

*Dipartimento di giurisprudenza  
Cattedra di Diritto processuale civile*

**IL PROCESSO PER LE SANZIONI CIVILI:  
DALLA TUTELA DEL SINGOLO ALLA TUTELA DELLA COLLETTIVITA',  
LA DETERRENZA DEI MECCANISMI SANZIONATORI TRA *PRIVATE*  
*ENFORCEMENT* ED EFFICIENZA DEL PROCESSO**

**RELATORE**

**Chiar.mo Prof. Ferruccio Auletta**

**CANDIDATO**

**Cecilia De Nicola**

**Matricola 133003**

**CORRELATORE**

**Chiar.mo Prof. Bruno Capponi**

**ANNO ACCADEMICO  
2018 – 2019**



Alla mia splendida famiglia



## **INDICE**

|                      |          |
|----------------------|----------|
| <b>INTRODUZIONE.</b> | <b>1</b> |
|----------------------|----------|

### **CAPITOLO I**

#### **LA DEPENALIZZAZIONE: LE SANZIONI AMMINISTRATIVE E CIVILI.**

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La depenalizzazione: caratteri generali e <i>ratio</i> .                                           | 7  |
| 2. Criteri di scelta della sanzione.                                                                  | 10 |
| 3. Le sanzioni amministrative: dalla l. 689 del 1981 al d. lgs. 8 del 2016.                           | 12 |
| 4. Le sanzioni civili: il d. lgs. 7 del 2016.                                                         | 20 |
| 5. La disciplina generale delle sanzioni civili: elementi costitutivi degli illeciti e tratti comuni. | 25 |
| 5.1. Elemento oggettivo.                                                                              | 27 |
| 5.2. Elemento soggettivo.                                                                             | 31 |
| 5.3. Prescrizione.                                                                                    | 32 |
| 5.4. Pagamento della sanzione e sua destinazione.                                                     | 33 |
| 6. Sistema di garanzie.                                                                               | 35 |

### **CAPITOLO II**

#### **IL NUOVO PROCESSO PER LE SANZIONI CIVILI: LO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO DI PRIMO GRADO E LE IMPUGNAZIONI.**

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| 1. Il processo per le sanzioni civili: l'autorità competente. | 39 |
| 1.1. Il rinvio al c.p.c. e la clausola di compatibilità.      | 48 |

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 2. Fase introduttiva: la domanda.                        | 49  |
| 3. La trattazione della causa: l'istruzione.             | 66  |
| 3.1. Tra principio inquisitorio e principio dispositivo. | 70  |
| 3.2. Lo standard probatorio del nesso causale.           | 79  |
| 3.3. I mezzi di prova nei singoli illeciti civili.       | 83  |
| 3.4. La trattazione nei procedimenti speciali.           | 88  |
| 3.5. Considerazioni conclusive sull'istruzione.          | 93  |
| 4. La fase decisoria.                                    | 94  |
| 5. L'interesse a transigere.                             | 108 |
| 6. Il diritto intertemporale.                            | 111 |
| 7. Le impugnazioni.                                      | 117 |

### **CAPITOLO III**

#### **L'IBRIDAZIONE DEL PROCESSO PER LA TUTELA DI INTERESSI PUBBLICI: VERSO UNA NUOVA FUNZIONE DEL PROCESSO.**

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'ibridazione del processo: l'oggetto del processo tra interessi privati ed interessi pubblici.  | 126 |
| 2. Altri esempi di ibridazione della tutela giurisdizionale.                                        | 148 |
| 2.1. La tutela dell'ambiente.                                                                       | 159 |
| 2.2. La tutela dei consumatori.                                                                     | 172 |
| 2.3. La tutela della concorrenza e del mercato.                                                     | 191 |
| 3. Funzione del processo tra deterrenza e neutralità: evoluzione delle sanzioni processuali civili. | 201 |

## **CAPITOLO IV**

### **LA DESTINAZIONE DELLA SANZIONE CIVILE TRA DANNI PUNITIVI E ABUSO DEL PROCESSO.**

- |                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Destinazione della sanzione: il confronto con la condanna <i>ex art. 96, c. 3 c.p.c.</i> | 222 |
| 2. La funzione della responsabilità civile e i danni punitivi.                              | 236 |
| 3. Cenni in merito all'abuso del processo.                                                  | 260 |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| <b>CONCLUSIONI.</b> | 281 |
|---------------------|-----|

**BIBLIOGRAFIA.**





## INTRODUZIONE

La Commissione europea ha evidenziato nell'*EU Justice Scoreboard* del 2018 che l'indipendenza, la qualità e l'efficienza dei sistemi di giustizia sono la chiave per garantire l'implementazione della normativa europea e per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati Membri.

Lo studio richiamato, tuttavia, evidenzia per l'ennesima volta che l'Italia ricopre gli ultimi posti della classifica dei Paesi europei in termini di efficienza ed indipendenza della giustizia. In particolare, siamo il Paese che conta più giorni, ben 1400 per le liti insorte nel 2016, per arrivare al terzo grado di giudizio in materia civile e commerciale. La durata media per la risoluzione di una lite è di 400 giorni e siamo in quartultima posizione per quanto concerne le controversie pendenti. Tuttavia, i casi risolti dalle nostre corti superano il tasso del 100%, pertanto, anche se lentamente, le liti risolte sono maggiori di quelle instaurate *ex novo*.

Questo permette di apprezzare, almeno in parte, le riforme del processo civile introdotte negli ultimi anni dal legislatore, che contrassegnano l'Italia come un Paese le cui corti sono sovraccaricate di lavoro a causa dell'arretrato accumulato nel corso degli anni passati.

Anche la giustizia penale non vive un periodo molto più roseo: l'Annuario statistico del 2017 della Cassazione penale evidenzia che il numero di procedimenti iscritti cresce ancora dell'8,1% rispetto al 2016, arrivando a circa 56.642. Tuttavia, tale dato viene superato di poco dal numero dei procedimenti conclusi nello stesso anno, 56.760, e il tasso di ricambio dei procedimenti instaurati, ovvero sia il numero dei procedimenti smaltiti ogni 100 sopravvenuti, è pari al 100,2%, dunque sono stati definiti più ricorsi di quelli pervenuti. Altro dato interessante è che il 69% dei procedimenti giunti in Cassazione è stato concluso con una declaratoria di inammissibilità, strumento che costituisce, pertanto, un filtro essenziale per il funzionamento della Corte.

L'obiettivo di questa tesi è esaminare uno degli istituti pensati dal legislatore per deflazionare il carico di lavoro dei giudici penali, la depenalizzazione intervenuta nel 2016, ed evidenziare, contestualmente, i problemi del funzionamento del contenzioso

civile, a sua volta operato di lavoro, non tenuti propriamente in considerazione dalla scelta legislativa.

La depenalizzazione oggetto del presente studio, infatti, è quella che ha trasformato un esiguo numero di fattispecie di reato, chiaramente per ragioni di sperimentazione, in un nuovo istituto costruito appositamente *ex novo*, gli illeciti civili. Si tratta di una figura di natura ibrida in quanto essa seleziona alcune condotte, qualificandole come illecite, in funzione della tutela di interessi generali, tanto che le medesime erano, sino a poco tempo fa, sanzionate penalmente, tuttavia esse sono perseguite nelle trame del processo civile e, più generalmente, dell'intero ordinamento civile.

Ad esse, in particolare, il legislatore fa conseguire l'irrogazione di un'originale sanzione civile, di cui costruisce la fisionomia e la procedura da seguire affinché venga irrogata.

Pertanto, il presente elaborato si sofferma inizialmente sulla tecnica legislativa della depenalizzazione, di cui vengono esplicitati brevemente i tratti generali, la *ratio* sottesa e i principi ispiratori. Una volta chiarito il *modus operandi* della tradizionale tecnica di depenalizzazione, quella che trasforma gli illeciti penali in illeciti amministrativi, peraltro adottata contestualmente dal legislatore del 2016, la trattazione esamina dettagliatamente la disciplina dei nuovi illeciti e delle sanzioni pecuniarie civili introdotte dal d. lg. n. 7 del 2016, ponendo ripetutamente a confronto l'innovativo sistema civile tanto con il sistema penale quanto con quello amministrativo. In particolare, ne sono stati chiariti gli elementi costitutivi e le norme disciplinanti che costituiscono nel loro insieme la disciplina generale del nuovo strumento civile, presumibilmente applicabile alle future fattispecie che vi verranno ricondotte dal legislatore nel caso in cui l'istituto registri un successo nella realtà pratica della giustizia.

Il legislatore, in particolare, ha predisposto un nuovo modello di tutela giurisdizionale, strumentale a garantire l'effettiva applicazione delle sanzioni in esame a fronte dell'integrazione dei comportamenti illeciti tipizzati. Di conseguenza il secondo capitolo esamina attentamente l'*iter* processuale da seguire per procedere all'irrogazione delle sanzioni civili. Il modello di partenza, in particolare, rimane il processo disciplinato dal codice di procedura civile, cui rinvia l'art. 8, c. 4 del d. lgs. n. 7 del 2016 con una riserva di compatibilità, nelle diverse forme del processo ordinario

di cognizione e dei procedimenti speciali, laddove questi soddisfino la clausola menzionata.

Si evidenziano, in particolare, la relazione di accessorietà che lega la condanna sanzionatoria alla presupposta condanna risarcitoria, per la quale pertanto è sempre necessaria la domanda del privato che introduce contestualmente il giudizio in esame. Vengono rilevate, in particolare, le criticità sottese alla mancata previsione da parte del legislatore di un organo pubblico cui affidare il compito della cura degli interessi pubblici sottesi ai nuovi illeciti, tanto nella fase introduttiva del giudizio, quanto in quelle successive.

Il capitolo ripercorre, infatti, il corso ordinario del processo esaminando primariamente la fase introduttiva, poi quella della trattazione, di cui si mettono in luce i molteplici aspetti problematici lasciati irrisolti dal legislatore, ed infine quella decisoria, talvolta evitata grazie al raggiungimento di una soluzione della lite concordata tra le parti, che tuttavia si presenta come un espediente non sempre eticamente corretto. La disamina chiarisce anche il passaggio dal procedimento penale a quello civile laddove sia necessario applicare il nuovo istituto con riferimento ad un giudizio già pendente al momento dell'entrata in vigore della normativa e tutto quanto attiene alla transazione dalla vecchia alla nuova disciplina, per concludere poi con la specificazione delle compatibilità ed incompatibilità riscontrabili tra la disciplina codicistica in materia di impugnazioni e quella nel nuovo modello processuale.

Lo schema introdotto dal legislatore, inoltre, delinea un esempio lampante di strumento di ibridazione del processo civile, ove questo, normalmente concernente i soli interessi privati delle parti in giudizio, viene piegato al perseguimento della tutela di interessi della generalità dei consociati, quelli di prevenzione e repressione di comportamenti illeciti lesivi della sicurezza generale.

Per tale ragione, il capitolo successivo si pone come obiettivo quello di confrontare il meccanismo sinora illustrato con altri esempi normativi, già vigenti nel nostro ordinamento giuridico, di strumenti di *private enforcement*: con questi il legislatore cerca infatti di sfruttare i privati cittadini per conseguire più o meno direttamente la tutela di interessi aventi una rilevanza plurisoggettiva. L'efficienza di ogni sistema si realizza in generale quando il privato, ricercando egoisticamente di conseguire un suo

vantaggio individuale, produce delle esternalità positive di cui beneficia la generalità dei consociati, essendo irrilevante il dibattito morale circa la lodevolezza o meno del comportamento del singolo. D'interesse primario, infatti, è solamente che gli obiettivi prefissati, in tal caso quelli di incrementare la soddisfazione degli interessi di tutti i cittadini, vengano conseguiti. E' quanto avviene, in particolare, negli esempi riportati delle tecniche giurisdizionali di tutela dell'ambiente, dei consumatori e della concorrenza, concreta manifestazione di quegli interessi superindividuali sempre più protetti dal nostro legislatore.

Il capitolo si conclude con un esame dell'evoluzione della funzione del processo alla luce degli interventi normativi di cui si è trattato, in particolare della perdita della centralità del suo tipico ruolo volto a soddisfare gli interessi di un singolo, parte vittoriosa in giudizio che vede riconosciuta la sua posizione sostanziale di cui è normalmente portatore, per porsi come nuovo obiettivo quello di riconoscere e garantire posizioni per l'appunto superindividuali, secondo una funzione che viene definita come neutrale. Si richiamano, nel dettaglio, anche i numerosi interventi legislativi che hanno cercato di rendere generalmente più efficiente il processo civile, tramite meccanismi sanzionatori di deterrenza che vengono in parte confrontati con le nuove sanzioni pecuniarie civili, e che hanno evidenziato il tentativo legislativo di dissuadere sempre più i privati dal ricorso al contenzioso civile come mezzo di risoluzione delle loro liti.

Infine, l'ultimo capitolo conclude il presente lavoro con il confronto, che coinvolge ancora una volta il mondo dei privati e quello del pubblico, tra la destinazione della sanzione civile e quella della condanna pecuniaria irrogata dal giudice ai sensi dell'art. 96, c. 3 c.p.c., per taluno conseguenza della lite temeraria integrata dalla parte, per altri di un suo abuso dello strumento giurisdizionale. Entrambe le condanne, infatti, sottendono ad una funzione pubblica rappresentata nel primo caso dalla prevenzione – repressione degli illeciti tipizzati, nel secondo del comportamento illecito tenuto dalla parte soccombente in giudizio, sebbene la prima abbia una destinazione pubblica a fronte di quella privata prevista per la seconda. La fattispecie da ultimo richiamata, peraltro, ha suscitato un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, che le ultime pagine cercano di mettere in luce, circa la sua possibile qualificazione in termini di danni punitivi o di abuso del processo, in particolare evidenziando i dubbi fortemente sollevati a proposito dell'ammissibilità o meno delle due figure menzionate nel nostro

ordinamento giuridico. I diversi istituti richiamati, peraltro, permettono di lasciare aperta la questione circa la funzione da attribuire al risarcimento extracontrattuale, in particolare se da intendere come meramente compensativa o se anche lo stesso sia oggi qualificabile come strumento di deterrenza, alla luce delle molteplici peculiari fattispecie introdotte dal nostro legislatore e definite in termini di *pene private*.

Per concludere, le molteplici figure di diritto sostanziale e processuale sottoposte all'attenzione del lettore vogliono far emergere una nuova preoccupazione del legislatore, quella di tenere le parti il più possibile lontane dalle aule dei tribunali, cercando in tal modo di risolvere i problemi di sovraccarico di lavoro e di inefficienza della giustizia. La stessa disciplina delle sanzioni pecuniarie civili sembra infatti mettere a disposizione dei privati degli strumenti processuali innovativi, inducendo contestualmente gli stessi a non farne uso. Il legislatore non tiene conto, tuttavia, che il rischio sotteso a tali interventi normativi è quello di sacrificare fondamentali diritti dei cittadini, primi tra tutti quelli di agire e resistere in giudizio, che risultano in alcuni casi compressi indebitamente da un bilanciamento di valori che predilige eccessivamente gli obiettivi di economia e del giusto processo proclamati dall'art. 111 Cost. L'interesse del singolo, infatti, viene a cedere a fronte dell'interesse generale, dimenticando che il diritto sopravvive, ed è rispettato dai cittadini, sino a quando questi scorgono in esso uno strumento di loro convenienza in quanto favorevole al perseguimento delle loro specifiche utilità, non invece quando essi vi rinvencono uno strumento odioso e di oppressione dei loro diritti.



## CAPITOLO I

### LA DEPENALIZZAZIONE: LE SANZIONI AMMINISTRATIVE E CIVILI

**Sommario: 1. La depenalizzazione: caratteri generali e *ratio*. 2. Criteri di scelta della sanzione. 3. Le sanzioni amministrative: dalla l. 689 del 1981 al d. lgs. 8 del 2016. 4. Le sanzioni civili: il d. lgs. 7 del 2016. 5. La disciplina generale delle sanzioni civili: elementi costitutivi degli illeciti e tratti comuni. 5.1. Elemento oggettivo. 5.2. Elemento soggettivo. 5.3. Prescrizione. 5.4. Pagamento della sanzione e sua destinazione. 6. Sistema di garanzie.**

#### **1. La depenalizzazione: caratteri generali e *ratio*.**

Con il termine *depenalizzazione in senso lato* si indicano tutti gli strumenti che il legislatore introduce per ridurre l'operatività del diritto penale: fatti che un tempo erano ritenuti meritevoli di pena ora non vengono più ritenuti meritevoli di sanzione penale<sup>1</sup>. Nella mente dei più, la depenalizzazione è ricollegata al fenomeno di degradazione di illeciti penali in illeciti amministrativi. Tuttavia, siffatta trasformazione indica solamente quella che viene più correttamente chiamata *depenalizzazione in astratto* che, con il nuovo d. lgs. n. 7 del 2016, comprende anche la degradazione di illeciti penali in illeciti civili. Oltre a queste due trasformazioni, il mondo del diritto conosce tuttavia altri strumenti per selezionare i fatti penalmente rilevanti.

Il sistema penale, infatti, dovrebbe essere ispirato a principi costituzionali quali quello dell'*extrema ratio*, della funzione rieducativa della pena, della tassatività della fattispecie incriminatrice e della pena ad essa connessa, di eguaglianza, di criteri oggettivi e non discriminatori per l'irrogazione della sanzione.

Al contrario, negli anni passati il nostro legislatore è ricorso in misura eccessiva all'impiego del diritto penale. Per lungo tempo si è erroneamente pensato, infatti, che il sistema penale fosse lo strumento più idoneo a risolvere i problemi di ordine pubblico della società moderna e a contrastare le condotte pericolose, tanto che sono stati

---

<sup>1</sup> Bernardi, A. – Zoda, I., *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, Padova, 2008, p. 7.

introdotti illeciti penali di ogni sorta. Ne sono derivati innumerevoli problemi, quali l'ineffettività della sanzione penale e l'inefficienza degli uffici giudiziari a causa del sovraccarico di lavoro, l'impunità dei reati per troppo spesso sopravvenuta prescrizione, il sovraffollamento delle carceri e, addirittura, la discriminatoria selezione dei reati da perseguire basata sulla loro maggiore o minore gravità, rimessa alla discrezionalità degli uffici giudiziari, così protagonisti di un irragionevole abuso di potere. Tutto questo ha reso necessari gli interventi normativi di depenalizzazione.

In particolare, dopo la celebre sentenza Torreggiani<sup>2</sup> della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) di Strasburgo, non è stato più possibile ignorare il tema del sovraffollamento delle carceri ed è stata avviata una progressiva deflazione del sistema penale, la quale comprende non solo interventi di depenalizzazione, ma qualsiasi strumento di semplificazione del suddetto sistema. Da un lato si è posta, dunque, l'esigenza di ridurre il numero dei reati, dall'altro, la necessità di mantenere un adeguato livello di tutela dei consociati.

All'interno della nozione di *depenalizzazione in senso lato*, dunque, si distingue tra depenalizzazione *in concreto* e *in astratto*. Mentre la prima preclude, attraverso strumenti processuali, la sentenza di condanna<sup>3</sup>, la seconda può, in primo luogo, ridurre l'ambito operativo delle fattispecie incriminatrici, abrogarle in tutto o in parte, o, infine, nel caso della suddetta *depenalizzazione in senso stretto*, degradarle in illeciti amministrativi o civili<sup>4</sup>.

Le scelte del legislatore in merito all'alternativa tra tipizzazione di una nuova fattispecie penale o depenalizzazione, in una delle menzionate varie forme, dipendono dal giudizio di disvalore e riprovevolezza del comportamento preso in considerazione. Quando quest'ultimo non risulta tollerabile, è necessario interrogarsi su quale sia la sanzione

---

<sup>2</sup> Corte e.d.u., Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

<sup>3</sup> Alcuni istituti che si possono richiamare sono l'*oblazione discrezionale*, il *non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, la *perseguibilità a querela*, l'*esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto*, la *sospensione del processo con messa alla prova*, ed altri.

<sup>4</sup> Bernardi, A. – Zoda, I., *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, op. cit., p. 9.



punitiva più proporzionata ed adeguata, alla luce degli interessi che la norma da introdurre, modificare o abrogare vuole tutelare. Se il disvalore connesso al comportamento sotto indagine è assolutamente intollerabile e quest'ultimo risulta particolarmente pregiudizievole per l'incolumità generale, il legislatore sceglie di reprimerlo con l'introduzione di una norma penale; se il fatto, pur dovendo ancora integrare un'ipotesi di illecito, non presenta i requisiti di gravità suddetta, la soluzione da adottare è l'introduzione di una sanzione amministrativa o civile; se, infine, emergono l'estrema tenuità del fatto, la sua inattualità o il suo scarso disvalore, allora non resta che abrogare la fattispecie incriminatrice o decidere, a monte, di non introdurre alcuna norma sanzionatoria di nessun genere. Quando l'interesse della vittima di un illecito è essenzialmente risarcitorio – compensativo e manca l'esigenza di tutelare interessi sopraindividuali, le sanzioni di stampo pubblicistico, siano esse penali, amministrative o, ad oggi, civili, non appaiono idonee e deve essere preferito, quale strumento surrogatorio della pena, il risarcimento del danno, che guarda alla tradizione del mondo civilistico<sup>5</sup>.

Più nello specifico, la *ratio* fondamentale alla base della depenalizzazione è il tentativo di recuperare l'efficienza del sistema penale, permettendo che i processi penali, ridotti numericamente, giungano a sentenza e all'accertamento dell'illecito, così garantendo l'irrogazione e l'effettività della pena. A ben guardare l'altra faccia della medaglia, inoltre, la sanzione amministrativa risulta, per certi versi, più effettiva, considerati i requisiti meno rigidi richiesti per la sua applicazione ed il più ampio termine di prescrizione<sup>6</sup>. Quest'ultima sanzione sembrerebbe, inoltre, anche più effettiva della sanzione civile, per la cui operatività è necessaria la domanda di risarcimento del danno del privato, presupposto imprescindibile per la successiva procedibilità d'ufficio concernente la sanzione.

Talvolta, inoltre, l'obiettivo della depenalizzazione è quello di razionalizzare e mettere ordine nel sistema penale, riconducendo ad un'unica norma le molteplici fattispecie

---

<sup>5</sup> Piergallini, C., “Civile” e “Penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 55, n. 4, 2012, p. 1317.

<sup>6</sup> Bernardi, A. – Zoda, I., *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, op. cit., p. 19.

contenute in più fonti normative<sup>7</sup>. Altre volte, si eliminano semplicemente fattispecie desuete ed inutilizzate a causa dell'attenuazione o della perdita del disvalore connesso a quei comportamenti, o poiché questi sono divenuti illeciti bagatellari e risultano fonte di mere complicazioni per l'interprete, oltre che di incertezza del diritto. Ancora, è possibile che sia la sanzione alternativa a divenire efficiente e dunque adeguata alla repressione dell'illecito. Si cerca, infine, in altre ipotesi, di migliorare la conoscibilità delle norme da parte dei consociati e la prevedibilità delle conseguenti sanzioni, con effetti positivi in termini di prevenzione generale.

E' evidente che le scelte legislative, se coerenti e ragionevoli in un certo momento storico, possono mutare con l'evoluzione dei tempi.

Tuttavia troppo spesso, ancora oggi, la risposta del legislatore a siffatti problemi prescinde da un'analisi preventiva tecnica di benefici e costi, quella che nel diritto amministrativo viene chiamata *analisi di impatto della regolazione* e che precede gli interventi normativi in codesto settore. Al contrario, la sua risposta rimane guidata dalle istanze emotive di maggiore repressione e dal desiderio di gradimento elettorale del popolo. Con la conseguenza che, successivamente, si rendono necessari ulteriori interventi legislativi che razionalizzino il quadro normativo, anche a causa della pressione esercitata dalle Corti europee e dalla Corte costituzionale, generando un malato circolo vizioso che non fa che peggiorare la qualità delle nostre leggi<sup>8</sup>. Manca, dunque, una visione complessiva negli interventi del legislatore che porti, una volta per tutte, ad una coerente ed organica riforma del sistema sanzionatorio.

## **2. Criteri di scelta della sanzione.**

Tradizionalmente il rispetto di due principi legittima l'introduzione di una sanzione penale piuttosto che amministrativa o civile: il principio di proporzionalità e quello di

---

<sup>7</sup> Donini, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1655.

<sup>8</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture – a proposito della legge n. 67/2014*, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 57, n. 4, 2014, p. 1693 ss.

sussidiarietà<sup>9</sup>. Il primo evoca un giudizio di congruità della sanzione parametrato a diversi fattori: in primo luogo, alla gravità del comportamento tenuto, in funzione prettamente punitiva; in secondo luogo, al bene leso da quest'ultimo, in funzione compensativa; da ultimo, all'esigenza preventiva di futuri comportamenti di medesimo genere, in funzione deterrente. Il secondo rimanda, invece, al concetto di *extrema ratio* del diritto penale. Poiché questo ramo del diritto risulta il più limitativo ed afflittivo della libertà e personalità dell'uomo, gli artt. 2, 13, 25 e 27 della Costituzione giustificano il ricorso alla sanzione penale solamente quando essa è strettamente necessaria, e per questo detta sussidiaria, in quanto risulta l'unica adeguata al raggiungimento della funzione perseguita dal legislatore, essendo nel frattempo emersa l'inidoneità delle altre sanzioni ugualmente proporzionate.

La Corte di Giustizia ha più volte ribadito il necessario rispetto dei principi di proporzionalità, necessità e deterrenza nella scelta della sanzione penale<sup>10</sup> ed è stata in ciò supportata dalla Corte di Strasburgo. Questa richiama, ad esempio, il principio di proporzionalità nell'evidenziare come il giudice debba tener conto, nell'irrogazione della sanzione penale, della sanzione amministrativa già inflitta per il medesimo fatto, con conseguente riduzione della prima<sup>11</sup>. La violazione di siffatti parametri da parte del legislatore italiano può comportare, dunque, un giudizio di incostituzionalità della norma sanzionatoria per violazione, tra gli altri, dell'art. 117 Cost. per interposizione delle norme pattizie CEDU.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, inoltre, ha emanato una circolare il 19 dicembre 1983, poco dopo la grande depenalizzazione amministrativa avutasi con la l. n. 689 del 1981, in cui dispone che i due principi sopra menzionati debbano essere i criteri guida nella scelta della più opportuna sanzione da comminare per ogni violazione normativa<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Bernardi, A. – Zoda, I., *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, op. cit., p. 17.

<sup>10</sup> Tra le altre, Corte di Giust., sent. 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02 (Berlusconi), punto 53, che richiede che le sanzioni siano “*effettive, proporzionate e dissuasive*”.

<sup>11</sup> Corte e.d.u., Sez. II, 4 marzo 2014, n. 18640, punto 218.

<sup>12</sup> In <http://www.gazzettaufficiale.it/>.

L'individuazione del tipo di sanzione che meglio si adatta ad un illecito dipende, pertanto, dal risultato atteso dall'intervento sanzionatorio e dall'apparente idoneità della sanzione prescelta a perseguire siffatto risultato.

Anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 364 del 1988<sup>13</sup>, abbraccia la tesi dell'*extrema ratio* del diritto penale come strumento di tutela della società, evidenziando come questo debba essere costituito da poche norme, chiare ed essenziali per la tutela di valori di rilevanza costituzionale.

Dunque, le sanzioni che per il nostro legislatore si pongono come possibili alternative alle tradizionali sanzioni penali sono quelle amministrative e civili, i cui tratti fondamentali, per ordine, andiamo brevemente ad analizzare.

### **3. Le sanzioni amministrative: dalla l. 689 del 1981 al d. lgs. 8 del 2016.**

Le sanzioni amministrative hanno rappresentato, fin dalle leggi n. 317 e 950 del 1967, la tipica risposta legislativa ad istanze di depenalizzazione, venendo comminate in conseguenza di comportamenti antigiuridici tipici e colpevoli. Si tratta di sanzioni che vengono irrogate dall'autorità amministrativa e che possono avere una funzione punitiva, riparatoria o disciplinare<sup>14</sup>. Le prime, in particolare, sono idonee alla repressione degli illeciti, prevenendo la loro reiterazione<sup>15</sup> e sono prive di una funzione risarcitoria. Il ruolo di queste ultime, dunque, non appare diverso da quello delle sanzioni penali, ma la preferenza verso esse emerge nei casi in cui la reazione penale appare sproporzionata in quanto i comportamenti antigiuridici sono ritenuti opponibili

---

<sup>13</sup> In <https://www.cortecostituzionale.it/>, dove si legge un passo critico verso gli interventi legislativi in materia penale: *"...ma oggi, tenuto conto del notevole aumento delle sanzioni penali, sarebbe quasi impossibile dimostrare che lo Stato sia effettivamente sorretto da una "coscienza comune" tutte le volte che "aggiunge" sanzioni a violazioni di particolari, spesso "imprevedibili", valori relativi a campi, come quelli previdenziale, edilizio, fiscale ecc., che nulla hanno a che vedere con i delitti, c.d. naturali, di comune "riconoscimento" sociale."*

<sup>14</sup> Paliero, C. E. – Travi, A., *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 48 ss.

<sup>15</sup> Colla, G. – Manzo, G., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, p. 133 ss.

con misure meno gravose, così evitando una perdita di legittimazione del diritto penale<sup>16</sup>.

Tra le sanzioni punitive si distinguono le sanzioni pecuniarie e quelle interdittive.

Le prime variano a seconda che la loro entità sia stabilita a somma fissa ed invariabile, o, in secondo luogo, a compasso edittale, le quali tengono conto del principio di proporzionalità della sanzione, della personalità dell'agente e della gravità del comportamento tenuto, o, infine, a seconda che siano proporzionali all'offensività del fatto. Manca, diversamente dall'ipotesi di risposta punitiva penale, un effetto di stigmatizzazione sul destinatario della sanzione.

Il “progetto Grosso”<sup>17</sup>, uno dei tanti progetti che ha ipotizzato la decodificazione come strumento di depenalizzazione, ha confrontato per la prima volta le sanzioni amministrative con le sanzioni pecuniarie penali sulla base del parametro dell'effettività. Le statistiche pubblicate hanno evidenziato l'ineffettività delle seconde, suggerendo, pertanto, l'ampliamento dell'ambito di operatività delle sanzioni amministrative.

Le sanzioni interdittive, che non hanno sempre una funzione punitiva e la cui irrogazione è talvolta rimessa alla discrezionalità dell'autorità amministrativa, precludono l'esercizio di diritti con funzione primariamente deterrente, in quanto inducono l'autore ad astenersi dal commettere altri illeciti per poter tornare ad esercitare i diritti normalmente attribuitigli dall'ordinamento giuridico<sup>18</sup>.

Fino alla l. n. 689 del 1981 mancava, in Italia, una puntuale e generale disciplina delle sanzioni *extrapenali*. Tra le novità più rilevanti di tale legge vi è, di certo, l'introduzione dei criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e delle sanzioni

---

<sup>16</sup> Leoncini, I., *Il d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, recante “disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2 comma 2 della legge 28 aprile 2014, n. 67*, in *Le recenti riforme in materia penale – dai decreti di depenalizzazione (d. lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccari, G. M. – Bonzano, C. – La Regina, K. – Mancuso, E. M., Vicenza, 2017, p. 40 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Grosso, C. F., *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1119 ss.

<sup>18</sup> Bernardi, A. – Zoda, I., *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, op. cit., p. 81, 82.

accessorie facoltative da parte dell'autorità irrogante, nei limiti dei minimi e massimi stabiliti dalla legge. In particolare, l'art. 11 richiama i seguenti criteri:

- gravità della violazione;
- opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
- personalità dello stesso;
- sue condizioni economiche.

Subito risalta l'eco del disposto normativo degli artt. 133<sup>19</sup> e 133 bis<sup>20</sup> del c.p. Nel primo, si ritrova il criterio della gravità del reato, mentre la capacità a delinquere del reo si ricollega alla personalità dello stesso. Nel secondo, si legge il medesimo richiamo alle sue condizioni economiche. Evidente risulta essere, dunque, il modello ispiratore della disciplina sanzionatoria punitiva: questa, indipendentemente dal ramo del diritto prescelto come campo di intervento, desume i suoi tratti fondamentali dal diritto penale. Pertanto, la pubblica amministrazione esercita una discrezionalità nell'irrogazione della sanzione amministrativa analoga a quella di cui è titolare il giudice penale. La commisurazione non è, infatti, lasciata al libero apprezzamento dell'autorità dotata di siffatto potere e l'interesse della pubblica amministrazione è solo uno degli indici da

---

<sup>19</sup> “Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato”.

<sup>20</sup> “Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tenere conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche del reo. Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilita dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa”.

tenere in considerazione, nei limiti in cui sia temuta una sua lesione o sua messa in pericolo<sup>21</sup>.

Inoltre, la legge in commento ha adottato ulteriori principi penalistici. *In primis*, in ipotesi di concorso di persone nell'illecito, l'art. 5 sancisce la pari ed autonoma responsabilità degli agenti, a preferenza del modello alternativo civilistico della responsabilità solidale.

L'art. 7, poi, adotta il principio di intrasmissibilità della sanzione agli eredi, conseguenza della regola della responsabilità personale e necessario per la funzione preventiva piuttosto che risarcitoria delle sanzioni in commento.

Ancora, viene disciplinato il concorso tra norme penali e amministrative mediante il ricorso al principio di specialità, ex art. 9, giustificato dalla identica finalità delle rispettive sanzioni. Per il principio di deduzione, evidenziato già da tempo dalla Corte di Giustizia<sup>22</sup>, quando, per lo stesso fatto operano a livello nazionale una sanzione penale e a livello europeo una sanzione amministrativa, la commisurazione della sanzione deve tener conto di quelle già applicate per il medesimo fatto, evitando di incorrere nella violazione del divieto del *ne bis in idem*.

Siffatto principio è fatto proprio anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: quest'ultima, da ultimo recentemente<sup>23</sup>, ha sancito che le sanzioni amministrative irrogate contro tre cittadini greci devono considerarsi penali alla luce dell'ampia categoria della "*materia penale*" dalla stessa corte elaborata, nella quale essa riconduce tutte quelle fattispecie punitive particolarmente gravose ed afflittive che non possono essere rilegate al solo settore amministrativo. Le stesse sanzioni sono dunque state giudicate violative del principio del *ne bis in idem* proclamato dall'art. 4<sup>24</sup> del Protocollo n. 7 alla Cedu.

---

<sup>21</sup> Paliero, C. E. – Travi, A., *La sanzione amministrativa*, op. cit., p. 107.

<sup>22</sup> Ad esempio, Corte di Giust., sent. 13 febbraio 1969, causa 14/68 (Wilhelm), in Racc., 1969, p. 16.

<sup>23</sup> Corte e.d.u., Sez. I, 30 aprile 2015, ric. 3453/12, 42941/12 e 9028/13.

<sup>24</sup> "1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non

Infine, l'art. 8 bis della l. n. 689 del 1981 disciplina la reiterazione delle violazioni, evocando l'istituto penale della recidiva e sanzionando più gravemente chi ha già commesso precedenti illeciti, in funzione retributiva e preventiva di ulteriori violazioni.

Il modello sanzionatorio amministrativo si ispira, peraltro, al modello giurisdizionale generale: la p.a., nell'irrogare la sanzione, deve motivare il provvedimento che la contiene esattamente come il giudice deve motivare la sentenza con cui irroga la sanzione penale e, ad oggi, quella civile.

Un altro aspetto interessante concerne il problema della effettività delle diverse tipologie di sanzioni. Sopra abbiamo richiamato due dati che evidenziano la maggior effettività delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali: i meno rigidi presupposti per la loro applicazione e il più ampio termine di prescrizione. Per altri versi, tuttavia, il risultato empirico si contraddice: i problemi che colpiscono le amministrazioni italiane non possono considerarsi secondari rispetto a quelli degli uffici giudiziari, tra i quali le carenze organizzative, di personale e di fondi, il sovraccarico di lavoro e, talvolta, le carenze gnoseologiche dei dipendenti delle amministrazioni, difficoltà che determinano spesso la non attuazione delle sanzioni amministrative. Inoltre, il problema dell'eccessività del carico giurisdizionale penale, causa di ineffettività delle sue sanzioni, si presenta anche in ambito amministrativo, laddove quando si instaura il giudizio di opposizione all'ordinanza - ingiunzione è il giudice civile ad essere competente funzionalmente. Ben note sono, infatti, le difficoltà di smaltimento degli arretrati nei processi civili italiani, non essendo il sovraccarico giurisdizionale civile inferiore a quello penale.

Ulteriori dubbi sull'efficacia degli interventi di depenalizzazione emergono dall'incessabile e crescente numero di reati introdotti continuamente dal legislatore<sup>25</sup>.

---

*impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione", in <http://www.altalex.com/>.*

<sup>25</sup> Palazzo, F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 3, 2016, p. 285 ss.



Per tali ragioni non sempre la sanzione amministrativa riesce nel suo ruolo dissuasivo. Infatti non genera paura, secondo l'insegnamento di Beccaria quando trattava della pena di morte nella celebre opera *Dei delitti e delle pene*, una pena che si vede lontana e la cui applicazione è percepita come concretamente improbabile. E poiché suddetta sanzione non produce neppure l'effetto stigmatizzante tipico della sanzione penale, essa risulta in siffatti casi inidonea a perseguire l'intento general – preventivo, non potendosi pertanto intervenire con una depenalizzazione.

Centrale diventa, allora, il quesito se i problemi e gli ostacoli dei sistemi finora vigenti non possano essere superati con il nuovo modello delle sanzioni civili introdotto dal d. lgs. n. 7 del 2016. Se le sanzioni civili possano, per i loro tratti peculiari, assicurare, al contrario, effettività alla risposta punitiva dello Stato. Mancano ancora risposte certe a tali interrogativi a causa delle scarse applicazioni pratiche della nuova normativa, che pertanto solo il tempo permetterà di chiarire.

Tralasciando i numerosi interventi di depenalizzazione susseguitisi dalla fine degli anni '60 in poi, in quanto è materia che qui non interessa, una breve attenzione merita l'ultimo di questi, introdotto con il d. lgs. n. 8 del 2016. Esso si colloca, insieme al d. lgs. n. 7 dello stesso anno, nell'alveo della l. delega n. 67 del 2014.

Quest'ultima, nel chiaro intento di razionalizzare il sistema penale e affrontare i suoi problemi sopra richiamati, ha cercato di operare su più ambiti: ha, in un primo momento, introdotto l'istituto della *sospensione del processo con messa alla prova*, per poi emanare quattro deleghe. La prima, rimasta inattuata e per questo suscitando numerose critiche, mirava ad una riforma sistematica delle pene principali. E' stata, per contro, attuata la delega che prevedeva l'introduzione della nuova *causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto* contenuta nell'attuale art. 131 bis c.p., esempio di depenalizzazione *in concreto*. Le altre due deleghe prevedono le due forme di depenalizzazione *in astratto* in esame, quella amministrativa e quella civile. Mentre gli illeciti divenuti amministrativi incarnano violazioni offensive di interessi collettivi o superindividuali, quelli divenuti civili ledono prevalentemente interessi dei privati.

La prima depenalizzazione, dunque, in linea con gli analoghi interventi del passato, vuole “*deflazionare il sistema penale, sostanziale e processuale, in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà dell'azione penale*”, “*rispondendo ad una*

*scelta di politica criminale [...] anche in relazione alle sottese esigenze economiche e sociali*”, alla luce della “*natura di extrema ratio della sanzione penale*”<sup>26</sup>.

Il primo elemento critico di tale normativa concerne il limitato numero di illeciti, peraltro poco ricorrenti, che la depenalizzazione ha coinvolto, con scarso risultato in termini di effetti deflattivi. Neppure l’obiettivo preposto di riduzione della popolazione carceraria è realmente conseguito, in quanto gli illeciti protagonisti della depenalizzazione erano, perlopiù, contravvenzioni punite con la sola pena pecuniaria. Inoltre, l’utilizzo della clausola di depenalizzazione *cieca* di cui all’art. 2, c. 2, lett. a per la scelta dei reati oggetto di depenalizzazione, basata sul criterio formale della pena della multa o dell’ammenda, può manifestarsi inadeguato rispetto al disvalore connesso ai comportamenti in questione, tanto in eccesso quanto in difetto, nonostante siffatta clausola sia subito seguita da una depenalizzazione *nominativa* alle lett. b, c e d dello stesso articolo e dall’esclusione di un’ampia serie di reati.

Un secondo elemento controverso attiene al regime transitorio disciplinato dagli artt. 8 e 9, in virtù dei quali la sanzione amministrativa è applicabile all’illecito commesso prima dell’entrata in vigore del decreto, con conseguente trasmissione degli atti del procedimento penale all’autorità amministrativa. La ragionevolezza di tale scelta si spiega con la tesi sostenuta dalla Corte Costituzionale<sup>27</sup>, fondata sul disposto dell’art. 25, c. 2 Cost., che sancisce l’omogeneità dell’illecito penale e amministrativo, considerati entrambi ricompresi nella più ampia *materia penale*: tale tesi permette di non infrangere il principio costituzionale di irretroattività della legge, in quanto gli interventi normativi vengono visti come una vicenda di successioni di leggi, pertanto si preferisce applicare le sanzioni amministrative più favorevoli rispetto alle precedenti penali. Si evita, inoltre, una discriminazione tra coloro che tengono i comportamenti sanzionati in momenti storici diversi.

---

<sup>26</sup> Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo n. 8 del 2016 recante “*disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell’art. 2, comma 2, della l. 28 aprile 2014, n. 67*”, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>27</sup> Ad esempio, Corte Cost., ord. 21 aprile 1994, n. 159, in *Giur. cost.*, 1994, p. 224.

Più recentemente la stessa Corte<sup>28</sup> ha ribadito che ogni misura punitiva deve sottostare ai principi penalistici, tra i quali quello dell'irretroattività della legge penale sancito dall'art. 25.2 Cost., negando tuttavia la sussistenza di una successione di leggi e lasciando la questione in aperto dibattito. Le Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>29</sup> avevano, in precedenza, sposato la teoria della diversità dei due tipi di illeciti, negandone la continuità sanzionatoria e condannando la possibile retroattività della legge punitiva.

Ultima novità degna di attenzione, ai fini che a tale analisi interessano, è l'impossibile operatività del proscioglimento per tenuità del fatto di reato degradato a illecito amministrativo commesso anteriormente a tale depenalizzazione, come si desume dall'art. 9. Tale norma esclude la trasmissione degli atti del procedimento penale all'autorità amministrativa nei soli casi di reato prescritto o estinto, non anche in quello in cui dovrebbe essere pronunciato decreto di archiviazione o sentenza di proscioglimento. Siffatta lacuna comporta un trattamento sfavorevole per l'autore dell'illecito e viola il divieto di retroattività sancito dall'art. 1 della l. n. 689 del 1981, rendendo giuridicamente rilevante una fattispecie, a causa dell'intervento di depenalizzazione *in astratto*, che sarebbe stata al contrario irrilevante con la depenalizzazione *in concreto*. Parte della dottrina, inoltre, ritiene che codesta disciplina pecchi di incostituzionalità per violazione dell'unitaria categoria della "*materia penale*" sopra menzionata. Lo stesso Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione<sup>30</sup> critica l'irragionevolezza di sanzionare in via amministrativa un fatto di per sé meno grave di quello che, pur continuando ad essere rilevante penalmente, non subisce in realtà alcuna sanzione per l'operare della causa di non punibilità in questione, legittima alla luce dell'inoffensività del comportamento concretamente tenuto. Si limita, dunque, l'ambito di applicazione della causa di non punibilità, violandone la *ratio* deflattiva a

---

<sup>28</sup> Ad esempio, Corte Cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1825.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 marzo 2012, n. 25457, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it).

<sup>30</sup> Rel. n. III/01/2016, *Gli interventi di depenalizzazione e di abolitio criminis del 2016: una prima lettura*, p. 16.

fondamento e spostando l'intervento punitivo in ambito amministrativo laddove era possibile eliminarlo del tutto<sup>31</sup>.

#### **4. Le sanzioni civili: il d. lgs. 7 del 2016.**

La vera novità introdotta nel nostro sistema giuridico dalla legge delega n. 67 del 2014 è rappresentata dall'istituto delle sanzioni civili pecuniarie, la cui disciplina di attuazione è collocata nel d. lgs. n. 7 del 2016. Viene così sperimentata una nuova forma di depenalizzazione che degrada alcuni illeciti penali in illeciti civili, non seguendo il modello del torto civile fonte di risarcimento del danno, ma, tipizzando taluni comportamenti, il legislatore ne fa discendere l'applicazione di una sanzione di impronta pubblicistica, al pari di quelle penali e amministrative, seppur collocata nell'ambito del diritto civile. L'Ufficio del Massimario della Cassazione<sup>32</sup> ha parlato di *“innovativo strumento di prevenzione dell'illecito, nella prospettiva del rafforzamento dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale”*, sottolineando le finalità general – preventiva e repressiva – afflittiva tipiche delle sanzioni punitive, che si estendono alle nuove sanzioni civili. L'approccio dell'intervento non guarda tanto alla tutela dei bene giuridici quanto all'intento di perseguire una deflazione processuale<sup>33</sup>. Tale sanzione, tuttavia, si aggiunge alla tutela risarcitoria dell'offeso, dalla quale dipende e che “rinforza”, senza così privatizzare del tutto il conflitto penalistico<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Leoncini, I., *Il d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, recante “disposizioni in materia di depenalizzazione*, op. cit., p. 57 ss.

<sup>32</sup> Rel. n. III/01/2016, op. cit.

<sup>33</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili – il diritto penale tra evoluzione e mutazione*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2016.

<sup>34</sup> Guerrini, R., *Il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in *Le recenti riforme in materia penale – dai decreti di depenalizzazione (d. lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccari, G. M. – Bonzano, C. – La Regina, K. – Mancuso, E. M., Vicenza, 2017, p. 19.

La prima differenza che si nota tra le nuove sanzioni e quelle amministrative sono le finalità da esse perseguite: come sopra accennato, mentre queste ultime vogliono prevenire e reprimere comportamenti lesivi di interesse pubblici, le prime sono poste a tutela di interessi privati, per così dire “minori”, tanto che colpiscono reati che erano procedibili a querela della persona offesa. Per tale ragione sarebbe stato incongruo, secondo taluno, sanzionare siffatti comportamenti in via amministrativa, nella quale opera la procedibilità d’ufficio in ragione degli interessi pubblici sottesi<sup>35</sup>. In ogni caso, i nuovi illeciti corrispondono a situazione giuridiche soggettive riconosciute e tutelate dall’ordinamento giuridico.

Le sanzioni pecuniarie civili vengono ricondotte dalla Relazione al disegno di legge n. 110 della XVII legislatura<sup>36</sup> al concetto di “*pena privata*”, dove si legge che “*mentre il risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorquando l’illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato*”. Secondo parte della dottrina, tuttavia, il modello di riferimento dovrebbe più correttamente essere quello dei *punitive damages*. Tale dibattito sarà chiarito più avanti dopo aver analizzato i tratti peculiari del nuovo istituto.

Si parla, allora, dell’introduzione di una figura ibrida che si pone tra il torto civile ex art. 2043 c.c., il reato e l’illecito amministrativo: ad essere “civile” è in realtà il giudizio, come andremo ad evidenziare, ma la sanzione è pensata in termini strettamente punitivi<sup>37</sup>. Si delinea così un *tertium genus* che condivide con le sanzioni amministrative la natura e la destinazione pubblica, la non limitazione della libertà personale e l’irrogazione ufficiosa senza necessaria domanda di parte, mentre si colloca nel contesto civile per il regime di procedibilità e gli interessi tutelati, per la competenza giurisdizionale e per la sua accessorietà alla condanna risarcitoria, la cui domanda di

---

<sup>35</sup> Padovani, T., *Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *GD*, vol. 1, 2016, p. 10 ss.

<sup>36</sup> In [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>37</sup> Padovani, T., *Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, op. cit.

parte è invece necessaria<sup>38</sup>. Rimane pur sempre primaria la funzione punitiva sottesa, oltre che dissuasiva, che fa sì che, in mancanza dell'elemento soggettivo dell'agente, la perdita economica subita dal danneggiato debba rimanere a carico di quest'ultimo. Dell'illecito penale e delle sue sanzioni condivide, invece, la forma, alcuni principi ispiratori, quali quelli di personalità e proporzionalità, e la sua graduazione in funzione dall'agente del caso concreto, piuttosto che del danno derivato dal suo comportamento.

Gli interessi presi in considerazione giustificano la connessione della tutela *de qua* con il risarcimento del danno, perseguendo anche una finalità di deflazione giurisdizionale: si preferisce optare per un unico procedimento avente ad oggetto tanto il risarcimento quanto la sanzione, piuttosto che rendere questi protagonisti di due procedimenti, l'uno civile e l'altro amministrativo<sup>39</sup>. Inoltre, facendo dipendere il procedimento sanzionatorio dall'iniziativa di un privato, aumentano le probabilità di evitare qualsiasi impegno processuale.

E' emerso, inoltre, un dibattito circa la qualificazione di tali sanzioni in termini prevalentemente limitative – privative di diritti del condannato o, piuttosto, volte al suo recupero, da cui sono emerse opinioni contrastanti<sup>40</sup>.

Importanti sono, inoltre, le differenze tra gli illeciti civili tradizionali e gli illeciti penali, in parte tradite dal nuovo modello in commento. Mentre i primi spiccano per la loro atipicità ed hanno una funzione riparatoria – compensativa, i secondi, come i nuovi illeciti civili, sono caratterizzati dalla tipicità e dalla funzione preventiva e punitiva. Lo strumento sanzionatorio viene, dunque, utilizzato in maniera ben differente: tradizionalmente, il diritto civile è pensato per fornire ai cittadini dei modelli negoziali, mentre quello penale permette loro di usufruire di mezzi di tutela laddove si riscontri una lesione di beni giuridici. Ora tale dicotomia viene stravolta, rendendo il diritto civile un potenziale *habitat* per il perseguimento di finalità generali che si affiancano agli interessi particolari dei privati, da sempre protagonisti di codesto ramo dell'ordinamento.

---

<sup>38</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD*, vol. 8, 2016, p. 76.

<sup>39</sup> Palazzo, F., *La depenalizzazione*, op. cit.

<sup>40</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo*, op. cit.

Non si tratta, d'altronde, del primo esempio di utilizzo di istituti di stampo pubblicistico, come strumenti tipici di *public enforcement*, che si pongono a presidio della tutela di interessi particolari, completando gli strumenti di *private enforcement* preesistenti. Gli esempi sinora avutisi, tuttavia, sono stati caratterizzati dall'uso di sanzioni amministrative, ad esempio in materia di tutela dei consumatori, laddove ora si sceglie di intervenire con sanzioni civili, che, in ogni caso, condividono con le precedenti l'obiettivo di contrastare comportamenti ritenuti riprovevoli per la generalità dei consociati, oltre che per i singoli soggetti offesi.

Un problema che diversi autori hanno messo in luce è rappresentato dalla mancanza di un “*contesto normativo*” in cui collocare il nuovo istituto: la legge delega detta pochissime direttive e principi che il legislatore delegato deve rispettare e manca una disciplina generale previgente che regoli le sanzioni civili pecuniarie. Taluni, dunque, hanno ipotizzato l'incostituzionalità del decreto attuativo per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto questo arricchisce molto il dettato della scarsa legge delega. Tuttavia, come la stessa Corte Costituzionale<sup>41</sup> ha chiarito, “*l'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo [...] e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo*”.

Si è cercato, inoltre, di individuare preesistenti esempi assimilabili alle sanzioni pecuniarie civili, ma con insuccesso. Vi si avvicina, forse più di tutti, l'art. 12<sup>42</sup> della legge sulla stampa n. 47 del 1948, che esplicita tuttavia la natura riparatoria e non punitiva della somma domandabile dalla persona offesa, tanto che essa viene commisurata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato, all'aumentare dei quali accrescono i danni subiti dalla vittima.

---

<sup>41</sup> Corte cost., sent. 6 ottobre 2014, n. 229.

<sup>42</sup> Riparazione pecuniaria: “*Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato*”.

In conclusione è d'uopo segnalare l'incoerenza, per certi versi, dell'intento del legislatore: credere di risolvere il problema del sovraccarico giurisdizionale in materia penale gravando la già traboccante giurisdizione civile è una cieca illusione, che difficilmente permetterà di assicurare una maggior effettività e prevenzione al nuovo modello sanzionatorio. L'intento deflattivo potrebbe essere realizzato semplicemente a causa della maggior onerosità del processo civile, spesso deterrente per l'avvio di un contenzioso, in particolar modo per i meno abbienti. In tal modo il tentativo di attuare il precetto costituzionale del giusto processo e della sua ragionevole durata diventerebbe causa della violazione di altro primario principio costituzionale, il diritto di agire in giudizio per la tutela giurisdizionale dei diritti *ex art. 24 Cost.*, in quanto i non abbienti che non superano la soglia necessaria per accedere al gratuito patrocinio preferiranno rinunciare a contrastare giurisdizionalmente il comportamento illecito piuttosto che affrontare i costi della giustizia, per loro inaccessibili. Diversamente sarebbe avvenuto se fosse stata mantenuta l'iniziativa del PM nell'azione penale, con evidenti riflessi discriminatori in ragione delle condizioni economiche dell'offeso.

*En pendant*, i “poveri” non subiranno la forza preventiva dei nuovi illeciti, certi di non subire sanzioni, o quantomeno non elevate poiché parametrate, tra gli altri criteri, anche alle loro condizioni economiche. Questo indurrà l'offeso a non instaurare un'azione inutile, da cui non potrebbe neppure ottenere una soddisfacente condanna risarcitoria, in tal modo determinando, ancora una volta, un effetto deflattivo lesivo del diritto di agire in giudizio. Se ci si pone nella prospettiva dei “ricchi”, infine, questi potranno tranquillamente tenere i comportamenti sanzionati senza subire un procedimento penale, non dissuasi da una sanzione economica per loro irrilevante, mentre dovranno sopportare le offese del nullatenente<sup>43</sup>.

Si preferisce, così, dinanzi all'impossibilità di accertare e sanzionare tutti i reati, reprimere solo quei comportamenti portati innanzi al giudice civile che superino il pesante onere probatorio caratterizzante il processo civile. Gli operatori del diritto hanno parlato a tal proposito di “*prova tecnica di superamento dell'obbligo di esercizio*

---

<sup>43</sup> Padovani, T., *Ridurre l'area penale*, op. cit.



dell'azione penale” e della “giustizia civile quale frontiera del diritto punitivo”<sup>44</sup>, e solo la prassi potrà far emergere la genialità o l'ingenuità dell'intervento legislativo in questione.

## **5. La disciplina generale delle sanzioni civili: elementi costitutivi degli illeciti e tratti comuni.**

Il decreto legislativo elenca tassativamente le fattispecie che costituiscono i nuovi illeciti civili, dopo aver disposto l'abrogazione dei corrispondenti reati. Come si è già rilevato, la legge delega ha lasciato ampio spazio al governo nella disciplina di dettaglio dei nuovi illeciti. In particolare, questa ha disposto, genericamente, l'istituzione di adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati elencati nell'all'art. 2, c. 3, lett. a, condotte incidenti sulla fede documentale, l'onore o il patrimonio mediante violenza alle cose, specificando il carattere aggiuntivo delle sanzioni rispetto al risarcimento del danno. Le lett. d ed e dello stesso comma assegnano poi al legislatore delegato il compito di tipizzare le condotte sanzionate, indicare l'importo minimo e massimo delle sanzioni ed individuare l'autorità competente ad irrogarle, prestabilendo solamente i criteri di commisurazione delle nuove sanzioni.

Un'ipotesi avanzata, alla luce di quanto delegato, è stata quella di definire *ex novo* le condotte sanzionate, essendo consentito limitare l'ambito applicativo delle nuove sanzioni solamente ad alcune delle modalità di commissione delle condotte che erano penalmente rilevanti<sup>45</sup>. Contrariamente, il Governo ha preferito seguire il pensiero di chi riteneva che, poiché la delega prescriveva la tipizzazione di condotte tassative, la soluzione più semplice sarebbe stata riprodurre le nuove fattispecie in maniera analoga a

---

<sup>44</sup> Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 5, 2016, p. 601.

<sup>45</sup> Masieri, C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*, in *merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

quella in cui erano scritte nel c.p.<sup>46</sup>, anche per rispettare l’analogia funzionale tra la sanzione pecuniaria civile e la pena “pubblica”<sup>47</sup>.

Dunque l’art. 1 del decreto in commento dispone l’abrogazione di cinque reati, implicitamente presupposta dalla legge delega, numero esiguo che dimostra la natura sperimentale del nuovo modello di illeciti, di seguito elencati:

- “falsità in scrittura privata” (art. 485 c.p.);
- “falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato” (art. 486 c.p.);
- “ingiuria” (art. 594 c.p.);
- “sottrazione di cose comuni” (art. 627 c.p.);
- “appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di cose avute per errore o caso fortuito” (art. 647 c.p.).

A questi si aggiunge la riformulazione del delitto di danneggiamento, di cui all’art. 635 c.p., in quanto la legge delega dispone l’abrogazione del solo primo comma, mentre vengono resi reati autonomi le vecchie previsioni circostanziali con la conseguente riformulazione degli artt. 635 bis, 635 ter, 635 quater e 635 quinquies c.p.

Non è stata attuata la delega, al contrario, nella parte in cui sanciva la trasformazione in illeciti civili dei reati di “usurpazione” (art. 631 c.p.), “deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi” (art. 632 c.p.) e “invasione di terreni o edifici” (art. 633 c.p.). Il governo ha giustificato tale scelta con la motivazione di non voler “irritare” l’opinione pubblica a fronte di reati che, seppur non molto incidenti sul carico giudiziario, sono in espansione<sup>48</sup>, chiarendo che *“ciascuna previsione di depenalizzazione ha autonomia strutturale rispetto all’intero contesto di prescrizioni impartite al legislatore delegato”* e che quando quest’ultimo *“dà luogo ad un parziale recepimento della stessa, per esercizio frazionato del potere devolutogli, non intacca la*

---

<sup>46</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo*, op. cit., p. 1720.

<sup>47</sup> Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare*, op. cit., p. 595.

<sup>48</sup> Rel. illustrativa al d. lgs. n. 7 del 2016, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

*conformità alle direttive nella parte in cui, invece, la delega è attuata*”<sup>49</sup>. L’art. 2 del decreto elenca poi le modifiche al codice penale necessarie per adattare e coordinare la previgente disciplina con l’abrogazione dei menzionati reati.

A questo punto è opportuno esaminare gli elementi costitutivi degli illeciti, più specificatamente l’elemento oggettivo e soggettivo, oltre che alcuni dei regimi normativi comuni a tutti i nuovi illeciti, quali il regime di prescrizione e la destinazione della sanzione. E’ possibile, infatti, leggere nei pochi articoli contenuti nel decreto (artt. 5 ss.) una sorta di statuto generale del nuovo istituto sanzionatorio, potenzialmente applicabile anche alle fattispecie in futuro introdotte, secondo il medesimo modello di disciplina generale previsto per le sanzioni amministrative dalla l. n. 689 del 1981 e in materia di responsabilità degli enti nei capi I e II del d. lgs. n. 231 del 2001.

### **5.1 Elemento oggettivo.**

Secondo la dottrina penalistica l’elemento oggettivo del reato è composto dalla condotta, dal nesso causale e dall’evento. In materia di illeciti civili l’evento richiesto dal legislatore è rappresentato dal danno alla persona offesa, senza il quale non vi può essere condanna risarcitoria, a sua volta presupposto di quella sanzionatoria. Questo elemento, insieme al nesso causale, verrà trattato più avanti in occasione dell’approfondimento sulla decisione del giudice, mentre qui occorre prestare attenzione al nucleo centrale dell’elemento oggettivo, la condotta.

Le condotte sanzionate civilmente vengono descritte dall’art. 4 del decreto riprendendo, come detto, il modello della fattispecie di reato corrispondente abrogato. L’interprete è tenuto, pertanto, a tener conto della passata prassi giurisprudenziale in materia penale per ragioni di continuità, coerenza e certezza del diritto, la quale deve orientarlo laddove sussistano dubbi interpretativi riguardanti i nuovi illeciti.

Le condotte vengono suddivise in due gruppi a seconda della sanzione comminata. Si applica una sanzione da cento a ottomila euro alle fattispecie di “ingiuria”, “sottrazione di cose comuni”, “danneggiamento semplice”, “appropriazione di denaro, cose smarrite,

---

<sup>49</sup> Rel. illustrativa allo schema di d. lgs. n. 254, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

tesoro e cose di cui si sia venuti in possesso per errore altrui o caso fortuito”. La sanzione accresce da duecento a dodicimila euro in caso di “falsità in scrittura privata”, “falsità in foglio firmato in bianco, atto privato”, “altre falsità su di esso”, “uso di atto falso”, “soppressione e occultamento di scrittura privata vera”. Si nota, dunque, il carattere piuttosto elevato delle sanzioni, voluto dal legislatore per assicurare la loro efficacia dissuasiva e la loro adeguatezza a sostituire quelle penali, sebbene sia stato lasciato al giudice un ampio potere discrezionale nella loro graduazione, che si muove tra gli ampi limiti minimi e massimi suddetti.

Rispetto ai vecchi reati meritano attenzione alcune peculiarità. In particolare manca, genericamente, la previsione di circostanze aggravanti o attenuanti. Questo obbliga il giudice a graduare la sanzione sulla base dei soli criteri di commisurazione *ex art. 5*, che analizzeremo più avanti. La sola ingiuria preserva le due aggravanti dell’*attribuzione di un fatto determinato* e della *commissione in presenza di una pluralità di persone*, alle quali si riserva il secondo tipo di sanzione più elevato. Lo stesso illecito conserva anche due cause speciali di non sanzionabilità, la *ritorsione* e la *provocazione*, mentre non è menzionata l’*exceptio veritatis* in caso di attribuzione di un fatto determinato, prevista dal vecchio art. 596 c.p. in tre particolari ipotesi. Da ciò si desume l’assenza di limiti nel fornire la prova liberatoria della verità del fatto<sup>50</sup>, in virtù dell’accessorietà della sanzione civile al risarcimento del danno e all’operabilità del prudente apprezzamento del giudice. Il diverso tenore dell’illecito in questione rispetto a quello penale permette, infatti, di giudicare privo di disvalore un comportamento offensivo che corrisponda a verità.

L’ingiuria è, inoltre, l’unico delitto contro la persona ad essere degradato in illecito civile a causa della possibilità di valutarne le conseguenze patrimoniali. Tuttavia, in realtà, i principi di proporzionalità e adeguatezza erano già stati attuati con riferimento a tale delitto mediante la depenalizzazione *in concreto* realizzata dall’istituto dell’*esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto*, introdotto dal d. lgs. 274 del 2000.

---

<sup>50</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, op. cit., p. 79.

Un esempio di continuità giurisprudenziale nel passaggio da illecito penale a illecito civile si ha nel caso di falsità in foglio firmato in bianco, piuttosto frequente nelle aule dei tribunali, in particolare nei rapporti legale – cliente a proposito degli onorari dovuti, e per questo avente un’importanza primaria in termini deflattivi: la giurisprudenza della Cassazione aveva chiarito che la querela di falso *ex art. 2702 c.c.* dovesse essere presentata solamente nell’ipotesi più grave di riempimento "*absque pactis*" o "*sine pactis*" e non anche nel caso di riempimento "*contra pacta*", ove l’interessato avrebbe dovuto fornire la sola prova di un accordo di contenuto diverso da quello riportato nel foglio sottoscritto. Lo stesso principio viene ribadito dalla Cassazione recente in relazione al nuovo modello civile<sup>51</sup>.

Inoltre, la Suprema Corte ha da poco chiarito che un privato che svolge abusivamente l’attività di avvocato e falsifica l’autentica della sottoscrizione della procura *ad litem* non commette reato di “falso materiale” (art. 477 c.p.) né di “falso ideologico in certificati commesso da persona esercente un servizio di pubblica necessità” (art. 481 c.p.), ma commette il nuovo illecito di “falso in scrittura privata”<sup>52</sup>.

L’elemento oggettivo tipizzato richiede espressamente la necessaria produzione di un danno per l’applicabilità della sanzione civile nei casi di “falsità in scrittura privata”, “falsità in foglio firmato in bianco, atto privato”, “altre falsità su di esso”, “uso di atto falso” e “soppressione e occultamento di scrittura privata vera”. Si deve ritenere, tuttavia, che anche gli illeciti facenti parte del gruppo sanzionato più lievemente debbano presentare tale requisito nella loro componente oggettiva, in virtù della natura accessoria della sanzione rispetto al risarcimento disposta dall’art. 3 del decreto legislativo per tutti gli illeciti in questione.

Per il resto le condotte tipizzate ricalcano l’elemento oggettivo delle precedenti fattispecie penali.

La mancata attenzione che gli articoli in commento rivolgono alla figura del *tentativo*, una specifica forma di manifestazione dell’illecito penale, inducono a ritenerlo irrilevante come forma di manifestazione dell’illecito civile. Né è possibile invocare lo

---

<sup>51</sup> Cass. civ., Sez. VI, 25 giugno 2018, n. 16673.

<sup>52</sup> Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2017, n. 18657.

strumento dell'analogia, precluso dal fatto che gli illeciti civili rientrano, anch'essi, nel concetto di "materia penale" in virtù della loro natura punitiva<sup>53</sup>. La commissione di "atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto", nonostante "l'azione non si compie o l'evento non si verifica"<sup>54</sup>, non può, infatti, rilevare se codesti atti sono diretti a commettere un illecito civile, poiché dal momento che la sanzione è irrogabile esclusivamente in caso di accoglimento della domanda risarcitoria, manca, nel caso di illecito tentato, il danno presupposto per la duplice condanna.

Per contro, la non menzione delle cause di giustificazione nel testo normativo non impedisce di considerare applicabili le scriminanti comuni dell'*esercizio di un diritto*, dell'*adempimento di un dovere*, della *legittima difesa*, del *consenso dell'avente diritto* e dello *stato di necessità*. Queste incarnano principi generali dell'intero ordinamento giuridico, non essendo la loro operatività relegata al solo diritto penale, come dimostrato dalla previsione delle ultime due negli artt. 2044 e 2045 c.c.<sup>55</sup>. Né si applicherebbe, in tal caso, l'ipotesi di analogia *in peius* vietata dall'ordinamento giuridico, poiché le cause di giustificazione, escludendo l'illiceità della condotta, garantiscono un trattamento più favorevole per il colpevole. Tuttavia la loro operatività è subordinata al rispetto dei principi generali del diritto civile, non essendo possibile giustificare "*l'esercizio di un diritto finalizzato esclusivamente alla lesione di interessi giuridici altrui, concretizzando un caso di abuso del diritto*"<sup>56</sup>. In particolare, la giurisprudenza ha ribadito che il diritto di critica politica, esempio di *esercizio di un diritto*, deve presentare i requisiti costitutivi che dottrina e giurisprudenza penale hanno da sempre richiesto e che oggi devono essere estesi al settore civile: "*la veridicità della notizia, la sua rilevanza per l'interesse pubblico e il rispetto del limite della continenza, che nella "competizione politica" si caratterizza di maggiore elasticità in ragione dei toni aspri ed elevati che contraddistinguono tale ambito*"<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni*, op. cit., p. 78.

<sup>54</sup> Art. 56 c.p.

<sup>55</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni*, op. cit., p. 78.

<sup>56</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

<sup>57</sup> Tribunale di Foggia, 15 marzo 2018, n. 534, in *Riv. pen.*, vol. 5, 2018, p. 507.

## 5.2 Elemento soggettivo.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo, l'art. 3 esige la sussistenza del dolo per l'irrogazione delle sanzioni civili in aggiunta alle restituzioni e al risarcimento del danno. In presenza di mera colpa è possibile, al contrario, richiedere solamente le restituzioni e il risarcimento del danno subito. In questo gli illeciti civili si pongono in una linea di continuità con le singole fattispecie penali abrogate, ma, se si pensa all'art. 3 come fonte di disciplina generale per ipotetici futuri illeciti civili, questi si differenzerebbero da eventuali corrispondenti illeciti amministrativi, in quanto l'art. 3 della l. n. 689 del 1981 dispone per essi l'operatività del principio di colpevolezza, equiparando pertanto il comportamento doloso a quello colposo.

La legittimità di tale norma è data dalla funzione punitiva e preventiva delle sanzioni in esame piuttosto che compensativa, che non rendono rimproverabili comportamenti tenuti non intenzionalmente dagli agenti. Il giudice, al contrario, deve accertare che l'autore si sia rappresentato e abbia voluto propriamente commettere quell'illecito.

Tuttavia, dibattuta è l'ammissibilità della figura del dolo eventuale. Mentre la dottrina civilistica avalla la soluzione negativa per timore di una progressiva assimilazione del dolo alla colpa grave<sup>58</sup>, la dottrina penalistica accoglie la tesi positiva per ragioni di continuità con l'originario modello di illeciti penali e per le diverse funzioni che le varie figure di dolo civilmente rilevanti ricoprono<sup>59</sup>.

Inoltre, una discordanza tra la precedente fattispecie penale e quella civile si nota negli illeciti di "falsità in scrittura privata" e "falsità in foglio firmato in bianco, atto privato", le cui formulazioni attuali non presentano il requisito del dolo specifico. Questo consiste nel "*fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno*" ed è, al contrario, ancora presente nell'illecito di "sottrazione di cose comuni". Il suo mancato richiamo nei primi due illeciti è spiegato dalla più intensa funzione di tutela dell'offeso che essi intendono perseguire e dall'accessorietà della sanzione alla condanna

---

<sup>58</sup> Busnelli, F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, vol. 4, 2009, p. 909 ss.

<sup>59</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

risarcitoria, in quanto non è tanto importante guardare al movente dell'autore quanto, piuttosto, alle conseguenze dannose procurate. Tuttavia l'indagine sull'impulso dell'agente torna a rilevare nel caso di sottrazione di cose comuni poiché, forse, tale illecito è considerato meno riprovevole e per tal ragione aggravato nei suoi presupposti soggettivi.

Inoltre, la giurisprudenza di merito ha chiarito che, nel caso di falsificazione di scritture private commesse prima dell'abrogazione del corrispondente reato, non è possibile applicare la sanzione pecuniaria civile laddove manchi la prova della sussistenza del dolo specifico, sebbene non richiesto dall'attuale formulazione legislativa. Dunque, *“in caso di fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 7 del 2016, la sanzione in questione non può applicarsi a condotte che, pur integrando gli estremi di taluno degli illeciti civili tipizzati previsti dall'attuale disciplina, difettino di uno dei requisiti del corrispondente reato abrogato”*<sup>60</sup>.

Un ulteriore vuoto normativo nel decreto in questione concerne il profilo dell'imputabilità, dunque, della capacità di intendere e di volere dell'autore nella commissione dell'illecito. Non sembra opportuno applicare analogicamente la disciplina penalistica, dovendosi preferire optare per il modello civilistico in ragione di una semplificazione nell'irrogazione della sanzione: non si richiede in tal modo al giudice, infatti, un diverso accertamento dell'imputabilità rispetto a quello svolto per la condanna risarcitoria. Dunque, in caso di autore di minore di età, a meno che egli non sia emancipato e per tale ragione autonomamente responsabile, e di autore incapace di intendere e di volere, rispondono della sanzione coloro che rivestono una posizione di garanzia rispetto all'incapace ex art. 2047 e 2048 c.c., ma solamente se questi hanno agito in concorso doloso con l'autore, mentre è sufficiente la mera colpa degli stessi affinché essi rispondano civilmente ex art. 2043 ss c.c.<sup>61</sup>

### **5.3 Prescrizione.**

---

<sup>60</sup> Tribunale di Verona, Sez. III civile, 10 novembre 2016, n. 2939, in *Foro it.*, vol. 12, I, 2016, p. 3955.

<sup>61</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.



L'art. 3, c. 2 del decreto attuativo rinvia all'art. 2947, c. 1 c.c., esplicitando così l'operatività del termine di prescrizione breve di cinque anni decorrente dal giorno in cui il fatto illecito si è verificato. La preferenza verso questo termine piuttosto che per quello ordinario decennale è dovuta, ancora una volta, all'accessorietà della condanna sanzionatoria rispetto a quella risarcitoria. Non essendo immaginabile l'irrogazione della sanzione una volta prescritto il diritto al risarcimento del danno, non ha senso, infatti, differenziarne il termine di prescrizione. Il privato attore in giudizio non sarebbe neppure, peraltro, più interessato a portare avanti il giudizio per la sola irrogazione della sanzione una volta prescritto il diritto al risarcimento.

Si tratta di un ulteriore dato che incrementa l'effetto deflattivo del contenzioso giudiziario realizzato con i nuovi illeciti rispetto ai precedenti reati, non permettendosi che l'instaurazione del procedimento giudiziario possa protrarsi per il più ampio periodo di prescrizione penale. Si sacrifica, in tal modo, l'effettività della sanzione e la sua efficacia preventiva – punitiva, in quanto lo stesso comportamento che prima era sanzionabile più a lungo e più gravemente nel contesto del diritto penale riesce ora a sfuggire più facilmente alle maglie punitive dello Stato. D'altronde, ciò è possibile e non è denunciato in termini di irragionevolezza proprio per il minor disvalore connesso alle condotte così sanzionate, parametro guida dell'intervento di depenalizzazione.

Si applicano, di conseguenza, anche le cause interruttive della prescrizione previste dall'art. 2943 c.c., tra cui quella che si verifica in occasione dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

#### **5.4 Pagamento della sanzione e sua destinazione.**

L'art. 9 del decreto rinvia all'emanazione di un decreto del Ministero della giustizia di concerto con il Ministero dell'economia e finanza per stabilire i termini e le modalità di pagamento delle sanzioni e le loro forme di riscossione. Si ammette, inoltre, la rateizzazione disposta dal giudice in relazione alle condizioni economiche del condannato, come già previsto dall'art. 26 della l. n. 689 del 1981, in un numero di rate mensili variabile da due ad otto, per una somma minima di cinquanta euro. Tuttavia, se non viene rispettato il termine di pagamento anche di una sola rata, il residuo torna ad essere dovuto in un'unica soluzione. Il decreto attuativo dovrebbe, dunque, ricalcare il

d.p.r. n. 115 del 2002, testo unico in materia di spese di giustizia, il cui art. 1 ammette la rateizzazione delle sanzioni pecuniarie processuali, incluse anche quelle inerenti al processo civile.

Si esclude, inoltre, l'ammissibilità di coperture assicurative per il pagamento della sanzione, le quali andrebbero ad annullare l'efficacia preventiva della minacciata sanzione. Chiunque, infatti, sarebbe altrimenti autorizzato alla commissione dei nuovi illeciti, in un clima di completa anarchia, essendo solamente tenuto a premunirsi di una copertura assicurativa, con ricadute, ancora una volta, discriminatorie in base alle diverse capacità economiche dei consociati.

Peraltro, si presume che nessuna compagnia assicurativa sarebbe disposta a coprire le somme irrogate nelle condanne a causa dell'eccessivo rischio in tal modo assunto e dell'elevato tasso percentuale con cui sarebbero commessi gli illeciti. Se anche vi fossero compagnie a ciò disposte, l'immoralità di siffatti contratti sarebbe ingiustificabile e ne determinerebbe, probabilmente, la nullità ai sensi degli artt. 1418 e 1343 c.c. per contrarietà della causa a buon costume.

L'art. 10 sancisce, a seguire, che *“il provento della sanzione pecuniaria civile è devoluto a favore della Cassa delle ammende”*. La delega parlamentare taceva sulla destinazione della sanzione e il Governo ha ritenuto logico devolverla ad un soggetto pubblico piuttosto che al privato attore in giudizio, considerata la sua funzione ultra – compensativa e general – preventiva. Se beneficiario fosse stato il privato, infatti, questo avrebbe ottenuto un ingiustificato arricchimento che avrebbe avvicinato la figura sanzionatoria *de qua* a quella dei *punitive damages* tipici del mondo anglosassone, oltre a stimolare il ricorso all'azione giurisdizionale del privato, con buona pace dello scopo deflattivo dell'intervento normativo<sup>62</sup>. Siffatta destinazione, tuttavia, comporta problemi applicativi processuali di non scarsa importanza, tra i quali la carenza di interesse del privato a portare avanti il giudizio per l'irrogazione della sanzione, con conseguenze positive in termini deflattivi ma negative in termini preventivi ed effettivi delle sanzioni. Per un'analisi più dettagliata di questo problema rimandiamo alla lettura dei successivi capitoli.

---

<sup>62</sup> Gargani, *La depenalizzazione bipolare*, op. cit.

## 6. Sistema di garanzie.

Il sistema sanzionatorio è stato più volte sottoposto all'attenzione delle Corti europee e nazionali, in particolare della Corte e.d.u. che, come si è già accennato, fin dal 1976<sup>63</sup> ha parlato di un'unitaria categoria di *materia penale* in cui far rientrare gli istituti punitivi collocati in altre branche dell'ordinamento, i quali risultano così guidati dagli stessi principi del diritto penale e destinatari delle stesse garanzie. Tradizionalmente gli istituti in questione consistevano nelle sanzioni amministrative limitative di diritti e libertà tali da arrecare un serio pregiudizio, ma oggi autorevole dottrina<sup>64</sup> estende la medesima soluzione ai nuovi illeciti civili, in quanto la loro natura punitiva impone di sottoporle alle garanzie sostanziali e processuali previste dalla CEDU. Diverse sono, dunque, le garanzie di fonte convenzionale tipiche del sistema penale che il decreto in commento estende agli illeciti civili.

In primo luogo la tassatività delle condotte sanzionate permette ai consociati di conoscere preventivamente quali comportamenti sono vietati in quanto riprovevoli e a quali conseguenze essi vanno incontro violando i precetti normativi, giustificandone la punizione e garantendo la prevedibilità della sanzione inflitta. Non appare ammissibile, pertanto, come desumibile dal principio di legalità, applicare in via analogica la disciplina in esame ad altri comportamenti non tipizzati dal legislatore.

In secondo luogo, i criteri di commisurazione delle sanzioni elencati nell'art. 5 garantiscono che la sanzione sia differenziata in base alla rimproverabilità del comportamento complessivamente tenuto, avendo riguardo ad elementi tanto esterni quanto interni agli agenti del caso concreto e alle loro caratteristiche sia oggettive che soggettive. Ci si discosta, così, dal modello della responsabilità civile, attento solamente

---

<sup>63</sup> Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e altri. c. Paesi Bassi, n. 22: “*La Convenzione consente agli Stati contraenti, nello svolgimento del loro ruolo di tutori del pubblico interesse, di distinguere tra diritto penale e diritto disciplinare. Rientra tuttavia nelle competenze della Corte europea verificare se un'accusa, alla quale lo Stato in causa attribuisce natura disciplinare, ricada nella materia penale quale intesa dall'art. 6 della Convenzione, al fine di assicurare all'accusato l'applicazione delle garanzie previste da tale articolo.*”

<sup>64</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo*, op. cit., p. 1720.

all'elemento oggettivo e in particolare al danno cagionato. Si impediscono inoltre, in tal modo, discriminazioni irragionevoli che si avrebbero trattando in maniera uguale situazioni differenti, garantendo la funzione punitiva delle sanzioni.

Inoltre, la scelta di assegnare la competenza per l'irrogazione delle sanzioni all'autorità giurisdizionale assicura, o quantomeno dovrebbe assicurare, il rispetto delle garanzie processuali costituzionali quali il diritto di difesa, il contraddittorio, l'imparzialità e terzietà del giudice, la ragionevole durata del processo, la pubblicità del procedimento, il principio di legalità. A proposito del diritto di difesa, tuttavia, taluno<sup>65</sup> ha ipotizzato che la sua mancata regolamentazione specifica nella disciplina generale del decreto viola l'art. 6, c. 3, lett. d della CEDU, che assicura il diritto di *“esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”*, in quanto mentre il processo civile è normalmente caratterizzato da un contraddittorio paritario tra attore e convenuto, il nuovo modello di processo, alla stregua di quello penale, dovrebbe rafforzare il diritto di difesa dell'“accusato”, in posizione processuale svantaggiata. Non si riscontra, tuttavia, l'ipotizzata violazione se si addossa l'onere della ricerca della prova in capo al giudice o, secondo altri, all'attore, ristabilendo così quella parità nel contraddittorio e nell'assolvimento dell'onere probatorio tra attore e convenuto che non impone a quest'ultimo di dimostrare a priori la sua innocenza.

Fondamentale principio operante nei nuovi illeciti è poi il principio della responsabilità personale. L'art. 9, c. 6 del decreto dispone, infatti, l'intrasmissibilità della sanzione agli eredi, i quali non possono essere rimproverati e puniti per il comportamento tenuto dal loro *de cuius* proprio perché è esclusa la funzione riparatoria di tale sanzione, diversamente dalla condanna risarcitoria che risulta, viceversa, loro trasmissibile. Affinché l'agente sia sanzionabile, tuttavia, sono necessari i due ulteriori requisiti della imputabilità e della colpevolezza (qui nella specifica forma del dolo), al pari del modello penale, in quanto presupposti per la rimproverabilità del comportamento tenuto.

---

<sup>65</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

In caso di concorso di persone, peraltro, l'art. 7 sancisce che ciascuna di esse soggiace alla sanzione pecuniaria stabilita per l'illecito. Affinché si abbia concorso di persone è necessario, secondo le pronunce della Cassazione penale da tenere in considerazione, un comportamento esteriore idoneo ad apportare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, rafforzando il proposito criminoso o agevolando l'opera dei concorrenti, dunque incrementando le possibilità di realizzazione dell'illecito<sup>66</sup>. Si abbandona, pertanto, in analogia a quanto previsto dall'art. 5 della l. n. 689 del 1981 in ambito amministrativo e dall'art. 110 c.p., il regime di responsabilità solidale tipicamente civilistico, in coerenza con la natura personale della responsabilità che caratterizza le sanzioni in esame. La solidarietà sancita dall'art. 2055 c.c., tuttavia, continua ad essere applicabile alla condanna risarcitoria che il giudice va a disporre in un diverso capo della sentenza. La Suprema Corte<sup>67</sup> ha affermato che la norma menzionata, nel presupporre l'unicità del fatto dannoso, implica sussistente tale modello di responsabilità quando il fatto deriva da più azioni o omissioni, che costituiscono illeciti distinti, legate però da un vincolo di interdipendenza e che abbiano concorso alla produzione del danno.

La stessa ammissibilità della rateizzazione nel pagamento della sanzione costituisce una garanzia offerta dal legislatore al condannato.

