

QUESTIONI APERTE

Confisca facoltativa – Prescrizione del reato

La decisione

Confisca facoltativa del profitto di reato – Prescrizione del reato – Legittimità della confisca – Rimessione alle Sezioni unite (C.p. artt. 157, 240).

Viene rimessa alle Sezioni unite della Corte Suprema di Cassazione la questione se sia legittima o meno la confisca facoltativa diretta del profitto del reato ai sensi dell'art. 240, comma primo, c.p., in presenza di pronuncia di prescrizione, pur facente seguito a condanna di primo grado, ossia se la confisca facoltativa citata presupponga o meno un giudicato formale di condanna o, piuttosto, se la stessa possa semplicemente accedere ad un completo accertamento da parte del giudice del merito in ordine al profilo soggettivo e oggettivo del reato di riferimento, accertamento che può essere ribadito anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 27 febbraio 2020 (ud. 12 febbraio 2020), VESSICHELLI, *Presidente* – GUARDIANO, *Relatore* – FILIPPI, *P.G.* – Cipriani, *ricorrente*

La nota ha ad oggetto l'ordinanza con cui la Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione se sia legittima o meno la confisca facoltativa diretta del profitto del reato ai sensi dell'art. 240, comma primo, c.p., in presenza di pronuncia di prescrizione, pur facente seguito a condanna di primo grado, ossia se la confisca facoltativa citata presupponga o meno un giudicato formale di condanna o, piuttosto, se la stessa possa semplicemente accedere ad un completo accertamento da parte del giudice del merito in ordine al profilo soggettivo e oggettivo del reato di riferimento, accertamento che può essere ribadito anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

The article concerns the issues arising from the application of optional confiscation of crime profits in certain particular cases. More specifically, the work examines the order through which the Italian Court of Cassation has forwarded to its highest composition ('Sezioni Unite') the question whether it is legitimate or not the optional confiscation of crime profits in presence of a judgment that ascertain that the offence is time-barred by the statute of limitations, when in the first instance there was a conviction.

SOMMARIO: 1. La fattispecie *sub judice* e la questione rimessa alle Sezioni unite. - 2. Le Sezioni unite "Carlea" (1993) e "De Maio" (2008) sulla non confiscabilità dei proventi di reato prescritto. - 3. Le Sezioni unite "Lucci" del 2015 e il *revirement* della Cassazione. - 4. L'odierna nuova ordinanza di rimessione alle Sezioni unite e i temi ivi agitati. 5. Una breve conclusione in attesa della pronuncia delle Sezioni unite.

Confisca facoltativa e reato prescritto: rimessa alle Sezioni unite la questione della "confisca senza condanna"

1. *La fattispecie sub judice e la questione rimessa alle Sezioni unite.* All'esito di un procedimento per i reati di cui agli artt. 416 e 262, co. 1 e 4, c.p., l'imputato era stato condannato dalla Corte d'assise di Milano, con confisca

dei beni precedentemente sequestratigli - complessivamente circa 14 milioni di euro su conti esteri ed una villa - in quanto ritenuti parte del profitto ricavato grazie alla sua partecipazione all'associazione a delinquere di cui all'imputazione.

Il giudice aveva motivato il provvedimento ablativo, evidenziando il carattere cautelare e non punitivo della confisca in esame, ritenuta una misura di sicurezza fondata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità delle cose che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato.

Con sentenza della Corte d'assise di appello di Milano, l'imputato veniva prosciolto in ordine al reato *ex art. 416 c.p.*, perché estinto per prescrizione; in tale sede, tuttavia, veniva confermata la predetta statuizione della confisca.

Con sentenza del maggio del 2018, la prima Sezione penale della Corte di Cassazione, decidendo sul ricorso presentato dalla difesa dell'imputato, lo accoglieva parzialmente, annullando la sentenza impugnata limitatamente alla confisca, con rinvio al giudice d'appello per un nuovo giudizio sul punto; in particolare, la Suprema Corte richiedeva al giudice di merito di chiarire «se l'ablazione dei beni [...] fosse stata adottata a norma dell'art. 240, co. primo, c.p., ovvero a norma dell'art. 240, co. secondo, c.p.», essendo rilevante la «differenza dei presupposti applicativi» delle due ipotesi di confisca.

Nel rigettare gli altri motivi di ricorso, la prima Sezione escludeva che il prevenuto potesse considerarsi estraneo alla compagine associativa, in relazione alla quale, anzi, la Corte affermava avere egli rivestito il ruolo di organizzatore; giudicava adeguata la motivazione sui profitti acquisiti dall'imputato, riconoscendo che i beni sequestrati costituivano i profitti conseguiti attraverso le attività di *intelligence* che gli venivano contestate nell'ambito del reato associativo (c.d. "caso Telecom"), profitti poi reinvestiti tramite conti correnti esteri allo scopo di occultarne la provenienza illegale.

Il giudice del rinvio confermava la confisca del profitto del reato di associazione per delinquere, qualificandola come "facoltativa": a tal riguardo, pur a fronte della lettera dell'art. 240, co. 1, c.p., che sembra condizionare l'adozione della confisca facoltativa alla pronuncia di una sentenza di *condanna* - come, del resto, anche quella obbligatoria, con l'unica eccezione della confisca dei beni dotati di intrinseca pericolosità (art. 240, co. 2, n. 2, c.p.) - e posto che, nel caso in esame, con riferimento al reato associativo di cui alla confisca, il proscioglimento in appello era stato comunque preceduto da una sentenza di condanna di primo grado, la Corte d'appello optava per il mantenimento della statuizione ablatoria. In tal modo, il giudice del rinvio estendeva il *dictum* delle Sezioni unite "Lucci" n. 31617/2015 anche ai casi di

confisca puramente facoltativa.

