

QUESITI

CHRISTOPH SIMON THUN HOHENSTEIN WELSPERG

**I tratti irrinunciabili della confisca degli
strumenti del reato. L'esempio della confisca ex
art. 2641 c.c. alla prova di Corte cost. 7/2025**

Il contributo analizza l'istituto della confisca degli strumenti del reato, al centro della recente Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2641 c.c. nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, anche per equivalente, dei beni utilizzati per commettere i reati di cui al titolo XI del libro V del codice civile (Disposizioni penali in materia di società e di consorzi). Si esaminano in primo luogo la storia, la forma ordinaria di questo tipo di confisca (art. 240 c.p.), nonché le caratteristiche che rendono "speciale" quella prevista dall'art. 2641 c.c. Vengono quindi presentate le due decisioni di merito e l'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, nonché la stessa decisione della Corte costituzionale. Si conclude dimostrando che le particolarità che distinguono la confisca degli strumenti da ogni altra forma di confisca impediscono ogni suo impiego in chiave punitiva, imponendo che essa rimanga quanto più possibile ancorata al modello "base" del codice penale

The inalienable features of the confiscation of instrumentalities of crime. The example of confiscation under article 2641 of the Italian Civil code in light of Constitutional court judgment 7/2025.

The article analyses the theoretical problems raised by the confiscation of the instrumentalities of a crime, which is at the centre of a recent judgment of the Italian Constitutional Court (4 February 2025, no. 7). After examining the history, the ordinary form of this type of confiscation (Article 240 of the Italian Criminal Code) and the characteristics that make the confiscation provided for by Article 2641 of the Italian Civil Code "special", the article presents the decision of the Constitutional Court. It concludes by showing that the special features of the confiscation of instrumentalities of crime, which distinguish it from any other form of confiscation, prevent it from being used for punitive purposes.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La confisca degli *instrumenta delicti* nella storia. - 3. La previsione "tradizionale" dell'art. 240 c.p. - 4. Dalla confisca degli strumenti alle confische degli strumenti. In particolare, la confisca "societaria" ex art. 2641 c.c. - 4.1. La possibilità di considerare "bene" utilizzato anche il denaro. - 4.2. L'obbligatorietà della confisca. - 4.3. La confisca per equivalente, e in particolare la possibilità di applicarla anche al prodotto e al profitto. - 5. La vicenda processuale da cui trae origine la pronuncia della Consulta. - 5.1. Il primo grado. - 5.2. (*segue*). Confisca per equivalente degli strumenti nei casi di concorso della responsabilità di enti e persone fisiche. - 5.3. Il grado d'appello. - 5.4. L'ordinanza di rimessione firmata dalla Corte di cassazione. - 6. Corte cost. 7/2025. - 6.1. L'ammissibilità. - 6.2. Il merito. - 6.2.1. I precedenti della giurisprudenza costituzionale. - 6.2.2. I profili di novità. - 6.2.3. Il dispositivo. - 7. L'impatto della decisione sul diritto vigente. - 7.1. Il richiamo ad una interpretazione secondo legalità del nesso di strumentalità. - 7.2. La censura "*soft*" dell'orientamento secondo cui la confisca per equivalente degli strumenti sarebbe applicabile anche ai concorrenti non proprietari. - 7.3. La mancata estensione della dichiarazione di incostituzionalità alla confisca del prodotto. - 7.4. Il recepimento della direttiva 2024/1260. - 8. I tratti irrinunciabili di ogni confisca degli strumenti.

1. *Premessa.* Applicata per una somma di quasi un miliardo di euro¹, disapplicata in forza della normativa europea² e infine dichiarata incostituzionale³. È questa la pirotecnica parabola vissuta negli ultimi anni dalla confisca obbligatoria, anche per equivalente, dei beni utilizzati per commettere uno dei reati previsti dal titolo XI del libro V del codice civile, che trova la sua disciplina nell'art. 2641 c.c.

Alla base dell'inserimento della confisca "societaria" nel codice civile stava una motivazione che avrebbe perplesso anche il più convinto dei suoi sostenitori. Così recita la relazione accompagnatoria vergata dal legislatore delegato in vista dell'approvazione del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61: «*in conformità alle più recenti tendenze legislative*, si è provveduto ad introdurre, anche per i reati societari, l'istituto della confisca obbligatoria, sia nella forma tradizionale che in quella per equivalente»⁴. In poche parole: esiste perché andava di moda.

La robusta analisi di politica criminale che ha preceduto l'introduzione di questa nuova forma di confisca non poteva non segnare, almeno parzialmente, il destino: la norma è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale depositata il 4 febbraio 2025, n. 7 (Red. Viganò), limitatamente alle parole «e dei beni utilizzati per commetterlo» (co. 1) nonché nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli utilizzati per commettere il reato (co. 2).

A pochi mesi dalla pubblicazione della sentenza della Consulta, è necessario trarre le somme di questa complessa vicenda giurisprudenziale che ha interessato un noto istituto di credito vicentino. Prima di farlo, però, è necessario concentrarsi brevemente sulla storia (§ 2) e sulla forma ordinaria della confisca degli strumenti (§ 3), nonché, per quanto di rilievo, sulla norma oggetto di

¹ Trib. Vicenza, 17 giugno 2021, 812 ss.

² App. Venezia, sez. I, 4 gennaio 2023, 596 ss.

³ Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7 (Red. Viganò)

⁴ Relazione allo schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 11 della L. 3 ottobre 2001, n. 366, in tema di disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, rinvenibile al seguente *link*: <www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN30793#> (corsivo aggiunto).

scrutinio (§ 4) e sulla vicenda processuale che ha preceduto la pronuncia della Corte costituzionale (§ 5).

Si approfondirà quindi la decisione della Consulta (§ 6), prendendo l'abbrivio dalle conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza costituzionale in materia (in particolare dalla nota sent. Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112).

Si passerà poi a vagliare l'impatto della decisione della Consulta sul diritto vigente, e segnatamente i fondamentali richiami ad una interpretazione secondo legalità del nesso di strumentalità (§ 7.1) e ad un'applicazione ragionata della confisca degli strumenti nei casi di concorso (§ 7.2), la mancata estensione della dichiarazione di incostituzionalità al prodotto (§ 7.3) e le questioni aperte in vista del recepimento della direttiva (UE) 2024/1260 riguardante il recupero e la confisca dei beni (§ 7.4).

Si trarranno quindi delle conclusioni circa i tratti irrinunciabili di ogni ipotesi di confisca degli strumenti e, correlativamente, circa i possibili margini di riforma (§ 8).

2. *La confisca degli instrumenta delicti nella storia.* Da tempo immemore si discute dell'opportunità di prevedere come obbligatoria o facoltativa la confisca degli *instrumenta*. Il Codice penale sardo statuiva, all'art. 74, che «[l]e condanne a qualunque pena *portano* la confisca [...] delle cose che hanno servito o furono destinate a commetter[e il reato], allorché la proprietà ne appartiene al condannato».

La confisca obbligatoria si fondava sulla teoria secondo la quale «chi abusa delle cose sue deve come immeritevole di possederle, esserne privato»⁵; inoltre, «per l'essenza stessa del diritto di proprietà, il quale trova unicamente la sua giustificazione nell'essere indispensabile all'umano perfezionamento, esso vien meno quando, invece d'usarne a vantaggio di sé e d'altrui, lo si rivolga a

⁵ Tracce di queste teorie, sia pure menzionate in chiave critica, si rinvencono anche in moderni pronunciamenti. Il riferimento va, ad esempio, a Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, che sostiene che la confisca obbligatoria degli strumenti del reato si risolverebbe «nell'ablazione di beni di regola legittimamente acquistati e posseduti dal reo, ma dei quali egli abbia fatto un uso illegittimo, in tal modo perdendo – proprio in conseguenza della sua decisione di commettere il reato – la tutela che l'ordinamento normalmente assicura al diritto di proprietà su quegli stessi beni».

nocumento della società, che lo riconosce e lo garentisce»⁶.

Tali teorie, pur suggestive, non riuscirono a superare l'intima contraddittorietà delle forme di confisca obbligatoria degli strumenti, «per lungo tempo piuttosto praticata in omaggio a vaghi sentimenti popolari, che non applicata in conseguenza di severe deduzioni scientifiche»⁷.