Anche il regime di retroattività dell'illecito civile disposto dall'art. 12, cui fa eccezione il caso in cui il procedimento sia stato definito con sentenza o decreto penale irrevocabile, si pone in termini di garanzia dell'agente ed è desunta dai principi penalistici. In particolare, al pari di quanto sopra detto a proposito delle sanzioni amministrative, il legislatore ha considerato opportuno rispettare i *dicta* della Corte di Strasburgo e dunque, assimilando le sanzioni civili a quelle penali, ha attuato il principio dell'applicazione della legge più favorevole al reo sancito dall'art. 2, c. 4 c.p., rendendo del tutto irrilevante il procedimento penale condotto fino a quel momento. In tal modo, come già sottolineato, si incrementa la portata deflattiva del contenzioso penale e si assicura la non discriminazione degli autori di medesimi comportamenti,

---

<sup>66</sup> Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2014, n. 7621.

<sup>67</sup> Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 2014, n. 20192.

nonostante valgano anche qui le considerazioni contrastanti emerse dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>68</sup>.

Per contro, si ritiene non possibile applicare una sanzione pecuniaria civile in un procedimento civile già pendente al momento dell'entrata in vigore della normativa in commento, qualora non fosse stato precedentemente instaurato un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi comportamenti. In caso contrario da un lato si violerebbe il diritto di difesa dell'accusato a causa delle preclusioni probatorie nel frattempo maturate, dall'altro, soprattutto, si violerebbe l'appena menzionato principio di irretroattività, desunto dall'art. 25, c. 2 Cost., operante per le sanzioni di carattere punitivo.

Infine la predisposizione ai sensi dell'art. 11 di un registro informatizzato che memorizzi tutti i provvedimenti sanzionatori inflitti, funzionale, come vedremo, a garantire l'operatività dell'istituto della reiterazione, assicura la possibilità di conoscere i precedenti illeciti commessi da un agente. In tal modo, da un lato si incrementa l'efficacia repressiva e di tutela della generalità dei consociati, dall'altro si garantisce l'autore stesso, in quanto questo può confidare nella certezza della sanzione subita e delle tutele connesse alla sua pubblicità, potendo confrontare le diverse prassi giurisdizionali seguite nell'irrogazione delle sanzioni in vista di ipotetiche impugnazioni, motivate da irragionevoli discriminazioni. Poiché le sanzioni in questione non sono dotate di forza stigmatizzante, al pari di quelle amministrative, non sussiste un'esigenza di cancellare le tracce della commissione di un illecito come avviene, al contrario, nel diritto penale nei casi di non menzione o cancellazione della condanna dal casellario giudiziale, pur rimanendo necessaria la tutela della privacy dell'interessato.

L'istituto, in ogni caso, segue i modelli di riferimento preesistenti, ricalcando quanto previsto dall'art. 8 bis della l. n. 689 del 1981 in ambito amministrativo e dall'art. 8 del d. lgs. n. 231 del 2001 in materia di diritto penale degli enti.

---

<sup>68</sup> Vedi sopra, p. 18 e 19.

## **CAPITOLO II**

### **IL NUOVO PROCESSO PER LE SANZIONI CIVILI: LO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO DI PRIMO GRADO E LE IMPUGNAZIONI.**

**Sommario: 1. Il processo per le sanzioni civili: l'autorità competente. 1.1. Il rinvio al c.p.c. e la clausola di compatibilità. 2. Fase introduttiva: la domanda. 3. La trattazione della causa: l'istruzione. 3.1. Tra principio inquisitorio e principio dispositivo. 3.2. Lo standard probatorio del nesso causale. 3.3. I mezzi di prova nei singoli illeciti civili. 3.4. La trattazione nei procedimenti speciali. 3.5. Considerazioni conclusive sull'istruzione. 4. La fase decisoria. 5. L'interesse a transigere. 6. Il diritto intertemporale. 7. Le impugnazioni.**

#### **1. Il processo per le sanzioni civili: l'autorità competente.**

Il legislatore delegato, oltre a modificare la disciplina sostanziale introducendo una nuova tipologia di illeciti civili, ha predisposto un innovativo modello di processo civile per l'irrogazione delle sanzioni ad essi conseguenti, che pur seguendo le orme dell'ordinario processo civile se ne discosta in alcuni tratti fondamentali.

In particolare, l'art. 8 del d. lgs. n. 7 del 2016 dispone che le sanzioni pecuniarie civili, coerentemente con la natura dei nuovi illeciti, sono applicate dal giudice civile che è competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno.

Si tratta di una scelta più che logica: certo non avrebbe potuto essere competente il giudice penale, che, dinanzi ad un'ipotesi di esercizio dell'azione penale contro condotte integranti i nuovi illeciti civili, è chiamato ad emettere una sentenza assolutoria secondo la formula *“il fatto non è previsto dalla legge come reato”*, ex art. 129 c.p.p. Inoltre, quel giudice non ha la competenza ad irrogare sanzioni diverse dalle pene principali ed accessorie previste dal codice penale o, tuttalpiù, dalle misure di sicurezza o misure alternative alla detenzione.

Neppure l'autorità amministrativa o, ancor meno, il giudice amministrativo, sarebbero apparsi idonei ad adempiere a siffatta funzione sanzionatoria: trattandosi di sanzioni civili, queste non hanno nulla a che fare con il settore del diritto amministrativo e sarebbe stato irragionevole creare una nuova figura di illeciti collocata nel campo del

diritto civile, poi ricondotta, ai fini dell'accertamento e della repressione, al diritto amministrativo. Ciò sarebbe stato in contrasto, di fatto, con la *ratio* a fondamento della distinzione tra illeciti civili ed illeciti amministrativi introdotta dallo stesso decreto.

Per cogliere la ragionevolezza della scelta legislativa operata nel processo di nostro interesse si deve anche tenere conto della peculiarità del sistema giudiziario italiano: con tale espressione ci si riferisce all'insieme degli organi dello Stato chiamati a svolgere la funzione di *ius dicere*, ovvero la funzione giurisdizionale di decidere una controversia secondo le regole del diritto<sup>1</sup>. Per giurisdizione, infatti, si intende “*l'attività esercitata dai giudici*”<sup>2</sup>. L'ampia nozione di organo giudiziario dettata dal nostro ordinamento giudiziario, tuttavia, vi include tutte le “*autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia*”, tra le quali rientrano i giudici, i pubblici ministeri, le cancellerie, le segreterie giudiziarie e gli ufficiali giudiziari<sup>3</sup>.

Prendendo in considerazione la giurisdizione ordinaria, istituita e disciplinata dalle norme dell'ordinamento giudiziario, essa si divide in funzione della materia e dell'oggetto su cui il giudice è chiamato a decidere in due *genera*, quella civile e quella penale, secondo un rapporto di alterità oggettiva. La stessa, unitariamente considerata, si contrappone alle giurisdizioni speciali, le quali sono chiamate a pronunciarsi su materie determinate e specifiche, tra le quali spiccano quella amministrativa, contabile, tributaria, militare, che, in mancanza di siffatta specifica attribuzione, rientrerebbero nella più ampia nozione di “materia civile” di spettanza del giudice civile, secondo un rapporto di *genus ad speciem*, ed integrando una relazione di alterità soggettiva tra giudice civile e giudice speciale<sup>4</sup>. Infatti, la magistratura ordinaria ha una giurisdizione omnicomprensiva, salve le specifiche attribuzioni che la legge ha riservato ai giudici speciali<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Il sistema giudiziario italiano, in [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>2</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, III ed., Bologna, 2012, p. 33.

<sup>3</sup> R. d., 30 gennaio 1941, n. 12, Titolo I, Capo I, “*Delle autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia*”.

<sup>4</sup> Auletta, F., *Organi giudiziari*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2014.

<sup>5</sup> Verde, G., *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003, p. 2.



Pertanto, bisogna sottolineare i diversi compiti ricoperti dal giudice civile e da quello penale che compongono il medesimo ufficio giudiziario: il primo è chiamato a risolvere una controversia relativa alla tutela dei diritti e all'applicazione di una legge sostanziale, il secondo deve valutare se è stata integrata una violazione delle norme penali e giudicare la fondatezza dell'azione esercitata dal pubblico ministero<sup>6</sup>.

Notevoli sono, dunque, le differenze intercorrenti tra il processo penale e quello civile, non solo in termini di norme e procedura da seguire, ma anche in termini di funzioni. Il processo penale ha come scopo l'accertamento della verità nell'interesse della collettività e dello Stato alla repressione dei crimini. Quello civile è volto a verificare l'esistenza di un diritto avanzato da un soggetto e alla risoluzione di una controversia tra pari, nell'interesse di un privato. Per tale ragione, il processo penale si ispira oggi al principio accusatorio, che attribuisce al giudice un più ampio potere di iniziativa istruttoria e il compito di portare avanti il processo fino alla verifica della verità dei fatti, laddove il processo civile si ispira al principio dispositivo che rimette l'iniziativa probatoria in capo alle parti, chiamate a dare anche impulso al processo che altrimenti si estingue per inattività delle parti<sup>7</sup>.

Dunque, il riparto di lavoro tra giudice penale e giudice civile si fonda sui criteri della proponibilità della domanda<sup>8</sup> o della competenza<sup>9</sup>, giudici che sono così chiamati a decidere la sola causa che rientri rispettivamente nella materia penale e in quella civile.

Inoltre, quando si parla di giurisdizione penale ci si riferisce alla funzione dello Stato di attuare norme penali la cui efficacia è garantita dalle sanzioni penali che le presiedono. Nella giurisdizione civile come detto, al contrario, vi rientrano per differenza tutte le materie non attribuite dalla legge a quella penale, amministrativa e contabile. Da evidenziare, in particolare, la scelta del legislatore di regolare il riparto tra giudice civile e giudice penale come questione di giurisdizione, alla luce della tradizionale autonomia

---

<sup>6</sup> *Il sistema giudiziario italiano*, op. cit.

<sup>7</sup> *Processo civile e processo penale: quali differenze*, in *Diritto e fisco*, 2 aprile 2018.

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. VI, 26 luglio 2012, n. 13329.

<sup>9</sup> Corte. Cost., sent. 27 ottobre 2006, n. 341.

dei due processi, piuttosto che di competenza, scelta quest'ultima che sarebbe stata giustificata dall'appartenenza delle due autorità al medesimo ordine giudiziario<sup>10</sup>.

Tuttavia, la giurisdizione non viene più concepita come sovranità ma come servizio<sup>11</sup>, tanto che ad oggi la comunicazione e le relazioni di dialogo tra diverse giurisdizioni devono considerarsi prevalenti.

Infatti, certamente si deve tener conto della specializzazione generata dalla bipartizione tra giudici penali e civili, tuttavia i due ambiti di giurisdizione non sono tra loro del tutto escludenti: il giudice penale non può sottrarsi dall'esaminare questioni di diritto amministrativo e commerciale nel giudicare su contravvenzioni e delitti contro il patrimonio, quello civile e amministrativo non possono non interrogarsi sulla responsabilità personale dell'autore dell'illecito<sup>12</sup>.

La prima di queste considerazioni, in particolare, viene proclamata dall'art. 2 c.p.p., che impone al giudice penale di risolvere le questioni pregiudiziali c.d. "in senso improprio", in quanto esaminate da questo stesso giudice, logicamente antecedenti alla decisione di cui è investito. Tuttavia, la pronuncia che le investe ha un'efficacia solamente interna al procedimento penale, in quanto manca qualsiasi suo effetto vincolante in altri processi né è necessaria la sospensione del procedimento penale affinché sia investito della questione un altro giudice, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge (v. artt. 3 e 479 c.p.p.)<sup>13</sup>.

Inoltre, l'art. 75 c.p.p. sancisce che l'azione civile può essere trasferita in sede penale fino a che non sia stata proclamata una pronuncia di merito dal giudice civile, anche non passata in giudicato, per evidenti ragioni di economia processuale, e purché non sia spirato il termine per la costituzione di parte civile nel processo penale. In questi casi, naturalmente, il giudice penale è chiamato a decidere sulla pretesa civile secondo le

---

<sup>10</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile*, I, op. cit., p. 34.

<sup>11</sup> Verde, G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, v. 4/5, 2014, p. 829.

<sup>12</sup> Reibaldi, L., *Giudice civile, giudice penale*, in *Rass. Magistrati*, 1962, p. 103.

<sup>13</sup> Conso, G. – Grevi, V. – Bargis, M., *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Milanofiori Assago, 2016, p. 8, 9.

regole della processo penale, con le conseguenti notevoli differenze anche in termini di criteri decisionali da adottare.

Mentre il codice di procedura penale del 1930 favoriva la trattazione congiunta dell'azione civile e penale di fronte al giudice penale, sulla base del criterio dell'unicità del fatto illecito che rilevava contestualmente penalmente e civilmente<sup>14</sup>, il secondo comma dell'art. 75 c.p.p. opta oggi per l'autonomia dei due giudizi, che possono pertanto giungere a decisioni logicamente contrastanti, ma quantomeno più celeri.

Il giudice civile, tuttavia, oltre che quello amministrativo, è vincolato dal giudicato penale concernente l'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e l'accertamento che l'imputato lo ha commesso qualora tale processo si concluda con una sentenza di condanna irrevocabile a seguito di dibattimento ex art. 651 c.p.p. o di giudizio abbreviato, ex art. 442 c.p.p., purché in tal caso non vi si opponga la parte civile che non abbia accettato siffatto rito. Al contrario, la sentenza di assoluzione ex art. 652 c.p.p. ha efficacia di giudicato nel processo civile o amministrativo nei confronti del danneggiato solamente qualora questo si sia costituito parte civile nel processo penale o sia stato almeno posto in condizione di farlo.

Il processo civile non può proseguire ma deve essere sospeso in attesa del giudicato penale, tuttavia, qualora l'azione sia stata proposta dopo che sia intervenuta la sentenza penale di primo grado o dopo la costituzione di parte civile nel processo penale, salvo ancora una volta i casi diversamente stabiliti dalla legge<sup>15</sup>.

In tutti questi casi si nota come le medesime questioni possano astrattamente essere oggetto dello *ius dicere* tanto del giudice civile quanto di quello penale, alle cui funzioni si accede tramite il medesimo concorso e le cui competenze dovrebbero pertanto coincidere. Infatti, il nostro sistema è caratterizzato da un'unica magistratura togata chiamata indistintamente ad assolvere alle funzioni tanto giudicanti quanto inquirenti, di

---

<sup>14</sup> Monteleone, G., *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Milano, 2018, p. 39.

<sup>15</sup> Conso, G. – Grevi, V. – Bargis, M., *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 111, 112.

merito e di legittimità<sup>16</sup>. Ciò che cambia, tuttavia, sono le regole che essi sono chiamati ad applicare, tanto processuali quanto sostanziali.

L'ordine giudiziario, infatti, è un potere "diffuso" in ogni giudice, i quali sono sottoposti solamente alla legge e non ad altro giudice, potere che viene esercitato in nome del popolo<sup>17</sup>.

Taluno ritiene, pertanto, che dovrebbe essere perseguita una specializzazione permanente nei due settori della giurisdizione ordinaria in esame per impedire che i ruoli del giudice civile e penale si mescolino troppo facilmente, rivedendo in particolare le regole sulla temporaneità delle funzioni nei due diversi settori<sup>18</sup>.

I magistrati, afferma tuttavia l'art. 107, c. 3 Cost., si distinguono tra loro solamente per diversità di funzioni. Siffatta norma viene interpretata nel senso di vietare qualsiasi categorizzazione dei magistrati non giustificata da ragioni di ordine funzionale<sup>19</sup>. Infatti, la mancanza nell'art. 104, c. 4 Cost. di un'esplicita riserva di legge costituzionale non permette di vietare al legislatore di prevedere delle categorie di ordine funzionale legate ai particolari settori di attività in cui i magistrati operano, quale in particolare quella che distingue tra giudici civili e penali<sup>20</sup>.

Allora al legislatore non restava, come preannunciato, che scegliere il giudice civile quale autorità competente all'irrogazione delle sanzioni civili, alla luce della pregiudiziale scelta di trasformare le condotte sanzionate penalmente in illeciti civili e di legare la stessa irrogazione della sanzione all'accoglimento della domanda

---

<sup>16</sup> Mirabelli, G., *Gli organi giudiziari*, in *La Magistratura nello Stato democratico*, di AA. VV., Roma, 1967, p. 103, 104.

<sup>17</sup> Cassano, G., intervento in *La Magistratura nello Stato democratico*, op. cit., p. 292.

<sup>18</sup> Genovese, F. A., *Il principio della temporaneità delle funzioni giudiziarie nel quadro del <<diritto tabellare>>*, in *La disciplina tabellare degli organi giudiziari: fondamento costituzionale, applicazioni e rimedi alle violazioni*, di AA. VV., in *Il Foro it.*, v. 132, n. 2, p.130.

<sup>19</sup> Corte cost., sent. 18 luglio 1973, n. 143.

<sup>20</sup> Grossi, P., *Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107, c. 3 e 104, c. 4 della Costituzione*, in *L'ordinamento giudiziario. Materiali per una riforma*, v. 3, a cura di Picardi, N. – Giuliani, A., Rimini, 1985, p. 287.

risarcitoria. Emerge così nel processo civile un innovativo interesse collettivo che si affianca al tradizionale interesse del privato.

Tuttavia, non qualsiasi giudice civile, in particolare non un giudice civile che potesse avviare il procedimento giurisdizionale e allo stesso tempo deciderlo con l'emanazione della sentenza. Tale scelta avrebbe infatti comportato la violazione di principi fondamentali del nostro processo civile: tra questi, in particolare, il principio della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, i quali esigono che le scarse risorse della giustizia siano impiegate solamente quando sussiste un interesse del privato a farsi carico dell'esercizio dell'azione, e i principi di terzietà ed imparzialità del giudice, secondo i quali quest'ultimo non può divenire parte della lite, ma deve rimanere netta la distinzione dei ruoli tra privati litiganti ed autorità decisionale.

La violazione di siffatti dogmi del diritto processuale, tipici di uno Stato democratico, delineerebbe un processo di stampo autoritario e dittatoriale, in cui il giudice prima sceglie chi perseguire, sfruttando i poteri attribuitigli dalla legge, ed in seguito soddisfa i suoi capricci condannando lo stesso soggetto. Neppure il modello di processo penale del codice Rocco, d'altronde, arrivava a tanto, distinguendo quanto meno la figura del PM, titolare dell'esercizio dell'azione penale, da quella del giudice istruttore, che, titolare del potere istruttorio in un processo tipicamente inquisitorio, dopo aver ricercato le prove della colpevolezza decideva se rinviare o meno a giudizio il presunto reo.

L'individuazione del giudice civile non poteva neppure dipendere dall'uso del criterio della competenza per materia o per valore, disciplinati dagli artt. 7 ss del c.p.c.: in entrambi i casi, infatti, la competenza viene determinata sulla base della domanda, la quale non è prevista per le sanzioni *de quibus*, né come domanda del privato, né tantomeno di un organo pubblico. Neppure si sarebbe potuta determinare la competenza guardando all'entità della sanzione irrogata solo al termine del processo, non potendo la fase iniziale dello stesso anticipare il *quid decisum*.

E allora il giudice più adeguato ad occuparsi della vicenda sanzionatoria civile è apparso lo stesso chiamato a conoscere e giudicare sui medesimi comportamenti tenuti dal potenziale condannato, quello che conosce l'azione per il risarcimento dei danni conseguenti alla commissione dell'illecito. Tale scelta è avvalorata dal ruolo accessorio che la sanzione punitiva presenta rispetto al profilo compensativo.

Il giudice civile competente per l'azione risarcitoria viene individuato, ora sì, dai criteri di competenza disciplinati dagli art. 7 ss del c.p.c., sulla base dei quali normalmente l'azione veniva instaurata dinanzi al tribunale, competente in via residuale *ex art. 9*, laddove il giudice di pace era competente per le sole cause tassativamente elencate nell'art. 7. Tra queste emergevano, ai fini che interessano tale trattazione, le cause relative ai beni mobili e le cause di danneggiamento derivante da circolazione di veicoli e natanti, sempre che il valore della controversia non superasse i cinquemila euro nel primo caso ed i ventimila nel secondo. Tali limiti sono poi stati innalzati rispettivamente a trentamila e a cinquantamila euro con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 116 del 2017, che ha ampliato notevolmente la competenza dei giudici onorari, nonostante la sua efficacia risulti differita al 31 ottobre 2021.

Il decreto in questione, in particolare, dopo aver ribadito la natura inderogabilmente temporanea dell'incarico di magistrato onorario ed aver fissato i requisiti necessari per il conferimento dell'incarico, la disciplina dei tirocini, le ipotesi di incompatibilità, i compiti, le indennità, la durata dell'ufficio e le ipotesi di astensione e ricusazione, elenca nell'art. 27 i casi di ampliamento della competenza del giudice di pace in materia civile. Oltre all'innalzamento dei valori limite menzionati, viene modificato ed arricchito il terzo comma dell'art. 7 c.p.c., dapprima facendo riferimento a tutte le cause relative ad apposizione di termini e alle controversie in materia di condominio negli edifici, in seguito aggiungendovi le liti in materia di: luci e vedute, escluse quelle della distanza di cui agli artt. 905, 906, 907 c.c.; stillicidio ed acque, di cui agli artt. 908 ss c.c.; occupazione, invenzione, specificazione, unione e commistione, di cui agli artt. 923 ss c.c.; enfiteusi, *ex artt. 957 ss c.c.*; esercizio delle servitù prediali, secondo gli artt. 1063 ss c.c.; comunione, limitatamente alle impugnazioni del regolamento e delle delibere di cui agli artt. 1107 e 1109 c.c.; diritti ed obblighi del possessore nella restituzione della cosa, fondate sugli artt. dal 1148 al 1152 c.c. A queste controversie vengono ancora aggiunte tutte quelle il cui valore non superi i trentamila euro in materia di: usucapione di beni immobili e di diritti reali immobiliari; riordinamento della proprietà rurale; accessione; superficie; espropriazione forzata di sole cose mobili.

Dal ricco elenco presentato risulta evidente che molte delle cause civili che verranno instaurate a partire dal 31 ottobre del 2021 ricadranno nella competenza del giudice di pace, incluse quelle aventi ad oggetto i nuovi illeciti civili. In tal caso, per la disciplina

processuale bisogna ricordare il rinvio contenuto nell'art 311 c.p.c. alle norme che regolano il processo dinanzi al tribunale in composizione monocratica, salvo che non siano espressamente derogate dagli artt. 316 ss c.p.c. o da altre disposizioni e purché sia rispettata la clausola di compatibilità in esso contenuto. Quest'ultima, ad esempio, impedisce di applicare le norme sulla difesa tecnica alle cause in cui la parte sta in giudizio di persona, in quanto incompatibili<sup>21</sup>. Di questo secondo rinvio si deve tener conto quando si esamina il rinvio che l'art. 8 del d. lgs. n. 7 del 2016 fa al codice di procedura civile.

La competenza territoriale, invece, viene individuata in primo luogo dalla regola del foro generale delle persone fisiche o delle persone giuridiche e delle associazioni, contenuta negli artt. 18 e 19 c.p.c. Il primo guarda al luogo di residenza o domicilio o, se sconosciuti, alla dimora del convenuto; il secondo al luogo della sede, stabilimento o del rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda .

In via alternativa si applica l'art. 20, che regola il foro facoltativo per le obbligazioni e costituisce possibile fonte di *forum shopping* per l'attore, permettendo lui l'instaurazione dell'azione nel luogo in cui è sorta l'obbligazione o dove questa deve essere eseguita. Così, nel caso di obbligazione extracontrattuale come quella risarcitoria *de qua*, l'obbligazione sorge nel luogo ove si verifica l'ultimo elemento del fatto che produce il danno. Nella nozione di fatto, più correttamente, rientrano il comportamento illecito e l'evento dannoso che ne deriva, poiché non sorge alcuna obbligazione risarcitoria se non si verifica il danno – evento conseguenza dell'illecita condotta. Se, dunque, i luoghi in cui si verificano tali due componenti del fatto sono diversi, la giurisprudenza<sup>22</sup> ha chiarito che il giudice competente ai sensi dell'art. 20 c.p.c. è quello del luogo in cui avviene l'evento – danno fonte dell'obbligazione.

L'unicità del procedimento giurisdizionale, che deve essere condotto tanto per la condanna al risarcimento del danno, su specifica domanda del privato offeso, quanto per la condanna sanzionatoria, disposta *ex officio* dal giudice che accolga la domanda risarcitoria dell'attore, giustifica la scelta adottata dal legislatore sul giudice competente

---

<sup>21</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, VIII ed., Milano, 2015, p. 279.

<sup>22</sup> Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2002, n. 6591.

all'irrogazione delle sanzioni. In tal modo, tuttavia, trapela un'apparente violazione del principio della domanda: la sentenza presenta, infatti, un capo condannatorio per il quale non si trova domanda corrispondente negli atti del processo. Un caso forse di *ultra petitum*?<sup>23</sup>

L'intento perseguito dal legislatore per tale via è quello deflattivo, poiché non vi è un'autorità pubblica che dispone del potere – dovere di avviare il procedimento sanzionatorio, alla stregua del PM nel procedimento penale che aveva, prima della riforma, ad oggetto i medesimi fatti, ma esso dipende in tutto e per tutto dall'iniziativa di un privato. Se quest'ultimo non si dimostra interessato a conseguire una sentenza condannatoria a suo favore, rimane pertanto preclusa la possibilità per lo Stato di esercitare la sua pretesa punitiva poiché nessun processo civile viene instaurato.

### **1.1 Il rinvio al c.p.c. e la clausola di compatibilità.**

Conseguenza scontata dell'assegnazione della competenza al giudice civile, ad ogni modo esplicitata dal legislatore, è l'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile al procedimento per l'irrogazione delle sanzioni, alle quali l'art. 8 del decreto attuativo rinvia, così garantendo la giurisdizionalità del processo sanzionatorio. Trattandosi di un processo civile, infatti, il quadro normativo di partenza deve necessariamente essere quello del codice di rito, la cui completezza ed organicità assicura che ogni momento del processo trovi una risposta normativa e non presenti problemi di lacune in termini di disciplina applicabile. Tuttavia, rimanendo tale complesso di norme solamente sullo sfondo, il legislatore ha delineato alcune regole differenti rispetto al modello tradizionale che prevalgono per il principio di specialità.

Dopo di che, per quanto non derogato espressamente dal legislatore si riespande l'ambito applicativo del codice di rito, nei limiti della clausola di compatibilità menzionata nel quarto comma dell'art. 8. In particolare, l'interprete è chiamato ad individuare di volta in volta, nel corso del procedimento, quali istituti processualciviltistici possono operare nel nuovo processo per le sanzioni pecuniarie, che ha ad oggetto anche la domanda risarcitoria, e quali si pongono, al contrario, in

---

<sup>23</sup> Vedi sotto, p. 64 e 65.



contrasto con le finalità perseguite dal legislatore, risultando pertanto inapplicabili a causa della loro incompatibilità. Il difficile lavoro del giurista deve essere guidato dalla lettura delle norme del capo II del decreto, dunque dallo statuto generale delle nuove sanzioni civili considerato nel suo complesso, individuando la *ratio* delle disposizioni, gli scopi perseguiti dal legislatore per il loro tramite ed il grado di coerenza che esse presentano rispetto agli istituti contenuti nel c.p.c., desunto da una lettura sistematica delle suddette norme. Tuttavia, tale percorso interpretativo può facilmente generare incertezze sul piano applicativo.

## **2. Fase introduttiva: la domanda.**

Cominciando dall'esame del processo ordinario di cognizione, il giudizio civile è introdotto da un atto di citazione conforme all'art. 163 c.p.c. che la persona offesa notifica all'autore della condotta illecita al fine di domandare il risarcimento del danno causato dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva. Tra i requisiti contenutistici che la citazione deve avere secondo il disposto della norma va sottolineata, come ricorda la giurisprudenza<sup>24</sup>, la descrizione specifica e concreta dei pregiudizi di cui si chiede il ristoro e l'indicazione dei fatti materiali lesivi del proprio diritto, in quanto si tratta di un diritto eterodeterminato. In caso di illecito di "danneggiamento", dunque, non è necessario allegare e provare il diritto di proprietà del bene danneggiato, ma è sufficiente provare la situazione giuridica soggettiva oggetto del rapporto giuridico controverso, purché sussista un titolo costitutivo del diritto al risarcimento ulteriore e diverso dalla proprietà, quale un potere materiale sul bene<sup>25</sup>.

L'instaurazione del procedimento ordinario di cognizione ripartisce regolarmente l'onere della prova tra attore e convenuto, dovendo il primo dimostrare gli elementi costitutivi della sua pretesa risarcitoria, il secondo i suoi elementi impeditivi, modificativi ed estintivi. L'oggetto del processo è dunque costituito, in un primo momento, dalla sola domanda di risarcimento del danno.

---

<sup>24</sup> Cass. civ., Sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408.

<sup>25</sup> Cass. civ., Sez. III, 5 luglio 2007, n. 15233.

Quando la causa rientra nella competenza del giudice di pace, l'art. 316 c.p.c. ammette che la domanda, come anche la difesa del convenuto, possano essere presentate verbalmente, dovendone il giudice di pace far redigere processo verbale. L'attore è tenuto poi a notificare al convenuto il processo verbale della domanda con citazione a comparire a udienza fissa. Il contenuto della domanda ricalca quello dell'art 163 c.p.c. cui rinvia l'art. 318, mentre i termini per la comparizione sono dimezzati rispetto ai 90 o 150 giorni disposti dall'art. 163 bis, rispettivamente per la notificazione in Italia o all'estero.

Tuttavia, ad oggi, codeste cause rientrano ancora normalmente nella competenza del tribunale, in particolare nella sua composizione monocratica, pertanto risulta compatibile con la normativa contenuta nel decreto la proposizione della domanda mediante il ricorso introduttivo del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c. o il trasferimento della causa dal rito ordinario al rito sommario di cognizione su iniziativa del giudice, ex art. 183 bis c.p.c. Il rito sommario è, al contrario, precluso per gli illeciti di falsità in atti quando questi presuppongono la proposizione della querela di falso, in quanto l'art. 221, c. 3 c.p.c. prevede in siffatta ipotesi l'intervento obbligatorio del PM e l'art. 50 bis attribuisce, in ogni caso di intervento obbligatorio di quest'ultimo, la competenza al giudice in composizione collegiale, la quale esclude, a sua volta, la possibilità di percorrere il rito sommario<sup>26</sup>. Il ricorso deve contenere, pertanto, tutti gli elementi della citazione salvo la fissazione della data dell'udienza, disposta con decreto del giudice che viene poi notificato insieme al ricorso. La comparsa di risposta del convenuto deve avere un contenuto analogo a quello richiesto nel rito a cognizione piena dall'art. 167 c.p.c., ipotizzandosi tuttavia l'ammissibilità della presentazione di alcuna difesa anche in via successiva, in virtù della mancata specificazione contraria e dell'espressa previsione di decadenza per le sole domande riconvenzionali, eccezioni in senso stretto e per la chiamata in causa del terzo. Tra l'altro viene menzionata la sola chiamata del terzo garante, ma si ritiene che

---

<sup>26</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 231.

sia implicitamente presupposta la chiamata in causa del terzo al quale è comune la causa<sup>27</sup>.

Il processo per le sanzioni civili, come visto, viene introdotto da una domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno extracontrattuale, che altro non è che un credito. Tuttavia, il credito risarcitorio non può qualificarsi come un credito per somme liquide di denaro, secondo la lettera dell'art 633 c.p.c., in quanto esso deve essere quantificato dal giudice in relazione al danno accertato e non risulta, viceversa, già numericamente determinato o determinabile con operazioni matematiche<sup>28</sup>. Infatti non è possibile che la legge o le parti ne prevedano una quantificazione *ex ante*. Pertanto, il procedimento monitorio ingiuntivo non risulta applicabile al processo per le sanzioni pecuniarie civili, dovendosi tenere ulteriormente presente le difficoltà che la parte incontrerebbe nel procurarsi una prova scritta del diritto.

Compatibili con il processo per le sanzioni civili risultano, al contrario, i riti speciali del lavoro e quello delle locazioni. Entrambi integrano processi a cognizione piena ed esauriente che, tuttavia, per la particolare natura delle controversie che ne formano oggetto, seguono un *iter* processuale differente da quello ordinario previsto dal II libro del codice di rito, le cui regole speciali sono contenute nel libro IV.

In particolare, bisogna rilevare che gli illeciti tipizzati dal legislatore nell'art. 4 del d. lgs. n. 7 del 2016 sono, prima ancora che nuovi illeciti civili cui si ricollega la sanzione pecuniaria civile, illeciti civili aquiliani tradizionali, in quanto vi si rinviene la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale sancita dall'art. 2043 c.c. Molti di tali illeciti, allora, potrebbero essere commessi nell'ambito di uno dei rapporti elencati nell'art. 409 c.p.c., al quale si ricollega l'applicazione del rito del lavoro, o nell'art. 447 bis c.p.c., per i quali si deve applicare il rito delle locazioni. E' facile immaginare, ad esempio, un lavoratore dipendente che distrugge una cosa mobile o immobile del datore di lavoro, o che si appropria delle cose di cui è venuto in possesso per caso fortuito nello svolgimento del suo rapporto di lavoro, o ancora del conduttore o del comodatario di immobili urbani che deteriora l'immobile del locatore o

---

<sup>27</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, VIII ed., Milano, 2015, p. 142.

<sup>28</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, op. cit., p. 142.

del comodante o che commetta un illecito di falso. Tuttavia, per l'applicabilità del rito speciale è necessario che il diritto al risarcimento del danno sia un effetto che scaturisce dal rapporto di lavoro o dagli altri rapporti elencati negli artt. 409 e 447 bis c.p.c. Nella maggior parte di questi casi, l'autore dell'illecito viola le obbligazioni contrattuali rendendosi responsabile *ex artt. 1218 ss c.c.*, ma egli, a prescindere dagli obblighi assunti con il contratto, si rende responsabile anche in via extracontrattuale quando commette contestualmente un illecito, sia esso penale, amministrativo o, ad oggi, civile. La *causa petendi* dei danni subiti può talvolta, infatti, essere congiuntamente tanto quella della responsabilità contrattuale quanto quella extracontrattuale<sup>29</sup>, in quanto l'attore che, secondo il rito speciale, deduce in giudizio il danno subito dalla violazione del rapporto contrattuale, è ammesso a richiedere anche la componente di danno extracontrattuale, in ogni caso autonomamente domandabile.

Essa può sorgere, secondo ulteriori esempi, dalla lesione del diritto alla salute o alla personalità morale cui fa cenno l'art. 2087 c.c., ipotesi quest'ultima in cui potrebbe ricadere l'illecito di ingiuria. Ancora, il lavoratore che si appropria nell'esercizio delle sue mansioni delle somme di denaro affidategli dal datore di lavoro commette un illecito contrattuale, violando il dovere di eseguire la prestazione lavorativa secondo correttezza e diligenza, ma anche un illecito aquiliano perché lede il diritto assoluto all'integrità del patrimonio del datore di lavoro. Infine, poi, si può riscontrare siffatta responsabilità nel caso di danno da occupazione abusiva di immobile che era stato concesso in comodato, danno extracontrattuale per il quale il comodante deve provare l'effettiva lesione del proprio patrimonio per non aver potuto locare o altrimenti utilizzare il bene, o per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente, con riferimento al quale la Cassazione ha dichiarato doversi applicare il rito delle locazioni *ex art. 447 bis c.p.c.*<sup>30</sup>. Durante tale giudizio, pertanto, può emergere che l'illecito aquiliano integra contestualmente uno dei nuovi illeciti civili tipizzati nel 2016, dal cui accertamento deve seguire l'irrogazione della sanzione.

---

<sup>29</sup> Cass. civ., Sez. lav., 23 marzo 2016 n. 5781, con riferimento ad infortunio sul lavoro.

<sup>30</sup> Cass. civ., Sez. III, 25 maggio 2018, n. 13071.

Basta accennare ai diversi criteri di competenza di cui all'art. 413 c.p.c, che individua il tribunale come giudice competente per materia in tutte le controversie elencate dall'art.409 c.p.c. e disciplina al secondo comma i diversi fori di competenza. Allo stesso modo, le cause soggette al rito delle locazioni rientrano nella competenza per materia del tribunale, che le ha ereditate dal pretore ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 51 del 1998, mentre per la competenza territoriale si applica l'art. 21 c.p.c.<sup>31</sup>. Per quanto attiene al procedimento dei due riti speciali, dunque, la disciplina si presenta tendenzialmente uniforme grazie al rinvio contenuto nell'art. 447 bis alla gran parte delle norme del rito del lavoro, “*in quanto applicabili*”.

La fase introduttiva, in particolare, vede come protagonista una domanda che presenta questa volta la forma del ricorso, il quale va prima depositato in cancelleria e poi notificato insieme al decreto del giudice di fissazione della data dell'udienza di comparizione. Il contenuto di tale domanda differisce da quello della citazione poiché, a parte l'assenza della *vocatio in ius* sostituita dalla *vocatio iudicis*, esso deve indicare contestualmente tutte le allegazioni e le richieste istruttorie per il principio di concentrazione delle attività processuali che orienta tali riti speciali. La memoria difensiva del convenuto deve contenere a pena di decadenza le domande riconvenzionali, le eccezioni in senso stretto e l'obbligatoria attività di difesa semplice, mentre le eventuali eccezioni in senso lato sono proponibili anche nella prima udienza, tranne quelle di incompetenza. Sempre a pena di decadenza egli deve indicare nella stessa memoria i mezzi di prova di cui intende avvalersi ed i documenti contestualmente da depositare, potendo successivamente presentare nuove istanze istruttorie per i soli fatti legittimamente allegati in seguito. Il sistema delle preclusioni risulta, dunque, ben più rigido, per il tentativo del legislatore di concentrare in un'unica udienza l'intera causa. Infatti, l'orientamento costante della Cassazione è nel senso di rilevare che il convenuto che si costituisce direttamente all'udienza può partecipare attivamente al giudizio, tuttavia nei limiti delle allegazioni e delle prove offerte dall'attore salva l'eventuale rimessione in termini e l'esercizio dei poteri istruttori officiosi del giudice<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, op. cit., p. 14, 110 e 111.

<sup>32</sup> Mandrioli, C., Carratta, A., *Diritto processuale civile, III, I procedimenti speciali – L'arbitrato, la mediazione, e la negoziazione assistita*, XX ed., Torino, 2017, p. 239.

Il rito del lavoro, inoltre, si deve applicare anche a quei processi di cognizione spettanti alla giurisdizione ordinaria che presentano i caratteri di concentrazione processuale o di officiosità dell'istruzione ai sensi del d. lgs. n. 150 del 2011, salvo quelli da questo espressamente esclusi, e salva ancora l'inapplicabilità delle norme espressamente disposte per le sole controversie di lavoro rientranti nell'art. 409 c.p.c. Il decreto di semplificazione dei riti da ultimo menzionato prevede, allo stesso modo, che il procedimento sommario di cognizione si deve obbligatoriamente applicare anche ai procedimenti aventi caratteri prevalenti di semplificazione della trattazione o dell'istruzione, per i quali è esclusa la possibile conversione in rito ordinario, nonostante la controversia spetti alla decisione collegiale o richieda un'istruzione non sommaria.

Contrariamente a quanto detto sinora, non può considerarsi compatibile con il processo per le sanzioni civili il procedimento per convalida di licenza o sfratto, disciplinato dagli artt. 657 ss c.p.c. In particolare, con questo rito a cognizione sommaria si può richiedere la sola restituzione del bene che era stato locato, affittato o oggetto di un contratto associativo agrario, il cui accoglimento viene disposto dal giudice con ordinanza. In aggiunta, se oggetto di domanda, il giudice può emettere un decreto ingiuntivo per ordinare il pagamento dei canoni scaduti e da scadere fino all'esecuzione dello sfratto e per le spese dell'intimazione ai sensi dell'art. 664 c.p.c., ma nulla si dice circa la possibilità di domandare il risarcimento del danno subito dal locatore, la quale permetterebbe di instaurare un procedimento in cui, integrata la fattispecie dell'illecito civile, si potrebbe anche giungere all'irrogazione della sanzione pecuniaria civile. Tale diritto al risarcimento del danno, ad esempio per l'anticipata cessazione del rapporto di locazione che preclude la percezione dei canoni fino al reperimento di un nuovo conduttore<sup>33</sup>, pertanto, deve essere richiesto nelle forme del rito speciale a cognizione piena ed esauriente, quello delle locazioni, la cui sentenza costituisce idonea forma di tutela e, come detto, possibile contenitore della sanzione pecuniaria civile.

Ci si è interrogati, inoltre, sulla compatibilità delle azioni possessorie con il processo per le sanzioni civili: gli illeciti di sottrazione di cose comuni o di appropriazione da parte di terzi, in particolare, possono incidere su situazioni possessorie che inducono *in*

---

<sup>33</sup> Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2865.

*primis* lo spogliato a proporre l'azione di reintegrazione *ex art.* 1168 c.c. Il possesso consiste infatti in una situazione di fatto dotata, tuttavia, di una propria rilevanza giuridica, per tale ragione essa è suscettibile di essere reintegrata patrimonialmente a fronte di eventuali danni, per i quali non opera il termine decadenziale di un anno ma quello prescrizione quinquennale<sup>34</sup>.

La domanda per le azioni possessorie viene introdotta con il ricorso di cui all'art. 703 c.p.c., con cui possono essere richiesti anche i provvedimenti interdittali. Tuttavia, le azioni possessorie sono caratterizzate da una suddivisione bifasica: la prima fase necessaria, a cognizione sommaria, è volta all'emanazione dei provvedimenti urgenti per la repressione dei comportamenti illeciti descritti negli artt. 1168 ss c.c. La seconda fase eventuale, a cognizione piena, ha ad oggetto il merito della pretesa possessoria, ovvero il diritto che nasce dalla lesione del possesso, ed essa è volta a modificare, revocare o confermare i provvedimenti interinali emanati<sup>35</sup>. Pertanto, se la parte lesa vuole richiedere per via dell'azione possessoria anche il risarcimento del danno essa è tenuta a richiedere, nel termine di cui all'art. 703, c. 4 c.p.c., la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito, o, in alternativa, essa deve far valere siffatta pretesa in un autonomo giudizio dal momento che le pretese risarcitorie possono essere esaminate solamente in un giudizio a cognizione piena<sup>36</sup> (garantito nel procedimento sommario di cognizione, per quanto sopra detto applicabile, dall'appello disciplinato dall'art. 702 quater c.p.c.).

Si deve desumere, dunque, l'incompatibilità tra azioni possessorie *tout court*, se provviste della sola fase interinale, e irrogazione delle sanzioni civili: il presupposto fondamentale della condanna risarcitoria, prima, e di quella sanzionatoria, poi, è infatti una sentenza, il solo provvedimento in grado di accertare la situazione di fatto e di diritto su cui possa formarsi il giudicato, la quale è immaginabile solamente a seguito di un processo a cognizione piena ed esauriente e non, invece, come esito della fase interinale delle azioni possessorie.

---

<sup>34</sup> Cass. civ., Sez. II, 2 dicembre 2013, 26985.

<sup>35</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, op. cit., p. 296, 297.

<sup>36</sup> Cass. civ., Sez. II, 30 settembre 2014, n. 20635.

In ogni caso, neppure all'esito della fase di merito instaurata dopo la proposizione dell'azione di reintegrazione contro l'acquirente consapevole dello spoglio, prevista dall'art. 1169 c.c., risulta possibile immaginare l'applicazione della sanzione civile, in quanto costui non è l'autore dell'illecito aquiliano contro cui è possibile avanzare la pretesa risarcitoria e, di conseguenza, quella sanzionatoria. Queste ultime, eventualmente, risultano proponibili contro l'alienante che con la sua azione ha cagionato il danno in un giudizio di merito che nulla ha a che fare con quello possessorio. Allo stesso modo, non appare sempre possibile ottenere la condanna sanzionatoria nella seconda fase di cognizione che segue la proposizione dell'azione di manutenzione di cui all'art. 1170 c.c., in quanto essa tutela chi subisce una molestia nel possesso di un immobile, di un diritto reale su di un immobile o di un'universalità di mobili, non anche di un bene mobile, sui quali normalmente, anche se non necessariamente, ricade la condotta integrante gli illeciti civili<sup>37</sup>.

E' necessario, inoltre, rilevare l'incompatibilità della condanna sanzionatoria civile in esame con le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto previste dagli artt. 1171 e 1172 c.c. Con l'istanza prevista dall'art. 668 c.p.c., avente la forma del ricorso, è possibile infatti richiedere al giudice un provvedimento di natura esclusivamente inibitorio, non anche ripristinatorio, all'esito della cognizione solamente sommaria che caratterizza il procedimento cautelare uniforme, qui applicabile implicitamente in virtù del richiamo all'art. 669 quater c.p.c. per l'individuazione del giudice competente quando è già pendente la causa di merito. Pertanto, risulta preclusa l'emanazione di una sentenza condannatoria al risarcimento del danno all'esito di un giudizio a cognizione piena, che abbiamo visto essere il presupposto necessario per l'irrogazione della sanzione civile pecuniaria. Infatti, entrambe le fattispecie descritte dalle norme permettono al privato di richiedere la tutela in esame in presenza di un mero timore che possa intervenire un danno *“alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso”*, tuttavia non ancora verificatosi, il che esclude tanto la possibilità di domandare il risarcimento del danno presupposto dalla condanna sanzionatoria, quanto

---

<sup>37</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 233 ss.



l'integrazione dell'illecito civile, il quale richiede infatti l'avvenuta causazione del danno.

Tuttalpiù, il solo provvedimento ripristinatorio che il giudice ha il potere di emanare è quello disposto dall'art. 691 c.p.c. contro la parte che abbia inadempito il suo ordine di non compiere l'atto dannoso o di non mutare lo stato di fatto. In tal caso, su ricorso della parte interessata, il giudice può infatti ordinare il ripristino delle cose a spese del contravventore, così ristabilendo la supremazia della legge grazie all'irrogazione di quella che è stata da taluno considerata una sanzione civile di natura non pecuniaria diretta a reprimere un peculiare illecito, l'inadempimento dell'ordine del giudice.

Dunque, se il giudice rigetta l'istanza di tutela cautelare egli pronuncia sulle spese ed il procedimento si conclude. Se al contrario accoglie l'istanza, egli liquida le spese e ciascuna parte può, ma non deve, iniziare il giudizio di merito, poiché il provvedimento in questione viene espressamente incluso tra i provvedimenti cautelari – anticipatori dall'art. 669 octies, c. 6 c.p.c., i quali mantengono la loro efficacia anche se non viene introdotto il giudizio di merito<sup>38</sup>. La legittimità di siffatta conclusione deve desumersi dalla regola secondo cui ciascuna parte, anche il condannato in via cautelare, può introdurre il giudizio di merito in cui viene garantita l'istruzione piena secondo le regole ordinarie del secondo libro del c.p.c., pertanto risulta ammissibile che sia lo stesso, con una scelta consapevole, a rinunciare alla fase di merito e ad una decisione successiva all'istruzione formale.

In tale eventualità non possono tuttavia trovare applicazione, come detto, la condanna risarcitoria e sanzionatoria, in quanto si deve concludere, ancora una volta, che solo la fase di merito protagonista di un giudizio a cognizione piena potrebbe ospitare la tutela risarcitoria e, se del caso, la condanna sanzionatoria, fase questa immaginabile laddove l'evoluzione della situazione di fatto abbia cagionato un danno per il quale sia stata proposta una domanda risarcitoria.

Da ultimo, la pretesa risarcitoria non può neppure formare oggetto di una domanda cautelare in quanto essa, pur facendo valere un diritto di credito che può andare incontro al pericolo dell'infruttuosità della tutela pervenuta all'esito del giudizio, non può

---

<sup>38</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, op. cit., p. 288, 289.

formare oggetto di una precaria pronuncia condannatoria. Per l'ennesima volta, infatti, manca il necessario svolgimento di un giudizio a cognizione piena che solo può giustificare l'irrogazione della condanna risarcitoria e, per suo effetto, di quella sanzionatoria.

Rimettere in capo al privato l'iniziativa processuale per la persecuzione dei comportamenti sanzionati non appare, stranamente, del tutto incoerente con il precedente modello normativo. Infatti, sebbene gli stessi illeciti erano sanzionati penalmente ed operava, pertanto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale su iniziativa del PM, si trattava di reati perseguibili a querela della persona offesa. Il PM non poteva, dunque, esercitare l'azione penale senza che il privato avesse dimostrato il suo interesse in tal senso, presentando la menzionata condizione di procedibilità, così che l'irrogazione della sanzione pubblica già dipendeva, in parte, dall'interesse del privato.

L'istituto della querela era giustificato dal minor disvalore connesso a siffatti reati o ai particolari interessi della persona offesa coinvolti, i quali hanno continuato ad orientare le scelte del legislatore riformatore. Inoltre, il privato poteva rimettere la querela, generalmente, fino all'emanazione della sentenza irrevocabile, così fermando la condanna penale, allo stesso modo in cui ora può causare l'estinzione del processo mediante rinuncia agli atti o inattività, impedendo l'irrogazione della sanzione civile. Egli rimane, in tal modo, titolare di una massima disponibilità dell'azione, ma allo stesso tempo i suoi capricci potrebbero essere causa di inutile dispendio di attività processuale.

Non sussiste, pertanto, una grave diminuzione delle tutele accordate in tema di nuove sanzioni civili rispetto a quelle preesistenti nel diritto penale, se non, come notato in dottrina<sup>39</sup>, per l'unica differenza rappresentata dal fatto che il privato è gravato dell'onere di individuare i responsabili degli illeciti, da convenire in giudizio. Questo si pone in contrasto con quanto avveniva quando, presentata la querela, era il PM a dover svolgere le indagini necessarie per l'individuazione del responsabile, residuando per il

---

<sup>39</sup> Masieri, C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67, in *Dir. pen. cont.*, aprile 2015, p. 9 ss.

querelante, se voleva, il solo onere di costituirsi parte civile per ottenere la tutela risarcitoria. Nel caso di autore dell'illecito sconosciuto l'avvio del processo rimane oggi, invece, precluso, salvo che la persona offesa disponga di ingenti mezzi economici per poter svolgere un'investigazione privata<sup>40</sup>. Si tratta di un chiaro esempio di induzione del privato ad astenersi dall'iniziativa processuale con effetti positivi in termini deflattivi, ma lesivi del suo diritto ad ottenere una tutela giurisdizionale.

Il problema, dunque, emergente da tali disposizioni normative è che il peso della repressione delle condotte antisociali viene posto completamente a carico della persona offesa, tanto da un punto di vista delle attività processuali richiestegli, quanto da un punto di vista economico, alla luce degli elevati costi sottesi all'attività istruttoria. Peraltro, non viene previsto alcun vantaggio a suo favore, in quanto egli non risulta destinatario del provento della sanzione. Tanto i costi quanto le incertezze sulla sorte del giudizio, in virtù delle garanzie difensive attribuite al convenuto, rappresentano un forte disincentivo all'iniziativa processuale del privato per il suo esito spesso svantaggioso<sup>41</sup>.

Ora, dunque, qualora sia presentata querela per la denuncia dei reati abrogati, gli atti devono essere trasmessi immediatamente al PM, il quale deve iscriverli nel registro dei fatti non costituenti reato, il modello 45, per poi procedere all'archiviazione diretta mediante trasmissione degli atti all'archivio. Questo procedimento, in ogni caso, non impedisce al PM di esercitare i poteri attribuitigli dall'ordinamento percorrendo il procedimento ordinario di archiviazione, che impone la richiesta di emanazione del provvedimento in questione al GIP, senza la necessità di iscrivere nuovamente gli atti nel modello 21, il registro delle notizie di reato<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> In tal senso v. Palazzo, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture – a proposito della legge n. 67/2014*, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 57, n. 4, 2014; Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD*, vol. 8, 2016; Lavarini, B., *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, in *Arch. pen.*, 2016.

<sup>41</sup> Mondini, A., *Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civile*, in [www.magistraturaindipendente.it/](http://www.magistraturaindipendente.it/), 2017.

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. I, 21 ottobre 2009, n. 42884, che richiama Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 34/2001.

Se, inoltre, il PM ha già esercitato l'azione penale al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, il carattere retroattivo delle sanzioni imposto dall'art. 12 del decreto obbliga il giudice penale ad emettere sentenza di assoluzione, in forza dell'art. 2, c. 2 c.p. perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, sempre che non risultino sussistenti sufficienti elementi di prova per un'assoluzione nel merito *ex art.* 129, c. 3 c.p.p.<sup>43</sup>

Tuttavia, continua in tal caso ad essere necessaria la domanda del privato per il risarcimento del danno ai fini dell'instaurazione del processo civile, mancando un meccanismo di trasmissione degli atti al giudice civile per un'ipotetica irrogazione ufficiosa della sanzione. Tale soluzione si desume, tra l'altro, dalla recente giurisprudenza della Cassazione<sup>44</sup>, la quale ha precluso al giudice penale dell'impugnazione di statuire sulle pretese civili proprio perché questo impedirebbe l'esercizio dell'azione risarcitoria davanti al giudice civile e la conseguente irrogazione delle sanzioni pecuniarie civili, per le quali il primo giudice non è competente, contrastando la *ratio* sottesa alla disciplina complessiva del d. lgs. n. 7 del 2016. Ci occuperemo più attentamente del tema più avanti.

Il parallelo tra illeciti civili e reati è rafforzato, inoltre, dall'impiego dello stesso vocabolo, contenuto nell'art. 8, c. 2 del d. lgs. n. 7 del 2016, per indicare l'attore dell'azione risarcitoria, la *persona offesa*, piuttosto che quello tipicamente civilistico, il *danneggiato*. Taluno<sup>45</sup> ha sostenuto, pertanto, che la sanzione non è applicabile se l'azione viene proposta dal danneggiato che non sia anche persona offesa dall'illecito, mentre in senso contrario è stato rilevato che la legittimazione a proporre tale domanda spetti a chiunque abbia subito un danno risarcibile, in quanto rileva semplicemente che sia fatto valere un interesse privato coinvolto dall'illecito<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Tribunale di Monza, 9 febbraio 2018, n. 29.

<sup>44</sup> Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2016, n. 18478 e Cass. pen., Sez. V, 14 aprile 2016, n. 40259.

<sup>45</sup> Lavarini, B., *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, op. cit.

<sup>46</sup> Bove, M., *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio: profili processualcivilistici del d.lgs. n. 7/2016*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 418; Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni*, op. cit.

L'unica norma processuale contenuta nel decreto delegato che dispone espressamente una deroga al codice di rito è rappresentata dall'art. 8, c. 3, che vieta l'applicazione della sanzione pecuniaria quando l'atto introduttivo del giudizio viene notificato nelle forme di cui all'art. 143 c.p.c.<sup>47</sup>, dunque mediante deposito di copia dell'atto nella casa comunale dell'ultima residenza, o, se ignota, del luogo di nascita del destinatario che sia persona di residenza, dimora e domicilio sconosciuti. Presupposto per l'irrogazione della sanzione diviene, quindi, che la parte abbia conoscenza del processo a suo carico, tanto che torna ad essere consentita la particolare notificazione richiamata se ella si è costituita in giudizio o risulta comunque con certezza la sua conoscenza del processo.

Si estendono così al particolare processo in commento le garanzie del processo penale introdotte dalla l. n. 67 del 2014 per gli imputati irreperibili, evitando di fare un passo indietro in termini di tutela di questi ultimi nel passaggio al procedimento civile.

La prima critica a tale previsione normativa emerge dal confronto tra la sanzione civile vietata a seguito della notificazione menzionata, il cui ammontare massimo non può superare la soglia dei dodicimila euro, e la condanna risarcitoria per responsabilità extracontrattuale, potenzialmente derivante da reato o da illecito depenalizzato, che continua ad essere emettibile contro il destinatario di una notifica ad irreperibili, nonostante il suo ammontare quantitativo possa essere notevolmente superiore al limite massimo ammesso per la sanzione<sup>48</sup>. Non sembra ragionevole, infatti, limitare l'impiego della tutela tipica del settore penale al solo capo sanzionatorio e non anche a quello risarcitorio, dal momento che le diverse funzioni della sanzione e del risarcimento, possibile ragione a fondamento della scelta legislativa, non vengono percepite dal

---

<sup>47</sup> “1. Se non sono conosciuti la residenza, la dimora e il domicilio del destinatario e non vi è il procuratore previsto nell'articolo 77, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante deposito di copia dell'atto nella casa comunale dell'ultima residenza o, se questa è ignota, in quella del luogo di nascita del destinatario. 2. Se non sono noti né il luogo dell'ultima residenza né quello di nascita, l'ufficiale giudiziario consegna una copia dell'atto al pubblico ministero. 3. Nei casi previsti nel presente articolo e nei primi due commi dell'articolo precedente, la notificazione si ha per eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute le formalità prescritte”.

<sup>48</sup> Russo, M., *Le nuove “sanzioni pecuniarie civili” introdotte dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in *Euroconference Legal*, 2018.

destinatario, che rimane nel secondo caso colpito a sorpresa da una condanna particolarmente ingente.

Continuano, al contrario, ad essere applicabili le altre forme di notificazioni, quali quella in mani proprie, anche se in luogo diverso dalla residenza, dimora o domicilio del destinatario, ex art. 138 c.p.c., operando la presunzione di consegna dell'atto al destinatario quando esso è consegnato ad un familiare, un addetto alla casa, all'ufficio, o all'azienda, al portiere o ad un vicino, nel comune di residenza ove si trova la sua abitazione, ufficio o esercizio dell'industria o del commercio, ai sensi dell'art. 139 c.p.c., o la notificazione a mezzo del servizio postale e di posta elettronica secondo gli artt. 149 e 149 bis c.p.c.<sup>49</sup>

Tuttavia, la tutela accordata dal legislatore all'irreperibile non appare completa. Ciò che la norma assicura, infatti, è la conoscenza della pendenza del procedimento da parte del destinatario della sanzione, ma non vi è alcun obbligo di informarlo che il procedimento ha potenzialmente ad oggetto l'irrogazione di quest'ultima oltre che la domanda risarcitoria contenuta nell'atto di citazione, tanto che il giudice potrebbe applicare tale sanzione con la pronuncia della sentenza cogliendo di sorpresa il convenuto, senza che la questione sia mai stata sollevata, discussa o trattata nel processo. Siffatta lettura normativa è lesiva del diritto di difesa del convenuto, poiché onera il suo difensore di farsi carico dell'obbligo informativo in questione, tuttavia senza che sia prevista alcuna garanzia qualora questo non vi provveda spontaneamente.

Pertanto, la soluzione più garantista proposta dalla dottrina è quella di assegnare il ruolo informativo al giudice: gli artt. 101, c. 2 e 183, c. 4 c.p.c. impongono a quest'ultimo, infatti, di sottoporre alle parti una questione rilevata d'ufficio e di cui egli ritiene opportuna la trattazione prima di porla a fondamento della decisione, tra le quali viene fatta rientrare, in via interpretativa, la possibilità che il convenuto subisca una condanna

---

<sup>49</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 207 ss.

sanzionatoria. In tal modo quest'ultimo viene posto nelle condizioni di esercitare il suo diritto di difesa e di fornire ulteriori elementi utili alla decisione del giudice<sup>50</sup>.

Il giudice è chiamato, perciò, ad adempiere a tale dovere il prima possibile, normalmente nell'udienza di prima comparizione o in quella ad essa assimilabile prevista nei procedimenti speciali. In caso contrario, è per lui doveroso informare il convenuto nel successivo corso del processo, assegnando i termini di cui all'art. 101, c. 2 c.p.c., il quale deve poi regredire per assicurare l'adeguato esercizio del diritto di difesa dello stesso, consentendogli di provare circostanze a sostegno dell'esclusione della misura o del contenimento del *quantum* sanzionatorio<sup>51</sup>.

Si realizza così un pregiudizio tanto della tempestività ed effettività della sanzione, quanto dell'interesse dell'attore ad ottenere il risarcimento richiesto il prima possibile, con evidenti ricadute negative anche sul carico della giustizia civile. Tuttavia, la mancata regressione del procedimento integrerebbe altrimenti una violazione del principio del contraddittorio, costituzionalmente tutelato dall'art. 24, che causerebbe la nullità della sentenza e la sua possibile impugnazione, rendendo in ogni caso inutile lo svolgimento del processo di primo grado. Inoltre, la lettera dell'art. 8 del decreto non sembra neppure ammettere la separazione dei processi<sup>52</sup>. E' evidente pertanto che, se si segue il rito del lavoro o locatizio, il processo non riesce normalmente a svolgersi in un'unica udienza a meno che il ricorrente non abbia già fatto menzione della sanzione civile nell'atto introduttivo, unico caso in cui non risulta necessario assegnare al convenuto un ulteriore termine a difesa dopo l'esercizio della pretesa punitiva da parte del giudice.

Ulteriori ritardi nel procedimento, inoltre, si presume siano provocati dalla contumacia del convenuto, nel qual caso si è ipotizzato che la cancelleria debba fornire lui la

---

<sup>50</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La nuova proc. civ.*, vol. 3, 2016, p. 22.

<sup>51</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, III ed., a cura di Santise, M., Torino, 2017, p. 1028.

<sup>52</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, op. cit., p. 1028.

comunicazione dell'avviso giudiziale contenente l'informativa in questione<sup>53</sup>, da cui deve emergere un oggetto del processo diverso ed ulteriore rispetto a quello contenuto nell'atto di citazione. Tale comunicazione diviene fondamentale al fine di permettere al contumace di valutare se continuare ad astenersi dalla partecipazione al procedimento nonostante le possibili sanzioni prospettate, arricchendo implicitamente l'elenco degli atti che devono essere notificati o comunicati al contumace indicati nell'art. 292 c.p.c. Ciò che conta, infatti, è che egli sia informato delle sanzioni cui può eventualmente andare incontro, non anche che egli partecipi obbligatoriamente al processo. Ad ogni modo, la pretesa pubblicistica esercitabile *ex officio* non è automaticamente compresa nella domanda del privato, ma deve essere esercitata esplicitamente dal giudice.<sup>54</sup>

La sanzione civile, contrariamente alla condanna risarcitoria, non necessita come detto di domanda di parte, ma viene irrogata d'ufficio dal giudice qualora accolga la domanda risarcitoria. La finalità general – preventiva della sanzione e la destinazione del suo provento alla Cassa delle Ammende giustificano tale applicazione *ex officio*<sup>55</sup>: manca, evidentemente, un interesse del privato sotteso che spiegherebbe l'imposizione di siffatto onere a suo carico, sebbene l'applicazione ufficiosa rimane subordinata alla instaurazione a monte del procedimento da parte del primo. L'automatismo applicativo della sanzione vuole, infatti, da un lato evitare un'eccessiva privatizzazione della pretesa sanzionatoria, che avrebbe lasciato la punizione del reo alla discrezionalità della persona offesa, con violazione del principio di eguaglianza ed incertezza del diritto, oltre che di speculazione e corruzione. Dall'altro, evita di riprodurre in maniera acritica la disciplina penale previgente in tema di querela<sup>56</sup>. Infatti, la relazione illustrativa del decreto ha chiarito che la procedibilità d'ufficio è risultata “*più conforme ad esigenze di*

---

<sup>53</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, p. 328 ss.

<sup>54</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, in *La nuova proc. civ.*, vol. 1, 2016, p. 3.

<sup>55</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1027.

<sup>56</sup> Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 5, 2016, p. 598.



*“prudenza processuale” (imposte anche dal carattere particolarmente innovativo dell’istituto delle sanzioni civili punitive)”<sup>57</sup>.*

Inoltre, nel momento in cui si sceglie di perseguire i comportamenti sanzionati nello stesso procedimento civile per il risarcimento del danno e non più in un autonomo processo penale, è ragionevole rendere la condanna punitiva accessoria alla tutela risarcitoria senza tuttavia lasciarla nelle mani del privato a causa della sua natura pubblicistica. Dunque, la sanzione risulta condizionata dalla volontà del privato per quanto attiene all’attivazione del processo, in linea di continuità con l’istituto della perseguibilità a querela di siffatti illeciti, ma l’applicazione officiosa della sanzione evita gli inconvenienti sopra menzionati che deriverebbero dal rimettere separatamente nelle mani dell’offeso la disponibilità delle due tutele<sup>58</sup>.

Si è dibattuto in dottrina se la disciplina ora descritta costituisca un’eccezione al principio della domanda sancito dall’ art. 2907 c.c., secondo cui *“Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l’autorità giudiziaria su domanda di parte”*, ripreso dall’art. 99 c.p.c., o al divieto di *ultra petitum* disposto dall’art. 112 c.p.c. In realtà, l’irrogazione della sanzione non rappresenta la risposta ad una tutela non richiesta, ma un effetto automatico *ex lege* che consegue alla condanna risarcitoria, a sua volta costituente risposta alla domanda risarcitoria presentata. Siffatta domanda diviene in tal modo un presupposto processuale, che, in presenza del suo accoglimento per uno dei fatti dolosi descritti dall’art. 4, vincola il giudice a pronunciarsi sulla sanzione all’esito di una procedura che viene intesa come esterna a quella risarcitoria e che, in ogni caso<sup>59</sup>, non prevede il coinvolgimento dell’attore se non in termini probatori.

Dalla lettura del decreto sembra emergere, inoltre, una particolare analogia: nel processo penale l’azione civile ha un carattere accessorio e subordinato<sup>60</sup>, tale per cui la condanna risarcitoria presuppone la condanna penale dell’imputato, ad eccezione dei soli casi previsti dagli artt. 578 c.p.p., in cui il giudice dell’impugnazione decide sui

---

<sup>57</sup> Rel. illustrativa al d. lgs. n. 7 del 2016, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>58</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, op. cit., p. 1720.

<sup>59</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.

<sup>60</sup> Corte cost., sent. 29 gennaio 2016, n. 12, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1498 ss.

punti della sentenza concernenti gli interessi civili se dichiara il reato estinto per amnistia o prescrizione, e 576 c.p.p., che consente alla parte civile l'impugnazione della sentenza di proscioglimento ai soli effetti civili, mentre l'abolizione del reato fa venir meno la legittimazione processuale della parte eventuale, in quanto viene meno la *causa petendi* dell'azione penale<sup>61</sup>. Nel processo per le nuove sanzioni civili, viceversa, è la condanna punitiva civilista ad essere accessoria e subordinata alla condanna risarcitoria privata, con un'inversione dei termini presupposti, in quanto la mancata affermazione di responsabilità civile impedisce l'irrogazione della sanzione erede di quella penale.

Infine, poiché il processo per le sanzioni civili è volto alla tutela di un interesse superindividuale, quello della sicurezza generale dei consociati e della prevenzione – repressione di siffatti illeciti, si potrebbe ipotizzare un sistema di pubblicità dell'atto introduttivo del giudizio, così da garantire l'informazione a favore della collettività interessata alla pendenza del giudizio e permettere a coloro che avrebbero potuto autonomamente proporre la medesima domanda giudiziale di partecipare al processo mediante intervento volontario, condividendone il peso ed aumentando le possibilità di successo nell'irrogazione della sanzione.

### **3. La trattazione della causa: l'istruzione.**

La clausola di compatibilità disposta dall'art. 8, c. 3 del d. lgs. n. 7 del 2016 impone di esaminare le peculiarità del processo per le sanzioni pecuniarie civili nel successivo corso del giudizio rispetto all'archetipo del processo ordinario di cognizione, così come descritto dal codice di rito.

Alla fase introduttiva esaminata segue, in particolare, la fase della trattazione, la quale ha la funzione di acquisire gli elementi di fatto e di diritto necessari per la decisione della causa. Salve le ipotesi di *ammissione* e di *non contestazione* dei fatti storici introdotti nel processo, che in ogni caso non possono operare nel caso di contumacia del convenuto, all'interno della fase della trattazione si colloca, normalmente, l'istruzione probatoria, con la quale si procede alla ricerca delle prove dei fatti allegati controversi.

---

<sup>61</sup> Spinelli, A., *La trasformazione dei reati in illeciti civili e le improprie applicazioni analogiche delle disposizioni in tema di risarcimento del danno*, in *Proc. pen. e giust.*, vol.5, 2016, p.3.

Questa, peraltro, si presenta come obbligatoria quando la causa ha ad oggetto diritti indisponibili, i quali impongono infatti al giudice di attivare i suoi poteri istruttori officiosi in mancanza di un'iniziativa delle parti. Nei due casi sopra menzionati, al contrario, quello dell'*ammissione* e della *non contestazione*, i fatti storici allegati in giudizio si considerano pacifici, il che vuol dire che essi non necessitano di essere provati e non soggiacciono neppure alla regola dell'onere della prova disposta dall'art. 2697 c.c. Tuttavia, se il fatto pacifico è contraddetto dalle prove comunque acquisite nel corso del processo, il giudice non può considerarlo esistente ai fini della decisione della causa<sup>62</sup>.

Vi è tuttavia una precisazione da rilevare, in quanto parte della dottrina<sup>63</sup> ha individuato una deroga all'operatività dell'illustrato principio di non contestazione, sancito dall'art. 115 c.p.c. Infatti, la finalità punitiva del processo in esame impone, come visto, di estendere a quest'ultimo le garanzie attribuite all'imputato nel processo penale, pertanto il diritto dell'accusato al silenzio osta all'applicabilità della regola *de supra*, come anche di quella prevista dall'art. 232 c.p.c., secondo cui il giudice può fondare il suo convincimento nel senso di ritenere ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio se la parte non vi compare o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo.

Nel processo per le sanzioni pecuniarie civili la fase della trattazione ha ad oggetto l'accertamento dei comportamenti illeciti che l'attore attribuisce al convenuto, dei danni dal primo subiti e del nesso di causalità tra questi due termini, oltre che dell'elemento soggettivo del presunto responsabile, fattori che integrano gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. Ai fini della condanna sanzionatoria, tuttavia, l'ambito della trattazione si estende agli ulteriori presupposti per essa richiesti dal legislatore, restringendo viceversa l'indagine concernente l'elemento soggettivo alla sussistenza del solo dolo a causa dell'irrilevanza della mera colpa.

Si può presumere, pertanto, che nella maggior parte dei processi relativi ai nuovi illeciti civili venga svolta la fase istruttoria, in quanto difficilmente si immagina un convenuto in giudizio che rinunci al tentativo di difendersi per evitare le due condanne minacciate,

---

<sup>62</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, VIII ed., Milano, 2015, p. 56 ss.

<sup>63</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 328.

quella risarcitoria e quella sanzionatoria, o che quantomeno non contesti le modalità del fatto descritte dall'attore, l'entità del danno e le condizioni soggettive in cui si trovava al momento della commissione, tentando perlomeno di ridurre l'entità delle condanne inflitte dal giudice.

Normalmente, in particolare, lo sforzo del convenuto tende ad incentrarsi sulla contestazione degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano in quanto, evitando la condanna risarcitoria, egli sfugge automaticamente anche a quella sanzionatoria, senza la necessità di affrontare ulteriori oneri processuali. Naturalmente siffatto comportamento determina il rischio per il convenuto, oltre che di subire la condanna sanzionatoria se risultano vane le difese in merito alla pretesa risarcitoria, di subire anche la condanna per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c., che colpisce chi agisce o resiste in giudizio con mala fede o colpa grave. Tuttavia, difficilmente questa appare una minaccia sufficiente a dissuaderlo dal percorrere la fase istruttoria, prolungando la durata del processo da questa aggravato.

Come sappiamo, la citazione deve normalmente contenere l'allegazione degli elementi di fatto e di diritto che giustificano la domanda giudiziale, la *causa petendi*, mentre sono solamente facoltative l'indicazione dei mezzi di prova e la produzione dei documenti di cui l'attore vuole avvalersi nel corso del processo, potendo queste essere svolte anche nella prima udienza di comparizione *ex art.* 183 c.p.c. Lo stesso si può dire per la comparsa di risposta del convenuto, che può contenere la mera contestazione di quanto affermato dall'attore, ipotesi in cui si parla di difese semplici, o l'allegazione dei fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto fatto valere dall'attore, le quali integrano le cosiddette eccezioni. Ad esse si aggiunge in via solamente eventuale la presentazione dell'istanza dei mezzi istruttori o la produzione di documenti. Tutte queste attività, infatti, possono essere compiute dal convenuto anche nell'ulteriore corso del processo, poiché le uniche decadenze disposte sono quelle che colpiscono la proposizione delle eccezioni in senso stretto, della domanda riconvenzionale e della chiamata in causa del terzo, da presentare immediatamente nella comparsa di risposta<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, op. cit., p. 19 ss.

Come già rilevato precedentemente, il principio costituzionale del contraddittorio e la disposizione che vieta la notificazione al convenuto nelle forme di cui all'art 143 c.p.c. impongono all'interprete di desumere una deroga anche alle regole appena richiamate, contenute negli artt. 163, 167 e 183 c.p.c.: il principio di preclusione che colpisce le allegazioni e le istanze istruttorie può infatti operare solamente dopo che il giudice ha esercitato in concreto la pretesa punitiva dello Stato. Se ciò non avviene nella prima udienza di comparizione e trattazione e non funzionano in maniera efficace i meccanismi di attuazione del contraddittorio il convenuto non subisce alcuna preclusione, ma conserva il potere di allegazione e di richiesta istruttoria esercitabili in via tardiva, anche al di là dei tre termini concessi dal giudice ai sensi dell'art. 183, c. 6 c.p.c., giudice che è così chiamato a garantire l'esercizio del diritto di difesa del convenuto<sup>65</sup>.

Laddove il procedimento rientri nella competenza del giudice di pace, invece, l'art. 319 c.p.c. ammette le parti a costituirsi direttamente in udienza, senza che maturi alcuna preclusione fino alla prima di queste. La trattazione della causa a questo punto si svolge, ove possibile, in un'unica udienza disciplinata dall'art 320 c.p.c., in cui il giudice di pace interroga liberamente le parti, tenta la conciliazione e, se questa risulta fallita, invita le parti a precisare i fatti a fondamento delle loro domande, difese ed eccezioni, a produrre i documenti e a richiedere i mezzi di prova da assumere. Non si distinguono pertanto, normalmente, la fase dell'allegazione dei fatti da quella delle richieste istruttorie, in quanto la fissazione di una seconda udienza per eventuali ulteriori richieste è ammessa solo quando ciò sia necessario per le attività svolte dalle parti nella prima udienza, le quali abbiano presentato novità in termini di domande, allegazione di fatti o attività istruttorie<sup>66</sup>.

Nel caso poi in cui sia proposta la querela di falso, frequente in presenza di illeciti civili di falso, l'art. 313 c.p.c. impone al giudice di pace che ritenga rilevante per la decisione il documento impugnato di sospendere il giudizio e rimettere le parti al tribunale per il

---

<sup>65</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, op. cit., 2016.

<sup>66</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, op. cit., p. 279, 280.

relativo procedimento, ma egli può anche disporre la continuazione della trattazione della causa, su istanza di parte, relativamente alle domande che possono essere decise indipendentemente dal documento impugnato.

### **3.1 Tra principio inquisitorio e principio dispositivo.**

La scelta di dare attuazione al nuovo istituto delle sanzioni civili nel contesto del processo civile determina la conseguente applicazione della regola ordinaria sul riparto dell'onere probatorio in capo alle parti private, secondo il disposto dell'art. 2697 c.c., in base al quale *“chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.”*

Uno dei problemi già rilevati e maggiormente criticati dai commentatori è stato proprio la rimessione della ricerca della prova in capo all'esclusiva iniziativa privata, non essendo stato attribuito a tal fine alcun ruolo né al pubblico ministero né ad altri organi pubblici. Non si riscontrano, infatti, neppure sufficienti poteri inquisitori in capo al giudice che permettano di contraddire tale conclusione<sup>67</sup>. L'inconveniente sotteso a siffatta disciplina è l'indebolimento della tutela della persona offesa<sup>68</sup>, la quale non sempre ha le disponibilità economiche necessarie al reperimento dei mezzi di prova richiesti ai fini della condanna prima risarcitoria e poi sanzionatoria. In particolare, le difficoltà e gli sforzi richiesti aumentano quando l'autore dell'illecito è una persona ignota<sup>69</sup>, caso in cui evidentemente la ricerca della parte privata dovrebbe includere l'impiego di strumenti tecnologici o investigativi raramente accessibili alle finanze di un privato cittadino.

Inoltre, bisogna tener conto che viene riposto in capo al privato l'onere di provare i fattori costitutivi degli illeciti civili ulteriori rispetto a quelli dell'illecito aquiliano,

---

<sup>67</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 329.

<sup>68</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture – a proposito della legge n. 67/2014*, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 57, n. 4, 2014, p. 1721.

<sup>69</sup> Masieri, C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*, in *merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

considerata la loro non piena sovrapponibilità e la rarità delle ipotesi in cui le prove fornite a sostegno della domanda risarcitoria siano già di per sé sufficienti ai fini dell'ulteriore condanna sanzionatoria. Ciò incrementa la gravosità del compito affidato al privato e delle risorse economiche necessarie alla sua ottemperanza, ma soprattutto questo induce l'interessato ad astenersi dal portarlo a compimento: la destinazione della sanzione alla Cassa delle Ammende piuttosto che alle sue tasche esclude qualsiasi ragione che lo persuada ad affrontare tutte le difficoltà menzionate, considerando che non viene neppure prevista alcuna sanzione nei confronti del privato che non adempie il compito attribuitogli.

Di conseguenza, la strategia processuale dell'attore si incentra normalmente sull'allegazione e la prova della sola condotta illecita, del danno, del nesso causale e della mera colpa, mentre gli elementi necessari affinché il giudice decida se irrogare o meno la sanzione e per quanto, in particolare quelli attinenti alla sfera soggettiva del presunto responsabile, emergono solo indirettamente. Unicamente un attore ben preparato in materia, al contrario, si impegna a provare gli elementi necessari per irrogare la sanzione ed accrescerne il *quantum*, così da assumere una maggior forza contrattuale da poter sfruttare nel corso delle eventuali trattative volte al raggiungimento di una soluzione concordata che prevenga o ponga fine al processo, prospettando una minaccia più reale della sanzione<sup>70</sup>.

Alla luce di quanto detto, come già preannunciato, la nuova disciplina sanzionatoria produce in primo luogo un effetto deflattivo in termini di numero di procedimenti instaurati aventi ad oggetto gli illeciti civili rispetto agli antecedenti procedimenti penali relativi alle medesime condotte. In realtà, generalmente il procedimento civile continua comunque ad essere avviato dal privato per ottenere la condanna risarcitoria, la quale presenta una minor probabilità di successo rispetto al precedente modello che la legava alla costituzione di parte civile nel processo penale. Infatti, la persona offesa era lì priva di qualsiasi onere probatorio riguardante l'illecito, dovendo provare il solo danno e

---

<sup>70</sup> Spina, G., *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d. lgs. 7/2016: luci e ombre*, in *La Nuova Proc. Civ.* vol.1, 2016, p. 4; Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La Nuova Proc. Civ.*, vol. 3, 2016, p. 18.

nesso causale quando non inclusi nelle prove già fornite dal PM, dal momento che si avvantaggiava direttamente della condanna che accertava la commissione dell'illecito, risultato dello sforzo probatorio del solo pubblico ministero.

L'effetto prodotto dalla nuova disciplina è però soprattutto quello della limitazione della tutela dei privati, in quanto diminuiscono le possibilità con cui si giunge all'irrogazione delle sanzioni civili rispetto alle precedenti penali con conseguente minor effetto deterrente verso gli autori degli illeciti. Questi, infatti, sono ben consci delle pecche del sistema, prima tra tutte quella per cui il meccanismo sanzionatorio funziona solamente quando l'attore manifesta il suo interesse alla repressione ed assolve il suo onere probatorio.

Vi è tuttavia un'opinione contraria alle considerazioni appena svolte. Parte della dottrina<sup>71</sup>, infatti, ritiene che il principio inquisitorio prevale su quello dispositivo per quella parte di processo che ha ad oggetto la pretesa punitiva statale. Secondo tale linea di pensiero, più dettagliatamente, è il giudice ad essere onerato della prova degli elementi costitutivi dell'illecito civile che permettono l'irrogazione della sanzione e di quelli necessari ai fini della graduazione della stessa, in quanto organo pubblico dello Stato che esercita una pretesa punitiva, per le quali deve comunque sempre vigere il principio della presunzione di innocenza desunto dall'art. 27 Cost. ed esteso dalla Corte EDU alle sanzioni rientranti nella più ampia "materia penale" di cui già abbiamo parlato. Nell'adempimento di tale compito il giudice può avvalersi di poteri officiosi più ingenti rispetto a quelli previsti dal modello ordinario di processo di cognizione, mentre il convenuto è chiamato a provare gli elementi impeditivi, estintivi e modificativi, rilevabili anche d'ufficio dal giudice se risultanti dagli atti in giudizio a meno che non rimessi espressamente dalla legge all'esclusiva iniziativa di parte.

Addirittura, si ammette il superamento per il giudice del divieto di scienza privata, con massima espansione di operatività del principio inquisitorio. Uno dei poteri officiosi

---

<sup>71</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.; Guerrini, R., *Il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in *Le recenti riforme in materia penale – dai decreti di depenalizzazione (d. lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccari, G. M. – Bonzano, C. – La Regina, K. – Mancuso, E. M., Vicenza, 2017, p. 29.



certamente utilizzabili più ampiamente sarebbe, ad esempio, quello sancito dall'art. 213 c.p.c., volto ad ottenere informazioni utili per la graduazione della sanzione, secondo il quale il giudice può richiedere *“d’ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell’amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo”*.

Se si accoglie tale teoria si rileva pertanto un’interdipendenza tra l’attività istruttoria compiuta dall’attore e quella del giudice: il primo, interessato ad ottenere la condanna risarcitoria, si avvale delle prove che il giudice ha ricercato, in particolare, ai fini della sussistenza del dolo, ma viceversa la sanzione pubblica può essere irrogata dal giudice quando il privato ha fornito tutte le prove necessarie per dimostrare integrato l’elemento oggettivo dell’illecito e degli altri presupposti, senza la necessità che il giudice vi abbia contribuito in alcun modo.

Inoltre, i sostenitori<sup>72</sup> di tale tesi criticano quella precedente affermando che onerare il privato della prova di elementi ulteriori rispetto a quelli necessari per l’accoglimento della sua domanda, si tenga presente senza la previsione di alcuna sanzione che ne garantisca il rispetto, integra la violazione del principio della domanda, che pone in capo alla parte l’onere di provare solamente i fatti posti alla base della propria domanda o eccezione. Per giunta, l’applicazione della sanzione sarebbe in tal modo rimessa all’arbitrio dell’attore, privo di alcun interesse in tal senso, contraddicendo la sua natura pubblica e la sua finalità general – preventiva.