Per giungere a tale conclusione, i giudici d'appello argomentavano in merito alla sostanziale identità funzionale delle due misure di sicurezza (confisca facoltativa del profitto del reato, da un lato, e, dall'altro, le diverse ipotesi della confisca obbligatoria del prezzo del reato e delle confische obbligatorie speciali riguardanti il profitto di determinati reati), attraverso un esame delle numerosissime modifiche normative in tema di confisca, le quali sarebbero idonee a dimostrare che l'obbligatorietà della confisca del profitto del reato costituisca principio generale ricavabile dall'ordinamento, sicché la confisca facoltativa del profitto di cui all'art. 240, co. 1, c.p. rappresenterebbe oggi l'espressione di un impianto normativo ormai superato.

Aggiungeva la Corte territoriale che il legislatore, nel plasmare nel tempo le varie forme di confisca obbligatoria, avrebbe suggerito una unificante «lettura special-preventiva della scelta generalizzata di sterilizzazione del profitto del reato in capo al suo autore [...] sicché si imporrebbe, oggi, la inevitabile applicazione della massima di esperienza secondo la quale la disponibilità del profitto del reato da parte del suo autore costituisce stimolo per la commissione di futuri reati», massima tradotta dallo stesso legislatore, nella forma della presunzione *iuris et de iure* nei casi, appunto, di confisca obbligatoria del profitto di taluni reati.

In definitiva, secondo l'interpretazione accolta dal giudice del rinvio, la confisca del profitto dovrebbe essere esclusa solo in ipotesi assolutamente marginali e residuali, come quella in cui il provento di reato sia costituito da «beni di scarsissimo valore» (*sic*).

Nel caso di specie, dunque, pur a fronte del proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione, si riteneva comunque necessario confermare la già disposta confisca del profitto poiché, in ordine al sussistenza del reato associativo, sarebbe comunque intervenuta una sentenza di condanna «in senso sostanziale, se non formale»; infine, veniva rilevata la pericolosità intrinseca del denaro sequestrato, profitto di un reato commesso attraverso allarmanti modalità, che denotano «una marcata capacità a delinquere dell'imputato», in grado di manifestarsi in futuro con altre forme e in contesti diversi dall'attività di investigazione privata utilizzando proprio le ingenti disponibilità illecite accumulate con la commissione del reato associativo.

Proponeva ricorso l'imputato prosciolto, ritenendo che la statuizione "Lucci", nata in tema di confisca obbligatoria del prezzo di reato, non potesse essere estesa alla confisca facoltativa del mero profitto; e ciò sulla scorta di numerosi argomenti:

- 1) il concetto di profitto è riferito, *ex art. 322-ter c.p.*, alle sole ipotesi di confisca obbligatoria e per equivalente, risultando, per tale ragione, non adattabile alla diversa ipotesi di confisca facoltativa, disciplinata dall'art. 240, co. 1, c.p.;
- 2) solo con riferimento al prezzo del reato di corruzione sarebbe possibile affermare che il provvedimento ablativo non intacchi il patrimonio dell'agente, a differenza della confisca facoltativa, in cui l'incremento è assoggettato non solo alla valutazione della pertinenzialità, ma anche a quello del *periculum*;
- 3) il giudice del gravame non avrebbe stabilito cosa debba essere considerato "profitto del reato", nozione che differisce a seconda del tipo di confisca, obbligatoria, per equivalente e facoltativa prevista dagli articoli più volte richiamati;
- 4) le stesse ipotesi di confisca prese in esame nella sentenza "Lucci" non sono omogenee, dovendosi distinguere la confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter, c.p., connotata da una dimensione afflittiva e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, e la confisca obbligatoria prevista dall'art. 240, co. 2, n. 2), c.p., a loro volta del tutto diverse dalla confisca facoltativa, di cui all'art. 240, co. 1, c.p., ed in ogni caso non applicabili al caso in esame.

A fronte delle numerose questioni dedotte dal ricorrente, la sezione quinta penale della Suprema Corte ha ritenuto di rimettere alle Sezioni unite della Corte Suprema di Cassazione la questione se sia legittima o meno la confisca facoltativa diretta del profitto del reato ai sensi dell'art. 240, co. 1, c.p., in presenza di pronuncia di prescrizione, pur facente seguito a condanna di primo grado, ossia se la confisca facoltativa citata presupponga o meno un giudicato formale di condanna o, piuttosto, se la stessa possa semplicemente accedere ad un completo accertamento da parte del giudice del merito in ordine al profilo soggettivo e oggettivo del reato di riferimento, accertamento che può essere ribadito anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

Va sin d'ora segnalato che la sezione remittente, nel sollevare la predetta questione, ha già manifestato profonde perplessità in merito alla possibilità di estendere la *regula* "Lucci" del 2015¹ alla confisca facoltativa del profitto di

¹ Nell'ordinanza di rimessione così si legge testualmente: «La questione deve essere rimessa alle Sezioni unite, ai sensi sia del comma 1 che del comma 1-*bis* dell'art. 618, c.p.p., in quanto, accedendo, come ha mostrato di fare plausibilmente la Corte territoriale, alla tesi secondo cui i principi espressi dalle Sezioni unite Lucci in tema di confisca obbligatoria siano in realtà di natura generale e presentino l'attitudine, perciò, ad essere estesi anche alla ipotesi della confisca facoltativa di cui all'art. 240, comma primo, c.p., si perviene ad un risultato ermeneutico, rilevante per la fattispecie in esame, della cui legittimità, però, questo Collegio dubita fortemente».

reato, così in qualche modo intendendo indirizzare l'opzione interpretativa che dovrà essere adottata dalle Sezioni unite.

