

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Aggiotaggio - Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza - Confisca dei beni utilizzati per commettere il reato - Confisca per equivalente

La decisione

Aggiotaggio - Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza - Confisca dei beni utilizzati per commettere il reato - Confisca per equivalente - Questione di legittimità costituzionale (artt. 2637, 2638, 2641 c.c.; art. 240 c.p.).

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2641, primo e secondo comma, cod. civ., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, in relazione agli articoli 3, 27, primo e terzo comma, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 1 del primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U., nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49, par. 3, C.D.F.U.E., proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 27 febbraio 2024 (ud. 14 dicembre 2023), n. 8612, VESSICHELLI, *Presidente* - CATENA, DE MARZO, *Estensori* - P.G., Banca Popolare di Vicenza s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa e altri, ricorrenti

Confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere i reati societari: sollevata la questione di legittimità costituzionale

La nota ha ad oggetto l'ordinanza con cui la Corte di cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, co. 1 e 2 c.c., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, in relazione agli articoli 3, 27, co. 1 e 2, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U., nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza del 7 dicembre 2000.

Criminal forfeiture of assets used to commit corporate crimes: a new question of constitutional legitimacy.

The article concerns the order in which the Italian Court of Cassation raised the question of constitutional legitimacy of Article 2641 of the Civil Code insofar as it subjects to criminal forfeiture by equivalent value even the assets used to commit the crime, in relation to Articles 3, 27, first and third paragraphs, 42, and 117 of the Italian Constitution, the latter with reference to Article 1 of the First Additional Protocol to the ECHR, and Articles 11 and 117 of the Italian Constitution, with reference to Articles 17 and 49, paragraph 3, of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

SOMMARIO: 1. Il procedimento *a quo* e il ricorso del Procuratore generale. - 2. Le valutazioni della Corte di cassazione e la questione di legittimità costituzionale. - 3. Segue. Il problema della "doppia pregiudiziale". - 4. Un breve commento a prima lettura.

1. *Il procedimento a quo e il ricorso del Procuratore generale.* L'ordinanza in commento è stata emessa dalla Sezione Quinta penale della Suprema Corte, nell'ambito del noto procedimento riguardante i fatti della Banca Popolare di Vicenza.

La vicenda processuale scaturiva dall'attività ispettiva avviata da Banca d'Italia e Banca centrale europea (B.C.E.) presso l'istituto di credito veneto, a seguito della quale erano emerse possibili irregolarità gestionali, consistite nel sistematico ricorso al sostegno finanziario concesso a clienti-soci, per l'acquisto di azioni proprie sul mercato primario e su quello secondario, accompagnato dal rilascio, in favore dei soci stessi, di lettere con le quali l'istituto assumeva l'impegno a riacquistare le azioni ovvero forniva garanzie di rendimento dei titoli; inoltre, erano emersi storni di interessi autorizzati dagli organi di vertice dell'istituto, funzionali - secondo l'Accusa - a neutralizzare i costi dei finanziamenti erogati dalla banca e, infine, consistenti investimenti in fondi esteri utilizzati, in parte, per la detenzione indiretta di azioni proprie.

Tali operazioni, non comunicate all'istituto di vigilanza, avevano generato un impatto negativo sotto il profilo patrimoniale e si erano tradotte nella necessità di circa un miliardo di euro di deduzioni dal patrimonio soggetto al controllo, con conseguente iscrizione di rettifiche relative a crediti deteriorati per circa 1,3 miliardi di euro.

Il piano di rafforzamento deliberato dalla banca, inoltre, non era andato a buon fine, con conseguente dichiarazione dello stato di dissesto da parte della B.C.E. e la successiva procedura di liquidazione coatta amministrativa avviata con decreto del Ministero dell'Economia il 25 giugno 2017.

Infine, con sentenza del 21 dicembre 2018, il Tribunale di Vicenza aveva dichiarato lo stato di insolvenza dell'istituto di credito.

In tale contesto, si inquadravano le condotte contestate agli imputati di aggio-taggio manipolativo e informativo, di ostacolo alla vigilanza della Banca d'Italia, della B.C.E. e della Consob, nonché di falso in prospetto, con ulteriore contestazione degli illeciti amministrativi ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

All'esito del giudizio di merito, il Tribunale di Vicenza, nel condannare gli imputati per i reati loro ascritti, disponeva nei loro confronti la confisca per equivalente, sino alla concorrenza di 930 milioni di euro, ai sensi dell'art. 2641, co. 2 c.c.¹, il quale assoggetta a confisca per equivalente i mezzi impiegati per

¹ Questo il testo completo dell'art. 2641 c.c.: «1. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del

commettere il reato; nel caso in esame, si trattava delle somme di denaro impiegate per la commissione dei reati di aggio e di ostacolo alla vigilanza, in quanto i finanziamenti erogati dalla banca erano stati funzionali, secondo l'Accusa, all'illecita alterazione del prezzo delle azioni e alla creazione dell'artificiosa rappresentazione dell'entità del patrimonio di vigilanza, individuato nella misura di 930 milioni di euro, corrispondente all'entità del capitale finanziato, siccome accertato in sede di giudiziale.

Nel caso di specie, in particolare, secondo quanto affermato dalla sentenza di primo grado, non era possibile procedere alla confisca diretta, nei confronti della banca, dei mezzi utilizzati per commettere i reati, in quanto l'istituto di credito era stato assoggettato a liquidazione coatta amministrativa, con conseguente spossessamento dei beni.

A seguito del secondo grado di giudizio, la Corte d'appello di Venezia, pur confermando in parte le statuizioni di condanna di prime cure, disponeva la revoca della citata confisca.

In particolare, la Corte evidenziava la marcata frizione della disposizione di cui all'art. 2641, co. 2 c.c., con i principi espressi dalla Corte costituzionale con la sentenza 10 maggio 2019, n. 112, nonché dalla giurisprudenza di legittimità: nel caso di confisca di natura sanzionatoria, quale deve essere intesa quella per equivalente - in cui i beni utilizzati per commettere il reato siano costituiti da somme di denaro non nell'originaria disponibilità degli imputati, bensì di un soggetto terzo, ossia la banca -, adottare un provvedimento ablatorio come quello disposto dal Tribunale di Vicenza significava applicare una sanzione manifestamente sproporzionata, oltre che disancorata dal disvalore dell'illecito e dai singoli contributi concorsuali, a causa dell'automaticità del criterio di commisurazione, in aperto contrasto con i principi sanciti dagli artt. 3 e 27, co. 1 Cost.

Nel caso di specie, aggiungeva la corte di merito, la condotta posta in essere dagli imputati, per quanto ritenuta grave, appariva già adeguatamente punita dall'apparato sanzionatorio detentivo di riferimento, che prevede un'ampia forbice edittale del tutto idonea a calibrare la sanzione in riferimento all'entità

profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo.

2. Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente.

3. Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale».

dell'offesa arrecata, con conseguente ancor maggiore sproporzione della portata afflittiva del provvedimento ablatorio adottato, posto che, inoltre, nel caso di specie, gli imputati non avevano tratto personalmente alcun profitto economico dalla commissione dei reati, avendo operato mediante l'utilizzazione di risorse dell'istituto di credito e avendo agito nell'interesse esclusivo dello stesso, ancorché ritenuto contrario alle regole di sana e prudente gestione.

Se anche si ipotizzasse – proseguiva la corte lagunare – la possibilità di convertire l'ammontare della confisca adottando il criterio di cui all'art. 135 c.p., si perverrebbe a un risultato ancora più sproporzionato, in quanto l'entità della reclusione risulterebbe già pari ad anni trenta in riferimento ad una somma di 2,7 milioni di euro, largamente inferiore rispetto alla somma di 960 milioni di euro di cui alla disposta confisca, con un esito, quindi, non solo evidentemente irrazionale, ma anche inesigibile in riferimento alla durata della pena detentiva che, in tal modo, verrebbe astrattamente individuata.

Tanto premesso, la corte di merito riteneva percorribile la strada della revoca della confisca, la cui applicazione sarebbe risultata contrastante non solo con i richiamati principi costituzionali, ma anche con l'art. 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (C.D.F.U.E.), la quale prevede, per l'appunto, che le pene debbano essere proporzionate rispetto al reato.

Al contrario, secondo i giudici veneziani, l'incidente di costituzionalità non appariva praticabile, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale (in particolare, la sentenza n. 30/2021), nonché in ragione del contenuto della sentenza della Grande Sezione della Corte GUE emessa in data 8 marzo 2022 nel procedimento C-205/20, che, a sua volta, aveva ribaltato il precedente orientamento della Corte di Lussemburgo, cristallizzato nella sentenza C-384/17 nel caso *Link Logistic*.

