

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Confisca - Prescrizione del reato

La decisione

Misure di sicurezza patrimoniali - Confisca diretta del prezzo o del profitto del reato - Reato prescritto - Sussistenza (c.p. artt. 157, 240, 322-ter).

“Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell’art. 240, secondo co., n. 1, cod. pen., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell’art. 322-ter cod. pen., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell’imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato”.

Misure di sicurezza patrimoniali - Prezzo o profitto del reato - Confisca di somme di denaro depositate sul conto corrente - Qualificazione giuridica - Confisca diretta - Irrilevanza del nesso di pertinenzialità.

“Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato”.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 21 luglio 2015 (ud. 26 giugno 2015), SANTACROCE, *Presidente* - MACCHIA, *Relatore* - Stabile, *P.G.* (diff.) - Lucci, *ricorrente*.

Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all’«antitesi»¹: la confisca “senza condanna”.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I termini del contrasto. In particolare, la confiscabilità del prezzo di un reato prescritto. - 3. La duplice questione giuridica oggetto dell’ordinanza di remissione. - 4. Alcune necessarie puntualizzazioni sul “monito” della precedente sentenza a Sezioni Unite “De Maio”. - 5. La natura giuridica della “confisca di sicurezza” ex art. 240 cod. pen.: le conclusioni delle Sezioni Unite “Lucci”. - 6. La questione della confisca diretta o per equivalente ex art. 322-ter cod. pen. - 7. Considerazioni critiche.

¹ HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Heidelberg, 1817. CATTANEO M.A., *Sulla filosofia di Kant e Hegel*, in *Funzioni della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Eusebi (a cura di), Milano, 1989.

1. Premessa.

È noto che, il contesto su cui è “attecchita” la questione giuridica sottoposta al vaglio delle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione², così come deferita dalla sesta Sezione rimettente, costituisce un tessuto embrionale labile, soprattutto se si considera che ci si trova di fronte ad uno strumento ablativo dalla fisionomia variabile – quello, appunto, delle “confische”³ – cui è ormai attribuito il ruolo di «ultimo presidio»⁴ a tutela di valori costituzionali di indubbio rilievo.

Non meno pregnante, poi, è la considerazione secondo cui il medesimo istituto sembra esser divenuto “ostaggio” di (non meglio mascherate) esigenze “rivendicative” ad opera della recente sentenza n. 49 del 2015 della Corte Costituzionale⁵ – in materia di “confisca urbanistica”⁶ – la quale, erigendo a

² Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, in *questa Rivista* online.

³ Cfr., Corte cost., sent. 9 giugno 1961, n. 29, in *Foro It.*, I, 1091, ss.; Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, FisalItalimpianti S.p.a., in *Foro It.*, 2009, II, 156. Evidenziano la necessità del termine plurale, fra gli altri, MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012, *passim*. Da ultimo, con particolare riferimento alla natura giuridica della confisca dei beni culturali ex art. 174, co. 3, d.lgs. n. 42 del 2004 nonché ai suoi rapporti con l'istituto della prescrizione, si veda Cass., Sez. III, 10 giugno 2015, 22 ottobre 2015, Almagià, con nota di MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 ss..

⁴ Così, MANES, *ut supra*, 2.

⁵ Corte cost., n. 49 del 2015; Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, n. 101; Cass., Sez. III, ord. 20 maggio 2014, n. 209. Sul punto, fra gli altri, VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope, (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisciulo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 ss.. ID., *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4/2014, 277 ss.; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Le questioni lasciate aperte da Corte Cost., n. 49/2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, cui si rinvia anche per la bibliografia ivi contenuta; BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss.. Si veda anche, Corte eur. Dir. Uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 1392, con nota di BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1396; MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; ID., *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.. In attesa della decisione della Grande Chambre, è possibile consultare il video integrale dell'udienza in www.echr.coe.int. Più in generale, per le altre questioni rimesse alla Grande Chambre in materia di confisca si veda, PICCIRILLI, VALENTI (a cura di), *Relazione al Parlamento. L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato italiano*, in www.presidentza.governo.it, 65-80.

⁶ Art. 44, co. 2, D.P.R., 6 giugno 2001, n. 380, “*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*”, il quale dispone che «La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite (...)». Si veda, MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi della sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.; ID., *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

propria protezione la “barriera” del «diritto consolidato», oltre ad aver concretizzato il rischio di una compromissione della autenticità del dialogo intrapreso dalla medesima con la Corte edu⁷, ha finito per produrre l’effetto opposto rispetto a quello dichiaratamente “desiderato” di «certezza e stabilità del diritto»⁸.

Un equilibrio precario, dunque, cui non possono non sommarsi le ulteriori perplessità derivanti, nello specifico, da un corpo motivazionale, qual è quello della sentenza in rassegna, che pare esprimere quello che può essere definito il «disagio interpretativo»⁹ a fronte della inadeguatezza della normativa vigente a contrastare fenomeni di criminalità pur ritenuti dallo stesso legislatore gravi ed allarmanti; rispetto ai quali, tuttavia, non pare opportuno mettere in “ombra” le sempre più pressanti esigenze di riforma.

Ed allora, sembra inevitabile che tali problematicità si traducano in contraddittori ed illogici passaggi argomentativi, rinviati ad una “immoralità” solo “cursoriamente” richiamata.

Questo, bruscamente, lo stato dell’arte.

2. I termini del contrasto.

In particolare, la confiscabilità del prezzo di un reato prescritto. Muovendo per gradi, la vicenda trae le mosse dalla decisione con cui la Corte territoriale, in riforma della sentenza emessa dal Tribunale in sede, dichiarava non doversi procedere nei confronti dell’imputato in ordine al reato di cui agli artt. 110, 81 cpv. e 319 cod. pen. – così riqualificata l’originaria contestazione di concussione – perché estinto per intervenuta prescrizione.

Tuttavia, ciò nonostante, con il medesimo provvedimento veniva disposta altresì la confisca delle somme di denaro sottoposte a sequestro preventivo, ritenute il prezzo del reato di corruzione e, in quanto tali, – «sempre» – obbligatoriamente confiscabili ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 322-ter e 240, co. 2, n. 1, cod. pen..

2013, 1899 ss.; ID., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 CEDU*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell’applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1691 ss..

⁷ Il riferimento è al dialogo avviato con le cosiddette “sentenze gemelle”, Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007. Più di recente, si veda Corte cost., n. 238 del 2014.

⁸ Cfr., Corte cost., Sentenza n. 49 del 2015, “considerato in diritto” n. 7.

⁹ FIANDANESE, *Le misure cautelari reali: principi generali, prassi giurisprudenziali, problematiche applicative. Confisca e necessità della condanna*, Incontro di formazione, Aula Magna della Corte di Cassazione, 1 marzo 2001.

Nella specie, intanto l'ablazione veniva ritenuta possibile in quanto, stando ad un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁰, l'estinzione del reato non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, poiché il riferimento alla condanna di cui all'art. 240, co. 2, n. 1 cod. pen., non evoca la categoria del giudicato formale¹¹.

In particolare, veniva evidenziato come ciò che deve intendersi posto a fulcro della disciplina codicistica risulta, piuttosto, il richiamo ad un termine che intende esprimere «un valore di equivalenza»¹² rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso pertinenziale che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso; a prescindere, evidentemente, dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito¹³.