2. *Le Sezioni unite "Carlea" (1993) e "De Maio" (2008) sulla non confiscabilità dei proventi di reato prescritto.* La questione sulla possibilità di ordinare la confisca del provento di reato pur a fronte del proscioglimento dell'imputato prescrizione è stata oggetto di alcune importanti pronunce di legittimità che è opportuno ripercorrere rapidamente.

In particolare, nell'anno 2008, con la sentenza "De Maio"², le Sezioni unite si erano già pronunciate *in subiecta materia*, escludendo la possibilità di confiscare il prezzo di reato in presenza di un illecito penale prescritto.

In tale occasione, la Cassazione, nel richiamare il proprio precedente conforme - Sezioni unite "Carlea" del 1993³ -, ne aveva ripercorso l'*iter* argomentativo, elencando le ragioni per le quali non sarebbe possibile confiscare il prezzo di un reato ormai estinto, tra le quali:

1) solamente l'art. 240, co. 2, n. 2, prevede la confisca obbligatoria «anche se non è stata pronunciata condanna», mentre il n. 1 del co. 2 - ov'è prevista la confisca del prezzo - non prevede una siffatta clausola estensiva;

2) in presenza di un reato prescritto, la cognizione del giudice penale sarebbe del tutto limitata e, in particolare, inidonea a pervenire ad un accertamento del reato, prodromico all'irrogazione della confisca⁴;

3) peraltro, «non [potrebbe] trarsi contrario argomento dall'art. 236, co. 2, c.p., che rende inoperanti rispetto alla confisca le disposizioni dell'art. 210 (che prevedono, tra l'altro, che "l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione"), poiché tale previsione normativa si limita ad indicare le disposizioni sulle misure di sicurezza personali che sono applicabili alle misure di sicurezza patrimoniali (contribuendo a delinearne la disciplina complessiva), ma non è diretto a stabilire i casi in cui queste misure possono essere disposte, dovendosi fare capo alle diverse disposizioni speciali, come quella dell'art. 240 c.p., per stabilire di

² Cass., Sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, in *Mass. Uff.*, n. 240565.

³ Cass., Sez. un., 5 marzo 1993, Carlea, in *Mass. Uff.*, n. 193120; conforme, *ex plurimis*, Id., Sez. VI, 19 febbraio 2008, Console, inedita.

⁴ Si tratta di argomento che era già stato speso in Cass., Sez. un., 5 marzo 1993, Carlea, cit.: «per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, e sotto questo aspetto è evidente la differenza tra i casi dell'art. 240, co. 2, n. 2, e gli altri, perché l'art. 240, co. 2, n. 2, è focalizzato soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali in genere non richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato».

volta in volta se la misura presuppone la condanna o può essere disposta anche in seguito al proscioglimento».

A fronte di ciò, le Sezioni unite aggiungevano che l'avverbio “sempre”, presente nell'art. 240 c.p. e in altre disposizioni normative in tema di confisca («è *sempre* ordinata la confisca...»), sta ad indicare esclusivamente che si tratta di misura ablatoria obbligatoria e sottratta alla discrezionalità del giudice, ma non ha alcuna valenza di carattere processuale in merito alla possibilità di disporre la confisca in assenza di condanna. Tant'è che, come detto, solo il n. 2 del co. 2 dell'art. 240 c.p. contiene l'inciso «anche se non è stata pronunciata condanna».

D'altro canto, seguitavano le Sezioni unite nel 2008 con argomento testuale invero ben fondato, «non può assolutamente condividersi la tesi secondo la quale l'inciso “anche se non è stata pronunciata condanna”, contenuto nel n. 2 del co. 2 dell'art. 240 c.p., debba essere riferito anche alla previsione di cui al n. 1, poiché in tal modo verrebbe a forzarsi il normale collegamento logico tra le singole proposizioni del testo della norma, per di più inserite in numeri ben distinti».

Ponendo mente alla specifica *littera* dell'art. 322-ter c.p., la Cassazione non poteva non mettere in luce come tale disposizione principii con la precisa clausola «*nel caso di condanna*, o di applicazione della pena su richiesta delle parti», la quale rende la confisca *de qua* chiaramente *incompatibile* con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato.

In conclusione, le Sezioni unite “De Maio” (2008) sancivano il principio per il quale «l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'art. 240, co. 2, n. 1, c.p.»⁵.

Tale pronuncia, tuttavia, nella propria parte motiva, appariva in qualche modo “sofferta”, poiché la Suprema Corte, pur affermando una siffatta *regula juris*, si dilungava in un ampio e significativo *obiter dictum* antitetico rispetto al dispositivo di sentenza, da un lato ponendo in luce come il principio traluzio dei poteri cognitivi “limitati” in capo al giudice, al cospetto di un reato prescritto, si fosse comunque incrinato anche alla luce di importanti novelle legislative; dall'altro lato, denunziando la presenza di una sorta di lacuna normativa, nella misura in cui – secondo una dottrina citata testualmente e adesivamente dalle Sezioni unite nella chiusa della sentenza – sarebbe «*anti-giuridico e immorale [che] il corrotto, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuo-*

⁵ Cass., Sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, cit.

so».

3. *Le Sezioni unite “Lucci” del 2015 e il revirement della Cassazione.* Pur a fronte del precedente giurisprudenziale costituito dalle Sezioni unite “De Maio” (2008), nel 2014 la Sezione sesta riteneva di sollevare nuovamente la questione di diritto *de qua*⁶, dando atto della persistenza di un orientamento più rigoroso, secondo il quale, pur al cospetto di un reato prescritto, il giudice penale potrebbe comunque accertare, *incidenter tantum*, la sussistenza degli elementi essenziali della fattispecie (proprio in quanto il proscioglimento per prescrizione postula l'impossibilità di una più favorevole pronuncia liberatoria) e, per l'effetto, potrebbe applicare comunque il vincolo reale all'imputato prosciolto⁷.