Tale soluzione cerca di superare, in parte con successo, le critiche provenienti da molti fronti in relazione alla mancata attribuzione al pubblico ministero dei compiti ricondotti, entro certi limiti, in capo al giudice. Tuttavia, la stessa teoria viene contraddetta fortemente dalla dottrina<sup>73</sup> maggioritaria in parte sopra richiamata, che legge nell’intervento istruttorio del giudice una violazione del principio di terzietà ed imparzialità, oltre che di quello dispositivo, in quanto egli, ricercando personalmente gli elementi probatori da cui desumere la responsabilità del convenuto, assumerebbe il

---

<sup>72</sup> Martini, R., *L’avvento delle sanzioni pecuniarie civili – il diritto penale tra evoluzione e mutazione*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 28 settembre 2016.

<sup>73</sup> Martini, R., *L’avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

ruolo di un giudice istruttore protagonista di un processo che, in tal modo, presenterebbe una connotazione autoritaria ed una natura inquisitoria, di cui andrebbe esclusa la legittimità costituzionale.

Se però, allora, il privato non riesce concretamente a farsi carico del compito attribuitogli dallo Stato e non risulta neppure plausibile, per ora, un intervento legislativo di modifica introduttivo dell'intervento del PM in siffatto procedimento, a causa del già sovraccaricato lavoro delle Procure, potrebbe dirsi che solo accogliendo la tesi minoritaria di cui si è prospettata l'incostituzionalità verrebbe garantita l'effettività delle sanzioni civili. Tale conclusione è a sua volta conforme all'interpretazione teleologica, che guarda all'obiettivo perseguito dal legislatore di introdurre strumenti sanzionatori effettivi, e a quella storica, che pone l'attenzione sull'evoluzione del nuovo istituto, da cui si ricava la natura pubblicistica delle sanzioni in esame. Infine, a sostegno della posizione in questione si richiama l'espressa previsione normativa del potere del giudice di consultare *ex officio* il registro automatizzato previsto dall'art. 11 del d. lgs. n. 7 del 2016 al fine di commisurare la sanzione in maniera più gravosa laddove sussista reiterazione nell'illecito, esempio che avvalorava una possibile lettura in senso permissivo dell'autonomo potere del giudice di assumere e ricercare i mezzi di prova necessari per l'irrogazione delle sanzioni. Tuttavia, questo sembrerebbe più un esempio di potere vicino al già esistente potere ufficioso di richiesta di informazioni di cui all'art. 213 c.p.c. che un esempio anomalo di potere istruttorio ufficioso.

La teoria che predilige il principio dispositivo rispetto a quello inquisitorio appare avvalorata, al contrario, dal richiamo alle norme del codice di rito sancito dall'art 8, c. 4 del decreto in esame. Tra queste primeggia l'eccezionalità del potere ufficioso del giudice e l'operatività, in ogni caso, del principio dispositivo per quella parte di istruzione concernente la pretesa risarcitoria, che porrebbe il problema di distinguere tra le prove di fonte officiosa, utilizzabili solo a fondamento della condanna sanzionatoria, e quelle provenienti dalla parte, utili anche ai fini della condanna risarcitoria, comunque presupposto della prima. Siffatta tesi sarebbe poi coerente con l'interpretazione sistematica, in base alla scelta legislativa di sanzionare le condotte illecite nel processo civile e non più in quello penale oltre che, infine, con quella della lettera della legge, considerando che il testo normativo del decreto, ove manca qualsiasi riferimento ai

poteri istruttori officiosi del giudice, non consente di ricavare elementi a favore della tesi contraria.

Ulteriore nota degna di attenzione è la precisazione, fatta da parte della dottrina, secondo cui la persona offesa non sarebbe legittimata a domandare al giudice l'irrogazione della sanzione in quanto sarebbe priva dell'interesse ad agire, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., il quale presuppone una lesione concreta ed attuale della situazione giuridica dedotta in giudizio e la conseguente idoneità del provvedimento richiesto al giudice a soddisfare il bisogno di tutela di siffatto interesse sostanziale<sup>74</sup>.

Per tale ragione l'attore non dovrebbe essere considerato neppure parte del procedimento per l'irrogazione delle sanzioni, contenuto nel più ampio processo dal primo instaurato, e pertanto egli dovrebbe risultare privo anche dei poteri istruttori relativi alla pretesa pubblica. Infatti, codesto procedimento sanzionatorio presenterebbe il problema della carenza di una controparte, dirimpettaia al convenuto in giudizio, che sia interessata all'irrogazione della sanzione punitiva e si renda pertanto portatrice di tale interesse, sulla base della bilateralità che caratterizza i nostri processi civili.

Ammettere, inoltre, che neppure il giudice è titolare di poteri istruttori peculiari implica che questo può solamente sollecitare la presentazione di elementi utili ai fini della decisione da parte del convenuto, il quale difficilmente verrebbe comunque *contra factum proprium* ed il cui diritto al silenzio deve sempre essere garantito.

La soluzione ai problemi rilevati prospettata da tale dottrina è, dunque, quella di ipotizzare la vigenza di una sorta di onere di contestazione in capo al convenuto. Tale soluzione tuttavia non sembra far altro che ricalcare la già operante distribuzione dell'onere probatorio tra le parti, dal momento che si ammette la condanna del convenuto qualora, provati i fatti costitutivi della sanzione, l'interessato non dimostri la loro insussistenza o la presenza di fatti impeditivi, estintivi o modificativi, dovendo egli anche fornire gli elementi di prova necessari a ridurre l'entità della sanzione a suo carico<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Cass. civ., Sez. Un., 15 dicembre 2015, n. 25205, in *La Nuova Proc. Civ.*, vol. 1, 2016.

<sup>75</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.

Comunque, la strategia processuale del convenuto, complementariamente a quella sopra indicata dell'attore, è quella di contrastare in primo luogo la domanda risarcitoria, evitando la quale scongiura anche la condanna sanzionatoria; subordinatamente, egli cerca normalmente di negare gli elementi specifici costitutivi della sanzione provati dall'attore; infine, fornisce le eccezioni sopra menzionate o gli elementi idonei a ridurre l'ammontare della sanzione che non risultino già dagli atti del giudizio, in quanto parte della dottrina ritiene che i fatti impeditivi, estintivi e modificativi, nonostante la prova della loro sussistenza rimanga in capo al convenuto, siano rilevabili anche d'ufficio dal giudice alla luce della residualità della categoria delle eccezioni in senso stretto, riservate al rilievo delle sole parti, disposta dall'art. 112 c.p.c. e non espressamente derogata dal decreto in commento.<sup>76</sup>

Il dibattito interpretativo illustrato mostra una delle maggiori difficoltà che l'istituto incontra nella pratica, causando possibili incertezze giuridiche e trattamenti giurisprudenziali difformi, ragione per cui si auspica un intervento chiarificatore della Cassazione sul tema.

Un possibile contributo al problema potrebbe rinvenirsi nell'ammissibilità della circolazione delle prove assunte in altri processi, tanto civili quanto penali, questi ultimi potenzialmente avviati per quegli stessi illeciti poi depenalizzati.

La giurisprudenza, da un lato, ammette con favore l'utilizzabilità della prova proveniente *aliunde* richiamando talvolta il principio dell'unità della giurisdizione, altre volte quello del libero convincimento del giudice, più recentemente il principio di libertà delle prove e l'assenza di divieti in merito, o ancora quello della non dispersione dei mezzi di prova<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, op. cit.

<sup>77</sup> Cass. civ., Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7767; Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 2001, n. 15189; Corte dei Conti, Sez. II, 9 luglio 1983, n. 73; Cass. civ., Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21115; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255.

Al contrario, la dottrina critica siffatta soluzione leggendovi una violazione del principio del contraddittorio e del diritto alla prova<sup>78</sup>.

In ambito civile, tuttavia, un dato normativo che permette di sostenere la tesi dell'ammissibilità della circolazione delle prove si rinviene nell'art. 310, c. 3 c.p.c., che ammette la libera valutazione del giudice delle prove raccolte nel processo estinto, secondo molti nel senso di considerarle argomenti di prova, senza condizionarlo espressamente a vincoli oggettivi o soggettivi. Peraltro, poiché le prove provenienti da altri processi consistono in documenti, esse sarebbero sottratte al giudizio di ammissibilità, nel senso che il suo accesso al processo risulterebbe sempre garantito, sebbene ciò non implichi automaticamente un suo legittimo uso<sup>79</sup>.

Allo stesso modo, l'art. 59 della l. n. 69 del 2009 prevede che *“in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomento di prova”*. Tuttavia, il presupposto che appare sotteso a tale norma per cui la giurisdizione è una condizione di validità ed efficacia della prova assunta viene criticato da parte della dottrina<sup>80</sup>, che riporta alcuni esempi contrastanti con siffatta teoria, quali quello in cui il giudice fornito di giurisdizione delega l'assunzione della prova ad altro giudice, o in cui il giudice di pace impiega una prova assunta dal tribunale in via preventiva per la sua decisione di merito.

La riduzione del valore delle prove in esame, inoltre, vuole recuperare il rapporto diretto tra il giudice e le prove reciso dal compimento, da un lato, dell'ammissione e assunzione ad opera del primo giudice, dall'altro, della valutazione ad opera del secondo<sup>81</sup>.

Ulteriore fondamento normativo a sostegno di tale tesi è rappresentato dall'art. 427 c.p.c., che rende utilizzabili le prove assunte con il rito del lavoro nel rito ordinario,

---

<sup>78</sup> Tarzia, G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in Riv. dir. proc., 1984, p. 643.

<sup>79</sup> Vanz, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, p. 22, 23, 53, 54..

<sup>80</sup> Querzola, L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, p. 26.

<sup>81</sup> Vanz, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, op. cit., p. 87.

secondo l'efficacia consentita dalle norme ordinarie. Qui la circolazione della prova riguarda lo stesso processo ma con un diverso rito e con regole probatorie diverse<sup>82</sup>, come potrebbe ritenersi ammissibile nel passaggio dal processo penale al processo civile contro il presunto reo che si avvantaggi della depenalizzazione intervenuta in corso di giudizio, sebbene in siffatta ipotesi si verifica un mutamento di giurisdizione le cui regole probatorie andrebbero a maggior ragione rispettate.

La critica a tale tesi basata sulla presunta violazione del principio del contraddittorio viene contestata sul presupposto che una sua applicazione rigorosa è richiesta nel solo momento della valutazione della prova, non anche nel momento della sua assunzione. Tanto che l'art. 111, c. 4 Cost. proclama il principio del contraddittorio nella formazione della prova a proposito unicamente del processo penale, ammettendone l'applicazione nel processo civile limitatamente alla fase dei risultati dell'assunzione e così distinguendo tra una disciplina più rigorosa nel processo penale ed una meno garantista in quello civile<sup>83</sup>.

Tuttavia, la contrapposizione in questione viene da taluno spiegata dalla diversa struttura del processo civile, ove la prova non può essere raccolta in una fase diversa da quella dibattimentale e che per tale ragione non viene espressamente richiamato dalla norma costituzionale. Questa, infatti, pretende sempre il rispetto della parità delle armi e negherebbe, pertanto, l'utilizzabilità delle prove provenienti da altri processi quando viene superato il limite soggettivo dell'identità delle parti in essi coinvolte<sup>84</sup>.

Inoltre, a sostegno dell'ammissibilità della circolazione della prova fra diverse giurisdizioni vengono riportate le parole della Corte costituzionale, che afferma come *“non esiste affatto un principio (costituzionalmente rilevante) di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo”*<sup>85</sup>, tanto che il principio di parità delle armi non è leso dalla diversità delle norme processuali dei differenti giudizi.

---

<sup>82</sup> Vanz, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, op. cit., p. 249.

<sup>83</sup> Chiarloni, S., *Il nuovo articolo 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.

<sup>84</sup> Vanz, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, op. cit., p. 233, 237.

<sup>85</sup> Corte cost., 12 – 21 gennaio 2000, n. 18.

Pertanto, queste non possono ostacolare la circolazione della prova quando ciò sia indispensabile per una migliore trattazione della causa nel merito<sup>86</sup>.

Le prove di cui si ammette la trasmigrazione, evidentemente, sono solo quelle formate nel rispetto delle regole processuali vigenti nell'ambito giurisdizionale *a quo*.

In ambito del diritto *antitrust*, in particolare, la Cassazione ha sostenuto che il giudice civile può far riferimento alle conclusioni delle indagini svolte dall'AGCM, qualificando la decisione dell'Autorità e del giudice amministrativo come una "*prova privilegiata*" della sussistenza del comportamento accertato<sup>87</sup>. Le due tutele, quella dinanzi al giudice civile e quella dinanzi all'autorità amministrativa, si dice infatti che "*sono tra loro complementari*", poiché "*la sinergia delle due tutele accresce l'efficacia complessiva della normativa antitrust*"<sup>88</sup>.

### **3.2 Lo standard probatorio del nesso causale.**

Un altro aspetto importante da esaminare in tema di istruzione riguarda lo standard probatorio che il nesso causale deve raggiungere ai fini della condanna sanzionatoria. Le due soluzioni possibili prospettate dalla dottrina sono state quella sancita dal legislatore nel processo civile, la regola del "più probabile che non", e quella più gravosa disposta in materia penale dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio". I due parametri valutativi sono tra loro molto differenti e l'alternativa prescelta dall'interprete incide pesantemente sui risultati pratici del processo, nel presupposto che sia sempre rispettata la garanzia del contraddittorio.

In ambito civilistico, infatti, non si applicano alcuni fondamentali principi della responsabilità penale quali la presunzione di non colpevolezza, la tutela della libertà personale e la funzione rieducativa della pena. In tale settore vige l'obiettivo della ripartizione delle conseguenze danno patrimoniali dell'illecito, ove si assiste ad

---

<sup>86</sup> Querzola, L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, op. cit., p. 80, 81.

<sup>87</sup> Cass. civ., Sez. I, sent. 13 febbraio 2009, n. 3640.

<sup>88</sup> Cass. civ., Sez. I, sent. 28 maggio 2014, n. 11904.

un'equivalenza delle parti in giudizio, in contrapposizione alla diversa posizione ricoperta da accusa e difesa nel processo penale<sup>89</sup>.

L'opinione maggioritaria della dottrina ha sposato la tesi che si allinea al modello del processo civile, condividendo la posizione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione. Quest'ultimo motiva tale interpretazione in termini di maggior coerenza e funzionalità pratico – applicativa, considerando la scelta di perseguire tali illeciti nel processo civile e la centralità degli interessi privati fatti valere dalle parti cui è informato il processo civile<sup>90</sup>. Inoltre, è stato rilevato che, nonostante la natura sanzionatoria, punitiva ed afflittiva della condanna in questione, l'adozione del criterio probatorio civile non lede alcun diritto costituzionale e si presenta pertanto rispettoso della clausola di compatibilità cui è sottoposta l'applicazione delle disposizioni del codice di rito. Peraltro le sanzioni civili, sebbene condividono con le sanzioni penali la comune riferibilità alla categoria della “materia penale”, non presentano ad ogni modo la loro stessa natura particolarmente gravosa, pertanto la tesi prospettata risulta anche rispettosa dell'interpretazione sistematica e dell'intento del legislatore che guardano ancora una volta al settore in cui esse sono state trasferite, quello civile<sup>91</sup>.

Il giudice civile, infatti, è tenuto ad utilizzare il criterio della probabilità logica prevalente, decidendo secondo il proprio libero apprezzamento in funzione delle prove acquisite al processo, non dunque in maniera arbitraria. Il suddetto criterio si compone di due regole, quella del “più probabile che non”, in virtù della quale il giudice deve decidere quale delle due ipotesi, l'una positiva e l'altra negativa, sia logicamente più confermata dell'altra sulla base delle prove disponibili; e quella della “preponderanza dell'evidenza”, secondo la quale quando emergono due o più ipotesi confermate

---

<sup>89</sup> Tartaglia, A. F. – Tramontano, L., *Il nesso di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, p. 69.

<sup>90</sup> Rel. n. III/01/2016, *Gli interventi di depenalizzazione e di abolitio criminis del 2016: una prima lettura*, p. 25; Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 5, 2016, p. 598; Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

<sup>91</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.



positivamente dalle prove disponibili, il giudice sceglie quella che ha ricevuto il grado maggiore di conferma<sup>92</sup>.

Parte della dottrina ha ipotizzato, tuttavia, due soluzioni intermedie a quelle sopra menzionate. La prima diversifica lo standard probatorio richiesto in ragione delle diverse tipologie di illecito rilevanti nel caso concreto e del tipo di rito percorso a fronte della pluralità di riti ammessi anche per lo stesso illecito<sup>93</sup>, lasciando ampi spazi di incertezze applicative e di possibili discriminazioni pratiche. La seconda ipotizza, invece, una differenziazione dello standard probatorio applicabile nel medesimo processo<sup>94</sup>, richiedendo l'adozione nel nesso civilistico ai fini della condanna risarcitoria, e di quello penalistico ai fini della condanna sanzionatoria. La pretesa pubblica del processo, dunque, necessiterebbe di un assolvimento dell'onere probatorio più rigido, potendosi verificare nella prassi processi che conducono alla condanna risarcitoria dell'autore dell'illecito ma non anche a quella sanzionatoria, per la quale non risulterebbe integrato il presupposto afferente all'elemento oggettivo.

L'ultima teoria illustrata viene criticata da chi<sup>95</sup> sostiene che l'adozione di un diverso standard probatorio per i due capi condannatori della sentenza produrrebbe una discrasia interna alla decisione stessa, in quanto il giudice dovrebbe svolgere due diversi accertamenti del nesso causale, separando anche le prove necessarie o sufficienti alle differenti condanne e contrastando la *ratio* dell'economia processuale sottesa alla collocazione delle due pretese in un unico procedimento con un'unica trattazione. Al contrario, si sostiene che la scelta dell'ambito extra – penale come campo di applicazione della sanzione, a fronte di interventi di depenalizzazione, giustifica un'attenuazione delle garanzie che rimangono in ogni caso superiori a quelle previste nel settore amministrativo, ove l'applicazione della sanzione è rimessa all'autorità

---

<sup>92</sup> Berti, L., *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Milano, 2013, p. 320, 321.

<sup>93</sup> Palazzo, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, op. cit., p. 1721.

<sup>94</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, op. cit.

<sup>95</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

amministrativa e non ad un giudice. Peraltro, mentre in passato si negava la possibilità che sussistessero due diverse versioni della causalità tra il settore civile e quello penale, invocando le difficoltà che questo avrebbe causato sugli effetti del giudicato penale in sede civile, a seguito della sentenza Franzese del 2002<sup>96</sup> la Cassazione civile distingue definitivamente lo standard probatorio nei due settori, alla luce dei diversi valori in gioco per accusa e difesa che caratterizzano il processo penale, rispetto agli equivalenti interessi protagonisti invece del processo civile, ove si parla di causalità “debole” per la minor rigosità dello standard probatorio<sup>97</sup>.

Ad ogni modo, mentre le leggi civili non dettano statuizioni generali in materia di nesso causale, la legge penale dedica ad esso due norme specifiche, gli artt. 40 e 41 c.p., volendo disciplinare con maggior certezza il tema. I principi dettati da tali norme sono senz’altro ben più rigorosi di quelli che fondano la responsabilità civile, in virtù della sanzione cui permettono di condurre, ben più severa di quella civile. Esse sono dettate per il settore penale e non appaiono pertanto suscettibili di essere applicate analogicamente in ambito civile, tuttavia se risulta provato il nesso causale tra condotta ed evento tale da legittimare l’assoggettamento del reo alla sanzione penale, a maggior ragione esso deve considerarsi sufficiente anche ai fini civilistici, secondo quanto si desume dall’art. 185 c.p. Non può dirsi invece il contrario, per cui la sussistenza del nesso che comporta una responsabilità civile non è sempre sufficiente ai fini della responsabilità penale<sup>98</sup>.

Mentre in ambito penale si scontrano da un lato l’esigenza di prevenzione, dall’altro quella di non punire chi non risulti certamente colpevole, in ambito civilistico le due esigenze di risarcire il danno e di non condannare chi non lo ha causato si equivalgono. Per tale ragione si differenziano i due criteri da applicare, nel primo caso quello del “oltre ogni ragionevole dubbio”, nel secondo del “più probabile che non”. Ai fini della sanzione penale è necessario dimostrare la causalità individuale, quale specifico

---

<sup>96</sup> Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328.

<sup>97</sup> Piergallini, C., “Civile” e “Penale” a perenne confronto: l’appuntamento di inizio millennio, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 55, n. 4, 2012, p. 1322 ss.

<sup>98</sup> Napoli, G. E., *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012, p. 30 ss.

rapporto eziologico in un singolo caso, ai fini della condanna civile è sufficiente la prova della causalità generale, quale generale idoneità di un antecedente ad essere causa di un evento. In ambito civile, infatti, è privilegiata la tutela del danneggiato rispetto a quella dell'autore dell'illecito ed è applicabile l'interpretazione analogica che consente di ampliare l'ambito di applicazione della responsabilità civile<sup>99</sup>.

Tuttavia il doppio standard del nesso causale, diversificato in ambito civile e penale, si riduce necessariamente ad uno nel momento in cui il giudice penale, condannato l'imputato, è anche chiamato a pronunciarsi sulla pretesa civile avanzata nel processo. Il giudice penale applica in questo caso le norme penalistiche, tanto processuali che sostanziali, pertanto lo standard di causalità da integrare ai fini della condanna civili diventa quello del "più probabile che non", aggravando il presupposto in esame con evidente vantaggio per l'autore dell'illecito e svantaggio della persona offesa. Questa, d'altra parte, si avvantaggia dell'attività istruttoria compiuta dal PM, pertanto non sopporta i maggior costi necessari per soddisfare tale onere probatorio, ma corre il rischio che esso non venga raggiunto con l'attività del solo organo pubblico.

Quando, infatti, la condotta di un soggetto integra gli estremi di un reato, l'art. 185 c.p. attribuisce al danneggiato il diritto al risarcimento del danno e lo stesso giudice civile, in tal caso, potrebbe accertare incidentalmente, nel giudizio civile, la sussistenza degli elementi del reato per condannare l'autore al risarcimento causato dal fatto illecito<sup>100</sup>.

In particolare, *"il diritto per il danneggiato dal reato di esperire l'azione civile in sede penale non è oggetto di garanzia costituzionale"*<sup>101</sup>, ma è solo una delle modalità con cui il legislatore ha scelto di attuare il diritto alla tutela giurisdizionale, da bilanciare con gli altri interessi quali quello della speditezza del processo penale.

### **3.3 I mezzi di prova nei singoli illeciti civili.**

---

<sup>99</sup> Napoli, G. E., *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, op. cit., p. 266, 267.

<sup>100</sup> Napoli, G. E., *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, op. cit., p. 274, 275.

<sup>101</sup> Corte cost., sent. 3 aprile 1996, n. 98.

La clausola di compatibilità più volte richiamata porta l'interprete ad interrogarsi su quali siano i mezzi di prova trattati dal codice di procedura civile utilizzabili nel processo oggetto della nostra attenzione e quali siano, viceversa, le disposizioni che li disciplinano bisognose di essere derogate. Lo studio in questione deve essere diversamente modulato in relazione ai singoli illeciti civili tipizzati dal legislatore, ognuno dei quali presenta sue peculiarità.

Per cominciare, gli illeciti di falso sono accomunati dal medesimo presupposto, ovverosia che la condotta tipizzata riguarda una scrittura privata per la cui contestazione gli artt. 2702 c.c. e 221 c.p.c. prevedono l'impiego della querela di falso. Questa risulta proponibile, a detta della giurisprudenza<sup>102</sup>, "*contro chi possa avvalersi del documento per fondare su di esso una pretesa sia o meno l'autore della falsificazione*", pertanto anche contro la parte avversa che si sia già avvalsa del falso cagionando un danno all'attore in giudizio. Si ritengono compatibili con tale giudizio, dunque, gli artt. dal 221 al 227 c.p.c. che disciplinano il procedimento avente ad oggetto la querela di falso, dalla sua proposizione fino all'esecuzione della sentenza conclusiva, come anche l'art. 313 c.p.c. che dispone la sospensione del procedimento dinanzi al giudice di pace e la rimessione delle parti al tribunale quando il documento querelato sia rilevante per la decisione. Inoltre, è certamente ammessa l'applicabilità dell'ordine di esibizione del giudice alla parte o ad un terzo disposto dall'art. 210 c.p.c., nei casi in cui l'originale del documento falso non sia stato prodotto in quanto l'attore ne era sprovvisto. Non può considerarsi compatibile, al contrario, il disconoscimento disciplinato dall'art. 214 c.p.c., in quanto esso presuppone che il documento sia stato prodotto in giudizio contro una parte che, appunto, lo disconosce, tuttavia senza che sia ancora stato cagionato alcun danno. Il disconoscimento ed il riconoscimento hanno infatti la funzione di accertare l'autenticità della scrittura privata o della sottoscrizione disconosciuta per consentire alla parte interessata di avvalersene in giudizio<sup>103</sup>. L'illecito civile, piuttosto, ha tra i suoi elementi costitutivi la produzione di un danno, legato alla condotta falsificatoria del documento da un nesso causale, dunque presuppone che la scrittura sia già stata produttiva del danno. La persona offesa che vuole conseguire la condanna del

---

<sup>102</sup> Cass. civ., Sez. I, 30 agosto 2007, n. 18323.

<sup>103</sup> Cass. civ., Sez. I, 18 gennaio 2008, n. 974.

convenuto deve sempre provare, pertanto, la sussistenza di un danno conseguente all'illecito denunciato: per la prova del danno patrimoniale, qui integrante la perdita subita, è sufficiente produrre l'atto falso da cui si sarebbe potuto conseguire un guadagno; per quello non patrimoniale si deve ricorrere all'uso delle presunzioni, più difficoltose a causa dei limiti in cui siffatto danno rileva nelle fattispecie di illeciti di falsi<sup>104</sup>. Infine, va ricordato che una volta accertata l'insussistenza dell'illecito il giudice, piuttosto che condannare il convenuto alla sanzione pecuniaria civile, condanna l'attore querelante alla pena pecuniaria prevista dall'art. 226, c. 1 c.p.c.

Un altro illecito che merita particolare attenzione in termini di mezzi di prova è l'ingiuria, i cui elementi costitutivi impongono di avvalersi normalmente della prova testimoniale. Risulta certamente applicabile l'art. 244 c.p.c., che impone che la richiesta di prova testimoniale debba dedurre il fatto da provare in un capitolo specifico e determinato, requisiti che la Cassazione<sup>105</sup> ha esplicitato nel senso che il capitolo deve essere *“collocato univocamente nel tempo e nello spazio, al duplice scopo di consentire al giudice la valutazione della conclusione della prova ed alla controparte la preparazione di un'adeguata difesa”*. L'illecito di ingiuria impone la sostanziale nullità della deposizione *de relato actoris*, ove il testimone depone fatti e circostanze che non ha percepito direttamente, ma di cui è venuto a conoscenza da parte dell'attore stesso, in quanto evidentemente essa ha ad oggetto la dichiarazione di una parte e non il fatto oggetto dell'accertamento, mentre è ammessa la deposizione *de relato in genere*, ove le circostanze riportate dal testimone sono state apprese da persone estranee al giudizio, secondo il disposto dell'art. 257 c.p.c. dunque applicabile al processo *de quo*. Tuttavia, la forza probatoria di siffatte deposizioni deve giudicarsi attenuata a causa della loro natura indiretta, assumendo esse rilevanza solo quando siano surrogate da altri elementi oggettivi e concordanti in concorso che ne suffragano la credibilità<sup>106</sup>. Risulta compatibile anche la prova testimoniale scritta, ammessa dall'art. 257 bis c.p.c. in presenza di accordo delle parti, che secondo la giurisprudenza può essere disposta anche

---

<sup>104</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 217, 218.

<sup>105</sup> Cass. civ., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 1808.

<sup>106</sup> Cass. civ., Sez. I, 3 aprile 2007, n. 8358.

dopo l'ammissione delle altre prove quando la sua esigenza ed opportunità emergono a seguito di sopravvenienze processuali, purché siano state rispettate le preclusioni che impongono che il testimone da escutere ed i capitoli di prova siano stati ritualmente ammessi con l'ordinanza ex art. 183, c. 7 c.p.c. La legittimità costituzionale della testimonianza scritta, in apparente contrasto con il requisito di immediatezza disposto dall'art. 111 Cost., viene ammessa dalla dottrina giudicando sufficiente la mera ripetibilità della testimonianza dinanzi al giudice per il rispetto del requisito secondo cui la prova testimoniale deve essere dedotta davanti al giudice, nonostante rimangano pericolosi abusi potenzialmente sottesi a tale forma di testimonianza. Ancora, risulta applicabile l'incapacità a testimoniare disposta dall'art. 246 c.p.c. per coloro che hanno un interesse nella causa tale da legittimare una loro partecipazione al giudizio, come delle altre norme in materia contenute negli artt. 245 ss c.p.c. e nell'art. 2721 ss c.c. Inoltre, risulta ammissibile anche l'audizione di testimoni a futura memoria sancita dall'art. 692 c.p.c. qualora vi sia un fondato timore che vengano a mancare uno o più testimoni le cui deposizioni siano strumentali ad una controversia futura. Infine, nell'ipotesi di una condotta ingiuriosa il danno ad essa conseguente non risulta sempre *in re ipsa*, come rilevato dalla Suprema Corte<sup>107</sup>, ma va provato con tutti i mezzi di prova ordinari, guardando alla condotta oggettiva tenuta dall'autore dell'offesa e non alla particolare suscettibilità della persona offesa o ai suoi profili soggettivi<sup>108</sup>.

Gli illeciti di sottrazione di cose comuni e appropriazione di denaro, cose smarrite, tesoro e cose di cui si sia venuti in possesso per errore altrui o caso fortuito richiedono l'utilizzo, normalmente, della prova testimoniale, risultando compatibile anche in siffatto caso la disciplina ordinaria prevista dal codice di rito, e dell'ispezione, ammessa infatti anche per le cose mobili dall'art. 258 c.p.c.<sup>109</sup> Per l'illecito di sottrazione di cose smarrite appare ancora attuale il rinvio che il vecchio art. 647 c.p. faceva agli artt. 927 ss c.c., illecito per il quale la prova testimoniale appare di difficile successo. Se invece

---

<sup>107</sup> Cass. civ., Sez. III, 27 luglio 2015, n. 16055.

<sup>108</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 224.

<sup>109</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 225 ss.

si tratta di cose di cui si è venuti in possesso per errore altrui o per caso fortuito appare più facile provare il titolo che legittimava la proprietà o la detenzione. Per quanto riguarda l'ispezione, inoltre, si ritengono applicabili le disposizioni ordinarie di cui agli artt. 258 ss c.p.c. ed il presupposto della loro indispensabilità per conoscere i fatti della causa sancito dall'art. 118 c.p.c., che ammette anche la possibilità di dedurre argomenti di prova se la parte rifiuta di eseguire l'ordine di ispezione senza giustificato motivo o la condanna ad una pena pecuniaria contro il terzo che sia autore del medesimo rifiuto. Anche per la prova di tale illecito, inoltre, è possibile instaurare un procedimento di istruzione preventiva ai fini di un accertamento tecnico o di un'ispezione giudiziale che siano necessari prima dell'inizio del giudizio, applicando gli artt. 696 e 698 c.p.c. La parte è chiamata anche in tale illecito a dimostrare la sussistenza del danno e la sua consistenza, per la quantificazione della quale ci si avvale normalmente di un consulente tecnico nominato dal giudice o dalla parte, ex artt. 61 e 201 c.p.c., i quali semplificano siffatta individuazione del *quantum debeatur*, sebbene il secondo tipo di consulenza rimanga un atto difensivo privo di autonomo valore probatorio<sup>110</sup>. In particolare, una volta che la parte ha provato la causazione di un danno, il giudice è chiamato a liquidarlo avvalendosi della *ctu o*, altrimenti, della liquidazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.

Infine, anche l'illecito di danneggiamento impone, generalmente, l'impiego della prova testimoniale ai fini della verifica del fatto, essendo vevoli le medesime considerazioni sopra fatte sulla compatibilità delle norme che regolano tale mezzo di prova. La consulenza tecnica è impiegabile, invece, ai fini della determinazione del danno, considerata peraltro la più frequente ammissibilità per tale illecito del risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c., che permette di reintegrare pienamente l'interesse specifico del danneggiato. Al contrario, se la somma necessaria per la riparazione dei danni supera notevolmente il valore di mercato del bene danneggiato, residua meramente la possibilità di ottenere la condanna al risarcimento per equivalente<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Cass. civ., Sez. I, 6 agosto 2015, n. 16552.

<sup>111</sup> Cass. civ., Sez. VI, 28 aprile 2014, n. 9367.

### 3.4 La trattazione nei procedimenti speciali.

La riserva di compatibilità cui è sottoposto il rinvio alle norme del codice di rito deve fare i conti, inoltre, con le peculiarità della fase di trattazione dei procedimenti speciali che abbiamo rinvenuto applicabili per l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie civili.

Per quanto attiene al procedimento sommario di cognizione, si ricorda che l'art. 702 ter, c. 5 c.p.c. sancisce che *“il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande”*. Questa peculiare forma di istruzione rappresenta il cuore del procedimento sommario, il quale è volto a fornire una decisione con ordinanza perfettamente assimilabile, in termini di giudicato dichiarativo, alla sentenza, poiché l'oggetto del procedimento equivale a quello che avrebbe potuto essere l'oggetto del processo a cognizione piena, tuttavia esso assicura una conclusione più rapida grazie alla semplicità della causa. L'istruzione viene dunque definita sommaria non perché parziale, essendo prevista l'ammissibilità di tutti gli atti istruttori *rilevanti in relazione all'oggetto della domanda*, e non solo di quelli *indispensabili* ai fini della pronuncia del provvedimento, secondo la dizione normativa in materia di istruzione cautelare, ma poiché risulta semplicemente deformatizzata, pur rimanendo un'istruzione potenzialmente piena che può avere ad oggetto tutte le allegazioni introdotte nel giudizio. Infatti, essa non segue le regole ordinarie del secondo libro del c.p.c.<sup>112</sup>, ma adotta a pieno il principio di libertà delle forme, essendo imposto al giudice solamente di sentire le parti<sup>113</sup>.

Il giudice è titolare, dunque, di una discrezionalità nella direzione del suo *modus operandi* che assume un peso maggiore nell'ipotesi del processo per le sanzioni civili, ove l'assenza delle forme rigorose imposte dalla legge può semplificare la ricerca delle prove necessarie all'irrogazione della sanzione e superare i problemi relativi all'istruttoria sopra rilevati. La provvisoria deroga ai principi costituzionali del processo

---

<sup>112</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, VIII ed., Milano, 2015., p. 138.

<sup>113</sup> Punzi, C., *Il processo civile, Sistema e problematiche, vol. II, La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, II ed., Torino, 2010, p. 247.



regolato dalla legge e al principio del contraddittorio sono legittimati dalla piena cognizione nelle forme ordinarie che si verifica in grado di appello, in mancanza della cui proposizione viene implicitamente accettata dalle parti l'istruzione di primo grado nelle sue forme sommarie<sup>114</sup>.

Va sottolineato tuttavia che difficilmente nei processi sanzionatori in questione, a causa della complessità sottesa all'accertamento dei fatti rilevanti, può ritenersi sufficiente un'istruzione sommaria, pertanto generalmente il giudice è chiamato a disporre il mutamento di rito con l'ordinanza *ex art. 703 ter, c. 3 c.p.c.*, fissando l'udienza di cui all'art 183 c.p.c. e ad avviare un'istruzione formale ordinaria.

Anche il processo del lavoro è caratterizzato più di ogni altra cosa da una peculiare trattazione, orientata ai principi di oralità, immediatezza e concentrazione, perseguiti per mezzo di una procedura più snella volta a fornire al lavoratore una più rapida decisione. L'istruzione cerca addirittura di essere evitata mediante la fase iniziale ed essenziale del processo in cui si colloca un immediato tentativo di conciliazione, proprio nella prima udienza di cui all'art. 420 c.p.c., o di essere orientata al meglio dal giudice che si avvale a tal fine dell'interrogatorio libero.

Inoltre, il ricorso introduttivo e la costituzione del convenuto devono indicare a pena di decadenza (espressamente comminata solo per il secondo) i mezzi di prova di cui le parti intendono avvalersi ed i documenti contestualmente depositati. Tuttavia, nella potenziale unica udienza di discussione *ex art. 420 c.p.c.* il giudice, ai sensi del quinto comma, può ammettere i mezzi di prova che le parti non abbiano potuto proporre prima, oltre ovviamente a quelli già proposti, solamente se ritiene che essi siano rilevanti. A seguito della loro ammissione la controparte è legittimata a dedurre i nuovi mezzi di prova conseguenti a quelli ammessi tardivamente. Non sono soggetti a preclusioni, invece, la consulenza tecnica, la richiesta di informazioni alle associazioni sindacali ed il giuramento decisorio, quest'ultimo utilizzabile solo in base all'attività istruttoria già compiuta.

---

<sup>114</sup> Mandrioli, C., Carratta, A., *Diritto processuale civile, IV, L'esecuzione forzata – I procedimenti sommari, cautelari e camerali*, XX ed., Torino, 2017, p. 408.

Il giudice è titolare dei più ingenti poteri istruttori contenuti nell'art. 421, c. 2 c.p.c., nei limiti dei fatti allegati dalle parti e sempre purché venga a conoscenza della fonte di prova dagli atti legittimamente acquisiti nel processo, non potendo al contrario rimediare alle inattività ed omissioni colpevoli delle parti<sup>115</sup>. In particolare egli può disporre in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di là dei limiti processuali sanciti dal codice civile, escluso solo il giuramento decisorio che è uno strumento di decisione. E' ammesso anche l'interrogatorio libero dei soggetti che non possono testimoniare, l'accesso libero sul luogo di lavoro, la richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali.

I menzionati maggior poteri officiosi sono certamente di grande utilità nel processo per le sanzioni civili, ove si è riscontrato proprio il problema dell'assenza di iniziativa probatoria in capo alla parte. Inoltre essi rappresentano argomenti ulteriori rispetto a quelli sopra riportati deducibili a favore della tesi che sostiene la prevalenza del principio inquisitorio rispetto a quello dispositivo, quantomeno laddove si adotta tale rito speciale.

Sussiste la necessità di rinviare la trattazione della causa ad una seconda udienza, pertanto, quando il giudice ammette prove nuove nei casi consentiti dalla legge, quando l'espletamento delle prove ammesse non riesce ad essere completato in un'unica udienza, quando le parti chiedono il termine non superiore a 10 giorni per il deposito di note difensive prima della discussione, quando il giudice rinvia l'ammissione e l'assunzione delle prove ad altra udienza e nel caso di chiamata in causa di un terzo, integrazione necessaria del contraddittorio, o di fissazione di altra udienza per la costituzione del terzo<sup>116</sup>. Il rinvio, inoltre, sarà generalmente necessario nel processo in esame per garantire l'esercizio del diritto di difesa del presunto responsabile, considerato che già normalmente con difficoltà, ed ancor più nel rito del lavoro, la parte resistente viene informata della potenziale sanzione irrogabile nei suoi confronti con gli atti introduttivi, di conseguenza è necessario ammettere quest'ultima a presentare nuove

---

<sup>115</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, op. cit., p. 53.

<sup>116</sup> Punzi, C., *Il processo civile, Sistema e problematiche, II*, op. cit., p. 281.

allegazioni e mezzi istruttori che impongono appunto la fissazione di almeno una seconda udienza di trattazione.

Quando si passa al rito delle locazioni, il rinvio che l'art. 447 bis c.p.c. fa al solo primo comma dell'art. 421 e la dizione del terzo comma del suddetto articolo tornano a rendere rilevanti i limiti previsti dal codice civile nell'ammissione di ogni mezzo di prova che il giudice può disporre in ogni momento, sempre ad eccezione del giuramento decisorio. Per il resto le differenze sono minime, infatti è necessario segnalare solamente che egli può disporre l'ispezione d'ufficio, come nel rito ordinario, mentre nel rito del lavoro è necessaria l'istanza di parte per l'accesso sul luogo del lavoro ed infine che egli può richiedere informazioni scritte ed orali alle associazioni di categoria, non invece, logicamente, a quelle sindacali.

Dalla lettura di tali norme si evince come l'ordinamento giuridico presenta una maggior probabilità di incassare l'entità della sanzione pecuniaria civile all'esito di un processo speciale che segua il rito del lavoro o delle locazioni rispetto alle probabilità sussistenti nel rito ordinario, ove il giudice, dotato di maggior poteri istruttori, può agevolare il raggiungimento dello standard probatorio necessario. Tuttavia, la conclusione *de qua* dovrebbe favorire l'applicabilità dei medesimi poteri officiosi in qualsiasi altro processo volto all'irrogazione delle sanzioni: infatti, se si esclude che per quanto concerne la decisione sanzionatoria tali poteri siano giustificati dalla maggior protezione del lavoratore o del conduttore, sottesa generalmente alle peculiarità dei riti speciali in esame, dalla soluzione contraria emergerebbe un profilo di irragionevole discriminazione tra il responsabile convenuto in un rito speciale rispetto a quello convenuto in un rito ordinario. Quest'ultimo, in tal modo, riuscirebbe ad evitare più facilmente la condanna sanzionatoria per la mera e casuale natura della procedura in cui è stato immesso.

Nelle azioni possessorie la trattazione vera e propria concernente la pretesa risarcitoria e sanzionatoria, come abbiamo visto, è riservata alla seconda fase a cognizione piena introdotta dall'istanza di parte prevista dall'art. 703, c. 4 c.p.c., la cui istruzione segue le norme del rito in cui deve proseguire il giudizio di merito. Nella fase sommaria il richiamo alle norme del procedimento cautelare uniforme implica infatti un'istruzione, a norma dell'art. 669 sexies c.p.c., in cui il giudice procede "*nel modo che ritiene più*

*opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto*”, dunque un’istruzione deformalizzata che fa uso di prove atipiche ed atipicamente assunte. Tale fase è volta unicamente alla decisione in merito ai provvedimenti interinali richiesti per la reintegra del possesso, che, essendo una situazione di fatto, non richiede in realtà delle vere e proprie prove. Se si vuole ottenere la condanna risarcitoria, e con questa quella sanzionatoria, è necessario proseguire nel giudizio di merito. Infatti, la Cassazione ha sancito che *“il soggetto leso che invochi la tutela possessoria, ove intenda ottenere la condanna dell’autore dello spoglio o della turbativa anche al risarcimento dei danni, deve necessariamente chiedere al giudice ... la fissazione dell’udienza per la prosecuzione del giudizio di merito, ovvero proporre un autonomo giudizio, in quanto le questioni inerenti le pretese risarcitorie possono essere esaminate solo nel giudizio di cognizione piena”*<sup>117</sup>, tanto che il provvedimento del giudice del possessorio che decida anche sulla domanda accessoria di risarcimento viene qualificato come sentenza. Pertanto, la scelta di tale rito e di tale forma di tutela rende ancor più ipotetica l’irrogazione della sanzione, subordinata all’ulteriore volontà del privato di farsi carico della seconda fase a cognizione piena, mentre la pretesa pubblica viene sacrificata quando il privato si accontenta della tutela possessoria interinale non pretendendo l’ulteriore risarcimento dei danni mediante l’instaurazione della fase di merito. Un doppio sforzo è dunque richiesto al privato, che tuttavia può ritenersi soddisfatto una volta conclusa la prima fase del processo, dando così luogo all’ennesimo caso di successo dell’intento deflattivo del legislatore, con controbilanciato sacrificio dell’effetto deterrente e punitivo della sanzione.

Anche nelle azioni di denuncia abbiamo visto che il richiamo all’art. 669 quater c.p.c. per individuare il giudice competente quando è già pendente la causa di merito comporta l’implicita applicazione del procedimento cautelare uniforme e, dunque, dell’istruttoria deformalizzata sopra menzionata. Come già preannunciato non è detto, peraltro, che questa sia seguita dall’istruzione piena della fase di merito, la quale risulta meramente eventuale alla luce della natura del provvedimento di accoglimento, caratterizzato da una strumentalità debole<sup>118</sup>. In tal caso, pertanto, l’irrogazione della

---

<sup>117</sup> Cass. civ., Sez. II, 30 settembre 2014, n. 20635.

<sup>118</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, op. cit., p. 288, 289.

sanzione civile deve considerarsi preclusa a causa della mancata pronuncia della presupposta sentenza di accertamento e condanna al risarcimento del danno, ai fini della quale è stata poco sopra ribadita la necessità che intervenga un giudizio a cognizione piena ed esauriente.

### **3.5 Considerazioni conclusive sull'istruzione.**

Quando si passa dal procedimento penale a quello civile per sopravvenuta depenalizzazione degli illeciti già pendenti dinanzi all'autorità penale, lo schema di decreto<sup>119</sup> che era stato inizialmente elaborato dalla Commissione Palazzo prevedeva che le prove già assunte in sede penale dovessero conservare la loro efficacia anche nel processo civile avente ad oggetto i medesimi fatti, esempio lampante di circolazione della prova sopra ipotizzata, qui espressamente prevista dal disegno del legislatore. Siffatta previsione non è stata in realtà recepita nel testo finale del decreto legislativo, tuttavia si ammette<sup>120</sup> la percorribilità di tale soluzione in via ermeneutica grazie al richiamo ai principi di economia processuale, di efficienza della giustizia e alla mancata integrazione per tale via di alcuna violazione del diritto di difesa del convenuto, ben preservato dalle maggiori garanzie che accompagnano l'assunzione della prova nel processo penale.

Infine, appare doveroso sottolineare che lo svolgimento dell'attività istruttoria ritarda necessariamente il conseguimento della sentenza, potenzialmente favorevole per l'attore e spesso essenziale ai fini della tutela della sua situazione giuridica lesa. L'effettività della tutela giurisdizionale ha, pertanto, imposto di attribuire rilevanza costituzionale alla tutela cautelare, tanto che anche nel processo oggetto del presente studio si è rilevato che l'esigenza di impedire la prosecuzione o l'aggravamento dell'illecito civile può essere garantita dal solo provvedimento d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c. Questo, inoltre, è funzionale anche ad assicurare la prova che potrebbe essere distrutta o dispersa nell'attesa di giungere alla fase istruttoria del processo, sebbene non sempre

---

<sup>119</sup> In [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>120</sup> Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare*, op. cit.

tale strumento viene considerato “*adeguato e pertinente*”<sup>121</sup> ai due obiettivi ora richiamati.

#### **4. La fase decisoria.**

In base alla disciplina del rito ordinario una volta che il giudice istruttore ritiene la causa matura per la decisione, sia perché si è conclusa la fase istruttoria a seguito dell’assunzione di tutti i mezzi di prova, sia perché questa non risulta necessaria o negli altri casi stabiliti dall’art. 187 c.p.c., egli rimette le parti al collegio per la decisione, invitandole a precisare le conclusioni dinanzi a lui ai sensi dell’art. 189 c.p.c. In realtà la fase decisoria è presieduta dal collegio nelle eccezionali ipotesi elencate nell’art. 50 bis c.p.c., mentre negli altri casi la regola generale è divenuta il trattenimento della causa in decisione da parte dello stesso giudice istruttore, che vi presidia quale giudice monocratico. La precisazione delle conclusioni, in particolare, rappresenta l’ultima fase della trattazione e costituisce un ponte che collega quest’ultima alla successiva fase decisoria, non risultando peraltro un momento obbligatorio per le parti. Nell’udienza a ciò funzionale è ammissibile una modifica delle conclusioni negli stretti limiti in cui ciò non comporti nuove allegazioni o richieste istruttorie, per le quali operano le preclusioni maturate con l’udienza di cui all’art. 183 c.p.c.

La fase decisoria è caratterizzata dallo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica nei termini sanciti dall’art. 190 c.p.c., queste ultime sostituibili dalla discussione orale su istanza di ciascuna parte *ex art. 275 c.p.c.* o *ex art. 281 quinquies* nel caso di decisione del giudice monocratico, o ancora su iniziativa di questo stesso giudice che preferisce seguire la via della decisione assunta a seguito di una discussione orale nella medesima udienza o in quella successiva richiesta da una parte. Siffatta fase del processo sanzionatorio non differisce in nulla, da punto di vista processuale, dalla fase decisoria disciplinata dal codice di rito, le cui disposizioni appaiono perfettamente compatibili al processo *de quo*, normalmente affidato al tribunale in composizione monocratica. Il decreto delegato modifica, al contrario, i parametri normativi che il

---

<sup>121</sup> Padovani, T., *Ridurre l’area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *GD*, vol. 1, 2016, p. 10 ss.

giudice deve tenere in considerazione ai fini del contenuto della decisione sul merito della causa, in particolare per il capo concernente la condanna sanzionatoria.

Anche per quanto attiene alla decisione del giudice di pace non vi sono particolarità rispetto alle disposizioni del codice di rito, pertanto la discussione della causa è normalmente orale, in seguito all'invito del giudice a precisare le conclusioni rivolto alle parti. Non vi è un espresso divieto per le parti, comunque, di depositare difese scritte alla stessa udienza per la discussione orale. La sentenza deve essere espressamente depositata in cancelleria, non essendo applicabile la pronuncia in forma orale spettante al giudice monocratico *ex art. 281 sexies c.p.c.*, nel termine di 15 giorni dalla discussione a fronte dei 60 giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica *ex art. 190 c.p.c.* disposto dall'*art. 275 c.p.c.* per la decisione del tribunale<sup>122</sup>.

Al pari, nei riti speciali non si evidenziano profili di incompatibilità tra la fase decisoria disciplinata dalle norme speciali del IV libro del codice di rito ed il capo secondo del d. lgs. n. 7 del 2016, pertanto si rinvia a tali particolari forme derogatorie con cui si può giungere alla condanna risarcitoria e sanzionatoria.

Degno di più attento esame è, al contrario, il contenuto della decisione. Il primo elemento di peculiarità, già affrontato nel primo capitolo, è dato dall'accessorietà della condanna sanzionatoria rispetto a quella risarcitoria, tale per cui il giudice può decidere in senso favorevole alla prima solamente se accoglie la domanda risarcitoria, che ne diventa presupposto processuale. Il giudizio sanzionatorio dipende, infatti, da quello risarcitorio, tanto che qualsiasi causa di interruzione del secondo impedirebbe addirittura l'avvio del primo<sup>123</sup>.

Tuttavia, vi è chi<sup>124</sup> ha rilevato che l'accessorietà della sanzione si pone in contrasto con la natura ibrida del nuovo illecito civile: mentre è ritenuto legittimo che la condotta tipizzata dal legislatore sia sanzionata civilmente solo quando sia produttiva di un

---

<sup>122</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, op. cit., p. 280.

<sup>123</sup> Spina, G., *Nuove depenalizzazione, abrogazioni di reati e introduzione di illeciti con sanzione pecuniarie civili – Guida pratica*, in *La Nuova Proc. Civ.*, vol. 1, 2016.

<sup>124</sup> Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili*, op. cit.

danno, selezionando le stesse in base alla loro concreta offensività, viene criticato che la sanzione non sia applicata quando ad esempio l'attore non riesce a quantificare il danno o il giudice non condanna al risarcimento a causa dell'accoglimento della domanda riconvenzionale del convenuto che lo porta a compensare le reciproche voci di credito, violando l'interesse collettivo all'irrogazione della sanzione. Per questo si è proposta una diversa formulazione dell'art. 8, c. 2 del decreto che sostituisca il disposto "*qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa*", con la formula "*qualora accerti che il fatto illecito ha prodotto un danno alla persona offesa*".

Il secondo dato che il giudice deve tener presente nella fase decisoria sono i criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria civile indicati nell'art. 5 del decreto, da applicare al momento della graduazione della sanzione che si muove tra i limiti minimi e massimi disposti dal legislatore. Tali criteri permettono anche una diversa graduazione della sanzione in capo ai diversi concorrenti autori nell'illecito per il principio della responsabilità personale disposto dall'art. 7 del decreto in commento. In particolare, dalla loro lettura il giurista è immediatamente indotto ad accostarli ai criteri da rispettare nell'applicazione della sanzione penale contenuti negli artt. 133 e 133 bis c.p. e a quelli che orientano l'autorità amministrativa nell'irrogazione della sanzione amministrativa indicati nell'art. 11 della l. n. 689 del 1981, già esaminati nel primo capitolo. In particolare, l'art. 5 chiarisce che "*l'importo della sanzione pecuniaria civile è determinato dal giudice tenuto conto dei seguenti criteri*":

- gravità della violazione;
- reiterazione dell'illecito;
- arricchimento del soggetto responsabile;
- opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito;
- condizioni economiche dell'agente.

Si tratta di criteri prevalentemente soggettivi in quanto guardano soprattutto alla sfera dell'autore dell'illecito, oltre che alla violazione commessa, piuttosto che al danno



provocato alla persona offesa. Inoltre, evidente è il loro tratto afflittivo, ormai non estraneo all'ordinamento civile<sup>125</sup>.

Alcuni di questi criteri, infatti, sono già stati utilizzati dal legislatore in materia civile, in particolare ai fini della condanna alle cosiddette “pene private”, come ad esempio in materia di riparazione a seguito di diffamazione per mezzo della stampa, ove l'art. 12 della l. n. 47 del 1948 richiama il primo criterio menzionato (si parla qui di “*gravità dell'offesa*”), o nell'art. 70 disp. att. c.c. che, nel quantificare la sanzione conseguente alla violazione del regolamento condominiale, tiene conto della “*recidiva*”, qui chiamata “*reiterazione*”.

Ai fini della gravità della violazione si deve guardare, traendo spunto dal modello penale, alle modalità dell'azione, all'entità del danno e del pericolo e all'elemento soggettivo dell'agente.

Il criterio dell'arricchimento, invece, irrilevante in materia di sanzioni amministrative, è menzionato nel c.c. ai fini della limitazione dell'indennizzo dovuto da chi si trovava in buona fede, come nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2037 c.c. Contrariamente a tale esempio, gli illeciti civili cui segue la sanzione in esame sono sempre dolosi, dunque l'arricchimento conseguito provoca qui l'eventuale aggravamento della sanzione, piuttosto che la sua limitazione, riecheggiando la nozione di profitto che rileva per la quantificazione del danno causato dalle violazioni di diritti di proprietà industriale ex art. 125 del d. lgs. n. 52 del 2005.

La valutazione della personalità dell'agente, inoltre, criterio qui non espressamente menzionato ma utilizzato in ambito amministrativo, è compiuta dal giudice nei procedimenti speciali che riguardano lo *status* delle persone fisiche o quando si deve valutare la validità di un contratto<sup>126</sup>.

Per quanto riguarda “*l'opera svolta dall'agente...*”, essa non risulta sufficientemente integrata dalla mera interruzione della condotta, in quanto è richiesta in capo al responsabile la tenuta di un comportamento attivo che permetta di rilevare la sussistenza

---

<sup>125</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, op. cit., p. 1026.

<sup>126</sup> Masieri, C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*, op. cit.

del suo ravvedimento operoso<sup>127</sup>. Quest'ultima ricorda, inoltre, la circostanza attenuante comune consistente nella riparazione del danno o nell'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato prevista dall'art. 62, n. 6 c.p., divenuta oggi anche una causa di estinzione del reato sotto il titolo, appunto, "*condotte riparatorie*" previsto dall'art. 163 ter c.p. e già possibile fonte di sospensione condizionale della pena in presenza dei requisiti sanciti dall'art. 163 c.p.

Per quanto concerne, poi, il criterio delle "*condizioni economiche dell'agente*", l'intento del legislatore sembra quello di temperare le disuguaglianze fonti di discriminazione che altrimenti caratterizzerebbero l'irrogazione di una sanzione a somma fissa<sup>128</sup>, oltre che quello di assicurare l'efficacia punitiva e deterrente che non verrebbe realizzata dall'irrogazione di una sanzione irrisoria per l'autore dell'illecito che abbia ingenti disponibilità economiche. Quest'ultimo criterio, inoltre, è richiamato dall'art. 9 del decreto per giustificare la possibile rateizzazione della sanzione concessa dal giudice.

Per quanto attiene al criterio della reiterazione, più nel dettaglio, esso è oggetto di una specifica chiarificazione nell'art. 6, che la definisce sussistente quando lo stesso soggetto commette l'illecito sottoposto a sanzione entro quattro anni dalla commissione di un'altra violazione sottoposta anch'essa a sanzione civile, la quale deve presentare però i requisiti della "*stessa indole*" ed essere accertata con provvedimento esecutivo. Ancora, il secondo comma previene eventuali problemi interpretativi, chiarendo che si considerano della stessa indole:

1. le violazioni della medesima disposizione;
2. quelle di disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono o per le modalità della condotta presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni.

L'istituto della reiterazione è ispirato, evidentemente, alla recidiva disciplinata dall'art. 99 c.p., in particolare alla fattispecie della recidiva pluriaggravata. In entrambi i casi viene richiesta la commissione di due illeciti dolosi, l'uno penale e l'altro civile, cui si

---

<sup>127</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 201.

<sup>128</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, op. cit.

fa conseguire un possibile aumento dell'entità punitiva statale. Tuttavia, la reiterazione ha tra i suoi elementi costitutivi la necessità che le due violazioni civili siano della “*stessa indole*”, mentre questa diviene uno dei casi in cui sussiste nel diritto penale la recidiva aggravata, cui consegue un aumento di pena ulteriore (fino alla metà piuttosto che a un terzo).

Inoltre, anche il requisito temporale entro cui deve essere commesso il secondo illecito integra un elemento costitutivo dell'illecito civile, mentre se presente in sede penale è causa di possibile applicazione della recidiva aggravata, non essendo necessario ai fini della recidiva semplice. Questo è peraltro quantitativamente differente, poiché a fronte dei quattro anni richiesti in sede civile si contrappongono i cinque anni richiesti in sede penale, ove i primi decorrono dalla commissione dell'illecito, i secondi dalla condanna precedente.

L'istituto penale considera inoltre un caso ulteriore di recidiva aggravata e disciplina l'ipotesi della recidiva reiterata, privi di specifica normazione in sede civile. L'articolo in commento richiede, tuttavia, il requisito ulteriore secondo cui la prima violazione deve essere accertata con provvedimento esecutivo, sebbene la norma penale presuppone che sia intervenuta la condanna per il primo delitto non colposo commesso.

L'esplicitazione del significato della “*stessa indole*”, inoltre, diverge per minimi aspetti. In particolare, identica è l'ipotesi che considera la violazione della stessa disposizione, mentre in caso di violazione di disposizioni diverse entrambe le norme richiamano la considerazione della “*natura dei fatti*”, ma l'art. 101 c.p. prosegue con l'invocare i “*motivi che li determinano*”, contrariamente quella civile richiama le “*modalità della condotta*”. Infine, mentre la norma penale si ferma a dire che tali delitti devono presentare “*caratteri fondamentali comuni*”, l'art. 6 aggiunge a quest'ultimo l'eventualità che i due illeciti abbiano “*una sostanziale omogeneità*”.

Ai fini della reiterazione dell'illecito civile, dunque, il legislatore non dà rilievo alla pregressa commissione di illeciti penali né tantomeno amministrativi, ma ai soli illeciti civili oggetto della depenalizzazione. Inoltre, la *ratio* sottesa all'istituto della reiterazione è che i nuovi illeciti civili non integrano esempi di vecchi reati bagatellari, a fronte dei quali potrebbe essere dimenticata la precedente commissione di illeciti, ma si tratta di condotte piuttosto frequenti e per le quali è ancora ingente il disvalore

connesso. Il legislatore sceglie in tal caso, peraltro, di attribuire una rilevanza centrale ai profili obiettivi dell'illecito, legati all'esigenza di una punizione riparatoria più che alla valutazione della rimproverabilità dell'autore<sup>129</sup>.

Per permettere l'applicazione del criterio della reiterazione, tuttavia, è stato necessario prevedere l'istituzione di un registro informatizzato dei provvedimenti in materia di sanzioni pecuniarie, disposto dall'art. 11 del decreto in esame, in cui devono essere inseriti tutti quelli che dispongono la loro applicazione, le cui ulteriori funzioni sono state illustrate nel primo capitolo. In mancanza di un registro di siffatto genere, infatti, sarebbe difficile immaginare come il giudice potrebbe verificare correttamente e rapidamente la pregressa commissione degli illeciti e dei requisiti che l'art. 6 pretende ai fini del possibile incremento sanzionatorio.

Il giudice chiamato ad applicare tali criteri, in particolare, non deve elaborare giudizi di valore sugli interessi pubblici tutelati, già oggetto di apprezzamento da parte del legislatore, ma deve solo adeguare l'entità della sanzione ai parametri indicati all'esito dell'accertamento di fatto compiuto nel giudizio<sup>130</sup>.

L'uso di siffatti criteri, inoltre, sembra contestabile e rivedibile in sede di appello, non invece nel giudizio di Cassazione, che è limitato all'esame della *questio iuris* e non della *questio facti*, tanto che si ammette il riesame menzionato in Cassazione solo quando emerge la necessità di fissare un principio di diritto che operi anche per il futuro<sup>131</sup>. In particolare, gli artt. 23 e 25 Cost. sanciscono il principio di tipicità e prevedibilità della sanzione, i quali permettono di censurare quelle irrogate dal giudice privo tuttavia del potere di emanarle. La predeterminazione legislativa del contenuto e dell'entità della sanzione sono specificatamente finalizzati ad assicurare adeguate forme di controllo.

---

<sup>129</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, op. cit.

<sup>130</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 200.

<sup>131</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

Una questione molto dibattuta attiene alla natura obbligatoria o discrezionale del potere del giudice di irrogazione della sanzione. Il problema sorge dalla non chiara lettera della norma che, nell'art. 8, c. 2 del decreto, recita “*il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa*”. Ovviamente, il giudice non è autorizzato ad irrogare la sanzione quando accoglie la domanda risarcitoria per un comportamento solamente colposo. Ad ogni modo, l'utilizzo del verbo *decidere* si presta ad un'interpretazione tanto a favore della doverosità dell'irrogazione della sanzione, quanto della sua mera possibilità. La discrezionalità, al contrario, viene espressamente richiamata ai fini della determinazione dell'importo della sanzione.

Una parte della dottrina<sup>132</sup> ha sposato la prima tesi che propende per la doverosità della condanna sanzionatoria, supportata dalla motivazione che richiama la natura pubblica della sanzione. Quest'ultima, infatti, impone al giudice che accolga la domanda risarcitoria di pronunciarsi sulla sanzione in via ufficiosa ed in particolare di irrogarla se accerta la sussistenza dei presupposti richiesti dalla disciplina legislativa.

Evidentemente, il giudice cui si riferisce il legislatore è quello di primo grado, il primo a conoscere della condotta illecita. Addirittura è stato ipotizzato che la destinazione pubblica della sanzione dovrebbe prospettare il rischio di responsabilità per danno erariale in capo al giudice che non provveda alla condanna dovuta.

La soluzione in questione è avallata, peraltro, dalla prevalente interpretazione nel medesimo senso che la dottrina adotta tanto in materia di mediazione civile, con riferimento alla sanzione disposta dall'art. 8, c. 4 bis del d. lgs. n. 28 del 2010 per l'ingiustificata mancata partecipazione alla mediazione, quanto in materia di sanzione inflitta al genitore inadempiente con riferimento alla responsabilità genitoriale o alle modalità dell'affidamento, di cui all'art. 709 ter, c. 2, n. 4 c.p.c., entrambe aventi una natura sanzionatoria e pubblica e ritenute applicabili anche d'ufficio dal giudice.

---

<sup>132</sup> Spina, G., *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d. lgs. 7/2016*, op. cit.; Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.; Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1027.

Tuttavia, è stato rilevato che la lettera della legge sembra chiaramente orientata verso l'interpretazione contraria laddove sceglie di utilizzare il verbo *decidere*, connotato da un'intrinseca discrezionalità dovuta all'incerto esito della decisione, in luogo del verbo *applicare*, che avrebbe al contrario reso doverosa l'irrogazione, o appunto l'applicazione, della sanzione. Il giudice potrebbe, pertanto, decidere di non irrogare la sanzione sulla base di considerazioni di opportunità. Tale tesi rispetta l'intento deflattivo del legislatore riformatore, in quanto limita il numero procedimenti civili che si devono far carico dell'ulteriore irrogazione della sanzione, rispetto ai precedenti penali, richiedendo il superamento di un duplice filtro: quello dell'effettiva proposizione e accoglimento della domanda risarcitoria e quello della valutazione discrezionale del giudice circa l'opportunità di far seguire alla prima condanna anche quella sanzionatoria, possibile valvola di sfogo per la giustizia civile già sovraccarica di lavoro<sup>133</sup>. Infatti, siffatta discrezionalità sarebbe esercitata nella valutazione complessiva che il giudice è chiamato a svolgere, in particolare con riferimento al vaglio di sussistenza dello standard probatorio necessario.

La valutazione *de qua*, tuttavia, riguarda in realtà non tanto l'irrogazione o meno della sanzione una volta accertati sussistenti tutti i presupposti richiesti dalla legge per la loro applicazione, quanto a priori l'avvenuta integrazione dei medesimi presupposti e, soprattutto, la valutazione degli elementi necessari per la loro quantificazione basata sui criteri di cui all'art. 5<sup>134</sup>. Sembra, pertanto, preferibile la tesi che ammette la doverosità della decisione del giudice, in quanto la legge prevede nell'art. 4 del decreto che chi commette gli illeciti tipizzati "*soggiace*" alla sanzione ivi indicata, facendo trapelare che il giudice è solamente l'organo pubblico incaricato di assicurare l'applicazione della legge sostanziale, e non anche colui che deve scegliere discrezionalmente se irrogare o meno la sanzione. Tale ipotesi difetterebbe peraltro di adeguati parametri normativi guida, con conseguente pericolo di sentenze arbitrarie e discriminatorie.

---

<sup>133</sup> Russo, M., *Le nuove "sanzioni pecuniarie civili" introdotte dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, op. cit.

<sup>134</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 206.

La domanda che sorge spontanea dalle considerazioni svolte è, tuttavia, cosa succede se il giudice omette di pronunciarsi sulla sanzione pecuniaria civile? Più precisamente cosa accade quando, nonostante ricorrano tutti i presupposti per l'irrogazione della sanzione, il giudice nulla dica nella motivazione della sentenza circa la sua decisione di non irrogarla, anche ammettendo la tesi più permissiva che la rimette alla sua discrezionalità?

Emergono dunque diverse ipotesi problematiche, tanto quella in cui il giudice, consapevolmente, sulla base degli accertamenti di fatto da lui svolti nel processo e datane motivazione in sentenza, ritiene opportuno non applicare la sanzione, quanto quella in cui egli omette di fare alcuna menzione concernente la potenziale irrogazione della sanzione. Nella prima situazione si potrebbe ipotizzare più facilmente un'impugnativa fondata sulla tesi sopra esposta della doverosità del compito del giudice, denunciando il vizio di motivazione o, in ogni caso, la non corretta valutazione di opportunità svolta dal giudice. Ma su iniziativa di chi? Viceversa, nel secondo caso, il giudice appare non essersi neppure posto il problema se applicare o meno la sanzione in esame, non essendo emerso nella fase della trattazione alcun riferimento a suo merito, né tantomeno in quella decisoria nonostante ne sussistano i presupposti. Ancora problematica è la situazione in cui il giudice afferma erroneamente insussistente un elemento costitutivo della sanzione o sussistente una scriminante, o, infine, ci si chiede che cosa accada quando la sanzione viene sì irrogata, ma essa risulta evidentemente troppo bassa<sup>135</sup>.

In particolare, nessuna delle situazioni prospettate corrisponde ad una lacuna della sentenza così viziata per *infra petitum*, in quanto non vi è una corrispondente domanda sulla pretesa sanzionatoria di parte che permetta di rinvenire una violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. Il giudice omette semplicemente, in tal caso, di esercitare un suo potere officioso obbligatorio.

Non sembra essere previsto nel decreto uno strumento che garantisca il superamento dell'omissione del giudice di primo grado, colui che per primo conosce della causa e su cui ricade il compito afflittivo sancito dal legislatore. Infatti, nel processo civile

---

<sup>135</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 329.

dovrebbe essere una parte a farsi carico dell'impugnazione della sentenza, al fine della quale si richiede tuttavia che essa sia titolare di un interesse all'impugnazione tale per cui il processo di grado successivo potrebbe attribuirle un vantaggio non altrimenti conseguibile.

E' evidente che nel caso in esame, tuttavia, non si verifica siffatto presupposto a causa della destinazione pubblica dell'importo della sanzione: se l'attore si è visto rigettare la sua domanda risarcitoria o questa è stata accolta ma in maniera per lui insufficiente, egli promuove l'impugnazione volta ad ottenere una modifica del capo della sentenza avente ad oggetto il risarcimento del danno in senso a lui più favorevole e solo indirettamente, al pari di quanto avviene nel processo di primo grado, anche la pretesa sanzionatoria viene dedotta nel giudizio di impugnazione così che anche la condanna sanzionatoria possa essere riformata dal giudice d'appello. Lo stesso avviene quando è il responsabile ad impugnare la sentenza per il capo che lo condanna ad un risarcimento per lui iniquo o non affatto dovuto.

Se tuttavia il giudice di primo grado ha omissso di pronunciarsi sulla questione sanzionatoria, ammettere a ciò il giudice d'appello per la prima volta, sempre che non sussista un problema di instaurazione del giudizio, sarebbe per taluno<sup>136</sup> una privazione per il responsabile di un grado di giudizio e, se anche il doppio grado di merito non risulta costituzionalmente necessario, sarebbe illegittimo in termini di uguaglianza e ragionevolezza rimettere il suo godimento in maniera casuale, assicurandolo solamente in via eventuale.

Altri<sup>137</sup>, diversamente, motivano il divieto di pronuncia per la prima volta del giudice d'appello con l'avvenuta formazione del giudicato implicito, in quanto sostengono che se il giudice di primo grado non si è pronunciato sulla sanzione è perché egli ha valutato non sussistenti i presupposti necessari per la sua irrogazione. Viceversa, il giudicato implicito non può dirsi formato quando dalla pronuncia di primo grado emerge chiaramente la presenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione, né quando la domanda risarcitoria rigettata in primo grado viene accolta in appello.

---

<sup>136</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 329.

<sup>137</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.



Diversa è l'opinione di chi<sup>138</sup>, riconoscendo nel giudice di primo grado la legittimazione all'esercizio della pretesa punitiva dello Stato, ritiene che questa dovrebbe perpetuare in capo al giudice di appello, chiamato ad esercitarla anche per la prima volta e che non sarebbe neppure limitato dal divieto di domande nuove sancito dall'art. 345 c.p.c. Siffatta tesi infatti prosegue specificando che, quando la parte privata avvia il giudizio di appello, il giudice dell'impugnazione dovrebbe sempre poter tornare sulla decisione sanzionatoria, sia per irrogarla per la prima volta, sia per darne una diversa quantificazione se ritiene la precedente non corretta, sia ancora per negarla quando non rinvenga la responsabilità risarcitoria del presunto responsabile. Siffatta posizione sarà ripresa più diffusamente in seguito, in relazione al tema delle impugnazioni.

Se, diversamente dalle situazioni ora illustrate, l'attore è soddisfatto del risarcimento ottenuto in primo grado ed il convenuto non lamenta l'ingiustizia della condanna risarcitoria, consapevole di essere riuscito a scampare alla sanzione pecuniaria civile, non vi è alcuno strumento che permetta di condurre la sentenza viziata in quanto priva della pronuncia sanzionatoria in grado d'appello. Infatti, oltre all'assenza dell'interesse ad impugnare, l'attore di primo grado sarebbe anche privo di qualsiasi diritto soggettivo da poter far valere in giudizio e di cui possa lamentare la lesione.

Il richiamo alla disciplina del codice di rito, pertanto, non appare essere risolutivo per il problema in esame, essendo necessario trovare una risposta più soddisfacente mediante il ricorso ad argomenti logico – sistematici<sup>139</sup>.

Nel processo penale, diversamente da quanto detto sinora, la medesima situazione veniva risolta grazie all'impugnazione rimessa al Pubblico Ministero, il cui ruolo è proprio quello di rendersi portatore di una pretesa pubblica che rimarrebbe altrimenti priva di tutela. Inoltre, in quest'ultimo processo la parte civile ha diritto ad impugnare la sentenza di assoluzione limitatamente ai suoi soli capi civili, non invece per la pretesa pubblica volta all'irrogazione della sanzione penale, della quale non può farsi carico in luogo del PM. Proprio per risolvere il problema in questione, oltre ai numerosi

---

<sup>138</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

<sup>139</sup> Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare*, op. cit.

precedentemente illustrati, i commentatori hanno visto con favore l'introduzione legislativa della partecipazione del PM nel processo in esame, o quantomeno di un soggetto pubblico a lui assimilabile.

Tornando al processo civile, le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo possono per l'appunto, o meglio devono, essere oggetto di rilevazione officiosa da parte del giudice di appello e in Cassazione<sup>140</sup>, anche quando il giudice di primo grado non vi abbia provveduto, così viziando la sentenza per omessa pronuncia. Inoltre, recentemente la giurisprudenza<sup>141</sup> ha sancito che in tema di nullità di protezione, ad esempio, la mancata rilevazione officiosa da parte del giudice di primo grado della nullità integra il vizio di omessa pronuncia solo se la questione è stata oggetto di una specifica domanda o eccezione, tuttavia se il vizio non viene menzionato tra i motivi di impugnazione il giudice del grado successivo non può essere ammesso al rilievo officioso a causa dell'avvenuta formazione del giudicato interno, il quale al contrario non si viene a formare se nel processo di primo grado è mancata tanto la menzione delle parti quanto il rilievo officioso del giudice.

Il tema dell'omessa pronuncia della sanzione, tuttavia, non risulta pienamente assimilabile ad una questione rilevabile d'ufficio, quale la nullità, che si presenta come elemento impeditivo della fattispecie dedotta in giudizio. Essa è, al contrario, una pretesa punitiva che non ha nulla a che fare con la pretesa dedotta in giudizio dall'attore e con la fattispecie ad essa connessa, se non quella di dipendere dal riconoscimento dalla sua sussistenza. Solamente in tali termini, normalmente estranei al processo civile, la pronuncia sulla sanzione può essere posta a confronto con una questione rilevabile d'ufficio, in quanto essa costituisce un potere – dovere del giudice *“il cui esercizio è sempre obbligatorio, mai facoltativo come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applicazione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato”*<sup>142</sup>. Appare infatti, come emerge da tale richiamo, più corretto assimilare siffatta pronuncia officiosa a quella che segue il rilievo officioso della nullità nel processo amministrativo,

---

<sup>140</sup> Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

<sup>141</sup> Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 2017, n. 923.

<sup>142</sup> Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. Giurisd., 27 luglio 2012, n. 721.

ove esso risponde alla necessità di salvaguardare l'interesse pubblico generale sotteso a codesto peculiare processo. Tale profilo oggettivo giustifica la più rigorosa disciplina in tema di nullità rispetto a quella delle nullità nel processo civile. La sentenza richiamata ricorda, infatti, che mentre nel processo civile il principio della domanda rappresenta un limite, secondo taluno, alla rilevabilità della nullità, alla luce del principio dispositivo che lo orienta, il giudice amministrativo può e anzi deve sempre rilevare la nullità autonomamente, alla luce dell'art. 31, c. 4 del c.p.a., per i diversi principi che regolano il processo amministrativo, senza correre il rischio di ricadere nel divieto di *extra o ultrapetita*.

Altra parte della dottrina<sup>143</sup> ha sostenuto una teoria contrapposta, sebbene con riferimento alle differenti ipotesi di sanzioni vigenti in materia di mediazione, secondo la quale le esigenze del buon funzionamento della giustizia e dell'effettività dell'attuazione dell'interesse pubblico sotteso alle stesse impongono di riconoscere alle parti dei veri e propri poteri processuali, tra cui quello di contestare il mancato esercizio del potere di irrogazione da parte del giudice. Ovviamente le stesse parti, poi, possono sempre suggerire nel corso del giudizio l'esercizio di siffatto potere, prevenendo la necessità di svolgere l'ulteriore grado di impugnazione a tal unico fine.

Il problema dell'omessa pronuncia, pertanto, è uno dei più dibattuti ed è fonte di numerose critiche verso il decreto in commento. L'effettività del sistema sanzionatorio, infatti, viene messa in crisi dinanzi all'assenza di soluzioni certe che pongano rimedio alla mancata irrogazione, volontaria o accidentale, del giudice, e che richiederebbero pertanto un'espressa soluzione normativa.

In mancanza, peraltro, di un simultaneo processo nei confronti dei più autori che hanno concorso nel medesimo illecito, i limiti soggettivi di efficacia del giudicato impongono di specificare<sup>144</sup> che la sentenza a sfavore di uno di essi non risulta opponibile agli altri che non hanno partecipato al processo in quanto non citati in giudizio, siano essi stati citati in altri processi successivi o meno, mentre la sentenza deve ritenersi opponibile al

---

<sup>143</sup> Bove, M., *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Società*, vol. 3, 2012, p. 305.

<sup>144</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

contumace, che non partecipando al processo volontariamente non può sperare di sfuggire all'irrogazione della sanzione.

## **5. L'interesse a transigere.**

Il processo per le sanzioni civili presenta un carattere di particolare afflittività per entrambe le parti: l'attore, come visto, è chiamato a farsi carico della pretesa punitiva dello Stato in aggiunta alla sua pretesa risarcitoria, dovendo affrontare un'istruttoria costosa e difficile, spesso dai risultati incerti; il convenuto, ancor più, deve difendersi da una doppia "imputazione", una delle quali particolarmente spaventosa a causa dell'intervento del giudice che con i suoi più ampi poteri ne condivide in parte la cura, mettendo in crisi la fiducia del convenuto nella sua imparzialità e terzietà e, dunque, nella giustizia stessa del processo.

Sorge allora facilmente in capo alle parti il dubbio che il processo sia la soluzione più idonea a soddisfare i rispettivi interessi: quelli della persona offesa a conseguire la compensazione dei danni subiti dalla condotta illecita e quelli del responsabile ad evitare di dover sostenere il costo della sanzione pecuniaria civile sommato a quello del risarcimento, scongiurabile mediante la mancata integrazione del suo presupposto processuale rappresentato dalla condanna risarcitoria, oltre a non incorrere nel dispendio di tempo e soldi che il processo causerebbe ad entrambe le parti. Tali posizioni appaiono pertanto componibili in una soluzione extragiudiziale della controversia grazie alla non completa antitetività degli interessi delle parti, proprio perché la persona offesa, in particolare, non risulta in alcun modo interessata all'irrogazione della sanzione.

E' così che i tratti processuali disegnati dal legislatore per le controversie in questione spingono le parti a fuggire, in realtà, dallo stesso processo, convinte di ottenere una maggior soddisfazione per mezzo di una transazione, mediazione, negoziazione assistita o di qualsiasi forma di *alternative dispute resolution*.

In primo luogo, va sottolineato che molte controversie risarcitorie derivanti dalla commissione degli illeciti elencati nell'art. 4 del decreto sono oggi sottoposte all'obbligo di negoziazione assistita di cui all'art. 3 del d. l. n.132 del 2014, quale

condizione di procedibilità della domanda risarcitoria<sup>145</sup>. Dunque in tali casi è lo stesso legislatore a preferire e ricercare una soluzione della lite tra le parti che prevenga l'instaurazione del processo, scegliendo di sacrificare l'entrata per lo Stato data dall'entità della sanzione pur di non aggravare lo stesso dei costi del processo e di non incidere ulteriormente sul mal funzionamento della giustizia civile. Peraltro il medesimo giudice può farsi portatore della proposta conciliativa ai sensi dell'art. 185 c.p.c., manifestando l'interesse pubblico al raggiungimento dell'accordo stragiudiziale, interesse che si rende *competitor* di quello avente parimente natura pubblica finalizzato all'irrogazione della sanzione.

In tali controversie non risultano sussistenti, al contrario, i presupposti della mediazione obbligatoria, non essendo la pretesa risarcitoria tra quelle elencate dall'art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, ad eccezione solamente di quella derivante dalla circolazione di veicoli e natanti. Essa torna a risultare obbligatoria, tuttavia, qualora la pretesa risarcitoria venga fatta valere in una più ampia azione di reintegrazione o di rivendicazione, essendo essa infatti obbligatoria in materia di controversie aventi ad oggetto diritti reali<sup>146</sup>. Ad ogni modo, l'avvio del procedimento di mediazione non preclude la possibilità di ottenere la concessione dei provvedimenti di urgenza secondo il disposto dell'art. 5, c. 3 del decreto appena menzionato.

Più specificatamente, il beneficio per il convenuto proveniente dal raggiungimento di una soluzione extragiudiziale è anche quello di evitare una condanna che potrebbe rilevare in occasione di successivi processi aventi ad oggetto ulteriori condotte illecite, ove l'istituto della reiterazione non potrebbe operare grazie alla mancanza di provvedimenti giurisdizionali da cui possa emergere la commissione passata di un illecito civile.

La persona offesa, a sua volta, potrebbe avvantaggiarsi del più forte peso contrattuale ricoperto in fase di trattative e di ricerca dell'accordo, esercitando pressioni tramite la minaccia della sanzione pubblica che il responsabile dovrebbe sopportare a seguito

---

<sup>145</sup> Spina, G., *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d. lgs. 7/2016*, op. cit.

<sup>146</sup> Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, op. cit., p. 244, 245.

dell'instaurazione del processo, così, forse, da riuscire ad indurre il responsabile a riconoscere in suo favore una somma di denaro addirittura maggiore rispetto all'entità del danno subito ed ottenibile in via giurisdizionale, ma pur sempre inferiore a quella che egli dovrebbe sborsare all'esito del giudizio, che comprenderebbe la sanzione civile.

Per lo stesso fine l'attore è interessato a fornire in giudizio le prove necessarie all'irrogazione della sanzione o alla lievitazione della sua entità, così da incrementare le probabilità che il giudice le disponga all'esito del processo ed aumentare il timore del convenuto, a fronte appunto della maggior forza contrattuale assunta dall'attore in sede di accordo conciliativo inseritosi nel processo<sup>147</sup>.