Siffatta conclusione, come puntualmente rammentato dalla sesta Sezione rimettente – cui il ricorso è stato poi assegnato – sottende, evidentemente, l'esigenza di reclamare la duplice finalità attribuita al vincolo reale obbligatorio, vale a dire quella di «colpire il soggetto che ha acquistato i beni illecitamente» ed «eliminare in maniera definitiva dal mondo giudico (...) valori patrimoniali la cui origine risale all'attività criminale posta in essere», «essendo il provvedimento ablativo correlato ad una precisa connotazione obiettiva di illiceità che investe la *res* determinandone la pericolosità in sé»¹⁴.

¹⁰ Cass. pen., Sez. II, sent. 5 ottobre 2011, n. 39765, Ciancimino, Riv. 251195.

¹¹ Sul punto, si veda, Cass. pen., Sez. I, sent. 21 gennaio 2009, n. 2453, Squillante, Riv. 243027; Cass. pen., Sez. II, sent. 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore, Riv. 248409; Cass. pen., Sez. II, sent. 5 novembre 2011, n. 39756, Ciancimino, Riv. 251195. Da ultimo, in tema di confisca di beni culturali di cui all'art. 174, co. 3 del d. lgs. n. 42/2004, si veda Cass. pen., Sez. III, sent. 22 ottobre 2015, n. 42458, con nota di MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 ss.. Illustra il dibattito, FIANDANESE, *Le misure cautelari reali: principi generali, prassi giurisprudenziali, problematiche applicative. Confisca e necessità della condanna*, Incontro di formazione, Aula Magna Corte di Cassazione, del 1 marzo 2011, 10 ss.. Più di recente, affrontano la problematica alla luce del dibattito instauratosi fra le due Corti, PULITANO, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. N. 49/2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 ss.. Per gli opportuni rilievi sulla compatibilità di tale opzione ermeneutica con il principio di innocenza, si veda, MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit., 1 ss.; ID., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, 76 ss..

¹² Così, a pagina 23 della sentenza in commento.

¹³ In tal senso, cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 5 ottobre 2011, n. 39765, Ciancimino, Riv. 251195; Cass. pen., Sez. V, sent. 23 ottobre 2012, n. 48680, Abdelkhalki, riportata a pag. 5 della sentenza in commento; Cass. pen., Sez. II, sent. 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore; Cass. pen., Sez. I, sent. 4 dicembre 2008, n. 2453, Squillante, tutte richiamate nell'ordinanza di rimessione della Sesta sezione penale.

¹⁴ Cass. pen., Sez. VI, ord. 26 aprile 2015, n. 12924, Lucci, inedita, 8.

In particolare, tale necessario “recupero”, sarebbe veicolato dalla prodromica considerazione secondo cui, facendo leva sul combinato disposto degli artt. 210 e 236, co. 2, cod. pen. sembrerebbe doversi trarre la sussistenza di una deroga al principio stabilito dal citato art. 210 cod. pen. e, dunque, l’inapplicabilità alla misura della confisca della previsione ivi contenuta al primo comma ai sensi del quale «l’estinzione del reato impedisce l’applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l’esecuzione»¹⁵.

Una opzione interpretativa che ha imposto di prendere atto del superamento del «risalente»¹⁶ insegnamento impartito dalle Sezioni Unite “De Maio” del 2008¹⁷ in una vicenda del tutto analoga a quella che ha formato oggetto della sentenza in rassegna.

Difatti, quest’ultime, nel richiamare il proprio precedente conforme (Sezioni Unite “Carlea”¹⁸) ne ribadivano (quasi) *in toto* l’*iter* argomentativo e pervenivano alla affermazione del principio di diritto secondo cui la confisca del prezzo del reato può essere disposta soltanto contestualmente ad una pronuncia di condanna.

In particolare, soffermandosi sul significato da annettere all’avverbio «sempre» con cui esordisce il secondo comma dell’art. 240, cod. pen., la pronuncia osservava che, sulla base di una normale e diffusa tecnica legislativa, esso è adoperato per indicare una preclusione alla valutazione discrezionale del giudice nel potere di disporre la confisca, non certo per porre un’eccezione alle condizioni previste per l’esercizio dello stesso potere nelle singole fattispecie.

In altri termini, con ciò si voleva intendere che, fermo restando il presupposto “nel caso di condanna” fissato dallo stesso primo comma dell’art. 240 cod. pen. ed esplicitamente derogato solo con riferimento alle cose di cui al n. 2 del secondo comma della medesima disposizione, l’avverbio suddetto lungi dall’avere alcuna valenza di carattere processuale in merito alla possibilità di disporre la confisca in assenza di condanna, ma sta ad indicare esclusivamente che si tratta di misura ablativa obbligatoria sottratta alla discrezionalità del giudice.

Di conseguenza, solo nei casi indicati nell’art. 240, co. 2, n. 2, cod. pen., l’obbligatorietà è destinata ad operare «anche se non è stata pronunciata con-

¹⁵ Cass. pen., Sez. II, sent. 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore; Cass. pen., Sez. II, sent. 5 ottobre 2011, n. 39756, Ciancimino. Analogamente, più di recente, fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, sent. 23 ottobre 2012, Abdelkhalki, in *Mass. Uff.*, n. 254077. In tal senso, anche MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Milano, 1908, 391 ss..

¹⁶ Così, nell’ordinanza di rimessione a pagina 7.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., sent. 10 luglio 2008, in *Mass. Uff.*, n. 240565.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., sent. 5 marzo 1983, in *Mass. Uff.*, n. 193120.

danna», considerando che, diversamente, ritenere tale ultimo inciso riferito anche alla previsione di cui al n. 1 della suindicata disposizione darebbe luogo ad una (analogica) forzatura del normale collegamento logico tra le due proposizioni del testo della norma; per di più, inserite in numeri ben distinti. Senza considerare poi, che risulta piuttosto evidente che una normale, e non particolarmente specialistica, tecnica legislativa, se avesse voluto riferire l'inciso in parola ad entrambi i numeri del comma lo avrebbe inserito all'inizio del capoverso, dopo l'espressione «è sempre ordinata la confisca».

Né, d'altro canto, potrebbe trarsi contrario argomento dall'art. 236, co. 2, cod. pen., dal momento che se è vero che l'estinzione del reato non impedisce l'applicazione della misura di sicurezza, altrettanto fondato appare ritenere che tale applicazione debba essere (necessariamente) resa attuabile dalle norme che regolano specificamente la misura – qual è quella di cui all'art. 240 cod. pen. – non potendo la medesima divenire possibile solo in quanto essa in via generale non risulta esclusa.

Deve ritenersi, piuttosto, che la previsione di cui all'art. 236, co. 2, cod. pen. – tutt'altro che superflua per come interpretata dalle Sezioni Unite “De Maio”¹⁹ – assume la diversa ma fondamentale funzione di contribuire a delineare la disciplina complessiva delle misure di sicurezza patrimoniali, formulando un principio di carattere generale che, in quanto tale, lascia, poi, libero il legislatore di stabilire i casi in cui tale effetto impeditivo si produce.

Del resto, a ben considerare, in mancanza della disposizione in parola, si sarebbe potuto ravvisare nell'estinzione del reato un ostacolo alla confisca pure nei casi in cui ne è espressamente prevista l'applicazione in seguito al proscioglimento.