Se, infatti, «[c]he l'acquisto proveniente da fatto delittuoso non possa riconoscersi come legittimo, e si debbano quindi ritogliere al colpevole le cose in tal modo procacciate [...] è una massima concordemente professata dai romani giureconsulti, e dietro ai loro insegnamenti unanimemente ripetuta dai civilisti»⁸, indipendentemente dal loro valore e dalla loro natura, la prospettiva mutata notevolmente con riferimento agli *instrumenta*.

Questo punto è stato oggetto di approfondita revisione al momento dell'approvazione del codice Zanardelli. Come osservato nei verbali della Commissione incaricata di proporre le modificazioni da introdursi nel testo del Codice penale per il Regno d'Italia, «la *confisca* fu fatta facoltativa e non obbligatoria, perché venne avvertito da taluno fra i membri della Commissione, e giustamente, che in molteplici casi, con la confisca obbligatoria delle cose che servirono a commettere un reato, si verrebbe a delle enormità (confisca d'un bastimento, d'un treno ferroviario in ritardo, di un edificio fuori linea, ecc.)»⁹.

Per questo all'art. 36 il codice previgente statuiva che «[n]el caso di condanna, il giudice *può* ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto», soluzione, come noto, sposata anche dal codice del 1930, al punto che si è affermato che «la gamma delle questioni poste dal vecchio art. 36 è pressoché esattamente trasferibile sul disegno tracciato

⁶ CIVOLI, voce *Confisca (Diritto penale)*, *Dig. it.*, VIII, I, Torino, 1929, 902.

⁷ *Ibid.*, 903. Il riferimento va, ad esempio, alle condanne ed esecuzioni di animali che avevano causato la morte di esseri umani o al particolare stigma che veniva attribuito alle cose che avessero avuto un qualche ruolo in simili episodi.

⁸ *Ibid.*, 901-902.

⁹ Verbali della Commissione istituita con regio decreto 13 dicembre 1888 allegati alla Relazione con la quale il ministro guardasigilli (Zanardelli) presenta il codice penale a S.M. il Re nell'udienza del 30 giugno 1889, Roma, 1889, in <https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/bcg_lavori_preparatori_codice_penale#>.

dall'attuale art. 240, a parte alcune varianti lessicali»¹⁰.

Il superamento delle presunzioni relative alle cose che hanno servito la commissione del reato era *già* legato a doppio filo con l'idea di proporzionalità, in qualche modo sottesa alla menzione del rischio di assurde esagerazioni («enormità»). Si può quindi sostenere che, nella storia della confisca degli strumenti, la prima e (forse irrinunciabile) manifestazione del principio di proporzionalità si è avuta proprio con il passaggio da forme di confisca obbligatoria a forme di confisca facoltativa.

Il superamento della obbligatorietà ha ovviamente imposto agli studiosi «di chiedersi qual fondamento scientifico abbia a darsi all'istituto della confisca, affine di render possibile un uso razionale di quella facoltà, che in ordine alla sua applicazione il legislatore ha attribuito al magistrato»¹¹. In questo senso, si rilevò che andrebbero confiscati solamente gli oggetti «che, per la specialità o della loro natura o dell'indole manifestata dal loro proprietario col primo reato commesso, più non potrebbero ad esso lasciarsi, senza fondato timore che avessero un'altra volta a rendergli più agevole la perpetrazione di nuovi reati»¹².

Lungi dall'essere uno spettro del passato, l'obbligatorietà è tornata, anche su impulso della normativa sovranazionale, a caratterizzare varie ipotesi di confisca speciale¹³, ivi compresa, prima della sentenza della Corte costituzionale 4

¹⁰ ALESSANDRI, voce *Confisca nel Diritto penale*, *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 43.

¹¹ CIVOLI, voce *Confisca (Diritto penale)*, cit., 903.

¹² Un chiaro autore rileva, a titolo di esempio, «che la confisca non andrebbe applicata per il coltello da cucina che servì a cagionare lesioni personali, o al bastone con il quale si intendeva percuotere, perché l'estrema facilità con la quale l'agente può venire in possesso di un altro strumento dello stesso genere esclude, almeno nella maggior parte dei casi, che quel determinato coltello o quel determinato bastone possa costituire un fattore di pericolosità. Come ipotesi in cui la confisca dovrebbe essere invece attuata si può pensare ad esempio ad un macchinario appositamente costruito per commettere reati di falso, per la difficoltà di procurarsi altri mezzi simili, ingombranti o costosi»: MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, 984. Proprio l'esempio del coltello, come si vedrà oltre, viene riportato anche da altri autori, rappresentando un oggetto al contempo molto diffuso e potenzialmente molto pericoloso.

¹³ Come noto, «[n]ell'ambito, in particolare, della legislazione speciale [...] la disciplina della confisca presenta delle vistose differenziazioni; è generalmente concepita come obbligatoria anche laddove si tratta di cose normalmente sottoposte alla confisca facoltativa, e va sempre più assumendo una funzione general-preventiva dissuasiva, con connotati repressivi propri delle pene accessorie, come la sua alternativa o sostituibilità con altre pene accessorie»: MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali. Tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 514.

febbraio 2025, n. 7, quella prevista dall'art. 2641 c.c.

Questo breve *excursus* storico vuole evidenziare come il ritorno a forme di applicazione obbligatoria di questo tipo di confisca rischia di espropriare l'interprete di margini di discrezionalità frutto di conquiste di civiltà giuridica, e pertanto dovrebbe essere il risultato di attente valutazioni teoriche e politico-criminali.

3. La previsione “tradizionale” dell'art. 240 c.p. La disciplina generale della confisca degli strumenti è prevista dall'art. 240, co. 1 c.p. il quale, in continuità con il codice previgente, statuisce che «[n]el caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato»¹⁴.

Questa norma solleva vari profili di incertezza¹⁵. In primo luogo, non è chiaro quale sia il nesso che deve legare la *cosa* al *reato*, anche se sembra preferibile l'interpretazione secondo cui sarebbe necessario «un nesso strumentale, essenziale e non meramente “occasionale” [...] nel senso che la prima risulti indispensabile per l'esecuzione del secondo»¹⁶. In secondo luogo, anche se le

¹⁴ Definisce forma “tradizionale” di confisca l'art. 240 c.p. la sentenza Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783 (*Considerato in diritto*, § 3), contrapponendola alle forme “nuove” di confisca. È possibile rilevare, senza tema di smentite, che la confisca degli *instrumenta sceleris* è spesso relegata in secondo piano rispetto alle altre ipotesi di confisca, e in particolare alla confisca del profitto. Inoltre, alla moltiplicazione delle forme di confisca, che fa perdere di centralità il modello dell'art. 240 c.p., pare essersi accompagnato un approfondimento esso stesso “centrifugo”, che se da un lato è necessario al fine di evidenziare i tratti che caratterizzano le singole forme di confisca, dall'altro lato rischia di impedire una analisi unitaria dei loro “archetipi”, rischiando di ostacolare una lettura unitaria del fenomeno. Ad esempio, spesse volte le argomentazioni circa la natura della confisca per equivalente si fondano sulla sua forma più diffusa, che è quella del profitto, dimenticando le particolarità di quella degli *instrumenta sceleris*, pur in via di diffusione. Per questo è necessario riepilogare brevemente quali siano le particolarità che distinguono la confisca degli strumenti dalle altre forme di confisca.

¹⁵ Una chiara autrice ha scritto che «[l]a confisca degli strumenti del reato presenta alcuni profili problematici connessi alla difficoltà di delimitare il suo ambito di applicazione, che può cambiare in base al modo di intendere, da una parte, il nesso tra lo strumento e il reato, dall'altra, la sua stessa funzione, come emerge dal dibattito giurisprudenziale italiano in relazione alla confisca facoltativa degli strumenti ex art. 240 c.p.»: MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie CEDU?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 7. Proprio su questi aspetti si concentreranno le riflessioni che seguono.

¹⁶ In altre parole, «deve sussistere un rapporto di “asservimento” tra la cosa e il reato, “uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile”. In quest'ultima direzione il nesso strumentale costituisce, non soltanto un elemento necessario per la determinazione dell'oggetto della confisca, ma un parametro per l'accertamento della pericolosità presupp-

valutazioni imposte dal primo comma dell'art. 240 «sono sganciate dai criteri di cui all'art. 133 c.p.[, esse] non presentano alcun punto di riferimento alternativo»¹⁷.

Questi ed altri dubbi interpretativi¹⁸ ridondano negativamente sulla comprensione delle stesse *funzioni* dell'istituto le quali, lungi dal guidare gli interpreti, rischiano di divenire un mero *posterius* rispetto alle esigenze processuali del caso singolo¹⁹.