Proprio perché la persona offesa è già titolare di siffatto potere di negoziare e disporre dell'applicazione della sanzione, arrivando talvolta quasi a ricattare il responsabile per indurlo a pagare in suo favore una somma di denaro in sede extragiudiziale potenzialmente superiore all'entità del danno subito, affinché essa non inizi o prosegua il processo a suo carico, è stato escluso che questo possa risultare l'effetto negativo di un ipotetico intervento riformatore che devolva al privato, piuttosto che alla Cassa delle Ammende, l'importo della sanzione. La soluzione in questione, cui pertanto si propende, risolverebbe molti dei problemi del processo in esame rilevati, in particolare quelli connessi al mancato interesse del privato all'irrogazione della sanzione.

Anche una volta instaurato il processo, ad ogni modo, abbiamo visto che l'attore, grazie al suo potere di disposizione del giudizio, può rinunciare agli atti del processo provocandone l'estinzione, tanto prima quanto a seguito dell'esercizio della pretesa punitiva da parte del giudice. Tale potere di disposizione è giustificato, infatti, dalla centralità che la pretesa risarcitoria ricopre all'interno del processo, così che la parte può scegliere in un secondo momento di seguire la via delle ADR<sup>148</sup> ed abbandonare quella del processo rivelatasi più tortuosa.

Così facendo, si riscontra ancora una volta un declassamento della pretesa punitiva dello Stato e dell'efficacia afflittiva – repressiva delle sanzioni connesse alle condotte illecite

---

<sup>147</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.

<sup>148</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

rispetto agli interessi privati in gioco, in quanto le parti possono facilmente aggirare la legge ed evitare di subire l'irrogazione della sanzione comminata dal legislatore, la cui applicazione pratica rimane quasi illusoria. Esse sembrano prendersi gioco dell'ingenuità del legislatore, che a sua volta cela tuttavia un'inaspettata astuzia nel raggiungere l'obiettivo deflattivo tanto perseguito, sebbene l'interesse pubblico principale, quello sotteso all'irrogazione della sanzione, cede a fronte del preminente interesse delle parti, che si avvalgono dello strumento della giustizia a loro completo piacimento.

Tuttavia, il ricorso al giudice dovrebbe risultare, secondo taluno<sup>149</sup>, l'*extrema ratio* per le parti che ricercano una soluzione della lite, in apparente contraddizione con la garanzia dell'art. 24 Cost., tanto che si è ipotizzato che l'instaurazione del processo per l'esclusivo fine di intimorire il convenuto ed aumentare le probabilità di soddisfacimento dei propri interessi in sede extragiudiziale rappresenti una delle possibili ipotesi di lite temeraria sanzionabile ex art. 96 c.p.c. dal giudice.

## **6. Il diritto intertemporale.**

L'art. 12 del d. lgs. n. 7 del 2016 disciplina espressamente un ulteriore aspetto centrale, quello del diritto intertemporale, dunque il problema di quale sia la legge applicabile alle condotte ricadute nel fenomeno della successione delle leggi nel tempo.

In primo luogo la norma specifica la portata retroattiva della riforma, derogando all'art. 11 disp. prel. c.c., in quanto *“le disposizioni relative alle sanzioni pecuniarie civili del presente decreto si applicano anche ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore dello stesso”*. Tuttavia, sono sancite due deroghe in ossequio ai principi desunti dall'art. 2, c. 2 e 4 c.p., quello della non irrogabilità della pena quando il fatto non costituisce più reato e dell'applicazione della legge più favorevole al reo, nei casi in cui il procedimento penale sia stato definito con sentenza o con decreto irrevocabili. In siffatte due ipotesi, infatti, il giudice dell'esecuzione è chiamato a revocare la sentenza o il decreto dichiarando che *“il fatto non è previsto dalla legge come reato”*, per poi

---

<sup>149</sup> Gattari, P., *Le nuove sanzioni civili ex d. lgs. n. 7/2016: alcuni profili critici di una strana scelta legislativa*, in *Ridare*, 13 aprile 2016.

adottare i provvedimenti conseguenti. Al pari sancisce l'art. 2, c. 2 c.p., che dopo aver affermato la non punibilità per un fatto non costituente più reato aggiunge “e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”.

L'art. 12 si presenta speculare, inoltre, al disposto dell'art. 8 del d. lgs. n. 8 del 2016 in materia di depenalizzazione perseguita mediante l'introduzione di sanzioni amministrative. La precedente condanna penale, di cui cessano gli effetti, diviene giuridicamente irrilevante per qualsiasi altro fine. A questo punto, non è possibile però irrogare la sanzione civile, come non sarebbe stata neppure irrogabile la sanzione amministrativa se il fatto per cui fosse intervenuta la condanna definitiva fosse stato depenalizzato in illecito amministrativo in ossequio al principio di irretroattività delle sanzioni amministrative disposto dall'art. 1 della l. n. 689 del 1981.

Tuttavia la parte civile regolarmente costituita in giudizio può ancora pretendere l'obbligazione risarcitoria nei confronti del condannato nonostante sia venuta meno la condanna penale.

Quando, viceversa, il procedimento penale non risulta concluso ma è ancora pendente al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, l'art. 2, c. 2 c.p. impone di dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, utilizzando a tal fine il provvedimento adeguato rispetto alla fase in cui si trova il procedimento, quali il decreto di archiviazione prima dell'esercizio dell'azione penale richiesto dal PM al GIP competente, la sentenza di proscioglimento emessa d'ufficio perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato *ex art. 129 c.p.p.* o le più specifiche sentenze di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.* all'esito dell'udienza preliminare o di quelle assolutorie *ex art. 530 c.p.p.* all'esito del dibattimento.

Se poi, erroneamente, un privato presenta querela o denuncia dei fatti depenalizzati in illeciti civili volendo provocare l'avvio del procedimento penale, gli atti devono essere immediatamente trasmessi al PM che li iscrive nel registro dei fatti non costituenti reati, il modello 45, per procedere poi all'esercizio del cosiddetto “*potere di cestinazione*”<sup>150</sup> o di archiviazione diretta di cui si è accennato nel precedente capitolo.

---

<sup>150</sup>Conso, G. – Grevi, V. – Bargis, M., *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 471.



A questo punto la relazione di accessorietà che lega la pretesa civile nel processo penale all'accoglimento dell'azione esercitata dal PM con una condanna del giudice, che ne costituisce infatti il presupposto, obbliga la parte civile a ripetere la domanda risarcitoria in sede civile. Tuttavia, come già rilevato, mentre in ambito amministrativo viene disposta la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente (salvo che il reato risulti prescritto o estinto per altra causa), in ambito civile è il privato che deve farsi carico della nuova instaurazione del processo deducendo la sua domanda risarcitoria, non essendovi un'autorità pubblica civile titolare di siffatta iniziativa cui logicamente trasmettere gli atti.

Quando poi è stata pronunciata la sentenza di condanna penale, tuttavia essa non risulta ancora definitiva, è il giudice dell'impugnazione penale a dover dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato. La condanna penale cade, ma a questo punto emerge il problema di definire la sorte delle statuizioni civili già disposte dal giudice di primo grado, il quale può aver accolto o meno la domanda risarcitoria della parte civile sempre in maniera non ancora definitiva. Tale questione è stata protagonista di numerose pronunce giurisprudenziali, tra loro fortemente contrastanti.

La prima posizione adottata dalla giurisprudenza di merito<sup>151</sup> e dalla sezione V della Cassazione penale, sebbene in maniera non costante,<sup>152</sup> è stata quella di imporre al giudice dell'impugnazione penale la revoca non solo della condanna penale ma anche delle statuizioni civili.

Diverse sono state le argomentazioni a sostegno di tale tesi: *in primis*, l'argomento letterale che richiama l'assenza di una norma transitoria o derogatoria che disponga diversamente, prevista al contrario dall'art. 9, c. 3 del d. lgs. n. 8 del 2016 in materia di illeciti amministrativi, il quale attribuisce espressamente al giudice dell'impugnazione il potere di decidere dei soli capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Risulta necessaria, infatti, un'espressa disposizione normativa che deroghi alla disciplina

---

<sup>151</sup> Corte d'Appello di L'Aquila, 14 dicembre 2017, n. 2600.

<sup>152</sup> Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2017, n. 8735; Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 50056; Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2016, n. 14044; Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2016, n. 32135; Cass. pen., Sez. V, 2 marzo 2016, n. 18478.

generale di cui all'art 538 c.p.p., secondo cui il giudice penale può decidere anche sulla responsabilità civile solamente quando pronuncia la sentenza di condanna<sup>153</sup>. Non risulta al contrario ammissibile un'applicazione analogica in materia di illeciti civili dell'art. 9, in quanto non si rinviene l'*eadem ratio* presupposta: infatti, mentre in ambito amministrativo è l'autorità amministrativa ad essere titolare del potere d'irrogazione delle sanzioni, tale da giustificare la scelta più garantista di riservare la pronuncia sulle statuizioni civili già decise dall'autorità giurisdizionale penale ad un giudice, che non poteva essere altro se non quello dell'impugnazione penale, in ambito civile ciò non appare necessario in quanto è già preposto all'irrogazione della sanzione un giudice, quello civile, adatto a pronunciarsi anche sulle statuizioni civili.

La regola in commento rappresenta peraltro una norma eccezionale per le quali è esclusa l'applicabilità dell'analogia. Ulteriore disposizione, ad esempio, espressamente derogatoria dell'art. 538 c.p.p. menzionato è rappresentata dall'art. 578 c.p.p., che ammette il giudice dell'impugnazione penale a pronunciarsi anche sugli effetti civili nei soli casi di declaratoria di estinzione del reato per amnistia o prescrizione.

Inoltre, è stato affermato che la soluzione contraria impedirebbe l'esercizio dell'azione davanti al giudice civile competente per il risarcimento del danno, così escludendo la possibilità dell'irrogazione delle sanzioni civili, non pronunciabili dal giudice penale, in contrasto con la *ratio* sottesa al d. lgs. n. 7 del 2016<sup>154</sup>.

Infine, bisogna sottolineare che la conservazione delle statuizioni civili pronunciate in primo grado e non revocate dal giudice di appello pregiudicherebbe l'appellante ponendo nel nulla la sua impugnazione relativa ai capi civili della sentenza, pertanto si dovrebbe quantomeno ammettere il giudice dell'impugnazione alla revoca delle statuizioni quando non ne rinvenga sussistenti i presupposti.

---

<sup>153</sup> Ufficio del Massimario, Rel. n. III/01/2016, *Gli interventi di depenalizzazione e di abolitio criminis del 2016: una prima lettura*, op. cit.; Cass. pen., Sez. V, 1 aprile 2016, n. 16147; Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2016, n. 15634; nello stesso senso anche gran parte della dottrina, ad esempio v. Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1029.

<sup>154</sup> Cass. pen., Sez. V, 14 aprile 2016, n. 40259; in tal senso v. anche Bove, M., *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio: profili processualcivilistici del d. lgs. n. 7 del 15/1/2016*, op. cit., p. 418 ss.

La soluzione contrapposta riserva, contrariamente, al giudice dell'impugnazione il dovere di decidere sulla stessa ai soli effetti delle disposizioni e capi della sentenza che concernono gli interessi civili, dal momento che quelli pronunciati nel giudizio di merito dovrebbero altrimenti sopravvivere piuttosto che essere in ogni caso revocati<sup>155</sup>.

Siffatta posizione risponde all'esigenza di non costringere la parte eventuale a trasferire la sua pretesa in sede civile e a farsi carico di una nuova azione, con il connesso pericolo della prescrizione dell'illecito ed i rilevanti costi processuali sottesi.

Peraltro, vengono provocati importanti effetti deflattivi per il sistema della giustizia, aderendo dunque ad una lettura costituzionalmente orientata fondata sul principio della ragionevole durata del processo. Essa si fonda anche sull'interpretazione letterale dell'art. 2, c. 2 c.p., in base al quale l'*abolitio criminis* successiva alla condanna determina la cessazione dell'esecuzione e dei soli effetti penali, mentre non sono menzionati quelli civili.

Ancora, i sostenitori di tale tesi ritengono applicabile il disposto dell'art. 9 del d. lgs. n. 8 del 2016 anche alle sanzioni civili, presupponendolo riferito a tutte le ipotesi di depenalizzazione.

Infine viene invocato l'argomento fondato sulla regola della successione delle leggi nel tempo di cui all'art. 11 delle preleggi, in virtù del quale queste non dispongono che per l'avvenire, dovendo pertanto rimanere ferme le statuizioni civili pronunciate durante la vigenza della legge precedente, in mancanza di un'espressa deroga contraria.

Molte delle argomentazioni riportate vengono utilizzate per affermare che il giudice penale deve pronunciarsi sulle statuizioni civili non solo quando si tratta del giudice dell'impugnazione dopo che sia intervenuta la sentenza non definitiva di primo grado, ma anche quando è il giudice di primo grado ad essere chiamato a dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, nelle forme sopra ricordate, per intervenuta depenalizzazione durante la pendenza del giudizio di primo grado.

---

<sup>155</sup> Cass. pen., Sez. II, 23 marzo 2016, n. 14529; Cass. pen., Sez. V, 8 marzo 2016, n. 35119; Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2016, n. 24029 e 25062; Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 14041.

La rilevanza del contrasto giurisprudenziale ha spinto recentemente la Sezione V della Cassazione penale<sup>156</sup> a rimettere la questione al vaglio delle Sezioni Unite<sup>157</sup>, le quali hanno messo fine al dibattito statuendo che il giudice dell'impugnazione deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili, accogliendo la prima tesi esposta, cui si sono uniformate le successive sentenze intervenute recentemente sul tema sopra richiamate.

La Corte ha aggiunto, inoltre, che il giudice dell'esecuzione, viceversa, deve revocare la sola sentenza di condanna o il decreto irrevocabile, mentre deve lasciare ferme le disposizioni e i capi che concernono gli interessi civili, confermando l'esclusione della retroattività delle sanzioni civili nelle due ipotesi menzionate nell'art. 12 del decreto.

La Sezione I penale<sup>158</sup> è da poco nuovamente intervenuta sul tema, giudicando che la revoca delle statuizioni civili contenuta in una sentenza definitiva, al contrario, di assoluzione dell'imputato, piuttosto che di condanna, per intervenuta abrogazione del reato e sua trasformazione in illecito civile, risulta inclusa nella competenza del giudice dell'esecuzione, in quanto esse sarebbero state adottate *“in totale assenza di potere giurisdizionale”*.

Anche la Consulta, negli stessi anni, aveva mostrato di seguire un orientamento conforme a quello adottato dalle Sezioni Unite nell'ipotesi di assoluzione dell'imputato dovuta alla non imputabilità per vizio totale di mente, sottolineando che *“l’inserimento dell’azione civile nel processo penale pone in essere una situazione differente rispetto a quella esercitata dall’esercizio dell’azione civile nel processo civile, in quanto assume carattere accessorio e subordinato rispetto all’azione penale e, pertanto, è destinata a subire le conseguenze e gli adattamenti che conseguono dalla struttura e dalla funzione del processo penale: esigenze di interesse pubblico connesse all’accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi”*<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Cass. pen., Sez. V, 9 febbraio 2016, n. 7125.

<sup>157</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2016, n. 46688.

<sup>158</sup> Cass. pen., Sez. I, 13 aprile 2018, n. 21102.

<sup>159</sup> Corte cost., sent. 29 gennaio 2016, n. 12, in Cass. pen., 2016, p. 1498 ss.

Le medesime esigenze della ragionevole durata del processo, ivi richiamate al fine di rendere costituzionalmente legittima la preclusione per il giudice penale della decisione sulle questioni risarcitorie, sono rinvenibili nell'ipotesi di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, in quanto a seguito dell'*abolitio criminis* non vi è più la *causa petendi* fondante la pretesa risarcitoria nel giudizio penale, tanto che viene meno la legittimazione processuale della parte civile<sup>160</sup> e si rafforza pertanto la tesi accolta dalle Sezioni Unite.

Infine, addirittura la Corte EDU<sup>161</sup> ha dichiarato insussistente la violazione del diritto di accesso ai tribunali quando il procedimento penale non si conclude con una decisione di condanna che possa includere anche le statuizioni civili, sempre che siano comunque disponibili rimedi alternativi egualmente efficaci in favore della vittima.

La soluzione che era stata prospettata, al contrario, dalla Commissione Palazzo nella relazione allegata allo schema di decreto legislativo<sup>162</sup> era quella di convertire la sanzione penale contenuta nella condanna non definitiva e per tale ragione non ancora eseguita nella corrispondente sanzione pecuniaria civile, secondo il ragguaglio disposto dall'art. 135 c.p. La sua entità, in ogni caso, non avrebbe potuto integrare un importo superiore al massimo della pena comminata dal legislatore per il reato depenalizzato, al fine di non violare il divieto di retroattività in *pejus* di cui all'art. 2, c. 4 c.p. Tale soluzione, che avrebbe avuto il pregio di affrontare un tema lasciato invece in balia degli interpreti e di favorire la deflazione dei processi tanto penali quanto civili, non avrebbe forse garantito pienamente il responsabile, privandolo di un'attuale ed aggiornata valutazione del giudice nella quantificazione discrezionale della sanzione che possa tener conto, infatti, anche delle ragioni che hanno portato alla depenalizzazione, in particolare del minor disvalore connesso a tali illeciti.

## **7. Le impugnazioni.**

---

<sup>160</sup> Spinelli, A., *La trasformazione dei reati in illeciti civili e le improprie applicazioni analogiche delle disposizioni in tema di risarcimento del danno*, in *Proc. pen. e giust.*, vol. 5, 2016, p.3.

<sup>161</sup> Corte e.d.u., Sez. Grande Chambre, 14 dicembre 2006, n. 1398.

<sup>162</sup> In [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Il rinvio alle norme del codice di procedura civile disposto dall'art. 8, c. 3 del decreto include anche il riferimento ai mezzi di impugnazione previsti dai diversi riti applicabili, recependo la suddivisione tra mezzi di impugnazione ordinari e straordinari. Le disposizioni ordinarie incompatibili con le peculiarità del processo in esame risultano piuttosto ridotte, pertanto andiamo ad illustrare le specificità che caratterizzano quest'ultimo.

Innanzitutto, perfettamente compatibili risultano gli artt. 331 e 332 c.p.c. in tema di complicazioni soggettive nei processi di impugnazione, in presenza di causa inscindibile, cause dipendenti o scindibili. Infatti, se più persone hanno concorso nell'illecito civile e sono state prima citate e poi condannate o "assolte" nel giudizio di primo grado, tanto per il profilo risarcitorio quanto per quello sanzionatorio, le cause sono tra loro scindibili in virtù della presenza in primo grado di un litisconsorzio facoltativo di cui all'art. 103 c.p.c., che permette che il giudizio di impugnazione abbia ad oggetto la vicenda riguardante solo una delle parti. In tal modo, ad esempio, l'accoglimento dell'appello proposto da un condannato non incide sulla soccombenza del condannato in primo grado che non abbia coltivato l'impugnazione.

Se, viceversa, le cause sono tra loro inscindibili o dipendenti, l'art. 331 c.p.c. impone che l'impugnazione ricopra tutto l'oggetto della sentenza contestata e che siano coinvolte tutte le parti del precedente grado di giudizio, così che la sentenza conclusiva incida allo stesso modo armonicamente sulla posizione di tutte le parti<sup>163</sup>.

Nel processo per le sanzioni civili, in particolare, si rinviene un rapporto di pregiudizialità – dipendenza tra la causa risarcitoria e quella sanzionatoria. Se viene ribaltata in grado di impugnazione la decisione risarcitoria, e non solamente riformata quantitativamente, dunque, diviene necessario rivedere la decisione sanzionatoria dipendente, che viene travolta dal rigetto della domanda risarcitoria per l'effetto espansivo interno di cui al primo comma dell'art. 336. Tuttavia, il capo risarcitorio nei confronti di una parte non risulta normalmente il presupposto della decisione nei confronti dell'altra parte che è stata concorrente nell'illecito, dovendo le responsabilità

---

<sup>163</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

dei due autori essere valutate autonomamente, poiché ad esempio l'elemento soggettivo si può rinvenire in una parte convenuta ma non nell'altra.

Pertanto, solo se la decisione di primo grado viene impugnata per un accertamento che è stato posto a fondamento della decisione di entrambe le cause l'accoglimento dell'impugnazione che ribalta l'elemento comune risulta incompatibile con la permanenza della sentenza di primo grado nei confronti dell'altra parte, divenendo applicabile l'art. 331 c.p.c. Se, al contrario, la prima causa viene decisa sulla base di elementi propri, la sentenza di primo grado può continuare a regolare il rapporto non dedotto in sede di impugnazione senza che si verifichi alcuna incompatibilità, dal momento che le cause risultano scindibili e non dipendenti. Nell'ipotesi in questione di litisconsorzio facoltativo, infatti, il modo di essere di un diritto non è mai rilevante per il modo di essere dell'altro, non essendo normalmente integrato il presupposto per cui la decisione di una causa dipende dalla decisione dell'altra<sup>164</sup>.

Tuttavia, se la condanna risarcitoria di primo grado è seguita ad un accertamento comune sulla sussistenza, ad esempio, del danno in capo alla persona offesa come conseguenza della condotta dei due concorrenti, e l'impugnazione di una parte ribalta siffatto presupposto comune perché si accerta che non si è verificato nessun danno, viene meno la condanna tanto risarcitoria che sanzionatoria nei suoi confronti.

E' chiaro allora che non può essere mantenuta la sentenza di primo grado che contemporaneamente accerta la sussistenza del medesimo danno a seguito dell'unica trattazione svolta, rivelatasi errata, in quanto essa diviene incompatibile con l'accertamento contenuto nella nuova sentenza d'appello. In tale ipotesi, infatti, la sentenza di primo grado avente ad oggetto due cause, ognuna delle quali coinvolgenti uno dei due concorrenti, dipende da un unico accertamento, la cui revisione riferita ad una causa impone la revisione anche dell'altra causa secondo un meccanismo analogo a quello dell'effetto espansivo interno. Le due cause normalmente scindibili diventano solo in tal senso dipendenti l'una dall'altra, rendendo plausibile l'applicabilità dell'art 331 c.p.c.

---

<sup>164</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, op. cit., p. 345, 346.

E' necessario, tuttavia, esaminare più da vicino la piena applicabilità dell'art. 336 c.p.c. al processo in questione: la ragione fondamentale che la giustifica è data dalla natura accessoria del giudizio sanzionatorio rispetto a quello risarcitorio e dal nesso di pregiudizialità – dipendenza che lega i due oggetti del processo, dai quali si ricava che l'eventuale accoglimento dell'appello proposto dal convenuto contro la condanna al risarcimento del danno necessariamente travolge anche la statuizione sulla sanzione pecuniaria che sia stata eventualmente irrogata<sup>165</sup>, sebbene non inclusa tra i capi impugnati, poiché il venir meno del suo presupposto processuale la renderebbe altrimenti illegittima. L'art. 336, c. 1 c.p.c., infatti, recita che “*la riforma o la cassazione parziale*” della sentenza, concernente il capo risarcitorio, “*ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata*”, quella concernente il capo sanzionatorio.

Gli aspetti più problematici che si rinvencono in ambito di impugnazioni sono quelli, in parte esaminati, in cui il giudice di primo grado omette di pronunciarsi sulla sanzione nonostante ne ricorrano i presupposti o quelli in cui la domanda risarcitoria respinta in primo grado viene al contrario accolta in appello.

A tal proposito, oltre a richiamare le considerazioni in merito sopra esposte, che in particolare propendono per configurare un giudizio di impugnazione necessariamente introdotto da una delle parti private, si deve aggiungere che il giudice d'appello ha un potere – dovere di attribuire al rapporto controverso una qualificazione giuridica diversa da quella data dal giudice di primo grado al fine di definire l'esatta natura del rapporto e precisarne il contenuto e gli effetti, individuando le norme applicabili, con l'unico limite di non oltrepassare le richieste contenute nell'atto di impugnazione e di non introdurre nuovi elementi di fatto a pena di violazione del divieto di *extra petitem*<sup>166</sup>.

Pertanto, si deve ritenere legittima l'irrogazione della sanzione disposta per la prima volta in appello, non sussistendo la violazione del principio della domanda per la già rilevata natura di effetto automatico che la sanzione ha rispetto alla condanna risarcitoria. Sembra ancor più plausibile ammettere il giudice d'appello ad irrogare la

---

<sup>165</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.

<sup>166</sup> Cass. civ., Sez. II, 12 gennaio 2016, n. 296.



sanzione quando egli accoglie per la prima volta la domanda risarcitoria, integrando il presupposto fino a quel momento insussistente.

Se poi il convenuto, condannato per entrambi i due profili in primo grado, impugna solamente il capo risarcitorio sperando di far decadere automaticamente la condanna sanzionatoria in quanto uscito vittorioso dalla sua impugnazione, o contesta l'entità eccessiva del risarcimento inflitto, parte della dottrina<sup>167</sup> sostiene che il giudice dell'impugnazione sia legittimato a conoscere della pretesa pubblica *ex officio*, anche se non oggetto di specifica domanda, tanto per la prima volta quanto riformulandone l'entità, essendo dotato del medesimo potere attribuito più chiaramente al giudice di primo grado.

Neppure vengono riscontrati ostacoli all'aggravamento della sanzione rispetto a quella disposta in primo grado, in quanto non appare applicabile il divieto penalistico di *reformatio in pejus* a causa dell'assenza di una parte che coltivi l'impugnazione in senso contrario a quello del condannato in primo grado.

Il condannato in primo grado doppiamente, tanto per il profilo risarcitorio quanto per quello sanzionatorio, deve certamente essere ammesso ad esperire l'appello come strumento di tutela volto a ribaltare a suo sfavore la pronuncia subita.

Taluno<sup>168</sup>, tuttavia, ha limitato l'utilizzabilità del mezzo del gravame al caso in cui vengano contestate unitariamente la condanna risarcitoria e quella sanzionatoria, non ammettendo l'appello per la sola condanna sanzionatoria. Tale eventualità, infatti, porrebbe il problema da molti sollevato di individuare quale sia la controparte del condannato in primo grado nel giudizio di impugnazione, in quanto l'attore di primo grado è considerato privo dell'interesse ad agire e a resistere nel giudizio, *ex art. 100 c.p.c.*, che abbia ad oggetto la sola pretesa sanzionatoria pubblica, non traendo alcun vantaggio dal partecipare al processo di impugnazione focalizzato esclusivamente su quest'ultima. Il grado di impugnazione risulterebbe così un processo a parte unica, ove

---

<sup>167</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

<sup>168</sup> Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016*, op. cit.

il giudice diverrebbe il solo interlocutore dell'appellante ed il cui meccanismo sembrerebbe assolutamente estraneo al nostro sistema.

Tenendo conto poi, come visto, che la sentenza d'appello che ribalta il capo risarcitorio travolge sempre anche il capo sanzionatorio, un ulteriore ostacolo per l'appellante condannato in primo grado è rappresentato dalla difficoltà di superare il vaglio della “*ragionevole probabilità*” di accoglimento del gravame disposto dal filtro in appello ex art. 348 bis c.p.c. Infatti, seguendo la linea di pensiero appena esposta, questo dovrebbe essere valutato dal giudice con riferimento ai soli motivi di appello riferiti alla condanna risarcitoria, non anche a quella sanzionatoria, dovendo la parte concentrare gli sforzi espositivi dell'atto su tale profilo, che non sempre l'appellante ha in realtà intenzione di ribaltare.

Ulteriore mezzo di impugnazione ammissibile è certamente il ricorso per Cassazione, che include tanto il ricorso ordinario contro la sentenza pronunciata in grado d'appello o in unico grado quanto il ricorso *per saltum*, per i quali casi valgono le stesse considerazioni appena svolte per l'appello.

Risulta essere ammesso, tuttavia, anche il ricorso straordinario in Cassazione, fondato sull'art. 111 Cost., quest'ultimo proponibile direttamente contro il capo sanzionatorio senza che sia necessario contestare anche il capo risarcitorio presupposto. Tale soluzione si deduce, oltre che dal disposto costituzionale, che ammette il ricorso in Cassazione contro tutti i provvedimenti dotati di decisorietà, definitività e che non siano altrimenti impugnabili, anche dall'ammissibilità del medesimo ricorso contro la sanzione pecuniaria emessa dal giudice ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. contro il genitore inadempiente degli obblighi posti a suo carico<sup>169</sup>.

Tuttavia, lo strumento *de quo* non è idoneo ad ottenere il riesame delle questioni di merito generalmente oggetto di contestazione del condannato, dovendo essere limitato alla sola *questio iuris* ed al profilo nomofilattico, per tale ragione non sempre si presenta un opportuno rimedio per le esigenze del ricorrente.

---

<sup>169</sup> Cass. civ., Sez. I, 8 agosto 2013, n. 18977.

Contrapposta alla tesi esposta si richiama quella di chi<sup>170</sup>, al contrario, ammette la garanzia dell'impugnabilità del solo capo sanzionatorio, pur non negando il problema dell'inammissibilità di un giudizio di impugnazione che sia privo di una controparte rispetto all'impugnante a causa dell'irrogazione officiosa della sanzione da parte del giudice del precedente grado di giudizio.

La soluzione prospettata da tale dottrina non è quella di imputare alla parte privata la pretesa punitiva che la legge riserva chiaramente allo Stato per il solo fatto che essa è ricollegata all'iniziativa privata, in quanto siffatta iniziativa è espressamente limitata al solo profilo risarcitorio, mentre quella sanzionatoria rimane interamente in capo al giudice. Pertanto, quando il processo di impugnazione è limitato alla sola contestazione della condanna pubblica, una volta negata la natura di controparte naturale all'attore vittorioso in primo grado, quest'ultimo viene qualificato come *contro – interessato sui generis* obbligato a partecipare al giudizio di impugnazione, proprio in quanto questo non potrebbe avere come protagonista un'unica parte.

In tal modo il privato viene onerato di un peso ulteriore rispetto a quello di cui già si rende portatore in primo grado, ribadiamo senza neppure la prospettiva del beneficio della condanna risarcitoria che quantomeno lo muove inizialmente, nonostante non sia comunque messa in discussione la riserva in capo allo Stato dell'esercizio della pretesa punitiva.

Tuttavia, siffatta soluzione non presenta basi normative di supporto, considerando che manca una disposizione che chiami l'attore di primo grado a partecipare obbligatoriamente al processo di impugnazione, ma ancor più manca una sanzione per una sua ipotetica violazione, che garantisca l'effettività di un obbligo così immaginato. Forse, si potrebbe ipotizzare di riscontrare una base normativa nell'art. 331 c.p.c., unica norma a vincolare una parte del processo di primo grado a partecipare anche al grado successivo, tuttavia non si può qui parlare di causa inscindibile in quanto il processo per le sanzioni pecuniarie civili, abbiamo detto, ha due oggetti, e non invece una *pluralità di*

---

<sup>170</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivile*, op. cit.

*parti intorno ad un unico oggetto del processo*<sup>171</sup>, piuttosto eventualmente di cause dipendenti.

Anche tale soluzione, ad ogni modo, appare debole, in quanto risulterebbe applicabile solamente in presenza di una pluralità soggettiva di parti nel processo di primo grado che andrebbe mantenuta nei gradi successivi, ove pertanto rileverebbe il problema della pluralità o unicità delle controparti private rispetto al condannato in primo grado. Al contrario, la norma non risolve l'ipotesi più problematica in cui il processo di primo grado abbia coinvolto due sole parti, una delle quali andrebbe costretta in qualche modo a partecipare al processo di secondo grado, privo altrimenti della bilateralità richiesta dal nostro sistema.

Per il resto, gli altri mezzi di impugnazione sono destinatari della disciplina ordinaria sancita dal codice di rito, da leggere sempre criticamente e tenendo comunque a mente i rilievi sopra precisati con riferimento alle impugnazioni in generale, all'appello e al ricorso in Cassazione, che continuano infatti ugualmente ad operare anche per i mezzi di impugnazione straordinari.

Con riferimento alla revocazione, appare plausibile ritenere che il motivo più frequentemente posto a fondamento di tale mezzo di impugnazione sia la scoperta di un documento decisivo di cui al n. 3 dell'art. 395 c.p.c, che permetta di ribaltare l'assoluzione o la condanna risarcitoria e/o sanzionatoria intervenute.

Difficilmente, al contrario, si immaginano integrati i presupposti previsti per l'opposizione di terzo, tanto ordinaria quanto revocatoria, in virtù della responsabilità personale e non solidale in tema di sanzioni civili che comporta la presenza di un litisconsorzio solamente facoltativo e non necessario nel caso di più concorrenti nell'illecito, oltre che della tendenziale non incidenza del provvedimento di condanna nei confronti di un terzo, che pertanto difficilmente risulta titolare di un diritto autonomo ed incompatibile con quello riconosciuto nella pronuncia. Né la condanna risarcitoria o sanzionatoria nei confronti di una parte risulta tendenzialmente opponibile al terzo avente causa o creditore, tale da rendere irrilevanti i casi concreti di opposizione di terzo revocatoria in materia di processo per le sanzioni civili.

---

<sup>171</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, op. cit., p. 331.

Per quanto attiene ai mezzi di impugnazione nei procedimenti speciali, rilevata la generale compatibilità delle disposizioni del codice di rito sul tema con il processo per le sanzioni civili, merita di essere specificata la compatibilità del peculiare istituto dell'appello con riserva dei motivi previsto dal rito del lavoro, con cui il soccombente in primo grado manifesta la volontà di appellare immediatamente il capo condannatorio, compresi quello risarcitorio e/o sanzionatorio, chiedendo la contestuale sospensione della sua esecuzione con la riserva di indicare i motivi dell'impugnazione una volta che il giudice di primo grado abbia depositato la motivazione della sentenza, a seguito della lettura del solo dispositivo in udienza.

Si richiama inoltre il più rigoroso requisito dell'*indispensabilità* delle nuove prove in appello rispetto a quello richiesto nel rito ordinario, secondo cui la parte non le deve aver potute proporre o produrre in primo grado.

Nel procedimento sommario di cognizione, inoltre è opportuno ricordare che l'ordinanza non appellata produce gli effetti del giudicato di cui all'art. 2909 c.c., mentre se appellata si instaura il processo a cognizione piena ed esauriente, secondo le formalità disposte dal secondo libro del c.p.c., il cui accesso risulta agevolato dall'assenza dei filtri in appello che operano invece nel rito ordinario e del lavoro. I nuovi mezzi di prova e documenti sono ammessi, in tal caso, se indispensabili ai fini della decisione o se la parte dimostra di non averli potuti proporre nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile, tra le quali è inclusa anche la stessa natura sommaria del procedimento.

Il richiamo all'appello contenuto nell'art. 702 quater c.p.c., inoltre, viene utilizzato per adottare implicitamente tutto il diritto comune delle impugnazioni. E' facile immaginare in tale procedimento che la parte condannata non sia riuscita a fornire le prove necessarie ad escludere o attenuare la sua responsabilità con riferimento in particolare al profilo sanzionatorio, e sia per tale ragione interessata a proporre l'impugnazione in questione.

### CAPITOLO III

#### **L'IBRIDAZIONE DEL PROCESSO PER LA TUTELA DI INTERESSI PUBBLICI: VERSO UNA NUOVA FUNZIONE DEL PROCESSO.**

**Sommario: 1. L'ibridazione del processo: l'oggetto del processo tra interessi privati ed interessi pubblici. 2. Altri esempi di ibridazione della tutela giurisdizionale. 2.1. La tutela dell'ambiente. 2.2. La tutela dei consumatori. 2.3. La tutela della concorrenza e del mercato. 3. Funzione del processo tra deterrenza e neutralità: evoluzione delle sanzioni processuali civili.**

##### **1. L'ibridazione del processo: l'oggetto del processo tra interessi privati ed interessi pubblici.**

Il processo per le sanzioni pecuniarie civili rappresenta il primo chiaro esempio di *“ibridazione del processo civile”*<sup>1</sup>, in quanto esso perde le sue connotazioni prettamente privatistiche per divenire un modello che si pone tra la sfera pubblica e quella privata. Si rinvencono infatti tratti di entrambe che vanno a generare un connubio del tutto particolare, tanto per l'iniziativa processuale, quell'“agire in giudizio” che spetta al privato, sebbene la sanzione viene irrogata d'ufficio dal giudice, quanto per il suo oggetto.

Inizialmente, infatti, il processo equivale ad un normale giudizio dichiarativo civile, sia per il suo oggetto, individuato dalla domanda risarcitoria, sia per la disciplina da applicare, il codice di rito. Successivamente, lo Stato esercita nello stesso procedimento la sua pretesa punitiva nelle vesti del giudice. L'ordinamento, dunque, non si preoccupa in un primo momento di punire i colpevoli, ma interviene solamente all'esito dell'accoglimento della domanda del privato. Due diventano, in tal modo, gli oggetti del

---

<sup>1</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'“agire in giudizio”: “tutela dei propri diritti”, “autonoma iniziativa [...] di interesse generale” e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, vol. 4, 2016, p. 1554B ss.

processo e le pretese in esso fatte valere, quella punitiva del soggetto pubblico e quella risarcitoria dell'attore in giudizio, differenti tanto in termini oggettivi che soggettivi<sup>2</sup>.

Le due pretese sono accomunate, infatti, dall'essere protagoniste dello stesso procedimento, tuttavia esse sono tra loro autonome, nel senso che si differenziano per i presupposti richiesti ed il capo condannatorio che le contiene. Più precisamente, esse si trovano in una relazione di accessorietà unilaterale, in quanto la sanzione pubblica dipende da quella privata, ma non è vero il contrario.

Più in particolare, mentre la sanzione punitiva presuppone il dolo del responsabile, per la condanna risarcitoria è sufficiente la mera colpa. Diversi sono talvolta gli elementi impeditivi, modificativi ed estintivi, ad esempio se si pensa alle cause di non punibilità dell'ingiuria, la *provocazione* e la *ritorsione*, queste ostacolano la sanzione ma non il risarcimento del danno. O ancora, il requisito del dolo specifico è previsto per sanzionare l'illecito di "sottrazione di cose comuni", mentre rimane irrilevante ai fini risarcitori. Infine, la graduazione della sanzione presenta dei chiari limiti minimi e massimi, condizionati dai criteri di commisurazione indicati nell'art. 5 del decreto attuativo, diversamente dalla condanna risarcitoria che, potenzialmente illimitata nella sua entità, guarda al danno subito dalla vittima e non all'autore della violazione.

Dunque, mentre l'illecito civile ordinario atipico, disciplinato dall'art. 2043 c.c., consiste nella lesione di una situazione giuridica soggettiva ed è fonte di una pretesa che ha una funzione compensativa, per tutelare direttamente la persona danneggiata dalla condotta, il nuovo illecito civile tipico è fonte di una pretesa afflittiva e rappresenta una forma di tutela collettiva, in prevenzione e repressione di comportamenti disdicevoli per l'intera comunità<sup>3</sup>.

Per tale via, allora, il processo si arricchisce di un secondo oggetto, questa volta pubblico, che diviene, tuttavia, protagonista di un indipendente processo collocato all'interno del primo per ragioni di efficienza e di convenienza. Esso è infatti dotato di

---

<sup>2</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, in *La nuova proc. civ.*, vol. 1, 2016.

<sup>3</sup> Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, op. cit.

diversi presupposti e regole, sebbene la legge estenda a quest'ultimo l'applicabilità delle norme ordinarie disposte per il primo con riserva di compatibilità.

Dalla combinazione di siffatti due procedimenti si ricava, pertanto, un nuovo processo ibrido, che in parte condivide con i processi ordinari la loro disciplina tipica, in parte se ne discosta per il perseguimento della sua particolare funzione pubblica preventiva – punitiva.

La prima evidente deroga al c.p.c. è costituita proprio dalla deroga al principio della domanda, che sarebbe inammissibile in un processo avente una connotazione puramente privatistica. Una seconda si legge nella particolare attuazione del contraddittorio, che impone la menzionata notifica di un atto al contumace che lo informi del più ampio oggetto del processo, non prevista espressamente dal codice di rito, ma desunta dall'ulteriore esplicita deroga che prevede l'inapplicabilità della notificazione ex art. 143 c.p.c. Abbiamo già esaminato, per il resto, gli ulteriori profili di compatibilità ed incompatibilità del nuovo processo rispetto al c.p.c., ai quali pertanto si rinvia.

La nozione di *oggetto del processo* finora presupposta in tale trattazione merita, tuttavia, un breve *excursus* che permetta di chiarirne più attentamente il significato.

La dottrina tradizionale e maggioritaria ha da sempre individuato l'oggetto del processo con la situazione giuridica soggettiva dedotta nella domanda ed affermata come esistente dall'attore, che include non solo i diritti soggettivi ma anche gli interessi legittimi che possono essere protetti in via giurisdizionali, in quanto il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato espresso dall'art. 112 c.p.c. fa sì che l'oggetto della domanda coincida con l'oggetto del processo e successivamente del giudicato. A sostegno di tale tesi vengono richiamate una serie di norme che parlano di “*tutela giurisdizionale dei diritti*” o di “*far valere un diritto in giudizio*”, quali l'art. 24 Cost.,



gli artt. 2907, 2697, 2652, 2653 c.c., l'intero titolo IV<sup>4</sup> del libro VI c.c., gli artt. 75, 81, 84, c. 4, 99, 105, 111, 113 c.p.c.<sup>5</sup>

Altri hanno evidenziato, al contrario, la crisi del diritto soggettivo quando si parla di “diritti in veste di azione”. Si tratta di quei casi ove manca un'azione astratta preesistente per la tutela del diritto ed è, pertanto, il giudice a valutare una situazione giuridica come meritevole di tutela, mediante un'azione atipica da lui creata. Questa risulta esperibile in presenza di determinati presupposti ed è essa stessa la fonte dell'individuazione di nuovi diritti da parte del giudice, secondo un'inversione del percorso che va normalmente dal diritto sostanziale a quello processuale. A sostegno di tale tesi viene dedotto l'art. 163, c. 3, n. 4 c.p.c., che, tra i requisiti della domanda, pone l'indicazione degli “*elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda*”, interpretati come le ragioni che giustificano la creazione del nuovo diritto da parte del giudice mediante l'accoglimento dell'azione. Tuttavia, si deve sottolineare come, anche sostenendo tale tesi, l'oggetto del processo rimane quel diritto ipotizzato dall'attore nella domanda di cui chiede la creazione in via giurisdizionale<sup>6</sup>.

Inoltre, autorevole dottrina<sup>7</sup> ritiene che, sebbene il processo sia strumentale alla tutela dei diritti, questi non costituiscono la minima unità azionabile, essendo possibile chiedere la tutela di un *quid minus*. Tuttavia, è stato anche riconosciuto che, di regola,

---

<sup>4</sup> Intitolato *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, dal quale Carnelutti, F., in *Tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 3 ss. ha desunto che i diritti preesistono al processo e questo è finalizzato alla loro protezione.

<sup>5</sup> D'Alessandro, E., *L'oggetto del giudizio di cognizione, tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino, 2016, p. 19 ss.

<sup>6</sup> D'Alessandro, E., *L'oggetto del giudizio di cognizione, tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, op. cit., p. 21 ss.

<sup>7</sup> Verde, G., *Sulla “minima unità strutturale” azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 573 ss., secondo il quale è l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. ad essere misura dell'azione, sia in senso soggettivo che oggettivo, ed il nostro ordinamento giuridico non offre supporto per affermare che si formi il giudicato implicito sull'intera consistenza oggettiva dei diritti piuttosto che limitatamente alla domanda frazionata del privato, in contrasto con il diritto vivente dei tempi.

deve essere il diritto la minima unità azionabile nel processo, in quanto l'art. 111 Cost. impone che, per l'efficienza del servizio della giustizia statale, sia dedotta in giudizio l'intera situazione giuridica soggettiva, precludendone il frazionamento<sup>8</sup>.

Diversa è l'opinione di quella parte della dottrina<sup>9</sup> che sostiene che la domanda processuale sia idonea a dar vita ad un rapporto giuridico processuale, così individuando un duplice oggetto del processo: affianco alla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio vi sarebbe un oggetto di rito, il quale imporrebbe al giudice di valutare a priori se egli ha il dovere di provvedere sulla domanda, ma tale oggetto non dovrebbe essere individuato dall'attore. L'azione senza diritto diventerebbe, per questa via, l'oggetto stesso del processo. La critica mossa a siffatta teoria è che, tuttavia, essa delinea un'azione che si presenti sempre atipica, mentre il c.c. elenca alcune ipotesi di azioni tipiche che impediscono di accogliere codesta linea di pensiero.

L'ultima teoria illustrata, peraltro, trae spunto dalla dottrina tedesca, austriaca e svizzera, le quali hanno sostenuto che l'oggetto del processo sia costituito da una pretesa processuale, dal momento che l'attore deve indicare nella domanda l'effetto giuridico che intende conseguire con la sentenza, essendo poi compito del giudice individuare la norma che ne permette la realizzazione mediante l'accoglimento della domanda.

Infine, una tesi che merita menzione è quella dell'oggetto variabile del giudizio, secondo la quale questo muta in funzione dell'istituto di volta in volta preso in considerazione<sup>10</sup>. Si tratta di una tesi elaborata dalla dottrina per rispettare l'ampia nozione di oggetto del processo costruita dalla Corte di Giustizia, secondo la quale esso consiste nel fine perseguito dall'attore con la domanda, pertanto nel bene della vita che intende perseguire, secondo una visione che guarda alla funzione concreta del processo.

---

<sup>8</sup> Bove, M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, p. 99 ss.

<sup>9</sup> Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, rist. 1965, p. 83 ss.; Calamandrei, P., *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, vol. 1, 1927, p. 219 ss.; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, I. I principi*, VII ed., Milano, 2007, p. 37 ss.

<sup>10</sup> Baumgärtel, *Zur lehre vom streitgegenstand*, in *Juristische Schulung*, 1974, p. 69 ss.

In particolare la Corte, trovatasi di fronte due cause, una per la condanna del debitore all'adempimento di un'obbligazione contrattuale e l'altra per la risoluzione del medesimo contratto per inadempimento, ha sostenuto che poiché la prima domanda vuole dare esecuzione al contratto e l'altra vuole negargli efficacia, in entrambe è centrale la forza obbligatoria del contratto, la sua validità ed esistenza, tanto che l'oggetto deve considerarsi il medesimo<sup>11</sup>.

Tornando al tema d'interesse per tale studio, assumiamo di sposare la dottrina maggioritaria, che considera l'oggetto del processo come la situazione giuridica soggettiva dedotta nella domanda dell'attore. A questo oggetto privato si aggiunge, secondo quanto detto, l'oggetto pubblico della pretesa punitiva, in quanto effetto *ex lege* della presentazione di una domanda risarcitoria per le condotte tipizzate come illeciti civili.

Ci si trova, più nello specifico, dinanzi ad una forma di “*ibridazione delle tecniche di protezione del diritto particolare con quelle per la reintegrazione dell'interesse generale*”<sup>12</sup>, in quanto vengono combinati nel medesimo processo, per ragioni di evidente risparmio dei costi giurisdizionali, obiettivi tanto di tutela del privato quanto della collettività. Si contamina in tal modo l'originaria natura del processo quale strumento volto esclusivamente alla tutela di interessi privati, tanto che lo Stato decide di adempiere al suo compito di salvaguardare i consociati solamente se questi richiedono, indirettamente, siffatta tutela, avviando il processo in cui lo stesso soggetto pubblico si va poi ad inserire.

La natura pubblica degli interessi coinvolti, protetti tuttavia mediante il processo civile, avrebbe imposto un'iniziativa ed una cura del giudizio a carico di un soggetto pubblico. In particolare, le incoerenze che caratterizzano la fase istruttoria, come visto, fanno emergere l'opportunità di affidare l'impegno per l'irrogazione delle sanzioni civili ad un pubblico ministero, piuttosto che gravare il privato di oneri costosi e, soprattutto, non compensati da alcun beneficio. La legge avrebbe dovuto, pertanto, introdurre un nuovo

---

<sup>11</sup> Corte di Giust., sent. 8 dicembre 1987, causa C-144/86, Gubisch c. Palumbo, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 566.

<sup>12</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'“agire in giudizio”*, op. cit.

caso tassativo di azione civile esercitata dal PM secondo il disposto dell'art. 69 c.p.c., pensato proprio per garantire la tutela di situazioni giuridiche di interesse collettivo per le quali i privati non sempre si attivano e per rispettare il principio della domanda, senza nel frattempo derogare alla terzietà del giudice<sup>13</sup>.

Si tratta di una proposta che già era stata avanzata negli anni '70 da autorevole dottrina, trovatasi di fronte all'esigenza di tutelare interessi superindividuali privi, al tempo, di una disciplina normativa sostanziale, i quali si pongono come *tertium genus* tra i diritti soggettivi e gli interessi legittimi. Tale dottrina voleva, infatti, superare un'accezione puramente personalistica del processo ricercando nuovi moduli per la tutela di siffatti interessi. Essa negava, in particolare, che la legittimazione ad agire del pubblico ministero dovesse essere limitata all'ipotesi di "*interessi generali ed indifferenziati di natura pubblicistica*", ma sosteneva che essa potesse essere ammessa anche in presenza di "*interessi collettivi specifici di natura privatistica*"<sup>14</sup>. Inoltre, questa veniva giustificata laddove l'autonomia privata della collettività dei consociati "*non si dimostra il mezzo più idoneo a dare assetto ai rapporti umani, vuoi perché vi sono impegnati interessi di collettività più o meno vaste non sempre organizzate e ancor meno personalizzate, vuoi perché lo Stato vi ripone più o meno intensamente interesse*"<sup>15</sup>.

Al contrario, prevedere che un attore privato agisca come paladino degli interessi collettivi risponde all'auspicioso tentativo del legislatore di sfruttare in maniera più razionale ed efficiente la scarsa risorsa della giurisdizione civile<sup>16</sup>, preferendo non aggravare il lavoro degli uffici delle procure e, in generale, i costi della giustizia civile che decollerebbero con l'introduzione di una nuova autorità pubblica incaricata della cura dei suddetti interessi.

D'altra parte, anche in materia penale gli ordinamenti giuridici possono scegliere di attribuire l'esercizio dell'azione alla persona offesa dal reato, nel proprio interesse, o a

---

<sup>13</sup> Nebulosi, I., *Il ruolo del Pubblico Ministero nel processo civile*, in *Iusitineri*, 30 maggio 2017.

<sup>14</sup> Proto Pisani, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, in *Dir. e Giur.*, 1974, p. 801 ss.

<sup>15</sup> Andrioli, V., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Napoli, 1973, p. 300.

<sup>16</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'"agire in giudizio"*, op. cit.

chiunque, nell'interesse della collettività, in alternativa all'iniziativa del pubblico ministero. Nella prima ipotesi si ha un'azione privata, nella seconda si parla di azioni popolari, le quali sono oggi poco diffuse e ricoprono normalmente un ruolo marginale, aggiungendosi o integrando l'azione di iniziativa del soggetto pubblico.

Nel nostro ordinamento, l'art. 21 del d. lgs. n. 274 del 2000 ammette la citazione a giudizio della persona alla quale il reato è attribuito dinanzi al giudice di pace, su ricorso della persona offesa, qualora si tratti di reato procedibile a querela, così integrando un peculiare esempio in cui viene ammessa l'azione privata.

Quando una vicenda processuale coinvolge gli interessi di più soggetti, come nell'ipotesi della prevenzione di comportamenti illeciti oggi sanzionati civilmente, il legislatore ha dinanzi a sé diverse tecniche giurisdizionali potenzialmente idonee alla loro tutela, tra le quali deve individuare la più adeguata.

Il primo strumento ipotizzabile è quello della *class action*, in cui si presuppone che l'attore sia titolare della situazione giuridica soggettiva dedotta nel processo. Il legislatore ha fino ad oggi limitato l'adozione di siffatto modello alla sola tutela dei consumatori, non rendendola, come da molti al contrario invocato, uno strumento generale del diritto civile. La peculiare funzione di tale azione, che è posta a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, ha impedito di estenderne l'applicazione in via analogica al settore degli illeciti civili, analogia che presuppone i requisiti in tal caso mancanti della somiglianza tra le fattispecie e dell'identità di *ratio*. Infatti, non sarebbe stata giustificata un'azione collettiva nelle forme della *class action* per contrastare gli illeciti in esame, indipendentemente dalla proposizione della presupposta azione risarcitoria, la sola ad avere ad oggetto una situazione giuridica. In particolare, il legame della *class action* ai suddetti concetti giuridici ne impedisce l'uso per il perseguimento degli interessi di tutti i consociati, sia da parte degli individui, che dello Stato<sup>17</sup>.

Seconda tecnica giurisdizionale ammissibile è, poi, quella delle azioni popolari, nelle quali chiunque può agire in giudizio per la tutela di un interesse pubblico. Secondo

---

<sup>17</sup> Saccoccio, A., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto e storia*, vol. 11, 2013.

taluni<sup>18</sup>, in tal caso si realizza un'ipotesi di sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c. Altri<sup>19</sup>, invece, hanno sostenuto che siffatte azioni costituiscono un esercizio privato di funzioni pubbliche, considerando l'attore popolare come una *longa manus* dello Stato<sup>20</sup>, dunque un pubblico ministero privato<sup>21</sup>, titolare di un semplice interesse riflesso e non di un vero e proprio diritto<sup>22</sup>. Ancora, si è parlato dell'attore come un rappresentante giudiziale *sui generis* dello Stato o di enti pubblici, i cui interessi vengono tutelati in via surrogatoria dal cittadino a seguito dell'inerzia del soggetto pubblico<sup>23</sup>. Diversa è la posizione, poi, di chi ha sostenuto che il singolo è titolare dell'interesse sopraindividuale solo da un punto di vista soggettivo, poiché da quello oggettivo questo spetta piuttosto ad una collettività indeterminata. Per tale motivo esso deve essere qualificato come un interesse adespota, privo di portatore, e solamente quando si trasforma in un interesse collettivo facente capo ad una collettività organizzata, lo stesso può essere destinatario di tutela nel nostro ordinamento<sup>24</sup>.

Neppure siffatto modello è stato accolto dal nostro legislatore in tema di illeciti civili poiché, a causa della scarsità della risorsa della giustizia, si è richiesto che l'attore in

---

<sup>18</sup> Manca, G., *Sulla natura giuridica dell'azione popolare*, Cagliari, 1911, p. 47 ss; Chioyenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 154; Carnelutti, F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, p. 379 ss; Garbagnati, E., *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di procedura civile*, Milano, 1942, p. 214 ss.

<sup>19</sup> Zanobini, G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato di dir. amm. vo it.*, vol. 2.3, a cura di Orlando, V. E., Milano, 1935, p. 274 ss.

<sup>20</sup> Agrifoglio, S., *Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumento di tutela degli interessi collettivi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio*, AA.VV., Pavia, 1974, p. 181 ss.

<sup>21</sup> Denti, V., *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, op. cit.

<sup>22</sup> Garbagnati, E., *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di procedura civile*, op. cit.

<sup>23</sup> Martino, A., *Le azioni popolari in generale con particolare riferimento alla proponibilità di quelle in materia urbanistico – edilizia*, in *Nuova rass. di legisl., dott. e giurispr.*, vol. 1, 1986, p. 31.

<sup>24</sup> Galassi, P. L., *La tutela degli interessi collettivi*, in *Tribunali amministr.*, vol. 7 – 8, 1975, p. 179 ss; Carratta, A., *Profili processuali della tutela degli interessi legittimi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, L., Torino, 2003, p. 81.

giudizio, la cui domanda risarcitoria può provocare l'intervento punitivo statale, sia portatore a tal fine di una specifica situazione giuridica soggettiva di cui denuncia la lesione, senza la quale non risulta integrato il presupposto per la condanna sanzionatoria. Non appare, viceversa, sufficiente che egli agisca per garantire il rispetto della legge, come normalmente avviene nelle azioni popolari, in tal modo realizzando due obiettivi con un unico processo, quello di irrogare la condanna risarcitoria e quella sanzionatoria.

Peraltro, i rischi legati all'estensione della legittimazione ad agire in favore di tutti i membri della collettività, in maniera disgiunta, sono notevoli: il loro potere di disposizione del processo potrebbe portarli a ricercare illegittimi vantaggi in cambio del loro consenso all'estinzione del processo, dotandoli di un pericoloso potere ricattatorio. In aggiunta, si paventa il rischio di una collusione tra le parti, le sole ad essere titolari dell'iniziativa per la raccolta delle prove, la quale metterebbe in serio pericolo la giustizia delle decisioni.

Siffatti problemi, già rilevati dagli studiosi<sup>25</sup> del passato, alla ricerca della più idonea risposta normativa che colmasse la lacuna al tempo sussistente in materia di tutela di interessi superindividuali, caratterizzano oggi il processo per le sanzioni civili: nonostante l'iniziativa spetti qui ad un singolo privato in quanto offeso dall'illecito, e non al *quisque de populo*, si presentano gli stessi inconvenienti connessi al potere di disposizione del processo e all'iniziativa probatoria.

Gli studiosi evocati avevano individuato, a suo tempo, due possibili soluzioni, potenzialmente ancora attuali: quella di onerare il giudice di utilizzare il suo potere di chiamata in causa dei terzi ai sensi dell'art. 107 c.p.c., così che il coinvolgimento dei contitolari degli interessi superindividuali in pericolo, i quali sarebbero stati legittimati a proporre la medesima domanda giudiziale, impedirebbe l'estinzione fraudolenta del processo. Tuttavia, nel processo per le sanzioni civili si pone il problema di individuare un'ulteriore persona offesa dallo stesso comportamento denunciato, non sempre sussistente. La seconda soluzione avanzata consisteva nello stimolare l'intervento

---

<sup>25</sup> Proto Pisani, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, op. cit.

facoltativo del pubblico ministero ai sensi dell'art. 71, c. 2 c.p.c., sempre su iniziativa del giudice, se non addirittura prevedere normativamente il suo intervento obbligatorio, così che il magistrato avrebbe garantito la cura della causa superando i problemi sopra menzionati.

Al contrario, la preferenza del legislatore, tra le diverse soluzioni proposte, a favore di una legittimazione attiva del privato avrebbe dovuto, quanto meno, essere accompagnata da una derogatoria disciplina sull'estinzione del processo e sull'acquisizione delle prove o, alternativamente, dall'introduzione dell'obbligatorio intervento del pubblico ministero.

In particolare, l'estinzione del processo potrebbe essere subordinata ad un'accettazione espressa o all'inattività del pubblico ministero, nel presupposto che sia accolta la tesi secondo cui il pubblico ministero che interviene in una causa, la quale tuttavia non avrebbe potuto proporre, può comunque provocarne l'estinzione per rinuncia agli atti o inattività delle parti. Quest'ultima tesi appare condivisibile perlomeno quando il processo coinvolge interessi collettivi, nonostante in dottrina sia sempre prevalente l'opinione contraria. In alternativa, ancora, l'estinzione dei processi aventi ad oggetto i particolari interessi collettivi menzionati dovrebbe essere subordinata ad un'autorizzazione del giudice, concessa all'esito di una valutazione positiva circa la sua utilità ai fini della tutela degli stessi interessi<sup>26</sup>.

Se poi si ammettesse la legittimazione diffusa in capo a chiunque, sebbene l'azione rimarrebbe rinunciabile da parte dell'attore, la sua fungibilità permetterebbe l'intervento autonomo volontario di tutti i *cives* ai sensi dell'art. 105 c.p.c., indipendentemente dal presupposto dell'essere persona offesa dall'illecito, il che precluderebbe all'attore l'arbitraria decisione sulle sorti del processo.

Nonostante la tecnica giurisdizionale prescelta dal legislatore in tema di sanzioni civili sia stata quella di limitare l'iniziativa processuale alla sola persona offesa, bisogna ricordare che la legittimazione ad agire per la tutela degli interessi sopraindividuali, in

---

<sup>26</sup> Proto Pisani, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, op. cit.



passato, è stata lentamente estesa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>27</sup> a soggetti privi di diritti soggettivi o interessi legittimi, subordinandola tuttavia ad una preventiva autorizzazione dello Stato o dell'ente pubblico coinvolto, ovvero alle associazioni dotate di una riconosciuta rappresentatività degli interessi di un certo numero di individui. Questa è stata desunta da indici quali l'attività sostenuta per la cura di quello specifico bene o interesse, l'essere dotate di un assetto organizzativo stabile o il criterio della *vicinitas* rispetto alla zona in cui rileva l'interesse di cui è portatrice, requisiti ritenuti non sussistenti nell'associazione *Italia nostra*, protagonista della decisione indicata in nota.

L'estensione della legittimazione veniva normativamente giustificata con l'art. 9 della l. n. 241 del 1990, che consente ancora oggi ad associazioni e comitati portatori di interessi comuni di intervenire nel procedimento amministrativo, sebbene sono state presentate molte critiche a siffatta lettura in virtù della non equiparabilità tra partecipazione al procedimento amministrativo e partecipazione/iniziativa al processo<sup>28</sup>.

Successivamente la l. n. 349 del 1986, con l'art. 13, ha espressamente attribuito la legittimazione per l'annullamento dei provvedimenti illegittimi in materia ambientale dinanzi al giudice amministrativo, oltre che il potere di intervenire nei giudizi per danno ambientale, alle associazioni che rispettavano specifici parametri sanciti con decreto ministeriale. E' divenuta in tal modo necessaria un'espressa attribuzione *ex lege* ai fini della legittimazione ad agire in giudizio per la tutela degli interessi diffusi, che consistono in interessi adespoti in quanto non fanno capo ad una collettività, ma si presentano come indivisibili. Per la tutela degli interessi collettivi, al contrario, i quali risultano divisibili ed azionabili in forma individuale o collettiva come interessi legittimi, e di cui sono titolari enti esponenziali rappresentativi di un gruppo autonomamente individuabile, è sufficiente superare il vaglio di meritevolezza del giudice basato sui parametri sopra menzionati.

---

<sup>27</sup> Cons. Stato, Sez. V, sent. 9 marzo 1973, n. 253, in *Il Foro it.*, vol. 3, 1974, p. 33 ss.

<sup>28</sup> La teoria dell'integrazione tra procedimento e processo è sostenuta in particolare da Nigro, M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 ss.

Gli enti esponenziali non agiscono, tuttavia, secondo tale legge, in qualità di sostituti processuali *ex art. 81 c.p.c.*, in quanto non fanno valere un diritto del singolo membro della categoria in nome proprio, ma un interesse collettivo autonomo di cui si rendono portatori, per via di una legittimazione ad agire esclusiva e originaria. Inoltre non si ammette, tendenzialmente, l'ente esponenziale a far valere in giudizio la pretesa risarcitoria a favore di tutti i membri rappresentati che siano stati lesi nei loro diritti, né la pretesa di quella componente di danno che, nella sua quantificazione, rilevi come danno superindividuale in sé slegato dalle singole lesioni arrecate<sup>29</sup>.

Il privato cittadino poteva così instaurare un'azione a tutela della collettività, per il tramite dell'ente esponenziale, che non poteva, al contrario, instaurare a tutela del solo interesse personale, in quanto a quest'ultimo non veniva riconosciuta una portata individuale, ma solo collettiva. Non possono rientrare, infatti, nella nozione di diritto soggettivo, meritevole della tradizionale tutela giurisdizionale, i beni ambientali, quelli qualificati come patrimonio dell'umanità o più generalmente i beni comuni, per alcuni dei quali sono stati coniat i termini di interessi adespoti, sebbene la nozione sia criticata in dottrina, o di interessi diffusi.

Il tentativo della dottrina e della giurisprudenza, in particolare, è stato quello di costruire centri di imputazione di siffatti interessi, quale ad esempio la collettività, per permettere la loro tutela in via giurisdizionale. Piuttosto, la soluzione più semplice sarebbe stata, secondo taluno, utilizzare proprio lo strumento dell'azione popolare, introducendo la legittimazione processuale generale in favore del *quisue de populo*, così da incrementare i casi di successo nella tutela degli interessi coinvolti<sup>30</sup>.

Lo stesso sarebbe potuto avvenire, infatti, nel processo per le sanzioni civili pecuniarie, in cui la limitazione della legittimazione processuale alla sola persona offesa, per ragioni come detto di deflazione processuale, non assicura il successo della funzione preventiva – repressiva afferente alle sanzioni e riduce notevolmente l'effettività della tutela collettiva ad essi connessa.

---

<sup>29</sup> Iurilli, C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, Milano, 2016, p. 46 ss.

<sup>30</sup> Saccoccio, A., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane*, op. cit.

Tuttavia, la critica mossa all'istituto dell'azione popolare, che ne ha impedito l'adozione, è stata il suo apparente contrasto con gli artt. 24 e 103 Cost., che presuppongono la titolarità di un diritto soggettivo o interesse legittimo in capo all'attore in giudizio. Essa è sostenuta da chi guarda alla nozione di azione popolare solamente per il profilo della legittimazione generale, senza considerare la sua funzione primaria che consiste nella difesa dei beni comuni, secondo la diversa accezione che l'istituto aveva nel mondo romano: esso veniva, infatti, considerato uno strumento funzionale al bene dello Stato e alla tutela di un diritto di tutto il popolo, per questo ogni cittadino possedeva la legittimazione ad esperire tale azione, esercitando per codesta via un diritto soggettivo pubblico. Anche quando si domandava l'irrogazione di una pena, infatti, si esercitava il diritto dell'attore, in modo da tutelare il diritto di tutti i *cives*<sup>31</sup>.

Difficile non scorgere tra queste righe una possibile analogia con le recenti sanzioni civili, in quanto la sicurezza dei cittadini impone che essi non siano vittime delle condotte tipizzate dalla legge come nuovi illeciti civili e la stessa sicurezza potrebbe integrare l'oggetto di un vero e proprio diritto individuale di ogni cittadino, che per tale via diventerebbe legittimato ad agire in giudizio per la sua protezione. Dalla cura di siffatto diritto si realizzerebbe inoltre, contemporaneamente, la tutela degli interessi degli altri individui, potendosi per tale ragione configurare la nascita di un diritto superindividuale, così da cumulare la tutela dell'interesse privato e pubblico, o meglio di interessi che non sono né l'uno né l'altro: non sono pubblici, poiché la reazione è affidata al singolo, né privati, poiché l'attore rileva non come singolo, ma come membro del popolo<sup>32</sup>.

Se poi non si accoglie la soluzione estensiva della legittimazione attiva nel nuovo processo per le sanzioni civili, va ribadito con ancora maggior convinzione che dovrebbe essere adottata la seconda tecnica giurisdizionale sopra illustrata, quella di affidare l'iniziativa e la cura del processo ad un'autorità pubblica che assicuri l'effettività della tutela dei cittadini. Si potrebbe optare, tuttavia, anche per l'ulteriore via di demandare la tutela degli interessi pubblici sottesi ai nuovi illeciti civili agli enti

---

<sup>31</sup> Saccoccio, A., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane*, op. cit.

<sup>32</sup> Saccoccio, A., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane*, op. cit.

esponenziali loro rappresentativi, secondo la scelta che il nostro legislatore ha percorso nella gran parte dei settori a questo assimilabili coinvolgenti interessi superindividuali, liberando, in ogni caso, il privato del peso di cui è portatore nel processo *de quo*.

Dibattuta, peraltro è la questione della copertura costituzionale dell'istituto della sostituzione processuale, rinvenuta da taluno nelle menzionate tecniche di tutela giurisdizionale.

L'art. 24 Cost., infatti, recita che “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”, pertanto non appare ammissibile far valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui.

A siffatto modello processuale ordinario, secondo cui la parte può agire in giudizio solamente per far valere diritti propri, la legge affianca quello che vede protagonista il rappresentante, colui che agisce in nome e per conto del rappresentato, ove quest'ultimo rimane parte in senso sostanziale del processo e risulta meramente coadiuvato dal rappresentante nella cura dei suoi interessi nel processo.

Appare dirompente, allora, la rottura con il modello costituzionale nei casi di sostituzione processuale. In essi si realizza una dissociazione tra la titolarità dell'azione e la titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio, la quale è ammessa solamente nei casi stabili dalla legge ai sensi dell'art. 81 c.p.c. Il legislatore è chiamato a valutare gli interessi in gioco e a ritenere quelli sottesi all'esigenza della sostituzione processuale prevalenti rispetto a quelli sottesi al principio proclamato dall'art. 24 Cost. Il sostituto, infatti, è colui che agisce in nome proprio ma per conto del sostituito, facendo valere in giudizio un diritto altrui, di cui non si afferma pertanto titolare.

Per tali ragioni, diversamente dal rappresentante, egli è realmente parte del giudizio e risponde personalmente delle spese processuali, tuttavia l'attività da lui compiuta non può che produrre effetti nei confronti del sostituito, essendo il primo titolare non di una legittimazione ad agire con riferimento al proprio rapporto giuridico, ma di una semplice *legitimatio ad processum*<sup>33</sup>. Il sostituto, pertanto, non può essere destinatario di tutti gli effetti giuridici del processo da lui instaurato, in particolare gli effetti che il giudicato produce sul rapporto giuridico dedotto in giudizio non possono che incidere

---

<sup>33</sup> Chiovenda, G., *Principi di diritto processuale civile*, I ed., Napoli, 1906, p. 364 ss.

sulla posizione del sostituto, titolare del rapporto e soggetto al potere dell'organo giurisdizionale<sup>34</sup>.

Il fondamento dell'istituto in questione si rinviene, per taluno, nella considerazione che la legittimazione del sostituto dipende dal riconoscimento di un suo interesse ad una pronuncia sul rapporto giuridico altrui, che risulta pertanto essere il presupposto del conferimento del suo potere di azione e da cui nasce il diritto del sostituto ad ottenere il provvedimento menzionato<sup>35</sup>. Il suo interesse sarebbe dovuto al particolare collegamento delle situazioni giuridiche di cui sono titolari sostituto e sostituito sul piano sostanziale, così preso in considerazione anche da un punto di vista processuale<sup>36</sup>. Dal rapporto giuridico intercorrente tra i due soggetti, infatti, sorgerebbe l'interesse del sostituto all'esercizio della funzione giurisdizionale concernente un rapporto giuridico altrui. A tal fine, tuttavia, sarebbe comunque necessaria l'integrazione di una delle fattispecie ammesse dalla legge, in deroga al principio di cui all'art. 81 c.p.c.<sup>37</sup>

Secondo altri, al contrario, la *ratio* che rende legittimo l'istituto risulta la volontà di assicurare la possibilità concreta ed effettiva di ottenere per ogni situazione di vantaggio riconosciuta dal diritto materiale la forma più idonea di tutela giurisdizionale, indipendentemente dal soggetto legittimato a richiederla<sup>38</sup>.

La sostituzione processuale, inoltre, viene ricondotta alla categoria della legittimazione straordinaria, che si distingue dalla legittimazione ordinaria in quanto comprendente tutte le ipotesi in cui si riconosce ad un soggetto di agire e contraddire su rapporti

---

<sup>34</sup> Garbagnati, E., *Sostituzione processuale*, op. cit., p. 209.

<sup>35</sup> Satta, S., *Azioni popolari e perpetuatio iurisdictionis*, in *Teoria e pratica del processo*, Roma, 1940, p. 361 ss.

<sup>36</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, III ed., Bologna, 2012, p. 184.

<sup>37</sup> Garbagnati, E., *Sostituzione processuale*, op. cit., p. 226 e Betti, E., *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 163.

<sup>38</sup> Comoglio, L. P. – Stesuri, A., voce *Art. 81, Sostituzione processuale*, in *Commentario del codice di procedura civile, I*, diretto da Comoglio, L. P. – Consolo, C. – Sassani, B – Vaccarella, R., Milanofiori Assago, 2012, p. 1054.

giuridici altrui e poiché presuppone non solo la capacità giuridica e di agire del sostituto, ma anche l'esistenza della fattispecie giuridica che legittima il potere *de quo*<sup>39</sup>.

Con riferimento, in particolare, all'ipotesi di sostituzione che si realizza per taluno nell'azione popolare suppletiva, il privato cittadino avrebbe il potere di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale in merito alla concreta volontà della legge, facendo valere in realtà non un diritto altrui, secondo la critica alla posizione chiovendiana, ma il diritto del sostituto ad un'azione che avrebbe ad oggetto un diritto altrui, per il tramite tuttavia di un'azione automa da quella potenzialmente instaurata dal sostituto<sup>40</sup>.

La tassatività dei casi di sostituzione processuale ammessi è dovuta alla disciplina dei limiti soggettivi del giudicato: se la decisione del giudice produce effetti su un rapporto giuridico che coinvolge parti diverse da quelle direttamente protagoniste del processo, questo non può che avvenire per espressa autorizzazione della legge stessa. L'art. 24 Cost., infatti, non fa che trasmutare il principio di "relatività del contratto" in ambito processuale, poiché come il contratto non può produrre effetti nei confronti di terzi, così il processo non può incidere sulla sfera giuridica altrui, anche contro la volontà del titolare del rapporto. Salvo, in entrambi i casi, le deroghe ammesse dalla legge, come avviene proprio nel caso della sostituzione processuale, ove un soggetto viene legittimato ad agire in giudizio per la tutela di un diritto altrui.

La deroga all'art. 24 Cost. e alla normale correlazione tra titolarità dell'azione e titolarità della situazione sostanziale, pertanto, deve trovare fondamento in un interesse meritevole di tutela che prevale, in occasione del bilanciamento dei valori costituzionali che solo il legislatore è abilitato a compiere, sull'interesse del titolare del rapporto giuridico dedotto in giudizio<sup>41</sup>. Questo avviene, ad esempio, quando al creditore viene consentito di agire in surrogazione *ex art. 2900 c.c.*, essendo stato valutato il suo interesse creditizio prevalente rispetto a quello del debitore volto a preservare la sua

---

<sup>39</sup> Garbagnati, E., *Sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 174.

<sup>40</sup> Garbagnati, E., *Sostituzione processuale*, op. cit., p. 214 ss.

<sup>41</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, op. cit., p. 184.

autonomia nella cura dei propri affari. Rimane ferma, ad ogni modo, la necessaria sussistenza per il sostituto dell'interesse ad agire in giudizio di cui all'art. 100 c.p.c.

Dall'art. 81 c.p.c., infatti, si desume *a contrario* che la regola generale è la legittimazione ordinaria, dunque il potere di far valere in giudizio i diritti propri, l'eccezione, ma comunque ammissibile, è la legittimazione straordinaria, dunque il potere di far valere in nome proprio un diritto altrui. Il legislatore la prevede, come detto, per peculiari valutazioni di opportunità politico – legislative e in ipotesi tassative in quanto solo quest'ultimo può valutare quando l'inerzia del titolare del diritto nel richiedere la tutela giurisdizionale pregiudica gli interessi dei terzi in maniera tale da dover consentire loro di agire in giudizio in via sostitutiva<sup>42</sup>.

Peraltro, normalmente la legge richiede che il sostituto chiami in giudizio il sostituito così che questo, se ritiene, sia messo in condizione di poter partecipare al processo a fianco del sostituto e di curare i suoi interessi relativi al proprio rapporto giuridico oggetto del giudizio. Altrimenti, dovrebbe essere consentito al sostituito di intervenire in giudizio, in via volontaria o coattiva<sup>43</sup>. Il principio del contraddittorio e il diritto di difesa impongono infatti che il titolare del diritto partecipi al processo, anche quando la legge non lo preveda espressamente<sup>44</sup>.

Tuttavia, alla statuizione contenuta nell'art. 24 Cost. non si ricollega esclusivamente l'inscindibilità tra la situazione sostanziale e la possibilità di agire in giudizio, ma dalla norma si fa anche discendere la garanzia che alle singole situazioni giuridiche da tutelare corrispondano forme di tutela adeguate, che assicurino la soddisfazione degli interessi ad esse sottesi<sup>45</sup>.

L'art. 24 Cost. riconosce la tutela giurisdizionale di qualsiasi posizione di vantaggio, individuale e collettiva, da chiunque e comunque azionabile in giudizio, che sia stata riconosciuta *ex ante* dal legislatore sostanziale a prescindere, dunque, da chi sia il

---

<sup>42</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, VI ed., Milano, 2011, p. 216.

<sup>43</sup> Garbagnati, E., *Sostituzione processuale*, op. cit., p. 266 ss.

<sup>44</sup> Monteleone, G., *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Milano, 2018, p. 155.

<sup>45</sup> Di Majo, A., voce *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. D.*, 1992, p. 372.

soggetto legittimato a richiederla<sup>46</sup>. La garanzia costituzionale, infatti, non risulta per molti essere riferita esclusivamente alle due situazioni di vantaggio indicate nella norma, i diritti soggettivi e gli interessi diffusi, ma andrebbe estesa alle situazioni sopraindividuali degli interessi diffusi e collettivi.

Anche laddove la tesi appena esposta non venisse condivisa, è necessario sottolineare come nulla impedisce al legislatore di introdurre forme di tutela giurisdizionale ulteriori rispetto a quelle garantite dall'art. 24 e 113 Cost., considerata la tendenza sempre maggiore del legislatore a predisporre meccanismi strumentali di tutela di situazioni non sempre individuali.<sup>47</sup> Pertanto, se anche si ammettesse che la sostituzione processuale non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 24 in quanto si agisce per la tutela di situazioni giuridiche non "proprie", non si vede per quale ragione dovrebbe essere negata l'ammissibilità dell'istituto in questione, in veste proprio di peculiare stratagemma processuale per la tutela di situazioni talvolta individuali, altre volte collettive.

Infatti, il legislatore è titolare di ampia discrezionalità nella scelta degli istituti processuali da fornire al titolare della situazione sostanziale dedotta in giudizio per attuare il suo diritto di difesa, con il solo limite della ragionevolezza<sup>48</sup>.

In realtà, in molti sostengono che le norme speciali che autorizzano, eccezionalmente, i casi di azioni in giudizio volte a far valere in nome proprio un diritto altrui non devono considerarsi sottratte alla copertura costituzionale di cui all'art. 24 Cost. Tale norma, infatti, garantisce al cittadino il diritto di far valere in giudizio i suoi diritti o interessi senza irragionevoli limitazioni, tuttavia non implica un esclusivo potere di disposizione della loro tutela. Risulta sempre centrale la possibilità concreta ed effettiva di ottenere la tutela in questione, non il suo monopolio<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Police, A., voce *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, R. – Celotto, A. – Olivetti, M., Milanofiori Assago, 2006, p. 505, 506.

<sup>47</sup> Trocker, N., voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 3 ss.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. 5 luglio 1995, n. 295 e 22 giugno 2004, n. 180.

<sup>49</sup> Comoglio, L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 112 ss.



Alla luce di tale tesi, il sostituto invocherebbe in realtà la tutela di un proprio diritto, tuttavia la soddisfazione del suo interesse dipenderebbe dal riconoscimento di un diritto altrui<sup>50</sup>. La possibilità di ingerirsi nella sfera giuridica altrui, infatti, viene concessa dal legislatore quando questa rende possibile la difesa del diritto o l'esercizio del potere giuridico spettante al sostituto, che vengono in tal modo tutelati proprio secondo quanto prescritto dall'art. 24 Cost., dal momento che il sostituto difenderebbe una posizione giuridica propria<sup>51</sup>, interferente tuttavia con un rapporto giuridico altrui<sup>52</sup>.

In senso contrario, come visto, taluno sostiene che il sostituto processuale agisce in nome proprio ma comunque per la tutela di un diritto altrui, in chiara contrapposizione pertanto con la tesi appena esposta<sup>53</sup>.

Alcuni esempi rientranti, sebbene non sempre pacificamente, in tali ipotesi tassative di sostituzione processuale sono la successione a titolo particolare nel diritto controverso, l'estromissione del garantito, la sostituzione officiosa del PM, la sostituzione processuale dell'usufruttuario nelle azioni attinenti alle servitù prediali del fondo datogli in usufrutto, e molte altre<sup>54</sup>. Quando la legittimazione è attribuita a un organo pubblico, in particolare, essa concretizza l'adempimento di un dovere a lui imposto dalla legge<sup>55</sup>.

Il PM, più specificatamente, "*esercita l'azione civile ed interviene nei processi civili nei casi stabiliti dalla legge*"<sup>56</sup>, di conseguenza la sua legittimazione a partecipare al processo deve necessariamente essere sancita dalla legge<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Costantino, G., voce *Art. 81, Sostituzione processuale*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella, R. – Verde, G., Torino, 1998, p. 642.

<sup>51</sup> Monteleone, G., *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali*, op. cit. p. 155; in tal senso anche Cass. civ., Sez. I, 15 giugno 1994, n. 5814.

<sup>52</sup> Punzi, C., *Il processo civile, Sistema e problematiche, vol. I, I soggetti e gli atti*, II ed., Torino, 2010, p. 328.; Balena, G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I principi*, Bari, 2015, p. 57.

<sup>53</sup> Redenti, E. – Vellani, M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 75, 76.

<sup>54</sup> Comoglio, L. P. – Stesuri, A., voce *art. 81, Sostituzione processuale*, op. cit., p. 1066, 1067.

<sup>55</sup> Balena, G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I*, op. cit., p. 57.

<sup>56</sup> Art. 75, c. 1 ord. giudiz.

Diversa è la rilevanza dell'interesse pubblico tutelato a seconda che l'organo pubblico sia legittimato ad agire in giudizio o solamente ad intervenire: nel primo caso, esso è talmente tanto elevato che permette di derogare alla regola del monopolio delle parti circa la scelta se esercitare o meno l'azione, e dunque anche circa ciò che attiene all'ampliamento del suo oggetto e al perdurare del processo, rimessi nelle mani del PM; nel secondo caso il pubblico ministero è privo di siffatti poteri<sup>58</sup>.

Quando il PM può o deve esercitare l'azione civile bisogna distinguere tra i casi in cui il pubblico interesse concerne il mero esercizio dell'azione, che nessun altro potrebbe instaurare, da quelli in cui esso si rinviene proprio nella situazione di diritto sostanziale dedotta in giudizio, tanto da rendere l'azione per la sua tutela indisponibile<sup>59</sup>.

L'art. 70 c.p.c., inoltre, prevede i due tipi di interventi del pubblico ministero, quello obbligatorio e quello facoltativo. Il primo si ritrova negli stessi casi in cui egli potrebbe proporre l'azione, nelle cause matrimoniali, quelle riguardanti lo stato e la capacità delle persone e negli altri casi stabiliti espressamente dalla legge; il secondo, nei casi in cui egli ravvisa un pubblico interesse, che deve essere pertanto dallo stesso accertato di volta in volta, laddove è accertato a priori nei casi di intervento obbligatorio.

L'art. 2907 c.c., in particolare, dispone che *“alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio”*. Di conseguenza, la regola generale ripone in capo alla parte la legittimazione a richiedere la tutela giurisdizionale, mentre eccezionalmente quest'ultima viene attribuita anche al pubblico ministero, titolare per tale via di una mera azione in virtù dell'interesse pubblico ad essa sotteso. Ne discende,

---

<sup>57</sup> Vellani, M., *Sulla tipicità dell'azione civile del pubblico ministero*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, di AA. VV., Padova, 1982, p. 1851 ss.