Sicché, non sarebbe fondatamente sostenibile la tesi di chi pretende dedurre dalla circostanza che l'estinzione del reato non sia “astrattamente” incompatibile con la confisca (ex artt. 236, co. 2 e 210 cod. pen.), che la confisca stessa possa essere disposta anche in seguito al proscioglimento, benché sia prevista da una disposizione che richieda specificamente la condanna.

Tuttavia, poste tali considerazioni di carattere sostanziale – più che condivisibili a parere di chi scrive – è, invero, proprio sul versante dei limiti cognitivi connaturati alla particolare situazione processuale che incontrerebbe il giudice, allorché ravvisi l'esistenza di una causa di non punibilità a norma dell'art. 129, co. 1, cod. proc. pen., che la pronuncia “De Maio” si discosta dal proprio precedente conforme “Carlea”, manifestando “aperture” di notevole ampiezza.

¹⁹ Cass. pen., Sez. Un., sent. 10 luglio 2008, De Maio, in *Mass. Uff.*, n. 240565.

In particolare, attraverso il ricorso ad una considerevole rassegna esemplificativa²⁰ e facendo leva proprio sulla evoluzione subita dalla legislazione in materia, si ha avuto la premura di precisare che rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato la circostanza che il giudice possa procedere ad accertamenti non può affatto considerarsi in linea di principio "anomala".

In altri termini, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2008, la categoria delle sentenze di proscioglimento comprende, accanto a quelle ampiamente liberatorie con formule in fatto, anche sentenze che, pur non applicando la pena, comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione a quest'ultimo del fatto stesso e ciò in particolare varrebbe per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione.

In tale direzione, dunque, «i poteri di accertamento riconosciuti al giudice al fine dell'applicazione della confisca non possono dirsi necessariamente legati alla facilità dell'accertamento medesimo»; potendo, quest'ultimo, «riguardare non solo le cose oggettivamente criminose per la intrinseca natura (art. 240, 2 co., n., 2 cod. pen.), ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico reato»²¹.

Tali ultime riflessioni, tuttavia, hanno finito per rispecchiarsi nella avvertita esigenza di "rispolverare" – nell'ambito di un *obiter dictum* solo apparentemente contraddittorio ed antitetico rispetto al dispositivo della sentenza – il "monito" di una autorevole dottrina secondo la quale sarebbe «antigiuridico ed immorale che (...) il corrotto, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso»²².

3. La duplice questione giuridica oggetto dell'ordinanza di rimessione.

Ebbene, il permanere del contrasto anche in epoca posteriore alle Sezioni Unite "De Maio" – al netto delle successive e difformi pronunzie sul tema²³ cui, peraltro, la stessa Corte territoriale ha aderito nella vicenda in esame – ha dato luogo ad un quadro interpretativo, sul tema, contraddittorio e comunque

²⁰ Riportata nel dettaglio a pagina 15 della sentenza in rassegna.

²¹ Così, testualmente riportato nella sentenza in rassegna, 15 ss..

²² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Milano, 1908, 391.

²³ Cass. pen., Sez. I, sent. 21 gennaio 2009, n. 2453, Squillante, Rv. 243027; Cass. pen., Sez. II, sent. 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore, Rv. 248409; Cass. pen., Sez. II, sent. 5 novembre 2011, n. 39756; Ciancimino, Rv. 251195. Da ultimo, in tema di confisca di beni culturali di cui all'art. 174, co. 3 del d. lgs. n. 42/2004, si veda Cass. pen., Sez. III, sent. 22 ottobre 2015, n. 42458, con nota di MUZZICA, *Confisca dei beni culturali e prescrizione: contro o oltre Varvara?*, cit., 1 ss..

non del tutto omogeneo. Laddove, proprio la particolare rilevanza e la delicatezza della materia richiederebbero, diversamente, una maggiore fluidità e trasparenza ermeneutica, non già le riscontrate antinomie.

Queste le ragioni, dunque, che – unitamente alla prioritaria esigenza di argomentare in ordine alla natura della misura – hanno reso necessario, pur a fronte di un “equilibrato” precedente a Sezioni Unite, un ulteriore intervento chiarificatore del Supremo consesso chiamato *ex art. 618 cod. proc. pen.* a risolvere una duplice questione giuridica, di cui la seconda risulta intimamente collegata alla prima.

Nel dettaglio, il basilare e più generale interrogativo attiene alla «possibilità di disporre la confisca del prezzo del reato malgrado questo sia dichiarato prescritto, ovvero quando manchi una sentenza di condanna o di applicazione concordata della pena»²⁴.

Vi è, poi, l'ulteriore e connesso profilo relativo alle «modalità da osservare in caso di confisca di somme di denaro depositate sul conto corrente, se cioè debba disporsi la confisca per equivalente ovvero quella diretta, e in quest'ultimo caso se debba o meno ricercarsi e in che limiti il nesso pertinenziale tra denaro e reato»²⁵.

Difatti, anche rispetto a quest'ultimo quesito, nonostante vi siano stati già precedenti pronunciamenti della Suprema Corte a Sezioni Unite²⁶, non è stato possibile rinvenire uniformità di vedute. Tuttavia, ragioni di ordine logico-sistematico, inducono a ritenere opportuno analizzare nel dettaglio tale profilo nella parte conclusiva del presente contributo.

4. Alcune necessarie puntualizzazioni sul “monito” della precedente sentenza a Sezioni Unite “De Maio”.

Orbene, proprio volgendo lo sguardo a quella autorevole dottrina «lontana nel tempo, ma presente nell'insegnamento»²⁷, la sentenza qui in commento, principia il proprio percorso motivazionale puntualizzando come, in realtà, sia proprio quell'illustre Autore²⁸ richiamato nel “monito” della sentenza “De Maio” ad esprimersi in termini diversi rispetto a quelli finora esposti, proprio sul versante che in tale sede interessa.

²⁴ Cass. pen., Sez. VI, ord. 19 novembre 2014 (ud.), 26 marzo 2015 (dep.), n. 12924.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, ord. 19 novembre 2014 (ud.), 26 marzo 2015 (dep.), n. 12924.

²⁶ Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004), n. 29951, Focarelli, in *Fall.*, 2005, 1265 ss.. *Contra*, Cass. pen., Sez. III, ord. 30 ottobre 2013 (dep. 22 novembre 2013), n. 46726, Gubert, con commento di TRINCERA, *Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reali tributari: la parola passa alle Sezioni Unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²⁷ Così, la sentenza in commento a pagina 17.

²⁸ Il riferimento è a MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 391.

In particolare, in nome di un “forzato” ritorno al passato, si evidenzia che la circostanza secondo cui «la confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato presuppone che un reato sia stato consumato o quanto meno tentato *ex art. 115 cod. pen.*, non deve indurre a ritenere che la medesima sia applicabile solo in caso di condanna, giacché basta che un reato sia stato “obiettivamente” commesso, ancorché l’autore non sia punibile per qualsiasi causa»²⁹.

