi, una funzione economico-sociale illecita per contrarietà all'ordine pubblico ex art. 1343 c.c. Infatti risulterebbero violati i soprarichiamati principi di personalità e afflittività con innegabili conseguenze negative in relazione al potere deterrente delle sanzioni amministrative pecuniarie riguardo ai comportamenti futuri dei soggetti interessati » (30).

In particolare l'Isvap nota come la l. 24.11.1981 n. 689, nell'introdurre modifiche al sistema penale impiegando la sanzione amministrativa quale possibile alternativa alla detenzione nel processo di depenalizzazione, ha finito per riferire anche al sistema della responsabilità amministrativa i principi propri delle sanzioni penali, tra i quali appunto figurano quelli di personalità ed effettività.

L'Authority, però, ammette l'introduzione di meccanismi assicurativi anche all'interno del sistema della responsabilità amministrativa per quanto concerne l'obbligazione gravante sui

(30) Alcuni Autori si sono pronunciati contro l'assicurabilità delle sanzioni punitive sotto il profilo della impossibilità di considerare l'irrogazione di una sanzione amministrativa un rischio ex art. 1895 c.c. Così in particolare A. PERINI, *Il nuovo sistema sanzionatorio tributario: considerazioni di un penalista*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, pp. 2049-2050.

L'A. rileva, infatti, non solo il contrasto tra la funzione punitiva della sanzione e l'operazione assicurativa, ma altresì come una simile assicurazione non risponda dal punto di vista giuridico sistematico alla nozione di contratto di assicurazione di cui all'art. 1882 in quanto l'irrogazione di una sanzione non sarebbe, a suo avviso, riconducibile né al ramo danni né al ramo vita.

Al riguardo peraltro si può ricordare che parte della dottrina considera la distinzione di cui all'art. 1882 addirittura fondata su ragioni di ordine pubblico ed in essa individua un limite all'autonomia del predisponente nella determinazione della regola contrattuale in riferimento alle clausole delimitative del rischio. Cf. G. FANELLI, *Somma diviso delle assicurazioni private: riflessioni su un vecchio problema*, in *Foro it.*, 1962, IV, p. 51 ss.

In vero, sotto tale profilo, non si comprende perché la copertura di una sanzione amministrativa non possa essere considerata una particolare forma di assicurazione contro le perdite pecuniarie e quindi ricondotta al ramo danni.

coobligati solidali i quali vengono ad essere gravati non da una sanzione punitiva ma da un'obbligazione civile.

Le considerazioni dell'Isvap dovrebbero essere comunque riviste alla luce della distinzione tra sanzioni amministrative in senso lato, le quali comprendono al loro interno anche misure di tipo ripristinatorio come tali pienamente assicurabili, e sanzioni amministrative in senso stretto, ovvero quelle riconducibili alla categoria generale delle pene a cui sarebbero riferibili regole e principi propri del sistema sanzionatorio punitivo.

Solo per quest'ultime varrebbero le considerazioni dell'autorità garante in materia di inassicurabilità delle sanzioni amministrative.

Tali conclusioni meritano, inoltre, una rinnovata riflessione con riferimento alla nuova disciplina delle sanzioni tributarie contenuta nel d.lgs. 18.12.1997 n. 472, che ha, da un lato, avvicinato le sanzioni tributarie al sistema sanzionatorio punitivo e, dall'altro, esteso l'operatività del sistema delle obbligazioni solidali.

Ancora le conclusioni sulla inassicurabilità delle sanzioni amministrative devono essere riviste alla luce della nuova normativa in materia di responsabilità degli enti in cui è stato attribuito un ruolo particolare ai rimedi di tipo riparatorio e ripristinatorio.

Sembra così che la decisione dell'Isvap non valga a chiudere il discorso in tema di assicurabilità delle sanzioni amministrative, ma rappresenti solo la base di partenza per considerazioni ulteriori che tengano conto del particolare equilibrio che si viene a creare nel sistema della responsabilità amministrativa tra riparazione e pena.

2. I confini del rischio assicurabile nella responsabilità amministrativa.

Se all'interno dell'area dell'illecito amministrativo pare possibile individuare conseguenze non strettamente riconducibili

all'interno della categoria delle sanzioni punitive, allora in tale ambito vi sono spazi entro cui è ammissibile l'operatività del meccanismo assicurativo.

Come abbiamo avuto modo di considerare, nella categoria delle sanzioni amministrative paiono rinvenibili rimedi qualificabili, non in termini punitivi, ma piuttosto in una prospettiva ripristinatorio-riparatoria e, quindi, non regolati da quei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo su cui si fonda il giudizio di inassicurabilità. Solo questi rimedi, a differenza delle sanzioni amministrative in senso stretto, rappresentano un rischio assicurabile sotto il profilo della liceità.

Se si ha riguardo alle polizze attualmente in commercio, ci si rende, però, conto di come tra le stesse si continuo anche contratti di assicurazione che hanno ad oggetto vere e proprie sanzioni punitive.

Intendiamo in particolare riferirci alle polizze di assicurazione contro il ritiro della patente e alle polizze cauzionali dei diritti doganali.

2.1. *Polizze cauzionali e illeciti amministrativi.*

Con riferimento alle possibili relazioni tra polizze assicurative e responsabilità amministrativa meritano menzione le polizze cauzionali, ovvero le polizze con cui l'impresa assicuratrice si impegna a pagare quanto dovuto anche a titolo di sanzione da parte del soggetto assicurato alle casse dello Stato verso il corrispettivo di un premio rinunciando al beneficio di escussione e salvo il diritto di regresso verso l'assicurato stesso.

Il fenomeno ha trovato da tempo espressione con riferimento ai diritti doganali per il cui pagamento operano spesso polizze cauzionali mediante le quali l'impresa assicuratrice si impegna per le spese di ogni specie dovute dall'assicurato a norma di legge anche per inadempienze ed irregolarità relative alle operazioni descritte nella polizza.

Oggetto del contratto sono quindi pure le sanzioni previste in caso di violazioni della normativa in materia, sanzioni che non sembrano avere solo funzione riparatoria ma anche punitiva.

Nelle polizze si fa, infatti, generalmente riferimento alle spese e, quindi, non solo agli interessi dovuti per la dilazione temporale del pagamento, ma anche, così parrebbe, alle pene pecuniarie.

Si potrebbe allora discutere della liceità di simili contratti che importano la copertura di sanzioni riconducibili all'interno della categoria delle sanzioni punitive.

Prima di porsi il problema della natura di tali sanzioni possiamo trovare una soluzione alla questione sul diverso fronte della qualificazione del rapporto negoziale che si realizza mediante una polizza cauzionale.

Dalla stessa descrizione del contenuto del regolamento contrattuale emerge, infatti, come l'impresa assicuratrice non garantisca un rischio, ma un credito (31).

L'impresa assicuratrice non si impegna ad indennizzare l'assicurato ove si dertermini in concreto l'evento futuro e incerto dedotto nella polizza, ma si obbliga a corrispondere quanto dovuto dal c.d. assicurato salvo diritto di regresso verso quest'ultimo.

Si può allora osservare come, attraverso il meccanismo del regresso, il costo dell'irrogazione della sanzione rimanga a carico del responsabile anche se la sua prestazione verso le casse dello Stato risulta mediata dall'intervento dell'impresa assicuratrice.

Quest'ultima sarà tenuta a corrispondere quanto dovuto dal soggetto garantito a favore dello Stato ma vanterà verso il debitore principale azione di regresso in relazione a tale importo.

Ne segue che una simile relazione negoziale non determina il trasferimento del costo della sanzione su un terzo e non contrasta, pertanto, né col principio della personalità, né con quello dell'effettività della pena (32).

(31) V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

(32) Sulla relazione tra sanzioni pecuniarie e principio di effettività v. F. GIUNTA,

Del resto è la stessa legge, in materia di sanzioni amministrative, ad introdurre analoghi meccanismi di garanzia del credito dello Stato verso il responsabile.

Anche attraverso il meccanismo della coobbligazione solidale, infatti, si finisce per garantire il credito dello Stato attraverso l'individuazione di ulteriori soggetti rispetto al responsabile gravati dall'obbligo al pagamento della somma equivalente alla pena pecuniaria irrogata, i quali però vanteranno un diritto di regresso verso il diretto responsabile che finirà per continuare a subire gli effetti dell'irrogazione della sanzione.

Si può quindi concludere che, anche con riferimento alle sanzioni amministrative in senso stretto, per le quali operano i principi di diritto sanzionatorio punitivo, sembra possibile ammettere la validità ed efficacia di meccanismi di garanzia del credito che lo Stato vanta per il pagamento della pena pecuniaria tra i quali paiono annoverabili le polizze cauzionali o fidejussorie. Peraltro, in alcuni casi, nel testo di tali polizze sono presenti patruzioni che accrescono l'efficacia deterrente della pena pecuniaria.

Al riguardo si può osservare che l'impresa assicuratrice vanta come corrispettivo della propria prestazione di garanzia, non solo un premio, ma un'ulteriore somma calcolata in relazione all'entità del credito dello Stato.

Nel regolamento contrattuale, infatti, è spesso inserita una clausola che, nel disciplinare il diritto di regresso di quest'ultimo, prevede l'obbligo a carico del c.d. assicurato di corrispondere all'impresa assicuratrice, oltre al capitale e alle spese, l'interesse nella misura pari al saggio ufficiale di sconto in vigore al momento del versamento maggiorato di un certo numero di punti (33).

L'Effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio, cit., p. 438, il quale osserva come "quanto alle pene pecuniarie, è fin troppo intuitivo che a loro effettività coincida del tutto con la loro indeferibilità".

(33) Le finalità di tali patruzioni, a nostro avviso, non assumono comunque

Si viene così ad introdurre in via negoziale un meccanismo punitivo che finisce per corroborare l'efficacia deterrente della pena.

2.2. Assicurazione e sanzioni accessorie.

Nell'occuparci della natura delle sanzioni amministrative e della possibile riferibilità alle stesse dei principi propri del sistema sanzionatorio punitivo abbiamo visto come, accanto ad autentiche pene pecuniarie, gli illeciti amministrativi trovino una risposta in sanzioni in ordine alle quali non dovrebbero valere quei principi sui quali si fonda l'insicurabilità della responsabilità penale.

Tra queste paiono in genere annoverabili anche le sanzioni accessorie che rappresentano un complemento della sanzione principale. In alcuni casi si tratta di sanzioni aventi funzione di tipo cautelare, le quali operano impedendo il reiterarsi del fatto illecito. In altri casi si tratta di sanzioni di tipo inabilitante che conseguono all'accertamento del venir meno delle condizioni che avevano rappresentato il presupposto per l'emissione di un dato atto amministrativo. In altri casi ancora, invece, siamo di fronte ad autentiche pene volte a corroborare la funzione punitiva della sanzione principale (34).

Uno degli esempi più ricorrenti al riguardo è quello della sospensione o ritiro della patente che in alcune ipotesi è una misura cautelare, la cui applicazione prescinde addirittura dall'accertamento del reato, in altri casi è un rimedio inabilitante che consegue ad un mero accertamento in ordine allo stato di inidoneità alla guida, in altri infine è un'autentica sanzione punitiva contro un illecito.