<sup>58</sup> Vellani, M., *Assenza delle parti private dal giudizio e poteri del pubblico ministero*, in *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, III, di AA. VV., Milano, 1973, p. 1669 ss.

<sup>59</sup> Vellani, M., *Il pubblico ministero nel processo*, II, *Il diritto italiano vigente*, Bologna, 1970, p. 130, 131.

pertanto, che il giudicato sostanziale non si forma nei suoi confronti né nei confronti dello Stato, ma delle parti private<sup>60</sup>.

La tesi che considera la legittimazione del PM un esempio di sostituzione processuale, in realtà, è criticata da ampia parte della dottrina<sup>61</sup>, che la nega in primo luogo nei casi in cui l'azione è attribuita esclusivamente all'organo pubblico, ove la domanda non avrebbe potuto essere proposta da alcun ipotetico sostituto. In secondo luogo, anche laddove sussistano altri soggetti legittimati ad agire in giudizio, l'azione concessa al PM viene considerata come autonoma, volta a tutelare l'interesse pubblico sotteso in tali casi all'esercizio dell'azione, anche se in merito ad un rapporto giuridico altrui. In siffatte ipotesi, infatti, mancherebbe un rapporto giuridico sostanziale tra il sostituto e il sostituito. E' solo in via eccezionale che nell'azione attribuita all'organo pubblico si ravvisa un esempio di sostituzione processuale, ad esempio quando egli richiede i provvedimenti cautelari di cui all'art. 73, c. 1 dell'ordinamento giudiziario, mentre negli altri casi si possono riscontrare solamente delle analogie con l'istituto in esame.

La sostituzione, infatti, sarebbe sempre in funzione di un interesse particolare che non può equivalere a quello dell'attuazione della legge, in quanto interesse generale dell'ordinamento, di cui si rende portatore il PM<sup>62</sup>.

Se si sposa tale tesi, pertanto, l'azione del PM non può rientrare nella copertura costituzionale di cui all'art. 24 Cost., volto alla tutela delle situazioni individuali, ma egli è chiamato ad attivare la tutela di situazioni giuridiche di natura pubblica, o quantomeno che vedono sotteso un interesse pubblico alla luce della natura indisponibile dei diritti da dedurre in giudizio, in quanto configuranti un interesse collettivo con riferimento al quale i privati rimarrebbero spesso inerti.

L'istituto appena esaminato della sostituzione processuale, in particolare, è stato utilizzato dal legislatore in quei processi che hanno ad oggetto rapporti giuridici coinvolgenti un numero indefinito di persone, normalmente accomunati dalla medesima *causa petendi*, che necessitano di essere condotti unitariamente per ragioni di efficienza

---

<sup>60</sup> Vellani, M., *Il pubblico ministero nel processo*, II, op. cit., p. 431 ss.

<sup>61</sup> Vellani, M., *Il pubblico ministero nel processo*, II, op. cit., p. 435 ss.

<sup>62</sup> Satta, S., *Commentario al cod. proc. civ.*, I, voce Art. 69, Milano, 1959, p. 234.

della giustizia e di essere conclusi con una sentenza che regoli tutti i rapporti giuridici emersi come rilevanti. E' quello che avviene quando emergono condotte plurioffensive di beni giuridici o interessi comuni ad una pluralità di soggetti, proprio come nei casi di seguito esaminati di condotte lesive dell'ambiente, dei consumatori o del mercato.

In particolare, il fenomeno si realizza mediante gli istituti dell'azione di classe, delle azioni per la tutela di interessi collettivi e diffusi conferite ad associazioni di categoria o a enti esponenziali, o ancora con le azioni popolari. Anche in quest'ultimo caso, si dice, il cittadino fa valere in giudizio un proprio interesse riconosciuto e protetto dall'ordinamento e, pertanto, rientrante nella copertura dell'art. 24 Cost.<sup>63</sup>

Tuttavia, gli enti esponenziali agiscono in via di legittimazione ordinaria quando gli interessi collettivi competono loro in via propria ed esclusiva, mentre in via straordinaria solamente quando sono legittimati ad esercitare azioni giurisdizionali spettanti ad altri enti<sup>64</sup>.

In questi casi, pertanto, non sembrano essere oltrepassati i confini dell'art. 24 Cost., in quanto l'azione continua ad essere legata ad una specifica posizione del singolo. E' stato rilevato, tuttavia, un pericolo di autoritarismo sotteso all'applicazione dell'istituto della sostituzione processuale nelle menzionate ipotesi, in quanto in essa si rinviene l'affidamento della cura di interessi dei singoli a soggetti preindividuati dallo Stato, che il legislatore ha il compito di controllare, privando il cittadino del corrispondente potere individuale<sup>65</sup>.

## **2. Altri esempi di ibridazione della tutela giurisdizionale.**

Il processo per le sanzioni civili pecuniarie non è, tuttavia, il primo ed unico esempio di ibridazione del processo e di strumento giuridico di natura privata piegato dall'ordinamento giuridico al conseguimento di nuove esigenze sociali, quale la tutela di interessi comuni ad una pluralità di consociati. Il principio di sussidiarietà orizzontale

---

<sup>63</sup> Comoglio, L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, op. cit., p. 107, 108.

<sup>64</sup> Comoglio, L. P. – Stesuri, A., voce *Art. 81, Sostituzione processuale*, op. cit., p. 1068.

<sup>65</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, op. cit., p. 184, 185.

è stato spesso il fondamento del coinvolgimento dei privati nei compiti che, normalmente e residualmente, sono deferiti allo Stato, in quanto esso garantisce il più efficace e migliore intervento dei cittadini, i quali sono più vicini e più facilmente a conoscenza dei bisogni della società. In tale maniera si persegue anche l'obiettivo del risparmio delle risorse pubbliche, sebbene a discapito delle tasche dei cittadini.

In particolare, l'art. 3 Cost. permette di sostenere che forme di "tutela giurisdizionale differenziata", in funzione dei bisogni ed interessi di volta in volta rilevanti, siano la tecnica processuale più idonea per l'efficiente soddisfazione dei bisogni di giustizia<sup>66</sup>. Con tale espressione, infatti, ci si riferisce sia a quei procedimenti ordinari a cognizione piena ed esauriente modulati in funzione delle singole situazioni sostanziali controverse, di nostro interesse, sia alle diverse forme tipiche di tutela sommaria<sup>67</sup>. Tuttavia, autorevole dottrina critica il ricorso a siffatte forme di tutela giurisdizionale differenziata, in quanto le considera fonte di privilegi per la classe dominante, la quale è l'unica ad avvalersene realmente e ad avvantaggiarsi del mal funzionamento dell'ordinario processo di cognizione, di cui fanno uso normalmente i non abbienti<sup>68</sup>.

I casi di ibridazione menzionati, in particolare, in cui assumono centralità interessi comuni ad una pluralità di individui, fanno emergere l'acceso dibattito che ha in tempi recenti coinvolto la figura dei "beni comuni", quei beni essenziali per la generalità dei consociati, il cui accesso deve essere loro garantito da parte dello Stato e dal cui godimento nessuno ha la possibilità di escludere altri cittadini. Il legislatore ha, infatti, progressivamente tentato di assicurare la piena realizzazione dei nuovi interessi emersi più o meno direttamente con la costituzione del '48, quali la cultura, l'acqua, la sanità, il clima, l'ambiente, l'accesso ad internet, il lavoro, l'istruzione e più in generale tutti i servizi pubblici, beni spesso immateriali che devono essere posti a disposizione di tutti. In tale contesto si possono collocare allora, ad esempio, le maggiori attenzioni rivolte

---

<sup>66</sup> Italia, E., *Il processo civile tra il tentativo di semplificazione dei riti e la resilienza della c. d. tutela differenziata*, in *Judicium*, 2018.

<sup>67</sup> Proto Pisani, A., *Note minime sulla c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. e Giur.*, 1978, p. 534 ss.

<sup>68</sup> Verde, G., *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e Giur.*, 1978, p. 241 ss.; Proto Pisani, *Due interventi sul processo civile*, in *Dir. e Giur.*, 1977, p. 161 ss.

alla categoria dei consumatori o l'innovativa disciplina in materia di immissioni ambientali<sup>69</sup>. Il benessere collettivo, infatti, si ricava dalla somma dell'utilità dei singoli individui, tanto che quelli appena richiamati sono alcuni dei settori inclusi dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 2004 sul Libro verde dedicato ai servizi di interesse generale.

Più nello specifico, i beni comuni che la dottrina ha individuato si caratterizzano per una rilevante disomogeneità interna alla categoria: essi vengono classificati infatti in beni comuni naturali, quindi le risorse naturali, quali l'ambiente, in beni comuni sociali e immateriali, come la stessa conoscenza o i beni culturali, in beni comuni materiali, tra cui lo spazio urbano, ed infine le infrastrutture, quali lo spazio comune del web e le istituzioni erogatrici di servizi pubblici finalizzati alla realizzazione di diritti fondamentali, quali le strade o la scuola. I beni comuni, dunque, hanno degli strettissimi legami con la comunità di riferimento e con le altre comunità ad essa contigue e non possono in alcun caso essere oggettificati<sup>70</sup>.

Mentre di fronte ad un interesse diffuso il singolo partecipa al suo godimento in quanto membro della collettività, ma non è portatore di un interesse tutelabile come interesse individuale né può farsi portatore dell'interesse della collettività, al cui fine risulta più idoneo l'ente esponenziale, alcuni interessi diffusi hanno ad oggetto beni suscettibili di godimento individuale. In tali casi, molti dei quali coincidenti con le figure dei beni comuni, ciascuno può essere titolare di un interesse giuridicamente tutelato, talvolta di un diritto soggettivo al loro godimento, e pertanto anche di una legittimazione processuale che ne garantisca la tutela a fronte di una lesione<sup>71</sup>.

Per bene comune non si intende, è bene specificarlo fin da subito, un bene demaniale, il quale appartiene allo Stato o ad altro ente territoriale e che per espressa disposizione di legge è volto a soddisfare bisogni collettivi in maniera diretta. Nei beni comuni, infatti, non rileva il rapporto di proprietà tra *dominus* pubblico e bene, quanto la relazione tra

---

<sup>69</sup> Giannini, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, III ed., Bologna, 1989, p. 93 ss.

<sup>70</sup> Mattei, U., *I beni comuni. Un manifesto*, Roma – Bari, 2011, p. 54.

<sup>71</sup> Bianca, C. M., *Note sugli interessi diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 76, 77.

beni e diritti da soddisfare, divenendo centrale l'elemento funzionale che li connota<sup>72</sup>: la Commissione Rodotà li ha definiti come *“cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona ... [che] devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future”*<sup>73</sup>. Si cerca così di introdurre, secondo un progetto di riforma del codice civile, una nuova categoria di beni basata non più sulla loro appartenenza soggettiva, ma sul criterio oggettivo della loro destinazione a favore delle esigenze della comunità.

La stessa Cassazione a Sezioni Unite ha accolto la nozione di beni comuni definendoli come quei bene che sono *“funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività e che – per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato sociale – devono ritenersi “comuni”, prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività”*<sup>74</sup>.

Essi costituiscono pertanto una *species* del più ampio *genus* di bene pubblico. Il fondamento giuridico viene riscontrato in tutte le disposizioni contenute nella prima parte della Costituzione, non più nel solo art. 42 Cost., ove i beni assumono una connotazione specifica in quanto letti alla luce del principio di solidarietà e giustizia sociale per l'esigenza fondamentale di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo. E questo proprio poiché i beni in questione non sono più legati esclusivamente al loro titolare, ma divengono protagonisti di una dimensione funzionale, legata alle modalità di godimento dei diritti rapportati a tali bene, così che il proprietario viene ad assumere il più impegnativo ruolo di amministratore per la collettività, al fine di assicurarne il loro pieno godimento<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Lucarelli, A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 9 gennaio 2015, p. 4.

<sup>73</sup> Rodotà, S., *Il valore dei beni comuni*, in [www.acquabenecomune.org](http://www.acquabenecomune.org).

<sup>74</sup> Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

<sup>75</sup> Giannini, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, ed. 1977, Bologna, p. 88.

Si tenta pertanto di superare la tradizionale distinzione tra *res in usu publico* e *res communes*, fondata sulla concezione per cui la relazione tra cose e persone può essere spiegata solamente alla luce della proprietà individuale.

I beni comuni si distinguono, pertanto, dai beni collettivi o di proprietà collettiva, i quali continuano ad avere una connotazione prettamente dominicale in quanto consistono nei beni che appartengono ad una comunità circoscritta ed escludente. Essi possono infatti trasformarsi in beni oggetto di diritti individuali, sebbene il proprietario spicca per la sua natura collettiva, tornando ad essere prevalente il profilo soggettivo rispetto a quello funzionale. Nei beni comuni, al contrario, non rileva il rapporto della comunità specifica con il bene o il titolare della proprietà<sup>76</sup>, ma la sua mera funzione piegata al soddisfacimento degli interessi generali.

Il problema che negli ultimi anni ha acceso il dibattito sulla nuova categoria dei beni comuni è stato il processo di privatizzazione dei beni pubblici mediante interventi di sdemanializzazione, basato su decisioni politiche assunte dal Parlamento e dalle amministrazioni che hanno tradito la destinazione funzionale dei beni, rimasta del tutto svilita. Si tratta di un dibattito da cui affiora in maniera evidente il contrasto tra Stato e società in tema di concreta possibilità di accesso dei cittadini alla fruizione collettiva di beni aventi una destinazione sociale<sup>77</sup>.

L'idea sottesa alla nuova concezione di tali beni, rivali ed esauribili, pertanto, è che essi siano gestiti in funzione dei diritti fondamentali della comunità e collocati fuori commercio, in quanto beni a *fruizione comune*, e non a *fruizione collettiva* o a *fruizione meramente pubblica*, tutelando in maniera più adeguata l'interesse generale<sup>78</sup>. La comunità chiamata ad usufruirne è quella composta da più soggetti legati dalla medesima esigenza di godere del bene, secondo un legame non più necessariamente connesso al territorio<sup>79</sup>. La collettività, invece, proprietaria dei beni collettivi, ritorna ad

---

<sup>76</sup> Cassese, S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 80.

<sup>77</sup> Jannarelli, A., *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, a cura di Jannarelli, A., Roma, 2018, p. 92.

<sup>78</sup> Lucarelli, A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, op. cit., p. 6.

<sup>79</sup> Esposito, R., *Comunità, immunità, biopolitica. Origine e destino della comunità*, 2006, Torino, p. 1.



essere protagonista del modello tradizionale del rapporto *dominus* – bene, ove l'interesse generale preso in considerazione è meramente quello di una comunità determinata in uno specifico territorio<sup>80</sup>.

Quando si passa al problema della tutela giurisdizionale dei beni in esame emerge una prima netta differenza tra beni collettivi e beni comuni: i primi vedono garantito l'accesso in giudizio per il tramite degli enti esponenziali, quali il Comune di riferimento della collettività determinata, che agiscono in qualità di loro rappresentanti. Nell'ipotesi dei beni comuni, al contrario, lo Stato – comunità agisce non in qualità di proprietario, ma di regolatore che deve garantire l'equo accesso a tali beni in favore di tutti, ma si pone il problema di individuare quale sia e se esista uno strumento adatto alla loro tutela giurisdizionale.

Poiché ricollegati ai diritti fondamentali dei cittadini e ai principi affermati nella prima parte della Costituzione, la comunità dovrebbe assumere un ruolo di protagonista tanto nella gestione, nel proprio interesse e in quello delle generazioni future, quanto nella tutela giurisdizionale, in omaggio primo tra tutti al principio di sovranità popolare *ex art. 1 Cost.* D'altra parte, infatti, il richiamo al principio di sussidiarietà orizzontale non può assumere un'accezione privatistica che giustifichi la perdita di responsabilità delle amministrazioni pubbliche tenute alla cura degli interessi generali<sup>81</sup>.

Tuttavia, il nostro sistema giuridico ha tradizionalmente garantito la tutela giurisdizionale solamente di quelle situazioni giuridiche riconducibili alle figure di diritto soggettivo o di interesse legittimo, rendendo problematica l'individuazione del titolare di un interesse che assume una dimensione collettiva, e non più solamente individuale. Nel mondo romano, ad esempio, la riflessione era più semplice, poiché non si guardava tanto al titolare del bene, ma al mero *status* giuridico delle cose e alla loro natura<sup>82</sup>.

La funzionalizzazione dei beni ha portato alla ricostruzione di una nuova figura, un *tertium genus* di interessi di natura collettiva e/o diffusa, che tenta di rendere possibile

---

<sup>80</sup> Lucarelli, A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, p. 11.

<sup>81</sup> Lucarelli, A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, p. 20.

<sup>82</sup> Thomas, Y., *Il valore delle cose*, Macerata, 2015, p. 27 ss.

l'accesso a tale tutela giurisdizionale dei nuovi interessi emersi, ma che rimane tuttavia ancorata alla dicotomia tra situazioni giuridiche soggettive della nostra tradizione giuridica. Tali situazioni, ancora apparentemente estranee al dettato dell'art. 24 Cost., supererebbero la connotazione individualista borghese del nostro sistema giuridico.

Tanto per i beni comuni, quanto per gli interessi adespoti e diffusi, l'azionabilità in giudizio sembrerebbe dover essere rimessa alle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost., da leggere in combinato disposto con gli artt. 3, 24 e 43 Cost. Tuttavia, non risulta ancora del tutto superato il requisito che pretende la titolarità di una posizione di vantaggio personale e differenziata al fine di oltrepassare il vaglio dell'accesso al giudizio.

Dalle norme costituzionali menzionate potrebbero essere ricavati nuovi strumenti giuridici per la tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali o potrebbero essere piegati a tale funzione quelli già esistenti, così da assicurare la dovuta tutela alle nuove situazioni giuridiche che, sebbene ancora estranee al nostro ordinamento, sono oggi pacificamente considerate meritevoli di tutela<sup>83</sup>.

La chiave per la risoluzione di tale bisogno sembrerebbe essere la legittimazione diffusa: vi sono state per ora aperture in tal senso in materia di tutela possessoria, quest'ultima riconosciuta da giurisprudenza e dottrina per la tutela dei diritti d'uso pubblico, le quali hanno attribuito l'azione contro lo spoglio nei confronti di colui che instaura un rapporto esclusivo con il bene a favore di tutti coloro che vengono per tale via privati della possibilità di usufruirne<sup>84</sup>.

Le domande che la dottrina si poneva, in particolare, erano quali fossero le condizioni necessarie per assicurare tutela giurisdizionale a tali particolari interessi, i soggetti legittimati ad agire in giudizio per la loro tutela e gli effetti soggettivi ed oggettivi delle pronunce conclusive. In merito al primo interrogativo, si dibatteva se gli interessi diffusi

---

<sup>83</sup> Ciervo, A., *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Questione giustizia*, vol. 2, 2017.

<sup>84</sup> Cass. civ., Sez. Un., 4 dicembre 2001, n. 15289; Branca, *Sulla detenzione rispetto a beni demaniali*, in *Foro it.*, v. 1, 1958, p. 1148, ripresa in tema di beni comuni da Albanese, R. A., *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione giustizia*, vol. 2, 2017.

fossero sempre tutelabili innanzi al giudice ordinario o solamente nel caso in cui vi fosse una disposizione di legge che li elevasse ad interessi collettivi. Infatti, la tutela giurisdizionale amministrativa degli interessi diffusi è assicurata solo ove espressamente prevista dalla legge, la quale la affida ad un ente esponentiale<sup>85</sup>.

La contrapposizione tra un diritto certo e un diritto giusto, infatti, ha condotto a ricercare risposte alle esigenze di giustizia sociale in via giurisdizionale, a fronte dell'inadeguatezza delle risposte parlamentari. Tale tentativo si è imbattuto, tuttavia, nell'ulteriore ostacolo del nostro sistema, strutturalmente inidoneo in quanto privo di strumenti che garantiscano effetti di portata meta – individuale dei risultati processuali a causa dell'assenza, almeno fino ad oggi, di mezzi generali di tutela collettiva quali la *class action*. Una parziale risposta normativa si è avuta estendendo alle autorità indipendenti l'attribuzione di funzioni di tutela dei diritti, tanto individuali quanto collettivi, le quali perseguono l'obiettivo principale di garantire il corretto funzionamento del mercato, considerato presupposto unico e sufficiente per garantire una giustizia economica anche nei rapporti inter – privati, e spostando la soluzione delle controversie verso tali autorità e indirettamente verso la giustizia amministrativa<sup>86</sup>.

L'esigenza di un intervento pubblico che assicuri il godimento di tali beni comuni a tutti i consociati ed individui nuove forme di tutela giurisdizionale è anche motivato dalla loro strumentalità, come visto, all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona<sup>87</sup>, per le quali l'art. 24 Cost. impone di accordare una tutela giurisdizionale.

In particolare, la questione della giustizionabilità di situazioni cosiddette “meta – individuali”, in quanto caratterizzate da un debole profilo soggettivo e da una contestuale accentuata rilevanza sociale, ha ricevuto sempre più l'attenzione della sensibilità delle società civili e degli ordinamenti giuridici, anche a causa dei rischi connessi alla materia ambientale, sanitaria, consumeristica, che hanno portato a nuove

---

<sup>85</sup> Punzi, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 19 ss.

<sup>86</sup> Jannarelli, A., *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, op. cit., p. 93, 94.

<sup>87</sup> Rodotà, S., *Il valore dei beni comuni*, op. cit.

forme di controllo dell'azione pubblica da parte della collettività. Il privato viene considerato sempre più soggetto da coinvolgere nelle scelte del potere pubblico, superando la dimensione individuale del rapporto esclusivo del singolo con i beni e trasferendolo in una dimensione sopraindividuale<sup>88</sup>.

Tuttavia, tale controllo sociale diffuso è stato per lungo tempo collocato nell'ambito del processo amministrativo, mentre il tentativo attuale è quello di affiancare a tali preesistenti forme di tutela nuovi strumenti nel campo del processo civile che ne garantiscano la piena effettività.

Ad esempio, la legittimazione per proporre ricorso contro i provvedimenti emanati dall'AGCM continua ad essere generalmente ancorata alla situazione giuridica di vantaggio fatta valere in giudizio, attributiva di un interesse qualificato e differenziato. Lentamente, il giudice amministrativo<sup>89</sup> l'ha estesa a soggetti diversi dai destinatari diretti dell'attività dell'Autorità, sotto l'influenza della Corte di Giustizia, che non si preoccupa di chi sia direttamente nominato nell'atto ma guarda anche ad elementi estrinseci a quest'ultimo, a prescindere dalla partecipazione di tali soggetti al procedimento amministrativo, sempre che gli stessi siano direttamente ed individualmente pregiudicati dall'atto e dunque titolari di un interesse differenziato. Si cerca così di stimolare al massimo l'apporto dei privati nell'*enforcement* delle regole di concorrenza dell'UE<sup>90</sup>.

I modelli di tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali assumono dunque, tradizionalmente, connotazioni differenti all'interno dei vari Paesi europei: tipico dell'Italia e della Francia è lo schema della legittimazione straordinaria di un ente collettivo; la Germania preferisce attribuire la legittimazione ad agire alle associazioni

---

<sup>88</sup> Lombardi, R., *L'ampliamento della legittimazione ad agire a tutela delle posizioni meta – individuali innanzi al giudice amministrativo*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, II, op. cit., p. 276, 277.

<sup>89</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515.

<sup>90</sup> Valentino, L., *La tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, III, a cura di Clemente di San Luca, G., Napoli, 2011, p. 163 ss.

la cui rappresentatività viene valutata dal giudice nel caso concreto; in Inghilterra vige, diversamente, la figura dell'Onbudsman, il difensore degli interessi collettivi, che è incarnata dalla persona del *general attorney*<sup>91</sup>.

Per lungo tempo, come già accennato, si è sentito il peso dell'assenza di una disciplina, prima sostanziale e poi processuale, che regolasse *ex ante* gli interessi superindividuali in questione, disponendo quali comportamenti fossero vietati e quali invece dovevano tenere i cittadini per la loro cura, e che, *ex post*, rivolgesse l'attenzione alle modalità di attuazione di siffatti interessi in via processuale, tramite strumenti giurisdizionali che garantissero una reazione a fronte delle violazioni sostanziali perpetrate. Infatti, la tutela giurisdizionale non è mai idonea ad assicurare, di per sé, la realizzazione immediata della situazione giuridica lesa, ma la sua utilità si coglie con la repressione di quelle attività pregiudizievoli commesse in violazione delle norme che riconoscono, a monte, l'esistenza delle stesse situazioni giuridiche soggettive. Si eliminano, in tal modo, gli ostacoli alla loro attuazione, mediante un intervento giurisdizionale solamente eventuale e successivo, mentre rimane necessaria la previsione di una preventiva disciplina sostanziale<sup>92</sup>.

In passato era difficile infatti accettare, come la prassi aveva imposto, che i giudici potessero tutelare autonomamente in via interpretativa la sfera degli interessi pubblici, quali l'integrità dell'ambiente o la proprietà nella sua funzione sociale, senza che vi fossero garanzie sulle loro conoscenze in materia e sulla loro sensibilità alla cura degli stessi interessi. Doveva tenersi in considerazione, tra l'altro, anche l'insindacabilità delle loro decisioni in termini di valutazioni effettuate, in quanto esse erano fondate su parametri soggettivi, pertanto si presentavano formalmente sempre come legittime. Per tali ragioni era stata addirittura proposta l'introduzione di giudici speciali eletti dai cittadini, in seguito ad una necessaria preventiva riforma costituzionale che lo

---

<sup>91</sup> Cerri, A., *Diritto di agire dei singoli, delle associazioni che li rappresentano, di entità destinate alla difesa di interessi collettivi. I progressivi ampliamenti della legittimazione e le ragioni che li giustificano*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 50.

<sup>92</sup> Proto Pisani, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, op. cit.

consentisse, ognuno per la tutela di un interesse collettivo rilevante<sup>93</sup>. Peraltro, veniva criticata la mancanza di procedure giurisdizionali di tutela differenziate in funzione delle peculiarità delle varie situazioni di vantaggio affermate dalla nostra Costituzione<sup>94</sup>.

Le situazioni superindividuali della cui tutela si sta trattando sono, nel dettaglio, caratterizzate dall'indivisibilità, in quanto la loro attuazione o mancata attuazione giova o nuoce a tutti i titolari interessati<sup>95</sup>. Queste ultime, negli anni più recenti, sono state oggetto di attenzione da parte del legislatore, il quale ha dato risposta ai reclami di intervento invocati dagli illustri maestri del passato. Infatti si è vista proliferare una normativa, prima sostanziale e poi processuale appunto, che cerca di garantirne ora una piena ed effettiva tutela giurisdizionale, superando i remoti problemi interpretativi che imponevano ai giudici di ricercare, in via analogica, le risposte a tali istanze di protezione nelle discipline sancite per differenti settori giuridici e, allo stesso tempo, assicurando un equilibrato contemperamento oggettivo degli interessi ivi coinvolti.

Tuttavia, la strada da percorrere per assicurare una piena tutela giurisdizionale dei beni comuni, come sopra delineati, è ancora lunga. Essa pretenderebbe, in primo luogo, un riconoscimento normativo della categoria in questione, oltre che dottrinale e giurisprudenziale, ed inoltre la creazione da parte del legislatore di un processo ad essi specificamente dedicato, rimesso all'iniziativa indistinta di un privato e di un soggetto pubblico, per massimizzarne l'effettività della tutela. La volontà che emerge dall'attuale sistema, infatti, è quella di non limitare la tutela di tali beni di rilevanza collettiva alle tradizionali forme di tutela dei diritti soggettivi individuali, ma di impiegare strumenti che siano idonei ad assicurare la realizzazione della dimensione superindividuale, come dimostrano l'art. 9 Cost. quando parla di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico “*della Nazione*” o l'art. 1 della l. n. 281 del 1998 sulla protezione dei

---

<sup>93</sup> Verde., G., *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, op. cit.

<sup>94</sup> Proto Pisani, A., *Due interventi sul processo civile*, op. cit.

<sup>95</sup> Proto Pisani, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, op. cit.

consumatori che prevede che “sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti”<sup>96</sup>.

Più nello specifico, a livello processuale, chiunque abbia un interesse particolare può oggi normalmente esperire azioni possessorie e petitorie nei confronti dei terzi, tanto *uti singulus*, dunque nel proprio interesse, quanto *uti civis*, in quanto membro di un gruppo, al pari dell’ente esponenziale in cui si identifica siffatto gruppo. Inoltre, ambedue i soggetti possono agire contro gli atti amministrativi che limitano l’esercizio delle situazioni giuridiche di cui sono portatori, deducendo in giudizio un interesse legittimo<sup>97</sup>.

In alcuni di questi casi è possibile notare, pertanto, delle forme velate di ibridazione della tutela giurisdizionale che combinano il settore privato con quello pubblico, preesistenti ed in parte fonte di ispirazione del nuovo processo per le sanzioni civili.

## **2.1 La tutela dell’ambiente.**

Il primo caso di particolare interesse è rappresentato dalla tutela dell’ambiente. Considerare l’ambiente ed il territorio come un bene comune fa immediatamente emergere il dibattito circa l’autonoma rilevanza della collettività residente in un determinato luogo, in quanto titolare di situazioni giuridiche protette, o l’alternativo assorbimento dei suoi interessi in capo all’ente esponenziale, con la conseguente ammissione o esclusione in capo ai singoli residenti della legittimazione attiva per la tutela giuridica delle situazioni sostanziali di cui sono titolari i singoli residenti.

Il danno ecologico viene per la prima volta configurato non quale danno “*in senso computistico e ragionieristico, ma (come) danno alla collettività*” dalla giurisprudenza della Corte dei Conti<sup>98</sup>. Negli stessi anni le Sezioni Unite distinguono, sempre per la prima volta, il potere di fruizione dell’ambiente da parte del singolo dal diritto alla

---

<sup>96</sup> Carratta, A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 104, 105.

<sup>97</sup> Cerulli Irelli, V., *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 206 ss.

<sup>98</sup> Corte dei Conti, 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro amm.*, I, vol. 3, 1973, p. 247 ss.

salute tutelato dall'art. 32 Cost., rilevando che *“la fruizione diretta (del bene ambiente) da parte del singolo ... non è, come nel caso della sanità, condizionata al solo fatto di essere una persona fisica, ma è connessa al particolare legame, che, nei casi concreti, viene a stabilirsi tra l'individuo e l'ambiente che lo circonda”*<sup>99</sup>. Ancora, lo stesso anno le Sezioni Unite affermano anche che *“non può essere negata tutela a chiunque sia interessato in relazione a un bene giuridicamente protetto per la sola ragione che questo non appare attribuito né attribuibile a lui in modo esclusivo ... e ciò che può chiedersi è soltanto che la tutela sia postulata in ragione della partecipazione del singolo alle formazioni sociali e all'effettiva configurabilità della formazione sociale di appartenenza”*<sup>100</sup>.

L'art. 18 della l. n. 349 del 1986 rappresenta il primo momento di svolta legislativa in materia: esso ha riconosciuto ufficialmente la risarcibilità del danno ambientale, introducendone una definizione normativa, ha attribuito la giurisdizione per la sua tutela al giudice ordinario, ha individuato i soggetti legittimati ad agire in giudizio per il suo risarcimento, si è posto in favore della tutela reintegratoria, rendendo quella risarcitoria in via sostitutiva solamente residuale, ha introdotto l'obbligo a carico dell'autore del fatto di risarcire il danno nei confronti dello Stato ed il potere di autotutela in capo al Ministro dell'ambiente<sup>101</sup>. In particolare, legittimati ad agire in giudizio erano lo Stato e gli enti territoriali incisi negativamente dal fatto lesivo.

Prima dell'entrata in vigore di tale legge si rilevava come il processo civile non fosse un mezzo idoneo a tutelare gli interessi diffusi o collettivi, definiti come *“rapporti di utilità – rispetto a beni e/o situazioni – i quali non hanno titolari individuati dalla legge, ma riguardano la collettività in genere o gruppi di essa”*<sup>102</sup>, fino a quando questi non venissero configurati in via interpretativa o legislativa quali diritti soggettivi, riferibili

---

<sup>99</sup> Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463.

<sup>100</sup> Cass. civ., Sez. Un., 6 ottobre 1979, 5172 / o Barettoni Arleri p. 251.

<sup>101</sup> Olivieri, G., *Danno ambientale e tutela*, in *Dizionario di contabilità pubblica*, a cura di Barettoni Arleri, 1989, Milano, p. 249.

<sup>102</sup> Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, IV ed., Padova, 1986, p. 238 ss.



ad un soggetto determinato, alla luce dei problemi legati tanto alla legittimazione ad agire, quanto all'efficacia della sentenza<sup>103</sup>.

Tali problemi vengono superati dalla legge del 1986, variamente interpretata dalla dottrina: la prima posizione guarda all'ambiente come un bene di appartenenza dello Stato, titolare del diritto soggettivo la cui lesione produce l'obbligo del risarcimento del danno, mentre la legittimazione degli enti territoriali viene considerata straordinaria; la seconda posizione considera invece l'interesse alla salubrità dell'ambiente di spettanza della collettività, organizzata nello Stato che diviene per tale via titolare del diritto al risarcimento, al pari degli enti territoriali cui la legge attribuisce la salvaguardia dell'ambiente; vi è chi, al contrario, si distacca dalla precedente tesi rinvenendo nello Stato un mero gestore dell'interesse della collettività, legittimata ad agire in giudizio nella sua espressione dello Stato o degli enti territoriali; infine, parte della dottrina ritiene che l'interesse della collettività sia un diritto senza soggetto, poiché destinataria della tutela è la situazione giuridica e non i membri della collettività, per la quale si rende necessaria la legittimazione dello Stato e degli enti territoriali.<sup>104</sup>

L'ambiente viene definito come un bene giuridico proprio in quanto riconosciuto e tutelato da una norma, che appartiene ai "beni liberi" fruibili tanto dalla collettività quanto dai singoli, ma insuscettibile di appropriazione<sup>105</sup>. Il legislatore ha ideato dunque il seguente *escamotage* per assicurargli una tutela giurisdizionale: egli ha creato una situazione assimilabile ad un vero e proprio diritto soggettivo la cui lesione integra il diritto al risarcimento del danno, attribuendo il solo potere di farlo valere in giudizio, e non la titolarità, ai soggetti pubblici sopra menzionati. Questi fanno valere situazioni soggettive riconosciute in capo a ciascun cittadino e alla collettività nel suo complesso, senza integrare alcuna ipotesi di sostituzione processuale, in quanto manca la presupposta titolarità in capo ad un soggetto determinato di un vero e proprio diritto soggettivo. Con il modello della legge del 1986, dunque, lo Stato – comunità deduce in

---

<sup>103</sup> Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, op. cit., p. 242.

<sup>104</sup> Olivieri, G., *Danno ambientale e tutela*, op. cit., p. 255, 256.

<sup>105</sup> Corte cost., sent. 28 maggio 1987, n. 210 e sent. 30 dicembre 1987, n. 641.

giudizio il diritto indisponibile della collettività come se si fosse trattato di un diritto soggettivo<sup>106</sup>.

Per quanto concerne gli enti territoriali, essi sono considerati enti che abbracciano tutti gli individui che appartengono al territorio, che ne è elemento costitutivo, dunque la sua popolazione,<sup>107</sup> per tale ragione si considerano in essi inclusi solamente le Regioni, le Province e i Comuni. Questi facevano valere in giudizio, secondo taluno, un diritto altrui, in particolare dello Stato, mentre per altri la legittimazione tanto dello Stato quanto degli enti territoriali era dovuta alla loro funzione di tutela della collettività e della comunità nel rispettivo ambito territoriale<sup>108</sup>. L'azione in questione veniva considerata, comunque, obbligatoria per lo Stato una volta accertata la sussistenza del danno all'ambiente. Quest'ultimo risultava essere poi il destinatario del risarcimento di un danno che aveva colpito ciascun cittadino e l'intera collettività, nonostante fosse tenuto a versare agli enti territoriali quanto necessario ad indennizzarli delle spese da essi sostenute, in quanto primo beneficiario della sentenza di condanna ma non unico titolare dell'azione risarcitoria.

L'art. 9 del d. lgs. n. 267 del 2000, il t.u. degli enti locali, ammette ciascun elettore della provincia e del comune a proporre le azioni spettanti all'ente, di cui si rende sostituto processuale, delineando un esempio di azione popolare sostitutiva a fronte dell'inerzia dell'ente stesso. In tale disposizione potrebbero dunque farsi rientrare le azioni a difesa del territorio, del paesaggio e dell'ambiente di cui era titolare il comune, in quanto portatore della situazione giuridica dedotta in giudizio e destinatario della condanna risarcitoria per la specifica lesione a rilevanza territoriale subita, privando di rilievo pratico l'esclusione del potere di agire in giudizio in capo alle associazioni ambientaliste. Anche queste ultime, infatti, erano legittimate ad agire in sostituzione del comune e della provincia, ma tale previsione è stata abrogata con il codice

---

<sup>106</sup> Olivieri, G., *Danno ambientale e tutela*, op. cit., p. 258, 259.

<sup>107</sup> Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Milano, 1984, p. 21 ss.

<sup>108</sup> Olivieri, G., *Danno ambientale e tutela*, op. cit., p. 262, che richiama Corte cost., sent. 30 dicembre 1987, n. 641.

dell'ambiente, che attribuisce loro il mero potere di intervento e di impugnazione per l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi<sup>109</sup>.

Inoltre, l'art. 10 della l. n. 765 del 1967, oggi abrogata, permetteva a *chiunque*, in particolare agli elettori, di prendere visione delle licenze edilizie rilasciate ed impugnarle dinanzi al giudice amministrativo, esperendo un'azione popolare correttiva, volta a contrastare le illegittimità causate dalla pubblica amministrazione. Tuttavia, la giurisprudenza aggiunse il requisito della *vicinitas* ai fini della legittimazione a ricorrere in giudizio, intesa come una particolare posizione differenziata del potenziale attore rispetto al bene pregiudicato dall'esercizio dei pubblici poteri. Oggi, contrariamente, esistono solo esempi di azioni popolari sostitutive dell'ente e non correttive, tanto che il singolo che voglia contrapporsi all'ente in materia ambientale ed impugnare i suoi atti amministrativi deve aver subito da questi ultimi un concreto pregiudizio individuale. Al contrario, se si include il territorio nella categoria dei beni comuni, si dovrebbe estendere il potere di agire in giudizio ai residenti individualmente considerati, a prescindere della sussistenza di un loro danno personale<sup>110</sup>.

Il codice dell'ambiente, il d. lgs. n. 152 del 2006, ha risolto molti contrasti dottrinali modificando e disciplinando in maniera completa e sistematica l'intera normativa sulla tutela dell'ambiente e del territorio. La tutela giurisdizionale, in particolare, ha subito significativi cambiamenti, a partire dalla limitazione della legittimazione attiva per la richiesta di risarcimento dei danni ambientali, spettante oggi, ai sensi dell'art. 311, al solo Stato nella persona del Ministro dell'ambiente e del territorio, titolare per tale via di un'azione da instaurare obbligatoriamente. La legittimazione non spetta più, al contrario, agli enti locali, i quali possono chiedere autonomamente il solo risarcimento dei danni diversi da quelli ambientali generici, ossia quelli che, per converso, sono stati da essi subiti in maniera specifica. Questi trovano fondamento nella normativa generale del danno disposta nel codice civile, che continua ad affiancare quella specifica in

---

<sup>109</sup> Schlitzer, E. F. – Imposimato, C., *L'ambiente e la sua tutela risarcitoria*, in *Il danno ambientale*, a cura di Perulli, G., Torino, 2012, p. 61.

<sup>110</sup> Cerulli Irelli, V. – De Lucia, L., *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, vol. 1, 2014, p. 26 ss.

materia di danno ambientale. Gli enti in questione possono ancora, tuttavia, impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi della collettività da essi rappresentata.

Inoltre, anche le associazioni registrate, nel rispetto dei parametri disposti dall'art. 13 della l. n. 349 del 1986, sono legittimate ad agire dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 18 della stessa legge, oltre che ad intervenire nei giudizi aventi ad oggetto un danno ambientale<sup>111</sup>, nella forma di intervento adesivo – dipendente, ai sensi dell'art. 105, c. 2 c.p.c., in quanto titolari di un interesse che resta soddisfatto di riflesso dall'azione risarcitoria. Esse, sebbene non possono qualificarsi titolari di un diritto soggettivo, possono vantare una posizione assimilabile a un interesse legittimo a che l'attività amministrativa non produca danni ecologici<sup>112</sup>.

La Corte costituzionale<sup>113</sup> ha sancito la regolarità costituzionale della limitazione della legittimazione ad agire in giudizio per danno ambientale in capo al solo Stato, sostenendo che *“il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona”* e *“gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale”*, tali da imporre una gestione unitaria della tutela ambientale affidata allo Stato. Inoltre, essa ha sottolineato che la politica comunitaria ha disposto, in siffatto ambito, la prevalenza del profilo riparatore rispetto a quello risarcitorio, tanto che la l. n. 97 del 2013 ha eliminato il risarcimento per equivalente patrimoniale nel caso di danno ambientale ed ha imposto nuove misure di riparazione. La violazione di queste ultime impone al Ministro dell'ambiente di procedere direttamente alla riparazione necessaria e di agire nei confronti del soggetto obbligato per il recupero dei costi sostenuti.

In particolare, il Ministro può scegliere di percorrere una delle seguenti due vie per ottenere il risarcimento dei danni di natura pubblica: la prima consiste nell'instaurazione immediata di un'azione giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario, secondo quanto previsto prima dall'art. 18, c. 2 della l. n. 349 del 1986 e poi dal codice dell'ambiente, che, tuttavia, il codice del processo amministrativo del 2010 ha riassegnato alla

---

<sup>111</sup> Gori, S., *La tutela giurisdizionale dell'ambiente*, in [www.giuridica.net](http://www.giuridica.net), 2016.

<sup>112</sup> Grasso, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 529, 530.

<sup>113</sup> Corte cost., sent. 1 giugno 2016, n. 126.

giurisdizione del giudice amministrativo. In tal modo si è evitato che il Ministro potesse scegliere il giudice da adire in maniera arbitraria, secondo le sue convenienze<sup>114</sup>, il quale può così domandare il risarcimento in forma specifica o, subordinatamente, l'equivalente dei costi sostenuti per gli interventi di riparazione.

In alternativa, egli può avviare un procedimento amministrativo che porta all'emanazione di una prima ordinanza, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, nella quale dispone il ripristino dello *status quo ante* ed il risarcimento in forma specifica, considerato che il ripristino non sempre risulta sufficiente a soddisfare l'interesse sotteso alla pretesa risarcitoria. Se tale ordinanza rimane inadempita o se il suo adempimento risulta impossibile o eccessivamente oneroso, egli ne emette una seconda in cui ordina il pagamento, entro 60 giorni, della somma pari al valore economico del danno. Il pagamento spontaneo preclude l'instaurazione di un'azione giudiziaria per il risarcimento dei danni da parte del Ministero, potendo questo solamente costituirsi come persona offesa da reato in un eventuale procedimento penale.

Per quanto concerne i singoli, la rilevanza loro attribuita dal testo unico dell'ambiente è del tutto particolare. Da sempre, essi possono agire in giudizio per il ristoro dei pregiudizi diretti ed immediati subiti in conseguenza di un provvedimento amministrativo in materia ambientale, essendo costituzionalmente garantito l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi legittimi, anche qualora il responsabile abbia provveduto al pagamento del risarcimento dei danni richiesto dal Ministro dell'ambiente in favore dello Stato, e lo stesso risulta ancora ammesso per gli enti esponenziali rappresentativi.

Tuttavia, il concetto di ambiente assume una duplice dimensione, l'una sociale e l'altra individuale, in quanto esso risulta funzionale anche allo sviluppo della personalità del singolo, pertanto bisogna distinguere il danno ambientale dal danno individuale che incide sul diritto ad un bene suscettibile di appropriazione.

Il primo, definito dall'art. 300 del testo unico come “*qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata a quest'ultima*”, consiste in un illecito tipico in quanto si realizza solamente

---

<sup>114</sup> Gori, S., *La tutela giurisdizionale dell'ambiente*, op. cit.

nel caso di violazione di una legge o di un provvedimento amministrativo posti a tutela dell'ambiente, con dolo o colpa specifica, ma esso viene comunque ricondotto al modello dell'illecito aquiliano. Tale danno risulta domandabile esclusivamente dallo Stato, come sopra preannunciato, in quanto si cerca di limitare il numero di iniziative giudiziarie nei confronti di un medesimo responsabile che riguardino lo stesso evento lesivo.

La giurisprudenza lo ha rinvenuto sussistente non solo nel caso di distruzione e di peggioramento qualitativo di una risorsa ambientale, ma anche nel caso di modificazione definitiva dell'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio, senza attribuire rilevanza all'eventuale successivo intervento migliorativo della situazione antecedente<sup>115</sup>. Inoltre, il procedimento che integra la fase finalizzata alla prevenzione del danno è instaurabile anche quando esso non si è ancora verificato, ma vi è una mera “*minaccia imminente che si verifichi*”, secondo il disposto dell'art. 304<sup>116</sup>.

Il risarcimento per danno ambientale ha una funzione complessa, insieme sanzionatoria e ripristinatoria, in quanto essa ha come fine prioritario la preservazione del bene ambiente, un interesse pubblico non patrimoniale, tanto che la lesione dell'ambiente integra sempre e necessariamente un danno di per sé ingiusto<sup>117</sup>.

Il secondo tipo di danno, al contrario, è il danno subito dal singolo individuo, che giustifica la sua autonoma legittimazione all'azione risarcitoria. Esso può presentarsi in diverse forme, quali ad esempio quella del danno derivante dalla lesione del diritto soggettivo ad un ambiente salubre<sup>118</sup>, figura costruita dalla giurisprudenza con il *leading case* sugli scarichi inquinanti nel golfo di Napoli<sup>119</sup>. La giurisprudenza ha, in tale

---

<sup>115</sup> Cass. civ., Sez. III, 4 aprile 2017, n. 8662.

<sup>116</sup> Dell'Anno, P., *Diritto dell'ambiente, commento sistematico al d. lgs. 152/2006, integrato con le nuove norme sul SISTRI, sull'autorizzazione unica ambientale e sul danno ambientale*, Roma, 2014.

<sup>117</sup> Di Cola, L., *La tutela dell'ambiente*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 278, 279.

<sup>118</sup> Alpa, G., *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: <<nuovo diritto>> o espediente tecnico?*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 13.

<sup>119</sup> Cass. civ., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

pronuncia, riconosciuto siffatto particolare diritto legato alla tutela dell'ambiente in capo a chiunque viva in un determinato luogo, in quanto titolare di un diritto soggettivo assoluto, bensì allo stesso tempo collettivo, poiché comune a tutti gli individui abitanti in quel territorio.

La lesione del diritto ad un ambiente salubre è infatti, generalmente, una delle possibili conseguenze negative che il pregiudizio all'ambiente ed al territorio può comportare sul singolo individuo, la quale giustifica una sua tutela risarcitoria autonoma ed indipendente da quella riconosciuta a favore dello Stato. Il detrimento in esame, difatti, incide negativamente sul diritto alla salute dell'individuo ed impone un legame tra la tutela costituzionale dell'ambiente, desunta dagli artt. 2, 3, 8, 41 e 42 Cost., e la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.<sup>120</sup>

Si tratta, peraltro, di una situazione giuridica soggettiva che, dinanzi al giudice ordinario, può anche essere tutelata mediante un'azione inibitoria ex art. 844 c.c., la quale salvaguarda normalmente il proprietario o il titolare di altro diritto di godimento in caso di immissioni nocive<sup>121</sup>, ma che è stata estesa da parte della giurisprudenza di merito a favore di chiunque sia esposto al pericolo di immissioni dannose per la propria salute.

Tuttavia, l'innovativo ruolo dei singoli introdotto dal codice dell'ambiente consiste in un atipico potere di segnalazione: l'art. 309 del testo unico dispone infatti che *“le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale [...] possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio[...] denunce e osservazioni [...] concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente”*, poteri che il comma successivo estende alle organizzazioni non governative registrate ai sensi dell'art. 13 della l. n. 349 del 1986. Inoltre, l'articolo successivo attribuisce agli stessi soggetti la legittimazione ad agire in giudizio sia per l'annullamento degli atti in materia ambientale adottati dal Ministro, sia contro il suo silenzio inadempiuto, oltre

---

<sup>120</sup> Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 1996, n. 5650.

<sup>121</sup> Cass. civ., Sez. II, 2 aprile 2015, n. 6786.

che, infine, per il risarcimento del danno subito a causa del suo ritardo nell'attivazione delle misure di precauzione, prevenzione o contenimento del danno ambientale, contrastando in tal modo la sua inerzia.

Non viene prevista, al contrario, alcuna forma di azione popolare che legittimi il *chiunque*, singolo *civis*, ad agire in giudizio per la tutela del territorio, a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti specifici menzionati, salva la sopra ricordata azione in caso di inerzia del comune *ex art. 9 del d. lgs. n. 267 del 2000*.

Da queste norme possiamo notare un'anomala ed innovativa tecnica giurisdizionale di tutela confrontabile con quella recentemente introdotta in materia di illeciti civili. Il potere di azione viene, in ambito ambientale, attribuito ad un soggetto pubblico, il Ministro, diversamente dall'iniziativa privata che caratterizza il processo per le sanzioni civili in cui si inserisce, tuttavia, l'irrogazione ufficiosa della sanzione da parte del giudice, anche egli soggetto pubblico.

Inoltre, anche in ambito ambientale i privati ricoprono una posizione di primaria importanza, qui condivisa anche dagli enti pubblici e rappresentativi menzionati, che rimangono al contrario irrilevanti in tema di sanzioni civili. Essi infatti, oltre ad esercitare un potere di controllo sull'operato del Ministro, il cui esito negativo è denunciabile dinanzi al giudice amministrativo, sono titolari di un particolare potere d'iniziativa, sebbene di tipo non processuale: presentando una denuncia questi possono stimolare l'instaurazione del procedimento amministrativo richiedendo l'intervento statale.

Il potere di denunciare i fatti lesivi di beni ambientali per sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati veniva già, in realtà, previsto dall'art. 18, c. 5 della l. n. 349 del 1986 a favore delle associazioni ambientali registrate ed implicitamente, secondo taluno, ai privati. Esso veniva considerato come un'aspettativa di un diritto all'azione di risarcimento del danno ambientale, che il soggetto pubblico doveva obbligatoriamente instaurare<sup>122</sup>.

La differenza sta nel fatto che mentre la versione del 1986 era priva di rilevanza pratica effettiva, in quanto ad essa non seguiva un obbligo giuridico di agire da parte delle

---

<sup>122</sup> Landi, P., *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991, p. 53 ss.



amministrazioni<sup>123</sup>, oggi il privato può agire contro l'inerzia dello Stato provocandone l'iniziativa obbligatoria che gli spetta.

Il potere di denuncia, la legittimazione straordinaria riconosciuta agli elettori dal t. u. degli enti locali, la partecipazione al procedimento amministrativo ed infine il diritto all'informazione ambientale sancito dall'art. 14, c. 3 della l. n. 349 del 1986 ancora vigente integrano poteri di azione del singolo che può esercitare a tutela dello spazio vitale suo e della Comunità cui appartiene, dunque di beni comuni delimitati<sup>124</sup>.

Tuttavia, mentre nell'ipotesi degli illeciti civili il privato attore in giudizio è del tutto disinteressato alla condanna sanzionatoria, essendo spesso addirittura inconsapevole del fatto che la sua azione possa provocare l'irrogazione di una sanzione o che la sua iniziativa possa provocare un beneficio per la collettività in termini preventivi – repressivi, in materia ambientale il legislatore dà voce al privato proprio in quanto questo vuole agire per la tutela dell'ambiente, a vantaggio dell'intera collettività, piuttosto che rimanere inerte di fronte alla lesione di siffatto bene comune.

Se egli presenta la denuncia, infatti, non è per conseguire alcun vantaggio individuale, che risulta al contrario sotteso alla domanda risarcitoria conseguente alla commissione di illeciti civili, ma si rende esclusivamente portatore dell'interesse generale alla cura dell'ambiente. La denuncia sollevata diviene, così, assimilabile a quella presentata per un reato, che non risulta tendenzialmente obbligatoria per il comune cittadino, ma che vuole stimolare l'intervento pubblico repressivo degli illeciti. E' possibile anche accostarla ad una speciale forma di querela, la quale è condizione di procedibilità per l'instaurazione di alcuni procedimenti penali, sebbene la prima voglia solamente stimolare il procedimento amministrativo che avrebbe già dovuto essere instaurato d'ufficio, cercando di rimediare all'inerzia del Ministro.

Come sopra evidenziato, si ritiene che gravare i privati, indirettamente, del peso di assicurare la tutela dell'ambiente, chiamandoli a stimolare l'esercizio delle funzioni

---

<sup>123</sup> Bonato, G., *La tutela dell'ambiente secondo la l. n. 349 del 1986, con le successive modificazioni del d. lgs. n. 267 del 2000*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 332.

<sup>124</sup> Di Cola, L., *La tutela dell'ambiente*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 287.

pubbliche del Ministero dell'ambiente nel caso di sua inerzia, rappresenti un esempio di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, poiché questi hanno una maggior possibilità di venire a conoscenza, nella loro quotidianità, delle fattispecie lesive del territorio.

In ogni caso, non si deve ritenere che essi siano mossi solamente da uno spirito di altruismo e di buona cittadinanza, in quanto, nella maggior parte dei casi, i privati che si attivano nelle forme menzionate sono anche coloro che vengono incisi negativamente dai danni ambientali e che, oltre alla richiesta di risarcimento del danno fino a quel momento subito, hanno interesse a che la condotta illegittima abbia fine. Per raggiungere tale obiettivo ritengono, spesso, più efficace stimolare l'intervento statale piuttosto che richiedere al giudice l'emanazione di sentenze o provvedimenti inibitori che ordinino di porre fine agli illeciti perpetrati, secondo una strada che sarebbe più lunga e costosa e che necessiterebbe anche di un'esecuzione indiretta in caso di inadempimento spontaneo. Dunque, essi traggono dall'intervento statale siffatto vantaggio individuale, sebbene indiretto, che si aggiunge al beneficio comune a tutti i cittadini, ovverosia quello di essere circondati da un ambiente non deturpato, così garantendo la salvaguardia di tale bene che si trova nella titolarità di ciascun individuo, insieme agli altri membri del gruppo.

Laddove viene lesa una situazione giuridica soggettiva di vantaggio a contenuto non patrimoniale, infatti, si configura un pregiudizio irreparabile che non sempre riesce ad essere reintegrato da un ordinario processo di cognizione, dal momento che non risultano recuperabili le utilità non patrimoniali di cui non si è potuto godere a causa della violazione perpetrata<sup>125</sup>. Questo spiega ulteriormente l'interesse del privato a stimolare l'intervento ministeriale, promotore di misure precauzionali e ripristinatorie.

Diversamente, il privato attore in giudizio per il risarcimento del danno causato da una condotta integrante un illecito civile non trae alcun vantaggio dalla sanzione civile, se non quello di percepire la sussistenza di una risposta punitiva dello Stato dinanzi a comportamenti disdicevoli e l'operatività dei principi di giustizia e legalità, in quanto concretamente messi in pratica e non rimasti mere parole astratte, al pari di quanto

---

<sup>125</sup> Proto Pisani, *Due interventi sul processo civile*, op. cit.

avviene di fronte alla risposta punitiva penale. Tuttavia, egli non trae alcun concreto beneficio personale e, in particolare, non è in grado di cogliere nell'immediato l'effetto di deterrenza che, in quanto membro di una collettività, ottiene grazie alla condanna a tali sanzioni, il quale riduce infatti le possibilità che egli sia vittima in futuro di comportamenti illeciti del medesimo genere. Per tale ragione, questo non risulta realmente indotto a provocare la condanna sanzionatoria, dal momento che essa ha una destinazione pubblica.

Per concludere, pertanto, si può notare che la disciplina in materia di tutela dell'ambiente non prevede che il processo civile sia utilizzato su iniziativa del privato per il perseguimento di finalità ulteriori rispetto agli interessi dei singoli, come in materia di illeciti civili, bensì, le innovative tecniche giurisdizionali esplicate permettono di rilevare un'ibridazione della tutela giuridica che opera in primo luogo nell'ambito del diritto amministrativo, coinvolgendo, in particolare, i privati nella fase iniziale del procedimento amministrativo. Un diverso metodo di incontro e di combinazione tra pubblico e privato, che scalfisce sempre più la barriera tra questi due mondi.

In secondo luogo, il legislatore ha scelto di garantire la tutela giurisdizionale del bene comune ambiente avvalendosi dell'iniziativa di un organo pubblico, il Ministro, che si serve, questa volta sì, del processo civile per assicurare la tutela indiretta della generalità dei consociati, secondo un'innovativa tecnica giurisdizionale integrante una chiara ibridazione del processo civile tra pubblico e privato in maniera analoga a quanto avviene per le sanzioni civili. E' opportuno, infatti, segnalare che a proposito di tale azione risarcitoria si è parlato di "*azione civile pubblica*", ove, per la difficoltà di individuare un titolare dell'interesse alla salvaguardia dell'ambiente, che spetta in maniera indifferenziata a ogni soggetto di diritto, si è scelto di affidare allo Stato la legittimazione a proporla in giudizio, nella persona del Ministro dell'ambiente<sup>126</sup>. Non si capisce allora per quale motivo il legislatore non abbia seguito la medesima via in materia di sanzioni pecuniarie civili, attribuendo la legittimazione ad un organo pubblico ad esso assimilabile.

---

<sup>126</sup> Bonato, G., *La tutela dell'ambiente secondo la l. n. 349 del 1986*, op. cit., p. 320.

A ciò si aggiunge, da ultimo, la possibilità che sia instaurato un ordinario processo di cognizione mediante la domanda risarcitoria del privato, che, pur rimanendo focalizzato sui pregiudizi subiti dal singolo, indirettamente tenga anche conto dell'interesse generale alla tutela dell'ambiente. Infatti, la disciplina del danno ambientale si aggiunge e non si sovrappone ai rimedi ordinari *“a favore di chi sia legato ad un bene ambientale da un rapporto di utilità giuridicamente rilevante”*<sup>127</sup>, tanto che se il bene danneggiato è di proprietà privata, il soggetto potrà avvalersi della tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., se esso appartiene allo Stato o ad un ente territoriale, anche questi potranno agire ex art. 2043 c.c. per tutelare esclusivamente il proprio diritto, mentre lo Stato può oggi agire ulteriormente secondo le norme del codice dell'ambiente per il risarcimento del danno patito anche dalla collettività, azione a completamento dell'azione ordinaria risarcitoria<sup>128</sup>.

## **2.2 La tutela dei consumatori.**

Un secondo esempio di ibridazione tra pubblico e privato si riscontra in materia di tutela dei consumatori, singoli individui che appartengono ad una più ampia classe, i quali sono accomunati dall'essere titolari di diritti omogenei e dalla posizione di debolezza occupata nel singolo rapporto professionista – consumatore, che li induce ad essere portatori dei medesimi interessi. Il legislatore ha così giuridicizzato l'interesse superindividuale dei consumatori, che continua ad essere caratterizzato da una complessità strutturale tale da modificare la dinamica della lite, la quale va a coinvolgere una pluralità di protagonisti e non integra più una mera relazione a due<sup>129</sup>.

Anche in tal caso, infatti, si nota una peculiare relazione tra interessi del singolo ed interessi del gruppo, poiché il singolo che agisce per la propria tutela individuale si rende contemporaneamente portatore della tutela collettiva del gruppo. Tuttavia, diversamente dall'ipotesi delle sanzioni civili, gli interessi in gioco sono in tal caso coincidenti o quantomeno omogenei: la fragilità della posizione menzionata impone

---

<sup>127</sup> Corte cost., sent. 30 dicembre 1987, n. 641.

<sup>128</sup> Olivieri, G., *Danno ambientale e tutela*, op. cit., p. 297.

<sup>129</sup> Iurilli, C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, op. cit., p. 170, 171.

loro di trarre forza l'uno dall'altro, in quanto essi subiscono la medesima lesione di un diritto soggettivo o interesse legittimo, differenziato solo in termini di titolarità soggettiva, in conseguenza dell'unico illecito plurioffensivo commesso dal professionista. Per tale ragione si ammette che la pretesa risarcitoria di uno renda possibile la realizzazione dell'interesse risarcitorio, ancora individuale, degli altri, i quali sono chiamati, tuttavia, ad attivarsi a tal fine.

Al contrario, nel processo per le sanzioni civili gli interessi posti in gioco sono tra loro differenti, in quanto il privato persegue finalità proprie volte al risarcimento del danno, ed inconsapevolmente si rende portatore della pretesa pubblica punitiva che realizza un interesse della collettività di natura diversa, non risarcitorio ma preventivo – repressivo.

Mentre in quest'ultimo caso vi è dunque una chiara combinazione tra pubblico e privato, che non dipende dal privato ma dall'ordinamento giuridico in sé, nella disciplina consumeristica divengono rilevanti singoli interessi individuali privati, che per la loro titolarità comune ad una pluralità di soggetti assumono una dimensione collettiva: il singolo si rende così portatore dell'interesse, divenuto per tale via pubblico, rappresentato dalla tutela della classe dei consumatori. Questi, infatti, per la richiamata posizione di debolezza ricevono una tutela differenziata e rafforzata, finalizzata a riequilibrare il rapporto privatistico con il professionista.

Tuttavia, gli interessi dei consumatori in questione non sono qualificabili come adespoti in quanto la legge, riconoscendo normativamente tali interessi diffusi, ne ha individuato un portatore in ogni consumatore, a cui ha attribuito la specifica legittimazione ad agire<sup>130</sup>.

Il tema dell'accesso dei consumatori alla giustizia è stato oggetto di primaria attenzione da parte dell'Unione europea, fin dall'emanazione di un primo Libro verde del 1993, un Libro bianco del 2008, per giungere poi alla comunicazione della Commissione sulla strategia per la politica dei consumatori dell'Ue del periodo 2007 – 2013<sup>131</sup>, accolta con favore dal Parlamento europeo nella risoluzione del 20 maggio 2008. Questa ha

---

<sup>130</sup> Punzi, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffuse e degli interessi collettivi*, op. cit., p. 34.

<sup>131</sup> (COM(2007)0099), disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/>.

sottolineato la necessità di rimuovere tutte le barriere e gli ostacoli esistenti alla piena liberalizzazione del mercato<sup>132</sup>.

La stessa Corte di Giustizia, inoltre, ipotizza per la prima volta nei casi *Courage*<sup>133</sup> e *Manfredi*<sup>134</sup> la sussistenza di una legittimazione a richiedere il risarcimento dei danni in capo alle singole vittime indirette dei comportamenti anticoncorrenziali.

In particolare, le anomale forme di tutela giurisdizionale dei consumatori, che si caratterizzano per la loro dimensione sopraindividuale, sono la tutela collettiva disciplinata dall'art. 140 cod. cons. e la *class action* di cui all'art. 140 bis cod. cons.

Prima di esaminare queste ultime, tuttavia, merita essere ricordata anche la tutela amministrativa collettiva contro la pubblicità ingannevole introdotta dal d. lgs. n. 74 del 1992, che permette alle associazioni dei consumatori, oltre che a questi singolarmente considerati, di rivolgersi all'AGCM per chiedere l'inibizione e l'eliminazione degli effetti degli atti di pubblicità ingannevole<sup>135</sup>.

Con la nozione di azione collettiva ci si riferisce all'azione instaurabile dalle associazioni dei consumatori e degli utenti in possesso dei requisiti previsti dall'art. 137 cod. cons., dagli organismi pubblici indipendenti nazionali e dalle organizzazioni riconosciute in altro Stato dell'Unione europea di cui all'art. 139 cod. cons., che sono legittimate ad agire in giudizio per la tutela collettiva dei consumatori e degli utenti. Si tratta di un'azione di gruppo, con la quale tali enti, in particolare, possono chiedere al giudice l'inibizione degli atti e dei comportamenti lesivi degli interessi di consumatori ed utenti, l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate e/o di ordinare la pubblicazione del provvedimento giudiziale

---

<sup>132</sup> Frosini, T. E., *La class action nella prospettiva comparatistica*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato, II*, op. cit., p. 301.

<sup>133</sup> Corte di Giust., sent. 20 settembre 2001, causa C-453/99 (*Courage e Crehan*).

<sup>134</sup> Corte di Giust., Sez. III, sent. 13 luglio 2006, n. 295, causa da C-295/04 a C-298/04 (*Manfredi e a.*).

<sup>135</sup> Punzi, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffuse e degli interessi collettivi*, op. cit., p. 29.

su uno o più quotidiani, qualora questo sia d'ausilio alla correzione o eliminazione degli effetti delle violazioni accertate<sup>136</sup>.

Si tratta di un'azione che può essere preventiva, mentre l'azione dei singoli consumatori, ad esempio per l'accertamento della vessatorietà di una clausola, è sempre successiva alla conclusione del contratto o alla commissione dell'illecito<sup>137</sup>.

Per tale via si tutelano, pertanto, diritti che superano la sfera individuale del singolo consumatore e che coincidono con l'interesse generale della collettività dei consumatori, cercando di prevenire e contrastare quei comportamenti lesivi dei diritti di un numero indefinito di membri di siffatta classe. Si ritiene esclusa dal novero delle misure correttive e ripristinatorie la condanna risarcitoria, per la quale è già sussistente lo strumento dell'azione di classe. La pubblicazione della sentenza, invece, è finalizzata ad amplificare gli effetti dei provvedimenti menzionati che risultano da questa completati, assumendo la stessa un carattere sanzionatorio a causa del discredito commerciale provocato al professionista<sup>138</sup>.

Le stesse associazioni dei consumatori possono inoltre agire in giudizio dinanzi al giudice amministrativo per impugnare gli atti lesivi anche in via solamente eventuale dei consumatori, a prescindere dunque dalla prova dell'avvenuta lesione di una posizione di vantaggio qualificata, così assumendo la veste di veri e propri pubblici ministeri privati<sup>139</sup>.

Le azioni collettive elencate, pertanto, risultano un chiaro esempio di utilizzo di uno strumento privatistico, il processo ordinario di cognizione, normalmente volto alla risoluzione della lite tra privati, per la realizzazione di interessi generali afferenti alla collettività dei consumatori, fine per il quale lo stesso processo si connota di norme derogatorie rispetto al modello codicistico. Il suo oggetto è di natura sovraindividuale, in quanto non viene dedotta in giudizio una situazione giuridica soggettiva facente capo

---

<sup>136</sup> Art. 140 cod. cons.

<sup>137</sup> Punzi, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffuse e degli interessi collettivi*, op. cit., p. 30, 31.

<sup>138</sup> Catricalà, A. – Pignalosa, M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 267 ss.

<sup>139</sup> Lombardi, R., *L'ampliamento della legittimazione ad agire a tutela delle posizioni meta – individuali innanzi al giudice amministrativo*, op. cit. p. 278.

ad un privato, ma la sentenza previene o reprime la lesione dei diritti di tutti i consumatori, i quali solo potenzialmente sono in concreto lesi dagli illeciti, non essendo infatti presi in considerazione nella loro individualità specifica e concreta.

Le somiglianze di siffatto processo a quello per le sanzioni civili sono molte, sebbene nel secondo menzionato si rinviene anche un primo oggetto di natura privata che si affianca al successivo oggetto superindividuale. In tal caso, inoltre, la finalità pubblica perseguita è di tipo punitivo – deterrente degli illeciti tipizzati dal legislatore del 2016, mentre nel caso precedente rilevano gli illeciti potenziali o già commessi da parte del professionista a svantaggio dei consumatori, riscontrandosi ad ogni modo anche nell'azione consumeristica il medesimo profilo sanzionatorio.

Il secondo modello di tutela giurisdizionale dei consumatori è costituito dalla *class action*, o azione di classe, introdotta dal nostro legislatore nel 2007, il quale ha scelto di limitarne l'applicazione esclusivamente al settore consumeristico, più in particolare inserendola nell'art. 140 bis del codice del consumo, piuttosto che all'intero ordinamento civilistico. Inizialmente essa presentava la forma di un'“*azione collettiva risarcitoria*”, riformulata nel 2009 ancor prima della sua entrata in vigore come “*azione di classe*” e nuovamente modificata nel 2012. La sua tormentata vita legislativa dimostra le difficoltà che l'istituto ha incontrato in termini di efficacia pratica.

La *ratio* sottesa a siffatto istituto è quella di incentivare i consumatori ad agire in giudizio per contrastare i danni seriali di minima entità che, singolarmente, i consumatori avrebbero altrimenti sopportato, non considerandoli sufficientemente rilevanti tali da giustificare un'iniziativa processuale risarcitoria, così permettendo ai professionisti di approfittare dei corrispondenti vantaggi che, su ampia scala, avrebbero assunto una dimensione rilevante. La tutela contro i comportamenti illeciti si va infatti, in via collettiva, a semplificare e incontra una notevole riduzione dei costi a carico dei singoli. Inoltre, con tale istituto si deflaziona il contenzioso civile, riducendo il numero di giudizi aventi ad oggetto la medesima *causa petendi*, ovvero sia l'illecito plurioffensivo commesso dal professionista, e si eliminano i rischi di trattamenti irragionevolmente difforni dinanzi a situazioni uguali<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Catricalà, A. – Pignalosa, M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit., p. 277.



La struttura dell'azione introdotta in Italia vedeva originariamente legittimati ad agire in giudizio gli enti esponenziali rappresentativi degli interessi di categoria, dunque si trattava di un procedimento di natura collettiva, assimilabile a quello previsto dall'art 140 cod. cons., che si concludeva con una sentenza della quale potevano beneficiare tutti i consumatori vittime del danno seriale che avessero aderito all'azione o fossero intervenuti nel giudizio. L'interesse collettivo non veniva in tal modo tutelato quale somma degli interessi individuali ma veniva valutato come interesse appartenente all'ente rappresentativo<sup>141</sup>.

La prima fase del processo, in particolare, era finalizzata all'accertamento del diritto al risarcimento e alle restituzioni dei consumatori o utenti e aveva ad oggetto l'interesse dell'intera categoria in questione, un oggetto dunque che non guardava all'interesse di un privato ma a quello superindividuale della collettività. La seconda fase era poi di natura non contenziosa, volta alla liquidazione del *quantum* singolarmente dovuto, nella quale rilevavano, al contrario, i diritti soggettivi dei singoli consumatori. Era preservata, in ogni caso, l'azione individuale dei consumatori rimasti esclusi dal procedimento collettivo, costituzionalmente irrinunciabile ex art. 24 Cost., che avrebbe avuto come unico oggetto la situazione giuridica soggettiva individuale dell'attore.

Proprio perché volta al mero accertamento della violazione perpetrata dal professionista, essa non era qualificabile né come azione di classe, mancando la finalità risarcitoria, né come azione collettiva vera e propria: infatti, si trattava di uno strumento ibrido che combinava l'esigenza di riequilibrare le posizioni processuali tra consumatore e professionista in tema di accesso alla giustizia con quella di salvaguardare le garanzie processuali tipiche del sistema italiano che sarebbero venute meno accogliendo il modello della *class action* statunitense<sup>142</sup>.

Prima ancora che tale azione fosse sperimentata nella pratica il legislatore ha virato verso una diversa disciplina, attribuendo la legittimazione attiva a “ciascun componente della classe” e trasformando quella dell'ente rappresentativo in una mera legittimazione mediata, poiché questo può oggi ricevere solamente un mandato per supportare il

---

<sup>141</sup> Iurilli, C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, op. cit., p. 179.

<sup>142</sup> Iurilli, C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, op. cit., p. 191.

singolo e garantire l'effettività della sua tutela, messa altrimenti in pericolo dagli elevati costi processuali completamente a suo carico<sup>143</sup>.

Da siffatto modello emerge una notevole individualizzazione della tutela risarcitoria, in particolare per l'iniziale riferimento normativo alla tutela dei soli "*diritti individuali omogenei*", cui sono stati aggiunti nel 2012 gli "*interessi collettivi*", senza tuttavia modificare la struttura dell'azione che rimane subordinata al potere d'impulso del singolo<sup>144</sup>. Secondo taluno, infatti, le associazioni dei consumatori avrebbero riscontrato delle difficoltà a curare un processo potenzialmente esteso per tre gradi di giudizio, avendo necessità di immediati risultati di successo che ne esaltino l'immagine<sup>145</sup>.

Tuttavia, dinanzi ad ipotesi transattive, l'autonomia decisionale del singolo aderente all'azione torna a divenire centrale, come si evince dall'art. 140 bis, c. 15 del codice del consumo, il che riduce al minimo l'incentivo per l'impresa ad una soluzione stragiudiziale della lite. L'atto di adesione, in particolare, equivale all'esercizio di un'azione giudiziaria, determinando interruzione e sospensione della prescrizione e deducendo in giudizio il diritto del singolo. Esso, inoltre, conduce ad una decisione che definisce l'esistenza di quest'ultimo con forza di giudicato. Con l'adesione si determina infatti la proiezione degli effetti della pronuncia, favorevoli o sfavorevoli, oltre le sfere soggettive delle parti del processo<sup>146</sup>.

La domanda deve essere introdotta con atto di citazione, da notificare al convenuto e all'ufficio del pubblico ministero, che può intervenire solamente nel giudizio di ammissibilità. Essa supera il filtro di ammissibilità se non risulta manifestamente infondata, se non vi è conflitto di interessi, se il giudice ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili e se il proponente appare in grado di curare adeguatamente

---

<sup>143</sup> Bellelli, A., *L'azione di classe (art. 140 bis, D. Lgs. 6.9.2005, n. 206)* in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà, A. – Troiano, P., Torino, 2010, p. 1874.

<sup>144</sup> Iurilli, C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, op. cit., p. 211.

<sup>145</sup> De Cristofaro, M., *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato, II*, op. cit., p. 311, 313.

<sup>146</sup> Ruperto, S., *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giust. Civ.*, vol. 11, 2008, p. 512.

l'interesse della classe. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è reclamabile dinanzi alla sola Corte d'Appello ed in caso si arrivi alla trattazione della causa questa avviene nel rispetto del contraddittorio, ma l'istruzione è condotta nel modo in cui il giudice ritiene più opportuno, omettendo ogni formalità *“non essenziale al contraddittorio”* secondo la lettera dell'art. 140 bis, c. 11.

Una volta data pubblicità all'azione, i componenti della classe possono scegliere di aderirvi o meno entro precisi termini temporali, decorsi i quali è precluso loro l'intervento in giudizio e ad essi rimane solamente la possibile instaurazione di un'azione individuale avente ad oggetto i medesimi fatti e diritti, con gli inconvenienti sopra rilevati in termini soprattutto di costi da sopportare. La sentenza che conclude il giudizio ha un'efficacia estesa a tutti i consumatori che vi hanno aderito.

Non tutti i diritti, peraltro, possono essere tutelati mediante questa via, ma solamente i diritti omogenei contrattuali, quelli esistenti in materia di prodotto difettoso e quelli legati al pregiudizio subito in conseguenza di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali<sup>147</sup>.

Come visto, la decisione contiene tanto l'accertamento della responsabilità quanto la condanna risarcitoria e restitutoria, che può essere contenuta in una sentenza di condanna specifica, con immediata liquidazione delle somme in via equitativa, o generica, che fissa al contrario i soli criteri omogenei per il calcolo della relativa liquidazione, qualora le questioni comuni ai diritti omogenei non permettano un'unica liquidazione. In mancanza di raggiungimento di un accordo, il giudice su istanza di una parte liquida le somme dovute ai singoli aderenti<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Art. 140 bis, c. 2 cod. cons.: *“L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”*.

<sup>148</sup> Catricalà, A. – Pignalosa, M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit., p. 284 ss.

Così, tanto nella *class action*, quanto nel processo per le sanzioni civili la legittimazione attiva viene rimessa ad un singolo privato, che deve azionare in giudizio una situazione giuridica di cui si afferma titolare e della quale chiede tutela, ma che si rende anche portatore degli interessi di più soggetti. Viene funzionalizzato l'egoismo del privato al conseguimento, da un lato, degli obiettivi di regolazione del mercato, dall'altro, della garanzia e della prevenzione della sicurezza dei cittadini. In tal modo si salvaguarda pertanto l'interesse pubblico e si rende il privato portatore della volontà popolare oltre che attuatore dei compiti delle autorità pubbliche, cui si va a sostituire<sup>149</sup>.

Tuttavia, mentre nel primo caso i privati sono onerati di attivarsi per conseguire i possibili vantaggi risarcitori derivanti dall'azione e la stessa natura dell'illecito presume la lesione simultanea di più individui, nel secondo i vantaggi di prevenzione e punizione si realizzano automaticamente a favore della collettività, che sia rimasta anche inattiva, e non è detto che vi siano più individui potenzialmente legittimati all'azione in giudizio, non essendo presupposta la natura plurioffensiva dell'illecito civile.

L'azione di classe integra un processo giurisdizionale del tutto particolare e derogatorio rispetto a quello ordinario previsto dal c.p.c., che dunque si differenzia anche dal processo per le sanzioni civili, il quale anzi risulta più conforme alla disciplina del modello sancito nel codice di rito. Sebbene nella *class action* l'oggetto dell'azione rimangono i diritti soggettivi dei consumatori ed utenti<sup>150</sup>, in entrambi i casi si riscontra una particolare evoluzione dello stesso, che nell'azione in esame assume una dimensione plurima e collettiva, mentre nel processo sanzionatorio si arricchisce di un ulteriore oggetto, che realizza un vero e proprio connubio tra pubblico e privato.

In particolare, si contrappone la tesi di chi ritiene che l'oggetto del giudizio nella *class action* consisterebbe nell'interesse superindividuale all'accertamento della anti-giuridicità del comportamento plurioffensivo commesso dal professionista

---

<sup>149</sup> De Cristofaro, M., *L'azione collettiva risarcitoria "di classe"*, op. cit., p. 315.

<sup>150</sup> D'Alessandro, E., *L'oggetto del giudizio di cognizione, tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, op. cit., p. 12.

convenuto<sup>151</sup>, quella di chi sostiene che nel giudizio collettivo siano dedotti in giudizio i diritti soggettivi<sup>152</sup> e quella di chi afferma che l'azione abbia ad oggetto i diritti dei singoli aderenti, ma nel caso in cui vi siano adesioni l'oggetto dell'azione collettiva diventerebbe l'interesse collettivo all'accertamento della lesività dell'illecito<sup>153</sup>. La questione dovrebbe essere oggi chiarita grazie al riferimento legislativo ai “*diritti individuali omogenei*” e agli “*interessi collettivi*”, venendo anche specificato che si tratta di un'azione di condanna, oltre che di accertamento.

La nuova *class action* è volta, dunque, a fornire a tutti i consumatori attivatisi una condanna risarcitoria che realizza immediatamente e direttamente il loro bene della vita pregiudicato dall'illecito commesso dal professionista, conseguendo un vantaggio concreto ben percepibile che li induce, nella teoria, ad usufruire dello strumento in questione, sebbene nella pratica non si sia registrata una sua soddisfacente efficacia, motivo per il quale da lungo tempo si discute di una riforma della vigente azione di classe. Se essi non aderiscono all'azione, viceversa, riescono a godere della sola forza preventiva e deterrente del processo.

Similmente, il processo per le sanzioni pecuniarie civili realizza immediatamente l'interesse dell'attore alla reintegrazione della sua posizione lesa, ma non anche quello degli altri consociati, già persone offese o potenziali persone offese dai medesimi comportamenti, che ricevono benefici solo indiretti dall'azione in questione, dagli stessi impercettibili poiché astratti e rappresentati dalla repressione dei comportamenti illeciti.

Per conseguire un concreto vantaggio individuale in termini risarcitori tutte le persone offese sono tenute ad agire in giudizio ed avviare un processo che può condurre, tra l'altro, all'irrogazione delle sanzioni civili. E' possibile, tuttavia, realizzare il cumulo soggettivo in un unico processo mediante l'intervento in giudizio delle ulteriori persone

---

<sup>151</sup> Bove, M., *L'oggetto del processo “collettivo” dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (articoli 140 e 140 bis codice del consumo)*, in *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di Bellelli, A., Milano, 2009, p. 74.

<sup>152</sup> Menchini, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. 2.

<sup>153</sup> Briguglio, A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

offese, la riunione dei diversi procedimenti instaurati o mediante la loro connessione, producendo un risultato simile a quello conseguito tramite l'adesione dei consumatori alla *class action* introdotta da uno di loro.

Il modello sinora delineato ha tuttavia presentato dei problemi di primaria importanza. Uno tra tutti, il finanziamento delle spese giudiziali, in quanto anche laddove il consumatore – attore si avvantaggia dell'aiuto dell'associazione o del comitato, egli deve comunque sopportare i costi dell'azione, tra i quali quelli necessari all'esecuzione della pubblicità richiesta come condizione di procedibilità della domanda. Si era prospettata, pertanto, la necessaria introduzione dell'obbligo di versare un contributo in capo ad ogni futuro aderente, essenziale per garantire il buon funzionamento della tutela collettiva e le sue finalità di deterrenza<sup>154</sup>.

Risulta poi difficile per il privato soddisfare la prova di aver subito un danno, a causa del mancato riconoscimento di efficacia pregiudiziale al provvedimento amministrativo che abbia eventualmente già accertato l'illecito, costituente un mero “indizio” per il giudice o, secondo taluni, una prova da lui liberamente valutabile. E' stata ipotizzata pertanto l'introduzione di un'inversione dell'onere della prova in favore dell'attore, che favorirebbe la credibilità di un modello efficiente di *private enforcement*<sup>155</sup>.

Problematica è stata anche l'entità irrisoria del risarcimento riconosciuto alle vittime, limitato alla sola perdita subita, che sacrifica la natura effettivamente riparatoria del risarcimento, in quanto la quantificazione del danno, sebbene ottenuta più velocemente, risulta forfettizzata secondo la media dei danni subiti dalla classe e rimane pertanto insensibile ai particolari pregiudizi subiti dal singolo<sup>156</sup>. E' esclusa infatti alcuna forma

---

<sup>154</sup> De Cristofaro, M., *L'azione collettiva risarcitoria “di classe”*, p. 321.

<sup>155</sup> Renzulli, A., *Tutela antitrust dei privati: il modello di private enforcement negli USA e nell'UE*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, III, op. cit., p. 236.