In particolare, alcune sentenze farebbero leva sul citato art. 236, co. 2, c.p., dal quale sembrerebbe dedursi l'inapplicabilità alla misura della confisca del disposto *ex art.* 210 c.p., secondo cui «l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione»⁸.

Tali pronunce transiterebbero attraverso la considerazione per la quale, allorché la legge subordina la misura ablatoria alla pronuncia di una sentenza di “condanna”, tale concetto non dovrebbe ridursi al solo giudicato *formale* condannatorio, ma ricomprenderebbe ogni provvedimento che, in qualche modo, contenga un *sostanziale* accertamento di un fatto di reato.

A fronte di tale opzione interpretativa, la Sezione remittente osservava comunque come la confisca per equivalente abbia natura sostanzialmente sanzionatoria, lungi dalla *ratio* fondativa della confisca di sicurezza *ex art.* 240 c.p., il che parrebbe ostativo alla sua applicabilità al cospetto di un reato ormai prescritto.

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 97 del 2009, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza n. 307A/1995, *Welch c. Regno Unito*), ha ritenuto che la confisca per equivalente non abbia natura di misura di sicurezza, negando possa essere irrogata in via retroattiva ai sensi dell'art. 200 c.p. e affermando l'applicabilità, sul pun-

⁶ Con ordinanza Cass., Sez. VI, 19 novembre 2014, Lucci, inedita.

⁷ *Ex plurimis*, Cass., Sez. II, 25 maggio 2010, Pastore, in *Mass. Uff.*, n. 248409.

⁸ *Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 23 ottobre 2012, Abdelkhalki, in *Mass. Uff.*, n. 254077 («È legittima la confisca di un documento falso disposta in sede di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, in quanto essa risulti fondata sull'espreso accertamento della sua falsità, legittimamente compiuto dal giudice, stante la natura della decisione (proscioglimento e non mera archiviazione) pronunciata in conseguenza della mancata applicazione di una formula di proscioglimento di cui all'art. 129, co. 2, c.p.p.»).

to, degli artt. 25 Cost. e 2 c.p.

Per la confisca diretta, invece, la tesi della natura sanzionatoria non risultava affatto pacifica, donde la sua astratta irrogabilità anche in presenza di un reato prescritto.

A fronte di ciò, si rendeva opportuna una pronunzia delle Sezioni unite, volta a porre rimedio al contrasto giurisprudenziale sorto a seguito della sentenza “De Maio” (2008), anche considerata la diversità di *ratio* e di struttura tra confisca diretta e confisca per equivalente.

A fronte della sollevata questione, le Sezioni unite “Lucci” si erano espresse nei seguenti termini⁹.

Anzitutto, la Cassazione si peritava di verificare, dal punto di vista storico, la portata del “nuovo” art. 240, co. 2, n. 1, c.p. in tema di confisca del prezzo di reato, rispetto al previgente art. 36 del codice Zanardelli: a tal proposito, si osservava, la confisca obbligatoria del prezzo di reato, non prevista dal Codice ottocentesco, rappresentò un rilevante *novum* normativo del codice Rocco, veicolante il messaggio per il quale “il crimine non paga”; dal che sembrerebbe dedursi che il legislatore del 1930 abbia in qualche modo inteso assimilare la confisca del prezzo di reato alla confisca di “cose in sé pericolose” previste dall’art. 36, co. 2, c.p. Zanardelli e, oggi, all’art. 240, co. 2, n. 2, c.p.

Ciò posto, le Sezioni unite intendevano, per così dire, “sfatare” una diffusa opinione tralatizia, secondo la quale una sentenza di proscioglimento non potrebbe mai contenere, in sé, un pieno accertamento di responsabilità; ciò non sarebbe del tutto vero, poiché l’ordinamento conosce numerosi casi in cui al proscioglimento si accompagna, comunque, una qualche cognizione di una fattispecie di reato, donde la sussistenza di effetti in certo modo “negativi” per il prevenuto: si pensi alla declaratoria di prescrizione del reato conseguente al riconoscimento di circostanze attenuanti (prima della legge n. 251 del 2005), al proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*, al proscioglimento per perdono giudiziale, al proscioglimento per difetto di imputabilità o per fatto di particolare tenuità (art. 131-*bis* c.p.).

⁹ Per un commento alla sentenza “Lucci”, ci permettiamo rinviare a CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l’inedito istituto della “condanna in senso sostanziale*, nota alla sentenza Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, on-line; cfr. anche CIVELLO, *Illegittima la confisca in sede di archiviazione per prescrizione del reato: un’importante sentenza in tema di evasione di IVA all’importazione*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, on-line. Sul più generale tema delle funzioni della confisca, CIVELLO, *La confisca nell’attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, online. Non menzioniamo qui in nota, per ragioni di economia espositiva, l’ormai sterminata bibliografia in tema di confisca urbanistica e prescrizione del reato.

Ciò a tacer del fatto che l'ordinamento, consentendo l'irrogazione della confisca anche a seguito di mera sentenza di "patteggiamento", conoscerebbe pacificamente la possibilità di applicare la misura ablatoria anche in assenza di un pieno accertamento di un fatto di reato.

Tali primi argomenti, a parere delle Sezioni unite "Lucci", incrinerebbero le ragioni a suo tempo valorizzate per negare la confiscabilità del prezzo di un reato ormai prescritto, anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Sud Fondi c. Italia* del 2007, 2009 e 2012 nonché *Varvara c. Italia* del 2013¹⁰), in cui la Corte EDU negò la possibilità di irrogare la confisca urbanistica persino in presenza di un mero proscioglimento per prescrizione del reato, a prescindere da una vera e propria assoluzione di merito.