La sentenza d'appello osservava che, secondo la Corte di giustizia, qualora le disposizioni nazionali contrastino con il principio di proporzionalità della sanzione, avente valore "imperativo", spetta al giudice nazionale garantire la piena efficacia di tale principio; con la conseguenza che, ove non vi sia spazio per procedere ad un'interpretazione della normativa nazionale conforme a tale requisito, il giudice dovrà disapplicare, *motu proprio*, le disposizioni nazionali incompatibili con il citato principio. Tale *modus operandi*, inoltre, non contrasta in alcun modo né con la certezza del diritto – certamente non compromessa dall'esigenza di adeguare la sanzione al principio di proporzionalità –, né con

la legalità della pena, che costituisce un limite invalicabile unicamente a favore del reo.

In ogni caso, nella vicenda in esame, riteneva la sentenza impugnata che l'integrale disapplicazione della confisca, piuttosto che una mera riduzione della stessa, si imponesse sia per la piena idoneità del trattamento sanzionatorio "principale" ad esaurire adeguatamente la risposta punitiva dello Stato, sia per l'assenza di qualsivoglia profitto in capo agli imputati, suscettibile di valutazione economica, al quale (in ipotesi) ancorare l'importo da sottoporre a confisca.

Tale interpretazione, concludeva la corte di merito, ha ricevuto conferma anche dalla più recente evoluzione normativa sovranazionale, con riferimento al regolamento 1805/18 UE - come tale, *self executing* -, applicabile dal 19 dicembre 2020, il quale, intervenendo in materia di cooperazione internazionale, ha stabilito un principio di portata generale in tema di confisca, richiamando - nel "considerando" n. 21, nell'art. 1, § 3 e nell'art. 41 - il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità nell'emettere un provvedimento di congelamento o di confisca.

Avverso la sentenza d'appello, proponeva ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Venezia.

In particolare, quanto alla revoca della confisca per equivalente ex art. 2641, co. 2 c.c., il ricorrente osservava:

a) che quest'ultima norma prevede la confisca dei beni utilizzati per commettere i reati - nella specie ravvisati nelle somme di denaro investite nelle operazioni di finanziamento illecito -, senza introdurre correttivi di tipo quantitativo correlati alle peculiarità del caso concreto;

b) che la valutazione di sproporzione espressa dalla Corte d'appello, la quale aveva ritenuto la pena detentiva prevista dagli artt. 2637 e 2638 c.c. idonea «ad esaurire adeguatamente la risposta punitiva», finiva per impedire l'applicazione della confisca, che invece il legislatore ha costruito come obbligatoria;

c) che la valorizzazione, da parte della sentenza impugnata, dell'assenza di un profitto individuale introdurrebbe un parametro normativo non previsto dall'art. 2641 c.c. ed estraneo alla natura dell'istituto, che attinge non il profitto derivante *dal* reato, bensì i beni utilizzati *per* commettere il reato stesso.

Con specifico riguardo all'ammissibilità di una disapplicazione parziale della previsione normativa, con conseguente possibilità di disporre, in virtù del principio di proporzionalità, una confisca non estesa all'intero ammontare delle somme utilizzate per commettere i reati, il ricorrente, richiamando le garanzie

e i principi costituzionali di cui sopra e le conclusioni di cui all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, sollecitava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di ottenere un'interpretazione della sentenza della Grande Sezione, 8 marzo 2022, in C-205/20, quanto al *se* la normativa nazionale debba essere disapplicata anche laddove tale risultato, in assenza di una base legale sufficientemente determinata, finisca - in violazione del principio di legalità e di separazione dei poteri - per attribuire al giudice ordinario valutazioni discrezionali in tema di politica criminale, rimesse invece dalla nostra Costituzione al legislatore.

2. Le valutazioni della Corte di cassazione e la questione di legittimità costituzionale. A fronte del ricorso proposto dal Procuratore generale, la Suprema Corte ritiene che lo stesso presenti profili di fondatezza tali da rendere rilevante la questione di legittimità di seguito illustrata; infatti, ove non si ricorresse all'incidente di costituzionalità dell'art. 2641, co. 2 c.c., l'accoglimento delle censure del Procuratore generale (riguardo alla mancata applicazione della confisca) comporterebbe un mandato - al giudice del rinvio - per l'applicazione di una misura ablatoria che, invece, si sospetta manifestamente sproporzionata. Occorre premettere - afferma il collegio di legittimità - che la norma di cui all'art. 2641, co. 1 c.c. prevede la confisca (diretta) dei beni utilizzati per commettere i reati societari.

Secondo la condivisa giurisprudenza della Cassazione, costituiscono "beni utilizzati per commettere il reato" di cui all'art. 2637 c.c., confiscabili ex art. 2641, co. 1 e 2 c.c. anche mediante l'apprensione di beni per valore equivalente, i finanziamenti concessi da un istituto di credito a terzi per l'acquisto di azioni e obbligazioni dello stesso istituto, e finalizzati a rappresentare una realtà economica del patrimonio dell'ente creditizio diversa da quella effettiva, con ostacolo delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza².

L'art. 2641 c.c., sia al primo sia al secondo comma, non introduce alcun parametro di tipo quantitativo correlato alle peculiarità del caso concreto.

Rispetto al percorso argomentativo della corte territoriale, la Suprema Corte rileva che il Procuratore generale non ha impugnato la sentenza della Corte d'appello di Venezia quanto al profilo della rilevanza preclusiva che, rispetto alla possibilità di disporre la confisca diretta, avrebbe la sottoposizione della

² In questi termini, Cass., Sez. V, 29 novembre 2018, n. 1991, Consoli, Rv. 274437; Cass., Sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, Consoli, Rv. 271440.

banca a liquidazione coatta amministrativa, con conseguente spossessamento dell'istituto di credito; in altri termini, non è stata sollevata dal ricorrente la questione dell'applicabilità, alla vicenda *de qua*, dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite a partire dalla sentenza "Focarelli" n. 29951/2004, sino alla più recente sentenza "Fallimento Lavanderia Giglio s.n.c." n. 40797/2023, secondo cui l'avvio della procedura concorsuale non preclude l'adozione o la permanenza del sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

Ciò premesso, i giudici di legittimità ritengono meritevole di essere sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 2641, co. 2 c.c., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, sulla scorta delle seguenti considerazioni.

La Corte di giustizia dell'U.E., Grande Sezione, 8 marzo 2022, in causa C-205/20, ha chiarito che il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale sia contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni, «nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate».

La limitazione da ultimo menzionata dalla Corte di giustizia, a parere dei giudici di Cassazione, impone una verifica calibrata sulla struttura dell'apparato sanzionatorio e sulla funzione da esso perseguita, che non può essere occultata, con una risposta totalizzante, dalla manifesta sproporzione della confisca concretamente disposta.

Il rilievo della manifesta sproporzione, invero, si accompagna - nella motivazione della corte territoriale - alla puntualizzazione secondo cui le condotte *sub iudice* sarebbero già adeguatamente punite dall'apparato detentivo di riferimento, «tale da prevedere un'ampia forbice edittale del tutto idonea ad assicurare che la risposta punitiva sia doverosamente calibrata rispetto all'entità dell'offesa arrecata dal reato al bene giuridico presidiato dalla fattispecie incriminatrice e al contributo offerto da ciascun correo alla perpetrazione dei delitti».

Proprio il fatto che la Corte di giustizia imponga una valutazione della proporzionalità intrinseca della misura e ammetta la disapplicazione della norma nei limiti in cui ciò sia necessario ad assicurare l'adeguatezza della risposta punitiva, pone il problema dei casi nei quali la norma interna preveda una misura obbligatoria e correlata (soltanto) ad un criterio che conduce ad uno e un solo risultato.

Su queste basi, il Procuratore generale ricorrente sollecita il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di ottenere una interpretazione delle ricadute della menzionata sentenza della stessa Corte nella causa C-205/20, rispetto all'ordinamento nazionale italiano, in special modo con riguardo alla possibilità di disapplicare la normativa nazionale anche quando tale soluzione sia priva di una base sufficientemente determinata.

Orbene, secondo la corte territoriale, la confisca dei beni utilizzati per commettere il reato - ai sensi dell'art. 2621, co. 2 c.c. - rappresenterebbe sempre e in ogni caso un *quid pluris* sovrabbondante rispetto all'apparato sanzionatorio detentivo: ciò sottende una valutazione di sproporzione della confisca per equivalente in sé e per sé considerata, anche nell'ipotesi di applicazione del minimo edittale, con la conseguenza che, a parere dei giudici di legittimità, la motivazione addotta dalla Corte d'appello, più che argomentare in ordine all'individuazione di un limite della risposta sanzionatoria e alla predeterminazione dei criteri che devono orientare la valutazione di sproporzione, si traduce - in termini assertivi correlati solo all'entità della sanzione detentiva prevista - nella prospettazione di un'interpretazione abrogatrice della previsione.