Questo esempio riveste un particolare interesse perché è proprio con riferimento a tale tipologia di sanzione accessoria che

rilievo al fine di escludere che per le stesse operino i limiti anti-usura dei tassi d'interesse.

(34) V. *supra* p. 345 ss.

esistono polizze assicurative il cui oggetto peraltro non è limitato alle ipotesi in cui la sospensione rappresenta un provvedimento non punitivo, ma anche alle ipotesi in cui la stessa risulta essere una vera e propria pena complementare alla principale.

Il primo aspetto della questione riguarda il fatto che in tal caso il rischio coperto non concerne una pena pecuniaria, ma una sanzione di tipo interdittivo.

Il rischio di irrogazione della sanzione *de qua* trova copertura attraverso la corresponsione di una diaria per un numero massimo di giorni per ogni giorno di sospensione della patente o attraverso il pagamento *una tantum* di un indennizzo predefinito per il ritiro di questa.

A favore della liceità di simili polizze, si potrebbe allora osservare che in questo modo non si incide sulla personalità della sanzione che continua a gravare sulla posizione del responsabile.

Ci si potrebbe, però, chiedere fino a che punto, per tal via, non si finisca per ridurre l'effettività della pena dal momento che, in ragione di tale indennizzo, l'assicurato viene ad essere sollevato in tutto o in parte dagli effetti pregiudizievoli della sanzione.

Peraltro una diaria elevata potrebbe addirittura incentivare condotte antigiusdiche volte a determinare il sinistro, ovvero il ritiro della patente.

Tali perplessità sembrano trovare in parte delle risposte nelle condizioni generali della polizza, nelle quali sono contenute delle clausole che hanno il principale fine di tutelare l'impresa assicuratrice da un numero eccessivo di richieste di indennizzo ma che finiscono, nella sostanza, per rispondere anche alle esigenze di prevenzione degli illeciti.

In primo luogo, a livello di dichiarazioni precontrattuali, l'assicuratore si pone a riparo dal rischio di assicurare un soggetto che ha già subito in precedenza provvedimenti analoghi e che potrebbe assicurarsi solo per continuare a tenere la condotta negligente e non rispettosa della necessaria prudenza che è richiesta nella guida di un autoveicolo.

Ai fini della stipulazione della polizza l'assicurato deve allora dichiarare di non aver mai subito condanne o ritiro della patente in conseguenza di incidenti stradali.

Nelle condizioni generali del contratto si prevede poi che la veridicità di tale dichiarazione rileva sotto il profilo della validità del contratto *ex art.* 1892 c.c. (35).

Inoltre, onde cautelarsi da reiterate richieste risarcitorie legate alla condotta particolarmente imprudente dell'assicurato, sebbene questi non abbia in precedenza mai subito condanne o ritiro della patente, l'assicuratore si riserva la facoltà di recedere dopo ogni denuncia di ritiro o sospensione della patente (36).

Ancora in tal senso possono leggersi le clausole che escludono la copertura nel caso in cui il ritiro della patente sia conseguenza di incidenti stradali dolosi oppure di incidenti colposi cui sia seguita però una condotta particolarmente ripro-

(35) L'assicuratore si pone così al riparo da contestazioni in ordine alla rilevanza della dichiarazione dell'assicurato ai fini della validità *ex art.* 1892.

In genere si riteneva sufficiente la presenza della relativa domanda nel questionario per ritenerla rilevante ai fini di cui all'art. 1892.

In tal senso Cass. 20.11.1990, n. 11206, in *Giur. it.*, 1991, I, 1029 con nota di R. WEIGMANN, *L'importanza del questionario per valutare le reticenze dell'assicurato*; Cass. 21.10.1980, n. 5638, in *Arch. civ.*, 181, p. 440. In dottrina G. CASCUOLI, *Comportamento ingannevole e misura della responsabilità delle parti nella stipula del contratto di assicurazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1195.

Sul punto, però, occorre considerare come la giurisprudenza, anche recentemente, abbia precisato la rilevanza non esclusiva del questionario attribuendo, tra l'altro importanza, alle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto nonché ai prontuari che l'assicuratore fornisce agli agenti. Così Cass. 12.5.1999, n. 4682, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 341 ss. con nota di R. DES, *Gli ultimi interventi della Cassazione in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente quale causa di annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c.*; Trib. Torino, *annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c.*; Trib. Torino, 16.7.1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1533 con nota di R. DES, *Ancora in tema di annullamento o recesso dal contratto di assicurazione per dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente*.

(36) Si tratta di una clausola ritenuta comunemente vessatoria *ex art.* 1469-bis ss. anche ove tale facoltà sia bilaterale e che è stata, quindi, progressivamente esclusa dalle polizze. Si veda sul punto la circolare Israp 417D/2000.

In ordine, però, alla copertura assicurativa relativa all'irrogazione di sanzioni si potrebbe discutere sulla vessatorietà di una clausola che può rappresentare un deterrente alla commissione di illeciti.

vevole del soggetto e di natura presumibilmente intenzionale quale può essere la fuga o l'omissione di soccorso.

Interessante, infine, è una condizione di decadenza inserita in genere in tali contratti. Si prevede, infatti, che l'assicuratore non sia tenuto alla propria prestazione nel caso in cui l'assicurato non abbia proposto ricorso contro il provvedimento di sospensione della patente.

Si tratta evidentemente di una condizione posta con l'intento di cautelarsi contro l'eventuale interesse che potrebbe avere l'assicurato ad ottenere la sospensione o ritiro della patente al fine di lucrare l'indennizzo oppure contro il semplice disinteresse di questi a promuovere azione contro un provvedimento ingiustificato di cui paga solo in minima parte le conseguenze in ragione dell'operatività della copertura assicurativa.

Tale clausola finisce, però, per avere effetti anche a livello di prevenzione degli illeciti in quanto il responsabile si troverà in ogni caso gravato dalla necessità di proporre ricorso contro la sospensione della patente sopportandone i costi di tempo e di denaro.

Comunque, anche in presenza di simili clausole, almeno in parte finalizzate alla prevenzione delle condotte illecite, se si parte dal presupposto che tali provvedimenti rappresentano vere e proprie sanzioni punitive, pare dubbia la liceità delle polizze in esame.

Né contro tali considerazioni può dedursi l'assenza di pronunce in questo senso. Difficilmente, infatti, la questione si porrà in un giudizio dal momento che l'assicurato ha in genere interesse alla validità ed efficacia della polizza per ottenere il pagamento dell'indennizzo; l'assicuratore potrebbe avere in astratto interesse ad eccepire la nullità del contratto in giudizio per liberarsi dall'obbligazione indennitaria, ma in concreto la dichiarazione di nullità di una polizza importerebbe la messa in discussione di tutte le polizze vendute e di quelle che ha in progetto di vendere. Una simile azione sarebbe quindi, dal punto di vista dell'impresa assicuratrice, quanto meno diseconomica.

Al di là dei dubbi sulla liceità di simili contratti, il loro studio ci ha permesso di valutare come possano variamente combinarsi le ragioni di prevenzione e deterrenza degli illeciti con quelle di contenimento delle richieste di indennizzo proprie dell'impresa di assicurazioni e come questa possa predisporre condizioni contrattuali che possono, almeno in parte, attuare anche funzioni più propriamente pubblicistiche (37).

2.3. *L'assicurabilità del coobbligato solidale con particolare riferimento alle sanzioni tributarie.*

Abbiamo sinora considerato l'efficacia di polizze assicurative aventi ad oggetto sanzioni amministrative verificando come le stesse siano valutabili in termini di liceità solo ove siano qualificabili come polizze fideiussorie oppure concernano conseguenze diverse dalle sanzioni punitive in senso stretto.

Tra le conseguenze degli illeciti amministrativi che possiamo considerare assicurabili vi sono le obbligazioni del coobbligato in solido.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, il legislatore, in alcune speciali ipotesi di responsabilità amministrativa, individua accanto al responsabile, contro il quale viene irrogata la sanzione, un soggetto diverso sul quale grava l'obbligo al pagamento di una somma corrispondente a quella dovuta a titolo di pena pecuniaria.

Così la l. 24.12.1981 n. 689 all'art. 6 prevede una serie di ipotesi di solidarietà a carico del proprietario, dell'usufruttuario, del titolare di un diritto personale di godimento sulla cosa che è

(37) Con la riforma del codice della strada (d.l. 151/2003 convertito con la l. 1.8.2003, n. 214) e l'introduzione della c.d. patente a punti alcune imprese di assicurazione hanno proposto coperture assicurative, non per il ritiro della patente, ma per i costi del corso di guida che l'assicurato intenda eventualmente frequentare al fine di recuperare i punti perduti. Queste polizze non risultano illecite in tanto in quanto rappresentano un incentivo alla frequenza di corsi per migliorare la propria abilità alla guida e non uno strumento per aggirare l'irrogazione della sanzione.

stata impiegata ai fini della commissione del reato a meno che essi non provino che questa è stata utilizzata contro la loro volontà. Ancora, sempre in base al suddetto articolo sono coobbligati in solido le persone rivestite dell'autorità o incaricate della direzione e della vigilanza dell'incapace per i reati commessi da quest'ultimo a meno che essi non provino di non aver potuto impedire il fatto.

Infine si prevede che l'ente o l'imprenditore sia responsabile in solido col proprio dipendente o rappresentante per i reati commessi da questi ultimi nell'esercizio delle loro funzioni o incombenze.

In tutte le suddette ipotesi non si ha il semplice trasferimento della sanzione in capo ad un soggetto diverso dal responsabile e quindi una liberazione di quest'ultimo dall'irrogazione delle sanzioni in cui era incorso. Il costo della pena pecuniaria, infatti, continua a gravare sul responsabile attraverso il diritto di regresso del coobbligato in solido nei suoi confronti come espressamente previsto all'art. 6 ultimo comma (38).

Sulla natura civile dell'obbligo gravante sul coobbligato in solido sembra esservi concordia tra gli interpreti che tendono a considerare il fenomeno un'ipotesi di « fideiussione legale » (39).

Potremmo anche dire che la somma irrogata a seguito dell'illecito amministrativo ha una doppia valenza: per il responsabile rappresenta una sanzione punitiva, per il coobbligato si ha, invece, un mero obbligo al pagamento di una data somma a puro titolo di garanzia del credito dello Stato per le pene pecuniarie, come tale non rispondente alla funzione preventivo-repressiva (40).

(38) Per tal via si può arrivare ad ammettere una possibile conciliabilità del principio di personalità della pena col meccanismo della solidarietà amministrativa. Cfr. F. DI MAIO, *op. loc. cit.*, v. *amplicius supra* p. 350.

(39) V. *supra* nota 22.