<sup>156</sup> Alessi, R., *La disciplina generale del contratto*, II ed., Torino, 2017, p. 566.

di *punitive damages*<sup>157</sup> e mancano forme di coordinamento tra la tutela privata e quella pubblica che interviene con provvedimenti amministrativi.

Alla luce di quanto detto va segnalato che i lavori parlamentari volti a riformare lo strumento in esame sono piuttosto avanzati: la Camera dei deputati aveva già approvato, il 3 giugno del 2015 il d.d.l. n. 1950<sup>158</sup>, un'avanzata riforma che introduceva delle rilevanti novità di seguito riportate. Il testo non è stato poi definitivamente approvato, ma recentemente, il 3 ottobre 2018, la Camera ha approvato una nuova proposta di legge in materia, il d.d.l. n. 791 oggi all'esame del Senato. La nuova forma di azione di classe amplia il suo campo di applicazione sia da un punto di vista soggettivo, in termini di legittimazione, che oggettivo, in termini di situazioni giuridiche azionabili, e vuole così assicurare una maggior partecipazione nella tutela dei cittadini, con conseguente incremento dell'effetto deterrente nei confronti delle imprese e dell'efficacia dello strumento di *private enforcement* in esame.

Partendo dall'analisi del testo approvato dalla Camera nel 2015, il cui impianto non è stato eccessivamente modificato dal testo del 2018, bisogna notare, in primo luogo, la nuova collocazione dell'azione, che è transitata dal codice del consumo al codice di procedura civile negli artt. 840 bis ss, così divenendo un istituto generale di tutto il diritto civile. Le situazioni giuridiche soggettive tutelabili sono, pertanto, i diritti individuali omogenei dei membri di una qualsiasi classe e non più le sole tre tipologie di situazioni giuridiche facenti capo ai consumatori e utenti prima azionabili. Anche le imprese, dunque, diventano potenziali attori dell'azione di classe. L'azione viene instaurata contro l'autore delle condotte lesive di tali diritti, che può essere un'impresa o un ente gestore di servizi pubblici o di servizi di pubblica utilità, relativamente a fatti cagionati nell'esercizio della loro rispettiva attività, e non più il solo autore qualificabile come professionista. L'azione è volta all'accertamento della responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, elemento rimasto pertanto invariato.

---

<sup>157</sup> Fiengo, G., *Tutela antitrust del consumatore: il libro bianco della Commissione europea e l'azione di classe italiana a confronto*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, III, op. cit., p. 192.

<sup>158</sup> In [www.senato.it](http://www.senato.it).

La legittimazione attiva risulta, invece, diversa nel testo del 2015, la quale è estesa tanto ai singoli componenti della classe quanto, novità, ad un'associazione o comitato aventi come scopo la tutela dei predetti diritti. Evidente è il tentativo di favorire l'incremento delle vie di accesso alla giurisdizione, ampliando la categoria dei soggetti legittimati ad agire in giudizio. Continua, inoltre, ad essere escluso l'intervento dei terzi ai sensi dell'art. 105 c.p.c. ed ammessa, al più, la mera adesione all'azione.

Il procedimento si suddivide in tre fasi, le prime due sull'ammissibilità dell'azione e sulla decisione di merito, di competenza del tribunale delle imprese, l'ultima finalizzata alla liquidazione delle somme a favore degli aderenti, spettante al giudice delegato. I soggetti aderenti, tuttavia, devono costituirsi in giudizio per evitare l'estinzione del processo qualora siano conclusi accordi transattivi o conciliativi tra attore e convenuto, essendo in ogni caso salva la loro azione individuale o l'introduzione di una nuova azione di classe, in quanto non assumono la qualità di parti ai sensi dell'art. 840 quinquies.

Tra i criteri di ammissibilità della domanda cambia quello dell'apparente incapacità del proponente a curare adeguatamente l'interesse della classe, mutato nella non adeguata rappresentatività del comitato o dell'associazione degli interessi fatti valere in giudizio.

Mentre l'ordinanza della Corte d'appello che decide il reclamo viene ritenuta sotto il vigente testo normativo un provvedimento non impugnabile, in quanto priva del carattere del giudicato e non preclusiva del dedotto e deducibile, essa viene nel 2015 espressamente riconosciuta come ricorribile in Cassazione.

I diritti di coloro che aderiscono all'azione, i quali hanno diritto ad accedere al fascicolo informatico e ricevere le comunicazioni dalla cancelleria, vengono accertati solamente dopo che sia stata pronunciata la sentenza di accoglimento dell'azione, non facendo più direttamente stato nei loro confronti la sentenza che definisce il giudizio secondo la vecchia dizione. Infatti, la procedura di adesione dei portatori di diritti individuali, nella quale sono ammesse le sole prove documentali, viene aperta solo dopo l'accoglimento della domanda dell'attore per evitare l'inutile dispendio di attività che si verificherebbe in caso di sentenza di rigetto, una volta che sono stati definiti i caratteri dei diritti individuali omogenei presupposti. La domanda di adesione, per la quale non serve il ministero di un difensore, produce gli stessi effetti della domanda giudiziale.



La memoria difensiva del convenuto, inoltre, deve contenere obbligatoriamente le sue mere difese ed eccezioni e i fatti dedotti dall'aderente non specificatamente contestati dal convenuto nel termine previsto dall'art. 840 octies c.p.c. si considerano ammessi. Peraltro, viene introdotta la figura di un rappresentante comune che deve predisporre il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti contenente la rassegna delle conclusioni di ciascuno, che poi viene sottoposto al loro esame ed integrato dalle variazioni da questi segnalate. Egli coordina le domande di liquidazione garantendo il conseguimento dei risarcimenti in maniera più celere.

Sulla domanda di adesione deve decidere il giudice delegato nominato dal tribunale, il quale condanna eventualmente con decreto il convenuto al pagamento del risarcimento o restituzioni dovute, che costituisce titolo esecutivo. Tuttavia, l'aderente non riceve la liquidazione delle spese sostenute per la procedura di adesione, mentre il convenuto è tenuto a pagare il compenso del rappresentante comune e quello premiale dell'avvocato dell'attore in caso di accoglimento della domanda. Tale compenso è stato chiamato dai commentatori "quota lite", il quale viene calcolato come percentuale dell'importo complessivo che il convenuto deve pagare, diminuendo all'aumentare del numero degli aderenti. L'aderente, inoltre, può proporre l'azione individuale solamente se revoca la domanda di adesione prima che il decreto del giudice delegato sia divenuto definitivo.

La trattazione continua, invece, ad essere deformalizzata, infatti il tribunale *"omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio"*.

Una novità molto importante che risponde al tentativo di affrancare gli elevati costi dell'istruzione a carico dell'attore, i quali ostacolano l'effettività della sua tutela giurisdizionale, è l'imposizione a carico del convenuto in giudizio delle spese, dell'acconto e del compenso necessari per la nomina del consulente tecnico. Ciascun aderente, inoltre, deve versare un importo fissato dal giudice per sostenere le spese del giudizio, così ripartite tra tutti gli interessati e non più a carico del solo attore, il quale è integrabile per ordine del giudice delegato. La sanzione sancita in caso di suo mancato versamento risulta l'inefficacia dell'adesione, operante di diritto e rilevabile d'ufficio.

A tale novità si aggiunge la possibilità di avvalersi di dati statistici e presunzioni semplici per accertare la responsabilità del convenuto, sempre nell'ottica di alleggerire l'onere probatorio in capo alla vittima.

La sentenza di accoglimento contiene sempre il capo di accertamento della responsabilità del convenuto, mentre la sua condanna al risarcimento e alle restituzioni è disposta solamente nel caso in cui l'azione sia stata proposta da un soggetto diverso da un'associazione o comitato. Il giudice che accoglie la sentenza ha anche il compito di nominare il rappresentante comune degli aderenti, che se ne fa richiesta può essere l'avvocato dell'attore vittorioso.

Il tentativo legislativo di rendere più efficace tale azione emerge anche dall'informatizzazione della procedura: la domanda e la sentenza vengono pubblicate sul portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della Giustizia, la domanda di adesione si propone mediante l'introduzione nel fascicolo informatico, come anche i documenti probatori, e la domanda introduttiva è valida quando è presentata nelle forme disposte dall'art. 65 del codice dell'amministrazione digitale.

In caso di pagamento spontaneo del convenuto il rappresentante comune deve depositare il piano di riparto ed il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti ad ogni aderente. La procedura di adesione si conclude una volta ottenuta la ripartizione tra gli aderenti per l'intero ammontare dei loro crediti o quando non risulta possibile ottenere un ragionevole soddisfacimento delle loro pretese, rimanendo in tal caso esperibile l'azione individuale per la parte di credito non soddisfatta.

Per quanto attiene alle impugnazioni, poi, non si applica il termine breve previsto dall'art. 325 c.p.c. ed il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c. è dimezzato, dunque l'impugnazione va proposta entro 3 mesi dalla pubblicazione della sentenza. Tuttavia gli aderenti possono proporre l'impugnazione non ancora proposta da nessuno entro due mesi dalla scadenza del precedente termine. Contro il decreto con cui il giudice delegato accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione e liquida gli importi dovuti al rappresentante e agli avvocati, inoltre, è proponibile opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale su iniziativa del convenuto, del rappresentante comune e degli avvocati dell'attore.

Ulteriore peculiarità, poi, è la previsione di una procedura esecutiva collettiva per l'esecuzione forzata delle somme liquidate in favore dei portatori dei diritti individuali che non abbiano revocato l'incarico al rappresentante comune, su iniziativa e cura di quest'ultimo.

Va segnalata, inoltre, la volontà legislativa di promuovere una soluzione transattiva o conciliativa della lite, che è proponibile dal tribunale fino alla precisazione delle conclusioni ed in caso di successo è pubblicata nel portale telematico e notificata a ciascun aderente. Anche dopo la sentenza di accoglimento il rappresentante può redigere con il convenuto uno schema transattivo nell'interesse degli aderenti, i quali o formulano contestazioni o l'accordo si considera non contestato. Il giudice delegato può a questo punto autorizzare il rappresentante a stipulare tale accordo, ma l'aderente che abbia formulato contestazioni può privare il rappresentante della facoltà di stipulare per suo conto l'accordo cui si riferiscono le suddette contestazioni.

Ancora, il testo normativo del 2015 introduce una nuova azione inibitoria collettiva, in sostituzione di quella prevista dall'art. 140 cod. cons.: anche in tal caso non si prendono più in considerazione le sole lesioni dei diritti dei consumatori, ma il più generale pregiudizio di una pluralità di individui o enti, potendosi per tale via richiedere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta commissiva o omissiva tenuta da un'impresa o da un ente gestore di un servizio pubblico o di pubblica utilità.

La domanda deve essere proposta nelle forme del processo ordinario, mentre si richiama per il resto il procedimento dell'azione di classe. La condanna, che può essere accompagnata dalle misure di coercizione indiretta *ex art. 614 bis c.p.c.*, può anche ordinare al soccombente l'adozione delle misure più opportune ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate, secondo la dicitura del vecchio art. 140 cod. cons., oltre che la diffusione del provvedimento. La congiunta proposizione dell'azione inibitoria collettiva e dell'azione di classe comporta la separazione delle cause.

Infine, la normativa non prevede una sua efficacia retroattiva, dunque ai procedimenti in corso alla data dell'eventuale entrata in vigore della presente legge, mai avvenuta, si sarebbe applicata la disciplina previgente, e viene da ultimo disposta l'abrogazione degli artt. 139, 140 e 140 bis del cod. cons.

Il testo del 2018, ad oggi all'esame del Senato, prevede alcune novità rispetto alla riforma fallita ora descritta. In primo luogo, la legittimazione ad agire viene attribuita, accanto a ciascun componente della classe, anche alle organizzazioni e associazioni iscritte in un apposito elenco presso il Ministero della Giustizia, requisito non richiesto nel testo del 2015. La domanda deve essere presentata ora con la forma del ricorso, non più della citazione, alla sezione specializzata in materia di imprese del luogo ove ha sede la parte resistente. Ricorso e decreto di fissazione dell'udienza sono poi pubblicati nel portale dei servizi telematici.

Un'innovazione fondamentale, inoltre, è che il giudizio segue il rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis ss c.p.c. e non è neppure ammesso il mutamento di rito, sebbene la decisione assume la forma della sentenza e non dell'ordinanza, la quale deve essere resa entro 30 giorni dalla discussione orale della causa. L'intento legislativo è evidentemente quello di fornire alle parti una decisione che sia più rapida possibile.

Il tribunale continua, invece, a decidere con ordinanza sull'ammissibilità della domanda e può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti per la causa è in corso un'istruttoria di un'autorità indipendente o un giudizio davanti al giudice amministrativo, di cui si dovrà tener conto. Ai fini dell'ammissibilità della domanda torna, peraltro, a rilevare l'apparente idoneità del ricorrente a curare adeguatamente i diritti individuali omogenei, piuttosto che la rappresentatività dell'associazione o comitato. Torna anche a non essere menzionata la ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza che decide sull'ammissibilità della domanda in grado di appello, da cui si ricava implicitamente la sua non impugnabilità seguendo l'interpretazione che prevale con riferimento all'attuale testo vigente.

Una volta decorsi 60 giorni dalla pubblicazione del ricorso non sono più proponibili ulteriori azioni di classe concernenti i medesimi fatti e contro lo stesso resistente, a meno che la prima domanda non venga dichiarata definitivamente inammissibile, sia cancellata dal ruolo o si concluda con una decisione che non decide nel merito, mentre se proposte prima di questo termine esse vengono riunite all'azione principale. Viene sempre fatta salva la proponibilità delle azioni di classe a tutela di quei diritti che non potevano essere fatti valere entro il suddetto termine.

Per la procedura di adesione sono previste poi due possibilità: il nuovo testo torna infatti ad ammettere l'adesione nella fase immediatamente successiva all'ammissibilità della domanda, secondo il modello attuale del codice del consumo, altrimenti è consentita l'adesione anche a seguito dell'accoglimento dell'azione di classe, recependo la novità del 2015. L'adesione risulta proponibile dai portatori di tutti i diritti individuali omogenei una volta stabiliti i loro caratteri necessari per essere inclusi nella classe, da cui si giunge all'eventuale accertamento dei diritti dell'aderente, che continua a non essere qualificato come parte. Si evita in tal modo lo spreco di attività processuali sulla base del medesimo modello del 2015 e la procedura di adesione *de qua* continua a richiedere la nomina di un giudice delegato e di un rappresentante comune degli aderenti, figura questa che vuole infatti garantire la più efficiente e consapevole cura degli interessi della classe.

Elemento decisivo per l'incremento della tutela di questi ultimi, in particolare, è che l'adesione successiva permette ai membri della classe di avvantaggiarsi della sentenza senza aver dovuto partecipare alla causa. Per la domanda di adesione, inoltre, viene predisposto un modello ministeriale da seguire al fine di semplificare l'iniziativa dei privati, che non si devono avvalere del necessario ministero di un difensore.

In tema di mezzi istruttori, peraltro, viene aggiunto il potere del giudice, su istanza motivata del ricorrente, di ordinare al resistente l'esibizione delle prove e degli elementi di prova rilevanti nella sua disponibilità, in maniera proporzionata alla decisione, disponendo misure di tutela ove le informazioni ad oggetto siano riservate. Il mancato rispetto o adempimento senza giustificato motivo dell'ordine di esibizione o la distruzione delle stesse comportano, oltre a sanzioni amministrative, la possibilità per il giudice di ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce. Anche tale elemento testimonia il tentativo legislativo di rendere più effettiva la tutela dell'azione di classe, semplificando il difficile onere probatorio posto in capo al privato.

In tema di impugnazioni, successivamente, viene ribadita la non decorrenza del termine breve, mentre non viene ripetuto il dimezzamento del termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., che rimane pertanto quello ordinario di 6 mesi. Viene, inoltre, specificata l'impugnabilità della sentenza per revocazione nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. su

iniziativa degli aderenti e, si aggiunge, qualora essa sia l'effetto della collusione delle parti.

Il disegno di legge prevede nuovamente anche l'azione inhibitoria collettiva sopra menzionata, tuttavia mentre il testo del 2015 attribuiva la legittimazione a “*chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inhibitoria di atti e comportamenti*”, il testo attuale, dopo aver riprodotto tale disposto normativo, aggiunge il riconoscimento della medesima legittimazione anche in capo alle organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro finalizzate alla tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta denunciata ed iscritte nell'elenco ministeriale. Inoltre per quest'azione viene richiamato, in quanto compatibile, il procedimento camerale, con la notifica del ricorso introduttivo al pubblico ministero. Infine, viene ribadita l'abrogazione degli artt. 139, 140 e 140 bis del codice del consumo, mentre per tutto quanto non specificato il nuovo testo ripete le novità che erano state approvate nel testo del 2015.

La riforma delineata, pertanto, è volta a rendere efficiente uno strumento che aveva riscontrato notevoli difficoltà pratiche e ad ampliare l'operatività di siffatto meccanismo di *private enforcement*, posto originariamente a tutela dei soli consumatori, all'intero sistema del diritto civile. Esso è pensato per scaricare sui privati parte del compito normalmente pubblico di assicurare la prevenzione e la deterrenza dal commettere illeciti plurioffensivi. Destinatari di tutela diventano tutti i campi in cui rilevano interessi pubblici proprio perché le situazioni lese fanno capo ai membri di una classe composta da una pluralità di cittadini, ove la privatizzazione della tutela permette pertanto di innalzarne il livello qualitativo.

L'azione di classe di cui abbiamo parlato si differenzia, infine, dall'azione di classe pubblica, consistente nel giudizio per l'efficienza dell'amministrazione ed introdotta dal d. lgs. n. 198 del 2009. Quest'ultima risulta un'azione finalizzata ad assicurare il “*corretto svolgimento di una funzione amministrativa*” qualora non vengano emanati atti generali, o la “*corretta erogazione di un servizio*” qualora siano inosservati obblighi o standards qualitativi stabiliti per quest'ultimo. E' esclusa, al contrario, la possibilità di conseguire per tale via il risarcimento del danno subito dagli utenti a causa dell'inefficienza della pubblica amministrazione, trattandosi di un'azione da instaurare dinanzi al giudice amministrativo volta semplicemente al ripristino dell'efficienza

dovuta, nel perseguimento di una finalità generale e correttiva, e non di un'azione di danno collettivo con finalità compensative. Si differenzia, dunque, dalla ordinaria *class action* tanto per il *petitum* quanto per la giurisdizione sussistente.

Il ricorrente deve, tuttavia, essere titolare di un interesse omogeneo a quello di una pluralità di utenti o consumatori, per tale ragione si parla anche in questo caso di *class action*, la quale risulta ulteriormente proponibile dalle associazioni di utenti o consumatori che agiscono come loro rappresentanti<sup>159</sup>. Lo strumento messo a disposizione dei privati è pertanto, in siffatto caso, uno strumento esclusivamente e tipicamente pubblicistico, coerentemente utilizzato per finalità aventi questa stessa natura, senza che si configuri alcuna ipotesi di ibridazione menzionata. Essa, infine, è fatta salva dalla nuova azione di classe in corso di approvazione.

### **2.3 La tutela della concorrenza e del mercato.**

La tutela della concorrenza e del mercato rappresenta uno degli obiettivi primari perseguiti dall'Unione europea ed una delle ragioni che ha portato alla nascita della stessa Comunità europea, la quale è stata creata per l'istituzione di un mercato unico e per l'abolizione delle dogane tra gli Stati membri. La fonte normativa primaria di tale disciplina, infatti, è costituita dagli artt. 101 ss del TFUE e dal suo protocollo n. 27, che sono statuti attuati in Italia con la l. *antitrust* n. 287 del 1990, in gran parte copia della disciplina comunitaria. Si tratta, inoltre, di una normativa essenziale per assicurare la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost.

In Italia, in particolare, la competenza in materia di tutela della concorrenza è attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, autorità amministrativa indipendente che esercita un controllo preventivo e successivo, da un lato rilasciando autorizzazioni, dall'altro inibendo la continuazione degli illeciti, ordinando il ripristino del funzionamento della concorrenza ed irrogando sanzioni amministrative, la quale può anche presentare ricorso innanzi al giudice amministrativo contro i provvedimenti amministrativi violativi delle norme *antitrust*, tutelando in tal modo l'intera collettività con un peculiare meccanismo di *public enforcement*.

---

<sup>159</sup> Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 221 ss.

Parte della dottrina ha rinvenuto in siffatto caso un esempio di giurisdizione oggettiva, in quanto la neutralità dell'autorità competente giustificerebbe una sua azione condotta nell'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa. Al contrario, la giurisprudenza ha criticato tale teoria rintracciandovi una violazione dell'art. 103 Cost. ed ha individuato nell'interesse al corretto funzionamento del mercato un vero e proprio bene della vita sovraindividuale e sostanziale di cui si fa portatrice l'AGCM<sup>160</sup>.

Nell'autorità in questione si rinengono tanto profili di neutralità, in quanto essa esercita poteri arbitrari con funzioni giustiziali, quanto profili funzionali, laddove le sue competenze sono volte al perseguimento di finalità che trascendono l'interesse dei singoli soggetti contraddittori, ovverosia la tutela della concorrenza<sup>161</sup>.

Alla stessa autorità è stata attribuita anche una peculiare forma di tutela del consumatore, soggetto debole del rapporto giuridico nelle dinamiche di mercato e dunque potenziale vittima delle pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevoli. I d. lgs. n. 145 e 146 del 2007, infatti, le riservano ingenti poteri sanzionatori per prevenire, oltre che riparare, le possibili lesioni arrecate ai consumatori mediante una forma di tutela amministrativa che si affianca a quella giurisdizionale preesistente. In particolare la rilevanza attribuita ai poteri di prevenzione, che anticipano l'effettiva lesione dei diritti del consumatore, dimostra che l'interesse pubblico al regolare svolgimento delle dinamiche di mercato prescinde dalle esigenze concrete del singolo contraente. L'autorità stessa, pertanto, è chiamata a bilanciare bisogni che trascendono le singole parti del conflitto, assumendo come prospettiva la cura dell'interesse pubblico e rispondendo alle istanze della comunità<sup>162</sup>.

Si tratta di un'autorità caratterizzata da connotati di imparzialità e terzietà, indipendente dal potere esecutivo e con elevate garanzie di autonomia decisionale, organizzativa e

---

<sup>160</sup> Tar di Roma, Sez. III, sent. 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>161</sup> Del Giudice, I., *L'AGCM e la tutela del consumatore: i profili funzionali a protezione di posizioni giuridiche "deboli" alla luce dei nuovi poteri attribuiti dai decreti legislativi nn. 145/2007 e 146/2007*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, II, op. cit., p. 61.

<sup>162</sup> Del Giudice, I., *L'AGCM e la tutela del consumatore*, op. cit., p. 71, 77.



contabile. Non risulta portatrice di uno specifico interesse soggettivo, agendo in posizione di neutralità rispetto agli interessi in gioco e, in un rapporto trilaterale che vede coinvolti il regolatore, l'operatore economico regolato e il consumatore, diviene l'arbitro chiamato a svolgere anche la funzione di regolare e risolvere il conflitto tra consumatore e operatore economico, così correggendo e orientando il mercato.<sup>163</sup>

Le autorità indipendenti, in particolare, hanno rappresentato un'innovativa tecnica di tutela dei cittadini, in primo luogo a fronte dell'esercizio dei poteri attribuiti alle pubbliche amministrazioni, in secondo luogo incrementando gli strumenti di tutela nell'ambito dei rapporti tra privati, come emerge ad esempio dalla procedura di conciliazione che si svolge dinanzi all'AGCom in caso di controversie tra operatori e utenti finali, nel comune interesse di evitare un contenzioso giudiziario. La conciliazione, in particolare, viene vista come uno strumento finalizzato ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali<sup>164</sup>, oltre che uno strumento volto ad assicurare un più “*elevato livello di protezione dei consumatori*”<sup>165</sup>. Dal suo ambito di applicazione sono escluse, tuttavia, le azioni promosse ex art. 140 del codice del consumo e si fa invece riferimento alle controversie insorte tra “*categorie di utenti*” ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze<sup>166</sup>.

Il rapporto tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza è stato ricostruito secondo tre diverse impostazioni: la prima, quella del *modello dell'integrazione*, ne sottolinea la complementarità, in virtù della quale il benessere dei consumatori è sempre visto come un risultato indiretto dell'effettività della concorrenza, la quale attribuisce loro vantaggi automatici, e a sua volta la tutela di questi elimina gli ostacoli al raggiungimento dell'economia del benessere, favorendo infatti scelte libere e consapevoli e la trasparenza del mercato. La seconda impostazione richiama il *modello*

---

<sup>163</sup> Cintioli, F., *Funzione giustiziale, repressione degli illeciti antitrust e “diritti” del consumatore*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato, II*, op. cit., p. 191, 192.

<sup>164</sup> Corte cost., sent. 13 luglio 2000, n. 276.

<sup>165</sup> Corte cost., sent. 18 febbraio 2009, n. 51.

<sup>166</sup> Marzocco, A. M., *Tentativo obbligatorio di conciliazione e tutela giurisdizionale*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato, III*, op. cit., p. 43.

dell'*esclusione*, in quanto non ritiene coincidenti le due forme di tutela: il consumatore non è visto in realtà come beneficiario delle norme anticoncorrenziali che incidono sugli effetti del mercato e dunque sulla pluralità dei consumatori, in quanto i singoli non vengono al contrario sempre soddisfatti individualmente. Infine, la terza impostazione prospettata è quella del *modello finalistico*, in base al quale il diritto *antitrust* è considerato come destinato ad assicurare il *consumer welfare*, secondo cui la concorrenza deve assicurare gli obiettivi di ottimale allocazione delle risorse, massimizzazione dell'efficienza, aumento della produzione e, novità, il benessere del consumatore<sup>167</sup>.

Affianco alla tutela amministrativa e paragiustiziale menzionata, il c.c. prevede un'ipotesi di tutela giurisdizionale ordinaria dell'interesse superindividuale al corretto funzionamento del mercato nel limitato caso di "*atti di concorrenza sleale*". Contro questi ultimi l'art. 2599 ammette un'azione inibitoria, volta all'accertamento dell'illecito concorrenziale, alla sua inibizione per il futuro e alla rimozione degli effetti dell'atto di concorrenza sleale, mentre l'art. 2600 ammette un'azione risarcitoria. In entrambe le ipotesi la legittimazione è attribuita all'imprenditore leso dall'illecito, oltre che alle associazioni professionali degli imprenditori e agli enti rappresentativi di categoria se "*gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale*"<sup>168</sup>, cui sono state aggiunte le camere di commercio con la l. n. 580 del 1993<sup>169</sup>. In queste due ipotesi i protagonisti tutelati dal legislatore sono dunque i concorrenti, mentre non vengono neppure nominati i consumatori.

Il diritto soggettivo vantato dalle associazioni, tuttavia, risulta essere distinto da quello vantato dai singoli imprenditori, in quanto le prime agiscono per la tutela degli interessi di categoria, *iure proprio*, i secondi per il loro diritto individuale leso. Le azioni instaurate dalle prime e dai secondi, pertanto, hanno una diversa *causa petendi*, ma il

---

<sup>167</sup> Cintioli, F., *Funzione giustiziale, repressione degli illeciti antitrust e "diritti" del consumatore*, op. cit., p. 193 – 198.

<sup>168</sup> Art. 2601 c.c.

<sup>169</sup> Campobasso, G. F., *Diritto commerciale, vol. 1, Diritto dell'impresa*, Milanofiori Assago, 2015, p. 258.

medesimo *petitum*, tanto che la tutela collettiva realizza indirettamente anche l'interesse dei singoli professionisti<sup>170</sup>.

Negli ultimi casi il giudizio integra un esempio di azione collettiva contro gli illeciti concorrenziali, un'ipotesi speculare a quella dell'azione collettiva per la tutela dei consumatori prevista dall'art. 140 cod. cons.: anche siffatta azione, infatti, è volta a tutelare interessi afferenti ad una collettività, in tal caso di imprenditori, ed indirettamente anche dei consumatori, per la cui tutela agisce un ente rappresentativo in luogo del singolo. Pure in tal caso si utilizza, pertanto, uno strumento proprio del diritto dei privati, con i dovuti adattamenti, per garantire l'interesse pubblico rappresentato dalla concorrenza del mercato, che costituisce il primario interesse della categoria degli imprenditori.

Peraltro, la stessa tutela dei consumatori è fondata sull'esigenza pubblica di assicurare il funzionamento concorrenziale del mercato, in quanto solamente se si pongono questi ultimi nelle condizioni di effettuare delle scelte libere e consapevoli essi sono in grado di premiare gli imprenditori più efficienti che meritano di prevalere sul mercato in quanto offrono loro condizioni e prezzi più vantaggiosi, secondo le regole dell'economia del benessere. L'oggetto del processo ha dunque, ancora una volta, una dimensione sovraindividuale, coincidente con l'interesse dell'intera categoria e non solo del singolo imprenditore.

La tutela della concorrenza ha, da lungo tempo, mostrato la necessità di affiancare forme di *private enforcement* alle tradizionali forme di tutela del funzionamento del mercato preesistenti per incrementare l'effetto deterrente in capo agli autori degli illeciti, come avviene quando il privato agisce in giudizio per il risarcimento del danno causato da un illecito concorrenziale.

Gli strumenti di *private enforcement*, infatti, sono tutti quelli che il diritto privato fornisce per attuare, in tal caso, il diritto *atitrust*, essendo incluse normalmente tanto le

---

<sup>170</sup> Petrillo, C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella concorrenza sleale*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, op. cit., p. 432.

azioni di danni tra imprese, quanto quelle dei consumatori contro le imprese autrici di illeciti anticoncorrenziali<sup>171</sup>.

La giurisprudenza aveva individuato alcuni strumenti processuali per favorire la privatizzazione della tutela quali la solidarietà, il litisconsorzio, la connessione, l'intervento, mediante i quali le imprese, oltre che i consumatori già dotati della *class action*, riunivano le loro forze per la richiesta risarcitoria dei danni subiti. Fino ad oggi, tuttavia, troppi problemi hanno ostacolato il successo di siffatte azioni, primi tra tutti i pesanti oneri probatori posti a carico dei danneggiati.

Per rimediare a tale inefficienza la giurisprudenza aveva avanzato alcune proposte tra cui quella di consentire al giudice il più ampio esercizio dei suoi poteri istruttori officiosi, quali l'ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c., i poteri d'ispezione ex art. 118 c.p.c., la richiesta di informazioni alla p. a., qui l'AGCM e la Commissione europea, oltre all'eventuale sequestro dei documenti di cui si discute l'accessibilità ex art. 670, n. 2 c.p.c. Inoltre, essa aveva attribuito una peculiare rilevanza al provvedimento di accertamenti dell'illecito disposto dalla Commissione o dall'Autorità *antitrust* e aveva consentito l'accesso ai documenti del procedimento amministrativo, risultati degli ingenti sforzi istruttori delle autorità.

Il problema maggiore, in particolare, era costituito dalla prova del nesso causale intercorrente tra l'intesa illecita e lo specifico danno subito dal terzo, parte del contratto concluso in conseguenza dell'illecito. Per semplificarla la giurisprudenza aveva ipotizzato la nullità mediata dei contratti pregiudicati dall'intesa, a sua volta nulla, legittimando la richiesta dell'intero prezzo del contratto fondata sulla disciplina della ripetizione dell'indebito o dell'arricchimento senza causa. Tuttavia, per un reale alleggerimento dell'onere probatorio sarebbe stato necessario prevedere in via legislativa la nullità parziale del contratto.

La prova riusciva più facilmente ad essere soddisfatta solamente dopo l'accertamento dell'illecito compiuto dall'autorità amministrativa. In particolare, le decisioni della Commissione venivano e vengono tutt'oggi considerate infatti come una prova

---

<sup>171</sup> Cintioli, F., *Funzione giustiziale, repressione degli illeciti antitrust e "diritti" del consumatore*, op. cit., p. 208.

particolarmente pregnante della sussistenza dell'illecito, ma comunque superabile dalle prove contrarie fornite dalle parti e sottoposte al libero apprezzamento del giudice. Lo stesso nel caso di accertamento dell'autorità nazionale, le quali spostano sul convenuto l'onere della prova contraria alla ricostruzione degli organi amministrativi, che diviene tuttavia meno onerosa qualora esse abbiano subito la revisione giurisdizionale. Ad ogni modo, rimaneva necessario uno sforzo probatorio ulteriore per la prova del *quantum* del danno subito e del nesso causale<sup>172</sup>.

A tal fine la Cassazione<sup>173</sup> aveva affermato che dall'accertamento dell'intesa “è lecito desumere – salvo prova contraria – l'esistenza di un danno per tutti gli assicurati” e se l'Autorità quantificava il nesso causale tra l'intesa illecita ed il peggioramento delle condizioni contrattuali si aveva un indizio pregnante della sussistenza di un danno al consumatore. L'attore era chiamato, infatti, a provare il peggioramento delle proprie condizioni contrattuali e la sua correlazione con il danno d'insieme provocato dall'intesa al mercato, collegando il danno da lui subito al peggioramento delle condizioni del mercato, così da fornire un indizio di prova del danno del singolo<sup>174</sup>.

Inoltre, le azioni collettive instaurate dalle associazioni d'imprese rappresentative risolvevano il problema degli elevati costi processuali altrimenti a carico dei singoli danneggiati, di competenza di un unico organo giudicante specializzato, le sezioni d'impresa. Le probabilità di successo della tutela del danneggiato venivano incrementate, infine, dal riconoscimento della responsabilità solidale in capo a tutti i membri dell'intesa, contro cui era indistintamente esperibile l'azione risarcitoria<sup>175</sup>.

Tutti queste soluzioni processuali, perlopiù giurisprudenziali, cercavano di favorire, ribadiamo, l'impiego di strumenti di *private enforcement* nell'ambito della tutela della concorrenza, sebbene i risultati non siano sempre stati di grande successo.

---

<sup>172</sup> Vasques, L., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, vol. 8 - 9, 2012, p. 824 ss.

<sup>173</sup> Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2011, n. 5941.

<sup>174</sup> Vasques, L., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia*, op. cit., p. 835.

<sup>175</sup> Vasques, L., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia*, op. cit., p. 828.

Recentemente, pertanto, si è cercato di dare una svolta in materia rafforzando l'impiego strumentale degli sforzi dei privati per la repressione delle condotte anticoncorrenziali. Bisogna tener conto che le azioni collettive, tanto a tutela degli imprenditori quanto dei consumatori, sono rimesse all'iniziativa di soggetti collettivi istituiti appositamente per tali scopi. In questo, esse si differenziano da quegli istituti che individuano il privato come protagonista unico dell'iniziativa processuale volta, tuttavia, a realizzare interessi ulteriori rispetto ai suoi soli individuali, istituti che risultano declinati in differenti maniere. Abbiamo già analizzato il caso del processo per le sanzioni pecuniarie civili e quello della *class action*, ma ora merita attenzione la figura recentemente delineata dal legislatore del danno c.d. *antitrust*.

Il d. lgs. n. 3 del 2017 ha infatti attuato la direttiva 2014/104/UE introducendo nel nostro ordinamento una disciplina sostanziale e processuale per la tutela risarcitoria di qualunque danno conseguente alla violazione della normativa in materia di concorrenza del mercato, non più solamente di quelli derivanti dagli atti di concorrenza sleale.

La tutela in favore dei consumatori lesi dagli operatori economici del mercato veniva inizialmente negata dalla giurisprudenza e solamente nel 2005 le Sezioni Unite sono giunte a riconoscere in capo al consumatore un vero e proprio diritto soggettivo suscettibile di lesione diretta, specificando che la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori, ma più generalmente di tutti i soggetti del mercato<sup>176</sup>.

Ora, con la nuova azione introdotta nel 2017, legittimati ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 1 del suddetto decreto sono tutte le persone fisiche e giuridiche, professionisti o consumatori che abbiano subito un danno dall'illecito concorrenziale, recependo in tal modo l'orientamento giurisprudenziale già affermatosi, prima in sede europea e poi in sede nazionale, che ammetteva analoga legittimazione generale<sup>177</sup>. Il danno risarcibile, ai sensi del secondo comma, comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, mentre rimangono espressamente escluse le sovracompensazioni, le quali integrerebbero un'ipotesi legislativa di *punitive damages*.

---

<sup>176</sup> Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

<sup>177</sup> Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

Anche in questa ipotesi, pertanto si verifica un'ibridazione degli strumenti giurisdizionali posti a tutela del privato, in quanto l'ordinario processo civile risarcitorio viene piegato al conseguimento di obiettivi pubblici volti a garantire l'interesse superindividuale al corretto funzionamento del mercato, rispetto al quale divengono secondari gli interessi dei privati.

Proprio poiché si tratta di un processo a carico del privato che vuole contrastare, tuttavia, comportamenti lesivi di un interesse superindividuale, gli artt. dal 3 al 6 ampliano i confini dell'ordine di esibizione che il giudice può emettere nei confronti delle parti e dei terzi rispetto al modello disposto dal c.p.c., così da alleggerire il difficile onere probatorio che l'individuo si trova a dover soddisfare. Inoltre, l'art. 7 dispone che l'accertamento della violazione contenuto nel provvedimento amministrativo dell'AGCM, avente i requisiti di definitività richiesti dalla norma, produce effetti nel giudizio in questione nei confronti dell'autore, salva la necessaria autonoma prova del nesso causale e del danno, mentre quelli emanati dalle autorità amministrative e giurisdizionali di altri Stati hanno una mera efficacia probatoria, da valutare insieme alle altre prove fornite dal privato, integrando un ulteriore esempio normativo di circolazione della prova, tema esaminato nel precedente capitolo.

La stessa prova risulta inoltre ancor più agevolata in presenza di un cartello anticoncorrenziale, poiché in tal caso viene presunta la sussistenza del danno<sup>178</sup>. Questa, insieme all'inversione dell'onere della prova, all'assistenza dell'autorità *antitrust* nella quantificazione del danno, alla possibilità per l'autorità giudiziaria di stimare autonomamente il danno, se impossibile o eccessivamente difficile quantificarlo esattamente e alla presunzione *iuris tantum* dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo in caso di acquisto indiretto, svolge una centrale funzione deterrente.

Si tratta di un modello di azione risarcitoria che ricalca quello derivante dall'illecito civile introdotto nel 2016: in entrambi i casi, infatti, si rimette l'iniziativa processuale ad un privato che è chiamato a dedurre in giudizio la sua situazione giuridica lesa con la domanda processuale, volta a conseguire una condanna che realizzi direttamente il suo

---

<sup>178</sup> Foltran, F. – Gobbato, S., *Danno antitrust, pubblicato il Decreto di recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com).

interesse individuale, ma indirettamente anche l'interesse superindividuale. In questo modo tale strumento di *private enforcement* affianca complementariamente quelli preesistenti di *public enforcement*, che fanno tipicamente capo all'AGCM e che ne escono per tale via rafforzati<sup>179</sup>.

L'Unione europea ha tentato, infatti, di favorire il ricorso al giudice da parte dei privati tanto nelle azioni *stand – alone*, ove l'attore privato non beneficia di un precedente provvedimento amministrativo ma è il giudice a dover accertare per la prima volta la violazione anticoncorrenziale, quanto in quelle *follow on*, che seguono il provvedimento amministrativo che abbia già accertato l'illecito anticoncorrenziale<sup>180</sup>.

La differenza tra i due processi a confronto sta nel fatto che mentre in presenza di illeciti civili l'interesse pubblico viene realizzato attivando nel processo la pretesa sanzionatoria dello Stato, nel caso del danno *antitrust* non sono previste sanzioni nel processo ulteriori rispetto a quelle amministrative che l'autorità indipendente può irrogare ai sensi dell'art. 15 della l. n. 287 del 1990, ma l'interesse collettivo si realizza ancor più indirettamente, mediante l'efficacia deterrente al compimento degli illeciti concorrenziali provocato dalla nuova minaccia condannatoria privata e la punizione del singolo illecito realizzata con la sentenza di condanna risarcitoria.

Infatti, l'imprenditore viene indotto a non commettere illeciti che potrebbero più facilmente esporlo a tale condanna azionabile da chiunque e, una volta commesso, ad evitare un processo che, per le regole probatorie menzionate, si presenta per lui svantaggioso, spingendolo a ricercare una soluzione negoziata con le persone offese. L'esito positivo di quest'ultimo, tuttavia, ostacola l'effetto preventivo in termini di astensione dalla futura ripetizione degli illeciti<sup>181</sup>.

Lo stesso avviene d'altronde nel processo per le sanzioni civili, ove, come visto, per fuggire alla condanna sanzionatoria punitiva si induce il responsabile ad evitare la condanna risarcitoria, ricorrendo anche qui ad una soluzione negoziata della vicenda controversa, che preclude l'integrazione del presupposto della sanzione.

---

<sup>179</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'“agire in giudizio”*, op. cit.

<sup>180</sup> Renzulli, A., *Tutela antitrust dei privati: il modello di private enforcement*, op. cit., p. 222.

<sup>181</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'“agire in giudizio”*, op. cit.



Rendendo ancora una volta il privato portatore di interessi generali si consente lui di collaborare ad assicurare il funzionamento della giustizia ed il principio costituzionale di pareggio di bilancio *ex art. 81 Cost.*, in quanto le scarse risorse economiche del nostro Paese impediscono allo Stato e alle altre amministrazioni pubbliche di curare come dovrebbero gli interessi suddetti. La legittimità di tale soluzione legislativa è subordinata, tuttavia, all'eventualità che si lasci libero il privato di scegliere se farsi carico o meno di tale peso<sup>182</sup>, scelta che appare non rispettata dal d. lgs. n. 7 del 2016.

Quest'ultimo, infatti, pone tutti i costi del processo obbligatoriamente a carico del privato attore in giudizio rendendo lo stesso, così, per lui odioso, attore che è peraltro comunque indotto ad instaurare il processo pur di conseguire il risarcimento che gli spetta. In tale contesto, lo Stato si approfitta della posizione svantaggiata del privato per realizzare i propri fini, consapevole della mancanza di alternative per quest'ultimo salvo solamente quella di ricercare una soluzione stragiudiziale concordata. Quest'ultima risulta per lui di certo allettante, infatti, qualora gli vengano offerti vantaggi maggiori o più sicuri, ed in ogni caso meno dispendiosi rispetto a quelli conseguibili per il tramite del processo.

### **3. Funzione del processo tra deterrenza e neutralità: evoluzione delle sanzioni processuali civili.**

Un'importante questione ora da affrontare concerne la lenta evoluzione della funzione del processo che il legislatore ha favorito negli ultimi anni, da ultimo mediante la disciplina del processo per le sanzioni pecuniarie civili.

Il tema della funzione del processo evoca il pensiero dei due grandi maestri che la tradizione giuridica ha visto contrapporsi in materia: quello di Carnelutti<sup>183</sup>, secondo il quale la funzione del processo civile consiste nella composizione della lite tra le parti, e

---

<sup>182</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'“agire in giudizio”*, op. cit.

<sup>183</sup> Carnelutti, F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. proc. civ.*, vol. 1, 1929.

quello di Chiovenda<sup>184</sup>, che predilige una visione oggettiva del processo come luogo di attuazione della legge sostanziale. Quest'ultima tesi è sostenuta anche da Proto Pisani<sup>185</sup>, il quale sottolinea la natura strumentale del diritto processuale rispetto al diritto sostanziale, o meglio l'interdipendenza sussistente tra questi due rami del diritto, non potendo esistere l'uno senza l'altro. Infatti, a causa del divieto di autotutela, la cui violazione è penalmente sanzionata dagli artt. 392 e 393 c.p., il diritto sostanziale non potrebbe essere effettivo in mancanza del sostegno della tutela processuale garantito dal legislatore.

Nel processo per le sanzioni civili la tesi della funzione del processo quale strumento di attuazione della legge sostanziale chiama in causa la legge sanzionatoria, poiché effettivamente la via processuale garantisce la tutela dei soli interessi superindividuali che siano già riconosciuti dalla legge sostanziale, in particolare quello della collettività alla prevenzione e repressione degli illeciti civili appositamente tipizzati. In mancanza di siffatto presupposto il processo civile rimane incardinato tra i suoi binari ordinari, che pongono al centro dell'attenzione le parti e le loro situazioni giuridiche. L'attuazione della legge sostanziale, d'altronde, si presenta come un'esigenza costituzionale alla luce dell'art. 101, c. 2 Cost., secondo cui la legge deve sempre essere il criterio di decisione del caso concreto impiegato dal giudice, così che in tale ipotesi il processo si orienta per volontà legislativa verso il perseguimento di obiettivi pubblici, non più solo privati.

L'autorevole pensatore da ultimo menzionato ritiene inoltre che la strumentalità del diritto processuale rispetto a quello sostanziale non implica, tuttavia, una neutralità del processo, secondo cui esso sarebbe astratto dagli interessi delle parti, in quanto egli considera opportuno prevedere delle forme di tutela giurisdizionale differenziate in funzione proprio degli interessi contrastanti di volta in volta rilevanti. La corrente che esclude la neutralità del processo civile lo considera, infatti, tradizionalmente, come uno strumento che sottende diverse opzioni di valori, a seconda dei beni da tutelare in via

---

<sup>184</sup> Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, 1928, op. cit., p. 63 ss.

<sup>185</sup> Proto Pisani, A., *Due interventi sul processo civile*, op. cit.

prioritaria<sup>186</sup>, sottolineandone la natura umana in quanto influenzato dai principi che ispirano gli uomini nella loro quotidianità.

La dottrina tradizionale ha quindi guardato al diritto processuale come uno strumento non neutrale, bensì posto al servizio degli interessi in conflitto che vengono composti dalla norma sostanziale, la quale rimarrebbe inattuata in mancanza di un sistema processuale che assicuri la tutela giurisdizionale dei diritti in essa affermati<sup>187</sup>. Il processo civile viene inoltre considerato come una macchina che deve funzionare in maniera effettiva per tutti, e non solo per alcuni.

Siffatta tesi prende le mosse dalla visione pubblicistica del processo che connota il codice di procedura civile del 1942, il quale incrementa i poteri del giudice con una corrispondente contrazione dei poteri delle parti, alle quali rimane riservata la facoltà di scegliere se attivare o meno il processo, ma, una volta intrapresa la via del giudizio, il giudice diviene titolare di ampi poteri nella sua conduzione. Egli resta, tuttavia, terzo rispetto alle parti, secondo un'esigenza del processo che, per i pensatori del passato<sup>188</sup>, è veramente eterna, nonostante si renda per certi versi "parte" attiva del processo grazie ai poteri lui attribuiti dalla legge, necessari per garantire una giusta composizione della controversia.

Il giudizio per le sanzioni pecuniarie civili, caratterizzato come detto da un duplice oggetto, uno dei quali integrante un interesse pubblico, mentre appare ancora conforme alla teoria chiovendiana che lo considera luogo di attuazione della legge sostanziale, secondo quanto appena visto, non sembra più coerente con la tesi carneluttiana per cui esso servirebbe ad attribuire un bene della vita alla parte vittoriosa in giudizio. Esso, infatti, sembra piuttosto essere volto primariamente alla tutela di interessi generali, funzione in continua espansione normativa come dimostrato dalle forme di ibridazione sopra esemplificate.

---

<sup>186</sup> Denti, V., *Le ideologie del processo civile di fronte al processo sociale*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1972; Chiarloni, S., *Diritto processuale civile e società di classi*, in *Riv. Trim.*, 1975, p. 737.

<sup>187</sup> Proto Pisani, A., *Due interventi sul processo civile*, op. cit.

<sup>188</sup> Proto Pisani, A., *Il codice di procedura civile del 1940*, in *Il Foro it.*, vol. 123, n. 3, 2000.

Lo stesso diviene, per tale ragione, un processo neutrale, in quanto non risulta più funzionale all'interesse di una parte piuttosto che dell'altra, ma persegue l'obiettivo di garantire la realizzazione degli interessi superindividuali che lo stesso decreto del 2016 ha fatto emergere come degni di tutela, *ex novo*, nel diritto sostanziale.

Infatti, la scelta di sanzionare condotte potenzialmente lesive per la generalità dei consociati, l'irrogazione officiosa della sanzione, l'effetto deterrente della stessa che aumenta all'aggravarsi delle condizioni soggettive in cui si trova il responsabile sono tutte prove dell'interesse del legislatore a rendere il processo civile un luogo non più di composizione di una lite tra privati, ma di attuazione di finalità generali e pubbliche. E' proprio in tal senso che il processo diviene neutrale rispetto alle posizioni delle parti, che assumono un ruolo secondario, e cerca di massimizzare il perseguimento del benessere della collettività secondo quanto avviene normalmente nel processo penale.

Pertanto la natura pubblica del processo, in base alla quale esso non risulta un affare tra privati, ma è normalmente uno strumento nelle mani dello Stato offerto agli stessi per assicurare effettività ai loro diritti, si rafforza ancor più quando esso assume siffatta funzione di perseguire interessi generali, servendosi viceversa dei privati indirettamente coinvolti. Nel processo in esame, infatti, poiché il giudice è chiamato ad applicare, come detto, la sanzione d'ufficio ed è titolare di più ampi poteri per garantire il rispetto della legge, emerge maggiormente la posizione di neutralità dell'organo giudicante rispetto alle parti e così la neutralità dell'intero giudizio. In tal senso già Satta, in passato, desumeva dal principio del contraddittorio la necessaria neutralità del giudice e delle norme processuali<sup>189</sup>.

Tuttavia, la neutralità del processo rispetto agli interessi delle parti sottesi non garantisce sempre il suo funzionamento effettivo ed indiscriminato nei confronti dei consociati: i fattori da cui dipende l'irrogazione della sanzione sono infatti prevalentemente nelle mani della persona offesa, le cui scelte incidono sulle sorti che il comportamento tipizzato come illecito ha per il diritto in quanto questo diviene rilevante giuridicamente solamente se l'attore lo ritiene tale alla luce dei suoi interessi,

---

<sup>189</sup> Satta, S., *Commentario al cod. proc. civ., I, voce Art. 101*, op. cit., p. 358.

laddove, nel caso contrario, l'ordinamento non si preoccupa minimamente di prenderlo in considerazione.

Infatti, la contraddizione che emerge dal disegno legislativo è quella di ricollegare l'attuazione del fine pubblico del processo all'interesse dell'attore in giudizio, dalla cui iniziativa dipende l'intera sorte dell'illecito e della sua sanzione. Un'incoerenza che impedisce di dichiarare raggiunta la piena neutralità auspicata, subordinata al superamento del suddetto filtro costituito dalla volontà del privato attore, del tutto incerta e imprevedibile. Ciò comporta per giunta un elevato rischio di discriminazione per gli autori degli illeciti, in quanto non potendosi conoscere preventivamente quale sia la sorte concreta della punizione decantata dal legislatore contro gli stessi si generano trattamenti nella pratica del tutto irragionevoli ed arbitrari. Al contrario, la neutralità del processo veniva in passato proclamata dai sostenitori dalle teorie illuministiche, che lo piegavano al perseguimento dei valori di libertà e di eguaglianza, cercando di sconfiggere i trattamenti processuali discriminatori al tempo piuttosto frequenti<sup>190</sup>.

Ancora oggi, pertanto, non si è riusciti a risolvere pienamente il problema della discriminazione nei processi, poiché se è vero, da un lato, che il nuovo rito per le sanzioni civili non dà rilevanza primaria agli interessi delle parti in giudizio, in ciò declinandosi la sua neutralità, esso è tuttavia privo di strumenti processuali sufficienti e idonei ad assicurare siffatta funzione, tanto che gli stessi interessi dei privati, oltre a rimanere il presupposto del giudizio, riemergono al di fuori delle aule dei tribunali. In tale ambito, infatti, essi vengono alla luce in quanto protagonisti della stipulazione di accordi transattivi che impediscono la realizzazione degli interessi superindividuali avuti di mira dal legislatore. Gli interessi individuali ne escono così vittoriosi e predominanti rispetto a quelli pubblici volti alla repressione e prevenzione degli illeciti, che rimangono tendenzialmente solo sulla carta e inattuati.

Pertanto per assicurare e concretizzare la funzione neutrale del processo sarebbe necessario, come già illustrato, che la sua cura venisse affidata ad un pubblico ministero, il solo a riuscire a farsi carico opportunatamente dei valori generali a fondamento dei nuovi illeciti civili.

---

<sup>190</sup> Verde, G., *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, op. cit.

Riconoscere la neutralità del processo per le sanzioni civili, ad ogni modo, richiama un'ideologia conservatrice sostenuta da quegli studiosi che si consideravano “notai” del diritto, in quanto impegnati nell'elaborazione di costruzioni giuridiche meramente tecniche mentre tralasciavano quegli aspetti più politici che spesso sono posti a fondamento degli interventi legislativi di modifica del sistema processuale, quale quelli in materia di organizzazione giudiziaria. Il giudice agiva, secondo siffatta ideologia, come colui che “*non rispetta nessuno: le parti che gli si presentano davanti sono per lui ... persone astratte con la maschera dell'attore e del convenuto; egli vede soltanto la maschera e non l'individuo che è dietro di essa*”<sup>191</sup>. La neutralità del processo emergeva, pertanto, dall'astrazione del giudice rispetto agli interessi delle parti e dalla natura delle sue decisioni, che risultavano una mera applicazione acritica delle norme.

Siffatto orientamento veniva tuttavia fortemente criticato da parte della dottrina<sup>192</sup> in quanto si fondava su premesse illuministiche, le quali erano orientate solamente ai criteri di uguaglianza formale ma non anche sostanziale. L'errore commesso era infatti quello di non rimuovere preventivamente le cause di disuguaglianza tra i cittadini che impedivano la realizzazione dell'eguaglianza ricercata, secondo quanto proclamato, con la neutralità del processo. Infatti, trattare indistintamente situazioni differenti costituisce il primo esempio di disparità.

Il processo in esame costituisce poi, secondo autorevole dottrina, una risposta punitiva ed uno strumento volto a scoraggiare le condotte illecite in chiave deterrente<sup>193</sup>, condividendo in gran parte quella che è la natura tipica del processo penale. Ad avere una funzione deterrente, tuttavia, sembrerebbero essere in realtà più le sanzioni irrogate all'esito di tale processo che non il processo in sé: questo non spaventa il convenuto maggiormente rispetto ad un qualsiasi processo tra privati in termini di peso processuale da sostenere, ma è il pericolo di subire una condanna pecuniaria particolarmente

---

<sup>191</sup> Jhering, *Lo scopo del diritto*, trad. it., Torino, 1972, p. 283.

<sup>192</sup> Verde, G., *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, op. cit.

<sup>193</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, p. 327.

incisiva nel suo importo, costituito, appunto, dalla sanzione e dal risarcimento, a disincentivare teoricamente il privato dal tenere il comportamento illecito tipizzato.

Il processo non svolge dunque, in realtà, una funzione deterrente, ma diviene un processo civile che non guarda alle parti, alla loro controversia da risolvere, al lato da cui si pone la ragione. Esso diviene il luogo in cui si realizza l'attuazione della sanzione qualora sussistano i presupposti sanciti dalla legge, in maniera quasi acritica ed appunto, neutrale. Gli strumenti processuali, infatti, non possono essere valutati come giusti o ingiusti, ma solamente come idonei o meno al conseguimento del risultato perseguito, il funzionamento della giustizia, che è in questo caso al servizio di interessi superindividuali.

Di funzione deterrente nel processo civile si parla, più propriamente, quando si fa riferimento a quelle sanzioni processuali civili irrogate in capo ad una parte a seguito del mancato ottemperamento di un onere, in violazione di un precetto, quali strumenti di protezione *del* e *nel* processo. Queste aggravano ulteriormente la posizione del privato rispetto alla mera consumazione di un potere processuale. Esse colpiscono infatti un comportamento tenuto nel processo e non prima del processo. Gli illeciti sanzionati dal processo per le sanzioni civili sono, al contrario, il comportamento presupposto dall'instaurazione del processo che è volto proprio alla loro repressione, senza i quali non si sarebbe tenuto alcun giudizio.

Per tale ragione, le prime sono sganciate dal piano dell'illecito, inteso come comportamento vietato dall'ordinamento giuridico per il disvalore ad esso connesso e che presuppone, diversamente da queste ultime, il danno, il nesso causale e l'elemento soggettivo, elementi costitutivi degli illeciti cui segue l'irrogazione delle sanzioni civili pecuniarie del d. lgs. n. 7 del 2016.

Se le sanzioni processuali sono poi, oltre che punitive, anche compensative, il legislatore sceglie di affidare al privato, chiamato a curare il suo interesse personale, anche la funzione pubblica sottesa a tali sanzioni, ovverosia quella di dissuadere la controparte dal tenere condotte contrarie a valori e principi giuridici, oltre che talvolta anche etici<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 311.

Le nuove sanzioni pecuniarie civili, dunque, non esaltano la funzione deterrente del processo poiché non configurano un esempio di sanzioni processuali nel senso ora chiarito, piuttosto, è sul piano sostanziale che esse operano in chiave deterrente degli illeciti tipizzati. Per adempiere a siffatta funzione sostanziale senza che le stesse divengano, tuttavia, arbitrarie, si rende peraltro necessario un loro impiego razionale, che sia basato sulla verità dei fatti dedotti in giudizio. Da un punto di vista processuale, al contrario, esse integrano una mera funzione di neutralità, come sopra illustrato, assicurando la cura degli interessi superindividuali ad esse sottese.

A proposito della funzione del processo, nel dopoguerra la dottrina ha sostenuto anche la tesi di una sua funzione sociale, opinione sostenuta a seguito dell'introduzione nell'ordinamento giuridico dello statuto dei lavoratori e, successivamente, della riforma del rito del lavoro. Questi interventi hanno attuato il principio di uguaglianza sostanziale e rafforzato l'impostazione pubblicistica del processo, favorendo ad esempio l'accesso alla giustizia per i meno abbienti mediante le norme sul gratuito patrocinio.

L'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale ha imposto, infatti, il passaggio dall'eguaglianza formale, che garantiva a tutti i cittadini il mero accesso ai tribunali, all'eguaglianza sostanziale, per la quale lo Stato è chiamato a rimuovere gli ostacoli di fatto e di diritto che si frappongono alla sua realizzazione<sup>195</sup>. E' proprio alla luce di tale funzione sociale che si è ritenuto necessario, come sopra ricordato, differenziare la tutela processuale in relazione ai diversi bisogni concreti di tutela.

L'esigenza di efficienza della giustizia civile, che il decreto del Ministero dell'economia e finanza del 16 ottobre 2017, n. 267<sup>196</sup> ha posto tra i dodici indicatori del benessere equo e sostenibile della popolazione, rappresenta l'obiettivo a fondamento di molte delle recenti riforme in materia processuale, spesso predisposte dal MEF e non dal Ministero della Giustizia. Essa favorirebbe, secondo i recenti studi, la crescita economica italiana, la quale diviene pertanto il primario obiettivo del legislatore mentre passa in secondo piano quello di assicurare la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

---

<sup>195</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 80, 81.

<sup>196</sup> In [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).



Tali riforme sembrano attualmente avere un esito positivo in Italia, la quale risulta percorrere un *trand* crescente in termini di effettività della giustizia secondo le graduatorie dell' *EU Justice Scoreboard* e dell' *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ)<sup>197</sup>.

Tuttavia, la sensazione percepita è che dietro i registrati miglioramenti del nostro sistema si celi, in realtà, più che un'evoluzione positiva dell'efficienza dei processi italiani grazie alle recenti riforme in materia di giustizia, nel tentativo di assicurare maggior tutela dei diritti, il successo degli strumenti di *deterrenza esterna* introdotti dal legislatore per scoraggiare l'instaurazione dell'azione e del processo di impugnazione.

Sono state, infatti, introdotte delle sanzioni per colpire le condotte dei privati che alterano la distribuzione delle risorse della giustizia, talvolta collocandole nella fase introduttiva nell'intento di perseguire una deflazione dei processi, altre volte collocandole in una fase più avanzata per favorire una celere definizione della controversia. Tali sanzioni appartengono alla categoria delle suddette sanzioni processuali civili aventi infatti una funzione deterrente, tuttavia esse hanno sacrificato la corretta attuazione del diritto obiettivo e, in casi estremi, la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti.

Il legislatore, infatti, ha cercato negli ultimi anni di “degiurisdizionalizzare” la giustizia civile, inducendo i privati verso forme alternative di risoluzione delle controversie e scoraggiando il ricorso al giudizio civile, così aggirando il problema costituzionale della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Infatti, sono stati resi più allettanti strumenti di risoluzione della lite diversi da quelli processuali, così riducendo la quantità di contenzioso ordinario.

Si è parlato a tal proposito di “fuga dal processo”, ma ci si deve chiedere se sia corretto vedere in tali strumenti il rimedio opportuno alle disfunzioni del processo civile piuttosto che correggere queste ultime migliorando la qualità della giustizia, considerata anche la copertura costituzionale della funzione giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost. che ne impedisce la completa sostituzione con forme e soluzioni innovative. Inoltre, ci si è domandati se non sia più opportuno parlare di “fuga dal diritto”, in

---

<sup>197</sup> In [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) e [www.coe.int/en/web/cepej](http://www.coe.int/en/web/cepej).

quanto tali strumenti non presuppongono un'applicazione rigida delle norme sostanziali, alla luce del principio di legalità, ma ricercano soluzioni basate sulla convenienza e sugli interessi delle parti. Infatti nella mediazione, ad esempio, l'oggetto del conflitto non rileva per la sua portata normativa, ma può includere aspetti estranei alla fattispecie giuridica, comunque rilevanti per le parti.

La fase *pre – trial* del processo, dunque, diviene un utile momento, oltre che per la precisazione delle questioni controverse, per promuovere la composizione della lite, volta ad evitare il processo stesso. Nonostante l'apparente fuga dal diritto, comunque, poiché emergono interessi ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente codificati, i procedimenti in questione sono stati più o meno disciplinati dal legislatore e si considerano destinatari delle tipiche garanzie processuali, anche qualora non espressamente sancite dalla legge.

I modelli di risoluzione alternativa della lite, peraltro, sono stati promossi dall'Unione europea, la quale li considera non tanto la risposta ad un sistema giudiziario inadeguato, secondo la percezione che di loro si ha in Italia, quanto uno strumento che completa e migliora il sistema di tutela dei diritti. L'intento dell'Unione non è tanto quello, dunque, di deflazionare la giustizia civile, quanto quello di offrire soluzioni ulteriori per quei conflitti che, a causa delle loro peculiarità, e non invece per i costi o per la durata del processo, sarebbero meglio affrontati da procedimenti *ad hoc*<sup>198</sup>.

In dottrina si è parlato anche di “deriva della giustizia civile verso una giustizia processuale”<sup>199</sup>, nozione con cui ci si riferisce alla ricerca di soluzioni processuali della lite piuttosto che sostanziali, tramite il ricorso a meccanismi procedurali di stabilizzazione della decisione di primo o secondo grado, che riducono le ipotesi in cui si ammette l'esame nel merito della controversia nel processo di impugnazione. Si abbandona, così, l'idea del processo come luogo di attuazione del diritto sostanziale, tracciando un solco tra la realtà giuridica sussistente ed il suo accertamento contenuto

---

<sup>198</sup> Ghirga, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, vol. 64, n. 2, 2009, p. 357 ss.

<sup>199</sup> Cavallini, C., *Verso una giustizia “processuale”: il “tradimento” della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 316 ss.

nella sentenza. Ci si allontana, infatti, dall'ideale di conseguire una decisione processuale giusta, in quanto corrispondente alla realtà sostanziale<sup>200</sup>.

Certamente tali interventi normativi sono stati guidati dal tentativo di ridurre il numero di processi civili in Italia. Secondo le statistiche del CEPEJ<sup>201</sup>, l'Italia è passata da un tasso di litigiosità di circa 4.800 casi ogni 100.000 abitanti nel 2010 a circa 2.600 nel 2014, assumendo una posizione in linea con gli altri Paesi europei, ma il numero di procedimenti definiti dai magistrati italiani è sempre risultato ben maggiore di quello degli altri Stati europei, così che tali dati evidenziano un problema non tanto di inefficienza dei nostri processi a seguito della loro instaurazione, quanto di smisurato ed incontenibile ricorso ai tribunali da parte dei cittadini italiani dovuto all'eccessiva appetibilità delle liti giudiziarie. Neppure la mediazione, peraltro, presenta dati positivi di effettività, avendo avuto successo solamente nell'11% dei casi secondo i dati del primo trimestre del 2014. Questo conferma la preferenza degli italiani ad ottenere una decisione giurisdizionale nella quale, da un lato, la parte che sa di aver ragione ha più fiducia, mentre, dall'altro, la controparte confida nel maggior tempo necessario affinché egli venga nella stessa dichiarato soccombente.

In ogni caso, sono state criticate le riforme legislative dei recenti anni in quanto basate su una ricerca del consenso politico ed in quanto hanno spinto il legislatore a promettere una giustizia sempre più veloce, tralasciando la garanzia della sua qualità. Al contrario, si dovrebbe indurre il cittadino a chiedersi se debba essere preferita una sentenza giusta all'esito di un lento processo o una sentenza ingiusta al termine di un processo veloce<sup>202</sup>.

Seguendo tale evoluzione nel nostro sistema, si nota che il modello originario del codice di procedura civile prevedeva esclusivamente delle sanzioni processuali che scoraggiavano le condotte abusive o illecite tenute nel processo, così salvaguardando

---

<sup>200</sup> Consolo, C., *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Corriere giuridico*, vol. 31, n. 10, 2014, p. 1263 ss.

<sup>201</sup> In [www.coe.int/en/web/cepej](http://www.coe.int/en/web/cepej).

<sup>202</sup> Biavati, P., *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 69, n. 1, 2015, p. 209 ss.

l'effettività del diritto di azione e di difesa. La *deterrenza interna* si realizza, infatti, mediante l'introduzione di strumenti di protezione del processo a fronte della violazione di situazioni giuridiche soggettive nate all'interno di quest'ultimo<sup>203</sup>. Successivamente, le riforme intervenute hanno, al contrario, virato verso un modello processuale che scoraggia *ex ante* l'esercizio del diritto di azione e di difesa, ponendo delle barriere all'ingresso dell'azione. Infine, si è giunti oggi ad uno schema processuale che tende a disincentivare non tanto il suo inizio, bensì il suo inutile prosiegua, prevedendo delle conseguenze negative per le parti quando, nel corso del processo, emergono strade alternative a quella giurisdizionale da esse non colte.

A proposito delle sanzioni processuali di deterrenza interna, bisogna distinguere quelle che operano sul piano della realtà materiale e soddisfano l'interesse tutelato dalla norma violata, reagendo all'attività illegittimamente posta in essere mediante l'imposizione di una situazione di svantaggio, da quelle che operano solamente sul piano negoziale, aventi un'efficacia meramente invalidante a causa del mancato assolvimento di un onere.

Queste seconde non sono sanzioni vere e proprie, in quanto mirano esclusivamente ad invalidare gli atti processuali per ripristinare la correttezza della sequenza procedimentale. Esse non aggravano la posizione della parte, ma impediscono semplicemente la realizzazione della facoltà al cui esercizio l'atto era preordinato. Le stesse ripristinano per tale via la corretta attuazione della legge, assumendo una funzione intrinsecamente oggettiva data dall'attuazione del principio di legalità ed eliminando le patologie verificatesi nel processo. Gli atti colpiti da tali invalidità non sono, tuttavia, solamente quelli compiuti dalle parti, ma talvolta la sanzione colpisce anche quei provvedimenti giurisdizionali cosiddetti abnormi, in quanto emanati dall'autorità giurisdizionale in assenza dei poteri presupposti necessari ed in violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Al contrario nella prima categoria di sanzioni, quelle propriamente processuali che incidono sulle condotte che hanno provocato un inutile dispendio di risorse processuali, rientra in primo luogo quella che, ai sensi dell'art. 1284 c.c., incrementando i costi della

---

<sup>203</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 70.

resistenza processuale inasprisce gli interessi legali dovuti dal momento della proposizione della domanda giudiziale, sanzionando l'illecito sfruttamento del tempo del processo per ottenere un indiretto finanziamento dal creditore di cui si ritarda il pagamento.

In secondo luogo, viene prevista una sanzione per l'infondatezza della domanda in caso di illegittima impugnazione della parte soccombente in primo grado, oltre che per la sua inammissibilità ed improcedibilità, data dalla condanna al rinnovo del pagamento del contributo unificato<sup>204</sup>. Siffatta punizione integra contestualmente tanto un esempio di sanzione che colpisce di un comportamento pretestuoso quanto di sanzione che pone una barriera *ex ante* alla fase di impugnazione, disincentivando la parte che non sia certa della fondatezza della propria pretesa a proporla.

Il giudice può condannare, poi, la parte che ha proposto l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza che si riveli inammissibile o manifestamente infondata al pagamento di una sanzione prevista dall'art. 283, c. 2 c.p.c., definita pena pecuniaria.

Chiaro esempio di sanzione contro comportamenti abusivi, inoltre, è la somma equitativamente determinata dal giudice ai sensi dell'art. 96, c. 3 c.p.c., introdotta nel 2009 per sanzionare l'illegittimo uso della risorsa della giustizia.

Parte della dottrina ha qualificato sanzioni anche le misure coercitive, che, tuttavia, sono in realtà volte ad indurre il debitore al pagamento spontaneo del creditore, cercando di prevenire un illecito non ancora verificatosi, e per tale ragione neppure sanzionabile se non mediante la condanna in futuro che si realizza con le *astreintes*.

---

<sup>204</sup> Art. 13, c. 1 quater del d.p.r. n. 115 del 2002: “Quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis. Il giudice dà atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso”.

La violazione del dovere contenuto nell'art. 88 c.p.c. di comportarsi in giudizio secondo lealtà e probità viene poi sanzionata con la condanna al rimborso delle spese causate all'altra parte, indipendentemente dalla soccombenza delle parti.

Il rifiuto senza giusto motivo della parte ad eseguire l'ordine d'ispezione di persone e di cose viene sanzionato, al contrario, non in via pecuniaria ma mediante un aggravamento della sua posizione processuale, poiché il giudice può desumerne argomenti di prova ai sensi dell'art. 118, c. 2 c.p.c.

La mancata comparizione o il rifiuto senza giustificato motivo di scrivere sotto dettatura nel corso del processo di verifica della scrittura privata trova poi come sanzione conseguente che la scrittura si può ritenere riconosciuta, ex art. 219, c. 2 c.p.c. Secondo un analogo schema l'art. 232 c.p.c. prevede che nel caso di interrogatorio formale finalizzato ad ottenere una confessione la mancata presentazione o il rifiuto di rispondere senza giustificato motivo della parte permettono al giudice di ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio.

Ancora, se la parte alla quale viene deferito il giuramento decisorio non si presenta senza giustificato motivo in udienza o rifiuta di prestarlo né lo riferisce alla controparte, addirittura la sanzione prevista dall'art. 239 c.p.c. è quella della soccombenza rispetto alla domanda o al punto di fatto su cui era stato ammesso il giuramento, al pari di quanto avviene per la parte avversaria che rifiuta di prestare il giuramento che le è riferito.

Per quanto attiene alle barriere all'ingresso dell'azione processuale, volte a scoraggiare l'esercizio dell'azione tanto in primo grado quanto nei gradi di impugnazione, esse sono rappresentate in primo luogo dall'incremento dei costi per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Abbiamo visto, infatti, che uno dei problemi del nostro sistema è stato proprio quello dell'eccessiva facilità con cui si accede in giudizio, in quanto il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. dovrebbe essere bilanciato con l'interesse generale al buon funzionamento della giustizia. In realtà, come vedremo in seguito, la tendenza legislativa attuale sembra essere al contrario quella di tutelare eccessivamente i principi sanciti dall'art. 111 Cost. rispetto al diritto di azione e di difesa.

In secondo luogo è stata introdotta l'obbligatoria partecipazione a procedimenti preliminari al giudizio trasformati in condizioni di procedibilità della domanda, che, sebbene volti ad evitare il processo nell'interesse comune delle parti, in caso di insuccesso rendono ancor più lontano il momento di ottenimento della sentenza per la parte che ha ragione. In particolare, deve essere irrogata la sanzione dell'improcedibilità contro la domanda che non sia stata preceduta dal procedimento di mediazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 5, c. 1 bis del d. lgs. n. 28 del 2010, mentre la mancata partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva obbligatorio previsto dall'art. 8 della l. n. 24 del 2017 in tema di responsabilità medica è sanzionato con la condanna della parte al pagamento delle spese della consulenza e della lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che di una pena pecuniaria determinata equitativamente dal giudice in favore della parte che è comparsa alla conciliazione prevista dallo stesso articolo.

Bisogna distinguere, tuttavia, tra la mediazione obbligatoria *ope legis*, disciplinata dal comma 1 bis dell'art. 5 sopra menzionato, e la mediazione obbligatoria *ope iudicis*, di cui al secondo comma. Diverse sono infatti le funzioni sottese ai due istituti e le conseguenti sanzioni. La prima, disposta dalla legge in vista dello specifico oggetto del processo, ha una funzione esclusivamente deflattiva del contenzioso civile, tanto che viene configurata in termini di presupposto processuale la cui mancata integrazione deve essere sanzionata con il rigetto in rito della domanda menzionato. La seconda, anche detta "mediazione delegata", assolve l'obiettivo di ricercare la migliore soluzione del caso concreto in quanto il giudice, "*valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*", ritiene più soddisfacente per le parti, oltre che plausibile, una soluzione concordata piuttosto che imposta da lui stesso, perseguendo uno scopo di economia processuale solamente indiretto. Anche qui, dunque, la sanzione in caso di mancato assolvimento dell'ordine del giudice è costituita dal non poter godere di una sentenza di merito, tuttavia non ci si trova in tal caso dinanzi ad un vizio del processo che colpisce in rito la domanda, ma di un'inattività delle parti che viene sanzionata con l'estinzione del processo, con tutte le diverse conseguenze che ne derivano<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> Bove, M., *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, v. 3, 2018, p. 459 ss.

Ancora degna di menzione è l'introduzione di due ipotesi obbligatorie di negoziazione assistita nelle cause di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per il pagamento di una somma di denaro non superiore ai 50.000 euro, che diventano anche esse condizioni di procedibilità della domanda con il d. l. n. 132 del 2014, sempre che non si tratti di ipotesi già rientranti in quelle elencate nell'art. 5, c. 1 bis del d. lgs. n. 28 del 2010 sottoposte alla mediazione obbligatoria. Con l'accordo di negoziazione le parti convengono di *“cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati”*<sup>206</sup>, e la stessa strada è sempre percorribile, in via facoltativa, in tutti gli altri casi non espressamente menzionati, salvo in materia di diritti indisponibili o di controversie di lavoro, ove risulta normativamente proibita.

Dalle condizioni di procedibilità si distinguono, inoltre, le condizioni di proponibilità della domanda, quale la necessaria diffida di messa in mora che il danneggiato deve inoltrare alla compagnia assicurativa tenuta al risarcimento ai sensi degli artt. 145 ss del d. lgs. n. 209 del 2005: la mancata integrazione delle prime non comporta l'invalidità ed inefficacia delle attività processuali svolte fino al momento della rilevazione della loro assenza, ma un mero differimento dell'udienza necessario per permetterne l'integrazione, pena la successiva dichiarazione di improcedibilità, senza che maturi alcuna decadenza o nullità; la mancata integrazione di una condizione di proponibilità, al contrario, vizia tutti gli atti processuali successivamente compiuti, i quali devono necessariamente essere rinnovati sempre che non siano già maturate eventuali decadenze.

Una sanzione peculiare è poi quella che colpisce la domanda introduttiva dell'impugnazione con l'inammissibilità, che consegue alla presenza di un vizio dell'atto insanabile o sanabile originariamente, ma in concreto non sanato, in quanto risulta mancante una delle condizioni dell'azione. Tale sanzione più che ostacolare l'accesso alla tutela giurisdizionale ponendo delle barriere al suo ingresso non lo consente quando la parte non abbia integrato le condizioni dell'azione richieste dalla legge per la proposizione dello specifico mezzo di impugnazione. L'improcedibilità dell'impugnazione, invece, è prevista dal legislatore a fronte di specifiche ipotesi di

---

<sup>206</sup> Art. 2, c. 1 del d. l. n. 132/2014.



inattività dell'impugnante, sanzionando la sua mancanza di attenzione nel compiere tempestivamente le attività richieste dalla legge.

Per quanto concerne, infine, il terzo e più recente momento vissuto dalla nostra legislazione processuale, volto a scoraggiare l'inutile prosieguo del processo in presenza di soluzioni ad esso alternative, alcuni esempi di interventi normativi menzionabili sono, in primo luogo, gli incentivi a comporre le controversie tramite l'autonomia privata, mediante il ricorso ad accordi conciliativi, mediativi o transattivi. Essi, a parte i casi obbligatori che devono precedere l'azione, sono comunque sempre facoltativi per le parti. E' stato infatti anche rafforzato l'istituto della proposta conciliativa del giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c., possibile persino all'esito dell'istruzione.

Tra le sanzioni aventi tale finalità si può includere innanzitutto la possibilità per il giudice di valutare ai fini della sua decisione la mancata comparizione personale delle parti all'udienza di discussione della causa di cui all'art. 420 c.p.c. o il rifiuto della proposta conciliativa o transattiva del giudice senza giustificato motivo ai fini del giudizio. Ugualmente, il mancato accoglimento privo di adeguata motivazione della proposta per la bonaria definizione della controversia proveniente dalla commissione di conciliazione ai sensi dell'art. 411, c. 2 c.p.c. permette al giudice di tenerne conto in sede di giudizio.

Inoltre, lo stesso incremento dei costi per l'accesso alla giustizia e per il suo prosieguo rende spesso convenienti soluzioni alternative al processo, costi che lievitano in maniera esponenziale man mano che si percorrono i tre gradi di giudizio e che guardano solamente alla soccombenza della parte, non invece alle situazioni emerse nella lite, potenzialmente giustificative delle impugnazioni. Ad ogni modo tali costi, sebbene molto criticati in Italia, risultano ancora inferiori a quelli previsti nella maggior parte dei Paesi del nord – Europa.

Ancora, nel medesimo senso si possono menzionare le riforme volte ad aggravare i presupposti e a ridurre le ipotesi di impugnazione ammesse dal nostro ordinamento, quale in particolare quella introduttiva del filtro in appello nel caso di sua manifesta inammissibilità, la quale tuttavia presuppone uno studio attento della causa da parte del giudice e dunque un dispendio di attività processuale e di tempo finalizzati al rigetto in rito dell'impugnazione, con evidente sconfitta degli obiettivi di risparmio di attività

processuale perseguiti dal legislatore riformatore<sup>207</sup>. Nello stesso giudizio d'appello assistiamo alla limitazione delle nuove allegazioni ammesse, delle eccezioni in senso stretto e delle nuove prove che non siano indispensabili, oltre alla necessaria indicazione dei motivi specifici nell'atto introduttivo a pena di inammissibilità.

L'idea di fondo alla base delle riforme dei mezzi di impugnazione, in particolare, è che il processo si debba giocare per quanto possibile in primo grado, con pericoloso pregiudizio del diritto ad usufruire di più gradi di giudizio, nonostante l'appello non risulti costituzionalmente necessario. Pur di assicurare una rapida soluzione della controversia si sacrificano talune le garanzie processuali, dimenticandosi che il requisito essenziale per la credibilità di uno Stato di diritto è che sia assicurato un esito giudiziario non solo veloce, ma anche convincente<sup>208</sup>.

Nel processo in Cassazione, inoltre, si è ridotto il numero di udienze per cui è ammessa la pubblicità, ad oggi possibile tendenzialmente solo in quelle che rivestono una portata nomofilattica, mentre per regola generale si è abbandonato il modello dell'oralità in favore di un'udienza cartolare, ben più rapida. Le Sezioni Semplici oggi, tendenzialmente, si uniformano alla giurisprudenza adottata dalle Sezioni Unite su cui ricade concretamente la funzione nomofilattica, così che vengono disincentivate le impugnazioni pretestuose che non risultano motivate in maniera tale da consentire una svolta giurisprudenziale rispetto alla linea adottata dalle Sezioni Unite.

Un esempio centrale che conferma tale *trand* legislativo è rappresentato poi dall'art. 91 c.p.c., il quale, dopo aver disposto che le spese processuali sono a carico della parte soccombente, precisa che qualora il giudice “*accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta*”. E' evidente l'intento del legislatore di disincentivare la scelta della strada giurisdizionale quando se ne presenta una alternativa, ugualmente soddisfattiva per la parte, senza quindi alcun pregiudizio per il suo diritto di azione e di

---

<sup>207</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, VIII ed., Milano, 2015, p. 406, 407.

<sup>208</sup> Biavati, P., *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, op. cit.

difesa dal momento che il suddetto riparto delle spese è subordinato all'assenza di un "giustificato motivo". Proprio per tale motivo non appare irragionevole che il legislatore abbia preferito assicurare il principio di economia processuale rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale, non negato in principio, ma neppure garantito nel caso in cui la parte giunga ad abusarne.

Sono state dichiarate incostituzionali per eccesso di delega<sup>209</sup> ma poi reintrodotte dal legislatore le due sanzioni che consentono al giudice di dedurre argomenti di prova a carico della parte e di condannare la stessa al versamento di una somma a favore dell'entrata del bilancio dello Stato, corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, nel caso in cui essa non abbia partecipato alla mediazione in assenza di un giustificato motivo<sup>210</sup>.

Il rifiuto o la mancata risposta entro 30 giorni dalla ricezione della proposta di negoziazione assistita prevista dal d. l. n. 132 del 2014 possono essere valutati dal giudice ai fini delle spese del giudizio e della condanna *ex art. 96 c.p.c.*, a conferma dell'evidente tendenza a promuovere l'impiego di strumenti di risoluzione della lite alternativi al processo.

Infine si deve menzionare la possibilità, su accordo di tutte le parti, di trasferire in sede arbitrale le cause civili non ancora assunte in decisione, pendenti dinanzi al Tribunale o in grado d'appello al momento dell'entrata in vigore del decreto del 2014 da ultimo richiamato, che introduce tale ulteriore soluzione purché le cause non abbiano ad oggetto diritti indisponibili o controversie di lavoro, previdenza e assistenza sociale.

---

<sup>209</sup> Corte cost., sent. 6 dicembre 2012, n. 272.

<sup>210</sup> Art. 84, c. 1, lett. i), del d. l. n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 98 del 2013: *"Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio"*.