A parere della Corte di cassazione, le critiche indirizzate dal ricorrente Procuratore generale a siffatta impostazione appaiono fondate, in quanto l'apparato motivazionale che accompagna la decisione della Corte d'appello giunge alla conclusione della necessità di disapplicare *tout court* la norma indicata - ossia l'art. 2641, co. 2 c.c. - in relazione al primo comma dello stesso articolo, sempre e comunque; ciò sulla base della mera valorizzazione dell'entità della pena detentiva prevista dal legislatore, ma senza alcuna indicazione delle ragioni e dei criteri valutativi che la sorreggerebbero.

In merito alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità poi effettivamente sollevata, il collegio prende in considerazione i principi ribaditi nella sentenza della Corte costituzionale n. 112/2019, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* T.U.F., nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria - diretta o per equivalente - del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto, riferita all'agiotaggio manipolativo integrante illecito amministrativo.

Tale pronuncia, in estrema sintesi, ha affermato che solo la confisca del *profitto* del reato ha natura ripristinatoria, mentre la confisca del *prodotto* o dei *beni utilizzati* per commettere il reato esplica una funzione sanzionatorio-punitiva che può rivelarsi - come nel caso in esame - senza alcun dubbio di gran lunga

superiore all'effetto della mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito. Successivamente, peraltro, con la legge 23 dicembre 2021, n. 238, dalla predetta disposizione è stato espunto il riferimento alla confisca dei meri beni strumentali.

In sostanza, quindi, entrambi gli interventi - quello della Corte costituzionale e, poi, quello del legislatore - risultano chiaramente ispirati al principio per il quale, nei reati concernenti gli abusi di mercato, la confisca deve essere limitata al solo *profitto*, in quanto tale ablazione garantisce appieno la funzione ripristinatoria che si addice alla confisca stessa, mentre l'estensione della misura ablativa anche al prodotto e - ancor più - ai mezzi utilizzati per commettere il reato potrebbe assumere carattere sproporzionato.

Tali principi, a giudizio della Corte di cassazione, dovrebbero essere applicati anche all'art. 2641 c.c., norma che concerne la confisca nel caso di aggio, come anche nel caso di ostacolo alla vigilanza, stante l'identità della *ratio* applicativa e della portata di tale disposizione rispetto a quelle sin qui citate.

Infatti, alla luce del principio di proporzionalità sotteso alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza Corte cost., n. 112/2019, emerge che è proprio un meccanismo di confisca per equivalente, ove correlato ai beni utilizzati per commettere il reato, ad essere costruito dal legislatore in termini che non garantiscono in astratto - al di fuori dei tradizionali *instrumenta delicti*, in genere rappresentati da cose intrinsecamente pericolose - la proporzionalità della risposta sanzionatoria, intesa come necessaria adeguatezza della sanzione al fatto, considerato nelle sue componenti oggettive e soggettive, il che rappresenta - per l'appunto - la giustificazione retributiva della pena.

Proprio il raffronto con la pena detentiva che, in ipotesi, scaturirebbe dal ragguaglio dell'importo oggetto della confisca *de qua*, operato ai sensi dell'art. 135 c.p. (appena 2.737.500 euro corrispondono a trent'anni di reclusione), dimostra che, anche indipendentemente dal cumulo con la pur severa pena detentiva applicabile (da due a otto anni di reclusione), la risposta sanzionatoria - valutata in relazione alla più severa pena detentiva temporanea prevista dall'ordinamento - mostra la completa assenza di qualunque razionale correlazione con il fatto.

Ciò senza dire - seguita la Cassazione - che l'inesigibilità di importi di tal fatta comporta solo il risultato di realizzare, in linea generale, un permanente vincolo obbligatorio sull'intero patrimonio dei soggetti condannati, senza comportare alcun reale vantaggio per il creditore; in altri termini, è la struttura stessa

della norma a collocare il rimedio al di fuori di qualsiasi parametro di razionale adeguatezza.

Può aggiungersi che le superiori considerazioni mostrano, in realtà, come le peculiarità strutturali della confisca, prima ancora che un problema di proporzionalità rispetto alla complessiva risposta sanzionatoria, pongano un problema di proporzionalità *intrinseca* alla misura, ossia di razionale costruzione dei suoi presupposti al fine di individuare una risposta adeguata al fatto, considerato nella complessità dei suoi elementi costitutivi, altrimenti finendo per perdere ogni legame con la persona del colpevole.

Per tali ragioni, la Suprema Corte ritiene che l'unico rimedio esperibile, nel caso di specie, consista nella rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 2641, co. 2 c.c., in relazione al primo comma dello stesso articolo, sotto il profilo del contrasto di tale norma con gli artt. 3, 27, commi primo e terzo, 42, 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U., nonché agli artt. 11 e 117 della Costituzione, con riferimento agli artt. 17 e 49 C.D.F.U.E.

Come osservato nella sentenza n. 112/2019 della Corte costituzionale, l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore, nell'ambito del diritto penale, quanto alla determinazione delle pene da comminare per ciascun reato, è soggetta ad una serie di vincoli derivanti dalla Costituzione, tra i quali il divieto di comminare pene manifestamente sproporzionate per eccesso. Siffatto divieto viene in considerazione in questa sede, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha, al riguardo, ampliato il proprio spettro valutativo rispetto all'ambito individuato dall'art. 3 Cost., sino a giungere a un diretto apprezzamento, nel quadro dell'art. 27, co. 3 Cost., dei casi nei quali la pena comminata dal legislatore appaia manifestamente sproporzionata, non tanto in rapporto alle sanzioni previste per *altre* figure di reato, quanto, piuttosto, in diretto rapporto alla gravità delle condotte abbracciate dalla singola fattispecie astratta, senza cioè che sia più necessaria l'evocazione di uno specifico *tertium comparationis*, cioè nella consapevolezza che pene eccessive tendono a essere percepite come ingiuste dal condannato, e finiscono così per risolversi in un ostacolo alla sua rieducazione (cfr. Corte cost., sent. n. 68/2012).

In siffatta valutazione - continua la Corte di cassazione nell'ordinanza in commento - svolge un ruolo determinante anche l'art. 27, co. 1 Cost., con riguardo al principio di personalità della responsabilità penale, da correlarsi alla

necessaria funzione rieducativa della pena di cui al 3° comma dello stesso art. 27 Cost., che impedisce, in generale, la previsione di c.d. “pene fisse”.

Alla luce di ciò, il Collegio di legittimità ritiene che la confisca per equivalente *de qua* collida con gli artt. 3 e 42 Cost., poiché incide in senso limitativo sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito; allo stesso risultato conduce la considerazione degli artt. 1 Prot. addiz. C.E.D.U. e dell'art. 17 C.D.F.U.E.³

A tali parametri deve poi aggiungersi l'art. 49, § 3, C.D.F.U.E., in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., alla luce delle conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia dell'U.E. nella sentenza 20 marzo 2008, *Garlsson Real Estate SA e altri*, in causa C-537/16, § 56.

Siffatta conclusione si giustifica tenendo conto del principio di proporzionalità che informa la disciplina eurounitaria delle misure ablatorie di carattere patrimoniale sin dal 2003 (cfr. la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione Europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio), nel contesto della regolamentazione finalizzata a garantire il riconoscimento reciproco e, quindi, la circolazione e l'esecuzione delle decisioni delle autorità nazionali.

Ne discende, afferma la Corte di cassazione, che i parametri sopra menzionati, anche nel diverso ambito qui rilevante della confisca per equivalente dei «beni utilizzati per commettere il reato», non consentono di giustificare la norma qui censurata, alla luce della componente afflittiva derivante dallo sproporzionato – in quanto non correlato ad alcun reale vantaggio conseguito – peggioramento della situazione dei destinatari della misura rispetto a quella conseguente all'applicazione di strumenti di carattere meramente ripristinatorio, e tenuto conto della forbice edittale prevista dalla fattispecie incriminatrice.

