

QUESITI

PASQUALE TRONCONE

**Alla ricerca di uno statuto normativo di coerenza
sistematica nel conflitto tra confisca e istanza
risarcitoria nel processo penale**

Il lavoro intende aprire una riflessione sul rapporto di concorrenza applicativa - o conflitto - tra il risarcimento del danno a favore della vittima del reato e la confisca come misura ablativa dei proventi illeciti a favore dello Stato. Il progressivo mutamento del quadro dei valori ordinamentali e, soprattutto, la posizione centrale che la vittima ha assunto nella recente legislazione penale con la Riforma Cartabia finisce per incidere sull'assetto normativo che vede la confisca, salvo poche deroghe, sempre anteposta al risarcimento, alle restituzioni e ai rimborsi della parte civile nel processo penale. Svolte le necessarie premesse sulla controversa natura sanzionatoria delle due discipline, in particolare l'art. 185 c.p. e l'art. 240-240-bis c.p., si ipotizza una profonda revisione del testo legislativo, auspicando una relazione di priorità che riconosca la precedenza alla liquidazione delle istanze risarcitorie, anche secondo le determinazioni negli ultimi anni del diritto europolitano.

In search of a normative status of systematic coherence in the conflict between confiscation and request compensation in criminal proceedings.

The work intends to open a reflection on the relationship of application competition - or conflict - between compensation for damage in favor of the victim of the crime and confiscation as an ablativ measure in favor of the State of illicit proceeds. The progressive change in the framework of regulatory values and, above all, the central position that the victim has assumed in the recent criminal legislation with the Cartabia Reform ends up affecting the regulatory framework which sees confiscation, with a few exceptions, always placed before compensation, restitutions and reimbursements of the civil party in criminal proceedings. Having carried out the necessary premises on the controversial sanctioning nature of the two disciplines, in particular the art. 185 criminal code and the art. 240-240-bis of the Criminal Code, a profound revision of the legislative text is hypothesized, hoping for a priority relationship that recognizes precedence over the settlement of compensation claims, also according to the decisions made in recent years by European Union law.

SOMMARIO: 1. I termini della vicenda giuridica, non solo come problema applicativo ma come questione di legalità. - 1.1. La vittima irrompe sulla scena del diritto penale sostanziale. - 2. Il risarcimento del danno come sanzione ulteriore del reato nello spettro della polifunzionalità della punizione. Gli artt. 165 e 185 c.p. quali componenti integrative dell'art. 2043 c.c. - 2.1. La diversa natura giuridica dell'interesse leso. - 3. La confisca nella duplice configurazione di misura di sicurezza e sanzione patrimoniale. La pretesa priorità istituzionale del recupero della ricchezza illecita. - 3.1. Le ipotesi ulteriormente problematiche nello scenario eterogeneo del rapporto tra risarcimento e confisca. - 4. La vittima nuovo centro di interesse del sistema di tutela penale. Il ruolo delle garanzie reali finalizzate al risarcimento. - 5. L'attuale assetto normativo disfunzionale nel rapporto tra confisca e risarcimento del danno. L'indirizzo della riforma Cartabia. - 6. Una possibile ristrutturazione normativa della materia. Il risarcimento sanzionatorio. - 6.1. L'auspicio riformatore.

1. *I termini della vicenda giuridica, non solo come problema applicativo ma come questione di legalità.* La questione giuridica che si pone al centro di questa breve riflessione è il rapporto di concorrenza applicativa tra l'istituto della confisca e il diritto al risarcimento del danno della vittima di reato, questione che negli ultimi anni ha registrato una stridente evoluzione per le ambigue ragioni punitive della confisca e per la sempre più emergente esigenza di assicurare un saldo statuto di garanzia al versante della vittimologia¹.

Non è sempre chiaro il motivo per cui la confisca, preceduta dalla misura cautelare del sequestro ad essa destinata, debba essere ritenuta prevalente sul risarcimento del danno nella contemporanea vigenza, risolvendosi in un concorso di finalità sanzionatorie del tutto divergenti e talvolta mortificanti per le ragioni della vittima del reato costituitasi parte civile nel procedimento penale². È bene tuttavia precisare che il tema che si affronta non muove nella prospettiva di rinvenire un natura sanzionatoria nel risarcimento del danno da reato³, tema i cui sviluppi non sono mai sopiti ma anzi enfatizzati dalla recente svolta evolutiva del diritto processuale penale, si intende invece verificare se sia corretto, e in armonia con i principi fondamentali di tutela della persona che orientano l'attuale sistema ordinamentale, che le ragioni della parte offesa debbano essere sempre e inevitabilmente conculcate dalla soluzione ablatoria a favore dello Stato prescritta dal legislatore penale.

Appare in tutta evidenza che questo campo di lavoro intercetta interessi e discipline legislative diverse, talvolta in posizione di incomponibile contrasto per le confuse linee di indirizzo dettate dal legislatore nazionale e delle ricadute di scelte prescrittive operate in sede sovranazionale.

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2022, 859. Il nuovo orizzonte concettuale costituisce una decisa inversione di tendenza rispetto agli episodi di emarginazione della vittima dalla teoria reato, come illustrato da ESER, *Bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 6, 1064.

² Puntuale la ricostruzione normativa dei due istituti di COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, Torino, 2022, 171.

³ ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Studi in onore di Emilio Dolcini, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, vol. II, 502.

All'esordio della vigenza del Codice penale del 1930 la questione non trovava alcuna seria ragione per emergere né è emersa nell'ampio arco temporale successivo. Inizia a suscitare interesse con l'introduzione del codice di rito penale del 1988 che presenta un complesso e definito quadro in materia cautelare reale sconosciuto fino a quel momento.

Il disagio applicativo assume una sua dimensione significativa quando, nel corso degli ultimi anni, il legislatore introduce nel sistema penale ipotesi di confisca che si allontanano dallo statuto regolativo della misura di sicurezza patrimoniale fondata sul concetto di pericolosità sociale⁴ e guadagnano sempre di più lo spazio sanzionatorio come vere e proprie nuove forme di pena a contenuto patrimoniale, non del tutto dissimili da quelle pecuniarie note al catalogo sanzionatorio codicistico⁵. L'imprevisto avvicinamento delle due tipologie sanzionatorie apre il dibattito sulla assunzione da parte della confisca della natura di pena patrimoniale nella medesima configurazione che appartiene alla tradizione della pena pecuniaria, cui il legislatore ha da sempre assegnato funzioni e scopo punitivo della pena detentiva a orientamento costituzionale⁶.

La confisca diventa una misura penale chiaramente sanzionatoria e non più semplicemente ripristinatoria, per cui la prescrizione ablativa a favore dello Stato entra nella stessa area punitiva cui appartiene la pena in senso stretto e anticipa qualunque altra soluzione alla destinazione finale del bene sottoposto a sequestro⁷.

A ben vedere la strategia politico criminale messa in campo negli ultimi anni dalla legislazione di settore è tesa sempre di più ad estendere la misura ablativa

⁴ VASSALLI, *La confisca dei beni: storia recente e profili dottrinali*, Padova, 1951.

⁵ MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 535.

⁶ MAUGERI, *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, vol. 3, 864; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie: confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997; DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 98. Si rinvia anche all'accurata indagine storica svolta da LANZI, *Confische, riparazione pecuniaria e sanzioni civili: come monetizzare il reato*, in *Processo penale e processo civile: differenze e questioni irrisolte, Atti del Convegno Università degli Studi Roma Tre 2 dicembre 2019*, a cura di Luparia-Marafioti-Paolozzi, Torino, 2020, 241.

⁷ Sull'opposto versante di chi ritiene che tutte le ipotesi di confisca siano avvinte dal carattere unicamente ripristinatorio, si rinvia a TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

per tutte le fasce della criminalità economica, facendo leva sulla maggiore efficacia dell'iniziativa sanzionatoria e la più decisa spinta verso la dimensione dissuasiva dei suoi effetti⁸.

Nell'ottica di accentuare la dimensione punitiva della confisca si colloca anche l'adozione della nuova disciplina dell'art. 578-*bis* c.p.p., chiamato a regolare per la prima volta gli effetti della confisca nel caso venga pronunciata sentenza di "non doversi procedere" per lo spirare del termine massimo di prescrizione del reato (si legga improcedibilità): «1. Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna»⁹.

Sul piano sistematico certamente questa norma assume aspetti connotati dal carattere di atipicità e, rispetto allo statuto tradizionale della materia, si presenta in deroga alla disciplina di carattere generale sancita dalla precedente disposizione¹⁰. L'art. 578 c.p.p., infatti, dispone che il giudice penale comunque è chiamato a decidere del risarcimento del danno a favore della parte civile anche nel caso il reato sia dichiarato estinto, a condizione che in precedenza vi sia stata una sentenza di primo grado o del grado di appello che abbia accertato e sancito la responsabilità penale dell'imputato.

La nuova norma invece, introdotta con la legge c.d. spazzacorrotti d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, ha interrotto quel flusso di coerenza che caratterizzava il sistema ed ha stabilito che nel caso sia stato adottato un sequestro preventivo ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p., vale a dire un sequestro di valore o per equivalente, scatta sempre la pronuncia sulla confisca, antecedendo quella sul risarcimento dei danni.

⁸ Sulla complessa questione della natura giuridica della confisca del profitto, si rinvia a RICCARDI, *Confische e sequestri in tema di reati tributari e di usura: aspetti peculiari e criticità applicative nelle traiettorie giurisprudenziali*, in www.sistemapenale.it, 15 settembre 2023.