Infatti, se da un lato potrebbe «ammettersi una funzione (anche) special-preventiva rispetto all'ablazione delle cose che sono state utilizzate per la commissione del reato, sulla base dell'idea che privare il reo della disponibilità di tali cose renderebbe meno probabile che quella stessa persona commetta in futuro ulteriori reati dello stesso tipo»²⁰, dall'altro si enfatizza la finalità

posta dalla confisca facoltativa, pericolosità fondata sul rapporto reo-cosa»: MAUGERI, *L'actio in rem as-surge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU?*, cit., 7-9.

¹⁷ Prosegue l'autore sottolineando che «[i]l problema ha un profilo indiscutibilmente più contenuto di quanto non sarebbe se si dovesse trattare delle altre misure di sicurezza, non entrando in gioco la libertà del soggetto. Ma se non si vuol vanificare il più che corretto richiamo all'esigenza di motivare la decisione di procedere o meno alla confisca, imposta da elementari garanzie di controllo e di rispetto della legalità, occorre per forza individuare parametri sufficientemente significativi ed univoci»: ALESSANDRI, voce *Confisca nel Diritto penale*, cit., 46.

¹⁸ Dubbi che peraltro investono ancor prima lo stesso termine "confisca" che, come chiarito nella recentissima Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, «raccolge sotto un unico *nomen iuris* svariate tipologie di istituti diversi tra loro nella fisionomia strutturale e nei fini, accomunati solo dall'effetto del trasferimento coattivo di beni economici al patrimonio pubblico» (*Considerato in diritto*, § 3).

¹⁹ La stessa Corte costituzionale da tempo riconosce che «[l]a natura delle varie forme di confisca deve [...] essere valutata in relazione alla specifica finalità e allo specifico oggetto di ciascuna di esse, nella consapevolezza - emersa già in pronunce assai risalenti [...] (sentenze n. 46 del 1964 e n. 29 del 1961) - della estrema varietà di disciplina e funzioni delle confische previste nell'ordinamento italiano» (Corte cost., 24 gennaio 2023, n. 5, *Considerato in diritto*, § 5.3.1). In linea di massima possono distinguersi, anche fra le confische, «misure orientate primariamente a punire l'interessato per un fatto da questi colpevolmente commesso, oppure a prevenire un pericolo (come nel caso delle misure di sicurezza e delle misure cautelari), o ancora a ripristinare semplicemente la situazione, fattuale e giuridica, preesistente al reato (come nel caso dell'ordine di demolizione di un immobile abusivamente costruito)» (Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, *Considerato in diritto*, § 3.1.1). Nello stesso senso si è scritto che «[l]a dottrina penalistica straniera, soprattutto belga e francese, suole distinguere tra la confisca-pena, consistente nello spossessamento del condannato di un oggetto di cui abbia fatto uso illecito o che sia frutto di un illecito, al fine di una diminuzione punitiva del suo patrimonio, la confisca-misura di sicurezza, avente per fine il ritiro di determinati oggetti dalla circolazione, e la confisca-riparazione, in verità piuttosto rara, istituita a favore della vittima a titolo di privata indennità»: VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dommatici*, Padova, 1951, 25.

²⁰ TRINCHERA, *Un pervicace non sequitur. La finalità ripristinatoria della confisca per equivalente e la sua natura sostanzialmente punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 2, 480.

repressiva della confisca degli strumenti, «perché salvo delle ipotesi particolari, in cui realmente la cosa sarà difficilmente sostituibile e quindi la sua sottrazione può rivelarsi necessaria per evitare la recidiva (ad es. delle macchine per la produzione di monete false), in molte ipotesi lo strumento del reato è facilmente sostituibile (basti pensare ad un coltello, o ad un auto) e la sua sottrazione sarà quindi scarsamente efficace in termini di prevenzione»²¹.

Persino laddove si limitasse l'applicazione della confisca «alle cose che siano strumenti necessari delle modalità esecutive del fatto tipico, che siano [...] *tipicamente* riconnesse alla fattispecie in esame», «trattandosi pur sempre di cose sostituibili ma, soprattutto, legittimamente possedute dal reo, la confisca persegu[irebbe] anche una finalità repressiva, incidendo negativamente sul diritto di proprietà»²².

Fatte queste premesse, è chiaro che la qualifica di “misura di sicurezza” dovrebbe orientare l'interprete verso una sua applicazione in chiave *preventiva*²³. Di conseguenza, «bisogna considerare che solo le cose tipicamente strumentali al reato giustificano quel giudizio di pericolosità che viene presupposto dalla confisca facoltativa, in quanto si tratta di cose la cui disponibilità può costitui-

²¹ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali. Tra funzionalità e garantismo*, cit., 516. La stessa autrice ricorda che «[e]nblematica del carattere punitivo che assume la confisca degli strumenti e della necessità di garantire il rispetto del principio di proporzionalità in senso stretto è la giurisprudenza della Corte EDU in relazione alla confisca urbanistica dell'ordinamento italiano, in materia di lottizzazione abusiva, cui si riconosce carattere punitivo da parte della Corte EDU nei casi Sud Fondi, Varvara e G.I.E.M., condannando l'applicazione sproporzionata della misura e richiamando al rispetto del principio di proporzione»: MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in www.sistemapenale.it, 30 dicembre 2024, 79.

²² *Ibid.*, 516-517. Cfr. altresì EAD., voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, 2015, 193 e NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 141, secondo il quale «è necessario essere consapevoli del fatto che, quando la confisca colpisce cose coinvolte nella commissione del reato, in maniera completamente indipendente dal loro valore e sulla base di un semplice nesso di occasionalità, la misura realizza effetti che vanno ben al di là della mera prevenzione speciale/incapacità e il rischio di lesione del principio di proporzione (che dovrebbe informare non solo le pene ma tutte le misure a carattere afflittivo indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica) è sempre incombente».

²³ Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, ha in questo senso puntualizzato che «la confisca diretta costituisce una misura di sicurezza tradizionalmente basata sull'idea di pericolosità (della persona o della cosa); si tratta di misura concepita dal legislatore come priva di carattere punitivo: lo scopo della confisca-misura di sicurezza è tradizionalmente individuato in quello di prevenire la futura commissione di reati» (*Considerato in diritto*, § 7.1).

re per il reo uno stimolo alla commissione di ulteriori illeciti»²⁴.

Inoltre, sebbene la collocazione della confisca nell'ambito delle misure di sicurezza possa essere opinabile²⁵, lo sbilanciamento dalla *prevenzione* alla *repressione* necessiterebbe di nuove riflessioni circa la legittimazione della misura stessa. Infatti, se è vero che «[p]orre il problema di *statuto costituzionale* di questi istituti significa porre il problema della loro *legittimazione*»²⁶, è anche vero che *statuto costituzionale* e *legittimazione* non possono prescindere dal previo approfondimento delle finalità politico-criminali che potrebbero animare un determinato istituto²⁷.

Con l'ulteriore conseguenza che, laddove si rilevi la possibilità di asservire istituti proteiformi come la confisca degli strumenti anche a finalità punitive, prima di passare ai fatti sarebbe necessario verificare se *anche questo* diverso

²⁴ MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU?*, cit., 9. La stessa Corte costituzionale ha da poco sottolineato che potrebbe risultare persuasiva, in relazione alla previsione della confisca facoltativa ex art. 240 c.p., la ricostruzione secondo cui «la confisca dei beni strumentali avrebbe natura "preventiva", *sub specie* di misura di sicurezza, essendo finalizzata a sottrarre al reo occasioni per tornare a delinquere», con la funzione di «neutralizzare la possibile fonte di pericolo rappresentata dalla persistente disponibilità della cosa in capo al reo» (Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, *Considerato in diritto*, § 3.1.2).

²⁵ «L'inquadramento della confisca tra le misure di sicurezza, operato dal cod. Rocco, è apparso fin dall'inizio discutibile alla più attenta dottrina, che ha sottolineato in particolare che essa, come risulta dall'art. 236 (che non richiama tra le disposizioni applicabili gli artt. 202-204) non ha come presupposto la pericolosità sociale del condannato, con una vistosa divaricazione rispetto all'ordinario regime delle misure di sicurezza»: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. III. Art. 150-240*, Milano, 2011, 606-607. Si è inoltre rilevato che la stessa «durata perpetua della confisca appare compatibile con le finalità punitive e repressive della pena in senso proprio»: FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 25-26.