(40) Sulla natura non punitiva dell'obbligo gravante sul coobbligato in solido col responsabile v. R. CORDEIRO GUERRA, *op. cit.*, p. 323; C. E. PALIERO-A. TRAVI, *op. cit.*, p. 345 ss.; F. DI MAIO, *op. loc. cit.*

Si può allora concludere nel senso della piena assicurabilità del coobbligato per il rischio di vedere depauperato il proprio patrimonio dall'escussione del credito che lo Stato vantava verso il responsabile in ragione della sanzione pecuniaria inflitta a quest'ultimo.

Del resto l'assicurabilità di una simile perdita pecuniaria è espressamente riconosciuta dall'ISVAP nella sopraccitata circolare ove si legge: « non sembrano, invece, sussistere elementi ostativi a che l'impresa stipuli, nel proprio interesse, un contratto di assicurazione del credito per il caso che l'autore dell'illecito risulti insolvente e, quindi, non adempia all'obbligo di corrispondere la somma di danaro dovuta in conseguenza dell'esercizio del diritto di regresso » (41).

In tal caso, infatti, il rischio assicurato non è rappresentato dalla probabilità di una perdita conseguente all'irrogazione di una sanzione pecuniaria, ma è costituito dalla possibilità che il coobbligato solidale non possa esercitare soddisfacentemente l'azione di regresso prevista a suo favore per legge contro il responsabile dell'illecito amministrativo a causa dell'insolvenza di quest'ultimo (42).

Simili conclusioni, per quanto plausibili su un piano generale lasciano aperti alcuni dubbi con riferimento a talune applicazioni particolari.

Resta, in special modo, qualche perplessità la disciplina della responsabilità tributaria delle persone fisiche agenti per conto di società, associazioni o enti per le violazioni imputate a queste ultime dalla legge introdotta dal d.lgs. 18.12.1997 n. 472 il quale prevede, tra le conseguenze degli illeciti tributari, una serie di

(41) V. *supra* p. 353 ss.

(42) Si tratterebbe pertanto di un'assicurazione del credito distinta da quella fideiussoria ovvero di un contratto con cui non si garantisce il credito, ma il rischio dell'insolvenza del debitore e, quindi, di un vero e proprio contratto di assicurazione. Sulla struttura dell'assicurazione del credito ed in particolare sulla distinzione tra la stessa e la c.d. assicurazione fideiussoria. V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

ipotesi di obbligazioni civili, che in quanto tali parrebbero assicurabili.

Questa normativa, da un lato, ha completato quel processo di avvicinamento delle sanzioni amministrative alla categoria della sanzioni punitive iniziato con la legge del 1981.

Con la disciplina del 1997 il legislatore ha previsto, infatti, tra l'altro, l'introduzione, anche con riferimento agli illeciti tributari, di principi propri del sistema sanzionatorio punitivo. Basti pensare ai principi di legalità, di *favor rei*, nonché a quelli di imputabilità e colpevolezza (43).

Da un altro lato, però, tale normativa presenta delle possibili aperture all'operatività del meccanismo assicurativo in materia di illeciti tributari, ulteriori rispetto a quelle del sistema precedente; il che pare contrastante con il suddetto avvicinamento delle sanzioni tributarie alla categoria delle sanzioni punitive.

Non solo si prevedono speciali ipotesi di responsabilità solidale a carico del cessionario dell'azienda ex art. 14 e a carico dell'ente per violazioni commesse dai suoi dipendenti o rappresentanti ex art. 11, ma, con particolare riferimento a quest'ultima norma, il pagamento ad opera del coobbligato in solido finisce per assicurare l'impunità del responsabile.

Infatti una volta sancito, all'art. 27 del decreto in esame, che « le violazioni riferite dalle disposizioni vigenti a società, associazioni od enti si intendono riferite alle persone fisiche che ne sono autrici », importando così anche nel sistema delle sanzioni tribu-

(43) Da notare come simili intenzioni risultino in maniera manifesta nella stessa Circolare 10.7.1998 n. 180/e della Dir. centr. Accertamento e program. serv. III ove si rileva come con tale normativa si sia dato conto della "necessità di una generale riforma del sistema sanzionatorio tributario, intesa a conseguire un'organica razionalizzazione della relativa disciplina, che, venuta meno l'originaria connotazione risarcitoria delle sanzioni tributarie, le conformasse ai principi generali delle sanzioni amministrative dettati dalla ricordata legge 689 del 1981, con il conseguente trasferimento, alla materia tributaria, delle garanzie che circondano le sanzioni penali, ossia le tipiche sanzioni con natura intimidatoria e repressiva di comportamenti che l'ordinamento considera riprovevoli in quanto volti a ledere o a porre in pericolo beni ed interessi considerati meritevoli di tutela ».

tarie il principio proprio del diritto penale per cui « *societas delinquere non potest* » (44), agli artt. 5 e 11 si prevedono ipotesi, in cui la società, associazione od ente possono essere chiamate a rispondere per la persona fisica agente per conto loro senza azione di regresso nei suoi confronti come, per contro, è previsto nelle ipotesi di coobbligazione solidale di cui all'art. 6 l. 689/1981.

Secondo il dettato normativo di cui all'art. 5 II° comma « ... se la violazione non è commessa con dolo o colpa grave la sanzione... non può essere eseguita nei confronti dell'autore, che non ne abbia tratto diretto vantaggio, in somma eccedente lire 100.000, salvo quanto disposto dall'art. 16 comma 3 e salva per l'intero la responsabilità prevista a carico della persona fisica, della società, dell'associazione o dell'ente indicati all'art. 11 comma 1 ».

Analogamente all'art. 11 il legislatore, dopo aver previsto al I° comma che gli enti, nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione, sono obbligati solidalmente per il pagamento della somma corrispondente alla sanzione salvo diritto di regresso, al V° comma prevede che « per i casi di violazioni commesse senza dolo o colpa grave, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente indicati nel comma 1 possono assumere il debito dell'autore della violazione », ammettendo così che in tali casi il responsabile non sia gravato dalla sanzione neppure in un secondo momento attraverso il regresso dell'ente.

Si riconosce pertanto la possibilità che il costo della sanzione gravi su un soggetto diverso dal responsabile. Peraltro, a differenza di quanto previsto in genere per le ipotesi di obbligazione solidale, il terzo non ha diritto di regresso per cui si viene nella

(44) Si tratta di un principio che la dottrina penalistica tende a ricondurre allo stesso concetto di volontà proprio del sistema penale. V. *amplius infra* § 2.4.

Sull'operatività del principio nel sistema delle sanzioni amministrative in materia tributaria Cfr. A. GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 1997, I, 2, p. 1188 ss.

sostanza a trasferire in via definitiva la pena pecuniaria su un soggetto non responsabile.

Si arriva così ad una dissociazione tra la persona, cui è imputato il reato, e la persona obbligata al pagamento della somma dovuta a titolo di pena pecuniaria, una dissociazione che sfugge ai principi propri del sistema sanzionatorio punitivo orientato alla personalità della pena, di cui all'art. 27 C., e che quindi potrebbe sollevare delle perplessità in ordine alla sua stessa legittimità costituzionale.

Dal punto di vista più strettamente civilistico è dato rilevare come, in base a tale disciplina, si vengano a creare nuovi spazi alla validità ed efficacia del contratto di assicurazione anche in materia di illeciti amministrativi.

Nelle ipotesi di cui ai sopraccitati artt. 5 e 11 del decreto in esame ci troviamo, infatti, in presenza di una perdita pecuniaria non derivante dall'irrogazione di una sanzione punitiva e come tale assicurabile. L'ente non è responsabile dal momento che il legislatore all'art. 27 del decreto in esame ha espressamente previsto che « Le violazioni riferite dalle disposizioni vigenti a società, associazioni od enti si intendono riferite alle persone fisiche che ne sono autrici ». Quindi sull'ente non dovrebbe gravare la pena ma un'obbligazione civile al pagamento di una somma corrispondente alla pena irrogata al responsabile. Di conseguenza saremmo in presenza di una perdita pecuniaria diversa dalle sanzioni punitive come tale assicurabile al pari delle somme dovute alle casse dello Stato da parte del coobbligato in solido (45).

(45) Così C. Russo, *L'assicurazione di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci*, in *Assic.*, 2000, pp. 152-153; U. TOMBARI, *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, p. 187 nota 20.

Non vi dovrebbero essere per contro dubbi sulla nullità di clausole che estendano la copertura assicurativa per responsabilità degli amministratori anche alle pene pecuniarie irrogate a questi in relazione ad illeciti amministrativi. Ch. C. Russo, *op. cit.*, p. 151 ss.; U. TOMBARI, *op. loc. cit.* Quest'ultimo (p. 188 nota 22) si richiama tra l'altro agli sviluppi che il tema ha avuto in Germania con riferimento alla possibile

È però evidente come in tal caso non possa essere proposta la forma di copertura offerta dall'assicurazione del credito in quanto la società, associazione o ente non vanta alcun credito verso la persona fisica responsabile essendo esclusa l'azione di regresso verso quest'ultima a differenza di quanto avviene per le ipotesi di coobbligazione solidale.

Il rischio assicurando in questa ipotesi è quindi dato dalla perdita pecuniaria che alla società, associazione o ente può derivare ex artt. 5 II° comma e 11 VI° comma dall'azione colposa della persona fisica agente per suo conto.

Resta, invece, inassicurabile la perdita pecuniaria gravante in via diretta sulla persona fisica responsabile per irrogazione di una sanzione punitiva.

Tale soluzione in punto di assicurabilità della sanzione punitiva pone dei dubbi sotto il profilo della coerenza del sistema sanzionatorio delineato in tale disciplina.

In particolare non si spiega come l'effettività della sanzione si coordini con questo meccanismo che permette il trasferimento della perdita pecuniaria su un terzo senza diritto di rivalsa di questi nei confronti di quello che la legge indica come il responsabile dell'illecito.

La normativa in esame pare in vero solo il frutto di una soluzione compromissoria dell'annosa questione relativa all'introducibilità nel nostro ordinamento di una responsabilità penale o amministrativa diretta delle persone giuridiche (46).

È, infatti, evidente come le perplessità in ordine alla disci-

contrarietà di tali polizze con i "gute Sitten" del contratto di assicurazione che copia in via diretta la responsabilità degli amministratori per la perdita pecuniaria derivante dall'irrogazione di una sanzione punitiva v. in particolare H. IRLAS, *Organhaftung und Haftpflichtversicherung*, Berlin, 1997, pp. 290-291.

(46) In particolare sul punto v. F. BRUCOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, cit., p. 951 ss.

A favore della diretta imputabilità delle sanzioni amministrative alle persone giuridiche P. NUVOLONE, *L'opzione penale*, cit., p. 241 ss. Contra A. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 1188.

plina degli obblighi che gravano sulle società per la responsabilità di coloro, che abbiano agito per conto delle stesse, nasca dal fatto che la soluzione adottata dal legislatore nel decreto in esame è frutto di un compromesso tra i dubbi dogmatici, che si pongono nell'ammettere la responsabilità diretta per illeciti amministrativi delle persone giuridiche, e l'imbarazzo di attribuire integralmente il peso della sanzione alla persona fisica, agente per conto della stessa.