Il collegio aggiunge, poi, per completezza che l'impostazione seguita nella sentenza n. 112/2019 della Corte costituzionale muta il quadro nel quale si era mossa una precedente sentenza di legittimità (Cass., Sez. V, n. 1991 del 29 novembre 2018), la quale aveva concluso per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, co. 2 c.c., rilevando che «l'indagato aveva compiuto una serie di operazioni [...] sempre al fine di simulare un apprezzamento nel mercato di tali strumenti finanziari, il cui riacquisto veniva invece garantito dall'imputato, in nome della banca. È allora evidente

³ Cfr. Corte EDU, sentenze 31 gennaio 2017, *Boljevic c. Croazia*, 26 febbraio 2009, *Grilhorst c. Francia*, §§ 87 e segg.; 5 febbraio 2009, *Gabric c. Croazia*, §§ 34 e segg.; 9 luglio 2009, *Moon c. Francia*, §§ 46 e segg.; 6 novembre 2008, *Ismayilov c. Russia*.

che il disvalore penale di tali condotte trovi la sua più corretta quantificazione proprio nella misura, complessiva, delle somme in esse impiegate; una misura che lo stesso indagato ha determinato. Quindi, non vi è alcuna sproporzione tra i fatti illeciti compiuti e le somme sottoposte a vincolo, che, anzi, sotto il profilo monetario, coincidono perfettamente».

A tal proposito, affermano i giudici, non si tratta di interrogarsi sull'attribuibilità agli imputati delle condotte aventi ad oggetto i beni strumentali dei quali si tratta (e che, nel caso di specie, rappresentano il parametro di commisurazione dell'importo confiscato), ma di confrontarsi con il diverso problema della proporzionalità della risposta sanzionatoria rispetto al fatto nel suo complesso.

3. *Segue. Il problema della “doppia pregiudiziale”.* A fronte delle considerazioni sin qui spese, la Suprema Corte si interroga poi in merito alla c.d. “doppia pregiudiziale”, ossia se, nel caso di specie, sia opportuno sollevare una questione innanzi alla Corte di giustizia dell'U.E., oppure innanzi alla Corte costituzionale.

Da tempo, la Corte costituzionale – cfr. ad esempio la sent. n. 269/2019 – ha chiarito i confini dell'assetto rimediabile scaturito dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, il quale, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla C.D.F.U.E., equiparandola ai trattati (cfr. art. 6, § 1, del Trattato sull'Unione Europea).

Fermi restando i principi del “primato” e dell'effetto diretto del diritto euro-unitario, come consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, la nostra Consulta ha preso atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione, dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale.

I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana e dalle altre costituzioni nazionali degli Stati membri; sicché, può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, al contempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (cfr. Corte di giustizia dell'U.E., Grande Sezione, sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17).

Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, anche in virtù del principio che

situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.).

La Corte costituzionale è, in conseguenza, chiamata a giudicare le questioni sottopostele alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e dall'art. 52, co. 4 C.D.F.U.E. come fonti rilevanti in tale ambito; il tutto, peraltro – precisa la Cassazione –, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia, affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 C.D.F.U.E.).

In tale prospettiva, le ragioni che inducono a privilegiare la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale rispetto alla disapplicazione si raccordano ai rilievi più sopra svolti dalla Cassazione, tenendo conto altresì delle puntualizzazioni espresse nell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale.

Indipendentemente dalle considerazioni svolte dalla Corte territoriale – in merito alle possibili incertezze e disparità di trattamento legate all'istituto stesso della disapplicazione – i giudici di legittimità osservano che la citata ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale ha chiarito come il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione sia un dato certamente acquisito, ai sensi dell'art. 11 Cost., ferma restando la necessità di garantire l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona, tra i quali si colloca il principio di legalità in materia penale.

Esso esprime un canone supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice.

Conclude, dunque, così la Corte di cassazione: le esigenze di certezza del diritto penale e quelle (correlate) di predeterminazione, quantomeno, dei criteri di riferimento ai quali il giudice deve attenersi per apprezzare l'esistenza o meno della sproporzione inducono ad escludere la possibilità di dare applicazione – prevedibile negli esiti – del principio di proporzionalità sanzionatoria, quando

ciò possa condurre a non applicare una misura che il legislatore interno prevede come obbligatoria, senza lasciare al giudice ordinario alcuno spazio di graduazione.

In ogni caso, anche a parere della Corte di giustizia dell'U.E., il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità interno non collide con il sistema normativo eurounitario, purché i giudici ordinari di ogni paese restino liberi: a) di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; b) di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; c) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, essa sia ritenuta contraria al diritto dell'Unione⁴.

Per tali motivi, con l'ordinanza qui in commento, la Suprema Corte dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2641, co. 1 e 2 c.c., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, in relazione agli articoli 3, 27, co. 1 e 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 1 del primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U., nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49, par. 3, C.D.F.U.E., proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

4. *Un breve commento a prima lettura.* Nell'attesa che la Corte costituzionale si pronunci sulla questione di legittimità sollevata, è possibile svolgere alcune considerazioni sintetiche e "a prima lettura", riallacciandosi peraltro a quanto

⁴ In caso di sussistenza di c.d. "doppia pregiudizialità", come noto, il ricorso alla Corte costituzionale appare la via preferibile considerato che la correzione della norma, avendo efficacia *erga omnes*, ha un effetto di "stabilizzazione". In tal senso, con la sentenza n. 269 del 2017, la Corte costituzionale ha precisato che, «di fronte a casi di doppia pregiudizialità - vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione - la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'unione non osta al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali...». In ogni caso, anche a non voler riconoscere il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità rispetto alla soluzione della disapplicazione, resta il fatto che, come recentemente sottolineato dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 149/2022, «secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana».

già autorevolmente espresso nella sentenza Corte cost. n. 112/2019, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto del reato⁵.

Come noto, per “prodotto” di un fatto illecito si intende «il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato»⁶; in altre parole, costituiscono “prodotto” tutte le cose materiali che, in una prospettiva puramente causale, siano *derivate* dalla commissione dell'illecito medesimo (come, ad es., un documento contraffatto, il supporto con la registrazione di una conversazione illegittimamente intercettata, la cosa acquistata da chi ne conosceva l'origine delittuosa).

In questa logica, ad esempio, il “prodotto” di un illecito come l'abuso di informazioni privilegiate – che consiste, nel suo nucleo essenziale, nel compimento di operazioni di compravendita di strumenti finanziari da parte di chi possieda un'informazione ancora riservata, la cui successiva diffusione al pubblico potrebbe determinare una variazione del prezzo di tali strumenti – non può che essere rappresentato dall'*insieme degli strumenti acquistati*, ovvero dall'intera somma ricavata dalla loro vendita⁷.

Il “profitto” è, invece, l'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito.

⁵ Cfr. MAUGERI, voce *Confisca*, in *Enc. dir.*, Milano, 2015, *Annali*, vol. VIII, 211 ss.; GATTA, *Confisca 'amministrativa' per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 295 ss.; ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 197 ss.; BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen. web*, 2019, 11. Sulla confisca ex art. 187 T.U.F., cfr. FOFFANI, *sub art. 187*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 729 ss.; MUCCIARELLI, *Art. 187 - Confisca*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di Fratini-Gasparri, III, Torino, 2012, 2420 ss.; FONDAROLI, *Sanzioni amministrative accessorie e confisca*, in SGUBBI-TRIPODI-FONDAROLI, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, 130 ss. Inoltre, si veda anche C. cost., 7 aprile 2017, n. 68, con commento di VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 269.

⁶ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654.

⁷ Cass. civ., Sez. I, 6 aprile 2018, n. 8590.

Nelle ipotesi di acquisto di strumenti finanziari, ad esempio, il profitto consiste nel *risultato economico* dell'operazione valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata - della quale l'agente disponeva - diviene pubblica, calcolato più in particolare sottraendo al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo effettivamente sostenuto dall'autore per compiere l'operazione, così da quantificare l'effettivo "guadagno" (in termini finanziari, la "plusvalenza") ovvero il "risparmio di spesa" che l'agente abbia tratto dall'operazione.

Quanto, infine, al concetto di "beni utilizzati per commettere l'illecito", ad esempio in tema di abusi di mercato, essi - lungi dal poter essere identificati nei tradizionali *instrumenta delicti*, in genere rappresentati da cose intrinsecamente pericolose se lasciate nella disponibilità del reo, come negli esempi di scuola del grimaldello o della stampante di monete false - non possono che consistere nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore.

Da tutto ciò consegue che, mentre l'ablazione del "profitto" ha una mera funzione *ripristinativa* della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca dei "beni utilizzati" per commettere l'illecito - identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore -, ha un *effetto peggiorativo* rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore.

Come correttamente rilevato dalla Consulta nella citata sent. n. 112/2019, tali forme di confisca assumono pertanto una connotazione "punitiva", poiché infliggono all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (di regola, assai superiore) rispetto a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito.

Movendo da tale prospettiva, ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha recentemente affermato la natura "punitiva" - e non meramente ripristinatoria - della misura, funzionalmente analoga a quella ora in considerazione, del «*disgorgement*» applicato dalla *Security Exchange Commission* (S.E.C.) in materia di abusi di mercato; e ciò proprio in quanto tale misura - estendendosi all'intero risultato della transazione illecita - eccede, di regola, il valore del vantaggio economico che l'autore abbia tratto dalla transazione stessa (cfr. Corte suprema degli Stati Uniti, sentenza 5 giugno 2017, *Kokesh* contro *Security Exchange Commission*).