²⁶ PULITANÒ, *Sullo statuto costituzionale delle confische*, in *Giur. pen. web*, 2019, 1.

²⁷ In questo senso è fondamentale quanto affermato da Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196: «la presa d'atto [...] delle peculiari caratteristiche e funzioni che, rispetto alle pene, presentano le misure di sicurezza ha portato la dottrina a sottolineare la necessità, a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti. Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene» (*Considerato in diritto*, § 3.1.3). Inoltre, la recente Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783 ha rilevato «un crescente, generale, rilievo assunto dal criterio che ruota e valorizza lo scopo, punitivo o meno, della sanzione: è in ragione dell'esercizio – in qualsiasi forma attuata – da parte dello Stato della potestà punitiva che si pone la necessità di assicurare al destinatario lo statuto delle garanzie interne al perimetro della materia penale convenzionale» (*Considerato in diritto*, § 8.1).

utilizzo possa considerarsi legittimo²⁸.

La stessa incertezza circa le funzioni e le finalità di questo tipo di confisca permette di affermare che essa è molto diversa rispetto alla confisca del *profitto*. Infatti, in relazione a quest'ultima è possibile osservare, insieme ai giuriconsulti di età romana²⁹ e alle più recenti conclusioni della Corte costituzionale³⁰, che «essa, laddove correttamente applicata, piuttosto che perseguire una finalità repressiva, risponde ad una finalità di “compensazione” o “di riequilibrio dell'ordine economico violato”, riportando la situazione patrimoniale del reo nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione del reato»³¹.

Del resto, le diversità tra la confisca degli strumenti e quella del profitto emergono anche da un veloce sguardo ad ordinamenti diversi da quello italiano. Il riferimento va, ad esempio, all'ordinamento tedesco, ove si distinguono da un lato la confisca del profitto (§ 73 StGB, *Einziehung von Taterträgen*) e, dall'altro lato, quella del prodotto, delle cose che servono o furono destinate alla sua preparazione o commissione e dell'oggetto del reato (§ 74 StGB, *Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten*).

Alla diversità di paragrafo si ricollegano alcune differenze di disciplina: ad esempio, se per confiscare il profitto basta che il soggetto abbia agito anti-giu-

²⁸ Sul punto v. *infra*, 8.

²⁹ V. *supra*, 2.

³⁰ Nella sentenza Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, si afferma infatti: «Da tutto ciò consegue che, in tema di abusi di mercato, mentre l'ablazione del “profitto” ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del “prodotto” – identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione – così come quella dei «beni utilizzati» per commettere l'illecito – identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore – hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore. Tali forme di confisca assumono pertanto una connotazione “punitiva”, infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito» (*Considerato in diritto*, § 8.3.4).

³¹ MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 19, la quale prosegue evidenziando che essa impedisce «al reo di godere del frutto della sua attività in base al principio fondamentale che il crimine non rappresenta in uno Stato di diritto un legittimo titolo di acquisto di beni; la sottrazione del profitto accertato del reato non svolge, allora, una funzione repressiva, perché non comporta un sacrificio patrimoniale o una limitazione del diritto di proprietà per il reo». In questo senso muovono anche alcune considerazioni di Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7 (*Considerato in diritto*, § 3.1.2) e di Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783. In quest'ultima sentenza si rileva, però, che quanto più «si intenda estendere la tradizionale nozione di profitto per farvi ricomprendere anche i beni che non sono immediatamente derivanti dal reato, tanto più ci si allontana dall'idea che il fondamento dell'ablazione sia costituito dalla pericolosità in sé della cosa, in quanto direttamente proveniente dal reato» (*Considerato in diritto*, § 7.1).

ridicamente («rechtswidrige Tat»), per confiscare gli *instrumenta* è necessario che il soggetto abbia agito con dolo («vorsätzliche Tat»)³²; ancora, se la confisca del profitto è obbligatoria («so ordnet das Gericht»), quella ex § 74 è facoltativa («können eingezogen werden»)³³; da ultimo – questione di grande rilievo – il § 74 f (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), che *non* si applica alla confisca dei profitti, impone di rinunciare alla applicazione della confisca laddove essa violi il principio di proporzione³⁴.

Queste osservazioni, se combinate a quelle relative alle “radici” della confisca degli *instrumenta*, testimoniano la delicatezza del tema e l’importanza rivestita dall’interprete, che deve garantire che sia considerato “strumento” rilevante ai fini della confisca solo quello «immediatamente significativo sul piano lesivo nei confronti del bene tutelato». Infatti, «solo tale interpretazione valorizza la finalità preventiva della confisca-misura di sicurezza in esame e ne delimita l’ambito di applicazione, altrimenti prevarrà esclusivamente la finalità repressiva (quale vera e propria pena accessoria)»³⁵.

4. *Dalla confisca degli strumenti alle confische degli strumenti. In particolare, la confisca “societaria” ex art. 2641 c.c.* Questa norma fu introdotta nel testo del codice civile dal d.lgs. 61/2002, nel solco della “tendenza” del sistema verso forme speciali di confisca, caratterizzate per un verso dalla *obbligatorietà* e per altro verso dalla possibilità di essere disposte anche *per equivalente*. Essa prevedeva, prima dell’intervento della Consulta, che in caso di condanna o patteggiamento relativi ad un reato previsto dal titolo XI, libro quinto del codice civile «è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato *e dei beni utilizzati per commetterlo*» e, al co. 2, che «[q]uando non è possibile l’individuazione o l’apprensione dei *beni* indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una *somma di denaro o beni di valore equivalente*».

³² ESER-SCHUSTER, StGB § 73 *Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, in *Strafgesetzbuch*, Schönke-Schröder, 2019, Rn. 3.

³³ *Ibid.*, Rn. 28.

³⁴ Cfr. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di Castronuovo-Grandi, Napoli, 2021, 26.

³⁵ MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 194. V. sul punto anche *infra*, 7.1.

Degne di nota la restrizione del co. 1 ai soli «beni utilizzati» per commettere il reato, e non anche a quelli destinati a commetterlo – in relazione ai quali si sarebbe comunque potuto applicare l'art. 240 c.p.³⁶ – e la esplicitazione, a differenza di altri casi in cui è prevista la confisca per equivalente, delle «cause ostative della confisca ordinaria che consentono il ricorso a quella dell'equivalente, specificando che si ricorre ad essa quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni»³⁷.

Senza dilungarsi su questioni già approfondite in dottrina, è bene in questa sede svolgere alcune riflessioni utili all'analisi degli ultimi sviluppi relativi a questa norma. Lo si farà concentrando l'attenzione su alcune questioni centrali nello studio della confisca “societaria”: la possibilità di confiscare in via diretta delle somme di denaro (§ 4.1), la sua obbligatorietà (§ 4.2) ed infine la possibilità di disporla per equivalente (§ 4.3).

4.1. *La possibilità di considerare “bene” utilizzato anche il denaro.* Una prima questione concerneva la possibilità di confiscare in via diretta come “beni” utilizzati per commettere il reato anche le *somme di denaro*. Secondo l'interpretazione più diffusa in dottrina e giurisprudenza, «la nozione di “beni” è più ampia di “cose”, comprendendo anche il denaro»³⁸. Si è anche sostenuto che l'utilizzo del termine “bene” è forse apparso più congruo proprio «per comprendere ad esempio il denaro, spesso affiancato nel lessico penalistico alle cose (ad es. art. 646 c.p.)»³⁹.

Questa interpretazione, per i motivi che seguono, non può però essere (retrospettivamente) condivisa. In primo luogo, si postulava che la nozione di “be-

³⁶ ALESSANDRI, *La confisca*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Id., Milano, 2002, 107.

³⁷ VERGINE, *Il “contrasto” all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 112.

³⁸ Cass., Sez. V, 18 febbraio 2021, n. 6391. Cfr. altresì CGUE, sez. IV, 10 novembre 2022, § 33: «se è vero che una somma di denaro costituisce un «bene» che può essere confiscato [...], un bene siffatto può essere oggetto di una misura di confisca, in applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, della decisione quadro 2005/212, solo se corrisponde al vantaggio derivante da un reato, ossia il provento di tale reato, o allo strumento di tale reato, ossia l'oggetto utilizzato o destinato ad essere utilizzato per commettere il reato stesso». Da quest'ultima sentenza, però, essendosi pronunciata su un ordinamento diverso da quello italiano e su una materia diversa da quella analizzata, non possono essere tratte conclusioni cogenti.