Più precisamente, viene testualmente puntualizzato che «è ben vero che il numero 1 del primo capoverso dell’art. 240 cod. pen. non contiene, a differenza del n. 2, la dichiarazione: “anche se non è stata pronunciata condanna”, ma la confiscabilità pure in caso di non punibilità dell’autore del fatto costituente obiettivamente reato si desume anzitutto dallo stesso primo capoverso dell’art. 240, il quale dichiara che “è sempre ordinata la confisca (...)”, a differenza della prima parte del medesimo articolo, il quale esordisce con l’espressione “nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca (...)”»³⁰.

Ancora, si argomenta in senso rafforzativo, deve tenersi presente l’ulteriore circostanza per cui «l’art. 236, co. 2, cod. pen. richiama, anche per la confisca, la prima parte e il n. 3 del capoverso dell’art. 205. E ciò è conforme allo scopo della legge, la quale intende sottrarre alla persona il prezzo per il quale essa ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato», mentre – proprio in nome di quella “immoralità” precedentemente richiamata – «nulla importa che la persona stessa sia o non sia punibile nel caso concreto»³¹.

La tesi ora riportata, ritenuta non implausibile dal Supremo consesso, ha condotto quest’ultimo ad affermare che il “monito” conclusivo della sentenza “De Maio” – contrariamente a quanto più opportunamente reputato dal ricorrente – dovesse considerarsi rivolto non già al legislatore «bensì esclusivamente all’interprete, secondo un criterio di pura ragionevolezza»³².

Sul punto, tuttavia, non può che dissentirsi sin d’ora. Difatti, facendo ricorso ad una logica che – seppur basilare ancor prima che ragionevole – risulta dotata della necessaria coerenza argomentativa, non è dato comprendere come il destinatario di quegli spunti riflessivi possa essere ritenuto l’interprete, se non qualificando la stessa “De Maio” come “una cattiva consigliera di se stessa”, stante l’opposta conclusione cui, in definitiva, giungeva.

In particolare, a parere di chi scrive, è proprio in tale apparente contraddizione che deve essere rinvenuto l’equilibrio di quella fraintesa “sofferenza” moti-

²⁹ *Ut supra*.

³⁰ Così, la sentenza in rassegna a pagina 17 che richiama MANZINI, *ult. op. cit.*.

³¹ Così, la sentenza in rassegna a pagina 18 che richiama MANZINI, *ult. op. cit.*.

³² Così, testualmente, si legge a pagina 18 della sentenza in commento.

vazionale, laddove si ritiene che le conclusive riflessioni in essa racchiuse non possono che essere lette in una prospettiva *de iure condendo* e comunque di carattere generale, soprattutto se si considera che sono state valutate – espressamente – come non idonee a consentire il superamento del dato testuale che, opportunamente, ha poi portato al dispositivo di cui si è detto.

In tale direzione, dunque, pare più corretto sostenere che la pronunzia “De Maio”, aderendo all’indirizzo interpretativo che nega la possibilità di procedere ad ablazione del prezzo anche in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, si limita a segnalare, altresì, l’esigenza di una maggiore razionalità del sistema normativo³³. La medesima, pertanto, intendeva evidenziare come la funzione che si vuole assegnare a tale proteiforme istituto necessita di una auspicabile opera di riscrittura la quale, tuttavia, non può che essere messa in atto dal legislatore: unico legittimo “detentore” dell’omonimo potere.

Ed allora, se il significato delle parole ha ancora un senso, ritenere così come sostenuto dalla sentenza in rassegna che i segni linguistici oggetto di analisi siano non univoci ed a carattere obiettivamente poliseno, non può che costituire – allo stato attuale della *littera legis* – una chiara ipotesi di applicazione analogica in *malam partem*, vietata nel nostro ordinamento; oltre ad esprimere una ingiustificabile, ancorché spesso frequente, soluzione “autolegittimante”.

Ancora, la direzione finalistica di quella “fedele riproduzione”³⁴ – tendente a far ritenere fortemente incrinato l’assioma che pretende di legare la confisca del prezzo del reato ad una categoria formale di condanna irrevocabile – risulterebbe avvalorata, nell’opinione del Supremo consesso, dalla successiva considerazione rappresentata dalle varie ipotesi in cui alla sentenza di proscioglimento non soltanto non corrisponda un accertamento di innocenza, ma, al contrario, si presupponga rispetto ad essa un previo accertamento di responsabilità³⁵.

Sul punto, al catalogo esemplificativo già proposto sul tema dalle Sezioni Unite “De Maio”, la pronunzia in rassegna aggiunge, da ultimo, la sentenza con la quale l’imputato venga prosciolto in quanto non punibile ai sensi del nuovo art. 131-*bis* cod. pen., introdotto dall’art. 1 del d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

³³ Una esigenza, quest’ultima, unanimemente avvertita. Al riguardo, si veda, fra gli altri, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2008; GROSSO, *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine*, Maugeri (a cura di), Milano, 2008, 129 ss.; BALSAMO, CONTRAFFATTO, NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 87 ss..

³⁴ Il riferimento è a MANZINI, *ult. op. cit.*

³⁵ Per i riferimenti bibliografici sul tema, si rinvia alla nota n. 6 del presente contributo.

Ipotesi, argomenta la sentenza in rassegna, nella quale «al proscioglimento corrisponde un giudizio di “colpevolezza” al punto che – verosimilmente per una svista legislativa – il nuovo art. 651-*bis* cod. proc. pen. fa seguire, ad una rubrica dedicata agli effetti in sede civile o amministrativa del “proscioglimento per particolare tenuità del fatto”, un riferimento nel corpo della norma, alla figura del condannato, evidentemente, ritenuta, sul piano concettuale, non alternativa»³⁶.

Al riguardo, tuttavia, non può non mettersi in luce che attribuire valore fondante ad un termine che la medesima Corte – correttamente – definisce essa stessa una verosimile «svista legislativa» appare quantomeno idoneo a far ritenere intrinsecamente contraddittorio il relativo passaggio argomentativo.

Senza considerare, poi, che lo stesso legislatore ha preso atto della propria “disattenzione” adottando – in tema di efficacia *extra*-penale del proscioglimento *ex* art. 131-*bis* cod. pen. – un necessario quanto «imbarazzante»³⁷ avviso di rettifica in Gazzetta Ufficiale che ha disposto la sostituzione del sostantivo “condannato” con “prosciolto”³⁸.

A ciò, si aggiunga la effettiva inadeguatezza dell’emblematica argomentazione – che postula un chiaro intento di indebolimento della portata “liberatoria” del proscioglimento per prescrizione –, laddove si consideri, piuttosto, seppur senza entrare nel merito della questione, che proprio la nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* cod. pen.³⁹ è essa stessa a rischio di possibili frizioni con il diritto fondamentale alla presunzione di innocenza di cui all’art. 6, § 2, CEDU⁴⁰, dal momento che contiene una

³⁶ Così, nella sentenza in rassegna a pagina 19.

³⁷ Così, CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto del reato prescritto: l’inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, cit., 20.

³⁸ Avviso di Rettifica. Comunicato relativo al decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell’art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67». (Decreto pubblicato nella Gazzetta Ufficiale – Serie generale – n. 64 del 18 marzo 2015). In particolare, si legge testualmente, nel decreto legislativo citato in epigrafe, pubblicato nella suindicata Gazzetta ufficiale, a pagina 2, seconda colonna, all’Art. 3, comma 1, lettera b) penultimo rigo, dove è scritto : «...del condannato e del responsabile civile ...» leggasi «... del prosciolto e del responsabile civile ...».