Nel vigente sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, nonché degli stessi reati societari ex artt. 2637, 2638 c.c., la (predominante) componente punitiva

insita nella confisca dei “beni utilizzati” per commetterlo si aggiunge all’afflizione determinata dalle altre sanzioni previste dalla legge penale; nel caso di specie, rispettivamente, la reclusione da uno a cinque anni, nonché la reclusione da uno a quattro anni, innalzata da due a otto anni nell’ipotesi di c.d. “società quotate”.

Nel caso dell’art. 187-*sexies* del T.U.F., la Consulta aveva ritenuto che la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità (ossia quella ivi prevista), ma graduabile in funzione della concreta gravità dell’illecito e delle condizioni economiche dell’autore dell’infrazione, e una *ulteriore* sanzione anch’essa di carattere “punitivo” come quella rappresentata dalla confisca dei beni utilizzati per commettere l’illecito, che per di più non consente all’autorità amministrativa e poi al giudice alcuna modulazione quantitativa, conducesse necessariamente a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati⁸.

Nella sentenza n. 112/2019, inoltre, si era evidenziato come il diritto dell’Unione Europea non imponga affatto, in via generale e astratta, la confisca del “prodotto” dell’illecito e dei “beni utilizzati” per commetterlo.

Infatti, il vigente regolamento n. 596/2014 richiede soltanto agli Stati membri – all’art. 30, paragrafo 2, lettera b) – di prevedere «la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, per quanto possano essere determinati». Come risulta anche dalle diverse versioni linguistiche del testo («*the disgorgement of the profits gained or losses avoided*», in inglese; «*la restitution de l’avantage retiré de cette violation ou des pertes qu’elle a permis d’éviter*», in francese; «*den Einzug der infolge des Verstoßes erzielten Gewinne oder vermiedene Verluste*», in tedesco; «*la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas*», in spagnolo), il regolamento in parola allude senza equivoco al solo “vantaggio economico” (in termini di guadagno o di perdita evitata) ottenuto dal compimento di un’operazione in condizioni di asimmetria informativa e in violazione di un dovere di astensione – per effetto del

⁸ Nel giudizio *a quo* che condusse alla sentenza 10 maggio 2019, n. 112 della Consulta, l’imputato di *insider trading* era stato punito con una sanzione pecuniaria di 200.000 euro, che si era aggiunta alla confisca per equivalente dell’intero valore delle azioni acquistate avvalendosi di un’informazione privilegiata, pari a ulteriori 149.760 euro, a fronte di un vantaggio economico di 26.580 euro conseguito dall’operazione. A conti fatti, la componente “punitiva” di tale complessiva sanzione – risultante dalla somma tra la sanzione pecuniaria e la confisca di ciò che eccede rispetto al profitto tratto dall’operazione – era qui pari a circa tredici volte tale profitto, un coefficiente ritenuto dalla Consulta come manifestamente eccessivo rispetto ai legittimi scopi di prevenzione generale e speciale perseguiti dalla norma che vieta l’*insider trading*.

possesso di un'informazione privilegiata – rispetto alla generalità degli operatori nel mercato degli strumenti finanziari.

Per tali ragioni, la Corte costituzionale ha ritenuto illegittima la previsione della confisca obbligatoria del “prodotto” dell’illecito amministrativo ex art. 187-*sexies* del T.U.F. e dei “beni utilizzati” per commetterlo, in ragione del suo contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 1 Prot. addiz. C.E.D.U., nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, C.D.F.U.E.

Analoghe considerazioni, in effetti, è possibile spendere con riferimento alla confisca per equivalente di cui all’art. 2641, co. 2 c.c.

Che la confisca “di valore” dei beni utilizzati per commettere un reato abbia natura intrinsecamente sanzionatoria e afflittiva è assai agevole da dimostrare.

Fintantoché si tratti di rimuovere dalle mani del reo – con confisca *diretta* – gli strumenti e i beni che egli impiegò per perpetrare il fatto illecito, tale ablazione esibisce una univoca connotazione di carattere special-preventivo e *pro futuro*⁹: lasciando, per un istante, l’ambito dei reati societari, al rapinatore si confisca la pistola che usò per il delitto, al precipuo fine di impedirgli di commettere ulteriori rapine; al colpevole di un reato informatico si confisca la relativa strumentazione, al fine di impedirgli ulteriori analoghe condotte illecite.

Il fatto che, nel quadro dell’art. 240 c.p., la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato fosse solamente *diretta* e solamente *facoltativa* è chiaramente spiegabile¹⁰: la confisca aveva natura *diretta*, perché la funzione special-preventiva tipica delle misure di sicurezza può essere esplicitata solo rimuovendo dalle mani del reo proprio il concreto strumento materiale, effettivamente impiegato per il delitto, non certo una somma di denaro di pari valore; tale confisca, inoltre, era pensata come *facoltativa* in quanto si trattava, di volta in volta, di verificare che le ragioni special-preventive fossero talmente stringenti da “vincere” il diritto di proprietà sulla cosa impiegata per il delitto¹¹.

⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 20429, Rv. 259631-01: «Le “cose che servirono a commettere il reato” sono suscettibili di confisca in funzione di evitare che la loro disponibilità possa favorire la commissione di ulteriori reati e tale prognosi va effettuata attraverso l’accertamento, in concreto, del nesso di strumentalità fra la cosa e il reato, in relazione sia al ruolo effettivamente rivestito dalla *res* nel compimento dell’illecito sia alle modalità di realizzazione del reato medesimo (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto carente di motivazione la confisca di un “personal computer”, di alcuni *hard-disk* esterni e di altri supporti di memorizzazione all’interno dei quali erano stati promiscuamente archiviati materiali leciti e immagini pedopornografiche)».

¹⁰ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 117 ss.

¹¹ Molto chiaramente già in MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. VIII,

In tale prospettiva, ad esempio, è ragionevole interrogarsi: è sempre logico e razionale confiscare al soggetto, che abbia perpetrato una violenza sessuale all'interno di un'autovettura, il veicolo stesso¹²? E se la violenza fosse avvenuta all'interno di un immobile isolato, appare proporzionato confiscarlo *in toto*¹³? È logico e razionale confiscare al pubblico ufficiale corrotto il *personal computer* adoperato per chiedere al privato il pagamento di una tangente? È giusto confiscare al giornalista diffamatore gli strumenti materiali del suo lavoro? Se un imprenditore è trovato in possesso di un *file* pedo-pornografico, è giusto confiscargli l'intero *server* aziendale del valore di centinaia di migliaia di euro, all'interno del quale era stato scaricato e salvato detto *file*¹⁴?

La facoltatività – oltre che la natura ontologicamente diretta – della confisca degli *instrumenta delicti* rappresentava e rappresenta un prudente compromesso tra le esigenze della special-prevenzione e altri interessi meritevoli di tutela, primo fra tutti il diritto di proprietà: il giudice, infatti, deve anzitutto verificare la forza del nesso di *pertinenzialità* tra la *res* e l'illecito commesso¹⁵,

981: «Non sono, o potrebbero non essere, pericolose le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, di guisa che la pericolosità può inerire soltanto alle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituiscono reato» (con rinvio anche a MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1950, 350); nonché MASSA, voce *Confisca*, cit., 982: «La pericolosità delle cose [che servono a commettere il reato] sarebbe solo eventuale. Di qui le riserve sulla natura di misura di sicurezza della confisca facoltativa. Ma queste riserve sarebbero giustificate solo se la legge avesse previsto anche per queste ipotesi l'obbligatorietà della confisca e non avesse lasciato al giudice il potere discrezionale di applicarla o meno a seconda dei casi».

¹² Per un principio analogo, cfr. Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 3711, Rv. 254573-01: nella specie, la Corte ha ritenuto che, in presenza di una attività di spaccio effettuata nei giardini pubblici, non fosse confiscabile l'autovettura nella quale era stata reperita una parte dello stupefacente sequestrato all'imputato. Si veda anche Cass., Sez. IV, 29 febbraio 2000, n. 9937, Rv. 217376-01, in cui la Suprema Corte ha annullato senza rinvio una sentenza che aveva confermato la confisca dell'autovettura usata per il trasporto di stupefacenti, pur risultando che il veicolo era solo occasionalmente servito per il detto trasporto e non già che esso era stato predisposto, con particolari accorgimenti insidiosi o con modifiche strutturali, in generale, per l'occultamento o il trasporto di droga. In dottrina, ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, vol. III, 51 ss.

¹³ Sul rischio che la confisca di immobili quali *instrumenta delicti* risulti, in concreto, eccessiva e sproporzionata, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 120.