³⁹ ALESSANDRI, *La confisca*, cit., 107.

ni” fosse più ampia di quella di “cose” e che comprendesse anche il denaro, senza portare alcun argomento ulteriore rispetto a quello del presunto significato del termine, peraltro estrapolato dal contesto. In secondo luogo, si travevano argomenti dal fatto che il denaro sarebbe spesso affiancato nel lessico penalistico alle cose, senza considerare però che in materia di confisca spesso non si contrappone il denaro alle cose, quanto piuttosto il denaro ai beni. Il riferimento va, ad esempio, agli artt. 240, co. 1, n. 1-*bis*, 240-*bis*, 493-*ter*, co. 2, 493-*quater*, 518-*duodevicies*, co. 3, 648-*quarter* c.p. Lo stesso può sostenersi quanto all’utilizzo dei termini nella descrizione di varie fattispecie penali (quali gli artt. 270-*quinquies*.1 e .2 c.p., 512-*bis*, 648-*bis*, 648-*ter*, 648-*ter*.1 c.p.). In terzo luogo, una analisi anche superficiale della connessione delle parole dell’art. 2641 c.c. avrebbe rivelato che il legislatore, nel secondo comma, disgiunge *nettamente* il concetto di *somma di denaro* da quello di *beni*.

Questi argomenti, insieme ad altri affacciatisi in giurisprudenza⁴⁰, avrebbero dovuto portare a propendere, già prima della dichiarazione di incostituzionalità della norma, per la tesi secondo cui le somme di denaro non fossero ri-

⁴⁰ Ad esempio, la vicenda processuale che ha portato alla pronuncia della Corte costituzionale sull’art. 2641 c.c. si sarebbe conclusa in maniera molto diversa se solo la Corte d’appello di Venezia non si fosse limitata a sostenere che «in forza delle univoche indicazioni fornite tanto dal Giudice delle leggi (cfr. Corte cost. 112/19) che da quello della nomofilachia (cfr. Cass. Sez. V, n. 42778 del 26.5.2017, dep. 19.9.2017, Consoli e altro), costituisce oramai *iuris receptum* il principio secondo il quale, nei reati finanziari, i beni utilizzati per commettere i reati siano costituiti dalle somme di denaro investite nelle operazioni all’origine della commissione delle attività criminose. Sicché le perplessità che pure non sarebbe irragionevole nutrire sul punto (segnatamente, in ragione della obiettiva difficoltà di applicare a tale categoria di reati, connotati da evidenti profili di “immaterialità”, una nozione – quella, per l’appunto, di beni strumentali rispetto alla commissione dei reati – che pare presupporre il ben più diretto rapporto di “strumentalità” proprio dei consueti *instrumenta sceleris*) debbono, necessariamente, essere accantonate» (App. Venezia, Sez. I, 4 gennaio 2023, 598). Infatti, se da un lato la Corte costituzionale non aveva riferito le proprie argomentazioni a tutti i “reati finanziari”, limitandole invece al tema degli “abusi di mercato” (cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, § 8.3.3), dall’altro lato la (sola) sentenza della Cassazione, che peraltro definiva un procedimento cautelare, non aveva di certo pronunciato un principio di diritto tanto consolidato da precludere un ulteriore approfondimento delle perplessità correttamente sollevate. Certo è necessario sottolineare che questa tesi ha superato anche il vaglio di Cass., Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 1991, della stessa ordinanza di rimessione Cass., Sez. V, 27 febbraio 2024, che definisce «condivisa» la giurisprudenza di queste sentenze secondo cui costituiscono beni utilizzati per commettere il reato confiscabili ai sensi dell’art. 2641 c.c. «i finanziamenti concessi da un istituto di credito a terzi per l’acquisto di azioni ed azioni dello stesso istituto e finalizzati a rappresentare una realtà economica del patrimonio di vigilanza dell’ente creditizio diversa da quella effettiva, con ostacolo delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza» (*Considerato in diritto*, § 4.2.1), nonché, infine, di Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, la quale ha comunque espresso delle perplessità che verranno approfondite *infra*, 5.4 e 7.1.

comprese nel perimetro della confisca obbligatoria in via diretta *ex art.* 2641, co. 1 c.c.⁴¹. Si segnala però che la prassi ha sempre considerato le somme di denaro suscettibili nella nozione di “beni utilizzati”: ne è diretta testimone la vicenda giudiziale che ha portato la Corte costituzionale a dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 2641 c.c., in cui si è discussa proprio una forma di confisca per equivalente di una somma di denaro in sostituzione di un’altra somma di denaro “utilizzata” per commettere il delitto.

Ritenere che il riferimento ai “beni” utilizzati *non* ricomprendesse il denaro avrebbe consentito di limitare i casi di confisca obbligatoria ai tradizionali *instrumenta sceleris*, evitando, almeno in parte, quegli eccessi di afflittività che hanno da ultimo portato la Consulta a dichiarare la norma in contrasto con il principio di proporzionalità⁴².

4.2. *L’obbligatorietà della confisca.* Come si è scritto, il passaggio alla facoltatività della confisca degli strumenti è frutto meditato delle codificazioni liberali e si rivela indispensabile “garante” del genoma preventivo che caratterizza nel disegno del codice le misure di sicurezza⁴³. Tuttavia, è ormai da tempo in atto una (ulteriore) inversione di tendenza. Si è rilevato infatti che «il rigoglio della confisca negli ultimi anni si è caratterizzato esclusivamente nel segno di una dilatazione della figura di tipo “obbligatorio”, con la creazione di nuove ipotesi sottratte ad ogni discrezionalità e estendendo altresì la gamma dei beni sottoponibili all’espropriazione»⁴⁴.

⁴¹ Per gli stessi motivi si sarebbe dovuto interpretare nella stessa maniera il concetto di “beni utilizzati” di cui all’art. 187-*sexies* del d.lgs. 58/1998. Anche qui il legislatore, al secondo comma, distingueva senza ambiguità le “somme di denaro” dai “beni”, con la conseguenza che i secondi, menzionati anche al co. 1, non avrebbero coerentemente potuto ricomprendere le prime. Tuttavia, la Corte costituzionale ha avallato l’interpretazione secondo cui possono essere “beni utilizzati” per commettere l’illecito anche delle somme di denaro. Il riferimento va alla fondamentale Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, ed in particolare al § 8.3.3. del considerato in diritto: «Quanto infine ai “beni utilizzati” per commettere l’illecito, in tema di abusi di mercato essi – lungi dal poter essere identificati nei tradizionali *instrumenta sceleris*, in genere rappresentati da cose intrinsecamente pericolose se lasciate nella disponibilità del reo, come negli esempi di scuola del grimaldello o della stampante di monete false – non possono che consistere nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall’autore».

⁴² Si tornerà su questo punto *infra*, 6.2 ss.

⁴³ V. *supra*, 2.

⁴⁴ ALESSANDRI, voce *Confisca nel Diritto penale*, cit., 49.

In questo come negli altri casi, “obbligatorietà” significa che al giudice non è più dato di valutare né l’effettiva pericolosità del bene sequestrato e poi confiscato, né la proporzionalità della misura. È quindi fondamentale, perché si possa continuare a riconoscere alla misura una finalità preventiva, che la “presunzione” di pericolosità operata dal legislatore sia ragionevole⁴⁵. È questo il caso, ad esempio, delle confische previste dall’art. 240, co. 2, n. 1⁴⁶ e n. 2⁴⁷ c.p., la cui «impostazione non è immediatamente trasferibile ad ogni previsione di confisca obbligatoria, particolarmente [a] quelle contemplate nella legislazione speciale in cui l’allargamento della necessità d’adozione del provvedimento ablativo è spesso scollegato da qualsiasi intrinseca pericolosità del bene colpito»⁴⁸.

Come si anticipava, anche la confisca “societaria” ex art. 2641 c.c. è caratterizzata dall’obbligatorietà e quindi dalla “chiusura” a qualunque indagine sulla «intrinseca pericolosità del bene colpito». Lo dimostra anche la prassi, in cui spesso si è confiscato come “strumento” del reato il denaro, fungibile per antonomasia.

L’unico margine interpretativo rimasto era quello relativo al rapporto fra *res* e reato, alla qualifica di “bene utilizzato *per*”. Si trattava tuttavia di un margine che da solo non riusciva ad evitare lo stravolgimento delle finalità di questa

⁴⁵ Cfr. *amplius infra*, 8.