A questo punto, si trattava di stabilire se la confisca del prezzo o profitto di reato sia o meno sussumibile nel *genus* della sanzione *lato sensu* penale.

Sulla scorta dei criteri *Engel c. Paesi Bassi* (1976)¹¹, le Sezioni unite "Lucci" conclusero affermando che «la confisca del prezzo del reato non presenta connotazioni di carattere punitivo, dal momento che il patrimonio dell'imputato non viene intaccato in misura eccedente il *pretium sceleris*, 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. Al provvedimento di ablazione fa dunque 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, per un verso, rappresentando la retribuzione per l'illecito, non è mai legalmente entrata a far parte del patrimonio del reo, mentre, sotto altro e corrispondente profilo, proprio per la specifica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità intrinseca, non diversa dalle cose di cui è in ogni caso imposta la confisca, a norma dell'art. 240, co. 2, n. 2, c.p.».

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013. Per un primo commento, cfr. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto tuonò che piovve*, in *questa Rivista online*; MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹ Come noto, la sentenza *Engel* della Corte EDU individuò tre criteri generali per l'individuazione della *matière pénale*: la qualificazione formale della singola violazione prevista dal legislatore; la natura sostanziale della violazione (al di là della qualificazione datane dalla legge), da cui dedurre la sua *ratio* sanzionatorio-retributiva, ovvero meramente preventiva; la natura e la gravità delle conseguenze che l'ordinamento fa scaturire dalla specifica violazione contestata.

«Il fulcro della confisca del prezzo del reato», seguitavano le Sezioni unite, «sembra dunque da individuare 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. 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 del fatto che risulterebbe del tutto improprio affiancare una simile forma di confisca a quelle figure che una antica tradizione storica configurava come "punizione patrimoniale", conseguente – ma non correlata, quanto a derivazione "pertinenziale" – alla commissione di certi reati. D'altra parte, la sottrazione del prezzo del reato non pare lontana da quelle figure di tipo ripristinatorio che tendono a sterilizzare le accumulazioni di origine illecita, anche nelle ipotesi in cui faccia difetto una condotta colpevole. È il caso, ad esempio, della particolare figura di confisca prevista, per gli enti, dall'art. 6, co. 5, d. lgs. n. 231 del 2001».

Tutto ciò premesso, le Sezioni unite "Lucci" giunsero ad affermare che la confisca del prezzo del reato non assume, tendenzialmente, le forme di una misura di carattere repressivo-punitivo, il che rafforza ulteriormente la tesi per la quale tale misura ablatoria può comunque irrogarsi pur al cospetto di un reato prescritto, sempreché il giudice accerti comunque la sussistenza degli elementi essenziali della fattispecie, nonché la loro riferibilità all'imputato.

«L'opposta tesi», soggiunse la Cassazione, «dovrebbe fare i conti con la gamma non evanescente di valori costituzionali che verrebbero ad essere ineluttabilmente coinvolti da un sistema che, dopo aver accertato la sussistenza del reato, la responsabilità del suo autore e la percezione da parte di questi di una somma come prezzo del reato, non consentisse l'ablazione di tale prezzo, esclusivamente per l'intervento della prescrizione, che giustifica "l'oblio" ai fini dell'applicazione della pena, ma non impone certo la inapplicabilità della misura di sicurezza patrimoniale».

Qui risiedeva uno snodo argomentativo significativo della sentenza, laddove le Sezioni unite affermavano che la confisca del prezzo di un reato prescritto postulerebbe, comunque, una qualche condanna dell'imputato, a valle della quale la declaratoria di prescrizione – evidentemente, pronunciata in altro grado del processo – dovrebbe letteralmente rappresentare una mera «formula terminativa del giudizio anodina in punto di responsabilità» (pag. 32 della

sentenza); in altri termini, il giudice potrebbe irrogare la confisca del prezzo, pur in presenza della prescrizione, «finendo in tal modo per confermare la preesistente (e necessaria) pronuncia di 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 sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione».

A fronte di ciò, la massima finale della sentenza “Lucci” così recitava: «Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, co. 2, n. 1, c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter c.p., 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».

4. L'odierna nuova ordinanza di rimessione alle Sezioni unite e i temi ivi agitati. A fronte dei problemi interpretativi sin qui illustrati, la sezione sesta penale della Suprema Corte ha ritenuto di sollevare alle Sezioni unite una nuova questione, relativa per l'appunto all'estensibilità della *regola* “Lucci” alla confisca facoltativa *ex art.* 240, co. 1, c.p.

Questi gli argomenti spesi nell'ordinanza oggi annotata.

La sentenza “Lucci” sembra propugnare una lettura tendenzialmente *unificante* delle misure di sicurezza patrimoniali obbligatorie – sia del profitto negli speciali casi previsti dal legislatore, sia del prezzo del reato – in ragione della comune finalità sottesa alle varie ipotesi normative; ciò viene compiuto traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte E.D.U. e della Corte costituzionale al fine di sostenere, quale principio elevabile a “minimo comun denominatore”, quello secondo cui il presupposto della confisca, rappresentato dalla necessità di una condanna, sarebbe *fungibile* con quello rappresentato dall'accertamento “incidentale” di responsabilità, anche in presenza di un proscioglimento per prescrizione.