¹⁴ Per un caso analogo, cfr. la già citata sentenza Cass., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 20429, in cui la Corte ha ritenuto carente di motivazione la confisca di un "personal computer", di alcuni *hard-disk* esterni e di altri supporti di memorizzazione all'interno dei quali erano stati promiscuamente archiviati materiali leciti e immagini pedopornografiche. In altro caso, invece, la Cassazione ha confermato il rigetto della richiesta di restituzione dei sistemi informatici confiscati, ancorché bonificati mediante cancellazione dei *file* pedopornografici, in quanto il ricorrente non aveva censurato la prognosi di pericolosità sociale derivante dal possesso dei beni (Cass., Sez. III, 29 novembre 2012, n. 5143, Rv. 254480-01).

¹⁵ MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 193-195; ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 118 ss., in cui si

nonché l'effettiva *proporzionalità*¹⁶ tra la misura ablatoria e il fatto nel suo complesso¹⁷.

Per tale motivo, il “micro-sistema” contenuto nell’art. 240 c.p. poteva e può ancora oggi essere suddiviso in quattro sostanziali sotto-categorie:

i) beni intrinsecamente criminosi, la cui pericolosità *pro futuro* è presunta dalla legge *iuris et de iure*, donde la natura obbligatoria della loro confisca, persino in assenza di condanna e, in taluni casi, nei confronti di soggetti terzi in buona fede («cose, la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione e l’alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna»: art. 240, co. 2, n. 2 c.p.);

raccomanda di interpretare il nesso di pertinenzialità in chiave strettamente oggettiva e materiale, senza derive soggettivistiche o psicologiche, nonché di limitare la confiscabilità ai soli mezzi impiegati per commettere il *fatto tipico*, e non già le operazioni meramente preparatorie o susseguenti alla consumazione. Sulla “crisi del vincolo di pertinenzialità”, FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 15 ss. Sul punto, in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2018, n. 17763, Rv. 275886-01: «In tema di confisca di cose servite per la commissione del reato, è necessaria la sussistenza di un nesso di specifica - non occasionale e non mediata - strumentalità tra il bene e la condotta criminosa, da valutare anche verificando la rispondenza della misura cautelare adottata ai principi di adeguatezza e proporzionalità rispetto alla finalità della stessa (fattispecie in cui la Corte ha annullato la confisca di televisori utilizzati in impianto di videosorveglianza di un immobile ove si svolgeva attività di spaccio di stupefacenti, rilevando come i beni in questione erano strumentali non a commettere il reato, ma a consentire di attivare l’impianto, a sua volta strumentale solo a facilitare la esecuzione della condotta criminosa)»; nonché Cass., Sez. fer., 22 agosto 2013, n. 35519, motivazioni, per cui il nesso strumentale costituisce un parametro per l’accertamento della pericolosità, fondata sul rapporto reo-cosa, «rivelatore dell’effettiva probabilità del ripetersi di un’attività punibile nel senso che possa formularsi una positiva prognosi sulla pericolosità sociale dell’imputato derivante dal mantenimento in suo possesso della cosa».

¹⁶ In merito al tema della proporzionalità della confisca e della *Härtevorschrift* (“regola della onerosità”) nell’ordinamento tedesco, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 78 ss., 81 ss.; più in generale, *ibid.*, 625 ss.; MORMANDO, *Il principio di proporzionalità della confisca: alcune brevi riflessioni, a margine della sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 delle SS.UU.*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2; TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, 419; FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *www.sistemapenale.it*, 30 settembre 2020, 36 ss.

¹⁷ È interessante che, solo di recente e in casi eccezionali, il legislatore si sia determinato a introdurre forme di confisca obbligatoria - *ma pur sempre diretta*, mai per equivalente - di alcuni specifici *instrumenta delicti*, pensiamo, ad esempio, all’art. 240, co. 2, n. 1-*bis* c.p., il quale stabilisce che è sempre ordinata la confisca «dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615-*ter*, 615-*quater*, 615-*quinqüies*, 617-*bis*, 617-*ter*, 617-*quater*, 617-*quinqüies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinqüies*, 640-*ter* e 640-*quinqüies*» (cfr. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 195). Va osservato che lo stesso n. 1-*bis*, in questi casi, prevede altresì una forma di confisca per equivalente, ma solo «se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti», non già una ablazione per equivalente degli strumenti informatici o telematici.

ii) beni potenzialmente pericolosi *pro futuro*, soggetti dunque a confisca facoltativa qualora il giudice ritenga sussistere, in tal senso, adeguate ragioni special-preventive («cose che servirono o furono destinate a commettere il reato»: art. 240, co. 1 c.p.);

iii) beni provento del reato, che è sempre e in ogni caso doveroso confiscare per ragioni non tanto preventive e future, quanto di natura recuperatoria/ripristinatoria e di neutralizzazione di un (passato) ingiusto arricchimento: è il caso del *prezzo* del reato di cui all'art. 240, co. 2, n. 1 c.p.;

iv) beni provento del reato, che in taluni casi è opportuno confiscare, anche in questo caso per neutralizzare forme di ingiusto arricchimento¹⁸: è il caso del *prodotto* e del *profitto* del reato ex art. 240, co. 1 c.p.¹⁹

Come è possibile notare, in questa ideale quadripartizione, sono destinati a intrecciarsi due aspetti, vale a dire la *funzione*²⁰ – in certi casi preventiva²¹, in altri casi (in tutto o in parte) recuperatoria²² – della misura ablativa e la natura

¹⁸ Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 517: «In relazione alla confisca del prodotto o del profitto del reato va osservato [...] che essa, ancora prima di perseguire una finalità repressiva, [risponde] ad una finalità di compensazione dell'ordine economico violato, riportando la situazione patrimoniale del reo nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione del reato e così impedendo al reo di godere del frutto della sua attività».

¹⁹ Sul carattere obsoleto della distinzione tra prezzo e profitto, ai fini della confisca, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 112 ss.

²⁰ Sulla funzione della confisca, nella sterminata bibliografia, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 511 ss.; COCCO, *Breviario delle confische speciali di beni degli autori dei delitti contro la P.A. previsti nel Capo I del Titolo II*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 727 ss.; ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., 42 ss.; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1259 ss., spec. 1266 ss., sull'exasperazione della funzione preventiva; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., 1 ss., 22 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste: Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, *passim*, spec. 166 ss.; CIVELLO, *Da misure di sicurezza patrimoniali a nuove pene: le confische collegate al reato*, in *Lo statuto ancora incerto della confisca*, a cura di La Rocca, Padova, 2022, 3 ss.; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, *passim*; TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., *passim*.

²¹ Sui rapporti tra pericolosità della *res* e pericolosità personale, fra tutti, cfr. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 191 ss.; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 23; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 148; ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., 44 ss.

²² Per l'idea che la confisca del prodotto, prezzo e profitto del reato abbia natura para-repressiva, e non già strettamente preventiva e *pro futuro*, cfr. già VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dommatici*, Padova, 1951, 26: «Si può dubitare della natura preventiva della confisca di quelle cose che costituiscono il prezzo del reato o che del reato sono il prodotto o il profitto, a prescindere da qualsiasi pericolosità delle cose stesse: e si può essere costretti ad ammettere che nel nostro diritto, tra quelle che la legge definisce e regola come misure di sicurezza, figurano delle sanzioni aventi carattere e funzione sostanzialmente repressivi senza che tale loro carattere riesca a riverberarsi su una diversa definizione

obbligatoria oppure *facoltativa* della stessa; e tale intreccio non avviene sempre e solo “in purezza”, ma anche tramite ibridazione di più funzioni all’interno del medesimo istituto ablatorio²³.

Ciò che accomunava tutte le forme di confisca *ex art.* 240 c.p. – prima dell’introduzione di speciali forme di confisca per equivalente – era il necessario nesso di pertinenzialità tra la *res* e il reato; infatti, in assenza di tale nesso, come si affermava già nei primi decenni successivi all’introduzione del Codice Rocco, la confisca perderebbe quasi totalmente la propria connotazione preventiva, assumendo le forme di una vera e propria *pena* di natura patrimoniale²⁴.

Adirittura, decenni prima che il nostro ordinamento accogliesse con decisione l’istituto della confisca per equivalente, l’idea che lo Stato potesse confiscare al reo beni *totalmente* svincolati da ogni nesso di pertinenzialità illecita – ossia la c.d. “confisca dei beni” – era vista come un retaggio di epoche lontane al pari dell’esilio o di altre pene disumane²⁵; un istituto eccezionale, dunque,

della loro natura giuridica». Cfr. anche CIVELLO, *La confisca nell’attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *Arch. pen. web*, 2019, 2; FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito*, cit., 38 ss. Come noto, proprio valorizzando la natura recuperatoria della confisca, le Sezioni Unite ne hanno ammesso, a determinate condizioni, l’applicazione anche a fronte di un reato prescritto: Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617.