⁹ In questi giorni la confisca senza condanna occupa anche l'attenzione del legislatore dell'Unione Europea che con una nuova direttiva dovrebbe adottare una nuova e inedita ipotesi di confisca senza condanna con la Proposta n. 16 in materia di confisca, per cui il tema in trattazione assume nuova rilevanza.

¹⁰ Vicenda normativa dai risvolti estremamente controversi, come già rilevava MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1259.

1.1. *La vittima irrompe sulla scena del diritto penale sostanziale.* D'altro lato, seppure su diverse coordinate concettuali, si sviluppa un dibattito e si impegna il legislatore ordinario a tenere conto della nuova svolta della criminologia che, nella dimensione culturale che sta assumendo il sotto-settore della vittimologia diretto a sviluppare un nuovo campo di indagine, finisce per fare da sfondo a un progetto di obblighi normativi che non sono più eludibili¹¹.

La riforma promossa dal Ministro della Giustizia Marta Cartabia, preceduta dai lavori della Commissione presieduta dal Presidente Giorgio Lattanzi, marca in questo senso una decisa novità sul terreno della giustizia riparativa, in cui la vittima del reato, parte offesa processuale, acquista una dimensione partecipativa molto più significativa, al punto da mettere in discussione le coordinate tradizionali della ricaduta afflittiva del reato che non si affida più soltanto alla pena, ma anche a "misure rieducative" che hanno acquistato imprevedibilmente una chiara vocazione punitiva¹².

Negli interstizi di questa scelta si insinua la necessità di valutare la moderna natura giuridica del risarcimento del danno che possa favorire una lettura aggiornata dell'art. 185 c.p. e con esso i rapporti degli effetti concorrenti prodotti dalla contemporanea e correlata efficacia della confisca, quale misura di sicurezza -o pena patrimoniale- e il risarcimento del danno come conseguenza diretta ed immediata della lesione prodotta dal reato, patrimoniale e non patrimoniale, a danno della vittima¹³.

Vittima non soltanto declinata in termini di persona fisica, ma in generale come la persona offesa del reato nella sua più ampia configurazione giuridica, come implicitamente confermato dalla vasta gamma delle categorie dei

¹¹ DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-donnica*, Napoli, 1990; DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Quest. giust.*, 2003, 4, 705; HENHAM-MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 706.

¹² Cass. Sez. III, 12 gennaio 2022, n. 4463, che dichiara inoperante la confisca nel caso di sospensione con messa alla prova con esito favorevole.

¹³ VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 286; NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, 4, 865.

rappresentanti degli interessi collettivi offesi indicate nella lett. c) dell'art. 45 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 in materia di giustizia riparativa.

Non va infatti dimenticato che la dignità di persona offesa-vittima, che si traduce nella persona in generale, trae origine da scelte di valore che l'ordinamento penale ha già compiuto con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 dando risalto alla categoria della persona giuridica come autore di illecito derivante da reato oltre che come persona offesa.

In questo rinnovato e rimescolato quadro di valori ordinamentali si inserisce a pieno titolo la disciplina del diritto processuale penale che regola la previsione degli strumenti operativi e applicativi dei diversi istituti di diritto penale sostanziale e in cui non manca una specifica prospettiva dommatica che deve trovare ragioni di armonia e coerenza di ordine sistematico nel panorama dell'ordinamento penale nel suo insieme¹⁴.

In definitiva, sul campo si contendono primati di prevalenza applicativa senza uno statuto ordinato: da un lato le ipotesi di sequestro preventivo destinato alla confisca e quella di sequestro conservativo destinato alla soddisfazione del creditore; dall'altro l'ipotesi tradizionale di confisca diretta, obbligatoria e facoltativa, dell'art. 240 c.p. e le confische di valore o per equivalente e per sproporzione o allargata dell'art. 240-*bis* c.p. (non trascurando di considerare l'incidenza patrimoniale della confisca di prevenzione del Codice antimafia d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

2. Il risarcimento del danno quale sanzione ulteriore del reato nello spettro della polifunzionalità della punizione. Gli artt. 165 e 185 c.p. quali componenti integrative dell'art. 2043 c.c. Per inquadrare correttamente la controversa tematica occorre partire dal quesito di fondo che ancora oggi è alla ricerca di una ragionevole risposta: la riparazione costituisce realmente un compito del diritto

¹⁴ In questo nuovo orizzonte, si veda BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze dell'attività*, in *La competenza civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, a cura di Fornasari-Marinelli, Padova, 2007, 121.

penale?¹⁵ Esiste ancora una rigida separazione in materia risarcitoria tra diritto civile e diritto penale come si riteneva un tempo¹⁶?

In realtà il problematico rapporto di conflitto/prevalenza tra confisca e risarcimento del danno non si pone solo sul versante della natura giuridica degli effetti dell'illecito penale commesso, questo è soltanto uno degli aspetti da considerare. Il moderno versante su cui si sposta il fulcro dell'indagine è in parte di tipo tecnico giuridico, nella relazione di compatibilità scalare tra le norme che regolano i due diversi ambiti; per altra parte è di natura esegetico-evolutivo, alla ricerca di un nuovo ordine di legalità sistematica che faccia da sfondo e ne regoli la relazione.

Nel nostro ordinamento giuridico con l'introduzione del codice di procedura penale del 1988 si pose un principio che appariva ineludibile in quel momento, in ordine alla separazione tra il giudizio penale di accertamento della responsabilità da reato che si svolge innanzi la giurisdizione penale e il giudizio civile per l'accertamento delle conseguenze patrimoniali e non derivanti dalla commissione del reato che si dipana davanti al giudice civile¹⁷. Questi due ambiti sembravano in questo modo tenuti nettamente distinti dalla impossibilità normativa di instaurare due identici giudizi di responsabilità innanzi allo stesso giudice, pena la decadenza di uno dei due, come asserisce l'art. 75 c.p.p.¹⁸.

In realtà la prassi consegna oggi alla riflessione giuridica una commistione che molto spesso vede il procedere di due azioni parallele della parte offesa, quella intentata in sede civile e quella proposta nel giudizio penale.

¹⁵ Questione già evidenziata da ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930. Sebbene su altro versante disciplinare, converge nel trattare la responsabilità contrattuale e da delitto RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 148.

¹⁶ Il tema è oggetto di un complesso lavoro che col tempo non perde la sua attualità di ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1, 15. Sull'autonomia delle fattispecie insiste ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, 73.

¹⁷ FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.

¹⁸ CARULLI-DALIA, *Le nuove norme sul processo penale. Il codice di procedura penale nel 1988 e le disposizioni nel processo minorile con il testo del progetto preliminare e le relazioni*, Napoli, 1989; PISAPIA, *Relazione introduttiva*, in *Azione civile e processo penale, Atti del Convegno tenuto a Lecce, 1-4 maggio 1969*, Milano, 1971, 3. Il nuovo codice di procedura penale si pone in controtendenza con il precedente assetto codicistico, come illustrato da LEONE, *Azione civile nel processo penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. IV, 830.

Per cui già la sede applicativa suggerisce che quella rigida separatezza o autonomia, in ragione di quella netta differenza della natura giuridica della pretesa che intendeva sventare pronunce di segno contraddittorio tra il giudizio civile e quello penale, non trova attualmente alcun concreto conforto¹⁹.

Tuttavia, il versante normativo è chiaro nel delineare i contenuti di due azioni coincidenti ma completamente diverse, afferenti a discipline di principio diverse e a finalità punitive e ripristinatorie assiologicamente diversificate²⁰. Intanto, entrambi i fronti disciplinari segnano la sussistenza di una lesione, ma diversa, eterogenea: il penale per il danno o il pericolo come offesa al bene giuridico protetto; il civile per la lesione patrimoniale e morale ovvero non patrimoniale -*il pretium doloris*- indotta dagli effetti del reato²¹.

L'attuale orizzonte legislativo delineatosi punta certamente sulla necessità della composizione privatistica del conflitto come ambito proprio ed esclusivo della materia civile, ove si postula l'obbligo di reintegrare il patrimonio leso del soggetto danneggiato e garantirne un ristoro per il danno subito. Oggi, tuttavia, con il procedimento accessorio della giustizia riparativa o, comunque, con gli strumenti normativi messi a disposizione per la riparazione del danno e la reintegrazione del patrimonio, il campo di intervento risarcitorio si è ulteriormente ampliato e la stessa riparazione assume una chiara dimensione punitiva²².

Su altro versante, il tema si mostra all'attenzione e assume rilievo in questa discussione è la natura punitiva del risarcimento del danno come ipotesi di pena o anche come segmento integrativo della pena, perché nell'ampio corredo normativo della parte generale del codice penale del 1930 esiste un ambito disciplinare segnato dal Titolo VII e rubricato come «Sanzioni civili» ove il tratto sanzionatorio insito nella definizione normativa sembra marcare decisamente la natura dell'intervento civilistico²³.

¹⁹ SPANGHER, *Azione civile e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, 509.

²⁰ MANNA, *Il risarcimento del danno tra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 593.

²¹ BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 7.

²² Tra gli altri MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, Padova, 2015, 740.

²³ DE MURO, *Finalità risarcitoria e teorie della pena*, in *Riv. pen.*, 1994, 564. MANNA, *Risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2014, 384; MARTIELLO, *"Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata? Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole "punire" il reo*, in www.discrimen.it, 27 settembre 2018.