Senonché, seguita la sezione remittente, proprio in ciò la sentenza “Lucci” ha operato essa stessa una “estensione” commentata problematicamente da taluni Autori: pur trattando essenzialmente il tema della confisca del prezzo del reato, individuandone i connotati nella obbligatorietà e nel presupposto della condanna, le Sezioni unite hanno utilizzato direttamente, e poi applicato, principi interpretativi che la giurisprudenza C.E.D.U. (sentenza *Varvara c. Italia* del 2013) ma soprattutto la Corte costituzionale (sentenza n. 49 del

2015) avevano plasmato con riferimento alla sola e specifica ipotesi della confisca per lottizzazione abusiva di cui al citato art. 44; una ipotesi di confisca peculiare e *diversa*, non tanto perché qualificata dalla Corte europea come dotata di natura sanzionatoria, ma soprattutto perché declinata espressamente dal legislatore con riferimento al presupposto non già della “condanna” bensì del mero “*accertamento*” della responsabilità.

In definitiva, la peculiarità delle Sezioni unite “Lucci” sta nell’aver esteso i principi interpretativi “sostanzialistici”, accreditati in sede convenzionale e costituzionale al fine di sostenere la confisca-sanzione di cui all’art. 44 anche in caso di prescrizione, alla confisca-misura di sicurezza avente ad oggetto il prezzo del reato; ciò, in virtù di una sorta di “rapporto di continenza”, dove ciò che vale per il caso più grave (confisca-sanzione penale), non può non valere *a fortiori* per il caso meno grave (confisca-misura di sicurezza).

Ma se questa riflessione è corretta, continua l’ordinanza di rimessione annotata, vi è da domandarsi se, con riferimento al caso che ci occupa – cioè alla confisca *facoltativa* diretta del profitto del reato – possa essere fondato procedere ad un’*ulteriore* applicazione estensiva – quella sostenuta dal giudice *a quo* – di una precedente interpretazione che era *già* essa stessa estensiva, essendo le materie disciplinate niente affatto omogenee, se non altro per essere l’una confisca facoltativa e l’altra obbligatoria.

Come già osservato ripetutamente dalla giurisprudenza di legittimità, quantomeno a partire dalla sopra citata sentenza “Carlea”, la confisca si presenta come un istituto *non riconducibile ad una dimensione unitaria*, se non sotto il profilo dell’effetto concreto da essa prodotto (l’espropriazione della proprietà privata senza corrispettivo), mentre, con riferimento alle condizioni per la sua applicazione e alle finalità perseguite con tale misura, deve aversi riguardo alla disciplina prevista per le *singole* ipotesi di confisca che possono essere disposte per motivi diversi e coesistere in modelli diversi. Tali misure ablatorie, infatti, possono essere indirizzate a differenti ed eterogenee finalità, sì da assumere di volta in volta natura e funzione di pena o di misura di sicurezza, ovvero di misura giuridica civile o amministrativa.

Conseguentemente, l’apertura delle Sezioni unite “Lucci” all’interpretazione non formalistica del presupposto della “condanna” relativamente alla confisca obbligatoria *ex art. 322-ter c.p.* dovrebbe incontrare un ostacolo – all’atto di essere trasferita alla confisca facoltativa del profitto *ex art. 240, co. 1, c.p.* – nel principio di legalità, oggetto di tutela costituzionale *anche in riferimento alle misure di sicurezza*.

Come sopra anticipato, non appare secondaria la circostanza che, a differenza

dell'art. 44 citato - il quale pone quale presupposto della confisca il solo requisito dell'“accertamento” soggettivo e oggettivo della lottizzazione abusiva - l'art. 240, co. 1, c.p., per la confisca facoltativa del profitto, richiama invece testualmente versarsi nel “caso di *condanna*”.

A ciò va aggiunto che la motivazione che il giudice deve rendere in tema di confisca facoltativa del profitto - come anche del prodotto o della cosa che servì o fu destinata a commettere il reato - si basa su una valutazione prognostica riguardo alla idoneità incentivante al delitto che possa riconoscersi nel mantenimento del possesso di tali beni, i quali non sono caratterizzati da intrinseca pericolosità già ritenuta dal legislatore, a differenza che nei casi di cui all'art. 240, co. 2, ove, in particolare, il prezzo del reato attiene *direttamente* ai motivi di commissione di esso: una valutazione, dunque, in cui il bilanciamento tra il diritto di proprietà e la finalità social-preventiva della confisca, non risolto preventivamente *ex lege*, si connota di una valenza anche punitiva da connettersi solo alla condanna definitiva.

D'altra parte, la garanzia che la confisca avvenga sulla base di un *accertamento* della responsabilità dell'imputato in ordine al reato e della relazione di pertinenzialità del profitto - accertamento che sia rimasto immutato nei successivi gradi del giudizio -, una volta che sia stato collegato dal legislatore alla “condanna”, non può, sempre in virtù del principio di legalità e di prevedibilità, essere sostituito dall'accertamento raggiunto in primo grado e poi posto in discussione dai motivi di appello, in ipotesi anche di natura istruttoria; motivi che la ormai maturata prescrizione sacrifica, lasciando al giudice il solo potere di motivazione approfondito in relazione alla misura di sicurezza.

Il tema della specialità delle confische sottende, del resto, anche i due recenti interventi normativi che hanno portato alla formulazione del novello art. 578-*bis* c.p.p.: norma che, sulla falsariga dello schema *ex art. 578*, c.p.p., disciplina l'obbligo, per il giudice della impugnazione che dichiari il reato estinto per prescrizione o per amnistia, di decidere ai soli effetti della confisca, *previo accertamento della responsabilità dell'imputato*. Non, tuttavia, in ogni ipotesi di confisca, ma solo con riferimento ai casi di confisca obbligatoria specificamente enunciate (*ex art. 240-bis*, co. 1, ed *ex art. 322-ter*, c.p.): una scelta, quella del legislatore, che ha evidentemente inteso recepire e quindi consolidare gli approdi raggiunti fino a quel momento dalla giurisprudenza, tuttavia mostrando - con la tecnica redazionale della norma, improntata al criterio della *specialità* - di non voler sancire un principio generale, estensibile anche ad ipotesi sostanzialmente diverse da quelle espressamente prese in considerazione.