Anche le aule giudiziarie hanno recepito la volontà del legislatore appena illustrata, ad esempio la Suprema Corte<sup>211</sup> ha chiarito che deve dichiararsi inammissibile l'appello proposto dal soccombente in merito di primo grado che sia finalizzato a contrastare la giurisdizione del giudice di primo grado da lui stesso adito, mostrando di seguire la linea dell'arresto delle Sezioni Unite<sup>212</sup>, per le quali ogni volta che la sentenza contiene un capo di merito si deve presupporre sussistente un capo implicito sulla giurisdizione. Con la prima sentenza in commento la Corte sanziona la parte che ha errato in primo grado nell'individuazione del giudice non permettendole di approfittare di una sua svista per ribaltare la sentenza a lei sfavorevole e ritenendo non sussistente il suo interesse ad impugnare.

Tale sentenza è stata tuttavia criticata dalla dottrina<sup>213</sup> che ha, al contrario, rinvenuto presente l'interesse ad impugnare della parte per trasformare la sua soccombenza in merito di primo grado in una soccombenza in rito in appello, così da non veder preclusa la possibilità di riproporre o di riassumere la domanda dinanzi al giudice fornito di giurisdizione, grazie alla mancata formazione del giudicato sostanziale e alla mancata produzione degli effetti di merito della sentenza<sup>214</sup>.

La ragione reale sottesa alla pronuncia delle Sezioni Unite sembra essere, allora, il tentativo di perseguire una più razionale allocazione delle risorse della giustizia civile, in quanto la disattenzione riscontrata in primo grado, tanto dell'attore, quanto del giudice, rende l'interesse ad impugnare, sebbene sussistente, insufficiente alla luce dell'equilibrio dei valori tutelati dal legislatore. Si parla a tal proposito di giustizia distributiva, ove il bene da distribuire diviene la giustizia stessa<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Cass. civ., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260.

<sup>212</sup> Cass. civ., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

<sup>213</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 95 ss.

<sup>214</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, op. cit., p. 297.

<sup>215</sup> De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, op. cit., p. 96, 97.

In linea con tale orientamento si pone anche un'altra pronuncia delle Sezioni Unite<sup>216</sup>, secondo cui l'art. 54 della Carta di Nizza<sup>217</sup>, di rilevanza costituzionale, induce ad una lettura costituzionalmente orientata delle condotte processuali incoerenti delle parti: in virtù di tale norma esse non possono, difatti, venire *contra factum proprium*, per l'appunto comportandosi in maniera incoerente, se non integrando un abuso del proprio diritto e del processo. Più precisamente, il principio di coerenza della difesa impone alle parti di attingere alla scarsa risorsa della giustizia in maniera razionale ed adeguata, solo quando ciò risulti veramente necessario<sup>218</sup>. Si recepisce così anche il principio statunitense dell'*estoppel*, secondo il quale le parti non possono trarre vantaggio da un atto incoerente rispetto a quelli compiuti precedentemente dalle stesse.

Un ulteriore esempio di impiego oculato delle risorse giudiziali è rappresentato dal requisito di autosufficienza del ricorso per Cassazione da questa stessa sancito, il quale permette di non onerare la Corte dell'esame di tutti gli atti del processo, che si rivelerebbe per lei eccessivamente dispendioso in termini temporali.

Anche la giurisprudenza, pertanto, nel bilanciamento dei diversi valori costituzionali mostra dare più importanza alle esigenze deflative del contenzioso giudiziario, aderendo ad un'accezione economica ed oggettiva del processo, che sacrifica in parte il diritto di azione.

---

<sup>216</sup> Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

<sup>217</sup> Divieto di abuso del diritto: “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta.”

<sup>218</sup> Auletta, F., *La Corte di Cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Il Foro it.*, vol. 142, n. 3, 2017, p. 986 ss.

## CAPITOLO IV

### LA DESTINAZIONE DELLA SANZIONE CIVILE TRA DANNI PUNITIVI E ABUSO DEL PROCESSO

**Sommario:** 1. Destinazione della sanzione: il confronto con la condanna ex art. 96, c. 3 c.p.c. 2. La funzione della responsabilità civile e i danni punitivi. 3. Cenni in merito all'abuso del processo.

#### **1. Destinazione della sanzione: il confronto con la condanna ex art. 96, c. 3 c.p.c.**

L'art. 10 del d. lgs. n. 7 del 2016 dispone che “*Il provento della sanzione pecuniaria civile è devoluto a favore della Cassa delle ammende*”. La destinazione pubblica connota la sanzione pecuniaria civile come una sanzione pubblicistica, in ciò contrapponendosi alle numerose pene private del nostro sistema. Essa sottintende infatti all'interesse pubblico a reprimere le condotte *contra ius* tipizzate dal legislatore, dovendosi evidenziare la funzione punitiva – repressiva delle sanzioni e la loro continuità logica rispetto alle antecedenti sanzioni penali. Le affinità che la disciplina da poco introdotta presenta con il sistema penale, infatti, confermano la loro natura di eredi delle pene criminali, richiedendosi ad esempio la commissione dolosa dell'illecito o essendo il concorso di persone regolato in maniera analoga al concorso di persone nel reato, o ancora adottando un modello di responsabilità personale e intrasmissibile.

L'interesse del legislatore non è pertanto quello di reintegrare la persona offesa oltre l'ordinaria compensazione del danno subito, compensazione realizzata con la condanna risarcitoria presupposta, ma reprimere i comportamenti illeciti tenuti e prevenirne la futura commissione, che giustificano la pronuncia *ex officio* del giudice senza che sia necessaria la domanda di parte. Non si tratta, in particolare, di un esempio di risarcimento punitivo, caratterizzato dall'integrazione della somma dovuta al danneggiato a titolo di riparazione del danno volta a soddisfare il suo interesse<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD*, vol. 8, 2016.

Abbiamo già rilevato i numerosi problemi che la destinazione della sanzione prescelta dal legislatore ha comportato sull'effettivo funzionamento del processo in esame. Tra questi, in particolare, la mancanza di un interesse specifico del privato ad instaurare e curare la pretesa facente capo allo Stato, a fornire le prove necessarie per l'irrogazione della sanzione e a farsi carico del processo di impugnazione a fronte di una sentenza di primo grado viziata.

Parte della dottrina ha rilevato il rischio che il giudice confonda in sentenza l'entità della somma della sanzione con quella del risarcimento. Tale errore permetterebbe un recupero di effettività del meccanismo sanzionatorio, in quanto la persona offesa sarebbe indotta all'instaurazione del processo che le assegnerebbe un ammontare di risarcimento maggiore rispetto all'entità del danno subito. Dietro la soddisfazione dell'interesse privato, non previsto tuttavia dal testo della legge, si celerebbe l'onere per quest'ultimo, piuttosto che per il giudice, di adempiere all'obbligo informativo circa la possibile irrogazione della sanzione, da soddisfare con l'atto introduttivo del giudizio. Lo stesso attore sarebbe così indotto a provare gli elementi necessari per l'irrogazione e la quantificazione della sanzione, facendosi allo stesso tempo carico dell'impugnazione della sentenza a fronte dell'omissione o erronea quantificazione degli stessi da parte del giudice, instaurando un processo d'impugnazione che andrebbe a coinvolgere ordinariamente due parti.

Tuttavia, la soluzione ipotizzata risulta chiaramente negata dalla lettera dell'art. 10 del decreto delegato in commento che destina la sanzione a favore della Cassa delle Ammende. La dottrina, ad ogni modo, ha ritenuto ragionevole un intervento legislativo correttivo di tale disposto per due particolari ragioni: in primo luogo, già la condanna risarcitoria, che è disposta a favore del privato, presenta una dimensione repressivo – deterrente analoga a quella rinvenuta nelle sanzioni pubbliche, di cui, come ha sottolineato la Suprema Corte<sup>2</sup>, esistono ormai molti indici normativi anche a livello comunitario. In secondo luogo, la destinazione privata del provento non contrasta con la funzione general – preventiva sottesa alla sanzione civile e alla sua natura pubblicistica, poiché l'interesse pubblico viene soddisfatto semplicemente con la minaccia e l'applicazione di una condanna, mentre risulta irrilevante per i potenziali autori degli

---

<sup>2</sup> Cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978.

illeciti che la somma venga destinata al privato piuttosto che al soggetto pubblico. Anzi, la maggior efficienza del privato nella riscossione della somma incrementerebbe l'efficacia deterrente e punitiva ricercata dal legislatore.

La soluzione proposta, peraltro, non comporta il rischio che la persona offesa abusi del vantaggio riconosciutole per colludere con la controparte al fine di precludere l'irrogazione della sanzione. Tale rischio è infatti in realtà già sussistente, come precedentemente rilevato, a causa dell'allettante prospettiva per le parti di risolvere la lite in via stragiudiziale, con vantaggio tanto della persona offesa, che dell'autore dell'illecito<sup>3</sup>.

Siffatte considerazioni rendono evidente il contrasto tra la scelta del legislatore del 2016 con quella che lo ha portato, nel 2009, ad introdurre un terzo comma nell'art. 96 c.p.c. Dopo aver tipizzato la fattispecie di responsabilità aggravata per lite temeraria, che sanziona chi agisce o resiste in giudizio con male fede o colpa grave, ed aver reso rilevante la mera colpa nelle quattro specifiche ipotesi descritte nel secondo comma, la norma prosegue in tali termini: *“in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*.

I primi due commi dell'articolo in commento vengono piuttosto pacificamente ricondotti ad un'ipotesi speciale di responsabilità aquiliana, la cui applicazione prevale rispetto al generale art. 2043 c.c. per il principio *lex specialis derogat generali* e che preclude, pertanto, il concorso tra l'azione ex art. 96, c. 1 o 2 c.p.c. e quella ex art. 2043 c.c.<sup>4</sup> La responsabilità processuale aggravata si delinea in particolare quando vengono superati i confini dell'art. 24 Cost., in quanto si esercita in maniera arbitraria il diritto di agire e resistere in giudizio. Il terzo comma, al contrario, presenta profili di maggior problematicità.

---

<sup>3</sup> Mondini, A., *Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civile*, in [www.magistraturaindipendente.it/](http://www.magistraturaindipendente.it/), 2017.

<sup>4</sup> Busnelli, F. D. – D'alessandro, E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o “condanna punitiva?”*, in *Danno e responsabilità*, vol. 6, 2012, p. 586.



Si tratta, a prima vista, di una sanzione pecuniaria civile disposta a favore della controparte che prescinde dal danno cagionato ed è irrogabile dal giudice in via ultronea rispetto alla condanna al pagamento delle spese e a quella risarcitoria. Essa impone di pensare ad una nuova concezione della responsabilità processuale aggravata che oltrepassa le dimensioni dell'ordinaria responsabilità extracontrattuale.

L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di incrementare la deterrenza verso comportamenti abusivi del processo aggiungendo una pena privata, in quanto disposta a favore del privato, alla somma riparatoria del danno causatogli. La presenza di siffatti interessi pubblicistici giustifica una deroga al principio *ne procedat iudex ex officio*, purché non venga leso il principio di imparzialità del giudice, in quanto “*soggetto super partes ed equidistante rispetto agli interessi coinvolti*”<sup>5</sup>. Al contrario, la condanna al risarcimento ex art. 96, c. 1 e 2 c.p.c. richiede sempre la domanda di parte.

Il processo avrebbe infatti in codesta parte un oggetto pubblico, rappresentato dall'interesse generale all'efficienza della giustizia civile<sup>6</sup>. La sanzione in esame persegue l'obiettivo di tutelare siffatto interesse a fronte della violazione dei principi costituzionali della ragionevole durata e del giusto processo proclamati dall'art. 111 Cost., mediante un rimedio processuale avente per l'appunto finalità deflative del contenzioso civile.

Si tratta di una condanna che il giudice emana quando pronuncia sulle spese della lite che è tenuto a liquidare d'ufficio ai sensi dell'art. 91 c.p.c. Tuttavia, l'*incipit* della norma “*in ogni caso*” fa sorgere il dubbio, ampiamente dibattuto in giurisprudenza e dottrina, se la condanna di cui al terzo comma necessita della sussistenza dei presupposti sanciti nei primi due commi per l'integrazione dell'illecito aquiliano, indipendentemente dalla irrogazione della condanna da essi conseguente, o se prescinda da questi ultimi. In particolare, si discute se sia necessaria la presenza della mala fede o colpa grave, menzionate nel solo primo comma, affinché sia integrato il comportamento processuale illecito sanzionato dal terzo comma.

---

<sup>5</sup> Corte cost., sent. 15 luglio 2003, n. 240.

<sup>6</sup> Barreca, G., *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto della condanna*, in *Giur. merito*, 2011, p. 2704.

A proposito del vecchio art. 385, c. 4 c.p.c.<sup>7</sup>, che costituisce l'antenato dell'attuale formulazione dell'art. 96, c 3 c.p.c. e che richiedeva espressamente tra i suoi elementi costitutivi quanto meno la colpa grave, la Cassazione<sup>8</sup> aveva risposto al quesito in senso affermativo. Allo stesso modo la norma richiedeva espressamente il requisito della soccombenza.

L'attuale testo legislativo menziona come unico presupposto, al contrario, la soccombenza della parte che può essere condannata dal giudice, senza una precisa indicazione che orienti il giudice nella scelta dell'*an* della condanna. Siffatto dato letterale, insieme all'inciso "*in ogni caso*" e al riconoscimento del potere officioso del giudice di pronunciare la sanzione, fa propendere parte della dottrina per la soluzione che esclude il necessario presupposto dell'elemento soggettivo richiesto dai primi due commi<sup>9</sup>, o che quantomeno ritiene sufficiente la mera colpa lieve. Si deve rilevare, infatti, che l'inciso appena menzionato ha sostituito la formulazione inizialmente proposta nel corso dei lavori parlamentari che recitava "*nei casi previsti dai commi precedenti, il giudice condanna altresì...*".

A tale tesi si contrappone quella che pretende la sussistenza degli stessi presupposti menzionati nei primi due commi, quali l'elemento soggettivo, il danno ed il nesso causale. A suo favore viene richiamato l'art. 24 Cost. che, nel sancire il diritto di azione e di difesa, si dice, precluderebbe il riconoscimento di un potere limitativo "in bianco" in capo al giudice<sup>10</sup>. La giurisprudenza di merito, in particolare<sup>11</sup>, ribadendo la funzione

---

<sup>7</sup> "Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave".

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. Un., 11 dicembre 2007, n. 25831.

<sup>9</sup> Carratta, A., *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Famiglia e diritto*, vol. 8 – 9, 2011, p. 818.

<sup>10</sup> Giordano, A., *Il litigante temerario paga <<in ogni caso>>. Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c., tra "abuso del processo" e "danni punitivi"*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 10, 2012, p. 2116.

<sup>11</sup> Tribunale di Verona, 12 gennaio 2012; Tribunale di Piacenza, 15 novembre 2011.

sanzionatoria del terzo comma, non permette di prescindere dai requisiti soggettivi di cui al primo comma.

Parte della dottrina<sup>12</sup>, inoltre, ha accolto con plauso siffatta conclusione rinvenendo nella norma in esame una sanzione contro un'ipotesi di abuso del processo, o, si ipotizza, di danni punitivi. Entrambe le figure richiamate, infatti, pretendono la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'agente, che solo giustifica il duro intervento repressivo sanzionatorio dello Stato. Tuttavia la dottrina menzionata colloca la fattispecie *de qua* all'interno dei confini della responsabilità civile, piuttosto che in quella della sanzione civile punitiva. In questo senso ipotizza che l'ingiustizia del danno possa rinvenirsi nella lesione dell'interesse legittimo alla ragionevole durata del processo, che emerge anche come interesse pubblico e per la cui tutela viene legittimato ad agire in giudizio il privato<sup>13</sup>.

La norma ha suscitato in dottrina<sup>14</sup> ulteriori perplessità in quanto è stata rinvenuta dapprima, dietro l'intervento officioso del giudice, una violazione del principio della domanda, con buona pace del principio di terzietà ed imparzialità del giudice. Inoltre è stato criticato l'apparente disinteresse verso il requisito soggettivo della mala fede o colpa grave. Da tali considerazioni in molti hanno desunto la necessità di ancorare il terzo comma ai primi due della norma.

Un secondo elemento critico si rinviene nella mancata previsione di alcun parametro normativo che orienti il giudice nella determinazione del *quantum* della condanna né tantomeno di un suo limite massimo. Si parla infatti genericamente di una somma “*equitativamente determinata*”, senza che sia riprodotto il limite del doppio dei massimi tariffari contenuto nella precedente versione dell'art. 385 c.p.c.

---

<sup>12</sup> Giordano, A., *Il litigante temerario paga <<in ogni caso>>*, op. cit., p. 2119; Busnelli, F. D. – D'Alessandro, E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o “condanna punitiva”?*, op. cit., p. 585 ss.

<sup>13</sup> Morano Cinque, E., *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, v. 9, p. 1837 ss.

<sup>14</sup> Proto Pisani, A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, v. 5, 2009, p. 222 ss.

Pertanto, l'illimitata discrezionalità del giudice nella quantificazione della condanna viene considerata da parte della dottrina<sup>15</sup> addirittura un esempio di potere arbitrario: la disposizione peccherebbe di costituzionalità in quanto integrerebbe una violazione del principio di legalità, operante nella fattispecie *de qua* alla luce della funzione sanzionatoria della condanna. Inoltre la norma contrasterebbe con l'art. 3, 24 e 111 Cost. a causa della disparità di trattamento che si concretizza a fronte di comportamenti abusivi del processo, della violazione del diritto di difesa ed del principio del giusto processo<sup>16</sup>.

Diventa centrale, allora, in attesa di un intervento legislativo che corregga il dettato normativo troppo incerto, che il giudice motivi in maniera congrua e puntuale l'esercizio del suo potere sanzionatorio dopo aver attivato il contraddittorio preventivo sulla questione, *ex art.* 101, c. 2 c.p.c., dando così conto anche del mancato accoglimento della posizione adottata dalla parte sanzionata<sup>17</sup>.

La motivazione della sentenza, infatti, garantisce il controllo sull'applicazione dell'equità da parte del giudice, in quanto da essa deve emergere la qualificazione dei fatti dalla quale il giudice deve desumere l'equa sanzione da irrogare sulla base dei principi costituzionali<sup>18</sup>.

La giurisprudenza ha inoltre tentato di individuare più precisamente i criteri quantificativi per la determinazione della sanzione richiamando, oltre all'equità, la somma liquidata a titolo di spese del giudizio o i criteri utilizzati in materia di eccessiva durata dei procedimenti giudiziari. La dottrina, dal canto suo, ha fatto riferimento talvolta al criterio del pregiudizio sofferto, altre volte al valore della causa, altre ancora al danno subito dalla collettività, infine ai criteri menzionati dall'art. 614 bis c.p.c. in

---

<sup>15</sup> Luiso, F. P., *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, VIII ed., Milano, 2015, p. 437.

<sup>16</sup> Vaccari, M., *L'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, v. 2, 2011, p. 77,78.

<sup>17</sup> Giordano, A., *Il litigante temerario paga <<in ogni caso>>*, op. cit., p. 2119.

<sup>18</sup> Nicotra, D. F., *Responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.: una fattispecie di danno punitivo*, in *www.altalex.com*, 11 marzo 2015.

materia di *astreintes*, per la precisione il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile ed ogni altra circostanza utile<sup>19</sup>.

Infatti, taluno ha rilevato che presupposto a fondamento della condanna di cui al terzo comma dovrebbe consistere comunque in un danno, ma siffatta tesi è stata fortemente respinta dalla giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup> che ha distinto la responsabilità dei primi due commi dalla fattispecie del terzo comma per la mancanza, nel secondo caso, proprio dell'onere di allegazione del danno, richiesto al contrario nei due casi precedenti. Proprio per il diverso fondamento della domanda appare ammissibile, per tale giurisprudenza, un cumulo tra condanna ex art. 96, c. 1 e 2 e quella ex art. 96, c. 3 c.p.c.<sup>21</sup>

Dalla pronuncia officiosa del giudice e dalla mancata necessità di provare i danni subiti si desume infatti che la condanna in esame riveste una funzione prettamente sanzionatoria e deterrente, non compensativa, che colloca la presunta ipotesi di abuso del processo al di fuori dell'area della responsabilità aquiliana<sup>22</sup>. Tuttavia, la formulazione della norma pecca di genericità a cause del timore del legislatore di adottare misure sanzionatorie più radicali, tanto che questo non è riuscito a disancorare realmente la fattispecie da quella della responsabilità risarcitoria<sup>23</sup>.

D'altra parte, la corrispondente fattispecie prevista dal codice del processo amministrativo nell'art. 26<sup>24</sup> prevede espressamente i parametri che il giudice deve

---

<sup>19</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, III ed., a cura di Santise, M., Torino, 2017, p. 1044, 1045.

<sup>20</sup> Cass. civ., Sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902.

<sup>21</sup> Ghirga, M. F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 88.

<sup>22</sup> Carratta, A., *L'abuso del processo e la sua sanzione*, op. cit., p. 817, 818, che richiama la pronuncia del Tribunale minorile di Milano, decr. 4 marzo 2011.

<sup>23</sup> Benini, S., *Abuso del processo e temerarietà attenuata*, in *www.treccani.it*, 2012.

<sup>24</sup> “1. ...In ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati. 2. Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non

rispettare e l'ammontare massimo della sanzione irrogabile. Il secondo comma della norma, inoltre, nel replicare il contenuto dell'art. 96, c. 3 c.p.c. ribadisce espressamente il requisito della temerarietà dell'azione o della resistenza, disancorando tuttavia la fattispecie in esame da quella della responsabilità aggravata. Pertanto risulta in tal caso evidente la prevalenza dell'interesse pubblico all'efficiente svolgimento del processo rispetto al diritto individuale di accedere alla tutela giurisdizionale. In conformità con il modello processualcivilistico, tuttavia, la destinazione del provento appare anche qui riservata alla controparte, alla quale è espressamente attribuita la somma indicata nel primo comma dell'articolo, dal momento che nulla di diverso viene sancito nel secondo comma. Tuttavia, mentre l'art. 96, c. 3 c.p.c. dispone che il giudice “*può altresì condannare*”, la lettera dell'art. 26 c.p.a. sembra più rigorosa nel disporre che il giudice “*condanna*”.

In realtà le posizioni adottate dalla dottrina attorno al tema in commento sono state molto più varie.

L'interpretazione sistematica imporrebbe di guardare alla collocazione della norma in esame, la quale è contenuta in un articolo intitolato “*Responsabilità aggravata*”, a sua volta incluso nel capo quarto intitolato “*Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali*”. La conseguenza di tale rilievo dovrebbe essere, come visto, quella di ritenere necessaria la compresenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità per lite temeraria anche per la condanna equitativa del giudice, in particolare quello dell'elemento soggettivo, con la mera eccezione della prova del danno. La responsabilità in questione rientrerebbe così in un'ipotesi specifica di responsabilità aquiliana piuttosto che in una vera sanzione da essa indipendente<sup>25</sup>.

---

*inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Nelle controversie in materia di appalti di cui agli articoli 119, lettera a), e 120 l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto, ove superiore al suddetto limite. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione.”*

<sup>25</sup> Scarselli, G., *Il nuovo art. 96, terzo comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.*, v. 1, 2010, p. 2238; Vestrucci, M. T., *Il danno da lite temeraria: istituto e recenti sviluppi*, in *Foro pad.*, vol. 65, fasc. 2,

Secondo tale dottrina l'illecito di cui al terzo comma sarebbe privato e non pubblico e la condanna un risarcimento e non una pena<sup>26</sup>. Proprio per non far sorgere dubbi sulla costituzionalità della norma e non lasciare l'irrogazione della sanzione al completo arbitrio del giudice sembrerebbe necessario pretendere il dolo o la colpa grave del soggetto responsabile: in caso contrario il mero agire o resistere in giudizio giustificerebbe la condanna sanzionatoria in chiaro contrasto con l'art. 24 Cost.<sup>27</sup> L'interpretazione in questione si porrebbe, infine, in linea di continuità con il precedente art. 385 c.p.c.

A siffatta tesi si contrappone quella che considera la norma, come accennato, un esempio innovativo di sanzione processuale avente una funzione deterrente all'impiego inappropriato della risorsa della giustizia, del tutto indipendente dal profilo risarcitorio e dai suoi presupposti: l'officiosità della condanna, la liquidazione in via equitativa e la non necessaria prova del danno segnerebbero il distacco definitivo dalle fattispecie di responsabilità sopra menzionate, da cui il terzo comma prenderebbe le distanze per l'appunto con l'incipit "*in ogni caso*"<sup>28</sup>.

Tale è la posizione condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>29</sup>, che sottolinea la natura punitiva della condanna in questione tanto da negare una violazione del principio della domanda a fronte dell'officiosità della sua irrogazione. In particolare, si dice, non vi può essere responsabilità senza danno<sup>30</sup>, ma l'utilizzo dell'avverbio

---

2009, p. 396; Mazzola, M. A., *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010, p. 88; De Marzo, G., *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, v. V, p. 397 ss.

<sup>26</sup> Benini, S., *Abuso del processo e temerarietà attenuata*, op. cit.

<sup>27</sup> Trib. di Terni, 17 maggio 2010; Trib. di Varese, 27 maggio 2010; Trib. di Verona, 28 febbraio 2014.

<sup>28</sup> Salvatori, G. C., *Tra abuso del diritto e funzione punitiva: una lettura ricognitiva dell'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ. e prospettive de iure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, v. 10, p. 630 ss.

<sup>29</sup> Cass. civ., Sez. I., 30 luglio 2010, n. 17902.

<sup>30</sup> Cass. civ., Sez. I., 30 luglio 2010, n. 17902; Dalla Massara, T., *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, v. 2, p. 69; Passanante, L., *Il nuovo regime delle spese processuali*, in *Il processo civile riformato*, a cura di Taruffo, M., Bologna, 2010, p. 252;

“*altresi*” prova il possibile cumulo tra la condanna fondata sui primi due commi e quella fondata sul terzo comma.

Chi sostiene il non necessario accertamento dell’elemento soggettivo ha parlato addirittura di responsabilità oggettiva del soccombente<sup>31</sup>. Tuttavia, subito viene contraddetto dalla considerazione che la norma dovrebbe sanzionare un comportamento affetto quantomeno da colpa lieve, per violazione del dovere di comportarsi secondo lealtà e probità disposto dall’art. 88 c.p.c.<sup>32</sup>, non ammettendosi una fattispecie sanzionatoria che non si conformi al principio della responsabilità personale. Altri<sup>33</sup> ancora hanno parlato infatti di “*temerarietà attenuata*”, evidenziando il contrasto della fattispecie *de qua* rispetto a quelle descritte nei primi due commi, viceversa ipotesi di “*temerarietà aggravata*”.

Ancora, taluno ritiene<sup>34</sup> che difficilmente la norma possa avere successo se la sua applicazione non viene sganciata dai presupposti menzionati della responsabilità aggravata, laddove la *voluntas legis* appare proprio quella di superare i limiti applicativi dei primi due commi verificatisi nella prassi.

La tesi che più sembra condivisibile, tuttavia, risulta quella che attribuisce alla norma una duplice natura, tanto quella risarcitoria – riparatoria, quanto quella sanzionatoria – punitiva, poiché rinviene contestualmente in essa entrambe le *rationes* che fondano le due condanne. Infatti, l’abuso del processo produce una contestuale lesione tanto degli interessi delle parti, quanto di quelli del sistema giudiziario<sup>35</sup>.

---

Tallaro, F., *Nuovi strumenti a garanzia del giusto processo. La disciplina delle spese di lite*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1997.

<sup>31</sup> TAR Umbria, Sez. I, sent. 21 gennaio 2010, n. 26.

<sup>32</sup> Giordano, R., *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 437.

<sup>33</sup> Mandrioli, C. - Carratta, A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 31.

<sup>34</sup> Luiso, F. P., *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in *www.judicium.it*, 2 aprile 2017, p 4.

<sup>35</sup> Mazzola, M. A., *La responsabilità civile. La responsabilità processuale*, in *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, P., Milanofiori Assago, 2013, p. 139, che richiama la pronuncia del Trib. Piacenza, 7 dicembre 2010.



L'incertezza in dottrina e giurisprudenza attorno alla qualificazione e all'inquadramento dell'istituto è evidentemente molta ed è causata, prima tra tutti, dalla confusione del legislatore stesso, che avrebbe dovuto configurare con più chiarezza l'istituto.

La Suprema Corte<sup>36</sup> ha, tra l'altro, recentemente riconosciuto l'applicabilità della responsabilità per lite temeraria di cui all'art. 96 c.p.c., compreso del suo terzo comma, nel processo tributario qualora l'Agenzia delle Entrate resista in giudizio nonostante l'infondatezza della sua pretesa provocando conseguenze dannose al privato, in termini economici e di patema d'animo, e all'efficace funzionamento della giustizia tributaria. Il generale rinvio che l'art. 1, c. 2 del d. lgs. n. 546 del 1992 fa al codice di rito non permette infatti di accogliere la tesi contraria, in passato sostenuta, che guardava alla norma come una fattispecie di risarcimento del danno, dunque di natura sostanziale, da richiamare specificatamente in apposita norma tributaria, dovendosi al contrario qualificare la stessa come norma processuale<sup>37</sup>.

Ad ogni modo, elemento in comune delle norme sinora richiamate rimane l'irrogabilità officiosa della sanzione, che prescinde dalla domanda di parte al pari di quanto avviene nel caso della condanna per le sanzioni civili pecuniarie di cui al d. lgs. n. 7 del 2016. Medesima è la funzione pubblicistica e deterrente delle fattispecie a confronto, che si differenziano tuttavia nell'elemento fondamentale, la destinazione del provento.

Nel caso delle nuove sanzioni, come più volte ripetuto, la destinazione è pubblica, in quello della sanzione per lite temeraria è privata. Sembrerebbe illogico concepire una sanzione avente funzione pubblicistica, quella di favorire la deflazione del contenzioso e di rivitalizzare la scarsa applicazione degli originari primi due commi<sup>38</sup>, destinata tuttavia al privato in maniera analoga alla condanna dei suddetti commi. In particolare, l'irrogazione della sanzione in commento risulta più agevole per l'esenzione della prova del danno subito, spesso difficile da soddisfare, conseguendo essa al mero accertamento dell'illecito. Inoltre la destinazione menzionata celerebbe il rischio di provocare un ingiustificato arricchimento del destinatario del provento.

---

<sup>36</sup> Cass. civ., Sez. Un., sent. 3 giugno 2013, n. 13899.

<sup>37</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1054 ss.

<sup>38</sup> Rel. illustrativa al Senato sul d.d.l. S1802, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

Tuttavia, all'obiezione di irragionevolezza sollevata si può rispondere facilmente che perseguire l'interesse pubblico esaminato mediante una sanzione avente una destinazione privata non presenta profili di contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento, essendo questa a detta della Consulta una legittima scelta del legislatore, comprovata dall'analoga destinazione che si rinviene nelle *astreintes ex art. 614 bis c.p.c.* e nella condanna sanzionatoria di cui all'art. 709 ter c.p.c.<sup>39</sup>

La destinazione privata della sanzione militerebbe a favore della lettura che la considera una prosecuzione della condanna per responsabilità aggravata contenuta nei primi commi, nonostante essa oltrepassi la funzione meramente compensativa integrata dalle prime due fattispecie. In tal modo l'ipotizzata figura dell'abuso del processo verrebbe costruita in termini di illecito fonte di obbligazioni risarcitorie.

Abbiamo segnalato nel precedente capitolo, inoltre, i risvolti positivi in termini di efficacia ed effettività che l'adozione della medesima soluzione porterebbe nel sistema sanzionatorio introdotto nel 2016: la promessa di un provento a favore del privato lo renderebbe portatore di un interesse alla proposizione dell'azione e dell'impugnazione che coinvolgerebbe l'intero oggetto del processo, non solo quello riguardante la pretesa risarcitoria, interesse che giustificerebbe il peso istruttorio ed economico che il legislatore ha addossato allo stesso privato e che supererebbe l'esigenza altrimenti imprescindibile della partecipazione di un organo pubblico per assicurare la cura dell'esigenza statale sottesa alla sanzione.

Proprio perché una delle funzioni dell'art. 96, c. 3 c.p.c. è quella di tutelare l'interesse generale all'efficiente amministrazione della giustizia, tuttavia, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale per la menzionata apparente irragionevolezza della destinazione privata, piuttosto che pubblica, del provento della sanzione e per il suo presunto contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

A detta del rimettente, lo Stato non verrebbe per tale via reintegrato del danno che è costretto a sopportare, quello della lesione dell'interesse pubblico al buon andamento della giurisdizione civile e del giusto processo, dal momento che la condanna in

---

<sup>39</sup> Fradeani, F., *Note sulla «lite temeraria attenuata» ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 143 ss; Giordano, R., *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, op. cit., p. 437 ss.

questione svolge anche la funzione di “*presidiare il processo civile dal possibile abuso processuale*”.

La Corte<sup>40</sup> sposa in parte la posizione del rimettente, rinvenendo nella condanna in esame uno strumento sanzionatorio avente una finalità deflattiva e riconoscendo nell'intervento legislativo l'obiettivo di rendere efficiente la tutela prevista nei primi due commi in tema di responsabilità aggravata, proprio perché scarsamente utilizzata nella prassi a causa del difficile onere probatorio del danno, così superando la qualificazione della condanna in termini esclusivamente risarcitori.

A favore di tale posizione, che cerca di offrire una soluzione all'acceso dibattito dottrinale concernente l'inquadramento della norma, la Consulta richiama taluni riferimenti letterali della norma, tra cui il “*pagamento di una somma*” in luogo del “*risarcimento del danno*” che troviamo nei primi due commi, il collegamento posto alla “*pronuncia sulle spese di cui all'articolo 91*” e la sua adottabilità “*anche d'ufficio*”.

Tuttavia, la questione nel merito viene ritenuta infondata in quanto, nonostante sia riconosciuta la ragionevolezza della posizione del remittente, che ritiene già reintegrata la posizione del privato con la condanna risarcitoria, la Corte non rinviene elementi sufficienti che evidenzino la “*manifesta irragionevolezza o arbitrarietà che unicamente consente il sindacato di legittimità costituzionale in ordine all'esercizio della discrezionalità legislativa in tema di disciplina di istituti processuali*”. Anzi, essa considera legittima la scelta legislativa in quanto la stessa assicura una maggior effettività ed efficacia deterrente della sanzione, dal momento che il privato cura la riscossione della somma in tempi e con oneri ben inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico. Dato, questo, che abbiamo evidenziato giustificherebbe l'adozione della medesima soluzione per le sanzioni civili del 2016.

La destinazione privata, considerata come “*una delle possibili scelte del legislatore*”, assicura anche un indennizzo alla parte vittoriosa che non riesca a provare l'*an* o il *quantum* del danno subito, presupposti necessari per ottenere la condanna risarcitoria fondata sui primi due commi dell'art. 96 c.p.c., così rivitalizzando l'istituto.

---

<sup>40</sup> Corte cost., sent. 23 giugno 2016, n. 152.

L'illecito comportamento della parte, qualificato da più studiosi come esempio di "abuso del processo", si connota di una dimensione plurioffensiva in quanto risulta lesivo tanto degli interessi della parte avversa quanto di quelli del sistema della giustizia. Non appare irragionevole pertanto, come detto, la scelta di perseguire la deterrenza delle condotte processuali indegne di protezione giudiziaria con una pretesa della parte avversa, rappresentando questa un'ulteriore figura di *private enforcement* volta a garantire la tutela di interessi superindividuali in maniera speculare a quanto esaminato in tema di sanzioni pecuniarie civili, ove si ritrovano in entrambi i casi esempi di condanne *ex officio*<sup>41</sup>.

## **2. La funzione della responsabilità civile e i danni punitivi.**

Il tema in questione richiede una più attenta disamina della funzione della responsabilità civile, in particolare appare necessario sciogliere il nodo concernente l'alternativa tra accogliere la lettura tradizionale, che attribuisce alla stessa una natura meramente riparatoria, o reconsiderarla eventualmente in termini sanzionatori e deterrenti.

Il fondamento della condanna risarcitoria è sempre stato, nel nostro sistema, la necessaria reintegrazione del danno subito, finalizzato a conseguire la *restitutio in integrum* grazie alla quale si ristabilisce l'equilibrio *ex ante* alterato dalla condotta illecita perpetrata<sup>42</sup>.

L'art. 1223 c.c., infatti, impone di estendere anche in ambito extracontrattuale il principio della necessaria integralità del risarcimento del danno, tale per cui il danneggiato deve essere posto nella stessa posizione o in quella equivalente in cui si sarebbe trovato se non fosse stato perpetrato l'illecito.

Tale principio è espressamente derogato laddove sia necessario bilanciare l'interesse del danneggiato con il generale principio di solidarietà sociale, come avviene in materia

---

<sup>41</sup> Auletta, F., *L'ibridazione dell'"agire in giudizio": "tutela dei propri diritti", "autonoma iniziativa [...] di interesse generale" e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, vol. 4, 2016, p. 1556, 1557.

<sup>42</sup> Fava, P., *La responsabilità civile: trattato teorico – pratico*, Milano, 2009, p. 36 ss.

assicurativa. Inoltre, in materia di danno non patrimoniale la sua operatività è stata subordinata dalla giurisprudenza<sup>43</sup> a due requisiti, ovverossia che vi sia stata una lesione grave ad un bene giuridico e che da questa sia derivato un pregiudizio serio. In tal modo il principio della necessaria integralità del risarcimento viene a divenire una mera tendenza all'integralità<sup>44</sup>.

In materia di danno patrimoniale, recentemente, la Suprema Corte<sup>45</sup> ha peraltro riconosciuto una soglia di tollerabilità per le rivendicazioni patrimoniali, escludendo il diritto a procedere ad esecuzione forzata per i crediti di modesto valore, con un richiamo anche in tale ipotesi al principio di solidarietà sociale e a quello del giusto processo.

Ad ogni modo, sebbene il principio che afferma come necessaria l'integrale riparazione del danno non abbia copertura costituzionale<sup>46</sup>, esso rappresenta per la giurisprudenza della Suprema Corte un principio generale del nostro ordinamento giuridico<sup>47</sup>.

Il risarcimento del danno, tuttavia, rappresenta allo stesso tempo un costante monito che pende sulla generalità dei consociati: chiunque sa che dovrà rispondere dell'illecito eventualmente compiuto, dolosamente o colposamente, sia esso di natura civile, amministrativa o penale, tanto che la minaccia della condanna risarcitoria espleta sempre una funzione non solo compensativa e reintegrativa *ex post*, successiva al verificarsi del danno, ma anche preventiva e deterrente, *ex ante*, delle condotte illecite.

Gli stessi poteri equitativi attribuiti al giudice in via residuale dagli artt. 1226 e 2059 c.c. ai fini della liquidazione del danno, la cui estensione deve essere comunque provata dal danneggiato, consentono lui di valutare tutte le circostanze del caso concreto tra cui la colpevolezza dell'agente, il profitto ingiustamente conseguito, la gravità del

---

<sup>43</sup> Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972 – 5, sentenze di San Martino.

<sup>44</sup> Lanni, P. P., *Problematiche attuali in materia di accertamento e liquidazione del danno non patrimoniale*, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it), 3 luglio 2017, p. 3.

<sup>45</sup> Cass. civ., Sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228.

<sup>46</sup> Corte cost., sent. 2 novembre 1996, n. 369.

<sup>47</sup> Cass. civ., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760 e Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311.

pregiudizio arrecato. L'attitudine del risarcimento appare già quella di prevenire e punire, oltre che compensare la vittima, non sembrando necessario costruire una nuova figura che apra la strada a tale funzione qual è stata quella dei danni punitivi<sup>48</sup>. In particolare, ove il danno possa essere provato nel suo preciso ammontare è preclusa con maggior certezza al giudice la possibilità di condannare ad un risarcimento punitivo. Emergerebbe altrimenti la necessità di rispettare nel giudizio civile i principi garantisti della difesa penale<sup>49</sup>, come d'altronde abbiamo positivamente concluso con riferimento alle sanzioni civili pecuniarie introdotte con la depenalizzazione del 2016.

Al primo orientamento tradizionale si contrappone, già da tempo, la voce di coloro che rinvencono nella responsabilità extracontrattuale una funzione sanzionatoria, in quanto strumento che garantisce la tutela contro gli illeciti aquiliani<sup>50</sup>. La stessa Corte Costituzionale<sup>51</sup> ha riconosciuto che la responsabilità risarcitoria assicura talvolta, come nei casi dei danni non patrimoniali da reato, non solo la reintegrazione del danno, ma anche la prevenzione e repressione degli illeciti.

Tanto il risarcimento quanto la pena sono risposte dell'ordinamento ad un comportamento antigiuridico, ma mentre il primo presuppone necessariamente la sussistenza di un danno, la seconda presuppone solamente la violazione di una norma. Il risarcimento, infatti, è rimedio del danno, mentre la sanzione, sia essa civile o penale, oltre a ristabilire l'equilibrio compromesso è rimedio dell'illecito<sup>52</sup>.

La funzione deterrente è rinvenuta nel risarcimento da quella parte della dottrina che sostiene l'alternatività tra la condanna *ex art. 96, c 1 c.p.c.* e quella del terzo comma, ove la minaccia di una condanna che prescinde dalla prova del danno, considerato quasi

---

<sup>48</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1045.

<sup>49</sup> Antolisei, F., *L'offesa e il danno*, Bergamo, 1930, p. 163.

<sup>50</sup> Bianca, C. M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1984, p. 543, nota 1; De Cupis, A., *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, vol. 1, Milano, 1980, p. XVIII della premessa.

<sup>51</sup> Corte cost., sent. 27 ottobre 1994, n. 372 e sent. 14 luglio 1986, n. 184.

<sup>52</sup> Spoto, G., *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e Diritto Privato*, v. 2, 1 giugno 2018, p. 489 ss.

sussistente *in re ipsa*, dovrebbe essere fonte di un forte disincentivo a commettere l'illecito presupposto<sup>53</sup>.

Si discute, inoltre, se la fattispecie risarcitoria in materia concorrenziale introdotta con la direttiva 2014/104/UE, esaminata nel capitolo precedente, svolga una funzione deterrente. La scelta europea è stata nel senso di negare espressamente cittadinanza ai risarcimenti punitivi, che ove ammessi svolgono anche una funzione di regolazione pubblicistica per la prevenzione di comportamenti dannosi. Il privato leso, infatti, può in tal caso far valere la sua pretesa punitiva assumendo la posizione tipica di una parte pubblica, in veste di pubblico ministero privato<sup>54</sup>.

Nel diritto anticoncorrenziale statunitense, in particolare, il risarcimento svolge certamente una funzione sanzionatoria e deterrente in quanto il giudice riconosce automaticamente al danneggiato una somma pari a tre volte l'ammontare dei danni subiti. In tal modo, evidentemente, il privato viene indotto a denunciare la violazione normativa, così contribuendo a garantire l'attuazione della legge, l'autore dell'illecito viene punito e la collettività disincentivata a tenere i medesimi comportamenti. Il controllo reciproco viene messo in pratica mediante l'istituzione di uffici investigativi nelle imprese, in quanto è divenuto addirittura conveniente, come in caso di corruzione ove viene prevista la stessa sanzione, essere vittima di comportamenti anticoncorrenziali<sup>55</sup>.

Il legislatore comunitario ha preferito non seguire il modello statunitense, tuttavia, per paura di causare una deterrenza eccessiva ed ingiustificata. Più opportuno, tuttavia, sarebbe stato per la Direttiva Danni consentire al giudice di condannare al pagamento di una somma ulteriore all'ammontare dei danni subiti, mediante una valutazione caso per caso, che permettesse di risarcire tutte le spese sostenute dalla vittima, far venir meno i profitti dell'agente e avere un effetto deterrente, in maniera analoga a quanto viene

---

<sup>53</sup> Barbierato, D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, a cura di Barbierato, D., Napoli, 2012, p. 63.

<sup>54</sup> Massa, C., *Il divieto di risarcimenti punitivi nella direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, v. 2, 1 giugno 2018, p. 321 ss.

<sup>55</sup> Davigo, P., *Il sistema della corruzione*, Bari, 2017, p. 56.

previsto dal nostro decreto attuativo della Direttiva 2004/48/CE in materia di diritti di proprietà intellettuale<sup>56</sup>.

Se si attribuisce al risarcimento una funzione reintegratrice è necessario accertare, ai fini della liquidazione, la qualità e quantità delle utilità perdute in conseguenza dell'illecito. Se si attribuisce allo stesso, al contrario, una funzione satisfattiva, bisogna accertare le unità alternative idonee a soddisfare il danneggiato nel caso specifico. Infine se gli si attribuisce, come sempre più sembra orientato il legislatore, una funzione punitiva, è necessario accertare la gravità del fatto, l'intensità dell'elemento soggettivo e la capacità patrimoniale del responsabile<sup>57</sup>.

Infatti, sebbene l'orientamento giurisprudenziale prevalente accolga la tesi sostenitrice della funzione reintegratrice nel caso di danno patrimoniale e satisfattiva per quello non patrimoniale<sup>58</sup>, la Cassazione<sup>59</sup> aveva mostrato aperture verso l'impiego della gravità del fatto come criterio per la liquidazione del danno e, dunque, verso il riconoscimento della funzione deterrente della responsabilità civile, già prima della celebre sentenza che ha da poco ammesso la compatibilità dei danni punitivi con il nostro ordinamento giuridico.

L'assioma secondo cui *“nel vigente ordinamento l'idea della punizione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante”*<sup>60</sup>, sembra oramai superato dal recente panorama normativo. In tal senso sembra infatti

---

<sup>56</sup> Massa, C., *Il divieto di risarcimenti punitivi nella direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, op. cit.

<sup>57</sup> Lanni, P. P., *Problematiche attuali in materia di accertamento e liquidazione del danno non patrimoniale*, op. cit., p. 1.

<sup>58</sup> Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 13530, secondo la quale risulta *“primaria l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti, con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come <<perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva (Corte cost., sent. 27 ottobre 1994, n. 372)>>”*.

<sup>59</sup> Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 2015, n. 1126; Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19499; Cass. civ., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613.

<sup>60</sup> Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183.



essersi adeguata anche la giurisprudenza, così accogliendo il monito di uno dei più importanti maestri in tema di responsabilità civile, che a tal proposito sosteneva che “*nella tradizione del comune diritto civile sia radicata la regola della corresponsione di un indennizzo, in conseguenza di un torto che, per la sua natura e gravità, può turbare in modo rilevante l’animo del soggetto leso, così assolvendo a una finalità preventiva e repressiva*”<sup>61</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina ha rinvenuto al contrario una crisi della funzione deterrente della responsabilità civile. Questa, si dice, sarebbe confermata anche dal panorama europeo e dai suoi progetti di riforma della responsabilità civile. In particolare, i *Principles of European Tort Law* e il *Draft Common Frame of Reference*, rispettivamente nell’art. 10:101 e nell’art VI – 6:101, riconoscono come funzione principale del risarcimento quella compensativa, rifiutando i modelli di risarcimenti sanzionatori. Eccezionalmente i PETL ammettono di considerare la colpa del danneggiante ove questa “*contribuisca in modo significativo all’offesa subita*”<sup>62</sup>, configurando dunque una funzione deterrente in via solamente individuale ed eventuale, non generale. Nel DCFR, al contrario, si ammette in casi particolari la possibilità per il danneggiato di ottenere la restituzione dei benefici realizzati dall’agente, sebbene in via alternativa e non cumulativa rispetto alla condanna risarcitoria<sup>63</sup>.

In realtà numerose sono le fattispecie espressamente menzionate dal legislatore in cui la condanna risarcitoria va ben oltre la perdita subita dal titolare del diritto, assumendo una dimensione sanzionatoria, oltre che compensativa, e dissuasiva verso future condotte illecite della medesima natura. In tali casi si suole parlare di pene private, nozione per la quale non vi è unanime definizione condivisa dalla dottrina, ma che risultano accomunate dagli effetti pecuniari che ne discendono e dalla funzione ultracompensativa delle somme rispetto al danno subito dalla vittima, in chiave apertamente sanzionatoria e deterrente.

---

<sup>61</sup> Scognamiglio, R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 487.

<sup>62</sup> Art. 10:301 PETL.

<sup>63</sup> Barbierato, D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, op. cit., p. 80.

La condanna ultracompensativa, tuttavia, è ammessa nei soli casi espressamente previsti dalla legge, la quale attribuisce rilevanza talvolta all'elevata posizione che il bene giuridico tutelato ha nella scala di valori dell'ordinamento giuridico, altre alla particolare riprovevolezza ed intollerabilità del comportamento dell'agente, spesso accompagnati dalla difficile prova del danno o dalla sua insufficienza<sup>64</sup>. Esse, inoltre, dovrebbero essere comminate nei confronti di un soggetto privato su richiesta e a vantaggio di un altro privato<sup>65</sup>. Tuttavia, come di seguito vedremo, siffatti dati non sono in realtà una costante presente in tutte le fattispecie ricondotte a tale categoria, in quanto talvolta esse sono irrogate direttamente dai privati, altre volte dal giudice su domanda di parte, altre volte ancora dal giudice d'ufficio e destinate allo Stato.

La prima tra queste condanne che merita di essere richiamata è quella contenuta nell'art. 125 del Codice di Proprietà Industriale, secondo il quale “1. *Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.* 2. [...] 3. *In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento.*” Il danneggiato ha così il diritto di domandare, non potendo il giudice pronunciarsi d'ufficio, la “retroversione degli utili” conseguiti dal danneggiante anche laddove essi superino l'entità del danno subito, in chiara funzione sanzionatoria dell'autore dell'illecito, il quale non può avvantaggiarsi degli effetti da esso derivanti, e deterrente delle condotte violative dei diritti di proprietà industriale. Si è parlato a tal proposito di *disgorgement damages*, in quanto si tratta di una condanna volta ad impedire il conseguimento del profitto derivante da un comportamento illecito, così da rivestire una funzione analoga a quella rinvenuta nei nostri istituti dell'ingiustificato arricchimento o della gestione di affari

---

<sup>64</sup> Cendon, P., *La pena privata*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa. Atti del Convegno giuridico “Informazione, diffamazione, risarcimento”*, di AA. VV., Milano, 1979, p. 188, 189.

<sup>65</sup> Ponzanelli, G., *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 5.

altrui. La norma prescinde nei suoi elementi costitutivi dall'elemento soggettivo o dalla buona fede del responsabile, limitando contemporaneamente il *quantum* della condanna infliggibile dal giudice che diviene, per tale via, prevedibile e non arbitrario<sup>66</sup>.

Un altro esempio già richiamato in precedenza è rappresentato dalla somma irrogabile dal giudice in caso di diffamazione a mezzo della stampa, parametrata, oltre che in funzione dei danni subiti, alla “*gravità dell’offesa*” e alla “*diffusione dello stampato*”, secondo la lettera dell’art. 12 della l. n. 47 del 1948. Poiché normalmente la diffusione della stampa è direttamente proporzionale agli utili conseguiti dal responsabile della condotta, si è riscontrata in tale fattispecie una funzione punitivo – deterrente<sup>67</sup>.

Anche l’art. 7 della l. n. 24 del 2017 in tema di responsabilità sanitaria richiama la gravità della condotta e l’intensità della colpa del sanitario, valutate sulla base della conformità alle buone pratiche e alle linee guida di cui all’art. 5 della suddetta legge. Tale fattispecie aprirebbe la strada verso un possibile incremento del risarcimento ordinario a fronte della loro violazione, in chiave ancora una volta sanzionatoria – deterrente.

In materia di intercettazioni telefoniche, inoltre, l’art. 4 del d. l. n. 259 del 2006, convertito in l. n. 281 del 2006, prevede una specifica somma domandabile a titolo di riparazione a fronte della pubblicazione degli atti e dei documenti di cui all’art. 240, c. 2 c.p.p., specificamente quantificata ed autonoma tanto rispetto alla domanda di risarcimento del danno, per la cui eventuale condanna si deve tener conto della somma corrisposta ai sensi del primo comma, quanto rispetto alla domanda proponibile al Garante per la protezione dei dati personali. Essa è infatti domandabile nei confronti dell’autore della pubblicazione, del direttore responsabile o dell’editore, che ne rispondono in solido, solamente qualora sia integrato il presupposto della divulgazione di massa, non anche della mera divulgazione semplice, nel termine di prescrizione di cinque anni che decorre dalla data della pubblicazione. Ancora una volta un esempio di sanzione verso comportamenti valutati particolarmente riprovevoli dal legislatore a

---

<sup>66</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1020, 1021.

<sup>67</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1022.

causa delle estese dimensioni dei destinatari della pubblicazione, ma che prescinde dall'entità dei danni specificamente subiti.

Una figura peculiare di risarcimento commisurato alla gravità della colpa e al profitto del trasgressore, da determinare in via equitativa dal giudice qualora non fosse possibile una precisa quantificazione del danno, si rinveniva nel vecchio art. 18 della l. 349 del 1986 in materia di danno ambientale, che sanzionava più gravemente il comportamento affetto da uno dei due elementi richiamati. Tale norma è stata tuttavia abrogata con il Codice dell'Ambiente, che ha limitato il risarcimento del danno a quello in forma specifica o, se necessario, per equivalente patrimoniale.

L'art. 187 undecies del Testo Unico della Finanza, inoltre, legittima la Consob a richiedere il risarcimento dei danni conseguenti ai reati di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 t.u.f.) e di manipolazione del mercato (art. 185 t.u.f.), per i quali può costituirsi parte civile nei relativi procedimenti penali, tenendo in considerazione l'offensività del fatto, le qualità personali del colpevole e l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato. Le due funzioni che vengono dunque rinvenute in tale fattispecie sono tanto quella riparatoria del danno all'"integrità del mercato", quanto quella repressiva – deterrente tipica delle sanzioni civili, in virtù dell'attenzione posta al grado di riprovevolezza dell'illecito in luogo della mera sofferenza patrimoniale subita dal danneggiato<sup>68</sup>.

Ancora, l'art. 70 delle disp. att. c.c. ammette che il regolamento di condominio preveda una somma pecuniaria a titolo di sanzione che il condomino che violi una sua disposizione debba versare al condominio stesso, in aggiunta al risarcimento dovuto al condominio, ai condomini e ad eventuali terzi.

Il regolamento comunitario n. 261 del 2004 dispone poi nell'art. 7 che, in materia di voli in partenza da o in arrivo in uno Stato membro, qualora sia negato l'imbarco ai passeggeri non consenzienti o sia cancellato un volo, il vettore è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria alle vittime indipendentemente dalla prova del danno sofferto. In caso di domanda risarcitoria con annessa prova del danno, tuttavia, la compensazione pecuniaria può essere detratta dal risarcimento.

---

<sup>68</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1024.

Un'importante norma del nostro ordinamento giuridico esemplificativa delle misure ultra – compensative è costituita dall'art. 709 ter c.p.c., che recita “... *In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, [il giudice] può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende ...*”.

La peculiarità di tale norma, tuttavia, è che essa destina la sanzione afflittiva non al danneggiato, integrando l'esempio di una somma – castigo, ovverosia di una sanzione civile punitiva non avente vigenza nel nostro ordinamento a detta della voce giurisprudenziale della tradizione<sup>69</sup>, ma alla Cassa delle Ammende. Vi è piena analogia, pertanto, tra la figura in esame e quella della sanzione pecuniaria civile introdotta nel 2016. Proprio per la destinazione in questione essa viene infatti qualificata come sanzione pubblica ed utilizzata come criterio interpretativo quando è necessario risolvere le incertezze lasciate dal poco chiaro intervento legislativo del 2016, nonostante la prima venga espressamente qualificata in termini di sanzione amministrativa pecuniaria.

Condivisa in dottrina, pertanto, è la natura sanzionatoria delle misure di cui al n. 1 e al n. 4, laddove si discute sulla natura reintegrativa o sanzionatoria di quelle sancite nei n. 2 e 3. Richiedere l'accertamento dei presupposti costitutivi dell'illecito extracontrattuale, di cui queste rappresenterebbero ipotesi specifiche, determinerebbe per parte della dottrina un depotenziamento della tutela del minore a fronte della richiesta particolare gravità della condotta con cui ci si rende inadempiente di un provvedimento del giudice. Inoltre, da un punto di vista processuale la natura sanzionatoria delle misure garantirebbe una maggior effettività del provvedimento, rendendole irrogabili anche d'ufficio dal giudice, cumulativamente ed eventualmente come misure diverse da quelle richieste dalla parte. Ad ogni modo, sembra rinvenibile

---

<sup>69</sup> Cass. civ., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572.

una duplice natura nella condanna risarcitoria in esame, da un lato essendo essa mezzo di coazione volto a far cessare un comportamento illecito, dall'altro mezzo di reintegrazione di un pregiudizio<sup>70</sup>.

Un ulteriore esempio di pena pecuniaria degno di attenzione si può rinvenire nella figura dell'*astreinte*, consistente in una minaccia di aumento progressivo del debito nei confronti della parte inadempiente o che sia in ritardo nell'adempimento, volta ad indurla all'esecuzione spontanea del provvedimento condannatorio. Si tratta infatti, per la maggior parte della dottrina, di sanzioni civili indirette o misure di coercizione indirette, che si presentano sotto forma di condanna in futuro per l'eventualità che non venga data esecuzione al provvedimento principale<sup>71</sup>. Esse, come le pene private, presuppongono la violazione di una regola, tuttavia sono previste dalla legge e la sanzione viene inflitta dal giudice e non dalla parte privata, la quale deve però richiederne l'irrogazione a suo vantaggio.

Si tratta di una condanna che è stata estesa dal 2015 a tutti gli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro e dai crediti derivanti dai rapporti *ex art. 409 c.p.c.*, sempre che non sia manifestamente iniquo, non essendo più limitata ai soli obblighi di fare e non fare infungibili, come disponeva l'originaria versione del 2009,.

La sua funzione è, ancora una volta, quella deterrente di futuri inadempimenti e sanzionatoria di quelli già verificatisi, tanto che la sua entità oltrepassa il *quantum* meramente risarcitorio per equivalente o in forma specifica per cui è già inflitta la condanna principale. In tal senso si è espressa la Suprema Corte<sup>72</sup> appena prima dell'intervento legislativo del 2015, che nel sancire la compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle sentenze straniere recanti le misure di *astreintes* ha riconosciuto l'evoluzione della tutela risarcitoria verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente.

La deterrenza perpetrata con le *astreintes* sarebbe diretta e concreta, in quanto rivolta ad un obbligo affermato in un provvedimento giurisdizionale da adempersi in futuro,

---

<sup>70</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1035, 1036, 1038.

<sup>71</sup> Capponi, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, V ed., Torino, 2017, p. 32.

<sup>72</sup> Cass. civ., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613.

diversamente da quella sottesa alla fattispecie dei danni punitivi, della cui ammissibilità si discute nel nostro ordinamento, che si riferisce all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem ledere* o dell'obbligazione contrattuale principale e realizza una deterrenza solamente indiretta, rimanendo centrale la sua natura sanzionatoria<sup>73</sup>. Tuttavia, nel momento in cui si infligge una sanzione, quale quella dei danni punitivi, la deterrenza diviene solamente potenziale in quanto non sussiste più alcuna minaccia nei confronti del danneggiante, ma solamente l'irrogazione di una pena che non può più influenzare le azioni già verificatesi. Saranno gli altri consociati, se del caso, ad essere scoraggiati dal tenere il medesimo comportamento<sup>74</sup>.

Diversamente da quanto avviene per le figure sopra richiamate, il legislatore tace in caso di *astreintes* sulla destinazione della sanzione: la dottrina perlopiù unanime, tuttavia, ha optato per la concezione privatistica di matrice belga – francese che indirizza la somma di denaro al privato, il quale beneficia dell'effettività della condanna ottenuta in via principale grazie al conferimento a suo favore di un titolo esecutivo, la misura coercitiva stessa, attivabile giudizialmente<sup>75</sup>. Inoltre, la fattispecie in esame si distingue da molti degli esempi sopra riportati per essere subordinata ad una domanda di parte piuttosto che essere irrogabile d'ufficio dal giudice.

Dalla norma appena esaminata riecheggia il disposto legislativo contenuto nell'art. 114, c. 4, lett. e del c.p.a., secondo cui nel giudizio di ottemperanza il giudice che accoglie il ricorso “*salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo*”. La norma è dal 2015 espressamente applicabile anche nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro. Già in precedenza la giurisprudenza amministrativa<sup>76</sup> aveva riconosciuto siffatta ammissibilità, sottolineando la funzione coercitiva – sanzionatoria e non riparatoria

---

<sup>73</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1066.

<sup>74</sup> Spoto, G., *Risarcimento e sanzione*, op. cit.

<sup>75</sup> Capponi, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, op. cit., p. 39.

<sup>76</sup> Cons. Stato., Ad. Plen., sent. 25 giugno 2014, n. 15.

della sanzione in questione, *“inquadrabile nell’ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette”*. Siffatta misura, inoltre, assicura anche l’applicabilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di soggetti privati<sup>77</sup>. Ad ogni modo, la norma dispone a favore di chi sia creditore verso la p. a. la tutela dell’ottemperanza, che si affianca a quella dell’ordinaria esecuzione diretta qualora sia stata pronunciata in suo favore una condanna al pagamento di somme di denaro.

Dall’elenco esemplificativo e non esaustivo richiamato è possibile comprendere al meglio la recente pronuncia delle Sezioni Unite<sup>78</sup> con cui esse hanno definitivamente riconosciuto la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno. Tuttavia, la Corte chiarisce che tale epilogo *“non lo si può ammettere al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall’art. 25 Cost., comma 2, nonché dall’art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali”*, come avviene nell’ipotesi sancita dall’art. 96 c.p.c. La voce dottrinale che cerca di modulare il rimedio risarcitorio verso obiettivi punitivi, pertanto, sembra essere soddisfatta dal nuovo terzo comma in esame, che incarna una funzione sanzionatoria – deterrente apparentemente senza uscire dalle frontiere della responsabilità civile<sup>79</sup>.

Gran parte delle fattispecie appena richiamate sono state oggetto di attenzione e allo stesso tempo uno spunto per quella parte della dottrina italiana che si è interessata al tema dei danni punitivi, rinvenendo in esse talvolta delle tracce di codesto istituto, tradizionalmente respinto dal nostro sistema giuridico.

I danni punitivi nascono nel diritto anglosassone come strumento che preclude all’autore di una condotta illecita di trarre da essa un profitto, divenendo destinatario di una condanna *“esemplare”*<sup>80</sup>, in quanto essa supera l’ammontare dei danni subiti dal danneggiato. Quest’ultima viene giustificata dalla particolare oltraggiosità del comportamento illecito o dalla gravità del danno sociale, spesso non sufficientemente

---

<sup>77</sup> Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 382.

<sup>78</sup> Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100.

<sup>79</sup> Tropea, G., *L’abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015, p. 421.

<sup>80</sup> Pardolesi, P., *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2007, p. 453.



sanzionato dall'entità del risarcimento<sup>81</sup>. Per tali ragioni la loro connotazione è essenzialmente legata alla presenza dell'elemento soggettivo del dolo o quantomeno della colpa grave.

Si è parlato a tal proposito di sanzione verso “*illeciti efficienti*”, ovverosia di illeciti che procurano all'agente un vantaggio superiore al danno cagionato alla controparte, tanto che la condanna risarcitoria non annullerebbe l'arricchimento derivatogli dalla condotta illecita tenuta e non avrebbe per tale ragione successo l'efficacia deterrente sottesa alla minaccia della condanna stessa<sup>82</sup>.

La loro funzione appare dunque duplice: da un lato, essi mirano a punire e sanzionare le condotte passate, dall'altra a prevenire e dissuadere dal compimento di illeciti futuri<sup>83</sup>.

Nati come detto nel sistema di *common law*, a fronte di un loro impiego sempre maggiore in Inghilterra si è riscontrato al contrario un più limitato uso negli Stati Uniti, ove si è cercato di ridurre la discrezionalità dei giudici nella loro liquidazione fissando criteri rispettosi del principio del *due process of law*, orientati in particolare al grado di responsabilità della condotta, alla relazione tra danni punitivi e danno sofferto e al confronto con le sanzioni previste dalla legge per condotte simili<sup>84</sup>.

In Germania la Corte costituzionale federale<sup>85</sup> ha escluso l'automatica contrarietà all'ordine pubblico delle pronunce condannatorie di danni punitivi. La Corte di Cassazione francese ha rinvenuto tale contrarietà solamente qualora essi vengano liquidati in misura eccessiva e sproporzionata rispetto al danno patito<sup>86</sup>. Allo stesso modo il Tribunale supremo civile spagnolo<sup>87</sup> ha affermato che il riconoscimento dei

---

<sup>81</sup> Patti, S., *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 2004, p. 351.

<sup>82</sup> Colamorea, F., *La funzione della responsabilità aquiliana: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Giuricivile*, v. 4, 2018.

<sup>83</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1015.

<sup>84</sup> Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, op. cit., p. 1016, 1017.

<sup>85</sup> Corte cost. federale tedesca, 24 gennaio 2007, n. 1046 in *Juristen Zeitung*, 2007.

<sup>86</sup> Cour de Cassation, 7 novembre 2012, n. 11 – 23871 e 1 dicembre 2010, n. 09 – 13303.

<sup>87</sup> Sala de lo Civil, 13 novembre 2001, causa 20139/1999, in [www.poderjudicial.es/search](http://www.poderjudicial.es/search).

danni punitivi inflitti da una sentenza straniera non è automaticamente lesivo dell'ordine pubblico interno.

Al contrario, la Corte EDU ha finora dichiarato inammissibili le domande volte ad ottenere danni punitivi, sostenendo la funzione compensativa del danno sofferto in conseguenza della violazione.

Infine, la Corte di Giustizia ha recentemente ribadito che spetta all'ordinamento giuridico interno prevedere misure che ammettano l'attribuzione di danni punitivi, in mancanza delle quali essi dovrebbero rimanere preclusi non essendo ammessi espressamente da alcuna disposizione comunitaria<sup>88</sup>. Viceversa, quando un risarcimento punitivo è ammesso in conseguenza di un'azione nazionale, esso deve essere riconosciuto anche a fronte della violazione del diritto comunitario, dovendo ad ogni modo i giudici nazionali verificare che la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto<sup>89</sup>.

Lo stesso art. 26 del reg. 864/07/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (reg. Roma II), peraltro, permette ai giudici di negare la condanna ai danni punitivi per contrarietà all'ordine pubblico del foro solamente qualora essi siano eccessivi. Al contrario, l'art. 45 del reg. UE 1215/2012 concernente il foro competente e il riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (reg. Bruxelles I bis) nega il riconoscimento di una sentenza straniera nel caso di contrarietà all'ordine pubblico dello Stato Membro richiesto solamente se essa sia manifesta.

In Italia abbiamo sottolineato come la condanna risarcitoria sia tradizionalmente volta esclusivamente a compensare la vittima del danno subito, nonostante questa lasci un senso di amara ingiustizia quando il vantaggio conseguito dall'autore dell'illecito sia ben maggiore della perdita causata al danneggiato. Proprio per rispondere a tali istanze collettive il legislatore ha espressamente previsto, nei casi sopra riportati, delle sanzioni aggiuntive alla quantificazione del danno, da alcuni qualificate appunto in termini di danni punitivi.

---

<sup>88</sup> Corte di Giust., Sez. IV, sent. 17 dicembre 2015, n. 407.

<sup>89</sup> Corte di Giust., Sez. III, sent. 13 luglio 2006, n. 295.

In realtà, nessuna di queste fattispecie rientra propriamente nella nozione in questione, venendo esse talvolta avvicinate ad istituti già presenti nel nostro sistema quali quelli dell'ingiustificato arricchimento o della gestione di affari altrui, altre volte a specifiche pene pecuniarie. Altre volte ancora si attribuisce un peso particolare alle modalità del comportamento tenute dall'autore, qualora particolarmente riprovevoli, rispetto alla mera perdita subita, unica a rilevare nel sistema risarcitorio. In ognuna di queste ipotesi si è riscontrata una funzione sanzionatoria e di deterrenza verso specifici illeciti, ma si è ancora lontani dall'ammettere che con esse sia avvenuta la codificazione della figura generale dei danni punitivi.

La nostra Corte di Cassazione, infatti, ha più volte negato l'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento giuridico mantenendoli ben distanti dall'istituto della clausola penale, da taluno ad essi assimilata, in quanto essa ha in realtà la mera funzione di liquidare in via preventiva il risarcimento dovuto in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento e non invece una funzione sanzionatoria, tanto che la stessa può essere ridotta equitativamente dal giudice laddove vi sia stato adempimento parziale dell'obbligazione principale o essa risulti manifestamente eccessiva, nonostante il grande dissenso in dottrina attorno a tale conclusione. Allo stesso modo, è stato escluso un loro accostamento alla figura del danno morale, che corrisponde ad una lesione effettivamente subita dal danneggiato, pertanto già pienamente inclusa nella nozione di risarcimento del danno<sup>90</sup>.

Tuttavia, la sentenza citata in nota dimentica da un lato la limitazione della nozione di contrarietà all'ordine pubblico affermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza sopra richiamata, dall'altro non considera minimamente i casi in cui, anche nel nostro ordinamento giuridico, il risarcimento del danno svolge le finalità di deterrenza sopra riscontrate. In particolare, nel negare *tout court* l'*exequatur* ad una sentenza straniera che condanna ai danni punitivi si confonde il piano del riconoscimento dell'efficacia

---

<sup>90</sup> Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1183.

diretta dell'istituto nell'ordinamento interno con quello dell'efficacia meramente indiretta, limitata ai rapporti internazionali – privatistici<sup>91</sup>.

Le oscillazioni della Suprema Corte sono state negli ultimi anni numerose, avendo essa talvolta aperto la strada verso un riconoscimento della natura polifunzionale del risarcimento del danno, in parte sanzionatoria, in parte ripristinatoria, per poi tornare sui suoi passi nell'affermare un'esclusiva funzione compensativa<sup>92</sup>.

Il dibattito attorno al tema dei danni punitivi si è fatto poi più animato proprio con l'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. nel 2009. In particolare, parte di quella dottrina che ha accolto la lettura della norma in chiave sanzionatoria – punitiva, svincolandola dall'ambito della responsabilità aggravata dei primi due commi pur richiedendo espressamente la presenza dell'elemento soggettivo, ha ammesso una sua possibile aderenza alla figura dei danni punitivi per la non necessaria prova del danno subito e per la valenza pubblicistica degli interessi in gioco<sup>93</sup>. La destinazione privata della condanna, in particolare, avallerebbe la tesi che riscontra nella fattispecie una funzione tanto risarcitoria, alla luce di un danno appunto punitivo, quanto deterrente – sanzionatoria. La duplice componente rinvenibile darebbe luogo ad un c.d. “danno strutturato”<sup>94</sup> e la punizione esemplare dell'autore del torto, che ha violato il principio di *fairness* processuale, svolgerebbe al contempo una funzione inibitoria oltre che retributiva. La finalità deflattiva del contenzioso sottesa alla norma, inoltre, permetterebbe di non riscontrare in essa una contrarietà con l'ordine pubblico al contrario rinvenuta nei danni punitivi veri e propri.

---

<sup>91</sup> Oliari, S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ.*, v. 9, 2007, p. 983 ss.

<sup>92</sup> Nel primo senso Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2010, n. 11353 e Cass. civ., Sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730; successivamente, in senso contrario Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781.

<sup>93</sup> Nicotra, D. F., *Responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.: una fattispecie di danno punitivo*, op. cit.; nello stesso senso Cass. civ., 3 maggio 2010, n. 10634, che parla a tal proposito di “condanne punitive”.

<sup>94</sup> Buffone, G., *Il ricorso c.d. anomalo al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità processuale aggravata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2186.

Tuttavia, sembrerebbe necessario distinguere tra la funzione preventiva che la responsabilità civile ha nel nostro ordinamento giuridico, ove la deterrenza appare connessa al presupposto della colpa e alla tutela di valori costituzionali, e quella che ricopre nell'ordinamento nordamericano, ove la deterrenza svolge un ruolo politico e di logica del mercato<sup>95</sup>.

Inoltre, è stata sottolineata la non corretta traduzione operata dai nostri tecnici del diritto del termine inglese *punitive damages*, ove il termine *damages* non fa riferimento ai danni sofferti dalla vittima, ma alla prestazione pecuniaria che l'autore dell'illecito deve corrispondere alla vittima, la quale pertanto viene ad assumere una natura indennitaria. L'indennizzo, più correttamente, può conseguire per volontà legislativa o contrattuale, che ne fissano i parametri, normalmente in conseguenza di una condotta lecita che tuttavia arreca danni ad altri<sup>96</sup>. Altri sottolineano l'opportunità di preferire la traduzione di "risarcimento punitivo" o "sanzionatorio", basato sul distinto impiego del termine singolare *damage* per indicare il concetto di danno rispetto al plurale *damages* riferito al risarcimento<sup>97</sup>.

Quella dei danni punitivi non costituisce, pertanto, un esempio di prestazione risarcitoria in quanto i danni punitivi non sono in realtà danni. Essa risulta infatti una prestazione sanzionatoria estranea alla fattispecie della responsabilità civile e ai danni concretamente subiti<sup>98</sup>. Si dovrebbe, allora, più correttamente parlare come detto di "risarcimenti punitivi", in tal modo riferendosi ad una sanzione che non compensa il

---

<sup>95</sup> Busnelli, F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, vol. 4, 2009, p. 909 ss.

<sup>96</sup> Buonauro, C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, p. 139 ss.

<sup>97</sup> De Franchis, F., *Dizionario giuridico – Law dictionary*, Milano, 1984, p. 610, 611; Castronovo, C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e diritto privato*, vol. 3, 2017, p. 789.

<sup>98</sup> Granelli, C., *In tema di <<danni punitivi>>*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, v. 6, p. 1760.

danno subito ma che arreca un danno nuovo al danneggiante<sup>99</sup>, secondo una funzione punitiva tipica della sanzione penale.

I danni punitivi vengono così ricondotti alla categoria delle pene private e viene affidato loro, per l'appunto, un ruolo di deterrenza all'interno del panorama della responsabilità civile<sup>100</sup>. La stessa Corte di Giustizia<sup>101</sup>, inoltre, ha ammesso la possibilità per il giudice nazionale di aumentare l'entità della condanna rispetto al danno causato per fini proprio deterrenti.

Tuttavia, la figura dei danni ultracompensativi mette in crisi il principio della certezza del diritto, poiché difetterebbe del requisito di prevedibilità del *quantum* dovuto dal danneggiante<sup>102</sup>.

L'art. 96, c. 3 c.p.c., allora, sembrerebbe aprire la strada verso uno strumento di prevenzione generale di comportamenti abusivi in ambito processuale che integrerebbe una fattispecie di sanzione punitiva, rimanendo tuttavia ancorato ai confini della responsabilità personale da cui non è possibile prescindere. Da tale considerazione parte della dottrina ha desunto, in conclusione, la necessità di riconoscere le sentenze straniere che condannano ai danni punitivi.

In tal senso si era orientata in un primo momento la Prima Sezione della nostra Cassazione<sup>103</sup>, che aveva sostenuto come l'istituto dei danni punitivi non dovrebbe

---

<sup>99</sup> Landini, S., *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e processo*, vol. 2, 2017, p. 263.

<sup>100</sup> Ghirga, M. F., *Abuso del processo e sanzioni*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p. 128, 129.

<sup>101</sup> Corte di Giust., Sez. III, sent. 13 luglio 2006, n. 295, causa da C-295/04 a C-298/04 (Manfredi e a.), ove si afferma che “una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni analoghe fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno”.

<sup>102</sup> Fava, P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2009, v. 4, p. 523 ss.

<sup>103</sup> Cass. civ., Sez. I, 18 aprile 2013, n. 9483.

essere considerato contrario all'ordine pubblico italiano *tout court*, dovendosi guardare agli specifici effetti che la norma straniera produce nel nostro ordinamento per verificare se, nel caso concreto, sia riscontrabile una liquidazione effettivamente abnorme, contrastante con i valori costituzionali primari. Tra questi bisognerebbe far rientrare, per taluno, quello della funzione esclusivamente compensatoria del rimedio risarcitorio. La stessa, pertanto, ha recentemente rimesso la questione alle Sezioni Unite<sup>104</sup>, chiamate in tal modo a pronunciarsi sulla conformità o contrarietà all'ordine pubblico italiano del riconoscimento di una sentenza straniera che condanni ai danni punitivi.

Le Sezioni Unite<sup>105</sup> sono finalmente intervenute sul tema chiarendo che *“posto che la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria, non può ritenersi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, dovendosi comunque verificare, ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera che statuisca in tal senso, che essa sia stata resa nell'ordinamento d'origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi ... dovendosi avere riguardo, sempre in sede di delibazione, agli effetti della sentenza e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.”*

La sentenza, dunque, recependo la posizione della Corte costituzionale<sup>106</sup>, riconosce la compatibilità della funzione sanzionatoria con il fine riparatorio caratterizzante la responsabilità civile, pur rimanendo quest'ultima la sua funzione generale. La prima rimane possibile limitatamente per quelle ipotesi espressamente previste dalla legge, in virtù del principio di legalità imposto dall'art. 23 Cost. La condanna sanzionatoria, pertanto, potrebbe accompagnare o essere prevalente rispetto a quella riparatoria, ma mai prescindere da essa, dovendo sempre essere legata alla necessaria riparazione di un danno. Tuttavia, presupposto per l'operatività della funzione sanzionatoria non è

---

<sup>104</sup> Cass. civ., Sez. I, ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978.

<sup>105</sup> Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

<sup>106</sup> Corte cost., sent. 11 novembre 2011, n. 303.

necessariamente l'integrale riparazione del danno subito dalla persona offesa, come si evince dalla recente legge n. 24 del 2017 in materia di responsabilità medica: il risarcimento svolge in tal caso una funzione anche premiale dal momento che il giudice può ridurre la condanna rispetto al danno subito se il medico ha rispettato le linee guida e le buone pratiche assistenziali<sup>107</sup>.

Il contrasto con l'ordine pubblico, poi, si realizza solamente quando al legislatore ordinario è precluso introdurre una norma analoga a quella straniera in quanto contraria a fondamentali valori costituzionali.<sup>108</sup>

La Suprema Corte, inoltre, richiama in sentenza un elenco di disposizioni normative nazionali quali tracce della categoria dei danni punitivi, tra le quali, affianco a quelle da noi sopra menzionate, rilevano l'art. 158 della legge 22 aprile 1941, n. 633, l'art. 124, c. 2, 131, c. 2 e 125 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, pur con i limiti posti dal considerando 26 della direttiva CE cd. Enforcement 2004/48, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, attuata dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, di cui si sottolinea la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria proclamata dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 8730 del 2011. L'art. 140, c. 7 del codice del consumo, ove si tiene conto della "gravità del fatto" ai fini della determinazione della somma di denaro da pagare per ogni inadempimento o ritardo nell'adempimento degli obblighi sanciti con il provvedimento conclusivo del giudizio. L'art. 18, c.14 dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva. L'art. 31, c. 2 della l. n. 392 del 1978, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata. Il d. lgs. n. 58 del 1998, art. 187 undecies, c. 2, in tema di intermediazione finanziaria. L'art. 28 del d. lgs n. 150 del 2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscano una ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero un'ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso, volti ad ottenere il

---

<sup>107</sup> Colamorea, F., *La funzione della responsabilità aquiliana: l'evoluzione della giurisprudenza*, op. cit.

<sup>108</sup> Spoto, G., *Risarcimento e sanzione*, op. cit.



rispetto del principio della parità di trattamento. E ancora, si vedano l'art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il d. lgs. n. 81 del 2015, art. 28, c. 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e l'antecedente norma di cui alla l. n. 183 del 2010, art. 32, c. 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento; la disciplina della subfornitura, di cui alla l. n. 192 del 1998, art. 3, c. 3 ed infine quella del ritardato pagamento nelle transazioni commerciali di cui agli artt. 2 e 5 del d. lgs. n. 231 del 2002.

Dalle sopra menzionate fattispecie le Sezioni Unite hanno desunto la molteplicità di funzioni che contraddistinguono l'istituto del risarcimento dei danni. Ad ogni modo, come sopra accennato, affermano che ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., oltre che in virtù degli artt. 24 e 25, che "*preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario*". Pertanto, la condanna al pagamento di una somma ulteriore rispetto a quella compensativa necessita di una norma di riconoscimento *ad hoc* che ne costituisca il fondamento.

La Corte conclude, infine, affermando che "*in tema di riconoscimento delle sentenze straniere, il concetto di ordine pubblico processuale è riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie. Non è pertanto ravvisabile una violazione del diritto di difesa in ogni inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto quando essa, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo. La tutela del diritto fondamentale ad un equo processo non va intesa come prerogativa assoluta, ma come mezzo per impedire, tramite l'esecuzione di sentenze, soltanto lesioni manifeste e smisurate del diritto delle parti al contraddittorio e alla difesa.*"

La compatibilità con il nostro ordine pubblico interno, pertanto, viene valutata in termini di rispetto delle garanzie costituzionali, normalmente vigenti in ambito penale,

dovendosi concludere in senso negativo qualora la condanna straniera sia stata inflitta nell'esercizio di un potere giurisdizionale discrezionale privo di parametri legali.

Ad ogni modo, la figura dei danni punitivi rientra in una di quelle ipotesi di *private enforcement* per la cui condanna è necessario richiedere l'intervento del giudice, che se pienamente ammessi nel nostro ordinamento permetterebbero di incrementare l'efficacia sanzionatoria e punitiva del sistema della responsabilità civile.

I nostri penalisti<sup>109</sup> tendono a vedere con favore la tipizzazione normativa dei danni punitivi proprio per l'efficacia deterrente che essi assicurerebbero rispetto a quelle condotte integranti un illecito cui non consegue un danno o cui consegue un danno inferiore alla gravità dell'offesa, oppure laddove l'arricchimento del danneggiante risulta superiore al danno risarcibile e, infine, ogni volta in cui il costo sociale dell'illecito appare superiore ai singoli risarcimenti dovuti, tentando la via di un'eticizzazione della responsabilità civile. L'intervento penale, in tal modo, diventerebbe realmente un'*extrema ratio*, dal momento che i danni punitivi rappresentano un esempio di strumento extrapenale proporzionato e sufficiente per conseguire i medesimi obiettivi di deterrenza e punizione ricercati dalle tipiche sanzioni penali.