In realtà la rubrica tradisce il vero contenuto di quelle norme, anche se al loro interno il comma II dell'art. 185 c.p. segna un punto importante per divaricare il danno da reato dal danno civile che si ripartisce nell'art. 2043 c.c. di natura patrimoniale e quello non patrimoniale corrispondente all'art. 2059 c.c. in chiave deterrente/punitiva²⁴. Si tratta, infatti, della statuizione decisa dal giudice penale circa il risarcimento del danno morale o comunque non patrimoniale che si accompagna al generale ripristino delle condizioni patrimoniali del danneggiato lese dal reato commesso²⁵.

Se si analizza attentamente l'art. 185 c.p. emergono, tuttavia, elementi di specificità che torneranno poi utili per chiarire i presupposti del conflitto tra confisca e risarcimento del danno e per tentare di scioglierne i nodi problematici. Ed infatti, quella norma stabilisce non solo l'obbligo a carico del condannato del risarcimento del danno patrimoniale in senso stretto, ma soprattutto prescrive tassativamente il destino dei rimborsi e le restituzioni quali ipotesi di *restitutio ad integrum*, come ripristino della situazione preesistente, di beni e valori che appartenevano già in origine alla vittima prima che soccombesse al reato²⁶.

Non solo. Se il contenuto dell'art. 185 c.p. non mostrasse un contenuto più ampio e dettagliato di quello della generica previsione risarcitoria che appartiene all'art. 2043 c.c., se ne imporrebbe la disapplicazione per favorire l'efficacia della norma generale di stampo privatistico, sventando il rischio di appesantire il sistema con due prescrizioni identiche. In verità le due disposizioni traggono un ulteriore tratto differenziale dalla linea genetica di provenienza, poiché l'art. 185 c.p. deriva come conseguenza di un fatto tipico, tassativamente previsto come reato, seppure soltanto per quelle fattispecie incriminatrici che

²⁴ Secondo CASTRONUOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 190 e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danni civili e danni "da reato" nel sistema polifunzionale delle responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 4, 1189; Cass. civ., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass. civ., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26974; Cass. civ., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26975, in *Danno resp.*, 2009, 27, con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*.

²⁵ L'azione risarcitoria sarebbe da considerare più incisiva nel caso della violazione di diritti fondamentali, come auspica NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

²⁶ Dibattito acceso sul tema in dottrina, di cui si segnala per tutti *Punibilità e pene*, in *Trattato breve di diritto penale, Parte generale*, a cura di Cocco-Ambrosetti, Padova, 2015, 262; FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 9.

danno luogo al risarcimento della vittima; mentre invece la funzione risarcitoria svolta dalla norma del Codice civile è di contenuto generale e astratto, senza alcun livello di specifica tipicità²⁷.

2.1. *La diversa natura giuridica dell'interesse leso.* Quindi l'alto grado di tassativizzazione della norma penale che si riflette sulla conseguenza risarcitoria, rende del tutto dissimile l'art. 185 c.p. dall'omologa norma del Codice civile, fino al punto da potersi considerare la prima come una mera integrazione dell'art. 2043 c.c., una porzione di attribuzione patrimoniale che sfugge alla disciplina del risarcimento del solo danno in senso stretto e che risulta accessorio all'illecito penale e non autonomo²⁸. Se così non fosse e si mantenesse il sospetto di una duplicazione dell'aspetto punitivo, sarebbe peraltro chiara la violazione del principio di *ne bis in idem* e con esso la tacita abrogazione di una delle due prescrizioni²⁹.

Del resto, il concetto di "ingiustizia del danno" che caratterizza l'obbligo risarcitorio dell'art. 2043 c.c. impone un intervento che può avere luogo solo dopo la commissione dell'illecito, proprio per rinvenirne quel carattere indefettibile *contra ius* che connota la conseguenza riparatrice, sostituendo di fondamento qualsivoglia pretesa o capacità preventiva e dissuasiva che invece è appannaggio delle norme penali e delle appendici risarcitorie della materia³⁰.

Il dubbio sulla effettiva natura del rimedio risarcitorio dell'art. 185 c.p., dopo tutto, persiste alla luce di altre disposizioni, come quella antifibologica contenuta nell'art. 198 c.p., il quale dispone che persino «[l]'estinzione del reato o della pena non importa la estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato», con questo non escludendo profili afflittivo/punitivi che non si pongono del tutto fuori dell'orbita sanzionatoria del diritto penale, essendo una persistenza degli

²⁷ *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, a cura di Bianchi-Rizzuti, Torino, 2020.

²⁸ BUSNELLI, *...E venne l'estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, 104.

²⁹ A tale proposito ritiene si tratti di sovrapposizioni tra conseguenze del reato e statuizioni civili anche LANZI, *Confische, riparazione pecuniaria e sanzioni civili*, cit., 248.

³⁰ Per una ricostruzione dell'intero sistema, in MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 194

effetti dannosi nonostante l'estinzione del reato³¹. Certamente non condividono gli stessi scopi della pena né le scelte politico criminali alla base della necessità di protezione del bene giuridico leso o messo in pericolo, ma è indubitabile che orbitano nel medesimo contesto³².

Lo scenario normativo finora delineato si arricchisce di ulteriori considerazioni alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite Penali n. 32393 del 2023 che, seppure *in obiter dictum*, decidendo sulle restituzioni alla vittima nel caso di mancata costituzione di parte civile nel processo penale, ne ammette la possibilità e pone in comparazione la disciplina dell'art. 185 c.p. con quella dell'art. 165 c.p.³³. La necessità di adire il supremo consesso si imponeva per stabilire se potesse essere concessa la sospensione condizionale della pena al condannato nel caso in cui la parte offesa non fosse costituita parte civile e, in questo modo, non si potesse procedere al risarcimento del danno e alle restituzioni secondo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 165 c.p.

Il quesito è stato risolto in senso affermativo e il ragionamento alla base della decisione tocca proprio la doppia prospettiva sanzionatoria/restitutoria che riconosce e in realtà rafforza il diritto della vittima e del danneggiato al riconoscimento della sua pretesa. Va rilevato, infatti, come già detto, che il codice di diritto sostanziale distingue il danno civilistico dal danno criminale, ben caratterizzati nell'art. 185 c.p. tra finalità privatistica della prima parte e finalità pubblicistica della seconda³⁴. Tuttavia, se addirittura in mancanza di costituzione di parte civile è comunque ammessa la sospensione condizionale se il condannato soddisfa la parte offesa, ancora di più si rafforza la posizione di assoluta rilevanza nel caso la costituzione sia stata invece dispiegata nel giudizio penale.

La decisione della Suprema Corte, in buona sostanza, viene a consolidare la posizione della vittima sul duplice versante risarcitorio, in modo da riconoscere

³¹ Sul terreno delle funzioni della pena lo stesso Roxin non esclude una dimensione compatibile del risarcimento del danno con il sistema sanzionatorio di stampo penalistico, ove possono giocare un ruolo chiave sia le istanze preventive positive che retributive, in ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1, 8.

³² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 862.

³³ Cass., Sez. un., 27 aprile 2023, n. 32939.

³⁴ BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 ottobre 2016, 11.

come propedeutiche le esigenze pubblicistiche soddisfatorie, quelle stesse che animano la disciplina delle confische. Per cui, anche alla luce di queste nuove emergenze ermeneutiche, la parte civile guadagna quel privilegio e quella priorità che il sopravvenire della confisca con la sentenza di condanna potrebbe far venire meno.

La problematica prospettiva di riconoscere alla sanzione civile una funzione deterrente/punitiva, peraltro, assume una nuova dimensione di attualità con il riconoscimento espresso nel nostro sistema sanzionatorio, in senso lato, dei cc.dd. danni punitivi o *punitive damages* che si presentano come la nuova frontiera del sistema delle sanzioni che tende sempre di più, sotto questo profilo, ad integrare i settori ordinamentali³⁵.

Il quadro già complesso per lo sforzo esegetico di puntualizzazione dell'autentica natura dell'illecito civile si arricchisce in questo modo di nuovi elementi di riflessione e vira verso l'acquisizione di quel carattere afflittivo/punitivo di contenuto non tassativo che li divaricava decisamente dalla materia penale³⁶.

3. *La confisca nella duplice configurazione di misura di sicurezza e sanzione patrimoniale. La pretesa priorità istituzionale del recupero della ricchezza illecita.* Sull'altro versante si colloca la questione della natura giuridica della confisca che, lasciata in un angolo l'originaria rubricazione concettuale assegnata dal legislatore del 1930, si è caricata nel tempo di un potenziale punitivo del tutto inconsueto e distante dalla categoria di misura di sicurezza patrimoniale con efficacia preventiva e deterrente che ne ha sempre connotato il genere³⁷.

L'istituto si presenta oggi come una vera e propria categoria giuridica autonoma, all'interno della quale convivono misure con finalità e con capacità repressiva che vanno oltre la mera prognosi di pericolosità sociale del bene

³⁵ ROMANO, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 4, 865; GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di "Riforma della disciplina sanzionatoria" (art. 2 L. 28.4.2014 n. 67)*, in www.laegislazionepenale.eu, 3 dicembre 2018; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello stuto garantistico*, Torino, 2017. Per una conferma della prassi applicativa, si rinvia a Cass. civ., Sez. un., 7 febbraio 2017, n. 16601.

³⁶ MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, 109.

³⁷ ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, vol. III, 45.

attraverso la persona che lo detiene in chiave di pura prevenzione, sfociando in un'area tipica della punizione³⁸. Il legislatore, infatti, negli ultimi anni si è affidato alla leva patrimoniale, anche per indicazioni provenienti dall'Unione Europea, che alla fine ha segnato con quel carattere punitivo/afflittivo che la confisca codicistica non possedeva (con una strana commistione tra legislazione ordinaria e legislazione speciale antimafia), aprendo in questo modo un nuovo orizzonte al catalogo sanzionatorio penale³⁹.