²³ Fra tutti, NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., 28 ss.

²⁴ Cfr. VASSALLI, *La confisca dei beni*, cit., 27: «[Nella confisca delle cose costituenti il prezzo, il prodotto o il profitto del reato], anche se debba riconoscersi un carattere non propriamente difensivo o preventivo, il nesso tra il reato e la cosa che è oggetto della confisca è un nesso indissolubile, presupposto indispensabile della misura; e la criminosità dell’azione affetta e permea di per se stessa la cosa, al segno da assimilarla a quelle cose che sono criminalmente pericolose per la loro natura o per definizione di legge. Nella confisca dei beni, invece, le cose colpite dalla sanzione sono estranee al reato e nessun nesso è richiesto, neanche il più tenue, fra l’attività illecita del reo e la cosa confiscata. Il bene è qui investito dalla sanzione in quanto bene di quel soggetto e in modo identico a quello che accade per tutte quelle che la legge qualifica come *pene pecuniarie*» (corsivo nostro). Cfr. anche MASSA, voce *Confisca*, cit., 981: «La confisca disciplinata dall’art. 240 c.p. consiste nell’espropriazione da parte dello Stato di cose che hanno attinenza con la commissione di un reato, perché servirono o furono destinate a commetterlo o ne sono il prodotto o il profitto (confisca facoltativa), o perché ne costituiscono il prezzo o perché la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione o l’alienazione di esse costituisce reato (confisca obbligatoria). Come è detto nella *Relazione* ministeriale sul progetto del codice penale (I, 245), essa tende alla “eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l’idea e l’attrattiva del reato. [...] [La confisca dei beni] non si riferisce alle cose che sono, per così dire, legate al reato nel senso che servirono a commetterlo o ne costituiscono il prodotto o il prezzo o non potevano essere fabbricate usate o alienate, ecc., come è previsto nelle ipotesi dell’art. 240, ma colpisce i beni del soggetto *indipendentemente* da qualsiasi collegamento con il reato commesso».

²⁵ MASSA, voce *Confisca*, cit., 989, parla di «un istituto antichissimo che sembrava ormai appartenere soltanto alla storia del diritto penale, perché ritenuto in irriducibile antitesi con alcuni principi fondamentali dei moderni ordinamenti giuridici. Questa misura colpisce infatti il patrimonio della persona a

suscettibile di essere oggi recuperato solo in contesti politico-istituzionali estremi, persino patologici e comunque di transizione²⁶: si faceva, sul punto, l'esempio della confisca contro i disertori durante il primo conflitto mondiale (d.lgt. 10 dicembre 1917, n. 1952), contro gli antifascisti esuli all'estero (L. 31 gennaio 1926, n. 108 e L. 25 novembre 1926, n. 2008), contro le associazioni antifasciste (t.u. pubblica sicurezza del 1926 e del 1931), contro i collaborazionisti (d.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159²⁷), contro le persone di appartenenza ebraica (d.lgs. 4 gennaio 1944, n. 2), contro i membri di casa Savoia (decreto 8 luglio 1944, n. 452), contro i membri del fascismo (d.lgs. 27 luglio 1944, n. 159), tutti casi nei quali al reo si requisivano beni anche totalmente privi di qualsiasi collegamento, seppur solo remoto, con una condotta illecita punita dalla legge²⁸.

Persino nel corso dei *Lavori preparatori* al Codice Rocco, agli artt. 29, 30 e 31 del progetto preliminare, era stata avanzata la proposta di introdurre forme di confisca generale dei beni o delle rendite (prive di un effettivo nesso di pertinenzialità col reato), unite alla perdita della cittadinanza, in casi di grave delitto contro l'ordine costituito²⁹; tuttavia, nella sua relazione al re, il guardasigilli sostenne che tale istituto avrebbe potuto trovare luogo solo «in relazione a bisogni repressivi contingenti e transitori, all'interno di apposite leggi speciali e temporanee»³⁰.

prescindere da qualsiasi collegamento con l'attività illecita». Per un'ampia trattazione di carattere storico e giuridico sulla «confisca generale dei beni», MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 45 ss.; v. anche ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., 42 ss.

²⁶ MASSA, voce *Confisca*, cit., 981: «Per questo, le riserve che accompagnano l'istituto della confisca dei beni, ogni qualvolta esso riappare nella legislazione nei periodi più difficili della vita politica del Paese, non potrebbero egualmente sussistere nei confronti della confisca prevista dall'art. 240 c.p., che ha una ragion d'essere si può dire connaturale ai principi dell'ordinamento».

²⁷ Proprio in tema di confisca dei beni ex d.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159, è ancora significativo rammentare la sentenza della Corte costituzionale, 16 giugno 1964, n. 46, che ne dichiarò la compatibilità con la Costituzione, negando – con motivazioni che oggi forse verrebbero, quantomeno parzialmente, riviste – che tale misura avesse natura di pena in senso stretto; cfr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 107.

²⁸ È interessante notare come tutt'oggi, nel nostro ordinamento, esistano forme eccezionali di «confisca dei beni», pur in assenza di qualsiasi nesso di pertinenzialità con una condotta illecita. Si pensi ai casi di associazione segreta sciolta con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 3 L. 25 gennaio 1982, n. 17), oppure di associazione che abbia favorito un reato con finalità di terrorismo (art. 3, co. 36 L. 15 luglio 2009, n. 94): sul punto, MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 186 ss.

²⁹ *Lav. prep. del cod. pen. e del cod. di proc. pen.*, vol. V, III, 11; vol. V, I, n. 51, 74-75; vol. III, I, 225 ss.

³⁰ *Lav. prep. del cod. pen. e del cod. di proc. pen.*, vol. VII, n. 15, 36.

A fronte di un sistema nel complesso armonico e razionale, racchiuso all'interno della clausola generale dell'art. 240 c.p.³¹, l'introduzione di una confisca obbligatoria e persino "per equivalente" dei mezzi adoperati per la commissione del reato rappresenta senz'altro un *unicum* all'interno del nostro ordinamento³², comportando la possibile frizione con plurimi principi costituzionali, tra i quali quelli di personalità, di proporzionalità tra fatto e sanzione e di tendenziale funzione rieducativa della pena³³.

L'obbligatorietà di una tale misura ablatoria potrebbe comportare la rimozione dal patrimonio del reo di beni *completamente* avulsi dal fatto illecito compiuto e, al più, legati a quest'ultimo da un mero e accidentale nesso di strumentalità "estemporanea", secondo quella che è stata icasticamente definita come una preoccupante «deriva punitiva della confisca degli strumenti»³⁴.

Ma soprattutto, la previsione di una confisca per equivalente degli *instrumenta delicti* è idonea a sfigurare completamente l'originario volto di tale misura, siccome prevista sin dall'introduzione dell'art. 240 c.p.: come già detto, infatti, se la confisca diretta dei mezzi impiegati per delinquere esibisce una funzione chiaramente preventiva e *pro futuro*, perfettamente in linea con la *ratio* delle misure di sicurezza patrimoniali, la confisca per equivalente di tali *res* è destinata a svolgere tutt'altra funzione, del tutto afflittiva e sanzionatoria.

Per tornare all'esempio del rapinatore: se confiscargli la pistola impiegata per la rapina ha lo scopo di impedirgli, *pro futuro*, la perpetrazione di ulteriori delitti contro il patrimonio o contro la persona, confiscargli una somma pari al valore di detta pistola - in ipotesi, non più reperibile nel suo patrimonio - costituisce una misura del tutto priva (se non *per accidens*) di una funzione preventiva e, di converso, una sanzione pecuniaria penale parificabile alla multa o all'ammenda.

³¹ Per un'analisi dell'art. 240 c.p., nella sterminata bibliografia, si richiama l'interessante partizione proposta in TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 11 ss.

³² Di contro, in altri ordinamenti, come quello tedesco e francese, la confisca di valore dei mezzi per commettere il reato è ammessa, con certi limiti (anche) di proporzionalità: cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 69 ss., 93 ss., 120.

³³ Su rieducazione e pene pecuniarie, fra tutti, BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963-1964, Padova, 193 ss., oggi in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, vol. I, t. I, 275 ss.

³⁴ MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 208 ss., in cui vengono analiticamente passate in rassegna le numerose riforme legislative, le quali hanno ampliato notevolmente l'istituto della confisca degli *instrumenta delicti*, sempre più nella direzione di una confisca obbligatoria; di «tenace vocazione punitiva della confisca» si parla in MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 194 ss.