³⁹ GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 517 ss.; BARTOLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 659 ss.; AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131-bis (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2015, n. 9, 968 ss.. Sotto il profilo processuale MARANDOLA, *I ragionevoli dubbi sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 791 ss.; APRATI, *Le regole processuali della dichiarazione di particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1317 ss.; CORBO, FIDELBO, *Problematiche processuali riguardanti l’immediata applicazione della particolare tenuità del fatto*, Relazione dell’Ufficio del Massimario della Cassazione, 2015, 2 ss..

⁴⁰ Sul punto, si veda, TAMIETTI, *Art. 6*, in Bartole, De Sena, Zagrebelsky V., (a cura di), *Commentario*

sostanziale affermazione di colpevolezza cui non ne corrisponde una legale (*rectius* formale) dichiarazione⁴¹. A meno di non condividere, così come poi il Supremo consesso condividerà, il distinguo fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015⁴², in materia di confisca urbanistica, aderendo, pertanto, ad una discutibile concezione “sostanzialistica” di condanna. Analogamente, il “compiaciuto” riferimento «alla concretezza delle ragioni di politica criminale che militano a favore di una maggiore effettività delle pretese ablative dello Stato correlate alla commissione di illeciti penali»⁴³ e, dunque, specificamente, «anche della sopravvivenza delle medesime alla vicenda dell'estinzione del reato»⁴⁴ non può essere ritenuto ragione sufficiente per affermare quanto sostenuto dalle Sezioni Unite “Lucci” in commento.

Ed in particolare, si legge testualmente «che le statuizioni adottate dai giudici di merito in punto di accertamento dei fatti-reato, delle responsabilità e della illecita provenienza dei beni sottoposti a confisca si fossero definitivamente cristallizzate, al punto da vanificare, contenutisticamente, la stessa presunzione di non colpevolezza». «Il che giustificava, pertanto, il soddisfacimento dei fini di garanzia di accertamento pieno, che il termine “condanna” è volto ad assicurare nel quadro della confisca, quale necessario presupposto del provvedimento ablatorio»⁴⁵.

Diversamente, ciò che sembra trasparire dalla prospettiva convenzionale è, per contro, una configurazione “sostanzialistica” delle garanzie che si traduce nel *dictum* secondo il quale in nessun caso può essere inflitta una pena in assenza di una sentenza di condanna (irrevocabile).

In particolare, il principio di stretta legalità deve assistere tutto ciò che pertiene alla applicazione di una “pena”, e questa deve conseguire ad un accertamento di responsabilità condotto secondo le regole del giusto processo: è for-

breve sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Padova, 2012, 222 ss.; CHIAVARIO, *Art. 6 (Diritto ad un processo equo)*, in Bartole, Conforti, Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 154 ss.; BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 102 ss..

⁴¹ Sul tema, si veda, BIONDI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e presunzione di innocenza*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 12 ss; PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, in Balsamo, Kostoris, (a cura di), Torino, 2008, 125 e ss.; BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, Kostoris, (a cura di), Milano, 2014, 102 e ss..

⁴² MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit., 5 ss.; VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 5 ss..

⁴³ Si veda a pagina 22 della sentenza “Lucci” in commento.

⁴⁴ *Ut supra*.

⁴⁵ Così, a pagina 24 della sentenza in rassegna.

te, in questa prospettiva, il richiamo – ancorché inespresso – al valore “ontico” del principio di presunzione di innocenza, scandito non dall’art. 7 della Convenzione, ma dall’art. 6, e che rende perdurante tale garanzia sino a quando la colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

La evocazione della legalità sembra dunque doverosamente fare i conti anche con la dimensione processuale dell’accertamento, «bandendo simmetrie nominalistiche che risulterebbero improprie», nel quadro e per l’applicazione di principi convenzionali destinati ad operare all’interno di sistemi nazionali che possono presentare fra loro differenze assai marcate.

Inoltre, sembra più corretto ritenere che se è vero che – come puntualizzato – proprio le esigenze di contrasto al crimine organizzato hanno determinato l’emanazione di disposizioni normative *extra* codicistiche, non altrettanto fondato pare ergere quest’ultime a “*tertium comparationis*”, soprattutto alla luce del poliformismo da sempre manifestato dall’istituto della confisca che ne impone, di volta in volta, un’analisi specifica circa la propria natura e funzione.

Ed allora, proprio volgendo lo sguardo alla natura giuridica della confisca di cui all’art. 240 cod. pen., vale la pena evidenziare che già quell’autorevole dottrina “abilmente” citata palesava serie perplessità in ordine alla “veste” di misura di sicurezza dell’istituto, definendola «non coerente ed inappropriata»; pur prendendone atto in virtù della (sola e non più attendibile) formale classificazione codicistica.

Appare, pertanto, evidente che ciò che assumerà portata dirimente è verificare se, alla stregua dei parametri tracciati dalla giurisprudenza di Strasburgo – a partire dalla nota sentenza Engel c. Paesi Bassi⁴⁶ fino a giungere alla più recente decisione Varvara c. Italia⁴⁷ – e tenuto conto della “replica” della recente Corte costituzionale n. 49 del 2015, la confisca del prezzo del reato sia o meno da qualificare come sanzione penale.

5. La natura giuridica della “confisca di sicurezza” ex art. 240 cod. pen.: le conclusioni delle Sezioni Unite “Lucci”.

Orbene, rinviando quanto ai termini del “dialogo tra le Corti”⁴⁸ ad altri e più approfonditi contributi sul tema, oltre che allo stesso corpo motivazionale

⁴⁶ Corte eur. dir. Uomo, giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Racc.*, 1976, Serie A, 22 ss..

⁴⁷ Corte eur. dir. Uomo, 20.10.2013, Varvara c. Italia, con nota di MAZZACUVA, *La confisca senza condanna viola l’art. 7 CEDU*, cit., 1 ss.; Corte eur. dir. Uomo., Sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, in *For. it.*, 2010, IV, 1 ss.. Sulle differenze tra i casi Sud Fondi c. Italia e Varvara c. Italia, si veda, più di recente, MANES, *ult. op. cit.*, 21 ss..

⁴⁸ Per la bibliografia, si rinvia alle note n. 6 e 7 del presente commento.

della sentenza in rassegna, la posizione della Corte edu risulta chiara e costante nell'enunciare i "criteri" di apprezzamento alla stregua dei quali circoscrivere la "materia penale" ai fini del riconoscimento delle corrispondenti garanzie tracciate, in particolare, dagli artt. 6 e 7 della Convenzione.

Fondamentale è, anzitutto, la qualificazione della misura da parte del diritto nazionale, ma soltanto in chiave, per così dire, "unidirezionale", nel senso che se lo Stato membro ha definito una certa violazione come di natura penale, l'applicabilità dei principi innanzi indicati «è fuori discussione, anche se, in ipotesi, la violazione stessa non assumesse, in concreto, connotazioni di "reato" e la sanzione quella di "pena"»⁴⁹.

La qualificazione formale, però, non vale di per sé nella ipotesi reciproca, vale a dire quando il diritto interno qualifica il fatto come violazione di natura amministrativa o disciplinare, giacché in tal caso l'interprete non può assestarsi sul dato letterale della definizione, ma deve svolgere un'analisi di tipo contenutistico tendente a verificare ulteriori criteri.