⁴⁶ Si è correttamente rilevato che «qui il carattere doveroso, anziché facoltativo, del provvedimento deriverebbe dalla considerazione, basata sulla comune esperienza, che una pericolosità siffatta non può non scaturire dal mantenimento del corrispettivo economico ottenuto dal reo per il compimento dell’illecito (“il prezzo” del reato)»: BARAZZETTA, *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda-Seminara, 188.

⁴⁷ Si tratta in questo caso, infatti, di cose c.d. intrinsecamente criminose. Una eventuale illegittimità potrebbe qui derivare, più che dalla irragionevolezza della previsione obbligatoria della confisca, dalla illegittimità del reato “presupposto”. Invero, in dottrina si è affermato che «la stessa *confisca obbligatoria di cose intrinsecamente criminose* (il cui uso, detenzione, ecc. è penalmente vietato in modo assoluto), più che rappresentare una misura di carattere preventivo, collegata a una intrinseca pericolosità della cosa, costituisce, a ben vedere, una proiezione del regime normativo di una certa cosa (in altre parole della sua extracommercialità), alla quale deve essere negato qualunque profilo di carattere sanzionatorio, come dimostra la sua applicazione a *persone estranee alla commissione dell’illecito*»: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. III. Art. 150-240*, cit., 608. In realtà, la extracommercialità della cosa è indice della necessità di prevenirne la circolazione *erga omnes*. Pertanto, più che negarla, sembra potersi attribuire all’ipotesi della confisca obbligatoria di cose intrinsecamente criminose una valenza preventiva “rafforzata”. Ad ogni modo, anche da questa diversa prospettiva la conclusione non cambia: la confisca può dirsi legittima fintantoché la presunzione sia ragionevole.

⁴⁸ BARAZZETTA, *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, cit., 188.

forma di confisca.

Sono molti gli autori e le autrici che segnalano la portata della previsione relativa all'obbligatorietà della confisca. Si è affermato, ad esempio, che «[u]no dei segni più facilmente percettibil[i] dell'evolversi dell'istituto della confisca verso finalità repressive [...] è fornito dalle molteplici ipotesi di confisca obbligatoria previste dalla legislazione speciale, anche in relazione a delle cose che, in base alla disciplina generale dell'art. 240 c.p., sarebbero soggette esclusivamente alla confisca facoltativa o non sarebbero confiscabili, in particolare gli strumenti del reato non indispensabili per un'eventuale reiterazione del crimine, ma piuttosto facilmente sostituibili, sottratti al fine di imporre un ulteriore sacrificio economico rispetto alla pena principale»⁴⁹ e, ancora, che «[l]a privilegiata - o addirittura esclusiva - attenzione mostrata dal legislatore nei confronti della confisca obbligatoria rivela una sempre più accentuata curvatura dell'istituto verso soluzioni qualificabili in termini di pena accessoria»⁵⁰.

Queste considerazioni, soprattutto se riferite alla confisca degli *instrumenta delicti*, evidenziano in tutta la loro gravità gli effetti dirompenti causati dalla sottrazione al giudice del margine di discrezionalità nell'applicazione della confisca.

Come si è visto⁵¹, però, all'introduzione di *questa* confisca obbligatoria non si sono accompagnate attente riflessioni circa i problemi sollevati dalla sua «*natura accessoria*»⁵² di «pena patrimoniale non commisurabile, la cui determinazione dipende dalle circostanze del caso concreto, [che] non risponde, quindi, ai criteri di determinatezza, nonché di proporzione (anche rispetto ai criteri di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza) che dovrebbero caratterizzare le sanzioni penali»⁵³.

Sospendendo per il momento l'analisi di questi fondamentali problemi⁵⁴, è necessario approfondire anche la possibilità, prevista dal capoverso di questa norma, di disporre la confisca “per equivalente”.

⁴⁹ MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 208.

⁵⁰ ALESSANDRI, voce *Confisca nel Diritto penale*, cit., 49-50.

⁵¹ V. *supra*, 1.

⁵² FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 26-27.

⁵³ MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 208-209.

⁵⁴ V. *infra*, 6.2.2. ss.

4.3. *La confisca per equivalente, e in particolare la possibilità di applicarla anche al prodotto e al profitto.* Si è analizzato il primo comma dell'art. 2641 c.c., disciplinante la confisca *obbligatoria* che ha come oggetto (1) il prodotto o (2) il profitto e (3) i beni utilizzati per commettere il reato (in passato). Se già questa forma di confisca pone dei problemi non irrilevanti, risulta ancora più problematico il disposto del secondo comma, che reca una ipotesi di confisca *per equivalente*, anch'essa obbligatoria, avente come oggetto (1) una somma di denaro o (2) beni di valore equivalente.

Si è scritto che la confisca prevista dall'art. 2641, co. 2 c.c. «manifesta la profonda trasformazione intervenuta nell'ambito dell'istituto che ancora denominiamo “confisca”, dal momento che se il bene oggetto di definitiva apprensione può essere surrogato da danaro o beni equivalenti, ben difficilmente si potrà ancora parlare di misura di sicurezza: siamo di fronte ad una pura reazione punitiva, ad una pena che assume a misura un'entità oggettiva, sganciata dalla colpevolezza e, ancor più, dalla pericolosità, soggettiva e oggettiva»⁵⁵.

Ciò è pienamente condivisibile con riferimento alla confisca per equivalente degli *instrumenta*. Infatti, la *ratio* alla base della confisca degli strumenti, secondo cui è necessario confiscare beni considerati pericolosi perché legati al reato, non è comunicabile alla loro eventuale confisca per equivalente⁵⁶. La

⁵⁵ ALESSANDRI, *La confisca*, cit., 107. Similmente, si è scritto di «vocazione punitiva» di queste forme di confisca (FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 252-253). Nello stesso senso, anche se non con riferimento all'art. 2641 c.c., si è pronunciata Corte cost., ord. 2 aprile 2009: «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura “eminentemente sanzionatoria”, che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 cod. pen., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive (*ex multis*, Cassazione penale, sentenze n. 39173, n. 39172 e n. 21566 del 2008)». Si è descritto il fenomeno della confisca per equivalente anche nei termini di una «rottura» definitiva del legame con il reato, in chiave marcatamente sanzionatoria»: PISATI, *Le misure ablative patrimoniali e le tutele dei terzi nel procedimento penale*, Milano, 2024, 5.

⁵⁶ V. anche *infra*, 6.2.2. È necessario evidenziare che sono ipotizzabili, in realtà, dei casi-limite, definibili di “pura equivalenza”, in cui anche la confisca per equivalente degli strumenti potrebbe essere caratterizzata da una finalità preventiva. Il riferimento va ad esempio ai casi in cui un soggetto, avendo perso il possesso di uno strumento difficilmente sostituibile o comunque comotato da una evidente pertinenzialità al reato, se ne sia procurato un altro del tutto identico al primo, che ne condivide il “potenziale di pericolosità” ma che non debba essere a sua volta confiscato.

confisca per equivalente degli *instrumenta*, colpendo beni per definizione estranei alla vicenda criminosa che presuppone, è altro dalla corrispondente confisca diretta. Essendo *altro* dovrebbe avere un fondamento logico e giuridico *diverso*, che però è arduo rinvenire. L'unica opzione sarebbe quella di riconoscerne la natura *meramente punitiva*, constatandone però, al contempo, l'illegittimità. Come si vedrà⁵⁷, infatti, sarebbe inaccettabile che una sanzione punitiva venga parametrata, anche solo in parte, al valore degli strumenti utilizzati per commettere il reato.

È questo il motivo per cui numerose convenzioni internazionali si astengono dall'imporre la confisca per equivalente degli strumenti. Il riferimento va, ad esempio, alla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio⁵⁸, alla Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale⁵⁹ e alla Convenzione di Merida contro la corruzione⁶⁰.

È sempre questo il motivo per cui va censurato l'emergere, a livello sovranazionale, di una tendenza opposta. È il caso, ad es., della direttiva (UE) 2024/1260 riguardante il recupero e la confisca dei beni che, all'art. 12, § 2, impone agli Stati membri di adottare «le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni di valore corrispondente a beni strumentali»⁶¹.

Diverse valutazioni devono essere svolte per la confisca del profitto, la cui *ratio*, oltre ad essere completamente diversa da quella della confisca degli stru-

⁵⁷ Cfr. *infra*, 8.

⁵⁸ La quale all'art. 2.1 statuisce che «[c]iascuna Parte prende le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore *corrisponde a tali proventi*».