Ora, se la confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere un reato societario ex artt. 2621 e segg. c.p. ha natura palesemente sanzionatoria³⁵, è evidente come alla stessa debbano a questo punto applicarsi tutti i canoni e le garanzie della materia penale³⁶, tra i quali il principio di personalità, di offensività, la funzione tendenzialmente rieducativa e, non da ultimo, il principio di proporzionalità tra fatto e sanzione.

Da tale punto di vista, se il legislatore può ritenersi in qualche modo libero – in presenza di determinate fattispecie di reato – di prevedere una confisca *obbligatoria* dei beni impiegati per commettere il fatto (è il caso, ad esempio, degli strumenti informatici ex art. 240, co. 2, n. 1-*bis* c.p.), non appare invece legittimo prevedere una confisca *per equivalente* degli stessi, la quale non risulti al contempo temperata da requisiti o clausole che consentano al giudice di commisurare il *quantum* di ablazione all’effettivo apporto individuale del singolo correo, alla sua concreta colpevolezza³⁷, all’eventuale *quantum* di arricchimento e, più in generale, alle effettive esigenze di retribuzione, special-prevenzione e rieducazione in capo al soggetto sanzionato³⁸.

³⁵ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 120: «Tale forma di confisca [ossia la confisca per equivalente delle cose destinate a commettere il reato: n.d.r.] assume un chiaro contenuto afflittivo, perché, se è possibile ammettere una qualche finalità preventiva nella confisca [diretta] dello strumento del reato, nell’ipotesi in cui il reo non disponga più di tale strumento e si vuole comunque infliggergli una sofferenza patrimoniale di valore corrispondente, quella, se pur debole, finalità preventiva viene meno. Tale pena patrimoniale, però, può porsi in contrasto con il principio di *tassatività* in quanto il suo ammontare non è predeterminato per legge, ma dipende dalle circostanze del caso concreto, rischiando di comportare delle ingiustificate disparità di trattamento; il diverso valore dello strumento del reato non incide, infatti, o non incide necessariamente sul diverso disvalore del fatto e quindi non giustifica una disparità di trattamento punitivo. Questo risultato in ordinamenti come quello tedesco viene evitato attraverso l’applicazione del principio di proporzione».

³⁶ Cfr. GARGANI, *Depenalizzazione e “materia penale”*. *La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in *www.discrimen.it*, 3 luglio 2019. Come noto, la prima fondamentale sentenza con cui la Consulta estese le garanzie della penalità alle confische aventi funzione penal-sanzionatoria fu Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196.

³⁷ Sui rapporti tra confisca e principio di colpevolezza, cfr. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, oggi in *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, t. I, 279 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 742 ss.; TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 420.

³⁸ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 121: «In un ordinamento come quello italiano, allora, in cui la confisca degli strumenti del reato, pur assumendo un contenuto punitivo, non viene considerata in sede di commisurazione della pena principale e in cui non è attribuito al giudice alcun potere di mitigare gli effetti della confisca in considerazione di esigenze di rispetto del principio di proporzione, non sembra auspicabile l’intervento di una simile forma di confisca per equivalente, salvo laddove il legislatore volesse coscientemente utilizzare la confisca come strumento punitivo, magari a titolo principale o alternativo, e quindi volesse garantirne in ogni modo una qualche forma di esecuzione. [...] In ogni caso [...] si rivelerebbe opportuna l’introduzione di una c.d. “clausola dell’onerosità”, che consenta di non

Un tale approccio si pone, peraltro, nel solco della recente e già citata sentenza della Grande Sezione della Corte giust. UE 8 marzo 2022 nel procedimento C-205/20³⁹: tale pronuncia dei giudici del Lussemburgo, in effetti, ha affermato che il requisito di proporzionalità previsto dalla direttiva 67/2014 è di carattere incondizionato e comporta il divieto, di portata assoluta, di adottare sanzioni sproporzionate. La sentenza ha, inoltre, precisato che il principio di proporzionalità costituisce un canone generale del diritto dell'Unione che si impone agli Stati membri anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione. In forza di tali considerazioni, in definitiva, la Grande Sezione ha affermato che il requisito della proporzionalità deve ritenersi dotato di effetto diretto potendo essere invocato dall'imputato nella controversia penale che lo riguarda.

Nell'ambito della causa C-205/20, lo stesso Avvocato generale, in sede di conclusioni, ebbe a rappresentare alla Grande Sezione che «il requisito di proporzionalità sancito dall'articolo 20 della direttiva 2014/67 costituisce il fondamento per attenuare e correggere le disposizioni nazionali, attraverso l'effetto diretto del requisito. In altri termini, il requisito di proporzionalità non è il fondamento dell'imposizione o dell'aggravamento delle sanzioni, bensì il fondamento sul quale le sanzioni legittimamente inflitte sono ridotte al fine di essere rese conformi al diritto dell'Unione».

Anche da tale punto di vista, prevedere una confisca obbligatoria e per equivalente dell'intero importo pari al valore dei mezzi impiegati a delinquere viola – o comunque ha la concreta possibilità di violare – il principio di proporzionalità.

A ciò si aggiunga che, mentre l'ordinaria confisca per equivalente del prodotto, del prezzo e del profitto del reato, pur avendo una pacifica e prevalente funzione afflittivo-sanzionatoria, mantiene comunque – seppur *per equivalente*, per l'appunto – una qualche natura ripristinatoria (poiché essa mira pur sempre a ripristinare lo *status quo ante delicto*), la confisca di valore degli *instrumenta delicti* non può nemmeno lontanamente e nemmeno accessoriamente spiegare una tale funzione, così che doppiamente emerge, in tal caso, la frizione

applicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata (come previsto dall'art. 114, n. 3, del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000)».

³⁹ Cfr. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, nota a Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2022.

con il canone di proporzionalità, poiché tale misura ablatoria sempre e comunque *impoverisce* il reo, non limitandosi a privare lo stesso di un provento illegale.

Sul punto, anche per il 17° “considerando” della direttiva n. 2014/42/UE (relativa al *Congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell’Unione europea*), la confisca degli strumenti del reato può essere applicata solo «se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati»⁴⁰; la frase conclusiva di tale “considerando” sembra persino valorizzare, quantomeno in maniera implicita, i principi di offensività e di colpevolezza in senso lato – *a latere* della proporzionalità – laddove precisa che «gli Stati membri possono anche considerare se, e in che misura, il condannato sia responsabile di rendere impossibile la confisca dei beni strumentali».

Peraltro, ove il valore dei beni impiegati per commettere il fatto illecito sia, in concreto, enormemente superiore all’effettivo provento di reato, proprio considerando che la confisca degli *instrumenta delicti* è del tutto svincolata dall’accertamento – nell’*an* e nel *quantum* – di un concreto profitto illecito, detta misura ablatoria può persino approssimarsi – va ammesso, solo *de facto* e non *de iure* – a forme inaccettabili di confisca integrale di tutto il patrimonio del reo, anche in questo caso misura ablatoria prevista in epoche e in ordinamenti che l’odierno Stato di diritto ritiene ormai definitivamente superati⁴¹.

Infine, va segnalato che, salvo errori, l’art. 2641, co. 2 c.c. è attualmente l’*unica* norma dell’ordinamento a prevedere la confisca per equivalente dei beni strumentali, all’esito della declaratoria di illegittimità dell’art. 187-*sexies* T.U.F. da parte della Consulta e della modifica introdotta dalla Legge Europea all’art. 187 T.U.F.: ora, se si considera che il reato di cui all’art. 185 T.U.F. (*Manipolazione del mercato*) è stato “ritagliato” proprio sul modello dell’aggiotaggio bancario di cui all’art. 2637 c.c., e che l’art. 2641 c.c. e l’art. 187 T.U.F. sono previsioni “gemelle” che, dunque, meritano trattamento analogo, non sembra esservi ragione idonea a giustificare il diverso e più grave trattamento

⁴⁰ Cfr. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 195; cfr. anche il 18° “considerando” della direttiva n. 2014/42/UE, per il quale, «nell’attuazione della presente direttiva, gli Stati membri possono prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l’interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti» (tuttavia, pare che il successivo periodo limiti tale ipotesi ai soli casi di pericolo per la sussistenza minima del soggetto).

⁴¹ Sulla “confisca totale dei beni”, VASSALLI, *La confisca dei beni*, cit., 27.

ARCHIVIO PENALE 2024

sanzionatorio contemplato dall'art. 2641, co. 2 c.c. sotto forma di confisca per equivalente e obbligatoria degli *instrumenta delicti*.

Anche da questa prospettiva, pertanto, la disposizione in parola appare affetta da plurimi profili di illegittimità costituzionale, sui quali si attende ora che si pronuncino i giudici della Consulta, su impulso della Corte di cassazione.

GABRIELE CIVELLO