Più precisamente, si ha riguardo alla natura sostanziale della violazione (desunta in particolare dal suo ambito applicativo) che deve essere generale in modo da escludere che essa sia di tipo disciplinare; agli scopi (di tipo punitivo e deterrente, e non meramente riparatorio o preventivo) per i quali la sanzione è prevista; alla natura ed alla gravità delle conseguenze che l'ordinamento fa scaturire dalla specifica violazione contestata.

Alla stregua di tali parametri, il Supremo consesso è pervenuto alla ("artefatta") conclusione che «la confisca del prezzo del reato non presenti connotazioni di tipo punitivo, in quanto il patrimonio dell'imputato non viene intaccato in misura eccedente il *pretium scleris*, direttamente desunto dal fatto illecito, e rispetto al quale l'interessato non avrebbe neppure titolo civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative»⁵⁰.

Al provvedimento ablativo, dunque, – proseguono le Sezioni Unite – farebbe difetto una finalità tipicamente repressiva, dal momento che l'acquisizione all'erario finisce per riguardare una *res* che l'ordinamento ritiene – secondo un apprezzamento legalmente tipizzato – non possa essere trattenuta dal suo avente causa, in quanto, rappresentando la retribuzione per l'illecito, non è mai legalmente entrata a far parte del patrimonio del reo.

Sotto altro e corrispondente profilo, inoltre, proprio la specifica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità in-

⁴⁹ Così, le Sezioni Unite "Lucci" a pagina 28-29 della sentenza in rassegna. Si veda anche, DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le Sezioni unite ridimensionano gli approdi della Corte costituzionale in tema di confisca urbanistica*, cit., 2 ss..

⁵⁰ Così, a pagina 30 della sentenza in commento.

trinseca, non diversa dalle cose di cui è in ogni caso imposta la confisca, a norma dell'art. 240, co. 2, n. 1, cod. pen..

Sulla scorta di tali postulati, «il fulcro della confisca del prezzo del reato sembra da individuarsi proprio nelle caratteristiche del *periculum* che costituisce il nucleo delle misure di sicurezza, nel senso che, a differenza di quelle personali, la misura reale prende in considerazione una dimensione dinamica e relazionale del pericolo, attraverso un meccanismo che finisce per correlare fra loro la persona, la cosa ed il vincolo di pertinenzialità tra questa e lo specifico reato che viene in considerazione»⁵¹.

Il connotato “riparatorio”, per stare al lessico della Corte edu, e le finalità non repressive ma semmai preventive che orientano la confisca di ciò che *ab origine* non poteva entrare nel patrimonio dell'imputato, convincono la Suprema Corte del fatto che «risulterebbe del tutto improprio affiancare una simile forma di confisca a quelle figure che un'antica tradizione storica configurava come “punizione patrimoniale”, conseguente – ma non correlata, quanto a derivazione “pertinenziale” – alla commissione di certi reati»⁵².

Segue, poi, un ulteriore e significativo automatismo argomentativo che, muovendo proprio dalla considerazione che esclude che «la confisca del prezzo del reato di atteggi alla stregua di una pena», ritiene «rafforzata l'idea che la stessa non presupponga un giudicato formale di condanna, quale unica fonte idonea a fungere da “titolo esecutivo”, dal momento che, ciò che risulta “convenzionalmente imposto” e “costituzionalmente compatibile” è che la responsabilità sia stata accertata con una sentenza di condanna», – evidentemente pronunciata in altro grado del processo – «anche se il processo è stato definito con una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione»⁵³.

L'obbligo della relativa immediata declaratoria, prosegue la Suprema Corte, «lungi dallo stemperare il “già accertato”, ne cristallizza gli esiti “sostanziali”»⁵⁴, sia pure nella circoscritta e peculiare dimensione della confisca del prezzo del reato, dal momento che – in “quella” recente prospettiva di salvaguardia dei c.d. “controlimiti”⁵⁵ – l'intervento della prescrizione giustifica “l'oblio” ai fini

⁵¹ *Contra*, MANNA, *Le misure di sicurezza*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale, La punibilità e le conseguenze del reato*, vol. III, 2014; ID., *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., 2015, 681 ss.. In argomento, sia consentito il rinvio a TREGLIA, *Confisca*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, (diretto da), *Trattato di diritto penale. Aggiornamento, I nuovi “Eco-deliitti”*, – L. 22.5.2015, n. 68, Torino, 2015, 1075 ss.; ID., *Confisca: aspetti sostanziali e problematiche processuali*, in *La Corte d'Assise*, n. 3, 2013, 489 ss..

⁵² *Ut supra*.

⁵³ Così, a pagina 31 della sentenza in commento.

⁵⁴ *Ut supra*.

⁵⁵ Sul punto, per tutti, si veda Corte cost. n. 49 del 2015.

dell'applicazione della pena, ma non impone la inapplicabilità della misura di sicurezza patrimoniale⁵⁶.

Al riguardo, la Corte ritiene di dover «respingere le tesi di chi considera sufficiente, ai fini della confisca, un mero accertamento incidentale della responsabilità», dovendo, quest'ultimo, per contro, confluire in una pronuncia di condanna – evidentemente, adottata in altro grado del processo – che, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente, la dichiari ed i cui termini essenziali non abbiamo, nel corso del giudizio, subito mutazioni quanto alla sussistenza dell'accertamento “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

In altri termini, ma sempre con le parole della Suprema Corte, «l'intervento della prescrizione, per poter consentire il mantenimento della confisca, deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio anodina in punto di responsabilità, finendo in tal modo per “confermare” la preesistenza (e necessaria) condanna, secondo una prospettiva, a ben guardare, non dissimile da quella tracciata dall'art. 578 del codice di rito in tema di decisione sugli effetti civili nel caso di sopravvenuto declaratoria di estinzione del reato per prescrizione».

Alla luce delle suesposte considerazioni, il Supremo consesso risponde al primo quesito sottoposto al proprio esame nei termini seguenti: «Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, cod. pen., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter cod. pen., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato».

Tuttavia, e solo in tal caso in maniera più che condivisibile, viene precisato che simili conclusioni non possono, per contro, trovare applicazione nella ipotesi in cui venga in discorso la diversa figura della confisca per equivalente, dal momento che «questa particolare figura di confisca viene ormai pacificamente ritenuta di natura sanzionatoria»⁵⁷.

In particolare, la finalizzazione prevalentemente sanzionatoria di tale ultima forma di confisca e la sua configurazione come “strumento surrogatorio”, che trova il proprio fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde

⁵⁶ *Contra*, CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, cit., 14 ss..

⁵⁷ Così, testualmente, a pagina 34 della sentenza in commento.

dalla pericolosità derivante dalla *res*, da luogo ad una prospettiva nella quale, il nesso eziologico tra beni oggetto di ablazione e fatto-reato tende a sfumare, al punto che la provenienza dei beni da reato non rappresenta più oggetto di prova, scomparendo, di fatto, ogni relazione di tipo causale.

Proprio dalla ritenuta natura sanzionatoria, dunque, deriverebbe la impossibilità che la confisca per equivalente possa trovare applicazione anche in relazione al prezzo o al profitto del reato estinto per prescrizione; essendo, per contro, indispensabile che sia preceduta da una pronuncia di condanna (irrevocabile) o, stando all'inequivocabile tenore letterale di cui all'art. 322-*ter* cod. pen., di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444, cod. proc. pen..