Non è fuori luogo, per la loro diversa articolazione preventivo/repressiva, parlare di "confische" e precisare che le diverse tipologie sono ora delineate in maniera individuale e autonoma negli artt. 240 e 240-*bis* c.p., anche se le due disposizioni non le raccolgono tutte⁴⁰.

Questo nuovo assetto costituisce quell'ulteriore profilo di problematicità dommatica che si deve confrontare con la sponda normativa del risarcimento del danno e con i diritti al ristoro vantati dalla parte offesa, oltre a segnare il superamento di una linea di confine che potrebbe generare dubbi di costituzionalità per la porosità della materia⁴¹.

Emerge a questo punto un primo elemento di confronto critico tra i due istituti: si ipotizza la medesima natura sanzionatoria della confisca e del risarcimento del danno con la evidente omogeneità funzionale, mentre in origine era stabilita una eterogeneità finalistica.

In realtà quella della comune natura giuridica instauratasi nel tempo è soltanto la punta estrema della vasta problematica che, invece, va approfondita anche sotto altri profili.

Prima di tutto la confisca introdotta nel 1930 si distingue in obbligatoria e facoltativa e ha sempre seguito la condanna per il reato commesso che ne

³⁸ VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, t. II, 481.

³⁹ Per i rapporti ambigui e la commistione di contenuti tra confisca di prevenzione e confisca "allargata", si rinvia alla puntuale riflessione di MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 7, 811.

⁴⁰ NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica, e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, *Arch. pen. web*, 2019, 2, 1.

⁴¹ MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *www.federalismi.it*, 28 marzo 2018.

costituiva il presupposto di applicabilità, la base per elaborare la prognosi di pericolosità sociale della persona o l'uso pericoloso del bene riutilizzabile. Oggi invece: «nessuna delle forme di confisca previste dal codice penale presuppone alcun accertamento sulla pericolosità del titolare del bene confiscato o del bene medesimo»⁴².

Altro aspetto ineludibile per la fisionomia della confisca codicistica, ormai defilato, era il legame pertinenziale del bene con il reato commesso.

Il Codice penale già conteneva una prescrizione che non appariva in linea con la misura di sicurezza, ma segnalava in termini di previsione eccezionale e in deroga allo schema di principio che la misura ablativa patrimoniale va applicata comunque, anche nel caso di sospensione condizionale della pena, come espressamente prevede l'art. 164 c.p., anche quando è impedita l'applicazione di altre misure di sicurezza.

La giurisprudenza degli ultimi anni, sotto la decisa spinta di una legislazione derogatoria che ha enfatizzato il ruolo di autonomia sanzionatoria della misura di sicurezza patrimoniale, afferma che la confisca obbligatoria va applicata anche se non vi è stata condanna⁴³, come nel caso della pronuncia di prescrizione⁴⁴. Questa scelta così rigorosa si iscrive, in realtà, a pieno titolo in una visione sanzionatoria di tipo general-preventivo nei suoi profili negativi, piuttosto che adattarsi a una finalità di tipo retributivo chiamata a valorizzare il principio di proporzionalità e, seppure in linea con le opzioni politico criminali di stampo europeo, si pone in aperta controtendenza a un diritto penale liberale delle garanzie⁴⁵.

⁴² VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 203.

⁴³ MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 428.

⁴⁴ L'applicazione della confisca nel caso sia intervenuta una pronuncia di prescrizione del reato può avere luogo se vi è stata nei precedenti gradi di giudizio una sentenza di condanna, così Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, commentata da CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in *Arch. pen. web*, 2015, 2, 2; e ancora può essere disposta la confisca in materia urbanistica sempre che sia intervenuta sentenza di prescrizione a seguito dell'accertamento lottizzazione abusiva, così Cass., Sez. un., 30 gennaio 2020, n. 13539. Sul tema generale si rinvia a TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

⁴⁵ Come già sopra esposto questa soluzione che era un approdo di natura giurisprudenziale oggi è

La confisca è per la stessa definizione normativa dell'art. 240 c.p. una misura patrimoniale ablativa che destina a favore dello stato i beni e valori che si presentano come il profitto, il prodotto o il mezzo per la commissione del reato. In questa stessa definizione si compongono in maniera speculare il contenuto delle voci di danno che lo stesso Codice penale, come sopra si è detto, garantisce alla vittima del reato. Ed infatti, gli elementi presupposti della confisca quali il *prodotto* e il *profitto* sono esattamente il corrispettivo delle voci risarcitorie dei *rimborsi* e le *restituzioni* che costituiscono i requisiti strutturali del risarcimento del danno fissati all'art. 185 c.p., agli strumenti operativi dell'art. 165 c.p., oltre alla responsabilità civile generica che interviene successivamente in maniera sussidiaria con l'art. 2043 c.c.

La tensione che si registra tra norme che si presentano in posizione ed efficacia antinomica è insita nel fatto che il legislatore, disponendo preliminarmente la confisca, e prima ancora il sequestro finalizzato, di beni o valori rinvenuti nella disponibilità dell'indagato, dell'imputato e poi del condannato, arbitrariamente sottrae in maniera definitiva alla persona offesa del reato quel patrimonio che a questa sarebbe dovuto ritornare come naturale reintegrazione del possesso di beni che già le appartenevano⁴⁶.

diventato patrimonio dell'apparato normativo, come viene confermato da ultimo da Cass., Sez. III, 16 ottobre 2021, n. 39157. In questa occasione viene sciolto anche un nodo interpretativo, dal momento che, sebbene si tratti di una norma processuale e di immediata applicazione secondo il principio del *tempus regit actum*, la Suprema Corte ne ha ribadita la natura afflittivo sanzionatoria, per cui la sua applicazione va limitata solo ai fatti successivi all'entrata in vigore della legge nel 2018.

⁴⁶ Si pensi ai dirompenti effetti della confisca del denaro contante, in una logica binaria di rimborsi e restituzioni, qualificata come confisca diretta, in Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, n. 42415. Sulla predetta decisione si rinvia al commento di SCOLETTA, *La confisca di denaro quale presso o profitto del reato è sempre "diretta" dalla recente (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria delle legge penale?*, in *www.sistemapenale.it*, 23 novembre 2021. Ormai la netta separazione iniziale che distingueva nettamente la confisca diretta da quella per equivalente o di valore perde decisamente terreno a favore di un orizzonte confuso dove il denaro e i beni fungibili possono essere aggrediti indifferentemente da entrambe le ipotesi di confisca. Il tema, comunque, era già al centro della scelta legislativa operata con l'introduzione della confisca nel caso del delitto di usura, dove il legislatore precisando "*importi pari al valore*" intende in questo modo che la confisca di valore del denaro si configura come confisca diretta, innescando la questione controversa del profitto confiscabile. Sul punto la decisa presa di posizione di Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561 e Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617 che, nel confermarne la natura sanzionatoria, trattandosi di somme di denaro è applicabile anche agli Enti e in caso di prescrizione. Comunque, sull'ampio tema oggetto del presente lavoro PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

In buona sostanza, l'aspetto paradossale della vicenda punitiva è rappresentato dal fatto che la persona offesa finisce per subire in questo modo gli effetti pregiudizievoli di una risposta sanzionatoria il cui unico destinatario dovrebbe essere il condannato⁴⁷.

Questo è un decisivo aspetto problematico cui la legislazione non fornisce alcuna ferma risposta⁴⁸.

Ancora una volta, poi, si apre lo scenario sulla natura giuridica della confisca, se sia una misura di sicurezza o una vera e propria pena⁴⁹, perché del tutto sganciata da un vincolo pertinenziale con il reato, con la conseguenza che la pena deve sempre anticipare qualsiasi altra forma di disposizione patrimoniale per effetto dell'accertamento della responsabilità penale colpevole dell'autore. Ma in entrambi i casi andrebbero considerati, a maggior ragione, fuori dall'orbita ablativa i rimborsi e le restituzioni.

Così come arbitrariamente la norma di carattere generale sulla confisca travolge i diritti della parte civile nel processo penale, talvolta ancora arbitrariamente è lo stesso legislatore a sciogliere il nodo del conflitto tra gli effetti della confisca da ritenere prevalenti sul risarcimento del danno⁵⁰. Avviene, infatti, che per talune ipotesi di reato, derogando alla rigorosa regola di carattere generale, la parte offesa è legittimato attivo a pretendere nell'ambito del processo penale il risarcimento del danno che può anticipare la pronuncia sulla confisca.

⁴⁷ LANZI, *Confische, riparazione pecuniaria e sanzioni civili*, cit., 245

⁴⁸ Tra le opposte sponde della portata deterrente in termini general-preventivi della pena e quella compensativa, si veda BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 4, 1726. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, vol. III, 2103.

⁴⁹ A parte delle ultime determinazioni giurisprudenziali, il riferimento costante è sempre alla sentenza Engel c/ Paesi Bassi che ha sancito che una legge può essere definita penale se sono accertati tre parametri, ossia: a) la qualificazione giuridico-formale sancita dal diritto nazionale; b) la natura dell'infrazione; c) la severità della sanzione, in Corte Edu, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A, 36, 1977. Sulla questione anche in Italia la Corte cost., 20 novembre 2009, n. 301, in www.cortecostituzionale.it è scesa in campo per stabilire «Invero, la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura "eminentemente sanzionatoria", che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'articolo 200 c.p.».