Tali perplessità sembrano aver trovato soluzione, anche in base a impulsi provenienti dagli stessi organismi comunitari (47), in recenti interventi del legislatore che, nel d.lgs. 8.6.2001 n. 231, ha riconosciuto la imputabilità anche degli enti i quali saranno appunto passibili di irrogazione di sanzioni pecuniarie e interdittive e, all'art. 7 del d.l. 30.9.2003 n. 269 convertito con la l. 24.11.2003 n. 326 ha previsto che « 1 - Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica. 2 - Le disposizioni del comma 1 si applicano alle violazioni non ancora contestate o per le quali la sanzione non sia stata irrogata alla data di entrata in vigore del presente decreto. 3 - Nei casi di cui al presente articolo le disposizioni del d.lgs. 18.12.1997, n. 472, si applicano in quanto compatibili ».

Dal punto di vista più strettamente civilistico, però, la nor-

(47) A livello comunitario si segnalano le indicazioni contenute nella Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee siglata a Bruxelles il 26.7.1995, il primo protocollo della convenzione siglata a Dublino il 27.9.1995, il protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale da parte della C.G.E. siglato a Bruxelles il 29.11.1996 e la relativa "Relazione esplicativa del secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee" del 12.3.1999/1999/C 91/02, in cui nelle osservazioni in merito all'articolo 3 della convenzione si richiama la necessità di introdurre nella legislazione degli stati membri la possibilità che una persona giuridica sia dichiarata responsabile per gli illeciti commessi dalle persone fisiche soggette alla sua autorità. Ancora possiamo ricordare la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione siglata a Bruxelles il 26.5.1997 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali siglata a Parigi il 17.12.1997.

mativa che disciplina la responsabilità degli enti assume una rilevanza particolare per il rilievo che la riparazione del danno assume in tale sistema sanzionatorio e quindi per i possibili spazi all'assicurabilità del rischio di sanzioni che si vengono a creare.

2.4. Assicurazione e responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

Gli Autori, che si sono occupati della persona giuridica come soggetto capace di agire per il diritto e di manifestare il proprio volere rendendosi responsabile delle proprie azioni, hanno dovuto riconoscere la irrilevanza del fenomeno per il diritto penale al cui interno opera, o forse dovremmo dire operava, il principio « *societas delinquere non potest* » in base al quale coloro che hanno agito per conto dell'ente, indipendentemente dal fatto che questo sia o meno dotato di personalità giuridica, rispondono personalmente dei fatti penalmente rilevanti commessi (48).

La persona giuridica trova così un limite al suo riconoscimento come soggetto di diritto nella responsabilità penale la quale conosce solo l'opera delle persone fisiche.

Alcuni hanno individuato la ragione della regola « *societas delinquere non potest* » nel fatto che per il diritto penale rileva la volontà in senso psicologico e non quella in senso giuridico che prende forma attraverso meccanismi funzionalistici (49).

Altri, invece, hanno preferito ricondurre la non imputabilità delle persone giuridiche alla natura delle sanzioni penali. Si tratterebbe infatti di rimedi non riferibili che a persone fisiche in quanto volti a limitare la libertà personale di queste sia in via diretta sia in via indiretta attraverso il meccanismo della conversione (50).

Sarebbe allora possibile sanzionare penalmente gli enti attraverso l'impiego di sanzioni punitive idonee ad incidere sulla

(48) Cfr. F. FERRARA, *op. loc. cit.*

(49) Così G. BERTOLI, *op. loc. cit.*

(50) Cfr. P. NUVOLEONE, *op. loc. cit.*

libertà di azione di questi oppure sul loro patrimonio. Si potrebbe, quindi, ipotizzare, a tal fine, il ricorso a sanzioni interdittive o a sanzioni pecuniarie (51).

Questa pare essere la linea seguita dal Legislatore con la legge delega 3.10.2001 n. 366, attuata col d.lgs. 8.6.2001 n. 231, in cui è stata disciplinata, secondo l'espressione contenuta nell'art. 1 dello stesso decreto, « la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato » (52), riconoscendo la imputabilità all'ente dei reati commessi dalle persone aventi funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente nonché dalle persone sottoposte alla direzione o vigilanza di questi purché tali soggetti abbiano agito nell'interesse e a vantaggio dell'ente stesso.

Una volta ammessa la responsabilità penale anche di soggetti diversi dalle persone fisiche la cui esistenza e modalità di azione è percepibile solo a livello giuridico, le sanzioni a questi irrogabili non potevano che essere volte a creare un detrimento nella sfera giuridica di tali soggetti.

Così, in rispondenza con le osservazioni della sopraccitata dottrina che riteneva in astratto concepibile una responsabilità

(51) Per tali considerazioni v. F. BARCOLA, *op. loc. ult. cit.*

(52) Da parte della dottrina penalistica si è però rilevato come al di là delle espressioni nominali in questo caso sia più opportuno parlare di responsabilità penale degli enti. Così C.E. PALERMO, *Il d.lgs. 8.6.2001, n. 231: da ora in poi società delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss. L'aggettivo "amministrativa" andrebbe, infatti, riferito alla sanzione, in quanto strettamente pecuniaria o interdittiva, piuttosto che all'illecito. La nostra scelta di trattare il tema in questa sede è allora giustificata dal fatto che il problema dei limiti all'assicurabilità della responsabilità trova soluzione proprio in relazione alla natura delle sanzioni che rappresentano la risposta contro gli illeciti.

C.E. PALERMO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, p. 24, il quale qualifica l'ipotesi nei termini di una "fattispecie a concorso necessario" per cui "per attribuire la responsabilità alla persona giuridica occorre che questa comunque partecipi, attraverso la sua personale colpevolezza (colpa di organizzazione) al reato materialmente commesso da una persona fisica".

penale delle persone giuridiche (53), le sanzioni previste nella normativa in esame sono riducibili a due tipologie: sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive.

Occorrerebbe però chiedersi se per tal via la persona giuridica abbia acquistato rilevanza nel sistema di responsabilità penale in modo rispondente a quanto previsto per la responsabilità civile.

Dalla lettera della normativa in esame emerge immediatamente come l'ambito di applicazione della stessa riguardi la responsabilità degli « enti » e non la responsabilità delle persone giuridiche.

Peraltro il decreto ammette che la pena pecuniaria possa gravare esclusivamente sul patrimonio dell'ente anche ove questo non sia dotato di personalità giuridica e quindi non abbia autonomia patrimoniale.

L'art. 5 del decreto in esame prevede, infatti, che « L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio » dai soggetti indicati nell'articolo stesso (54).

Si viene così a creare uno iato in punto di rilevanza della personalità giuridica per il diritto penale e per il diritto civile: la persona giuridica graverà sull'ente anche ove questi non sia una persona giuridica, per contro, con riferimento alla responsabilità civile degli enti questi risponderanno col loro patrimonio soltanto ove abbiano personalità giuridica; in caso contrario l'obbligo risarcitorio graverà solidalmente sul patrimonio dell'ente e della persona fisica che ha agito per suo conto (55).

(53) Cfr. P. NUVOLONE, *op. loc. ult. cit.*

(54) Interpreta la norma nel senso che l'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria deve essere riferita esclusivamente al patrimonio dell'ente, indipendentemente dal fatto che questi abbia o meno personalità giuridica, M. ROBERTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica e le vicende modificative, in Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1133. Contra L. DE ANGELIS, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)*, in *Societas*, 2001, p. 1328.

(55) Occorre precisare come anche con riferimento alle obbligazioni civili la giurisprudenza ha rivisto il principio di autonomia patrimoniale dell'ente dotato di

Già a partire da questo profilo emerge una distinzione tra responsabilità civile e penale degli enti, ma forse altri sono gli aspetti che ci consentono di sottolineare la peculiarità della responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

Sempre nell'art. 5 si fa riferimento alla circostanza che il responsabile materiale del fatto sia legato all'ente da un rapporto di rappresentanza o di dipendenza e che lo stesso abbia agito nell'interesse e a « vantaggio » di questo. Si introduce così un concetto estraneo alle regole civilistiche sulla rappresentanza organica, quello del « vantaggio » che l'ente possa aver tratto dall'azione della persona fisica agente per suo conto (56).

Sembra pertanto che un fatto della persona fisica imputabile all'ente secondo le leggi civili, da cui quest'ultimo non abbia tratto effetti positivi in concreto, non importi responsabilità c.d. amministrativa per l'ente stesso.

È quindi possibile che atti compiuti in relazione a poteri conferiti alla persona fisica in ragione di un rapporto di rappre-

personalità giuridica. Così con riferimento al problema relativo alla possibilità per il socio di essere anche fideiussore di una società di persone la Cass. 8.11.1984, n. 5642 in *Foro It.*, 1985, I, 139, ha risposto positivamente affermando che « alla distinzione tra società dotata di personalità giuridica e società che sono prive di tale status non può attribuirsi un valore assiomatico assoluto perché una tale conclusione non si fonda su un'effettiva disciplina giuridica legislativa... occorre pertanto riferirsi alla concreta disciplina che il legislatore ha dato a ciascuna di esse prescindendo, quindi, da classificazioni generali e da schemi astratti che, peraltro, sono in crisi anche dogmaticamente come è ricavato da studi che parlano di evaporazione della persona giuridiche prendendo atto che le società di persone anche se sono prive della qualificazione di persone giuridiche, ne possiedono i connotati tipici; che la qualità di persona giuridica è indipendente dalla qualità dei diritti che si possiedono. »

(56) La dottrina che si è occupata del tema ha giustamente distinto i termini « interesse » e « vantaggio », di cui alla norma in esame, riferendo il primo al fatto che il responsabile abbia agito in conformità alla politica d'impresa cui era stato indirizzato e il secondo all'esistenza di un vantaggio materiale dell'ente che sia conseguenza diretta dell'illecito. In tal senso A. ASTROLOGO, « Interesse » e « vantaggio » quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Indice penale*, 2003, p. 656. Per contro altri hanno considerato i due termini come mera tautologia. Cfr. C. De MASURE, *L'etica del mercato*, Milano, 2002, p. 322.

sentanza organica non siano riferibili all'ente, ai fini penali, perché non risultano vantaggiosi per quest'ultimo.

Si viene, in tal modo, a creare una frattura in quella stretta simbiosi che esiste per il diritto civile tra organo ed ente delineando un ulteriore aspetto che vale a distinguere la responsabilità penale e civile degli enti (57).

Ancora in senso analogo si può leggere la particolare disciplina dei fenomeni di trasformazione.

Ad una prima lettura sembrerebbe che le norme contenute nel decreto 8.6.2001 n. 231 all'art. 29, in materia di fusione, e all'art. 30, in materia di scissione, siano informate al principio civilistico per cui con la trasformazione non si estingue una società per dar vita ad una società nuova, ma si ha un vero e proprio fenomeno successorio.

All'art. 29 si prevede, infatti, in analogia con quanto stabilisce l'art. 2504-bis, che in caso di fusione « l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti ».