L'aspetto sul quale il collegio remittente ritiene di dover marcare il proprio dissenso è dunque quello di una interpretazione *generalizzante* delle Sezioni unite "Lucci", le quali, viceversa, hanno elaborato la loro tesi attorno ad una *peculiare* tipologia di confisca, fortemente connotata dalla funzione (special-preventiva) di sterilizzare *tutte* le utilità prodotte dal reato in capo al suo autore. Una funzione infatti che, nell'interpretazione proposta dalle Sezioni unite e nel bilanciamento con i diritti fondamentali dell'individuo, come il diritto di proprietà e di iniziativa economica, è stata ritenuta *prevalente* con riferimento alla *speciale* tipologia di provvedimento ablativo obbligatorio considerato, ma che, proprio per tale peculiarità, non sembra poter divenire criterio univoco di interpretazione estensiva o analogica in *malam partem*.

E che la funzione social-preventiva – così detta nell'ordinanza – comune alla confisca facoltativa del profitto e a quella obbligatoria del prezzo del reato non possa valere ad esaurire il tema del rapporto fra le due misure, rendendole sovrapponibili quanto a disciplina applicativa, è dimostrato anche dal fatto che *solo la seconda* viene ritenuta, dal legislatore, compatibile col decreto penale di condanna (art. 460, co. 2, c.p.p.)

Come ricordato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019 in tema di confisca di prevenzione, l'applicazione della misura ablativa non può non tenere conto del compendio di garanzie che la Costituzione (agli artt. 41 e 42) e le Carte internazionali dei diritti umani (cfr. art. 1 Prot. add. Cedu) accordano ai suddetti diritti, tra cui va ovviamente e primariamente annoverata la garanzia della legalità, ossia l'esistenza di una previsione di legge, la quale consenta al destinatario della misura limitativa del diritto di prevederne la futura possibile applicazione.

5. Una breve conclusione in attesa della pronuncia delle Sezioni unite. A fronte dell'ordinanza di rimessione sopra annotata e nell'attesa che si pronuncino le Sezioni unite, possiamo ora svolgere qualche breve osservazione conclusiva e puramente interlocutoria.

Anzitutto: gli argomenti cui fa ricorso il giudice del rinvio al fine di estendere il *dictum* "Lucci" alla confisca facoltativa *ex art. 240, co. 1, c.p.*, argomenti poi sintetizzati criticamente nell'ordinanza di rimessione, non appaiono dotati di un saldo fondamento tecnico-giuridico, né risultano pienamente compatibili con i canoni di legalità, riserva di legge e tassatività.

La Corte d'assise d'appello di Milano, infatti, giunge a sostenere che l'ipotesi di confisca facoltativa, introdotta nel lontano 1930 all'art. 240, co. 1, c.p., rappresenterebbe l'espressione di un impianto normativo oggi ormai superato,

poiché negli ultimi anni il legislatore avrebbe viepiù introdotto una nutrita serie di reati, per i quali la confisca del prodotto e del profitto di reato è divenuta pacificamente obbligatoria. Per tale ragione, essendo la confisca facoltativa diventata quasi un “relictio storico”, il suo regime giuridico dovrebbe divenire in qualche modo cedevole, e cioè adeguarsi alla disciplina tipica delle più “moderne” confische obbligatorie.

Ora, tale assunto non può essere condiviso, soprattutto negli effetti teorico-pratici cui esso intenderebbe condurre: non appare, infatti, corretto sostenere che l’art. 240, co. 1, c.p., pur non formalmente abolito, sia stato in qualche modo “superato”, in quanto – secondo la tesi – l’ordinamento conoscerebbe ormai plurime ipotesi di confisca obbligatoria del prodotto e del profitto del reato, applicabili – si badi, non già per disposizione normativa, ma solo in virtù del *dictum* “Lucci” – anche in assenza di condanna definitiva. Tale affermazione contrasta con un ineludibile dato logico-giuridico: i casi di confisca obbligatoria del profitto introdotti dal legislatore sono, per l’appunto, *speciali*, e non vanno ad intaccare la regola *generale* dell’art. 240, co. 1, c.p., anzi la convalidano come tale.

Certo, dal punto di vista politico-generale, è possibile affermare – non senza una qualche venatura critica – che il nostro ordinamento si sta impegnando nel rendere “sempre più obbligatoria” la confisca dei proventi di reato; ma da tale considerazione politico-generale non è dato poi ricavare soluzioni interpretative che contrastino col testo normativo vigente e, in ispecie, con l’art. 240 c.p. nella sua attuale formulazione.

Il secondo argomento speso dal giudice di merito è una sorta di corollario del primo: *siccome* l’attuale sistema legale avrebbe ormai “superato” il previgente principio della facoltatività della confisca, *allora* il giudice penale sarebbe autorizzato a considerarla come “cedevole” rispetto alla prescrizione solo a fronte di proventi di reato modesti e di valore irrisorio.

In questo punto, la fallacia del ragionamento sembra aggravarsi ancor più: infatti, la confisca di un determinato provento di reato deve giudicarsi come “cedevole” o “non cedevole” alla prescrizione del reato solo *in astratto* e *a priori*, cioè alla luce del solo dato normativo vigente, e non già del dato quantitativo e *a posteriori*. Se si sovrappongono la denotazione e la connotazione, l’*an* e il *quantum*, in definitiva se il *discrimen* fra cedevolezza o non cedevolezza della confisca viene individuato *a posteriori* nel dato puramente quantitativo della *entità* del provento illecito confiscando, si finisce per vanificare ogni criterio di legalità e di riserva di legge, lasciando di fatto all’intuizione del singolo giudicante la scelta di intendere la misura ablativa – che di volta in

volta venga in rilievo – come cedevole o non cedevole alla estinzione del reato per decorso del tempo.