⁵⁰ BISCARDI, *Concorso tra sequestri e traguardo finale: un viaggio accidentato tra istanze risarcitorie e confische*, in *Proc. pen. giust.*, 20 ottobre 2019.

Gli esempi più significativi tratti dal codice penale sono: l'art. 644 c.p. in materia di usura «Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni»; l'art. 474-*bis* c.p. in materia di contraffazione; l'art. 600-*septies* c.p. in materia di prostituzione e pornografia minorile; l'art. 603-*bis2* c.p. in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

In tutti questi casi, dunque, la legge prevede tassativamente che vi sia prima il risarcimento del danno a favore della parte offesa, da intendersi per tutta la gamma delle voci che ne costituiscono il compendio, e, solo successivamente, il residuo venga destinato alla confisca a favore dello Stato.

Nella vasta e variegata gamma prescrittiva vi è un caso particolare di nuovo conio, rubricato all'art. 452-*undecies* c.p. in materia di disastro ambientale, ove sono salvi soltanto i diritti dei terzi estranei al reato «Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i delitti previsti dagli articoli 452-*bis*, 452-*quater*, 452-*sexies*, 452-*septies* e 452-*octies* del presente codice, è sempre ordinata la confisca delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato o che servirono a commettere il reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato».

Non avviene allo stesso modo per una vasta gamma di reati dove il legislatore non antepone le ragioni risarcitorie a quelle ablativo della confisca, facendo mancare non solo il risarcimento morale derivante da reato, ma anche le altre voci come i rimborsi e le restituzioni. La confisca cala come una scure ad impedire una pronuncia in favore della parte civile (che sia persona umana o persona giuridica), obnubilando qualsiasi effetto promanante dalla legittimazione attiva a richiedere il risarcimento dei danni. Tutto ciò avviene soprattutto nel caso di alcuni reati contro il patrimonio o a contenuto patrimoniale dove la

contraddizione è ancora più evidente trattandosi di consistenze economiche di cui è già titolare la parte offesa.

La formula utilizzata è quella, ad esempio, per i delitti di comune pericolo mediante frode, come l'art. 446 c.p. che dispone la confisca obbligatoria «In caso di condanna per taluno dei delitti preveduti negli articoli 439, 440, 441 e 442, se dal fatto è derivata la morte o la lesione grave o gravissima di una persona, la confisca delle cose indicate nel primo comma dell'articolo 240 è obbligatoria», la cui previsione trascura il risarcimento. Non sfuggono, come segnala la giurisprudenza, reati come la bancarotta fraudolenta⁵¹, su cui si tornerà, o, ancora, l'appropriazione indebita e i reati societari o del testo unico della finanza⁵². Appare dunque evidente che le ragioni della vittima del reato siano superate dalle ragioni di neutralizzazione e di recupero della ricchezza illecita, in evidente contrasto con i diritti fondamentali della persona che attendono una piena tutela in sede processuale.

Non solo. La scelta arbitraria di colpire il condannato per reati a contenuto patrimoniale con la confisca negando il preventivo risarcimento impedisce quella naturale riparazione alla vittima collegata ai bisogni della persona umana in chiave di tutela funzionale del patrimonio⁵³. Vicenda che si pone in controtendenza con l'ampio orizzonte della Riforma Cartabia che guarda alla riparazione come una iniziativa para-processuale, complementare e accessoria al giudizio penale.

A ben vedere si tratta di un complessivo assetto legislativo che presta il fianco a scelte ondivaghe e che, offuscando le ragioni di giustizia sostanziale, finisce per generare ambiguità e sfiducia nel sistema punitivo a causa della marginalizzazione della domanda di giustizia che si leva dalla persona offesa e dal danneggiato dal reato.

3.1. Le ipotesi ulteriormente problematiche nello scenario eterogeneo del rapporto tra risarcimento e confisca. Vi sono alcuni casi legati alla vicenda giuridica

⁵¹ Cass., Sez. V., 11 febbraio 2021, n. 19340.

⁵² Cass., Sez. II, 18 luglio 2018, n. 46767.

⁵³ Sul tema ampiamente MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 131.

in esame che mostrano profili di evidente problematicità nella globale eterogeneità del regime normativo che regola i rapporti di priorità tra confisca e risarcimento del danno.

Una prima ipotesi riguarda la disparità di trattamento tra soggetti danneggiati quando tra essi vi è la Pubblica Amministrazione (PA) per un reato commesso da un proprio dipendente in ragione della disciplina dell'art. 322-*quater* c.p., rispetto al danno erariale e al danno all'immagine subito dalla PA.

Una seconda ipotesi concerne la confisca disposta sulle opere d'arte illecitamente esportate all'estero.

La diversa soluzione assegnata a ciascuno di queste ipotesi conferma, ancora una volta, che l'eterogeneità delle scelte risolutive, spesso affidate alla giurisprudenza in mancanza di un supporto normativo, dipende dalla carenza di una disciplina comune che riconduca "a sistema" la relazione tra risarcimento e confisca abbandonando la sponda dell'irrazionale conflittualità.

Nel Titolo II del Codice penale sotto il capo dei delitti del pubblico ufficiale contro la PA è rubricata una speciale figura di confisca all'art. 322-*ter* c.p. in deroga all'art. 240 c.p. che prevede l'ipotesi alternative di confisca obbligatoria diretta o per equivalente, quando la prima non sia possibile, del prezzo o del profitto del reato. La disciplina di questa disposizione è stata completata con la L. 6 novembre 2012, n. 190.

Al successivo art. 322-*quater* c.p. è, invece, prevista la *Riparazione pecuniaria*, inserita nel 2015 e rimodellata con la L. 9 gennaio 2019, n. 3 detta "spazzacorrotti". Ebbene, quest'ultima disposizione prescrive che: «è sempre ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta [...] restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

Dalla lettera della legge appare chiaro che, al di là di scelte riparatorie che l'imputato può avanzare spontaneamente e di propria iniziativa con la finalità di ottenere una mitigazione della pena, la legge in questo modo stabilisce una priorità tra la riparazione pecuniaria e la confisca a favore della prima. La novità è nel fatto che la somma introitata dalla PA non è definita come risarcimento del danno, perché è parametrata sul prezzo e sul profitto del reato quasi fosse

una forma di confisca, mentre, invece, la confisca a favore dello Stato viene posta a seguire, e ancora a seguire il risarcimento dei danni.

Se è vero che natura giuridica di questa riparazione pecuniaria è lasciata in ombra dalla legge, la decisione della Suprema Corte di Cassazione n. 12541 del 2019 sembra risolvere il dubbio qualificandola come sanzione e ponendola al di fuori dell'area della lesione patrimoniale e non patrimoniale risarcibile⁵⁴. Questa scelta sanzionatoria sembra assumere il ruolo di reintegrazione del patrimonio della PA, non a caso si parla di prezzo e di profitto quali prodotti di una negoziazione illecita di beni e di funzioni della stessa PA.

Orbene, la reintegrazione inquadrata in questo modo non condivide nulla con il risarcimento del danno che resta impregiudicato come impregiudicati sono il danno erariale e il danno di immagine risarcibile della PA.

Il problema si sposta sul piano della capienza del patrimonio del condannato chiamato a rispondere di molteplici voci di esborso che vanno dalla sanzione penale alla sanzione civile fino all'ablazione per la confisca.

Di fronte a questo quadro così composito, nel groviglio di sanzione e ripristino, la riflessione che il caso propone è che il legislatore ha inteso salvaguardare il diritto patrimoniale della PA impedendo che il patrimonio disponibile del condannato, acquisibile anche nella forma dell'equivalente, possa essere del tutto prosciugato con il provvedimento ablativo. Per giungere a questo risultato la legge spazzacorrotti non ha compromesso il generale criterio di priorità della confisca, ma ha introdotto una deroga formale con la funzione di anticipare il reintegro al patrimonio pubblico della PA definendola riparatoria.

Questa scelta, naturalmente, ha finito per pesare sulla individuazione della natura giuridica del nuovo istituto e con esso la ricaduta di un *ne bis in idem* che di fatto vede il condannato sottoposto alla inflizione di una molteplicità di sanzioni che vanno da quelle penali a quelle erariali.

Ulteriore effetto controverso è l'intrusione del diritto penale nella sfera di competenza delle Corte dei conti già più volte sottoposta a un vaglio di legittimità della pretesa risarcitoria rispetto alla confisca. Sul punto la magistratura contabile con diverse pronunce ha stabilito che la confisca ha natura punitiva e non

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541.

sostituisce il risarcimento del danno erariale e di immagine connotato da natura ristoratrice-riparatrice⁵⁵.

Il caso della confisca dell'opera d'arte esportata illegalmente all'estero rubricata all'art. 174, co. 3 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 *Codice dei beni culturali e del paesaggio* segna invece la razionalità di una corretta scelta di anteporre la misura ablativa rispetto a qualunque soluzione alternativa di tipo risarcitorio-satisfattorio, perché si iscrive in una logica del tutto diversa dalla categoria di appartenenza.

Pur potendosi porre in conflitto applicativo la confisca e il risarcimento, in caso di danno da reato, la disciplina pone in promessa una presunzione legale che opera in questo caso e cioè che un bene culturale è fisiologicamente già parte della proprietà pubblica dello Stato italiano. In questa ipotesi, dunque, la confisca ha una funzione particolare, quella di reintegrare con la misura ablativa nel patrimonio pubblico il bene culturale sottratto, salvo che il bene non risulti essere con proprietà certificata di un terzo estraneo.