Un assunto, quest'ultimo, che, in attesa della pronuncia della Grande Camera sul tema, pare segnare un primo passo in avanti verso l'indebolimento delle dissimili prospettive "rivendicative" cui ha dato luogo la recente sentenza Corte costituzionale n. 49 del 2015⁵⁸.

6. La questione della confisca diretta o per equivalente *ex art.* 322-*ter* cod. pen.

Con riferimento, invero, al secondo dei quesiti sottoposti al vaglio delle Sezioni Unite, e cioè «se, in caso di confisca di somme di denaro depositate sul conto corrente, debba disporsi la confisca per equivalente ovvero quella diretta e, in quest'ultimo caso, se debba o meno ricercarsi ed entro che limiti il nesso pertinenziale tra denaro e reato», si sono riscontrate non poco frastagliate posizioni, soprattutto in considerazione dello specifico "bene" che costituisce l'oggetto dell'intervento di ablazione: vale a dire il denaro, bene fungibile per eccellenza.

Brevemente sul punto, stando ad un primo e più risalente orientamento giurisprudenziale la confisca del denaro presso un conto corrente dell'imputato integrerebbe sempre una confisca per equivalente e, dunque, in quanto tale, non richiedente alcun accertamento di tipo pertinenziale. In particolare, viene ritenuto che l'inciso contenuto nell'art. 322-*ter* cod. pen., per il quale la confisca di valore opera «quando (...) non è possibile la confisca diretta», sarebbe volto a consentire l'ablazione di valore in ogni caso in cui il bene che costituisce il profitto del reato sia un bene fungibile, come il denaro, giacché questo non può essere appreso nella forma diretta, in quanto non materialmente individuabile⁵⁹.

⁵⁸ Cfr., DELLO RUSSO, *ult. op. cit.*, 3.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 maggio 2004, Focarelli, in *Cass. pen.*, 2004, 3087 ss..

Secondo altra impostazione, invero, in tali casi, la confisca potrebbe essere qualificata come diretta, ma solo in quei casi in cui sia stato dimostrato il nesso di derivazione del denaro dallo specifico reato per cui si procede.

In ultimo, una diversa interpretazione – di recente avallata dalle Sezioni Unite “Gubert”⁶⁰ – ha affermato che quando si tratta di denaro o di altri beni fungibili la confisca non è “per equivalente” ma è in ogni caso una figura di confisca diretta, tanto nell’ipotesi di prezzo che di profitto; e, con riferimento a quest’ultimo, sia che rappresenti una utilità “monetariamente” positiva (nel senso di effettivo accrescimento patrimoniale), sia che costituisca un mancato decremento (cioè a dire un risparmio di spesa). In tal caso, stante la particolare natura del bene, ciò che rileva è che l’ablazione della somma non è subordinata alla verifica che la stessa provenga da delitto e che sia confluita nella effettiva disponibilità dell’indagato.

A tale impostazione aderisce, nella sostanza, il Supremo consesso, mettendo in evidenza che la *ratio essendi* della confisca di valore o equivalente, risiede, infatti, nella impossibilità di procedere alla confisca “diretta” della cosa che presenti un nesso di derivazione qualificata con il reato.

La confisca per equivalente, quindi, rappresentando una alternativa alla confisca diretta – la misura sanzionatoria, infatti, opera solo quando non può trovare applicazione la ordinaria misura di sicurezza patrimoniale – presuppone che il relativo oggetto (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permettere l’ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell’autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità.

Da tale postulato, la Corte ne desume il conseguente corollario secondo il quale, ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato “*ab origine*” da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell’autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia e identificabilità fisica.

Sicché, non avrebbe nessuna ragion d’essere – né sul piano economico né su quello giudico – la necessità di accertare il nesso di derivazione diretta tra la somma di denaro materialmente oggetto di ablazione ed il reato e, dunque, la sussistenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma sia stata

⁶⁰ Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2014, Gubert, con nota di MUCCIARELLI, PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 1 ss.

versata sul quel conto corrente. Ciò che conta è, per contro, la prova della percezione illegittima della somma, e non la sua materiale destinazione.

In conclusione, a fronte del secondo interrogativo la sentenza in rassegna ha ritenuto che: «Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca ed il reato».

Sulla base di tali considerazioni, la Suprema Corte rigettavano il ricorso e, per l'effetto, condannavano il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

7. Considerazioni critiche.

Le soluzioni prospettate nella sentenza in rassegna sono tutt'altro che condivisibili, non solo per la “manipolativa” conclusione cui giungono ma, ancor prima, per il ricorso ad una contraddittoria logica argomentativa che finisce per dissolvere in maniera progressiva la validità delle affermazioni in essa contenute, identificando una proposizione con il suo contrario a discapito della necessaria “garanzia minima” di coerenza (concettuale e di sistema).

In tale direzione, infatti, pare quantomeno contraddittorio sostenere che «la *ratio essendi* della confisca di valore risieda nella impossibilità di procedere alla ablazione “diretta” della cosa che presenti un nesso di derivazione qualificata con il reato» e, poi, – sulla scorta di una inaccettabile presunzione “assoluta” di «accrescimento per “quella somma” delle disponibilità monetarie del percipiente» – farne conseguire l'attribuzione della forma diretta della relativa confisca ove il profitto o il prezzo di reato sia rappresentato da una somma di denaro.

In particolare, la non “recepibilità” di tale ultimo inciso deriva proprio dalla più elementare considerazione secondo cui con esso si finisce per annullare sostanzialmente la portata definitoria del primo, rappresentando, inoltre, una intollerabile estirpazione etimologica del lemma “fungibilità” priva, peraltro, di un riscontro giuridico-sistematico.

Difatti, seppur in un contesto più generale, se è vero come verosimile appare che il carattere della fungibilità inerisce alla cosa in sé, essendone requisito intrinseco, ed è dunque da intendere come «sostituibilità in assenza di individuabilità specifica»⁶¹, altrettanto fondato appare sostenere che cosa ben diver-

⁶¹ Cfr., MUCCIARELLI, PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 11 ss..

sa dalla natura fungibile del bene sia il nesso di pertinenzialità. Quest'ultimo, per contro, «esprime una componente dinamica»⁶² e si risolve in un giudizio di relazione che – per quanto si evidenzia complesso sul versante probatorio nel caso di cose fungibili – resta, ad ogni modo, presupposto indefettibile della confisca diretta.

A questo punto, deve più correttamente ritenersi che l'irrilevanza stessa della fungibilità si traduca nell'opposta conclusione per cui, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma sia stata versata su quel conto corrente, si determina una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore; dissolvendo, irragionevolmente, i tratti distintivi delle due diverse forme di ablazione.

Ma, anche a voler argomentare muovendo dal rilevato fraintendimento, può giungersi ad un convincimento ben diverso da quello cui approda la Suprema Corte nella sua massima composizione.

In particolare, se si ritiene che, «ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – perda qualsiasi connotato di autonomia», non solo, da un lato non può mascherarsi la impossibilità di procedere a quell'accertamento di derivazione qualificata con la irragionevolezza dello stesso; ma, dall'altro, dovrebbe reputarsi verificata quella necessaria “novazione oggettiva” (denaro-diritto di credito) che costituisce il naturale presupposto per procedere alla confisca di valore.