L'inserimento dell'istituto dei danni punitivi nel sistema della responsabilità civile, quale forma d'innovativa pena che ne rafforzi la sua funzione preventivo – deterrente, rappresenterebbe infatti un'utile alternativa alla pena pubblica in quanto più efficace e maggiormente rispondente all'interesse della persona offesa. Essa sarebbe, invero, subordinata alla domanda di parte, pertanto quest'ultima parteciperebbe al procedimento giurisdizionale civile risarcitorio. Se venissero poi tipizzate forme di responsabilità oggettive relative o fosse introdotta un'inversione dell'onere delle prova a favore dell'attore in giudizio<sup>110</sup> l'effettività dell'intero sistema sarebbe certamente incrementata.

---

<sup>109</sup> Landini, S., *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, op. cit., p. 265; Gallo, P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 16.

<sup>110</sup> Bricola, F., *La riscoperta delle pene private*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 73 ss.

Siffatte innovazioni permetterebbero di agevolare quella riduzione del carico della giustizia penale che è perseguita dal legislatore moderno, come esaminato nel primo capitolo, favorendo la visione del risarcimento del danno come “terzo binario del diritto penale”<sup>111</sup>.

Tuttavia, la natura sostanzialmente penale dei danni punitivi rappresenta una delle principali argomentazione contrarie all’ammissione dell’*exequatur* delle sentenze straniere che ad essi condannano, quantomeno fino all’intervento delle Sezioni Unite del 2017.

Peraltro, la prevalente dottrina continua a non ammettere nel nostro sistema l’istituto in esame, ritenendo irragionevole configurare una condanna che procuri al danneggiato una somma ultracompensativa e, pertanto, indebita in quanto *sine titulo*.

Le stesse sanzioni pecuniarie civili introdotte nel 2016 sono state accomunate, da taluno<sup>112</sup>, proprio alla figura dei *punitive damages* in luogo di quella delle pene private: esse, come detto, si affiancano alla condanna risarcitoria e sono quantificate dalla legge in maniera autonoma rispetto al pregiudizio subito, trovando pertanto il loro fondamento nella legge e non nella volontà negoziale delle parti come avviene per le pene private. In esse appare accentuata la funzione sanzionatoria, inoltre, alla luce della rilevanza del mero dolo e non anche della colpa.

Tuttavia, le fattispecie a confronto divergono quando si guarda alla destinazione della sanzione, nella fattispecie interna rivolta alla Cassa delle Ammende, in quella dei danni punitivi al privato. L’innovativo rimedio pecuniario avente una funzione prevalentemente punitiva, infatti, rappresenta per parte della dottrina<sup>113</sup> una riprova del superamento della funzione meramente compensativa – riparatoria della responsabilità

---

<sup>111</sup> Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 5, 2016, p. 591 ss.

<sup>112</sup> Fioretti, F., *Depenalizzazione: prime riflessioni sul recente intervento di abrogazione di reati ed introduzione dei nuovi illeciti civili ad opera del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in [www.professionegiustizia.it](http://www.professionegiustizia.it)

<sup>113</sup> Masieri, C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*, in merito all’esercizio della delega di cui all’art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67, in *Dir. pen. cont.*, aprile 2015, p. 9 ss.

civile, presupposta dalla sanzione civile, il quale è ammesso tuttavia nei soli casi tassativamente indicati dal legislatore, e non per l'intera area della responsabilità civile.

Secondo coloro, al contrario, che ricollegano le sanzioni civili pecuniarie alle pene private, piuttosto che ai *punitive damages*, il legislatore ha rispettato gli imprescindibili requisiti costituzionali vigenti in materia sanzionatoria, in particolare il principio del *nulla poena sine lege*, della tipizzazione legislativa dell'illecito, dell'intenzionalità della condotta, dell'autonomia dell'entità della sanzione rispetto al danno e della predeterminazione dei parametri da utilizzare nella sua quantificazione<sup>114</sup>.

### **3. Cenni in merito all'abuso del processo.**

Abbiamo segnalato che parte della dottrina ha rinvenuto un esempio di "abuso del processo" nell'art. 96, c. 3 c.p.c. Si tratta di un tema che ha suscitato un acceso dibattito negli anni recenti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, a causa dell'incertezza legislativa che circonda l'istituto.

La figura dell'abuso del processo deriva dalla teorizzazione del c.d. abuso del diritto, situazione che si verifica per molti quando il diritto viene sviato dalla sua funzione sociale<sup>115</sup>. Esso trova il suo fondamento nella clausola generale di buona fede e nel divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 c.c. La nozione viene ricollegata al *détournement de pouvoir*, lo sviamento di potere tipico del diritto amministrativo di cui è ricca la giurisprudenza francese.

Tuttavia, molti criticano tale figura frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza sulla base del rilievo contraddittorio per cui il diritto finisce ove comincia l'abuso, pertanto l'abuso si colloca sempre al di là del diritto<sup>116</sup>, dovendosi parlare più che di abuso del diritto di eccesso del diritto.

Essendo poi il processo uno strumento volto alla tutela del diritto sostanziale, non può dirsi a priori se il primo si pone all'interno o al di là dei confini del secondo ogni volta

---

<sup>114</sup> Busnelli, F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, op. cit., p. 943.

<sup>115</sup> Josserand, L., *De l'abus de droit*, Parigi, 1905.

<sup>116</sup> Cattaneo, G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.

in cui sussiste una situazione di dubbio circa la sussistenza o insussistenza di quest'ultimo. Se, al contrario, è certa la sussistenza o insussistenza del diritto, lo strumento processuale non è concesso, e risulta integrato il suo abuso. Quest'ultimo, peraltro, si realizza anche quando la domanda risulta essere esorbitante in termini irragionevoli, in quanto si chiede troppo alla luce della scarsità della risorsa della giustizia<sup>117</sup> e si produce un'eccessiva quantità di *res litigiosa*.

A fronte di comportamenti di tal genere, pertanto, molti ritengono già sussistenti rimedi adeguati all'interno del nostro ordinamento, senza rendere necessaria la configurazione di un'apposita figura quale quella dell'abuso del diritto, tra cui spiccano quello della responsabilità civile o l'impiego della clausola generale di buona fede. Se, al contrario, si ammette la categoria dell'abuso del diritto, le sanzioni applicabili oscillano tra la negazione dell'efficacia dell'atto abusivo e la sua qualificazione in termini di illecito<sup>118</sup>.

Il problema che si rinviene in ambito processuale è quello di bilanciare pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, da un lato e ragionevole durata del processo e doveri di solidarietà, dall'altro<sup>119</sup>. Infatti il processo, prima che strumento a disposizione dei privati per ottenere la tutela delle loro situazioni sostanziali, è una risorsa scarsa a disposizione della collettività<sup>120</sup>. Tale bilanciamento, tuttavia, può per molti essere fondato sul parametro della ragionevolezza senza che sia necessario configurare l'istituto dell'abuso del processo<sup>121</sup>.

Il presidente della Corte di Cassazione ha rinvenuto, nella sua relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2008, il fenomeno dei *free riders* in materia di

---

<sup>117</sup> Dell'Olio, M., *L'abuso del processo del lavoro. Rimedi nella legislazione vigente?*, in *L'abuso del processo del lavoro. Atti del Convegno di studi. Messina, 28 – 29 ottobre 1994*, a cura di Panuccio, V., Milano, 1997, p. 99 ss.

<sup>118</sup> Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 15 ss.

<sup>119</sup> Biavati, P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 475 ss.

<sup>120</sup> Ghirga, M. F., *L'abuso del processo e sanzioni*, op. cit., p. 22, 23.

<sup>121</sup> Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu, A. – Messineo, F. – Mengoni, L., Milano, 1980, p. 382.

giustizia, come spesso riscontrato con riferimento ad altri beni pubblici, ovverosia di quei soggetti che usufruiscono di un bene pubblico, il cui costo è sopportato dalla collettività, per conseguire utilità individuali, in tal modo aggravando il costo per gli altri consociati.

L'abuso del processo in esame, tuttavia, è difficilmente rintracciabili per coloro che guardano al processo come giuoco, in quanto il rispetto delle regole del gioco da parte dei giocatori impedisce di rinvenire alcuna ipotesi di illecito<sup>122</sup>.

Il principio della ragionevole durata del processo, più nel dettaglio, concretizza il diritto di agire in giudizio, il quale deve essere attuato tanto per mezzo dell'organizzazione della giustizia quanto delle regole processuali. Si è passati infatti dal processo come funzione pubblica al processo come servizio pubblico<sup>123</sup>, che assume non tanto lo scopo di fornire una prestazione al cittadino, ma di mantenere la stabilità dello Stato<sup>124</sup>.

Con la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. e l'introduzione del principio del giusto processo regolato dalla legge, infatti, è stato valorizzato l'elemento deontologico che impone di verificare il rispetto dei canoni di correttezza e lealtà da parte di chi tiene un comportamento nel processo, la violazione dei quali comporta una lesione delle legittime aspettative della controparte. Tuttavia, il nostro ordinamento pecca di genericità in termini di tipizzazione tanto dei casi di abuso del processo, quanto dei rimedi sanzionatori, essendo previsti solamente doveri generali e generiche sanzioni<sup>125</sup>.

Se da un lato, dunque, l'art. 111 Cost. permette di riaffermare il principio di lealtà processuale, dall'altro il divieto di abuso del processo appare implicitamente ricompreso nel concetto di giusto processo, che impone di tutelare la *ratio* sottesa ad ogni istituto processuale alla luce del principio di ragionevolezza<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Taruffo, M., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p. 21.

<sup>123</sup> Tropea, G., *L'abuso del processo amministrativo*, op. cit., p. 253 ss.

<sup>124</sup> Volpe, F., *La sanzione pecuniaria prevista per i ricorsi "temerari"*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>125</sup> Comoglio, L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 330.

<sup>126</sup> Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, op. cit., p. 61.

Quando il ricorso all'azione o alla difesa in giudizio diventa eccessivo rispetto alla funzione ad essi attribuita dal legislatore, infatti, è possibile causare un danno al corretto funzionamento della giustizia e ostacolarne gli ingranaggi.

Il comportamento delle parti diviene abusivo quando, nel caso concreto, esso non persegue il fine avuto di mira dal legislatore nel predisporre quello strumento processuale<sup>127</sup>, ma si propone di conseguire effetti giuridici esterni al processo che la legge fa discendere dalla litispendenza<sup>128</sup>, in particolare quando si agisce o resiste per fini diversi dall'accoglimento o rigetto della domanda<sup>129</sup>. Per altri, in termini più ampi, l'abuso si realizza ogni volta in cui l'azione proposta, sebbene astrattamente fondata nel merito, viene accompagnata da comportamenti scorretti<sup>130</sup>.

La richiamata deviazione dell'atto dal suo scopo impone di chiarire preliminarmente che cosa si intenda con il termine scopo dell'atto: con questo ci si riferisce, infatti, da un lato alla funzione dell'atto processuale, dall'altro all'effetto giuridico che ad esso la legge ricollega<sup>131</sup>.

La giurisprudenza, infatti, ha sancito che il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice di impedire quei comportamenti che ostacolano una sua sollecita definizione, tra cui quelli che comportano “*un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue*”, addirittura ammettendo l'organo giudicante ad interpretare la legge contro il suo tenore letterale<sup>132</sup>. Proprio in quanto strumento di giustizia, non potrebbe essere escluso un potere di intervento del

---

<sup>127</sup> Taruffo, M., *L'abuso del processo: profili generali*, op. cit., p. 39 ss.

<sup>128</sup> De Stefano, G., *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 586.

<sup>129</sup> Ventura, L., *Le parti sociali*, in *L'abuso del processo del lavoro. Atti del Convegno di studi*, op. cit., p. 16.

<sup>130</sup> Rescigno, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 2001, p. 288.

<sup>131</sup> Per la prima accezione Denti, V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Nss. dig. it.*, vol XI, Tornio, 1965, p. 477; per la seconda Taruffo, M., *Elementi per una definizione di <<abuso del processo>>*, in *Diritto privato III*, di AA. VV., Padova, 1997, p. 440.

<sup>132</sup> Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2008, n. 26373.

giudice nel processo<sup>133</sup>, il quale è sempre tenuto a provvedere a un sollecito e leale svolgimento del procedimento ai sensi dell'art. 175 c.p.c.

Siffatto percorso è tuttavia fortemente criticato dalla dottrina, che ammette la prospettata interpretazione costituzionalmente orientata della norma, in particolare alla luce dell'art. 111 Cost., solamente a fronte di suoi possibili significati molteplici, non anche per contrastare il chiaro testo normativo che non generi alcuna incertezza<sup>134</sup>.

Taluno ritiene che l'abuso del processo svolga la funzione di rimedio giurisprudenziale ad un errore normativo, altri, al contrario, quella di reazione a fronte di un uso improprio di istituti processuali impeccabili<sup>135</sup>.

In realtà, non tutta la dottrina condivide la nozione di abuso del processo, in quanto taluno rileva che mentre è corretto parlare di abuso del diritto sostanziale, il quale attribuisce un bene della vita o un'utilità, non si può dire lo stesso dell'abuso del processo, che è meramente strumentale alla tutela del primo, così ritenendo più opportuno parlare eventualmente di abuso "nel" processo, perpetuato mediante atti processuali pretestuosi in esso praticati<sup>136</sup>.

Con il termine abuso "del" processo altri si riferiscono, invece, più generalmente all'abuso della tutela giurisdizionale nel suo complesso, che comprende anche le fattispecie di abuso "nel" processo<sup>137</sup>.

Dalla costituzionalizzazione del principio del giusto processo, in particolare, si è desunto che la violazione di siffatto postulato possa essere integrata quando, pur rispettate le regole formali che lo governano, l'atto processuale miri ad ostacolare l'effettività e l'efficienza dell'erogazione del servizio della giustizia.

---

<sup>133</sup> Verde, G., *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 680.

<sup>134</sup> Bove, M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010, p. 23.

<sup>135</sup> Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, op. cit., p. 93.

<sup>136</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, III ed., Bologna, 2012, p. 89.

<sup>137</sup> Taruffo, M., *L'abuso del processo: profili generali*, op. cit., p. 19.



La libertà delle parti di agire entro i confini ammessi dalla legge processuale si scontra, infatti, con il limite dell'efficienza della giustizia civile, la quale deve produrre risultati giusti e rispettosi del principio della ragionevole durata del processo. Ogni ostacolo a tale attuazione diviene un abuso del processo. Risulta pertanto fondamentale trovare un equo bilanciamento tra il diritto di azione, di difesa e alla prova, da un lato, ed il principio dell'efficienza del processo, a sua volta essenziale per garantire l'attuazione dei precedenti valori, che non possono ad ogni modo essere sacrificati in maniera irragionevole<sup>138</sup>. Infatti, l'inviolabilità di un diritto non implica il divieto di una sua regolamentazione, la quale deve tuttavia essere sempre ragionevole e non indebitamente limitativa<sup>139</sup>.

Impiegare poi la “buona fede” come criterio di *discrimen* tra l'abuso e il non abuso, come avviene in molti ordinamenti, sarebbe fonte di eccessiva discrezionalità in capo al giudice e di pericolo in termini di certezza del diritto, tanto per l'indeterminatezza e vaghezza del criterio menzionato, quanto perché il giudice verrebbe indotto a disapplicare molte regole codicistiche<sup>140</sup>.

Il fondamento della tesi che ammette l'impiego del criterio da ultimo richiamato si rinviene nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e nel principio di buona fede processuale ricavato dall'art. 88 c.p.c. Tuttavia, il parametro di riferimento più corretto è apparso quello dell'abuso in senso oggettivo, che guarda agli effetti del comportamento tenuto e alla sua compatibilità o contrasto con i valori generali in materia di funzionamento ed efficienza della giustizia<sup>141</sup>. Peraltro, le sanzioni sancite negli artt. 88, c. 2, 89, c. 2, 92 e 96 c.p.c. sono state ritenute sufficienti tanto da non richiedere la configurazione di un'autonoma nozione di abuso del processo<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Taruffo, M., *L'abuso del processo: profili generali*, op. cit., p. 30 ss.

<sup>139</sup> Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, op. cit. p. 65, 66.

<sup>140</sup> Tropea, G., *L'abuso del processo amministrativo*, op. cit., p. 311.

<sup>141</sup> Taruffo, M., *L'abuso del processo: profili generali*, op. cit., p. 41.

<sup>142</sup> Scarselli, G., *Sul c.d. abuso del processo*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale, Urbino, 23 – 24 settembre 2011*, p. 177.

La buona fede in senso oggettivo è stata per molti attuata dalla figura dell'*exceptio doli generalis*, con cui il convenuto sottopone al giudice la contrarietà dell'accoglimento della domanda ad una norma di diritto positivo. Essa, diversamente dalla figura dell'abuso del processo, è un mezzo di difesa processuale che paralizza la pretesa quando quest'ultima è esercitata giudizialmente e richiede una vicenda intersoggettiva. L'abuso, al contrario, comporta un controllo sulla razionalità delle scelte effettuate nell'esercizio di un diritto, per il quale sono plausibili rimedi diversi dal semplice rigetto della pretesa<sup>143</sup>. Il rimedio del divieto di abuso costituisce inoltre un rimedio più flessibile rispetto a quello dell'*exceptio doli*, che non presuppone necessariamente un comportamento per l'appunto abusivo<sup>144</sup>. Anche l'eccezione in esame, pertanto, viene criticata in quanto lascia ugualmente all'interprete ampi margini di disapplicazione del diritto positivo.

Le Sezioni Unite<sup>145</sup> hanno ritenuto sussistente un'ipotesi di abuso del processo, per la prima volta, a fronte di un frazionamento del credito che non rispondeva ad alcun interesse meritevole del creditore, così prolungando indebitamente il vincolo obbligatorio del debitore e pregiudicando tanto quest'ultimo in termini economici, a causa dei maggior interessi moratori dovuti, della rivalutazione monetaria e delle spese processuali, quanto il funzionamento della giustizia.

Tuttavia, parte della dottrina ha criticato la soluzione giurisprudenziale sostenuta in tale *leading case*, che ha aperto la strada ad un acceso dibattito in merito alla figura dell'abuso del processo, ritenendo che alla stessa si sarebbe dovuti arrivare con diversa motivazione, in particolare in termini di limiti oggettivi del giudicato. Infatti, quando viene dedotto in giudizio un diritto inerente ad un rapporto giuridico, oggetto del processo e dunque del giudicato è l'intero rapporto, che comprende i presupposti e gli antecedenti logici necessari, oltre che il dedotto e deducibile<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Tropea, G., *L'abuso del processo amministrativo*, op. cit., p. 313.

<sup>144</sup> Meruzzi, G., *L'«exceptio doli» dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 458 ss.

<sup>145</sup> Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726.

<sup>146</sup> Scarselli, G., *Sul c.d. abuso del processo*, op. cit., p. 169, che richiama tra le altre la sentenza della Cass. civ., Sez. lav., 21 dicembre 2010, n. 25862.

Le fattispecie abusive, in particolare, configurano per la Suprema Corte un abuso “del” processo, in chiave privatistica, ogni volta come detto che un atto processuale viene utilizzato per conseguire scopi diversi da quelli cui è destinato, producendo intenzionalmente effetti pregiudizievoli nei confronti della controparte. In chiave pubblicistica, ribadisce inoltre, siffatto abuso comporta una violazione dei principi del giusto processo e della sua ragionevole durata<sup>147</sup>, a causa della tenuta di un comportamento lesivo del canone di buona fede oggettiva e di correttezza ed in violazione del dovere di solidarietà di cui all’art. 2 Cost.<sup>148</sup> La Corte conferma che si realizza, al contrario, un abuso “nel” processo quando l’atto compiuto ha uno scopo solamente dilatorio, che causa uno spreco della risorsa della giustizia, per sua natura non infinita<sup>149</sup>.

Altri esempi di abuso “nel” processo si hanno quando si instaura una causa per distogliere il convenuto dal suo giudice naturale (nelle ipotesi in particolare di *forum shopping*), o per prevenire l’iniziativa del convenuto, senza tuttavia avere interesse all’azione; oppure per ottenere una pronuncia pregiudiziale, per superare il giudicato già formatosi su una questione, o ancora per fini esclusivamente dilatori sfruttando i vincoli di pregiudizialità<sup>150</sup>. Originariamente si pensava all’abuso del processo con riferimento ai soli casi in cui si agiva in giudizio per influire psicologicamente sull’avversario, per lederne l’onore o per fini di vendetta<sup>151</sup>.

Il ventaglio delle possibili sanzioni irrogabili contro comportamenti di tal genere prospetta tre fondamentali alternative: in primo luogo, il potere del giudice di sindacare

---

<sup>147</sup> Romualdi, G., *Dall’abuso del processo all’abuso del sistema della giustizia*, Torino, 2013, p. 15.

<sup>148</sup> Cordopatri, F., *L’abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p. 63.

<sup>149</sup> Ronco, A., *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. it.*, 2008, p. 929.

<sup>150</sup> Romualdi, G., *Dall’abuso del processo all’abuso del sistema della giustizia*, op. cit., p. 2, 3; lo scopo dilatorio integra un abuso del processo anche per la pronuncia del Trib. Genova, Sez. II, 27 luglio – 12 settembre 2006, n. 3144.

<sup>151</sup> De Stefano, G., *Note sull’abuso del processo*, op. cit., p. 584.

la correttezza della condotta della parte, in secondo luogo le sanzioni pecuniarie e infine l'invalidità della domanda di parte<sup>152</sup>.

La sanzione prescelta dal legislatore, tuttavia, non è stata quella dell'inammissibilità della domanda o della nullità dell'atto processuale, come nel caso di abuso del diritto sostanziale, per le quali risulta sempre necessario l'intervento del legislatore alla luce della riserva di legge in materia processuale ex art. 111 Cost. Piuttosto sembrerebbe essere stata prescelta una sanzione pecuniaria, quella dell'art. 96 c.p.c., che guarda non all'atto ma al comportamento della parte che ha esercitato in maniera illegittima la discrezionalità attribuita dalla legge<sup>153</sup>.

Quando si violano le norme processuali normalmente queste stesse individuano infatti le conseguenze dell'atto illecito in termini di nullità, annullabilità, impugnabilità, inammissibilità, preclusioni, risarcimenti, ammende etc... La condotta abusiva, al contrario, deve essere una condotta lecita, in quanto ammessa o imposta dalla legge processuale come una delle alternative possibili che la parte deve discrezionalmente scegliere. Tuttavia, la liceità si misura anche in termini di rispetto del dovere di agire secondo "*lealtà e probità*" sancito dall'art. 88 c.p.c., dunque secondo valori valutabili positivamente da un punto di vista morale ed etico<sup>154</sup>. Proprio la violazione di tale dovere, che rende illecita la condotta processuale altrimenti lecita, sembrerebbe essere sanzionata dalla condanna equitativa del giudice di cui all'art. 96, c. 3 c.p.c..

Bisogna inoltre rilevare che gli strumenti sanzionatori connessi alla violazione dei doveri processuali gravanti sulle parti, quali quelli dettati dagli artt. 88, c. 2, 92 e 96 c.p.c., svolgono la funzione deterrente di evitare che la condotta processuale della parte, formalmente valida, alteri e pregiudichi la paritaria posizione delle parti nell'esercizio delle loro prerogative processuali<sup>155</sup>. Tali sanzioni, è opportuno ribadire, colpiscono il comportamento della parte e non l'atto processuale.

---

<sup>152</sup> Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, op. cit., p. 307.

<sup>153</sup> Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, op. cit., p. 90.

<sup>154</sup> Taruffo, M., *L'abuso del processo: profili generali*, op. cit., p. 22 ss.

<sup>155</sup> Carratta, A., *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 47 ss.

Nell'ambito dei rimedi bisogna più nel dettaglio distinguere tra rimedi general – preventivi e rimedi sanzionatori. I primi tentano di neutralizzare i vantaggi perseguiti con la condotta abusiva facendo discendere conseguenze negative per colui che tiene il comportamento abusivo, quali l'imposizione di una cauzione cui subordinare l'ammissibilità di una domanda o la revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio; i secondi consistono nell'imposizione di pene pecuniarie, quali quella descritta dall'art. 96, c. 3 c.p.c.<sup>156</sup>

Le Sezioni Unite del 2007, al contrario, in un primo momento hanno ritenuto sanzionabile la domanda in termini di inammissibilità alla luce del fondamento pubblicistico dell'illecito in esame, sanzione che prescinde qui dall'interesse ad agire e dalla fondatezza della domanda, ma che guarda alle modalità con cui la tutela viene richiesta<sup>157</sup>. Successivamente, tuttavia, la stessa Corte<sup>158</sup> ha dichiarato non applicabile la sanzione menzionata in una lite in cui l'abuso era stato integrato non mediante l'accesso in sé al processo, ma proprio per le modalità con cui esso era avvenuto. La sanzione in questione, peraltro, viene ritenuta poco effettiva nella maggior parte dei casi in cui l'abuso dipende da una scelta non tanto della parte, quanto del suo difensore.

L'inammissibilità della domanda sarebbe in particolare dovuta, per quella parte della dottrina che ammette il giudice a valutare la meritevolezza della tutela, alla mancanza di un interesse ad agire che legittima all'azione ai sensi dell'art. 100 c.p.c. Tale norma, infatti, verrebbe interpretata nel senso non solo di individuare una soddisfazione del diritto leso nel provvedimento richiesto al giudice, ma anche di valutare, appunto, la meritevolezza della domanda.

Tuttavia, con l'introduzione dell'art. 96, c. 3 c.p.c., prima traccia normativa del concetto di abuso del processo, la sanzione dell'inammissibilità sembra come preannunciato essere stata superata da quella di una condanna pecuniaria che opera all'interno del processo, e non a preclusione del processo, rimanendo pertanto il giudice tenuto ad

---

<sup>156</sup> Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, op. cit., p. 310 ss.

<sup>157</sup> Ghirga, M. F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 89 ss.

<sup>158</sup> Cass. civ., Sez. I, ordinanza 3 maggio, 2010, n. 10634.

assumere una decisione sul merito della causa. L'inammissibilità peccherebbe, infatti, di fondamento positivo, necessario in virtù della riserva di legge prescritta in ambito processuale, oltre a porre in discussione il fondamentale principio di cui all'art. 24 Cost.

La teoria della meritevolezza della tutela, che introduce un filtro rispetto alla proponibilità della domanda, peraltro viene criticata in quanto porterebbe a una pronuncia di rito, mentre la condotta attorea illecita dovrebbe giustificare un rigetto nel merito della domanda, tale da dare origine ad un giudicato materiale<sup>159</sup>.

Inoltre, la Suprema Corte<sup>160</sup> ha ritenuto possibile escludere la ripetizione delle spese eccessive o superflue per la parte vittoriosa in giudizio quando questa abbia violato i doveri di cui all'art. 88 c.p.c., rendendo in tal modo anche la pronuncia sulle spese una vera sanzione risarcitoria e non una condanna meramente indennitaria<sup>161</sup>.

Oltre alle sanzioni richiamate, inoltre, parte della dottrina ne ha ipotizzato delle altre: in primo luogo si è detto che la pubblicazione della sentenza di cui all'art. 120 c.p.c. può contribuire a riparare il danno da lite temeraria e, comunque, svolge una funzione anche punitiva; in secondo luogo, come in parte visto, una lettura costituzionalmente orientata ha ipotizzato il possibile rigetto in rito della domanda per carenza di interesse ad agire, o meglio, di meritevolezza della tutela, considerata questa una condizione dell'azione<sup>162</sup>. A queste ultime si devono aggiungere le sanzioni penali previste a fronte di fattispecie di reati, quali l'abuso d'ufficio, il favoreggiamento personale, la responsabilità disciplinare dei magistrati o, in particolare, degli avvocati<sup>163</sup>.

Ad ogni modo, la lettura pubblicistica dell'art. 96, c. 3 c.p.c. sostiene che il giudice venga da tale fattispecie dotato di poteri discrezionali e officiosi per reprimere l'uso

---

<sup>159</sup> Dalla Massara, T., *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in Riv. dir. civ., v. 2, 2008, p. 235.

<sup>160</sup> Cass. civ., Sez. III, ordinanza 2 dicembre 2008, n. 28627.

<sup>161</sup> Cordopatri, F., *L'abuso del processo, II, diritto positivo*, Padova, 2000, p. 260.

<sup>162</sup> Ghirga, M. F., *Abuso del processo e sanzioni*, in Atti del XXVIII convegno nazionale, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p. 146 ss.

<sup>163</sup> Notaro, D., *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e responsabilità penale*, Torino, 2015, p. 21 ss.

abusivo dell'azione e della difesa. Quello descritto dalla norma viene considerato un illecito civile e non amministrativo, che lede tanto la controparte quanto lo Stato<sup>164</sup>.

Un'ulteriore applicazione giurisprudenziale del principio dell'abuso del processo, inoltre, si è vista con riferimento alla condotta che viene *contra factum proprium* per ragioni meramente opportunistiche, rilevata dal Consiglio di Stato<sup>165</sup> ogni volta in cui una parte solleva l'eccezione di giurisdizione in appello rispetto al giudice amministrativo dalla stessa adito, con il fine esclusivo di sottrarsi al giudizio e in evidente violazione del principio della ragionevole durata del processo. Tale principio viene considerato normalmente una concreta manifestazione dell'*exceptio doli generalis* sopra richiamata. La stessa soluzione è stata peraltro adottata dalle Sezioni Unite del 2016 in ambito civile, con una sentenza già esaminata nel precedente capitolo<sup>166</sup>.

Altra importante questione da esaminare, inoltre, è quella del rapporto tra abuso del processo e lite temeraria. Parte della giurisprudenza<sup>167</sup>, infatti, ritiene che le due fattispecie coincidano. La lite temeraria è integrata da chi soccombe dopo aver agito o resistito in giudizio con dolo o colpa grave, secondo quanto previsto dalle fattispecie dettate dall'art. 96, c. 1 e c. 2 (qui nelle limitate ipotesi che rendono bastevole la colpa lieve), colpite da una sanzione di natura risarcitoria<sup>168</sup>.

Se, al contrario, si rende l'abuso autonomo dall'ipotesi di lite temeraria, il risarcimento assume una natura sanzionatoria sebbene non si possa comunque prescindere dalla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo, in base a quanto sopra visto, quanto meno in termini di colpa live come avviene nel caso di violazione dei doveri di lealtà e probità.

La nozione di abuso, in particolare, per taluno viene confusa con quella di lite temeraria in quanto l'art. 96, c 3 c.p.c. pretende il presupposto della soccombenza, non richiesto al

---

<sup>164</sup> Tropea, G., *L'abuso del processo amministrativo*, op. cit., p. 411.

<sup>165</sup> Cons. di Stato, Sez. V, sent. 7 febbraio 2012, n. 656.

<sup>166</sup> Vedi sopra, 220.

<sup>167</sup> Cass. civ., Sez. Un., 15 dicembre 2010, n. 25304.

<sup>168</sup> Romualdi, G., *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema della giustizia*, op. cit., p. 49.

contrario dall'art. 91 c.p.c. ai fini della condanna alle spese; tuttavia, l'illecito tipizzato sembra prescindere dalla temerarietà e dai suoi presupposti indicati nei primi due commi, particolarmente dall'elemento soggettivo. Parte della dottrina cerca pertanto di chiarire la confusione giurisprudenziale tra abuso e lite temeraria ritenendo il primo integrato quando, compiuta un'attività formalmente ineccepibile, questa raggiunge uno scopo ulteriore rispetto a quello desiderato, a prescindere dalla componente soggettiva e dall'apprezzamento di merito<sup>169</sup>.

E' opportuno ribadire, infatti, che le novità introdotte dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c. rispetto ai primi due sono che la condanna può intervenire d'ufficio, essa non richiede la prova del danno e la sua quantificazione avviene secondo equità, in assenza di limiti minimi o massimi.

Tuttavia, sebbene ci si trova d'accordo sulla necessità di distinguere tra le figure di abuso del processo e di lite temeraria, che non devono essere confuse, si ribadisce che la lettura sanzionatoria dell'art. 96, c. 3 c.p.c. non può prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo in capo al responsabile, che solo giustifica la punizione pubblica. Nonostante ciò, da tale presupposto non si deve desumere la necessaria natura risarcitoria della condanna inflitta, la quale prende in considerazione, oltre all'elemento soggettivo, il soggetto leso e la sua reintegrazione patrimoniale, requisiti al contrario mancanti nella condanna in esame.

Il criterio di *discrimen*, in particolare, sembrerebbe essere che mentre la condanna per lite temeraria presuppone l'accertamento negativo dell'esistenza del diritto di agire in giudizio, quella della sanzione pecuniaria presuppone semplicemente un comportamento processuale, integrato anche con un mero atto, tale da sviare il processo dalla sua funzione istituzionale<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Cordopatri, F., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, op. cit., p. 52 ss., che richiama a sostegno della prima posizione le decisioni della Cass. civ., Sez. I, ordinanza 3 maggio 2010, n. 10634 e Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726; a sostegno della seconda richiama, invece, le sentenze della Cass. civ., Sez. Un., 10 aprile 2000, n. 108 e Cass. civ., Sez. III, 22 dicembre 2011, n. 28286.

<sup>170</sup> Cordopatri, F., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, op. cit., p. 85.



La responsabilità processuale, infatti, veniva da Chiovenda<sup>171</sup> subordinata a due presupposti: da un lato, la temerarietà della lite, che è tipica del litigante che vuole affliggere la controparte con dolo o colpa grave; dall'altro, il plausibile fondamento della pretesa, che configura l'esimente della responsabilità.

Per quella parte della dottrina, dunque, che scorge dietro il nuovo terzo comma dell'art. 96 uno stratagemma legislativo volto a rendere più efficace l'istituto della responsabilità processuale di cui ai primi due commi, grazie alla pronuncia d'ufficio e alla liquidazione in via equitativa, non è possibile ammettere cittadinanza all'istituto dell'abuso del processo. Di questo, infatti, si dice che non si rinvergono sufficienti fondamenti normativi, essenziali per il rispetto del principio di legalità, né alcuna norma giustifica una valutazione del giudice circa la meritevolezza della tutela che legittimi il mancato esame nel merito di una domanda processuale come da taluno ipotizzato<sup>172</sup>. In tal caso sarebbe integrata un'ipotesi di diniego di giustizia, che connoterebbe di eccessiva autoritarità il nostro sistema processuale.

L'ammissibilità della figura dell'abuso del processo, al contrario, viene giustificata da parte della dottrina solamente qualora sia realizzato un abuso del diritto costituzionale di chiedere e ottenere la tutela del diritto soggettivo, superando quelle opinioni che legavano la fattispecie dell'art. 24 Cost. *tout court* al diritto di adire il giudice (si parlava a tal proposito di *azione in concreto*) o di ottenere dal giudice un qualsiasi provvedimento (qui parlandosi di *azione in astratto*). L'azione, infatti, deve sempre essere diretta all'attuazione della legge e del diritto sostanziale nei confronti della controparte, per tale ragione non può che essere fondata<sup>173</sup>.

La stessa violazione del dovere di cui all'art. 88 c.p.c. viene sanzionata poiché essa pregiudica l'effettività della tutela del diritto sostanziale, che impone di usare correttamente lo strumento processuale attribuito dal legislatore<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Chiovenda, G., *La condanna nelle spese giudiziale*, II ed., Roma, 1935, p. 114, 175.

<sup>172</sup> Scarselli, G., *Sul c.d. abuso del processo*, op. cit., p. 184, 185.

<sup>173</sup> Cordopatri, F., *L'abuso del processo, II, diritto positivo*, op. cit., p. 156 ss.

<sup>174</sup> Verde, G., *Profili del processo civile, II, Processo di cognizione*, Napoli, 2008, p. 11 ss.

Nella medesima ottica si pone la recente sentenza della Corte costituzionale<sup>175</sup>, che, con riferimento ad un'altra tipica sanzione che colpisce il non corretto uso del diritto di azione, quello della condanna alle spese giudiziarie della parte totalmente soccombente, considera parte della norma illegittima in quanto eccessiva, statuendo che *“la rigidità di tale tassatività ridonda anche in violazione del canone del giusto processo (art. 111, primo comma, Cost.) e del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, primo comma, Cost.) perché la prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevedibile ed imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti”*.

Da ciò è conseguita la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. *“nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa non di meno compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni”*, diverse da quelle espressamente previste dal legislatore (*“assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”*).

Nella valutazione dei costi e benefici che le parti del processo elaborano prima di decidere se agire o resistere in giudizio, infatti, le spese del giudizio si pongono come fondamentale incentivo o disincentivo<sup>176</sup>.

Dalle considerazioni svolte si può desumere che l'art. 96, c. 3 c.p.c. viene considerato uno strumento idoneo a superare il problema alla base della crisi del processo civile: quello della sproporzione tra domanda di giustizia proveniente dai privati e sua offerta da parte dello Stato, alla luce dei principi di cui agli artt. 3, 24 e 97 Cost.

Tuttavia, piuttosto che intervenire sul problema migliorando e adattando l'offerta del servizio della giustizia alla domanda, il legislatore ha introdotto svariati meccanismi che agiscono su quest'ultima cercando di contrarla. Tra questi rientrano gli esempi menzionati nel precedente capitolo e, ora, quello dell'abuso del processo, che dota il giudice di un peculiare potere sanzionatorio. In tal modo si denota una pericolosa limitazione giurisprudenziale del diritto di azione e di difesa, non consentita dalla legge

---

<sup>175</sup> Corte cost., sent. 19 aprile 2018, n. 77.

<sup>176</sup> De Luca, M., *L'abuso del processo del lavoro. Rimedi nella legislazione vigente?*, op. cit., p. 92, 93.

e peraltro non necessaria, in quanto i comportamenti qualificati come abusivi potrebbero essere repressi tramite istituti giuridici già presenti nel nostro ordinamento, quali quelli menzionati del giudicato o delle spese processuali<sup>177</sup>.

Deflazionare il carico giudiziario è infatti qualcosa di diverso dal deflazionare la domanda di giustizia. Con il primo si vuole ridurre il carico di lavoro prodotto da ogni processo, cercando in particolare di trovare una soluzione in corso di lite che permetta di risparmiare i tempi e i costi che l'intero *iter* processuale che conduce a sentenza genererebbe<sup>178</sup>.

L'istituto in esame incarna, pertanto, un ulteriore esempio di innovativo strumento processuale avente una funzione deterrente, quella di disincentivare la parte dal curare processi pretestuosi, che cerca di risolvere il problema dell'eccessivo carico della nostra magistratura civile toccando tuttavia le corde del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale, che potrebbe esserne intaccato al di là di quanto consentito dal doveroso bilanciamento con gli altri principi costituzionali, in particolare quelli affermati dall'art. 111 Cost.

Al contrario, sembrerebbe necessario garantire gli obiettivi di efficienza della giustizia civile e di ragionevole durata dei processi intervenendo sull'organizzazione del servizio della giustizia, problema non del giudice ma dello Stato. Questo è in effetti intervenuto sanzionando i comportamenti dilatori, tuttavia le incertezze sopra rilevate a proposito della fattispecie di cui all'art. 96, c. 3 c.p.c. rischiano di trasformare tale sanzione, se letta in chiave di abuso del processo, in uno strumento che ostacola il libero esercizio del diritto di azione e di difesa a causa dell'eccessiva dilatazione del potere discrezionale del giudice<sup>179</sup>.

Il pericolo sotteso a tale norma è quello di caricare in misura eccessiva le parti processuali senza riuscire a svolgere per tale via una funzione educativa della

---

<sup>177</sup> Scarselli, G., *Sul c.d. abuso del processo*, op. cit., p. 167 ss e Balena, G., *Intervento al XXVIII Convegno nazionale*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p. 230.

<sup>178</sup> Pivetti, M., *Intervento*, in *L'abuso del processo del lavoro. Atti del Convegno di studi*, op. cit., p. 172.

<sup>179</sup> Verde, G., *Intervento al XXVIII Convegno nazionale*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p.198 ss.

collettività, semplicemente intimidendo i consociati e dissuadendoli dall'esercizio dei loro diritti<sup>180</sup>.

L'abuso in questione, infatti, contrasterebbe con la concezione liberale del processo civile, fondata sulla libertà dell'attività di difesa tecnica degli avvocati<sup>181</sup>. Il diritto di difesa, in particolare, non ammetterebbe limitazioni in nome di alcun interesse generale.

Tuttavia, la Corte costituzionale<sup>182</sup> ha dichiarato che una sanzione pecuniaria legata alla reiezione del ricorso, volta a scoraggiare l'abuso del potere di impugnazione, e dunque si deve desumere anche quello di agire in primo grado, non è di per sé in contrasto con l'assolutezza del diritto alla tutela giurisdizionale. L'illegittimità viene dalla stessa riscontrata quando la sanzione viene applicata automaticamente<sup>183</sup>, senza una possibile valutazione del giudice circa la colpa del presunto responsabile e delle circostanze del caso concreto. Gli ostacoli alla tutela giurisdizionale, infatti, non devono essere irrazionali e sproporzionati rispetto alle esigenze di ordine generale e alle superiori finalità di giustizia.

Addirittura, l'abuso del processo viene da altra parte della dottrina considerato esistente proprio e solamente in quanto conseguenza della natura limitata della risorsa della giustizia, ritenendo che esso possa essere efficacemente combattuto con un intervento a monte, prima che si verifichi l'indebita consumazione della giustizia, sanzionata altrimenti *ex post* con la condanna alle spese e ai danni<sup>184</sup>.

E' necessario segnalare, peraltro, tra le sanzioni aventi tale medesima funzione che il legislatore ha introdotto per contrastare le impugnazioni infondate o irrituali e, pertanto, potenzialmente dilatorie, l'art. 13 del d.p.r. n. 115 del 2002 che prescrive, come già

---

<sup>180</sup> Mazzola, M. A., *La responsabilità civile. La responsabilità processuale*, in *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, P., Milanofiori Assago, 2013, p. 163.

<sup>181</sup> Dondi, A., *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2010, Annali, III, p. 1.

<sup>182</sup> Corte cost., sent. 30 giugno 1964, n. 69.

<sup>183</sup> Corte cost., sent. 13 giugno 2000, n. 186 con riferimento all'art. 616 c.p.p.; Corte cost., sent. 21 marzo 2002, n. 78 con riferimento all'art. 54, c. 3 c.p.c.

<sup>184</sup> Biavati, P., *Intervento al XXVIII Convegno nazionale*, in *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011, p. 249 ss.

evidenziato nel precedente capitolo, l'obbligo per la parte impugnante di pagare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, per tale via raddoppiato. Tuttavia, tale obbligo non grava sulle amministrazioni pubbliche, per le quali si applica la prenotazione a debito in luogo del pagamento del contributo unificato, al fine di evitare che lo Stato diventi contemporaneamente debitore e creditore di sé stesso.

Invero, taluno ha ravvisato dietro siffatta esenzione un'ipotesi di disparità di trattamento delle parti nel processo in violazione dell'art. 111, c. 2 Cost., in quanto solamente la parte privata verrebbe sanzionata a fronte dell'abuso del processo integrato con un'impugnazione pretestuosa. Nessuna conseguenza, al contrario, graverebbe sulle pubbliche amministrazioni, tra cui l'Amministrazione Finanziaria in ambito tributario, alle quali viene lasciata piena libertà di impugnare qualsiasi decisione senza soggiacere all'efficacia deterrente della minaccia sanzionatoria.

La Corte costituzionale<sup>185</sup>, tuttavia, dopo aver ribadito l'inapplicabilità della sanzione del raddoppio del contributo unificato in ambito tributario, trattandosi di norma eccezionale operante nel solo processo civile ed insuscettibile di applicazione analogica, ha dichiarato la questione di costituzionalità sollevata inammissibile a causa del difetto di motivazione sulla rilevanza della questione, non soddisfatta dal giudice remittente. Peraltro, le amministrazioni pubbliche sono istituzionalmente esonerate dal legislatore dall'obbligo del versamento del contributo unificato, sostituito come detto dalla prenotazione a debito, per la loro peculiare qualità soggettiva<sup>186</sup>.

Tuttavia, rimane evidente come limitare l'applicazione di uno strumento sanzionatorio come quello del raddoppio in esame ad una sola delle due parti processuali impedisce di garantire l'efficace funzionamento del meccanismo processuale sanzionatorio, assimilabile a quello contenuto nel terzo comma dell'art. 96 c.p.c. (quest'ultimo considerato applicabile dalla giurisprudenza nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria<sup>187</sup>). Infatti, il privato viene gravato di un effetto deterrente che sarebbe

---

<sup>185</sup> Corte cost., sent. 2 febbraio 2018, n. 18.

<sup>186</sup> Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2014, n. 5955.

<sup>187</sup> Trib. Roma, Sez. dist. di Ostia, 9 dicembre 2010.

legittimo se solo non fosse al contempo spogliato di qualsiasi tutela avverso un comportamento analogo della controparte, dovuto solamente alla natura pubblica di quest'ultima. La più incisiva tutela di tale parte, in particolare, sarebbe origine di una piega autoritaria del processo, oltre che causa di mancata attuazione dell'obiettivo generale di efficienza del processo e di disparità tra le parti. La dottrina ha parlato, proprio a proposito dell'esenzione del fisco dalla responsabilità processuale, di erogazione al privato di un prodotto di giustizia parziale<sup>188</sup>.

L'incremento del contributo unificato, come le recenti innovazioni in tema di condanna alle spese, non vengono considerate infatti funzionali al servizio della giustizia laddove questo venga negato con ingiusto sacrificio di diritti fondamentali<sup>189</sup>.

In conclusione, è opportuno ribadire che la tendenza del legislatore ad impiegare in chiave deterrente meccanismi sanzionatori volti ad attuare i principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata, colpendo le condotte processuali delle parti, rischia di oltrepassare il vaglio di ragionevolezza e di divenire fonte di lesione di diritti fondamentali della nostra tradizione giuridica.

Il rischio è che tali diritti fondamentali possano essere ridotti con il pretesto di un irragionevole bilanciamento d'interessi, che sembra oggi in realtà far prevalere indebitamente le logiche di mercato. Il principio di economia, inoltre, è una nozione vaga che rischia di legittimare qualsiasi decisione di rigetto per presunta mancanza del bisogno di tutela giuridica<sup>190</sup>. Si evoca a tal riguardo la nozione di abuso del processo ogni volta in cui appare lesa la sua ragionevole durata<sup>191</sup>.

In tale contesto, infatti, si pone proprio l'entità del contributo unificato disposto dall'art. 13 sopra menzionato, con riguardo in particolare al diritto della parte a portare la propria pretesa sino in Cassazione. Il comma 1 bis della norma, infatti, prevede un

---

<sup>188</sup> Giordano, A., *In tema di condanna alle spese. Neanche il fisco litiga gratis*, in *Diritto e pratica tributaria*, v. 1, 2012, p. 109 ss.

<sup>189</sup> Sandulli, M. A., *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>190</sup> Tropea, G., *L'abuso del processo amministrativo*, op. cit., p. 261.

<sup>191</sup> Verde, G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, v. 3, 2011, p. 505 ss.

aumento del contributo dovuto in primo grado pari alla metà per accedere ai giudizi di impugnazione, ma raddoppiato per il processo in Cassazione. Il medesimo importo deve poi essere nuovamente pagato, come visto, qualora l'impugnazione, anche incidentale, venga respinta integralmente o sia dichiarata inammissibile o improcedibile. Pertanto, un secondo raddoppio viene previsto in caso di accesso in Cassazione pretestuoso o dilatorio, con il risultato che la parte è tenuta in tal caso a pagare quattro volte l'importo fissato per il giudizio di primo grado. L'impugnazione pretestuosa volta semplicemente a produrre effetti dilatori deve considerarsi infatti estranea alle finalità del diritto di difesa inteso come diritto di difendersi impugnando.

Ecco che tale sanzione, volta a ridurre il carico di lavoro della Suprema Corte mediante una deterrenza *ex ante*, dunque dissuadendo le parti dal ricorrere al giudice supremo, denota possibili profili di incostituzionalità. Il *quantum* fissato dal legislatore appare infatti manifestamente eccessivo, irrispettoso del bilanciamento dei valori costituzionali e del parametro della ragionevolezza.

Si consideri che il ricorso in Cassazione è costituzionalmente garantito dall'art. 111, c. 7 Cost., pertanto indurre la parte a non farne uso non appare *tout court* giustificato dal perseguimento degli obiettivi di cui ai commi precedenti del medesimo articolo. La deterrenza operata dal legislatore si presenta in tal modo eccessiva, lesiva del diritto di agire e difendersi in giudizio, in quanto la parte viene indotta a non esercitare tali diritti senza sufficienti ragioni giustificative.

La minaccia sanzionatoria, in conclusione, si presenta sproporzionata ed ultronea rispetto ai fini consentiti e perseguiti dal nostro assetto costituzionale, esattamente come è stato ritenuto da taluno a proposito delle figure dell'abuso del processo e dei danni punitivi.





## CONCLUSIONI

Il presente studio ha avuto l'obiettivo di esaminare uno dei recenti interventi normativi con cui il legislatore ha tentato di deflazionare il carico della giustizia penale, quello di cui al d. lgs. n. 7 del 2016, volto a degradare alcuni reati connotati generalmente da un lieve giudizio di riprovevolezza in illeciti civili.

Più precisamente, la figura in esame è stata costruita come illecito pubblicistico cui si è fatta conseguire una sanzione civile anch'essa di natura pubblica, come evidenziato dalla destinazione per l'appunto pubblica del suo provento piuttosto che privata. Ciononostante, nel corso della presente disamina sono emerse alcune perplessità attorno al nuovo istituto, prime tra tutte quelle che concernono la scelta legislativa di far dipendere l'effettiva irrogazione della sanzione dall'accoglimento della domanda risarcitoria azionata dalla persona offesa dall'illecito, chiamata ad ottenere la condanna *de qua* affinché possa dirsi integrato il presupposto processuale della sanzione. Contraddittorio appare, infatti, legare una sanzione volta a prevenire e reprimere comportamenti integranti illeciti di natura pubblica alla sussistenza e prova di un danno cagionato ad un privato, dal quale si pretende la spendita di tempo e denaro necessario per la cura di un giudizio civile. Quest'ultimo, in particolare, è modulato in base al processo disciplinato dal codice di procedura civile in quanto compatibile e per quanto non diversamente disposto dal legislatore.

Si è pertanto evidenziato che il reale intento legislativo sotteso alla predisposizione di tale *iter* processuale sia stata quello deflattivo del contenzioso civile, a sua volta incapace di soddisfare la domanda di giustizia proveniente dai consociati. Siffatto obiettivo è dimostrato da una serie di incongruenze messe alla luce dal presente lavoro che potrebbero ostacolare una fluida applicazione della sanzione: ci si è interrogati, in primo luogo, sulla ragionevolezza di rendere un privato portatore di una pretesa pubblica piuttosto che affidare quest'ultima, esemplificativamente, alla cura di un organo pubblico, laddove la disposizione non risulta assistita né da una sanzione in caso di omessa accuratezza del privato, né da un vantaggio a favore di quest'ultimo in caso di suo positivo adoperarsi. Allo stesso tempo, il nuovo sistema presuppone che lo stesso privato soddisfi un onore probatorio più gravoso rispetto a quello necessario ai fini di

ottenere il risarcimento del danno di suo interesse, tuttavia non si è certi che esso riesca ad essere soddisfatto in ogni giudizio da un qualsiasi privato cittadino. Quale la ragione nascosta dietro tale scelta se non quella di disincentivare il privato ad instaurare un giudizio finalizzato all'irrogazione della sanzione?

L'istruzione si presenta problematica, inoltre, a causa della non chiara intensità dei poteri istruttori del giudice e dello standard probatorio del nesso causale che deve essere soddisfatto ai fini dell'accoglimento della pretesa pubblica per la quale, in realtà, manca qualsiasi domanda di parte essendo essa sottoposta ad una applicazione ufficiosa del giudice.

Le contraddizioni proseguono per l'incertezza lasciata dal testo normativo circa la natura obbligatoria o discrezionale del potere del giudice di irrogazione della sanzione una volta accolta la domanda risarcitoria. Inoltre, si è evidenziato il possibile aggiramento dell'intera disciplina in esame da parte delle parti private del giudizio, di consueto indotte a conseguire un accordo extragiudiziale di cui si sono sottolineati in tale studio i reciproci vantaggi, così da precludere l'applicazione della sanzione e da lasciare impunito l'illecito integrato.

E' apparso ancora discutibile, inoltre, lo svolgimento del processo di impugnazione, ove i problemi sorgono in primo luogo quando si cerca di individuare un interesse ad impugnare per le parti del giudizio di primo grado: questo è evidente tanto laddove il giudice abbia omesso la pronuncia sanzionatoria, della quale si è preferito accogliere la lettura che la considera obbligatoria, nonostante abbia accolto la domanda risarcitoria, quanto laddove essa sia stata emanata ma in termini quantitativamente troppo bassi. E ancora ci si chiede se il giudice di secondo grado sia abilitato ad irrogare per la prima volta la sanzione, in quanto dotato dello stesso potere officioso del giudice di primo grado, o se gli sia precluso rimediare all'errore da quest'ultimo commesso qualora l'impugnazione venga sollevata con riferimento alla pretesa risarcitoria da una delle due parti del giudizio di primo grado. Ci si è domandati, per certi versi, se anche siffatte incertezze potrebbero forse essere risolte con successo dall'introduzione legislativa di un organo pubblico che si faccia carico della pretesa sanzionatoria o, se del caso, destinando al privato il provento di quest'ultima così da renderlo portatore di un interesse prima all'azione, poi all'impugnazione.

Nonostante le menzionate criticità riguardanti il processo volto all'irrogazione delle nuove sanzioni civili, emerse nel dettaglio dalla presente trattazione, si è voluto ricostruire il meccanismo ideato dal legislatore come una forma di ibridazione del processo civile. Mentre normalmente esso ha ad oggetto i soli interessi dei privati e le situazioni giuridiche facenti loro capo, oggi è divenuto piuttosto uno strumento sempre più piegato al perseguimento di interessi di natura sopraindividuali, comuni ad una pluralità di consociati, che diventano per tale via pubblici. Dietro le righe del testo normativo si è letto infatti un esempio di *private enforcement*, ovverosia un'ipotesi di attribuzione ai privati degli strumenti necessari a garantire l'effettivo perseguimento di obiettivi di natura pubblicistica. Ad esso sono stati pertanto accostati altri esempi aventi la medesima natura nell'intento di esaminare l'evoluzione delle tecniche di tutela giurisdizionale delle situazioni plurisoggettive, sempre più in auge per il nostro legislatore. Infatti, dalla disciplina introdotta negli anni più recenti sembra essersi desunto il definitivo accoglimento legislativo di nuove situazioni giuridiche che si pongono come *tertium genus* tra i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, tradizionalmente riconosciuti e costantemente oggetto di attenta tutela giurisdizionale. Tuttavia, le incertezze dottrinali attorno alle situazioni in questione riflettono una disciplina strumentale connotata ancora da profili di inadeguatezza ed incertezza, in quanto è emerso che la tutela loro attribuita pecca troppo spesso in termini di efficienza ed effettività.

Si è notato, dunque, che la rilevanza delle situazioni giuridiche superindividuali appare aver reso il processo civile un processo neutrale, non più finalizzato a soddisfare la parte che ha ragione riconoscendola titolare della situazione sostanziale azionata o difesa, ma volto a tutelare la collettività titolare di un bene giuridico, che è divenuto l'oggetto pubblico di un processo che si svolge normalmente tra privati, quale la sicurezza, l'ambiente, il mercato.

Il reale e attuale cruccio del legislatore emerso dallo studio svolto, tuttavia, è quello di ideare istituti interni al processo e ad esso anteposti che permettano di disincentivare le parti dal ricorrere alla domanda di giustizia, cui il nostro sistema non è in grado di dare soddisfacente risposta. Sono stati pertanto esaminati per lo più peculiari meccanismi sanzionatori via via pensati dal legislatore o requisiti da questo imposti alle parti per poter usufruire del servizio della giustizia volti a rendere più odioso il ricorso ai giudici

nei diversi gradi di giudizio, che hanno in definitiva compromesso il rispetto del fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale. Si è cercato di rimarcare, infatti, la prevalenza eccessiva degli obiettivi di deterrenza rispetto alle garanzie sancite dalla prima parte della Costituzione, giustificata dai principi del giusto processo e della sua ragionevole durata che hanno orientato le riforme più recenti in materia di processo civile.

Da ultimo, l'elaborato ha voluto dare riprova della ragionevolezza del suggerito intervento normativo, *de jure condendo*, diretto a modificare la destinazione della sanzione per devolverla al privato, piuttosto che alla Cassa delle ammende, così da risolvere alcune, sebbene non tutte, delle difficoltà riscontrate nella pratica applicazione delle nuove sanzioni. A tal fine, è stato ritenuto proficuo un confronto tra la condanna sanzionatoria menzionata e quella irrogata dal giudice nell'esercizio dei poteri equitativi attribuitigli dall'art. 96, c. 3 c.p.c., destinata al privato che esce vittorioso dal giudizio dopo aver subito un comportamento indebito della controparte soccombente. Anche quest'ultima condanna, infatti, appare destinata a svolgere una funzione pubblica, quella di assicurare il funzionamento della macchina giudiziaria colpendo i comportamenti che vi risultino di ostacolo. Tuttavia, è stata sottolineata la ragionevolezza della destinazione privata del provento della sanzione in quanto ciò non inficia l'efficacia deterrente della minaccia, ma incarna solamente una delle possibili scelte del legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità. E' emersa, in particolare, la criticità della condanna da ultimo richiamata a confronto a causa della sua incerta qualificazione nei termini più vari, quali quelli di una pena privata, di risarcimento di un danno che non andrebbe tuttavia provato, di danno punitivo, sino ad indurre molti a parlare di condanna sanzionatoria nei confronti di un ipotizzato abuso del processo.

Dopo aver sottolineato le divergenze che regnano in dottrina e giurisprudenza su tali temi a causa della opinabile qualità della lettera della legge, che si presta pertanto a molteplici interpretazioni, si è voluto concludere il presente studio tornando ad occuparsi del tema centrale, quello del tentativo legislativo di scoraggiare il ricorso ad un uso indebito della giustizia. La minaccia della sanzione da ultimo richiamata, legata al non corretto uso del processo, auspicherebbe un uso razionale ed oculato di una risorsa scarsa come quella della giustizia. Nonostante la bontà dell'intento legislativo, che vuole assicurare il godimento del servizio pubblico essenziale a garantire

l'effettività di ogni diritto a favore di chi ne sia realmente titolare, non ci si è potuti astenere dal rilevare le imperfezioni, che nascondono addirittura profili di incostituzionalità, ancora una volta generate dal legislatore nel mettere nero su bianco un istituto che, se nella teoria dovrebbe dirsi essenziale in uno Stato di diritto efficiente, nella prassi genera talvolta discriminazioni ed incertezze, lasciando i cittadini in balia dei giudici in una realtà della cui piena legittimità siamo indotti a dubitare.

Per concludere, dunque, si ritiene essenziale apprezzare la modernità dell'intervento di depenalizzazione del 2016, che dimostra il tentativo legislativo di percorrere strade innovative per risolvere i problemi che affogano la nostra giustizia tanto penale quanto civile, tuttavia si ritiene che il lavoro del nostro Parlamento potrebbe forse migliorare su taluni fronti, indagando quali soluzioni potrebbero favorire la concreta applicazione di uno strumento per ora appare apprezzabile prevalentemente nella teoria. Si auspica, pertanto, un sollecito miglioramento normativo dell'intero sistema di illeciti civili ideato, ai fini del quale le opinioni degli studiosi presentate nella presente indagine non dovrebbero essere trascurate.



## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Atti del XXVIII convegno nazionale*, Urbino, 23 – 24 settembre 2011.
- AA. VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio*, AA.VV., Pavia, 1974.
- Albanese, R. A., *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione giustizia*, vol. 2, 2017.
- Alessi, R., *La disciplina generale del contratto*, II ed., Torino, 2017.
- Andrioli, V., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Napoli, 1973.
- Antolisei, F., *L'offesa e il danno*, Bergamo, 1930.
- Auletta, F., *L'ibridazione dell'“agire in giudizio”: “tutela dei propri diritti”, “autonoma iniziativa [...] di interesse generale” e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, vol. 4, 2016.
- Auletta, F., *La Corte di Cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Il Foro it.*, vol. 142, n. 3, 2017.
- Auletta, F., *Organi giudiziari*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2014.
- Balena, G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I principi*, Bari, 2015.
- Barbierato, D., *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in *Il risarcimento del danno e le sue “funzioni”*, a cura di Barbierato, D., Napoli, 2012.
- Barreca, G., *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto della condanna*, in *Giur. merito*, 2011.
- Baumgärtel, *Zur lehre vom streitgegenstand*, in *Juristische Schulung*, 1974.
- Bellelli, A., *L'azione di classe (art. 140 bis, D. Lgs. 6.9.2005, n. 206)* in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà, A. – Troiano, P., Torino, 2010.
- Benini, S., *Abuso del processo e temerarietà attenuata*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2012.
- Bernardi, A. – Zoda, I., *Depenalizzazione, profili teorici e pratici*, Padova, 2008.
- Berti, L., *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Milano, 2013.
- Betti, E., *Diritto processuale civile*, Roma, 1936.
- Bianca, C. M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1984.

Biavati, P., *Note sullo schema di disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. 69, n. 1, 2015.

Biavati, P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

Bove, M., *L'oggetto del processo "collettivo" dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (articoli 140 e 140 bis codice del consumo)*, in *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di Bellelli, A., Milano, 2009.

Bove, M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010.

Bove, M., *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, v. 3, 2018.

Bove, M., *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *Società*, vol. 3, 2012.

Bove, M., *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista*, in *La nuova proc. civ.*, vol. 1, 2016.

Bove, M., *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio: profili processualcivilistici del d.lgs. n. 7/2016*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016.

Branca, *Sulla detenzione rispetto a beni demaniali*, in *Foro it.*, v. 1, 1958.

Bricola, F., *La riscoperta delle pene private*, in *Pol. dir.*, 1985.

Briguglio, A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

Buffone, G., *Il ricorso c.d. anomalo al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità processuale aggravata*, in *Giur. mer.*, 2010.

Buonauro, C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.

Busnelli, F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, vol. 4, 2009.

Busnelli, F. D. – D'alessandro, E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva?"*, in *Danno e responsabilità*, vol. 6, 2012.

Calamandrei, P., *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, vol. 1, 1927.

Campobasso, G. F., *Diritto commerciale, vol. 1, Diritto dell'impresa*, Milanofiori Assago, 2015.

Capponi, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, V ed., Torino, 2017.

Carnelutti, F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. proc. civ.*, vol. 1, 1929.



Carnelutti, F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936.

Carnelutti, F., *Tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1943.

Carratta, A., *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Famiglia e diritto*, vol. 8 – 9, 2011.

Carratta, A., *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014.

Cassano, G., intervento in *La Magistratura nello Stato democratico*, di AA. VV., Roma, 1967.

Cassese, S., *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.

Castronovo, C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e diritto privato*, vol. 3, 2017.

Catalano, M. E., *L'abuso del processo*, Milano, 2004.

Catricalà, A. – Pignalosa, M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

Cattaneo, G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971.

Cavallini, C., *Verso una giustizia "processuale": il "tradimento" della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013.

Cendon, P., *La pena privata*, in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa. Atti del Convegno giuridico "Informazione, diffamazione, risarcimento"*, di AA. VV., Milano, 1979.

Cerulli Irelli, V., *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, 1983.

Cerulli Irelli, V. – De Lucia, L., *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, vol. 1, 2014.

Chiarloni, S., *Diritto processuale civile e società di classi*, in *Riv. Trim.*, 1975.

Chiarloni, S., *Il nuovo articolo 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000.

Chiovenda, G., *La condanna nelle spese giudiziale*, II ed., Roma, 1935.

Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, rist. 1965.

Ciervo, A., *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in *Questione giustizia*, vol. 2, 2017.

Clemente di San Luca, G., *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, III, Napoli, 2011.

Colamorea, F., *La funzione della responsabilità aquiliana: l'evoluzione della giurisprudenza*, in *Giuricivile*, v. 4, 2018.

- Colla, G. – Manzo, G., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001.
- Comoglio, L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008.
- Comoglio, L. P. – Consolo, C. – Sassani, B – Vaccarella, R., *Commentario del codice di procedura civile*, Milanofiori Assago, 2012.
- Comoglio, L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970.
- Conso, G. – Grevi, V. – Bargis, M., *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Milanofiori Assago, 2016.
- Consolo, C., *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Corriere giuridico*, vol. 31, n. 10, 2014.
- Cordopatri, F., *L'abuso del processo, II, diritto positivo*, Padova, 2000.
- D'Alessandro, E., *L'oggetto del giudizio di cognizione, tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino, 2016.
- Dalla Massara, T., *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, v. 2, 2008.
- Davigo, P., *Il sistema della corruzione*, Bari, 2017.
- De Cupis, A., *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, vol. 1, Milano, 1980.
- De Franchis, F., *Dizionario giuridico – Law dictionary*, Milano, 1984.
- De Marzo, G., *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009.
- De Santis, A. D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018.
- De Stefano, G., *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964.
- Dell'Anno, P., *Diritto dell'ambiente, commento sistematico al d. lgs. 152/2006, integrato con le nuove norme sul SISTRI, sull'autorizzazione unica ambientale e sul danno ambientale*, Roma, 2014.
- Denti, V., *Le ideologie del processo civile di fronte al processo sociale*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1972.
- Denti, V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Nss. dig. it.*, vol XI, Torino, 1965.
- Di Majo, A., voce *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. D.*, 1992.
- Di Tullio D'Elisiis, A., *Le nuove depenalizzazioni dopo i decreti legislativi 15 gennaio 2016 n. 7 e 8*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- Dondi, A., *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2010, Annali, III.
- Donini, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.

- Esposito, R., *Comunità, immunità, biopolitica. Origine e destino della comunità*, 2006, Torino.
- Fava, P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2009, v. 4.
- Fava, P., *La responsabilità civile: trattato teorico – pratico*, Milano, 2009.
- Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, IV ed., Padova, 1986.
- Fioretti, F., *Depenalizzazione: prime riflessioni sul recente intervento di abrogazione di reati ed introduzione dei nuovi illeciti civili ad opera del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in [www.professionegiustizia.it](http://www.professionegiustizia.it).
- Foltran, F. – Gobbato, S., *Danno antitrust, pubblicato il Decreto di recepimento della Direttiva 2014/104/UE*, in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com).
- Fradeani, F., *Note sulla «lite temeraria attenuata» ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011.
- Galassi, P. L., *La tutela degli interessi collettivi*, in *Tribunali amministr.*, vol. 7 – 8, 1975.
- Gallo, P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- Garbagnati, E., *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di procedura civile*, Milano, 1942.
- Gargani, A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 5, 2016.
- Gattari, P., *Le nuove sanzioni civili ex d. lgs. n. 7/2016: alcuni profili critici di una strana scelta legislativa*, in *Ridare*, 13 aprile 2016.
- Genovese, F. A., *Il principio della temporaneità delle funzioni giudiziarie nel quadro del <<diritto tabellare>>*, in *La disciplina tabellare degli organi giudiziari: fondamento costituzionale, applicazioni e rimedi alle violazioni*, di AA. VV., in *Il Foro it.*, v. 132, n. 2.
- Ghirga, M. F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.
- Ghirga, M. F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.
- Ghirga, M. F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, vol. 64, n. 2, 2009.
- Giannini, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977 e 1989.
- Giordano, A., *Il litigante temerario paga <<in ogni caso>>. Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c., tra “abuso del processo” e “danni punitivi”*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 10, 2012.

Giordano, A., *In tema di condanna alle spese. Neanche il fisco litiga gratis*, in *Diritto e pratica tributaria*, v. 1, 2012.

Giordano, R., *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. mer.*, 2010.

Gori, S., *La tutela giurisdizionale dell'ambiente*, in *www.giuridica.net*, 2016.

Granelli, C., *In tema di <<danni punitivi>>*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, v. 6.

Grasso, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, in *Riv. dir. proc.*, 1987.

Grossi, P., *Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107, c. 3 e 104, c. 4 della Costituzione*, in *L'ordinamento giudiziario. Materiali per una riforma*, v. 3, a cura di Picardi, N. – Giuliani, A., Rimini, 1985.

Grosso, C. F., *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.

Guerrini, R., *Il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in *Le recenti riforme in materia penale – dai decreti di depenalizzazione (d. lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccari, G. M. – Bonzano, C. – La Regina, K. – Mancuso, E. M., Vicenza, 2017.

Italia, E., *Il processo civile tra il tentativo di semplificazione dei riti e la resilienza della c. d. tutela differenziata*, in *Judicium*, 2018.

Iurilli, C., *Interessi superindividuali e danno collettivo*, Milano, 2016.

Jannarelli, A., *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, a cura di Jannarelli, A., Roma, 2018.

Jhering, *Lo scopo del diritto*, trad. it., Torino, 1972.

Josserand, L., *De l'abus de droit*, Parigi, 1905.

Landi, P., *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991.

Landini, S., *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e processo*, vol. 2, 2017.

Lanfranchi, L., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003.

Lanni, P. P., *Problematiche attuali in materia di accertamento e liquidazione del danno non patrimoniale*, in *www.scuolamagistratura.it*, 3 luglio 2017.

Lavarini, B., *I profili processuali dei recenti provvedimenti di depenalizzazione*, in *Arch. pen.*, 2016.

Leoncini, I., *Il d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, recante “disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2 comma 2 della legge 28 aprile 2014, n. 67*, in *Le recenti riforme in materia penale*

– dai decreti di depenalizzazione (d. lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017), a cura di Baccari, G. M. – Bonzano, C. – La Regina, K. – Mancuso, E. M., Vicenza, 2017.

Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, I. I principi*, VII ed., Milano, 2007.

Lucarelli, A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 9 gennaio 2015.

Luiso, F. P., *Diritto processuale civile*, VIII ed., Milano, 2015.

Luiso, F. P., *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in *www.judicium.it*, 2 aprile 2017.

Manca, G., *Sulla natura giuridica dell'azione popolare*, Cagliari, 1911.

Mandrioli, C. - Carratta, A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.

Mandrioli, C., Carratta, A., *Diritto processuale civile*, XX ed., Torino, 2017.

Martini, R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili – il diritto penale tra evoluzione e mutazione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28 settembre 2016.

Martino, A., *Le azioni popolari in generale con particolare riferimento alla proponibilità di quelle in materia urbanistico – edilizia*, in *Nuova rass. di legisl., dott. e giurispr.*, vol. 1, 1986.

Masieri, C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”, in merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

Massa, C., *Il divieto di risarcimenti punitivi nella direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, v. 2, 1 giugno 2018.

Mattei, U., *I beni comuni. Un manifesto*, Roma – Bari, 2011.

Mazzola, M. A., *La responsabilità civile. La responsabilità processuale*, in *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, P., Milanofiori Assago, 2013.

Mazzola, M. A., *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010.

Menchini, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *www.judicium.it*.

Mirabelli, G., *Gli organi giudiziari*, in *La Magistratura nello Stato democratico*, di AA. VV., Roma, 1967.

Mondini, A., *Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civile*, in *www.magistraturaindipendente.it/*, 2017.

Monteleone, G., *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Milano, 2018.

Morano Cinque, E., *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, v. 9.

- Napoli, G. E., *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012.
- Nebulosi, I., *Il ruolo del Pubblico Ministero nel processo civile*, in *Iusitineri*, 30 maggio 2017.
- Nicotra, D. F., *Responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.: una fattispecie di danno punitivo*, in *www.altalex.com*, 11 marzo 2015.
- Nigro, M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980.
- Notaro, D., *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e responsabilità penale*, Torino, 2015.
- Oliari, S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ.*, v. 9, 2007.
- Olivieri, G., *Danno ambientale e tutela*, in *Dizionario di contabilità pubblica*, a cura di Barettoni Arleri, 1989, Milano.
- Padovani, T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *GD*, vol. 8, 2016.
- Padovani, T., *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *GD*, vol. 1, 2016.
- Palazzo, F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 3, 2016.
- Palazzo, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture – a proposito della legge n. 67/2014*, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 57, n. 4, 2014.
- Paliero, C. E. – Travi, A., *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988.
- Panuccio, V., *L'abuso del processo del lavoro. Atti del Convegno di studi. Messina, 28 – 29 ottobre 1994*, Milano, 1997.
- Pardolesi, P., *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2007.
- Passanante, L., *Il nuovo regime delle spese processuali*, in *Il processo civile riformato*, a cura di Taruffo, M., Bologna, 2010.
- Patti, S., *Pena privata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 2004.
- Piergallini, C., *“Civile” e “Penale” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. It. di dir. e proc. pen.*, vol. 55, n. 4, 2012.
- Police, A., voce *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, R. – Celotto, A. – Olivetti, M., Milanofiori Assago, 2006.
- Ponzanelli, G., *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- Proto Pisani, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, in *Dir. e Giur.*, 1974.

- Proto Pisani, *Due interventi sul processo civile*, in *Dir. e Giur.*, 1977.
- Proto Pisani, A., *Il codice di procedura civile del 1940*, in *Il Foro it.*, vol. 123, n. 3, 2000.
- Proto Pisani, A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, v. 5, 2009.
- Proto Pisani, A., *Note minime sulla c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. e Giur.*, 1978.
- Punzi, C., *Il processo civile*, II ed., Torino, 2010.
- Querzola, L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016.
- Redenti, E. – Vellani, M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011.
- Reibaldi, L., *Giudice civile, giudice penale*, in *Rass. Magistrati*, 1962.
- Rescigno, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 2001.
- Rodotà, S., *Il valore dei beni comuni*, in [www.acquabenecomune.org](http://www.acquabenecomune.org).
- Romualdi, G., *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema della giustizia*, Torino, 2013.
- Ronco, A., *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. it.*, 2008.
- Ruperto, S., *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giust. Civ.*, vol. 11, 2008.
- Russo, M., *Le nuove "sanzioni pecuniarie civili" introdotte dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7*, in *Euroconference Legal*, 2018.
- Saccoccio, A., *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto e storia*, vol. 11, 2013.
- Salvatori, G. C., *Tra abuso del diritto e funzione punitiva: una lettura ricognitiva dell'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ. e prospettive de iure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, v. 10.
- Sandulli, M. A., *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- Sandulli, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Milano, 1984.
- Satta, S., *Azioni popolari e perpetuatio iurisdictionis*, in *Teoria e pratica del processo*, Roma, 1940.
- Satta, S., *Commentario al cod. proc. civ.*, Milano, 1959.
- Scarselli, G., *Il nuovo art. 96, terzo comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.*, v. 1, 2010.
- Schlitzer, E. F. – Imposimato, C., *L'ambiente e la sua tutela risarcitoria*, in *Il danno ambientale*, a cura di Perulli, G., Torino, 2012.

- Scognamiglio, R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.
- Spina, G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La nuova proc. civ.*, vol. 3, 2016.
- Spina, G., *Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotti dal d. lgs. 7/2016: luci e ombre*, in *La Nuova Proc. Civ.* vol.1, 2016.
- Spina, G., *Nuove depenalizzazione, abrogazioni di reati e introduzione di illeciti con sanzione pecuniarie civili – Guida pratica*, in *La Nuova Proc. Civ.*, vol. 1, 2016.
- Spinelli, A., *La trasformazione dei reati in illeciti civili e le improprie applicazioni analogiche delle disposizioni in tema di risarcimento del danno*, in *Proc. pen. e giust.*, vol.5, 2016.
- Spoto, G., *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e Diritto Privato*, v. 2, 1 giugno 2018.
- Tallaro, F., *Nuovi strumenti a garanzia del giusto processo. La disciplina delle spese di lite*, in *Giur. mer.*, 2010.
- Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu, A. – Messineo, F. – Mengoni, L., Milano, 1980.
- Tartaglia, A. F. – Tramontano, L., *Il nesso di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.
- Taruffo, M., *Elementi per una definizione di <<abuso del processo>>*, in *Diritto privato III*, di AA. VV., Padova, 1997.
- Tarzia, G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984.
- Teresi, M., *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, III ed., a cura di Santise, M., Torino, 2017.
- Thomas, Y., *Il valore delle cose*, Macerata, 2015.
- Travi, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016.
- Trocker, N., voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989.
- Tropea, G., *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015.
- Vaccarella, R. – Verde, G., *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1998.
- Vaccari, M., *L'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, v. 2, 2011.
- Vanz, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.
- Vasques, L., *Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?*, in *Danno e responsabilità*, vol. 8 - 9, 2012.



Vellani, M., *Assenza delle parti private dal giudizio e poteri del pubblico ministero*, in *Studi in memoria di Domenico Pettiti, III*, di AA. VV., Milano, 1973.

Vellani, M., *Il pubblico ministero nel processo, II, Il diritto italiano vigente*, Bologna, 1970.

Vellani, M., *Sulla tipicità dell'azione civile del pubblico ministero*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta, II*, di AA. VV., Padova, 1982.

Verde, G., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, III ed., Bologna, 2012.

Verde, G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, v. 3, 2011.

Verde, G., *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003.

Verde, G., *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002.

Verde, G., *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. e Giur.*, 1978.

Verde, G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, v. 4/5, 2014.

Verde, G., *Profili del processo civile, II., Processo di cognizione*, Napoli, 2008.

Verde, G., *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989.

Vestrucci, M. T., *Il danno da lite temeraria: istituto e recenti sviluppi*, in *Foro pad.*, vol. 65, fasc. 2, 2009.

Volpe, F., *La sanzione pecuniaria prevista per i ricorsi "temerari"*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

Zanobini, G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato di dir. amm.vo it.*, vol. 2.3, a cura di Orlando, V. E., Milano, 1935.



## RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro segna la fine di una fase fondamentale della mia vita, di cinque anni che scandiscono il passaggio dalla vita di studentessa a quella di adulta, a quella che chiamano vita “vera”.

Devo ringraziare per questo *in primis* il Professor Auletta, che mi ha dapprima appassionato alla procedura civile con le sue lezioni per poi seguirmi in questa tesi, per la quale ha messo al mio servizio la sua ammirevole sapienza, professionalità e passione. Inoltre ringrazio il Professor Capponi per la disponibilità mostratami nel corso del lavoro e per la sua apertura al mondo di noi studenti.

Il pensiero più dolce va però ai miei genitori, a cui dedico questi cinque anni. Non posso descriverli che come una forza della natura, mi avete sostenuta nei numerosi momenti di crisi mettendo sempre noi figli al primo posto e mi avete insegnato ad essere la persona che oggi sono. A mia mamma, per la sua pazienza e dolcezza, a mio padre, per la sua saggezza e per esserci sempre nonostante la distanza, alla vostra stabilità.

Un ringraziamento speciale va poi ai miei fratelli, che hanno sempre creduto in me e che, con i loro abbracci e i loro scherzi, mi hanno fatto sorridere nei giorni difficili e vedere tutto con più leggerezza. A Marco, per essere stato il fratellone che qualsiasi ragazza sogna, per avermi scarrozzato nelle nostre serate insieme e per il calore con cui mi accoglie sempre. A Paolo, per avermi dato, prima, l’amore quasi di un figlio, ormai, il sostegno di un migliore amico, per le tue risposte assurdamente sensate e sincere fin da quando sei piccolo, per la tua intelligenza. A mia cugina Chiara, una sorella maggiore su cui ho sempre potuto contare e che mi ha ispirato in tante occasioni, dapprima durante le nostre domeniche di pettegolezzi dai nonni, oggi con la sua forza ed allegria. A Loredana, parte della famiglia, che con il suo aiuto quotidiano ha addolcito i miei studi con parole d’affetto e ottime leccornie, mi hai permesso di vivere spensieratamente questi anni e ti sono grata per l’amore che ci dimostri ogni giorno.

Alle mie migliori amiche, le mie Desperate, crescere con voi è stata una fortuna che non avrei mai sognato. I ricordi più belli sono quelli con voi, le ricreazioni tra i banchi di scuola, le nostre vacanze, le nostre chiacchiere infinite tra ragazzate e momenti di incredibile maturità non mi hanno mai fatto sentire sola. Con voi ho scoperto che

l'amicizia vince su tutto, regala gioie immense e sconfigge qualsiasi dolore. Siete state il mio angolo di sfogo nei momenti di astio con genitori, fidanzati, professori, altri amici, ma con i vostri occhi sono riuscita a vedere le cose da una prospettiva diversa e siete state capaci di riportarmi sempre alla serenità, di regalarmi la pace.

Alle mie amiche d'infanzia con cui ho attraversato davvero ogni fase della mia vita, dalle domeniche a villa Pamphili quando eravamo all'asilo alle nostre recite nei salotti di casa, dalle giornate in Sardegna ai lunghi inverni in cui sognavamo insieme l'arrivo della successiva estate. Siete ancora qui al mio fianco, una più pazza dell'altra, pronte a sognare con me la prossima avventura e per questo vi ringrazio.

Ai miei magnifici amici dell'università, i miei figlioletti, da quando vi ho conosciuto avete portato il sole nei giorni più bui tra le aule di Via Parenzo ed avete vinto ogni regola della fisica facendomi ridere a crepapelle nella mia camera da sola, tra una pagina e l'altra, grazie ai vostri messaggi di battute e amore. Mi avete insegnato ad amare l'università e a farla diventare parte centrale della mia vita, mi avete fatto scoprire cosa significa avere una grande famiglia, un po' allargata sì, ma in cui ognuno di voi riveste un ruolo fondamentale che spero continuerete ad occupare. Grazie alla vostra ospitalità e dolcezza, alla vostra simpatia, le nostre vacanze hanno creato un legame tanto forte che è come se ci conoscessimo da una vita, ma è la vostra genuinità, la vostra pura sincerità che mi ha fatto innamorare di voi e credere che tutto sommato posso pure superare questa sindrome dell'abbandono, perché so che su di voi potrò sempre contare.

A Filippo, a questo che per me è il nostro traguardo insieme. Sei stato quello che più di tutti ha sopportato i miei pianti e le mie disperazioni in questi anni, il primo a ricevere il messaggio dopo l'esame e a darmi forza il giorno prima. Mi hai insegnato cosa vuol dire amare, cosa vuol dire essere felici insieme e avere accanto una persona che, nonostante tutto, c'è e ci sarà sempre. Con te sono tornata bambina, qualsiasi difficoltà non mi permetterà mai di dimenticare i sorrisi diabetici che nascono sui nostri volti quando ci guardiamo, il nostro capirci con uno sguardo, l'incapacità di odiarci perché sappiamo che ci dobbiamo l'un l'altro l'essere diventate le persone che siamo oggi. Le tue braccia rimarranno sempre il mio rifugio, la mia casa.

Un ringraziamento di cuore a tutti voi per esserci stati sinora, spero di continuare ad avervi accanto nel nuovo viaggio che sto per iniziare.