Invece, seguendo un ordine logico-giuridico debitamente rigoroso, *prima* il giudice dovrebbe stabilire, sulla sola scorta della legge vigente e senza estensioni *in malam partem*, se una data confisca si possa applicare anche in presenza di un reato prescritto, secondo la logica binaria dell'*aut/aut*; solo in un secondo momento, ove si concluda per l'affermativa, il giudice potrà esercitare il proprio potere discrezionale sull'*an* e sul *quantum*.

Queste dunque le tesi espresse dal giudice del primo rinvio, tesi che la sezione remittente dimostra, a buona ragione, di non condividere.

A fronte di ciò, gli argomenti spesi nell'ordinanza di remessione, e più sopra esaminati, appaiono talmente ampi e solidi da non necessitare di un ulteriore approfondimento critico: il sillogismo normativo sembra, infatti, piuttosto semplice, lineare e, a parere di chi scrive, inconfutabile.

L'art. 240, co. 2, n. 2, c.p., contempla la confisca obbligatoria senza condanna (“*anche se non è stata pronunciata condanna*”) in relazione alle *sole* cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato.

Per tale ragione, era già in sé criticabile la tesi assunta dalle Sezioni unite “Lucci” (2015), le quali, come detto, estesero la “confisca senza condanna” anche agli *altri* casi di confisca obbligatoria, e cioè alle confische obbligatorie di *res* non intrinsecamente criminose; sul punto non ci dilunghiamo, permettendoci di rinviare al precedente commento alla sentenza “Lucci”¹².

Ciò posto, ancor più censurabile appare oggi il tentativo di estendere la *regula* “Lucci” persino ai casi di confisca facoltativa, e ciò per un semplice ragionamento *a fortiori*: tutte le ragioni che ostano all'irrogazione della confisca obbligatoria in caso di reato prescritto (al di fuori delle cose intrinsecamente criminose), ragioni perfettamente sintetizzate dalla Cassazione nell'ordinanza sopra annotata, ostano *ancor di più* e a maggior titolo alla confisca facoltativa del provento di reato prescritto.

D'altra parte, il nostro ordinamento ha da sempre aderito al pacifico orientamento per il quale, quando la legge adopera il sostantivo “condanna”, il riferimento è ovviamente alla sola condanna *irrevocabile*, non certo al proscioglimento per prescrizione, stando anche alla disposizione dell'art. 27, co. 2, Cost. Si pensi, ad esempio, al tema della recidiva o della revoca della sospensione condizionale della pena: nessuno potrebbe mai sostenere che sussista la

¹² CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto*, cit., *passim*.

recidiva, o che si possa revocare la sospensione condizionale della pena, in presenza di una semplice condanna di primo grado, poi seguita da una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

Non vi è, dunque, ragione per la quale una tale regola generale non debba valere anche ai fini della confisca del provento di reato.

Solamente il legislatore potrebbe, in ipotesi, modificare l'art. 240, co. 1, c.p., consentendo la confisca facoltativa anche al di fuori dei casi di condanna irrevocabile: in tal caso, si porrebbe il tema se tale novella sia o meno compatibile con i principi costituzionali quali la presunzione di non colpevolezza, la tutela della proprietà privata, e così via. Ma ciò, come detto, potrebbe avvenire solo in virtù di un diretto intervento normativo, non già in sede di interpretazione estensiva della disposizione penale vigente.

Se la sola confisca delle *res* intrinsecamente criminose (stupefacenti, armi clandestine, denaro falso, etc.) è ammessa dal legislatore pur "in assenza di condanna", caso *unico ed eccezionale*, non v'è dunque considerazione interpretativa, per quanto in apparenza convincente, che consenta di estendere tale grave previsione ad altre ipotesi non contemplate espressamente dalla legge: da tale punto di vista, non appare ammissibile sostenere che una determinata confisca possa operare "senza condanna" nella misura in cui essa esibisca la medesima *ratio* special-preventiva di un'analogia misura ablatoria prevista altrove dall'ordinamento, poiché tale ragionamento sottende evidentemente una *analogia in malam partem*.

Per concludere: le tesi estensive, che propugnano un progressivo allargamento delle ipotesi di "confisca senza condanna", sembrano mosse da una direttrice giuridico-culturale che non appare in sé condivisibile: al fondo di tali orientamenti, infatti, vi è un sostanziale "rifiuto della prescrizione", vale a dire un atteggiamento di sospetto nei confronti di tale istituto giuridico, quasi che la perenzione del fatto illecito per decorso del tempo fosse un fatto "ingiusto" e che vi fosse, pertanto, la necessità di limitarne il più possibile gli effetti, ad esempio ammettendo sempre più la confisca anche a fronte di un reato prescritto.

A fronte di ciò, è doveroso affermare che la prescrizione del reato rimane ancor'oggi un ineludibile istituto di civiltà giuridica, rispondente a importanti esigenze quali, anzitutto, la certezza del diritto, oltre che il diritto di difesa. Pertanto, se nella prassi emergono alcune possibili distorsioni applicative connesse all'estinzione dell'illecito per decorso del tempo, appare più giusto e ragionevole intervenire "alla fonte", disciplinando in maniera più adeguata l'istituto stesso della prescrizione del reato, piuttosto che ricercare *a posteriori*

soluzioni interpretative contrastanti con il dato normativo e con le garanzie fondamentali della materia penale.

GABRIELE CIVELLO