Non esiste, quindi, né sovrapposizione operativa né priorità concettuale, ma il ricorso alla confisca mira a ripristinare il legame del bene con il territorio italiano, ristabilendo l'entità del patrimonio pubblico nell'interesse generale della collettività⁵⁶.

4. La vittima nuovo centro di interesse del sistema di tutela penale. Il ruolo delle garanzie reali finalizzate al risarcimento. Occorre prima di tutto notare che il quadro confuso in cui si agitano le ragioni di prevalenza del risarcimento, che non vengono mai soddisfatte in maniera coerente, si deve anche all'assenza di principi regolatori che svolgano in maniera soddisfacente un ruolo di razionalizzazione e di uniformità delle scelte operate dal legislatore ordinario, nel codice e nella legislazione speciale, in ordine alle conseguenze patrimoniali del reato.

Vi è, prima di tutto, la sottovalutazione di un valore fondante l'ordinamento del tutto trascurato, in cui è mancato quel necessario aggiornamento che la Carta costituzionale repubblicana rubrica. Il ruolo di centralità della persona

⁵⁵ Tra le tante decisioni Corte conti, Sez. Piemonte, n. 214/2013.

⁵⁶ Cass., Sez. III, 3 marzo 2023, n. 9101.

umana avrebbe imposto al legislatore di introdurre nel diritto penale sostanziale una norma di carattere generale per regolare i rapporti tra l'art. 185 c.p. e la disciplina delle confische. Ma anche in questo campo si è registrata la caotica introduzione di norme senza il rispetto di alcun ordine sistematico, per cui le intime contraddizioni tra i principi superiori di governo e la disciplina concreta si sono ritrovate spesso in rotta di collisione.

La premessa di metodo critico deve prendere atto dell'abbandono dell'assetto stato-centrico del Codice penale del 1930 e un indirizzo del tutto divergente verso una visione vittimo-centrica del processo penale, tesa a valorizzare il ruolo determinante della persona umana nel sistema costituzionale e nel diritto convenzionale⁵⁷. Se è pur vero che la riforma Cartabia ha preso atto delle sollecitazioni dell'Unione Europea uniformandosi ai nuovi orizzonti di tutela della persona attraverso strumenti innovativi di giustizia riparativa e di preventivo ristoro della parte offesa nel giudizio penale, sul tema dei rapporti tra misura ablativa e istanze risarcitorie all'esito di un giudizio di condanna grava ancora l'ipoteca di una legislazione confusa e controversa.

Il tema non sfugge all'attenzione del diritto eurolunitario che ha messo in guardia i legislatori nazionali nel considerare come urgente una rivisitazione della materia delle confische che possa garantire un giusto punto di equilibrio con le esigenze risarcitorie delle vittime e dove tendenzialmente debba sempre prevalere il ristoro della parte offesa come si è detto rispetto alle soluzioni ablativa a favore dello Stato.

Il tema, dunque, si sposta dal piano della risposta sanzionatoria che deve fornire l'ordinamento penale a quello delle priorità che nascono dal rispetto dei diritti fondamentali e dove la tensione si radica tra rispetto della persona umana e rispetto dell'apparato della giustizia penale⁵⁸.

⁵⁷ PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006.

⁵⁸ VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in www.sistemapenale.it, 13 marzo 2023, 5, in particolare il par. 2.1 - *Ripensare al ruolo della vittima nella teoria del reato*. Per una precisa messa a punto del ruolo della vittima nella costellazione punitiva del diritto penale, i rilievi di CAVALIERE, *"Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?*, in www.sistemapenale.it, 16 ottobre 2023, 91.

Non è estraneo al nuovo orizzonte punitivo il fatto che la pena del carcere come strumento sanzionatorio privilegiato, tipico della materia penale, ha abbandonato i tradizionali approdi, sulla constatazione di una oggettiva ineffettività ed elusa afflittività, affidandosi a strumenti molto più efficaci in una società capitalistica fondata sul mercato dei consumi e del benessere, vale a dire la pena patrimoniale⁵⁹.

D'altra parte l'indirizzo eurounitario intrapreso con la Direttiva 2014/42/UE appare chiaro nel volere assicurare una scansione in termini di rilevanza con n. 10: «Ove, a seguito di un reato, sussistano diritti di risarcimento delle vittime nei confronti della persona oggetto di un provvedimento di confisca previsto dalla presente direttiva, gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il provvedimento di confisca non impedisca a tali vittime di far valere i loro diritti»⁶⁰.

E poi, anche nei termini di esigenze di cautela per evitare la dispersione dei beni, al n. 29 della Direttiva: «Nell'ambito di un procedimento penale, i beni possono essere congelati anche in vista di una loro possibile conseguente restituzione o al fine di garantire il risarcimento dei danni causati da un reato».

Occorre del resto tenere nel debito conto che la questione delle garanzie della vittima di reato era già all'attenzione del diritto europeo con la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che detta: «Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI» con la previsione di carattere generale contenuta nell'articolo 9 Assistenza prestata dai servizi di assistenza alle vittime: «1. I servizi di assistenza alle vittime, di cui all'articolo 8, paragrafo 1, forniscono almeno: a) informazioni, consigli e assistenza in materia di diritti delle vittime, fra cui le possibilità di accesso ai sistemi nazionali di risarcimento delle vittime di reato, e in relazione al loro ruolo nel

⁵⁹ I momenti di attrito sono rilevati da MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3/4, 51.

⁶⁰ Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al «*Congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*». Per le osservazioni sulla Direttiva si rinvia a MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in www.laegislazionepenale.eu, 15 luglio 2021 e ALBERICO, *Il recepimento della Direttiva 2014/42/UE in tema di confisca*, in *Studium iuris*, 2017, 4, 414.

procedimento penale, compresa la preparazione in vista della partecipazione al processo»⁶¹.

Il successivo articolo 16 stabilisce invece un principio di prevalenza assoluta delle forme di ristoro da reato: Diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale: «1. Gli Stati membri garantiscono alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte del l'autore del reato nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo, tranne qualora il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario. 2. Gli Stati membri promuovono misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima».

Questo vasto campo normativo sovranazionale che costituisce la nuova base giuridica della materia è stato successivamente recepito dal nostro Paese con la L. 7 luglio 2016, n. 122 «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016», ove all'art. 11 viene stabilito il Diritto all'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti, in attuazione della direttiva 2004/80/CE. Procedura di infrazione 2011/4147⁶².

Il quadro normativo così delineato porta in primo luogo a costituire una categoria ignota al settore della giustizia italiana e prima ancora di quella penale, perché, a differenza della qualifica di persona offesa, che diviene parte nel processo penale con la costituzione di parte civile e di attore in un giudizio civile per la pretesa risarcitoria a seguito del processo penale, si designa la "vittima" come soggetto autonomo del tutto ignota al nostro ordinamento interno.

Si è reso necessario, invece, tracciare un profilo identitario della vittima che profilasse in maniera più compiuta la categoria del soggetto che, avendo subito direttamente un danno, possa farne valere le ragioni di ristoro nel processo penale, per cui la L. delega 27 settembre 2021, n. 134 ha provveduto con l'art. 18 a indicarne il profilo identitario al legislatore delegato: «b) definire la vittima

⁶¹ VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3/4.

⁶² Pubblicato in GU n. 158 dell'8 luglio 2016.

del reato come la persona fisica che ha subito un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono state causate direttamente da un reato». Probabilmente il fronte dovrebbe farsi più avanzato nel conferire la qualità di vittima anche alla persona giuridica oltre che a quella fisica -non si trascuri di considerare lo sfondo della “pena sociale” con la ricaduta indiretta del reato sul patrimonio dei singoli soggetti (amministratori, soci, creditori, consociate)-, in linea con la legislazione nazionale che riconosce quale autore dell’illecito derivante da reato, seppure nei termini soltanto della responsabilità amministrativa, la persona giuridica e gli enti.

Con questo nuovo assetto del processo penale delineato dalla legge delega Cartabia viene riconosciuto, insomma, un ruolo centrale alla vittima del reato destinato a pesare inevitabilmente anche sulla posizione processuale dell’autore del reato, del colpevole, nel momento in cui, seguendo il tracciato normativo della giustizia riparativa, la persona vittima è chiamata a collaborare nell’ambito della giustizia penale per disinnescare procedimenti a fronte di un risarcimento dei danni, premiando l’imputato.

Questo ruolo così importante della vittima -*rectius* parte offesa- viene a completare un quadro di intervento della giustizia riparativa della L. 134/2021, già apparso rilevante con l’introduzione dei primi meccanismi risolutivi del conflitto tra autore e vittima che si inseriscono in quella linea di indirizzo legislativo finalizzata all’adozione di rimedi deflattivi del processo penale, quali si sono rivelati paradigmatici i casi di estinzione del reato con la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’art. 168-*bis* c.p. e le condotte riparatorie dell’art. 162-*ter* c.p.⁶³.

5. *L’attuale assetto normativo disfunzionale nel rapporto tra confisca e risarcimento del danno. L’indirizzo della riforma Cartabia.* Se un tempo la necessità di contemperare gli effetti della confisca con il risarcimento dei danni della

⁶³ Sulle prime esperienze si veda FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in *Verso una giustizia penale ‘conciliativa’. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti-Spangher, Milano, 2002, 149; AMARELLI, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p. Profili politico-criminali, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative*, in *Studium iuris*, 2017, 11, 4.

parte offesa era questione che ancora non aveva acquisito una sua evidente rilevanza, anche perché la legislazione sulle confische ha introdotto nell'ordinamento penale via via le varie ipotesi, compresa quella antimafia, oggi diventa assolutamente ineludibile affrontare il tema alla luce di un assetto sistematico che in un prossimo futuro potrebbe registrare una netta collisione con le istanze risarcitorie.