All'art. 30 II° comma, in conformità a quanto previsto nell'art. 2504-decies, si afferma che « gli enti beneficiari della scissione sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto », con la precisazione che tale obbligo « è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale è stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato ».

In entrambi i casi, però, la responsabilità penale del nuovo ente trova un'attenuazione rispetto a quella degli enti originari in considerazione di quanto previsto all'art. 31 II° comma, ove si ammette

(57) Gli organi infatti « Non hanno una soggettività propria, » e quindi « non sono una o più persone che agiscono per l'ente, ma è l'ente stesso che agisce »: così A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 106.

che il primo possa chiedere la conversione della sanzione interdetta con una sanzione pecuniaria nel caso in cui abbia attuato integralmente le condotte riparatorie di cui all'art. 17.

Nuovamente si attribuisce rilevanza ai fini penali al fatto che il responsabile abbia « risarcito integralmente il danno » e nuovamente si pone la questione circa la natura civile o penale di un simile obbligo risarcitorio e circa la sua assicurabilità.

Ancora una particolarità della responsabilità penale degli enti rispetto alla responsabilità civile riguarda la cessione d'azienda.

L'art. 2560 c.c. prevede che il cessionario risponde dei debiti dell'azienda ceduta se questi risultano dai libri contabili.

Analogamente l'art. 33 del decreto in esame prevede che « nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria ».

Vero è che, mentre *ex art. 2560* non sembra esservi spazio per distinzioni sul piano applicativo tra le responsabilità del cessionario e quella del cedente, nell'ipotesi di cui all'art. 33 una distinzione sembra operabile: il primo, a differenza del secondo non è responsabile dell'illecito altrui ma è soltanto tenuto al pagamento della somma corrispondente alla pena pecuniaria irrogata all'ente.

Si potrebbe così ripetere un ragionamento analogo a quello da noi compiuto con riferimento alla responsabilità solidale degli enti in materia di illeciti tributari e ritenere che tale spesa non sia relativa ad un provvedimento sanzionatorio, ma sia conseguenza dell'adempimento ad una mera obbligazione civile e come tale sia assicurabile (58).

Sono questi ultimi due aspetti (rilevanza penale di condotte riparatorie ed esistenza di conseguenze dell'illecito amministrativo distinte dalla pena) che interessano il nostro campo di studio

in quanto pare che il legislatore abbia riconosciuto obblighi al pagamento di somme di denaro non riferibili alla categoria delle sanzioni punitive, poiché non imputate al soggetto responsabile, e, quindi, assicurabili.

In particolare, riguardo al primo aspetto, il legislatore, nell'art. 17 del decreto in esame, fa riferimento alla riparazione delle conseguenze del reato individuandone gli effetti ai fini penali attraverso un richiamo all'art. 12 II° comma lett. a), ove è previsto che il risarcimento del danno assume rilevanza ai fini della riduzione della pena (59), e all'art. 17 I° comma, ove si stabilisce che « le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado... l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose » (60).

Il decreto sulla responsabilità degli enti ci offre così la possibilità di riflettere nuovamente in ordine alla natura della riparazione delle conseguenze del reato produttiva di effetti penali (61).

Al riguardo si possono richiamare le tre letture alternative proposte dagli interpreti con riferimento all'art. 62 n. 6 c.p. (62).

(59) Un primo esempio di applicazione giurisprudenziale della norma in esame è costituito da Trib. Pordenone 4.11.2002, in *Foro it.*, 2004, c. 318.

(60) Recenti pronunce di merito hanno però adottato una lettura restrittiva della norma in esame precisando che « l'applicazione di una misura interdittiva, anche in via cautelare, non è esclusa dalla circostanza che l'ente abbia interamente risarcito il danno, dovendo altresì dimostrare di aver messo a disposizione dello Stato il profitto conseguito e di aver adottato e attuato un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati della stessa specie di quelli per cui si procede ». Così Trib. Milano, 27.4.2004, in *Foro it.*, 2004, c. 434.

(61) Rinvenire in tali ipotesi una riparazione del danno in senso civilistico importa peraltro alcuni ulteriori problemi in punto di responsabilità patrimoniale dell'ente. Infatti, mentre, per le pene pecuniarie l'ente risponde sempre soltanto col suo patrimonio, per gli obblighi risarcitori civili l'ente risponde esclusivamente col suo patrimonio solo ove dotato di personalità giuridica. Allora, se la riparazione del danno di cui alla normativa in esame è un'obbligazione civile, per il suo pagamento dovrebbe rispondere in solido l'ente e la persona fisica agente per suo conto ove questo non abbia personalità giuridica.

(58) V. *supra* § 2.3.

(62) V. *supra* capitolo II, § 3.

Si può allora ritenere che tale condotta riparatoria, spiegando i suoi effetti nel diritto penale, sia riferita al danno penale e non a quello civile oppure si potrebbe, in senso parzialmente difforme, ritenere che, anche riferendo tale rimedio al danno civile, la riparazione acquisti rilevanza ai fini penali in quanto ordinata non alla compensazione del pregiudizio patito dalla vittima, ma alla manifestazione della respiscenza del reo.

La terza soluzione, da tempo proposta dalla dottrina con riferimento all'art. 62 n. 6 c.p., che sembra aver trovato l'avallo della Corte Costituzionale (63), è quella di considerare tale riparazione coincidente con l'obbligazione risarcitoria civile e rilevante ai fini penali su un piano strettamente oggettivo.

L'interesse del legislatore, nel porre norme come quella di cui all'art. 62 n. 6 e come quella di cui all'art. 17 del decreto in esame, consisterebbe nel dare rilevanza alla eliminazione delle conseguenze del reato nella oggettiva realizzazione della stessa indipendentemente dall'effettiva respiscenza del reo.

Non intendiamo ripetere, in questa sede, le osservazioni compiute, con riferimento all'art. 62 n. 6 (64), in ordine alla natura di simili rimedi riparatori in relazione al problema civilistico della estensibilità anche a tali perdite della copertura assicurativa in ipotesi di assicurazione della responsabilità.

Ci pare comunque che anche nel caso in esame la soluzione preferibile sia la terza in quanto si tratta di una chiave di lettura che, riconducendo il rimedio della riparazione ad una logica autenticamente privatistica, risolve *ab origine* le incongruenze, rilevate nel capitolo precedente, cui danno luogo le altre due interpretazioni proposte.

Accogliendo tale scelta interpretativa, si avrebbe allora che le perdite pecuniarie in cui incorre il responsabile nell'attuare una simile condotta riparatoria potranno essere oggetto di un con-

tratto di assicurazione e la loro copertura deve ritenersi compresa, salvo espressa esclusione, nei contratti di assicurazione della responsabilità civile.

Si finisce così, però, per allontanarsi dai principi classici relativi all'irrogazione di una pena quali il principio di effettività e quello di personalità, principi che sono legati ad un'idea di diritto penale e di diritto penale-amministrativo come sistema di sanzioni punitive ordinate alla repressione degli illeciti.

Non vogliamo, con ciò, giungere a delle conclusioni in ordine ad un eventuale nuovo concetto di pena: quello che era nostro interesse evidenziare è la tendenziale inscindibilità dello strumento assicurativo dalle tecniche di tutela di tipo compensatorio per cui non è possibile orientare la tutela contro gli illeciti penali e amministrativi a fini diversi dalla repressione del responsabile, ovvero a fini di composizione del conflitto generato dal reato e di riparazione del pregiudizio patito dalla vittima, se non si ripensa alla stessa modalità con cui il contratto di assicurazione viene a relazionarsi con la responsabilità penale o amministrativa.

La tutela di tipo compensatorio, infatti, a differenza di quella punitiva, anche ove inserita all'interno del diritto penale o amministrativo, trova il proprio necessario complemento nel contratto di assicurazione della responsabilità. Pertanto al fine di stabilire l'estensione della copertura di un contratto di assicurazione della responsabilità occorrerà partire non dalla natura della illecito (civile, penale, amministrativo) in relazione al quale l'assicurato chiede di essere tenuto indenne, ma dalla natura della sanzione oggetto del provvedimento di condanna (compensatoria o punitiva) che rappresenta la perdita da questi lamentata ai fini indennitari.

Di fronte alle novità che abbiamo visto presentarsi nel sistema sanzionatorio, onde risolvere il problema dei possibili nuovi confini del rischio assicurabile, occorre, allora, ripartire da un'idea unitaria di torto come generico « opposto del di-

(63) C. Cost. 23.4.1998, n. 138, cit.

(64) V. *supra* p. 316 ss.

ritto » (65), operando una partizione solo a livello dei rimedi e valutando l'estensione della relativa copertura assicurativa, sotto il profilo della licettà, tenuto conto delle diverse regole e principi cui ciascuna tecnica di tutela è improntata.

INDICE DEGLI AUTORI

(I numeri indicano le parti, i capitoli e le note in cui gli Autori sono citati)

- ALFA G., I 1, 15; 16; 34; I 2, 76; I 3, 31; II 1, 3; 22; 28; 133; 140; 145; II 2, 86; 119
- AMATO N., III 1, 14
- ANGELONI V., I 2, 15; 58
- ANTONICCI A., I 1, 3
- ANTOLISEI F., I 3, 41; 45; 55; 56
- ARANGIO V., RUIZ II 1, 11
- ARU D., II 1, 61
- ASCARELLI T., I 1, 3; 5; I 2, 15; 17; 18; 20; 57
- ASTROLOGO A., III 3, 56
- ATVAH P., I 1, 81; II 1, 134
- AULETTA T., II 1, 31
- AYIWARD M.S., III 1, 29
- BADALASSI S., II 2, 105
- BAUDASSERONI A., I 1, 76; I 2, 2; I 3, 3; 6; 11; 14;
- BALESTRA L., I 1, 4
- BARASSI L., I 2, 32
- BARBERA L., II 1, 162
- BARCELONA M., II 1, 23
- BARCHESI L., II 1, 87
- BARTOLI R., III 2, 70; 71; 73
- BATA A., II 1, 88
- BATTAGLINI A.D., III 1, 8; III 3, 11
- BAVARESCO P., II 1, 157
- BEARDRIDE T., I 3, 9
- BEI VEDERE A., I 1, 44; 60
- BENATTI F., I 2, 15; 85; II 2, 103
- BENSA E., I 2, 3; 4; 5; 10
- BESSON A., I 2, 65; 67
- BESSONE M., I 1, 15; II 1, 22; 28
- BETTI E., I 1, 8; 14; 15; 26
- BETTOL G., I 2, 148; III 3, 49
- BIANCA C.M., I 1, 34; II 1, 28
- BIGLIANZI-GERI L., I 1, 8
- BIN M., II 1, 134
- BINDER J., II 2, 102
- BINDING K., I 3, 36, 38, 40, 53
- BISORI L., III 2, 32
- BONA M., II 1, 51, 82, 83, 89, 98; II 2, 110
- BONILINI G., I 1, 84; II 1, 35; II 2, 5
- BONNECASE J., I 2, 51, 46
- BONOLIS G., I 2, 6
- BONVICINI E., I 2, 96; II 1, 12
- BORSARI L., I 3, 3
- BRAGAGNA M., II 2, 105, 108
- BRANCA G., I 1, 9; I 2, 89
- BRICCHETTI R., III 2, 76
- BRICOLA F., *Il problema*, 9; II 2, 112; 120; 122; 124; 125; 126
- BROGGINI G., II 2, 74; 75; 76
- BRONZO P., III 2, 57
- BRUCK E., I 2, 25; 28
- BRUGI B., I 3, 58
- BRECCIA U., I 1, 8; II 1, 23
- BUSNELLI F.D., *Il problema*, 9; I 1, 8, 81; 82; 83; I 2, 32; 36; II 1, 23; 24; 27; 29; 35; 82; 129; 133; 134; 157; II 2, 90; 91; 105; 108; III 2, 2
- BUTTAJO L., I 1, 3; 4; 10; 19
- CADDET L., II 1, 164
- CADOPPI A., II 2, 25; 26; 27; 30; 31
- CALAPA L., II 1, 136
- CALARESI G., I 1, 81; 82; 83; II 1, 144
- CALAMANDREI P., I 3, 58; II 1, 95
- CANDIAN A.D., *Il problema*, 3; I 1, 7; 82; I 2, 76; I 3, 25; II 1, 158; II 2, 2; 6; 7; 8; 15; 100
- CANE P., I 1, 86
- CANNATA C.A., I 1, 82; I 2, 31; I 3, 86; II 2, 113