Ed allora, concludere nel senso che ciò che rileva, agli effetti della confisca diretta, «è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza», non sembra poi affermazione così dissimile da quella secondo cui (nella confisca di valore) è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche.

In altri termini con ciò si vuole intendere che, in assenza di un nesso di pertinenzialità col reato, l'oggetto (anche) della confisca diretta «ne rappresenta soltanto la conseguenza sanzionatoria: né più né meno, dunque, della pena applicata con la sentenza di condanna».

Del resto, che il fulcro della confisca del prezzo del reato «sia da individuarsi proprio nelle caratteristiche del *periculum* che costituisce il nucleo delle misure di sicurezza, nel senso che, a differenza di quelle personali, la misura reale prende in considerazione una dimensione dinamica e relazionale del pericolo, attraverso un meccanismo che finisce per correlare fra loro la persona, la cosa ed il vincolo di pertinenzialità tra questa e lo specifico reato che

⁶² *Ut supra.*

viene in considerazione», veniva affermato dalla stessa Suprema Corte, seppur per sostenerne una non condivisibile finalità esclusivamente preventiva. Così come, la fragilità e la “sofferenza” del percorso motivazione e degli approdi cui questo ha condotto sono dati che si “auto-evidenziano” fin da principio.

Da un lato, con il richiamo ad una dottrina che, seppur autorevole, metteva chiaramente in luce, proprio con riferimento alla confisca del prezzo del reato, la mancanza di quel carattere di provvedimento preventivo che caratterizza le misure di sicurezza, «non potendosi ritenere (intrinsecamente) pericolose le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, quelle che ne sono il prodotto o il profitto e quelle che costituiscono il prezzo del reato», di guisa che la pericolosità può inerire soltanto alle cose di cui al n. 2, co. 2, art. 240 cod. pen.⁶³.

Dall'altro, la “pericolosità” delle tesi sostenute, già emergente dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015⁶⁴, affiora con vigore laddove si consente l'ingresso nell'ordinamento di uno “stravagante” concetto di “condanna in senso sostanziale” – nei termini già palesati – che non solo fa capitolombolare nell’oblio la primaria esigenza di certezza del diritto quale *ratio* sottesa all'istituto della prescrizione *ex* art. 157 cod. pen., ma sembra porsi altresì in netto contrasto con la presunzione di non colpevolezza *ex* artt. 27, co. 2, Cost., 533, co. 1, cod. proc. pen. e art. 6, §2, CEDU.

⁶³ Così, testualmente, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 383-384.

⁶⁴ Numerosi i contributi sul tema, per i quali si rinvia alla nota n.6 del presente lavoro. Si veda anche, CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 1 ss.; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, ivi, 1 ss.. Sul “diverso” precedente giurisprudenziale si veda, Corte eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2009, *Sud fondi e altri c. Italia* (con specifico riferimento all'arbitrarietà della confisca applicata dal giudice italiano). Sul medesimo caso ma con riguardo a diversi profili, la Corte edu si è pronunciata anche il 30 agosto 2007 (in punto di ricevibilità del ricorso) ed il 10 maggio 2012 (sotto il profilo della “equa soddisfazione”). Per un confronto delle sentenze *Varvara c. Italia* e *Sud Fondi c. Italia*, BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 1 ss., il quale sostiene che vi sia stato un “mutamento di rotta”. *Contra*, MANES, *ult. op. cit.*, 23, più convincentemente, ritiene che si tratti di una diversa prospettiva del medesimo problema e non di un vero e proprio contrasto. Sugli sviluppi della questione concernente la “confisca urbanistica”, più di recente, Corte eur. Dir. Uomo, Sez. II, 25 marzo 2015, *Hotel Promotion Bureau s.r.l. e altri c. Italia*, con nota di CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza Varvara?*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2015, 1 ss.; MELONI, Rel. n. III/101/2015, *Rassegna delle pronunce della Corte costituzionale in materia penale (gennaio-marzo 2015)*, in *www.cortedicassazione.it*, a cura dell'Ufficio del Massimario – Corte Suprema di Cassazione, 25 maggio 2015, 3 ss..

Tuttavia, ancor prima, il descritto prodotto ermeneutico risulta sintomatico di un vero e proprio «corto circuito garantistico»⁶⁵ che, tenuto conto delle “fonti” da cui promana, desta maggiori preoccupazioni; anche tenendo conto della inversa direzione della recente Direttiva 2014/42 UE (relativa al “congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato dell’Unione europea”) nel cui art. 4 il riferimento è alla «condanna penale definitiva»⁶⁶.

Pertanto, seppur in attesa della decisione della Grande Chambre cui è stata rimessa la questione concernente le sorti della c.d. confisca urbanistica⁶⁷ – anche per “testarne” il grado di consolidamento – non sembra azzardato notare chela soluzione proposta contrasta con il fondamentale canone della legalità quale limite esegetico all’interpretazione stessa, precludendone – stante il chiaro tenore letterale dell’art. 322-ter, cod. pen. – “decodificazioni” analogiche e, a maggior ragione, “creative”.

Un canone ermeneutico, quello della legalità, che non può che valere anche con riferimento all’ulteriore perplessità derivante dal parallelo – più o meno in astratto condivisibile – tra la confiscabilità del prezzo a seguito dei proscioglimento ed il disposto di cui all’art. 578, cod. proc. pen., in assenza di una espressa indicazione legislativa in tal senso.

Ancora una volta, dunque, l’innocenza è tale solo in quanto confrontata ed opposta al “male”, così come l’uno è tale solo in relazione ai molti, il finito all’infinito, il simile al dissimile.

Senonché, non può non concludersi col rammentare che, perché ci sia autentico sviluppo, occorre cogliere il positivo che è nel negativo, vale a dire porsi in un’ottica di superamento della mera contrapposizione degli opposti e completare il circolo dialettico, consentendo a questa “realtà” che si “auto-crea” in continuazione di liberarsi da ciò che ne ostacola il progresso⁶⁸.

⁶⁵ MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit., 27 ss..

⁶⁶ Sul tema, si veda, MONTANARI, *Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale la direttiva Ue relativa al congelamento e alla confisca di beni strumentali e dei proventi del reato*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, 1 ss.; MUGERI, *La direttiva 2014/42 UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione europea tra garanzie ed efficienza. Un “work in progress”*, ivi, 19.9.2014, 1 ss.. Sia consentito, altresì, il rinvio a TREGLIA, *Confisca*, cit., 1075 ss..

⁶⁷ In attesa della decisione della Grande Chambre, è possibile consultare il video integrale dell’udienza in www.echr.coe.int. Sulla questione si veda, Corte eur. Dir. Uomo, Sez. II, 25 marzo 2015, Hotel Promotion Bureau s.r.l. e altri c. Italia, con nota di CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza Varvara?*, cit., 1 ss..

⁶⁸ Il riferimento è a HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Heidelberg, 1817. CATTANEO, *Sulla filosofia di Kant e Hegel*, in *Funzioni della pena: il conmiato da Kant e da Hegel*, Eusebi (a cura di), Milano, 1989.

ARCHIVIO PENALE 2016, n. 2

STEFANIA TREGLIA