Del resto, le ultime scelte legislative hanno reso ancora più confuso il quadro, o forse si è insinuato quell'indirizzo risolutivo, come auspicabile, verso un definitivo approdo ispirato a razionalità sistematica. Non a caso il viatico per una profonda revisione attinge proprio alle nuove opzioni processuali che emblematicamente al comma 1 dell'art. 162-ter c.p. sancisce l'estinzione del reato «quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento» ossia anticipando l'applicazione di prescrizioni ablativ⁶⁴.

La Riforma Cartabia del d.lgs. 150/2022, a questo proposito, non manca di estendere l'ambito tematico addirittura ai poteri delle parti processuali, destinando, ad esempio, la patteggiabilità della confisca facoltativa in un nuovo ordine normativo dell'art. 444 c.p.p., così come avviene per il risarcimento e la riparazione. Si prevede, infatti, che «l'accordo tra imputato e pubblico ministero possa estendersi alla confisca facoltativa e alla determinazione del suo oggetto e ammontare»⁶⁵. E, in realtà, lo strumento riparativo acquisisce una dimensione spaziale molto più ampia secondo la lettera i): »prevedere che, in caso di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità comporti, se accompagnato dal risarcimento del danno o dall'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili, la revoca della confisca che sia stata eventualmente disposta; fare salva in ogni caso la confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o

⁶⁴ SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *www.discrimen.it*, 20 luglio 2018. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

⁶⁵ L. delega 27 settembre 2021, n. 134, in GU n. 237 del 4 ottobre 2021.

del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscano reato».

È innegabile, dunque, che vi sono dei casi in cui la riparazione e il risarcimento anticipano la pronuncia di responsabilità penale e con essa la pronuncia sulla confisca, che sia facoltativa o obbligatoria. Nella tradizione codicistica viene rinvenuto già un caso isolato riportato al n. 6 dell'art. 62 c.p. che prevede una circostanza attenuante comune quando: «l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni».

Su altro fronte, dalla natura del tutto oscura, si pone invece l'art. 322-*quater* c.p. ove con la sentenza di condanna è previsto che ci possa essere il versamento di una somma di denaro equivalente al prezzo e al profitto del reato versato alla PA a titolo di riparazione: «restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno»⁶⁶. In questo caso la sovrapposizione tra riparazione e risarcimento acquista un sapore sanzionatorio e non dirime il conflitto tra riparazione e confisca.

Anche queste ultime ipotesi, come appare evidente, rompono il fronte di coerenza della priorità della confisca sulle altre iniziative sanzionatorie o ripristinatorie previste dall'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Occorre, dunque, una svolta legislativa che possa spingere verso una riformulazione della vasta area normativa dedicata all'intreccio dei due temi.

Questo fatto già basterebbe a stabilire la razionale progressione che vi dovrebbe essere tra il risarcimento, intesa anche come forma di punizione, e la confisca, nella sua variegata configurazione, dove a prevalere sia l'interesse alla reintegrazione dei diritti lesi della vittima e, comunque, il riconoscimento del principio della *restitutio ad integrum*. In questo modo i rimborsi e le restituzioni da riconoscere alla persona offesa dovrebbero sempre precedere la sequenza ablativa comprendente il prodotto e il profitto⁶⁷.

⁶⁶ SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazione e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, 10, 1115.

⁶⁷ Sulla sequenza ablativa caratterizzata da finalità punitiva, si veda Corte cost., 6 marzo 2019, n. 112, in www.cortecostituzionale.it, richiamata da VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 205.

Ben prima degli ultimi sviluppi legislativi della giustizia riparativa vige nel nostro codice penale una disposizione, quella stessa trattata prima dell'art. 165, che tra gli obblighi del condannato contempla che: «La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno».

Questa norma recepisce adeguatamente l'esigenza del previo risarcimento del danno come *intentio legis*, poiché è lo specchio di un sistema punitivo orientato in maniera razionale e coerente alla non sovrapposibilità della confisca sul risarcimento. Questa disposizione, ancora, è fondativa di un sistema in cui i due istituti, o se si vuole le due conseguenze sanzionatorie, convivono in piena autonomia, quella stessa autonomia che si è smarrita in ragione dell'introduzione di forme di confisca esondate dallo schema dommatico di regolazione.

6. *Una possibile ristrutturazione normativa della materia. Il risarcimento sanzionatorio.* Non vi è dubbio che la materia attende strumenti normativi risolutivi e non può che essere un intervento radicale per rimediare alle contraddizioni e alle antinomie vigenti.

Accanto alle norme che prospettano la svolta riparatoria nell'ambito del diritto penale sostanziale, con l'estinzione del reato o con la sostanziosa riduzione della pena, esistono disposizioni appartenenti al settore legislativo del processo penale del tutto disancorate dal quadro generale e che contribuiscono ad aumentare la problematicità concettuale nei rapporti tra confisca e risarcimento. Del resto, il meccanismo della giustizia riparativa, recentemente introdotta come procedura accessoria, mostra una duplice efficacia e svolge un ruolo di regolazione sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, nel senso che contemporaneamente si rende deflattiva del processo ed estintiva della pretesa punitiva quando vi sia una vittima che rinuncia alla pretesa della punizione. Si tratta, infatti, di discipline complesse inserite in parte nel Codice penale in parte in quello di procedura penale.

Tuttavia, la persistente vigenza di disposizioni che si ispirano ad esigenze diverse crea un diaframma di profonda contraddizione che può anche essere agevolmente rilevato a seguito di una breve ricognizione normativa.

L'istituto della provvisionale, ad esempio, che, seppure in presenza di un sequestro, consente al giudice di liquidare una somma a titolo di anticipo sulla futura quantificazione del risarcimento dei danni del tutto equivalente all'attività di riparazione della vittima che anticipa l'esito del processo penale, è un caso che vede la restituzione di quanto previamente assegnato alla vittima del reato che lo sottrae alla confisca⁶⁸. La reintegrazione patrimoniale intervenuta in queste forme è fatta salva dalla legislazione che non prevede espressamente la ripetizione di quanto ricevuto, semplicemente perché non viene considerato un indebito.

Una ipotesi particolarmente controversa è quella della confisca pronunciata dopo il trasferimento di un bene immobile a terzi in buona fede, nel caso sia già intervenuto un sequestro preventivo trascritto oppure quando il sequestro non sia ancora intervenuto⁶⁹. Gli effetti sanzionatori della confisca, per equivalente ad esempio, rompono il fronte ordinato dell'assetto civilistico della compravendita, soprattutto quando la liquidazione di un bene immobile è gestito dal giudice civile.

La confisca sanzionatoria penale dovrebbe, in teoria, travolgere la disciplina civilistica, ma in questo caso ne uscirebbe compromessa la funzione di certezza delle situazioni giuridiche che traggono il loro fondamento proprio dalla legge civile. Insomma, una commistione tra settori dell'ordinamento che non contribuisce ad assicurare certezza, ma diventa generatore di danni per i terzi in buona fede, poiché, seppure non venga impedito il trasferimento del bene

⁶⁸ BERTOLINO, *Il risarcimento del danno tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5 che riporta la decisione secondo cui Cass., Sez. II, 26 maggio 2015, n. 36444, Rv. 264525: «a chiarire che l'utilità economica ricavata a seguito della consumazione del reato "non può ... essere confiscata come profitto del reato, nemmeno per equivalente, quando la stessa sia stata già restituita al soggetto danneggiato». Sul terreno dello scontro tra risarcimento e confisca si veda anche DOMINICI, *Rapporti ambigui tra risarcimento dei danni e confisca per equivalente*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi-Cisterna, Torino, 2011, vol. II, 1275.

⁶⁹ Gli effetti perversi di una intersezione tra diverse discipline sono messi in luce da VIGO, *Circolazione immobiliare e confisca ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

gravato da iscrizione del sequestro preventivo, alla pronuncia della confisca il compratore si potrebbe trovare intimato a restituire il bene acquistato.

Non è immune da profili di instabilità neppure la forma del sequestro conservativo regolato dall'art. 316 c.p.p. che genera garanzia reale e prevede con il comma 2 che la parte civile possa chiedere al giudice di "congelare" i beni dell'imputato per assicurare le garanzie del risarcimento del danno e il ristoro delle obbligazioni civili conseguenti al reato.

Tuttavia, la previsione legislativa chiamata ad assicurare la prevalenza della soddisfazione di crediti non trova conferma nel quadro normativo di carattere generale in cui è inserito l'istituto della confisca che, sia considerata sanzionatoria o preventiva della pericolosità, spegne i buoni propositi della premessa. Anche in questo caso, mancando una norma di raccordo tra le due discipline, la misura ablativa a vantaggio dello Stato è destinata sempre e comunque a prevalere sulla prescrizione risarcitoria.

Il caso è diventato oggetto di episodiche prese di posizioni giurisprudenziali che non sono sempre in linea con gli auspici, in quanto nella sede applicativa la confisca viene sempre e comunque anteposta alle giuste pretese della parte civile. Sul punto una decisione del 2018, chiamata a decidere circa la responsabilità penale dell'imputato per i delitti di appropriazione indebita aggravata e autoriciclaggio, registra che nel corso delle indagini preliminari era stato adottato il sequestro preventivo destinato alla confisca dei beni e nella fase dibattimentale la parte civile aveva richiesto ed ottenuto il sequestro conservativo di quegli stessi beni e addirittura con la sentenza di primo grado era stata anche statuita un provvisoriale⁷⁰.