(65) « Torto è ogni opposto al diritto... il concetto di torto va sempre tenuto presente, e ad esso bisogna richiamarsi di continuo per spiegare con sicurezza l'origine e l'ufficio di tutte le sanzioni giuridiche » così G. VENEZIANI, *ult. op. cit.*, pp. 2-3.

- CAPACCIOLI E., III 1, 8; III 3, 13
 CAPOVOSTI R., I 1, 3
 CABRINI J.W., II 2, 22
 CARBONE V., II 1, 53
 CAROTA, FERRARA L., I 1, 20
 CARNELUTTI F., *Il problema* 10; 16; I 1, 25; 77; I 3, 21; 37; 56; 59; 60; 61; 64; II 1, 127
 CARRARA F., I 3, 52
 CARRARO L., I 2, 83
 CARRISI F., I 1, 3; 34; 75; I 2, 83
 CARRISI F., I 1, 15
 CARUSI D., I 1, 15; 70; 72; II 1, 88
 CARVAL S., II 2, 58
 CASALS M., II 2, 171
 DE CASAREGI J.L.M., I 2, 26
 CASO R., II 1, 82; 86
 CASTELLANO G., I 2, 92
 CASTELNUOVO A., II 1, 89
 CASTRONOVO C., I 1, 82; I 2, 75; II 1, 3; 23; 26; 32; 133; 152-154; II 2, 105
 CATAPUELLA A., II 1, 23, 31
 CATTANEO M.C., I 3, 52
 CAVALLA F., III 1, 13; 14
 CENDON P., I 1, 84; II 1, 26; 28; 35; 51; 75; 76-78; 101; 109; 136; 139; 156; 157; II 2, 5; 86; III 2, 7
 CESARINI SPORZA W., I 3, 34; 50
 CHABAS F., II 2, 70
 CHARTER Y., II 1, 102
 CHILIBERTI A., III 2, 9; 10
 CHINDEMI D., I 1, 4; I 2, 96; II 1, 154
 CHERONI G.P., II 1, 41
 CIAN G., I 3, 63
 CIGU A., I 1, 2; 20; 34; 44; I 3, 34; II 1, 23; 31
 CLARKE M.A., II 1, 147
 CODACCI PISANELLI G.P., I 1, 62
 COLAIACOMO G., I 2, 88
 COMANDE G., II 1, 49; 118
 COMPORTI M., I 1, 83; I 2, 73; II 1, 145; 154
 CONSO G., I 3, 32
 COOTER R., III 1, 16
 CORDERO, GUERRA R., III 1, 9; III 3, 28; 40
 COSTANZA M., I 2, 96; II 1, 97
 COUTANT, LAPALUS C., II 2, 68
 COVELLO L., II 1, 17
 COVINO C., II 1, 33
 CRICENTI G., II 1, 51
 CUFFO G., II 1, 11
 CUSCUGLI G., I 1, 58; II 1, 87; III 3, 35
 D'AGOSTINO F., I 3, 26; 27; II 2, 13; 129
 D'AMICO G., I 2, 83
 D'AMICO P., II 1, 27; 172
 D'ARRIGO C.M., II 1, 74
 DAUBE D., II 1, 11
 DAVEGGIA C.L., I 2, 3
 DEAKIN S.F., II 1, 67; 72
 DE ANGELIS L., III 3, 54
 DE CUPIS A., I 3, 44; II 1, 23; 28; 157
 DE GIORGI M.V., II 1, 22; 61
 DE MARZO G., II 1, 55
 DE MAGLIE C., III 3, 56
 DE MATTEIS R., II 1, 148
 DE NOVA G., I 1, 15; 22; 23; 77
 DE VITA A., I 1, 82
 DEGENEROL H., I 3, 63; II 1, 2; 9
 DEGOFFE M., II 2, 68
 DEL FEDERICO L., III 1, 9
 DELLE MONACHE S., I 1, 69
 DEMOGUE R., II 2, 5
 DENOZZA F., II 1, 157
 DENTI V., I 3, 82
 DI GIANDOMENICO G., I 1, 3
 DI MAIO A., II 1, 35; 68
 DI MAIO F., III 3, 24
 DI PRISCO N., I 2, 73
 DIRES R., III 3, 35
 DIEZ PICAZO L., II 1, 103; II 2, 73
 DONISI C., I 1, 28
 DOLCE R., I 1, 77
 DONATI A., I 1, 3; 7; 20; I 2, 34; 64; 67; 68; 72; 96; I 3, 15; 16; 17; III 1, 23
 DURANTE A., *Il problema*, 3; I 1, 3; 54
 DURANTE V., II 1, 74
 EMERIGON B. M., I 2, 9
 ERSTEIN R.A., III 1, 16
 ESMEIN P., II 1, 36
 FAZZEA A., II 1, 134
 FANELLI G., I 1, 2; 4; 8; 11
 FARNSWORTH A., II 2, 46
 FEOLA P., II 1, 145
 FERLINI M., III 3, 4
 FERRANTI I., II 1, 165
 FERRARA S.F., I 1, 75; I 2, 68; I 3, 33; II 2, 126
 FERRARA JR. F., I 2, 14; 68
 FERRARINI S., I 2, 34
 FERRI E., *Il problema* 15; I 3, 51; III 1, 3
 FERRI G., I 1, 54
 FERRI G.B., I 1, 8; 15; 60; 62; 64; 65; 66; 67; 68; 81; I 2, 93; II 1, 35; 140
 FERRINI I 2, 82
 FIANDACA G., II 1, 148
 FIGUERRA R., III 3, 3
 FIORENTINO A., I 1, 49; III 3, 56
 FLEMING J., I 2, 74; II 2, 9; 119
 FLETCHER G.P., III 1, 16
 FLORA G., III 2, 72
 FOFANTI L., III 2, 76
 FONDAROLI D., I 3, 60; II 1, 42-44; 47-51; 56; III 2, 5; 29; 32; 39
 FORCHIELLI P., II 1, 28; 148
 FOSCHINI G., I 1, 77
 FRAGALI A., I 2, 96
 FRANCARO L., II 1, 145
 FRANCHI L., I 1, 3
 FRANZONI M., I 2, 14; 89; 93-95; II 1, 3; 4; 31; 35; 133
 FREDMAN W., I 2, 67
 FROSALI R.A., I 3, 68; 69
 FURCHUELE G., I 1 21; 24; 27; 29; 31; 36; 37 38; 39; 41; 48; II 1, 7; 134
 GABBA C.F., II 1, 15
 GABRIELLI E., I 1, 15; 16; 40; 47
 GALGANO F., I 2, 89; II 1, 35; 133
 GALLO P., I 1, 73; 75; 13; 42; II 1, 144; II 2, 5; 111; 114-118; 127; 128
 GALIONE G., I 2, 88; 92
 GALUDOCI E., III 2, 57
 GALOPPINI A., II 1, 133
 GAMBERO A., I 1, 3; 81; I 2, 80; II 2, 101
 GANDOLFI G., I 1, 58
 GARAVELLI M., III 1, 24
 GAROFALO R., I 3, 51
 GENITILE G., *Il problema*, 3; 6; I 2, 14; 16; 21; 52; II 1, 12
 GERT V., I 2, 87
 GHESTIN J., II 1, 102
 GIACOBBE G., I 2, 83
 GIANNINI A.D., III 1, 8
 GIANNINI G., II 1, 82
 GIARDA A., III 2, 76
 GIERKE J., *Il problema* 1
 GIGLIOTTI F., II 1, 138
 GIORGI G., II 1, 11
 GIOSTRA G., III 2, 50
 GIOVANNINI A., III 3, 44
 GOTTI G., I 1, 22; 24; 40; 43
 GUNTA F., I 3, 29; III 1, 1; III 2, 54; 55; 56; 70; III 3, 32
 GRUSTI A., III 3, 22
 GORASSINI A., II 1, 133
 GORLA G., I 1, 16; 35; II 1, 148
 GRANIERI M., II 1, 159; 160; 161; 167
 GRASSO B., II 1, 23
 GRASSO G., II 1, 30
 GREER D.S., I 1, 81
 GROSSFELD B., *Il problema* 11; I 3, 28; II 2, 173; 16
 GROSSI P., *Il problema*, 15
 GUARINERI A., I 1, 60
 HANSEL D.S., II 2, 45
 HIRSCH H.S., III 1, 18
 HOPMANN E., I 1, 51
 HORTEN H., II 1, 35
 HUVELIN P., I 2, 2
 IBEVA L., III 3, 25
 IHLAS H., III 3, 45
 ILLUMINATI G., III 2, 50
 IORLATTI E., II 1, 88
 IORREDI V., II 1, 61
 IPPOLITO R., I 3, 96
 IRTI N., I 1, 30; 32; 33
 JANNARELLI A., II 1, 27; 30
 JANNUZZI S., I 2, 30
 JARACH L., II 1, 5
 JERING R., II 1, 11; II 2, 5
 JOURDAN P., II 1, 102
 KANT I., I 3, 49
 KERN B.R., II 2, 65
 KERN E., III 1, 48
 KIEBEL L.S., II 2, 39
 KLEWORICH A.K., III 1, 16
 KUPISCH B., I 3, 35