⁵⁹ Che all'art. 12 statuisce: «[s]e il *provento* di reato è stato trasformato o convertito, in tutto o in parte, in altri beni, tali beni possono essere oggetto di misure di cui al presente articolo al posto del provento» (§ 3) e, ancora: «Se il *provento* di reato è stato confuso con beni acquisiti da fonte legittima, tali beni, senza pregiudizio per i poteri di congelamento o sequestro, possono essere confiscati fino al valore stimato del provento di reato» (§ 4) senza alcun riferimento agli *instrumenta*.

⁶⁰ La quale all'art. 31 statuisce: «[s]e i *proventi* del crimine sono stati trasformati o convertiti, in parte od in tutto, in altri beni, questi ultimi possono essere oggetto delle misure di cui al presente articolo in luogo di detti proventi» (§ 4) e che «[s]e i proventi del crimine sono stati mischiati a beni legittimamente acquisiti, tali beni, fatto salvo ogni potere di congelamento o sequestro, sono confiscabili a concorrenza del valore stimato dei proventi che vi sono stati mischiati» (§ 5).

⁶¹ La questione è resa ancor più grave dal fatto (i) che è definito bene strumentale, dall'art. 3, n. 3), qualsiasi bene «utilizzato o *destinato ad essere utilizzato*, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere un reato», (ii) che la confisca non deve nemmeno essere sussidiaria alla confisca diretta, potendo anzi essere «alternativa alla confisca ai sensi del paragrafo 1» (così sempre l'art. 12, § 2). Sull'importanza della *sussidiarietà* cfr. subito sotto. Sulla direttiva (UE) 2024/1260 cfr. anche *infra*, 7.4.

menti, risulta invece facilmente comunicabile anche alla relativa confisca per equivalente. Infatti, in questo diverso caso l'attenzione non è concentrata sul singolo *bene* pericoloso, ma è rivolta in genere al *patrimonio* del reo, che non può subire un incremento all'esito della commissione di reati⁶².

Con specifico riferimento alla confisca per equivalente *del profitto* è quindi *tendenzialmente condivisibile* l'affermazione, peraltro ampiamente sostenuta in dottrina e in giurisprudenza⁶³, secondo cui essa «non ha la capacità di comminare un *quid pluris* di afflittivo laddove si limita a privare il soggetto, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato»⁶⁴.

Questa tesi risulta *tendenzialmente condivisibile*, perché essa può essere accolta solo alle seguenti condizioni: (i) che la confisca di valore venga applicata

⁶² In questo senso, Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783 rileva che «se l'afflizione conseguente alla confisca deriva solo dalla mera eliminazione dal *patrimonio* del reo di un bene che non sarebbe stato acquisito se non fosse stato commesso il reato, la misura mantiene un carattere afflittivo ma non assume anche contenuto punitivo. La ragione per cui in tali casi si vuole "bonificare" il *patrimonio* dell'agente, eliminando l'arricchimento illecito e, quindi, riportare la sua sfera giuridico-patrimoniale alla consistenza precedente al delitto, è costituita dalla necessità di ribadire, da una parte, che il reato "non paga" e, dall'altra, che l'accrescimento derivante da condotte penalmente rilevanti è sempre privo di legittima giustificazione [...]. Tali considerazioni spiegano dunque il carattere afflittivo della confisca per equivalente, ma non anche quello strettamente punitivo» (*Considerato in diritto*, § 9.2, corsivo aggiunto).

⁶³ Il riferimento va, da ultimo, a Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, secondo la quale se «è vero che la confisca per equivalente ha una funzione sanzionatoria perché con essa si "rompe" il nesso di pertinenzialità sul piano qualitativo tra bene e reato, per cui, invece di confiscare le esatte cose che sono entrate nella sfera giuridica dell'autore, se ne confiscano altre, dall'altro lato, è anche vero che le cose confiscate hanno lo stesso valore del provento, con la conseguenza che questa "rottura" non incide sull'essenza recuperatoria della confisca» (*Considerato in diritto*, § 11.1).

⁶⁴ MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, 2015, 202. La stessa autrice ha anche scritto che la confisca per equivalente del profitto sarebbe «solo un espediente tecnico per garantire la sottrazione dell'equivalente del profitto anche se distrutto, alienato, ecc., considerando che il reo non ha diritto a detenere il profitto perché il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni»: EAD., *La direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, cit., 23. Cfr. anche EPIDENDIO, *La confisca*, in *Diritto penale delle società. Tomo primo. I profili sostanziali*, a cura di Canzio-Cerqua-Lupària, Padova, 2014, secondo il quale «è la natura giuridica della confisca diretta (eventualmente applicata nella forma per equivalente) a determinare se essa possa essere considerata come "punizione", con tutte le conseguenze sopra viste, favorevoli (principio di legalità della pena) e sfavorevoli (principio concorsuale e solidaristico della responsabilità)» (664), e TRINCHERA, *Un pervicace non sequitur*, cit., il quale sostiene che «la confisca per equivalente del profitto del reato – come ogni altra ipotesi di confisca della ricchezza illecita – [...] non ha carattere sanzionatorio o afflittivo, poiché non è concepita dal legislatore come strumento che provoca sofferenza allo scopo di punire chi abbia commesso un illecito, bensì come istituto unicamente finalizzato a sottrarre al reo il suo illecito arricchimento» (481).

in via rigorosamente sussidiaria rispetto alla confisca diretta⁶⁵, e che non costituisca un «*escamotage* per superare l'onere della prova, consentendo di ricorrere sbrigativamente all'“equivalente” nella incapacità o impossibilità di circoscrivere esattamente tipologia e quantità del bene da aggredire»⁶⁶; (ii) che, nei casi di concorso di persone, il prelievo sia limitato al profitto effettivamente percepito⁶⁷; (iii) che, infine, essa sia diretta in via preferenziale sul denaro o su beni dal basso “potenziale personalistico”. Infatti, considerato che la Costituzione e le Convenzioni tutelano non solo il rapporto fra il singolo e il *valore economico* degli oggetti in sua proprietà, ma prima ancora il rapporto fra il singolo e l'oggetto in quanto “mezzo” per esprimere la sua personalità⁶⁸, l'eventuale confisca per equivalente di beni dall'alto valore personalistico potrebbe rendere anche la confisca di beni equivalenti al profitto *di per sé* assai afflittiva.

Si pensi, ad esempio, alla confisca per equivalente delle quote di una società di famiglia oppure della macchina, pur molto preziosa “economicamente”, del nonno, applicate anche se nel patrimonio del soggetto sarebbe stato pos-

⁶⁵ La giurisprudenza è sensibile a questa necessaria sussidiarietà della confisca per equivalente. Cfr., da ultimo, Cass., Sez. V, 18 febbraio 2021, n. 6391, spec. *Considerato in diritto*, § 2.2.2. Non si tratta, però, di una sensibilità condivisa dal legislatore europeo, che nella recente direttiva (UE) 2024/1260 ha (problematicamente) aperto alla possibilità di forme di confisca per equivalente *alternative* alla confisca diretta.

⁶⁶ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 250. In questo senso, Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783 ha recentemente sottolineato che nella confisca per equivalente «la verifica da parte del giudice assume, diversamente da quanto accade per la confisca diretta, natura bifasica: a una prima fase di identificazione di quanto confiscabile, segue, infatti, una seconda fase in cui, sulla base dell'accertato presupposto della indisponibilità attuale del bene da confiscare in via diretta, si procede all'apprensione del *tantundem* in una sede economica diversa» (*Considerato in diritto*, § 7).

⁶⁷ Il riferimento va a quelle osservazioni, assolutamente fondate, secondo cui laddove la confisca per equivalente del profitto venga «applicata al concorrente che non ha percepito il profitto o per intero a ciascun concorrente, diventa una vera e propria pena patrimoniale». Questa tesi, fra l'altro, ha ricevuto un ultimo significativo riscontro nella sentenza Cass., Ssez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, che ha affermato il seguente principio di diritto: «In caso di concorso di persone nel reato, esclusa ogni forma di solidarietà passiva, la confisca è disposta nei confronti del singolo concorrente limitatamente a quanto dal medesimo concretamente conseguito. Il relativo accertamento è oggetto di prova nel contraddittorio fra le parti. Solo in caso di mancata individuazione della quota di arricchimento del singolo concorrente, soccorre il criterio della ripartizione in parti uguali. I medesimi principi operano in caso di sequestro finalizzato alla confisca per il quale l'obbligo motivazionale del giudice va modulato in relazione allo sviluppo della fase procedimentale e agli elementi acquisiti».