La Suprema Corte, tuttavia, stabilisce la priorità della confisca sul sequestro conservativo che era stato disposto all'esito del giudizio di appello convertito in pignoramento. Orbene, trattandosi degli stessi beni è evidente che l'azione ablativa esercitata spegne qualsiasi diritto della parte civile ad ottenere il compendio risarcitorio. La sentenza rimanda la parte civile ad azionare il suo diritto alle restituzioni e al risarcimento a un'azione cautelare da esperire in sede civile.

⁷⁰ Cass., Sez. II, 18 luglio 2018, n. 46767, cit.

Dello stesso avviso si mostra la Suprema Corte con una decisione del 2021, per i reati di bancarotta, peculato e false comunicazioni sociali, dove nel prendere atto della concorrenza tra il risarcimento e la confisca, ritiene che non esista alcuna norma che nella fase del giudizio di merito stabilisca una progressione inversa a quella del risarcimento del danno destinata a seguire sempre la confisca e che, in questo modo, mantiene la sua priorità⁷¹. Anche in questo caso la Cassazione rimanda alla fase dell'esecuzione o alla sede civile le azioni opportune per avanzare la richiesta, per cui le restituzioni e il risarcimento della parte civile ancora una volta non si antepongono alla confisca a favore dello Stato.

Si tratta, dunque, di un semplice auspicio in assenza di una disposizione espressa di carattere generale della legge, quello che vorrebbe una progressione tra le diverse forme di sanzioni che avesse questo itinerario: applicazione prioritaria della pena, detentiva e pecuniaria; a seguire poi le sanzioni civili ossia il risarcimento del danno morale con i rimborsi e le restituzioni; per concludersi, ove obbligatorio o facoltativo se il giudice provvede con la sentenza di condanna, con l'applicazione della misura di sicurezza reale della confisca.

In altri casi, il legislatore in tema di profitto conseguito attraverso i reati tributari ha risolto in maniera coerente e tassativa il conflitto tra confisca e risarcimento a favore dell'amministrazione fiscale⁷². Lo ha fatto introducendo l'art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 che, nel prendere atto che il profitto coincide con l'imposta evasa, consente in previo pagamento della stessa e rende inoperante in questo modo la confisca⁷³.

6.1. *L'auspicio riformatore.* L'ordine seguito, invece, è in realtà diverso, perché dopo l'irrogazione della pena interviene subito la pronuncia sulla confisca, avendo una pretesa natura sanzionatoria, e in ultimo il risarcimento del danno che in parte si connota come sanzione civile. Appare subito chiaro che i rimborsi e le restituzioni tanto possono avere accesso al patrimonio del

⁷¹ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2021, n. 19340, cit.

⁷² MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur. it.* 2014, 3, 695.

⁷³ Più ampiamente in AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2017, 487.

condannato sempre che non sia applicata la confisca oppure quando scatta quella per equivalente se il corrispettivo del prodotto e del profitto del reato sia circoscritto in misura tale da non assorbire per intero il valore dei beni disponibili.

In realtà, volendo dare credito alla natura sanzionatoria del risarcimento dei danni, comunque potrebbe persistere la sequenza originaria auspicata e vedere sempre la confisca, qualunque sia la sua natura, soccombere rispetto al previo rimborso e alle restituzioni.

Nel senso anzidetto potrebbe aiutare la sistemazione concettuale che ne ha tentato la Corte costituzionale che, intervenendo in materia di confisca antimafia, ha espresso il principio di diritto sulla natura giuridica della confisca come categoria generale, quando, sottolineando l'inesistenza giuridica del titolo che lega il bene al soggetto prevenuto o condannato nella cui disponibilità è stato rinvenuto il bene, precisa che il risultato è: «quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere»⁷⁴.

Seguendo questa linea prescrittiva l'effetto della confisca dovrebbe comunque cedere di fronte alle restituzioni e ai rimborsi che si stagliano come reintegrazione del maltolto, poiché un titolo giuridico alla base del rapporto *titolare persona offesa-bene* esisteva e rimane incontestabile. Tutto questo perché è la parte eccedente le restituzioni e i rimborsi che non può trovare un titolo di proprietà idoneo a legittimarla, in linea con lo statuto costituzionale dell'art. 42 Cost. in tema di rispetto della proprietà privata come diritto fondamentale della persona⁷⁵.

Vi è una traccia normativa che potrebbe essere opportunamente valorizzata in questo senso e riguarda una riserva contenuta nello stesso art. 240 c.p. fin dalla sua introduzione nel codice del 1930. Viene detto che sono sempre salvi i diritti

⁷⁴ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁵ Secondo l'insegnamento ribadito in Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24, cit.

dei terzi sui beni che potrebbero essere oggetto di confisca obbligatoria o facoltativa. Il quesito da porsi è se i terzi possono essere considerati anche le vittime ossia coloro che si trovano in posizione processuale come legittimati attivi al risarcimento dei danni oppure i terzi devono essere intesi come estranei al rapporto processuale perché “estranei al reato”.

La lettura dei lavori preparatori al Codice penale del 1930 orienta in effetti nell'ultimo senso indicato quando precisano che «il denaro, ricavato da delinquente dalla vendita della cosa sottratta, appartiene al proprietario della cosa e non al colpevole»⁷⁶, sottolineando la natura restitutoria della confisca del prodotto o del profitto. Potrebbe essere, dunque, la stessa norma, coltivando una forma di esegesi evolutiva e in linea con i mutati tempi, ad orientare la sede applicativa nel favorire l'anticipazione della restituzione rispetto all'ablazione del bene.

Da qui il principio che il risarcimento si pone su un ruolo di anteposizione a qualsiasi altra ipotesi ablativa per essere una forma di ripristino della situazione preesistente alla commissione del fatto (reato).

In realtà, tutta la gamma di prescrizioni normative in tema di confisca che investono istituti e prescrizioni diverse dovrebbero ricevere un ordine progressivo da parte della legge, dal momento che la strada della giurisprudenza normativa è sbarrata da una serie infinita di distinguo e perplessità sulla natura di talune scelte legislative degli ultimi anni.

Il paradosso sta nel fatto che se ai terzi viene ormai riconosciuto il diritto a rivendicare il bene che gli appartiene, questo stesso diritto non gode la parte offesa del reato o la vittima.

Un chiarimento legislativo si impone anche perché sul piano sistematico esiste cronologicamente una norma di carattere generale in grado di sostenere una scelta di questo tipo, scelta non soltanto legata alla nuova rilevanza riconosciuta alla vittima, ma direttamente discendente da principi di carattere generale che regolano la materia penale. Sarebbe sufficiente integrare la disciplina dell'art. 185 c.p. con una previsione che stabilisca la priorità del risarcimento del danno

⁷⁶ *Relazione al Re sul codice penale*, n. 116, in GU n. 251 del 26 ottobre 1930, 4481.

su tutte le altre soluzioni ablativo, confermando una prescrizione che appartiene già all'appendice di alcune figure di reato.

Una soluzione ragionevolmente prospettabile nel rispetto dei diritti della persona offesa, ma anche nel rispetto della natura sanzionatoria della confisca suggerita, nell'ambito di una visione sistematica in riferimento al medesimo istituto, dall'art. 19 *Confisca* del d.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa dell'ente derivante da reato.

Tale disposizione annulla qualsiasi perplessità esegetico-domatica e prescrive inequivocabilmente una sequenza procedimentale precisa: «1. Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede»⁷⁷.

Questa prospettiva libererebbe anche il campo da un'ambigua ipotesi, quella di una vera e propria commistione sanzionatoria tra la materia civile e quella penale, per considerare una nuova frontiera quella della "fungibilità punitiva" tra i due interventi sanzionatori⁷⁸.

A nostro parere la problematica *questio* dovrebbe essere affrontata in termini diversi, del resto suggeriti proprio dall'art. 19 d.lgs. 231/2001 che, più che rendere fungibili i due fronti sanzionatori, interpreta la soluzione nei termini di un "risarcimento sanzionatorio" nell'ottica dell'interesse prevalente⁷⁹. E che sia prevalente per la nuova base giuridica riconosciuta alla posizione della parte offesa nel processo penale è fuor di dubbio.

In questo caso non sarebbe neppure intaccata la qualificazione giuridica delle confische, quell'indistinto arcipelago in cui convivono ipotesi preventive e

⁷⁷ Il riferimento a questa ipotesi si ritrova in *Punibilità e pene*, cit., 263, anche se non esiste uno sviluppo adeguato che abbia un respiro di carattere generale sulla materia penale.

⁷⁸ In fondo esiste una profonda relazione di coerenza nella trama originaria del Codice penale, come evidenzia ALEO, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2008, 204: «La nozione di danno di cui agli artt. 40, 43, 49 e 133 comma primo n. 2 c.p., distinta dal pericolo, è l'identica degli artt. 185 c.p. (risarcimento del danno nascente da reato)». Va rilevato che resta un punto fermo nella tradizione penalistica la concezione meramente sanzionatoria del diritto penale risalente a BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 2. Auf., Leipzig, 1890, 35.

⁷⁹ MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi si spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, 6, 2332.

soluzioni sanzionatorie, poiché si prospetta semplicemente la progressione applicativa di istituti che probabilmente assolvono a funzioni e finalità diverse, ma ordinatamente orientate a punire il colpevole e successivamente a ripristinare la posizione patrimoniale della vittima.