- LA PORTA U., I 1, 15
 LA TORRE A., I 1,8; I 2, 2, 3; 8; 63; 67; I 3, 19
 LAMBERT FAIVRE Y., II 1, 107; II 2, 45
 LAMANIZZI A., II 1, 145
 LANGE H., II 1, 9
 LARENZ K., II 1, 19
 LEONCINI I., I 1, 75
 LEVY BROUHL H., I 2, 2
 LIBERTINI M., II 1, 27; 145; 166
 LIPARI M., I 3, 96
 LIPARI N., II 1, 23
 LOCATELLI R., II 2, 9
 LONARDO L., I 1, 52
 LORENZ E., I 2, 57
 MACIOCE F., II 1, 140
 MAGGIORE G., II 1, 18
 MAGRINI S., II 2, 9
 MANDO M., II 1, 157
 MANES A., I 2, 23
 MANN K., II 2, 82
 MANNA A., II 1, 144; III 1, 41
 MANTOVANI F., I 1, 77; I 3, 52; II 1, 148; III 2, 8
 MARELLA M.R., II 1, 144; 151; 152
 MARESCA G., I 1, 3
 MARESSINI B.S., I 2, 73; II 1, 67, 72
 MARTINI R., I 1, 34
 MASTROPALO F., II 1, 23; 30
 MAZEAUD H.L., II 1, 127
 MAZZAMUTO S., II 1, 97; 98; 139; 152; 155; 166
 MEDICUS D., II 1, 19
 MENGONI L., I 1, 14; 50; II 1, 135
 MELAMED A.D., II 1, 144
 MESSIMO F., I 1, 2; 20; 34; 44; I 3, 34; II 1, 23; III 3, 22
 MESSINZI D., II 1, 23; 132; 134
 MINOZZI A., II 1, 16; 23
 MIOLA M., I 1, 7
 MONAISEN F., II 1, 9
 MONALTERI P. G., I 1, 80; II 1, 28; 51; 65; 67-71; 136; II 2, 86
 MONTIEL A., II 1, 18
 MORIBELLI G., II 1, 155
 MORELLO U., I 2, 83
 MOSCATI E., II 2, 5
 MOSSA L., I 1, 54; I 2, 34; 53
 MÜLLER P., II 2, 64
 NABET P., II 2, 57
 NANNIPERI A., II 2, 105
 NAVARETTA E., II 1, 22; 35; 51; 82; 133, 134; 135; III 2, 2
 NEGRI P., I 2, 35
 NEUBNER R., II 1, 19
 NICOLO R., I 1, 3; 60
 NOZICK R., III 1, 16
 NUVOLONE P., II 2, 122; III 1, 18; III 3, 18; 26
 OLIVA U., II 1, 98
 OPO G., I 1, 27, 28
 OSTI G., I 1, 23
 OWEN D.G., II 2, 22; 57
 PACCHIONI G., I 2, 32; II 1, 15; 18
 PACKER H.L., I 3, 48
 PADOVANI T., II 1, 30; II 2, 11; 120; 121; III 1, 1; 9; III 2, 27; 31; 53
 PAGLIARA, B. e F., I 2, 96
 PALAZZO A., II 1, 165
 PALAZZO F., III 1, 9; III 3, 50
 PALIERO C.F., III 1, 8; III 2, 75; III 3, 5-7; 9; 40; 50; 52
 PANTICCO V., I 1, 14
 PANZA G., I 1, 60; 61; 70
 PAOLI G., I 3, 54; 56; 58
 PAPA M., III 2, 49; 50; 62
 PARADISO M., II 1, 3; 12; 23; 27
 PARDUSSUS J. M., I 2, 37; 39
 PARDOLISI R., II 1, 159; II 2, 80
 PARSOTTI G., I 1, 54; I 2, 93; 95
 PATTI G., III 3, 22
 PATTI S., II 1, 24; 156; 157; 158
 PEPE C., III 3, 26
 PROCENNINI F., II 1, 51; II 2, 135
 PERINI A., III 3, 30
 PETIX G., II 2, 101
 PERLINGERI P., I 1, 23; II 1, 28; 132
 PESCE P. G., I 2, 6; 7
 PETROLATI F., II 1, 166
 PIATTOI L., I 2, 3; 11
 PICARD M., I 2, 65

- PINO A., I 1, 3
 PISA P., III 2, 46
 PLATA A., II 2, 114
 POLETTI D., II 1, 35; 62; II 2, 105; 108
 PONTANELLI G., *Il problema* 8; II 1, 22; 80; 81; 82; 86; 100; 120; 121-124; 131; II 2, 5; 48; 80; 104-108; 110
 POSNER R.A., III 1, 16
 POSTIGLIONE A., II 1, 145
 POTHER R., I 2, 38
 POTO M., II 1, 92
 POZZO B., II 1, 55; 145-147; 156; 157; 161
 PRATI L., II 1, 145
 PRICCOLO C.M., II 2, 25
 PRIEST G., I 1, 81
 PROCI DA MIRABELLI DI LAURO A., I 1, 81; II 1, 35; 51
 PROTO PISANI A., II 1, 144
 PSARO M., II 1, 136
 PUGIATTI S., I 1, 15; I 2, 32; II 1, 23; 31
 PUGLIESE A., I 2, 83
 QUADRI E., II 2, 100
 RANELLETI O., II 1, 132
 RAVAZZONI A., I 3, 63
 REAMONTE F., I 1, 82
 RESCIGNO P., I 1, 69; I 2, 68; II 1, 1; 88; 132; II 2, 94
 REPERT G., I 1, 61; I 2, 67; II 1, 36
 ROBERTI M., III 3, 55
 RODOTA S., I 1, 63; 79; 85; I 2, 32; 73; I 3, 39; II 1, 133; II 2, 132
 ROMANO F., II 1, 22
 ROMANO M., I 3, 30; 46; II 1, 30
 ROMANO M.S., II 2, 80
 SALV. ROMANO *Il problema*, I 2; I 1, 25; 36; 45; I 3, 54; II 1, 2; 18; 25; 38; 39; 45-47; 141; 142; 153
 ROPEO V., I 1, 13; 15; 46; 58; II 1, 22
 ROSSETTI M., II 1, 51
 ROTONDI G., I 2, 83; I 3, 35
 ROTONDI M., *Il problema*, 1
 ROUJOU DE BOUBEI I., II 2, 70
 ROUSSOS K., II 1, 19
 ROKIN C., I 3, 30; II 2, 120; 122; III 1, 41
 RUGGERI N., I 2, 66
 RUSSO C., I 2, 96; III 3, 45
 SACCHETTI F., I 2, 8
 SACCO R., I 1, 15; 34; 58; 77; 80; II 1, 133; II 2, 49; 86; 118
 SACERDOTI A., I 2, 12
 SACERDOTI P., I 2, 96
 SALANDRA V., *Il problema* 1; I 1, 9; 56
 SALEMI B., I 2, 96
 SALVI C., II 1, 1; 21; 23; 36; 134
 A. D. P. SANTERNA I 2, 9; 33; I 3, 2
 SANTORO A., III 1, 3
 SANTORO-PASSARELLI F., I 1, 14; 25; 55; 57
 SARAVALLE A., II 2, 74
 SASSAMAN R. L., II 1, 50
 SAVATIER R., II 1, 127
 SAVIGNY F.C., *Il problema*, 2; I 1, 84
 SCALFI G., *Il problema*, 9; I 1, 3; 5; 6; 10; 19; I 2, 73; II 1, 22; 147; II 2, 45
 SCHÄFFER C., II 2, 64
 SCHIMAKOWSKI P., II 1, 147
 SCHLESINGER P., I 1, 40; 83; II 1, 27; 133
 SCIALOJA V., I 1, 9; I 2, 89
 SCOONAMIGLIO C., I 1, 15; II 1, 97; 133
 SCOONAMIGLIO R., I 1, 82; II 1, 27; 152
 SCOZZARAVA T.O., II 1, 23
 SEMINARA S., III 2, 76
 SESSA K., III 1, 3
 SESTA M., I 2, 96
 SGUIBBI F., III 1, 9; III 2, 67; III 3, 3
 SICCHERO G., I 1, 14
 SOLAZZI S., II 1, 11
 SOTGIA S., I 1, 5; 54
 SOURDAT A., II 1, 18
 SQUARCIA E., III 2, 8
 STEDL E., I 1, 5
 STOLTI M., I 2, 96
 STRACCHA B., I 2, 9; 12
 STARK B., II 2, 68
 SUNSTEIN R., II 1, 8
 TARTARETO P., I 2, 8
 TESAURO A., III 3, 6
 TOMABARI U., III 3, 45
 TONELLI L., I 2, 34
 TONINI P., III 2, 15; 47; 48
 TORREGROSSA G., II 1, 98
 TRABUCCHI A., I 1, 60

TRAVI A., III 1, 8; III 3, 5; 6; 7; 9; 13; 40	VIVANTE C., <i>Il problema</i> , I, I 1, 3; 5; 8; 54; I 2, 3; 22; 34; 43; 44; 45; 50; 60
TRIMARCHI P., II 1, 133; II 2, 118	VOJPE PUTZOLU G., I 1, 3; 6; 7; 51; I 2, 66; 68; 72; 96; II 1, 157; II 2, 101
TUCCI G., II 1, 23	VON BAR C., II 1, 104; II 2, 86; 88; 89
TUNG A., II 1, 127	
ULLEN T., III 1, 16	WEIGMAN R., III 3, 35
URSO E., II 2, 19; 20; 61; 74	WIDISS A. I., II 2, 23; 55
VAGCA L., I 1, 82	WILBURG W., II 1, 19
VALERI G., I 2, 2; 3	WINDSCHEID B., II 2, 64
VALIN R.S., I 2, 35	
VARANO V., I 1, 82	YZQUIERDO TOLSA DA M., II 1, 103
VASSALI F., I 2, 68; I 3, 34	
VENEZIAN G., <i>Il problema</i> , 15; I 1, 16; II 2, 133; III 2, 5; III 3, 65	ZACCARIA A., II 1, 61
VIGORITI V., I 1, 82	ZAGREBELSKI G., II 1, 134
VILLA G., I 1, 73	ZANONINI G., III 1, 8; III 3, 13
VINCENZINI E., I 3, 20	ZATTI P., II 1, 74
VINEY G., II 1, 102; 106; 127; II 2, 103	ZENO ZENGOVICH V., I 3, 57; II 1, 30; 88; 135; 136; II 2, 98; III 2, 3
VISINTINI G., I 2, 32; II 1, 3; 133; II 2, 94	ZWITZ P., II 1, 26; 51; 62; 75; 76; 86; 136; 156

INDICE

IL PROBLEMA

1. L'oggetto dell'indagine.	1
2. Il rinnovarsi di un vecchio problema.	3
3. Metodo e problema	10
4. Responsabilità civile e penale a confronto.	12
5. Il richiamo ad un'idea unitaria di torto	13

Parte I RISCHIO ASSICURABILE E RESPONSABILITÀ

CAPITOLO I

L'IDEA DI RISCHIO ASSICURABILE

1. Considerazioni introduttive	17
2. Il rischio nel contratto di assicurazione	18
2.1. Il rischio come causa del contratto di assicurazione. Alcune riflessioni critiche.	23
2.2. Il rischio come oggetto del contratto di assicurazione	26
3. Rischio assicurato e rischio assicurabile	35
4. Il rischio assicurabile in senso giuridico	37
4.1. Il giudizio di liceità.	41
4.2. Ordine pubblico e assicurazione della responsabilità	49

CAPITOLO II

ASSICURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Dal dibattito sulla liceità del contratto di assicurazione al problema dell'assicurabilità degli illeciti.	55
2. I primordi dell'assicurazione della responsabilità civile	60
3. Il superamento del dogma dell'assicurabilità della colpa	65
4. Assicurazione e responsabilità civile nei lavori preparatori del codice civile del 1942. Il lento venir meno dei timori per una copertura della colpa gra- ve	73
5. I limiti del rischio assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile ex art. 1917. L'assicurabilità degli atti dolosi	78

6. Dalla responsabilità civile assicurabile alla responsabilità civile assicuranda 83
- 6.1. I limiti dell'autonomia del predisponente nella individuazione di limitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria 86
- 6.2. Crisi della regola dell'inassicurabilità del dolo nell'assicurazione obbligatoria? 92

CAPITOLO III

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ PENALE

1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione. 99
2. Assicurazione marittima e contrabbando 100
3. Dall'inassicurabilità degli illeciti all'inassicurabilità delle pene 103
4. Risarcimento e pena 111
- 4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento. 112
- 4.2. I tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento 116
- 4.3. La dicotomia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno. 119

Parte II

RISCHIO ASSICURABILE E NUOVE FRONTIERE DEL DANNO « RISARCIBILE »

CAPITOLO I

VERSO UN RECUPERO DELL'IDEA DI PENNA NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE?

1. Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria nella dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale 127
- 1.1. Le teorie sulla irrisarcibilità del danno morale 133
- 1.2. Il progressivo ampliamento dei confini del danno non patrimoniale risarcibile 138
- 1.3. Il risarcimento del danno morale nella partizione responsabilità penale-responsabilità civile 146
2. Crisi della dicotomia tra danni patrimoniali e morali 151
- 2.1. I danni presunti 153
- 2.2. Danno esistenziale: pena privata o nuovo paradigma risarcitorio? 160
- a) L'emersione del fenomeno nella giurisprudenza italiana. 163
- b) La tutela del benessere esistenziale nella giurisprudenza di altri Stati europei. 173
- c) Alcuni orientamenti critici. 179

3. Tutela risarcitoria dei diritti della personalità come ipotesi di sanzione punitiva civile. Dubbi e prospettive 184
4. L'idea della pena nella tutela dell'ambiente come bene giuridico 192
5. Rilievi conclusivi 203

CAPITOLO II

IL PROBLEMA DELL'ASSICURABILITÀ DELLE SANZIONI PUNITIVE CIVILI

1. Assicurazione e sanzioni punitive civili 209
- 1.1. Funzione deterrente della responsabilità civile e limiti di assicurabilità 211
- 1.2. Pena e riparazione nel sistema di responsabilità civile. Possibili interferenze nel binomio assicurazione e responsabilità civile. 213
2. Il problema dell'assicurabilità dei *punitive damages* nel diritto americano. 217
- 2.1. Possibile estensione della copertura assicurativa alla *Victarious Liability* 219
- 2.2. Inassicurabilità degli *intentional acts* come regola generale della *liability insurance*. Alcune pronunce discordanti 222
- 2.3. *Public Policy* e assicurabilità dei *punitive damages* 226
3. I c.d. danni punitivi in Europa 232
- 3.1. Risarcimento e pena nelle sentenze dei giudici degli Stati europei. 234
- 3.2. La delibazione da parte di giudici degli Stati europei di sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages* 238
- 3.3. I *punitive damages* nella prospettiva di un *European Common Core of Tort Law*. Scenari e prospettive. 243
4. Distinzione tra pena e riparazione dei danni non patrimoniali. Rilievi conclusivi sulla generale assicurabilità della responsabilità civile. 245
5. Il problema dell'assicurabilità in senso tecnico della riparazione di danni morali 247
6. L'idea di pena nella responsabilità civile in una prospettiva futura e futuribile. Alcuni risvolti problematici. 254
- 6.1. Pene private e principi costituzionali. 262
- 6.2. Pena privata e sussidiarietà del diritto penale. Un caso di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo 265
7. Considerazioni di riepilogo 267

Parte III

CONFINI DEL RISCHIO ASSICURABILE NEL PROCESSO DI DEPENALIZZAZIONE

CAPITOLO I

POSSIBILI APERTURE ALL'ASSICURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ PENALE NELLA CRISI DELLA SANZIONE PUNITIVA

1. Pena e riparazione nella crisi della sanzione punitiva 273

2. Assicurazione e illecito penale 284
3. Il fenomeno della *Insurance for Criminal Acts* in America 286
 - 3.1. Estensibilità in via interpretativa della copertura anche ai *criminal acts* 288
 - 3.2. La mancanza di un *unforseen event* come limite ad un possibile *insurance coverage for criminal acts* 289
 - 3.3. *Insurance for criminal acts*. Questioni di *public policy* 291
4. Pena e riparazione in Germania. Possibile conciliabilità della *Wiedergutmachung* con lo strumento assicurativo 293

CAPITOLO II

ASSICURAZIONE E DANNO DA REATO

1. La risarcibilità del danno da reato *ex art. 185 c.p.* 299
2. L'assicuratore come parte eventuale nel processo penale 306
3. Riparazione *ex art. 62 n. 6 c.p.* e contratto di assicurazione 313
4. Riparazione del danno ed estinzione del reato 321
 - 4.1. Riparazione del danno da reato nel processo penale davanti al giudice di pace. Alcune considerazioni critiche 329
 - 4.2. Assicurazione e riparazione del danno da reato *ex art. 35 dlgs. 28.8.2000 n. 274* 332
 - 4.3. Riparazione e assicurazione nella riforma dei reati societari 338

CAPITOLO III

ASSICURAZIONE E SANZIONI AMMINISTRATIVE

1. L'inascurabilità delle sanzioni amministrative. Le ragioni del divieto 343
2. I confini del rischio assicurabile nella responsabilità amministrativa 355
 - 2.1. Polizze cauzionali e illeciti amministrativi 356
 - 2.2. Assicurazione e sanzioni accessorie 359
 - 2.3. L'assicurabilità del coobbligato solidale con particolare riferimento alle sanzioni tributarie 363
 - 2.4. Assicurazione e responsabilità c.d. amministrativa degli enti 371

Indice degli autori 381

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

1. Costra P., *Juridicatio*. Semantica del potere politico nella repubblica medievale (1100-1433). (1969), 8°, pag. XII-400.
2. FROSALI R. A., *Concorso di norme e concorso di reati*. (1971), 8°, pag. XXXVII-825.
3. PALAZZO F. C., *Il concetto di « distrazione » nel delitto di peculato*. (1972), 8°, pag. IV-88.
4. NESI G., *Acrazia e difesa nel procedimento penale inglese*. (1973), 8°, pag. VIII-144.
5. COLI N., *Scritti di diritto romano*. (1973), 8°, pag. XVI-540.
- 5². COLI U., *Scritti di diritto romano*. (1973), 8°, pag. IV-541/1120.
6. FORZIERI VANNUCCHI O., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*. (1973), 8°, pag. IV-240.
7. FURGUERLE G., *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*. (1974), 8°, pag. IV-488.
8. CORSI F., *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*. (1974), 8°, pag. IV-312.
9. ANDREANI A., *La competenza per territorio dei tribunali amministrativi regionali*. (1974), 8°, pag. IV-256.
10. SORACE D., *Epropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*. Parte prima. (1974), 8°, pag. IV-400.
11. DE SIERVO U., *Gli statuti delle regioni*. (1974), 8°, pag. IV-420.
12. TONINI P., *La scelta del rito istruttorio nel processo penale*. (1974), 8°, pag. IV-308.
13. PALAZZO F. C., *L'errore sulla legge estrapenale*. (1974), 8°, pag. IV-248.
14. GALLONI G., *Potere di destinazione e impresa agricola*. (1974), 8°, pag. IV-280.
15. ORSI BATTAGLINI A., *Le autonomie locali nell'ordinamento regionale*. (1974), 8°, pag. IV-476.
16. BORGIOI A., *I direttori generali di società per azioni*. (1975), 8°, pag. IV-368.
17. BIAGI P., *I pubblici servizi industrializzati dei comuni e delle provincie*. (1975), 8°, pag. IV-344.
18. CORBI E., *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*. (1975), 8°, pag. VIII-220.
19. SANTALUCIA B., *L'opera di Gato « Ad catinum praetoris urbanus »*. (1975), 8°, pag. VIII-220.
20. CATELANI A., *Gli ordini e i colleghi professionali nel diritto pubblico*. (1976), 8°, pag. IV-272.
- 21¹. FERRARA F. jr., *Scritti minori*, I. (1977), 8°, pag. VIII-448.
- 21². FERRARA F. jr., *Scritti minori*, II. (1977), 8°, pag. IV-524.
- 21³. FERRARA F. jr., *Scritti minori*, III. (1977), 8°, pag. IV-492.
22. ZACCARUA R., *Radiotelevisione e costituzione*. (1977), 8°, pag. IV-460.
23. STROZZI G., *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*. (1977), 8°, pag. IV-422.
24. DAL POZZO F., *L'ideologia come modo di conoscenza e di relazione*. (1977), 8°, pag. VIII-296.
25. BORGIOI A., *La nullità della società per azioni*. (1977), 8°, pag. IV-592.
26. COLLURA G., *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*. (1978), 8°, pag. VIII-220.
27. CARETTI P., *Ordinamento comunitario e autonomia regionale*. (1979), 8°, pag. IV-376.
28. VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*. (1979), 8°, pag. IV-332.
- 29¹. MAZZONI G., *Scritti minori*, I. (1979), 8°, pag. XXXII-892.
- 29². MAZZONI G., *Scritti minori*, II. (1979), 8°, pag. IV-496.
- 29³. MAZZONI G., *Scritti minori*, III. (1979), 8°, pag. IV-488.
30. PARLATO V., *La professione religiosa*. (1979), 8°, pag. IV-180.
31. COSI G., *La liberazione artificiale - L'uomo e il diritto di fronte alla droga*. (1979), 8°, pag. VIII-356.
32. FURGUERLE G., *Libertà e famiglia*. (1979), 8°, pag. VIII-324.
33. TONINI P., *Polizia giudiziaria e magistratura*. (1979), 8°, pag. IV-420.
34. SPAGNESI E., *Ufficiali edoceri*. (1979), 8°, pag. IV-292.
35. CATELANI A., *La circolazione della pubblica amministrazione*. (1979), 8°, pag. IV-168.
36. SILI P., *Mito e realtà dell'« Acquisitas christiana »*. (1980), 8°, pag. VIII-204.
- 37¹. ROMANO S., *Scritti minori*, I. (1980), 8°, pag. XII-540.
- 37². ROMANO S., *Scritti minori*, II. (1980), 8°, pag. VIII-526.
- 37³. ROMANO S., *Scritti minori*, III. (1980), 8°, pag. IV-490.