⁶⁸ In questo senso MANTOVANI-FLORA, *Diritto penale. Parte speciale. II. Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2024, 16-17.

sibile confiscare denaro o beni “liquidi” ma meno importanti.

Solo a queste condizioni si potrà sostenere senza tema di smentite che «[l]a diversità di etichettatura fra la confisca del profitto e la confisca per equivalente è incongrua con l'identità di contenuto e di funzione degli istituti, dei quali l'uno è semplicemente sostitutivo dell'altro. Etichettare come pena un istituto che sostituisce (‘per equivalente’!) una misura di sicurezza, è una manipolazione concettuale»⁶⁹.

In questa prospettiva, la stessa alternativa posta dall'art. 2641, co. 2 c.c. fra la confisca per equivalente di una *somma di denaro* o di *beni di valore equivalente* non può considerarsi rimessa al mero arbitrio dell'interprete. Infatti, la norma deve essere interpretata nel senso che debba essere preferita la confisca di una somma di denaro a quella di beni di valore equivalente⁷⁰, e che fra beni di valore equivalente sia necessario rivolgere l'attenzione a beni che sembrano esprimere (in sede di sequestro) o che esprimono⁷¹ (in sede di confisca) un minor contenuto personalistico.

È necessario da ultimo interrogarsi sulla latitudine della confisca per equivalente *ex art.* 2641, co. 2 c.c. Non è mai stato revocato in dubbio, almeno nella prassi, il fatto che debbano essere confiscati per equivalente il “prodotto” e il “profitto” del reato. Al contrario: in un contesto di assoluta certezza circa la confiscabilità per equivalente di questi due elementi, in giurisprudenza si è affacciato il dubbio (presto chiarito) circa la possibilità di confiscare per equivalente i beni utilizzati per commettere il reato⁷².

⁶⁹ PULITANÒ, *Sullo statuto costituzionale delle confische*, cit., 3.

⁷⁰ Oltre a quello “personalistico”, ulteriore motivo a sostegno di questa interpretazione è che la confisca di beni di valore equivalente diversi dal denaro richiede, insieme alla stima del valore che non è possibile apprendere, anche quella del bene che si intende confiscare. Non è ragionevole salire questo “gradino di complessità” se nel patrimonio è rinvenibile della liquidità.

⁷¹ Si tratta di una circostanza che potrà facilmente essere accertata nel corso del processo interpellando il soggetto destinatario della misura. In altri termini, sarebbe auspicabile procedere in maniera simile a quanto dispone per il pignoramento l'art. 494 c.p.c.: «Il debitore può evitare il pignoramento versando nelle mani dell'ufficiale giudiziario la somma per cui si procede e l'importo delle spese, con l'incarico di consegnarli al creditore» (co. 1) e, ancora: «Può altresì evitare il pignoramento di cose, depositando nelle mani dell'ufficiale giudiziario, in luogo di esse, come oggetto di pignoramento, una somma di denaro uguale all'importo del credito» (co. 3). Questo paradigma, che certo andrà rimeditato prima di “impiantarlo” nel processo penale, potrebbe davvero contribuire a rendere più allineata ai principi la confisca per equivalente.

⁷² Il riferimento va a Cass., Sez. V, 19 settembre 2017, n. 42778, secondo la quale «[l]a formulazione te-

La rigorosa analisi della connessione delle parole dell'art. 2641 c.c., in realtà, porta a concludere che la confisca per equivalente, potendosi applicare «[q]uando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei *beni* indicati nel comma primo», può avere luogo *solo* (non *anche*) con riferimento ai «beni utilizzati per commetter[e]» il reato.

Infatti, dei tre elementi confiscabili in via diretta, ve n'è uno soltanto che reca la menzione del sostantivo “beni”; ed è a questa menzione che dovrà riconnettersi l'inciso «indicati nel comma primo», che altrimenti non avrebbe ragion d'essere⁷³.

Ad ulteriore conferma della tesi qui sposata, si prenda a riferimento l'art. 187-*sexies* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, un'altra confisca “speciale” giudicata, prima dell'elisione del riferimento ai beni utilizzati e al prodotto, molto simile a quella *de qua*⁷⁴. Se il suo primo comma riproduceva, *mutatis mutandis*, il primo comma dell'art. 2641 c.c., le cose mutavano notevolmente con riferimento al secondo comma. L'art. 187-*sexies* poneva infatti a presupposto della confisca di valore l'impossibilità di eseguire la confisca *a norma del comma 1*, lasciando intendere in maniera inequivocabile che il riferimento andava esteso a *tutte* le forme di confisca diretta. Si tratta di una formulazione “onni-comprendensiva”, a differenza di quella adottata nell'art. 2641, co. 2, c.c.

In definitiva, l'estensione della confiscabilità per equivalente al prodotto e al profitto rappresenta, a causa dell'infelice formulazione della norma, una interpretazione tanto diffusa in giurisprudenza quanto opinabile alla luce della

stuale del secondo comma dell'art. 2641, c.c. nel suo fare specifico riferimento ai “beni” indicati nel primo comma non può non ricomprendere *anche* le cose utilizzate per commettere uno dei reati previsti dal Titolo XI del Libro V c.c., che il primo comma dello stesso art. 2641 citato, definisce con l'inequivocabile locuzione di “beni utilizzati per commetterlo”. Tale approdo interpretativo deve ritenersi conforme al valore cogente, spesso obliterato dagli interpreti, della disposizione di cui all'art. 12, co. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello, innanzitutto, fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» (corsivo aggiunto). Tutto condivisibile, tranne l'“anche”.

⁷³ Tornando alla sentenza Cass., sez. V, 19 settembre 2017, n. 42778, si può quindi affermare che la Corte, interrogandosi sull'unica parte della norma che in realtà *non* pone problemi, erra nel dare per scontata la riconducibilità del prodotto e del profitto al novero dei beni confiscabili per equivalente.

⁷⁴ «1. L'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. 2. *Qualora non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1*, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente».

littera legis.

5. *La vicenda processuale da cui trae origine la pronuncia della Consulta.* La pronuncia della Corte costituzionale risponde a dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla Cassazione nell'ambito di un processo, di grande interesse mediatico, alla Banca Popolare di Vicenza e ad alcuni suoi alti dirigenti. Prima di analizzare l'ordinanza di rimessione, è bene ripercorrere brevemente le tappe processuali precedenti.

Ciò che viene addebitato a vari dirigenti della Banca Popolare di Vicenza è fondamentalmente la ripetuta concessione di finanziamenti a terzi soggetti finalizzati all'acquisto e alla sottoscrizione di azioni della banca per un controvalore complessivo di circa un miliardo di euro. Questo avrebbe determinato una apparenza di liquidità del titolo sul mercato secondario, consentendo al contempo la riduzione contabile del valore delle azioni proprie detenute dalla banca stessa. Di qui l'accusa di agiotaggio *ex art. 2637 c.c.*

Non solo. A vari soggetti è contestata altresì l'accusa di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza *ex art. 2638 c.c.*, perché avrebbero occultato con mezzi fraudolenti l'esistenza di tali finanziamenti durante le attività ispettive ed esposto fatti non rispondenti al vero circa la situazione patrimoniale della banca in varie comunicazioni trasmesse alle stesse autorità.

5.1. *Il primo grado.* Con la pronuncia depositata in cancelleria il 17 giugno 2021 il Tribunale di Vicenza chiuse il primo grado di questo complesso giudizio decidendo di confiscare a quattro persone fisiche, per equivalente, la somma di € 963.000.000,00.

È necessario sottolineare che, per irrogare quella che il Tribunale stesso riconosce essere una vera e propria *sanzione*, vengono spese tre pagine⁷⁵, a fronte delle circa seicento di motivazione⁷⁶.

Ciò premesso, il primo passaggio fondamentale per giungere a questa conclu-

⁷⁵ 812-814.

⁷⁶ Questo dato testimonia da un lato la scarsa sensibilità della prassi nell'applicazione di sanzioni pur molto afflittive e, dall'altro lato, la inevitabile (e spesso patologica) compressione della discrezionalità giudiziale che porta con sé ogni ipotesi speciale di confisca.

sione è quello in cui si afferma che «i reati di aggio e ostacolo alla vigilanza ascritti agli imputati sono stati commessi comunicando un patrimonio di vigilanza non corrispondente al vero in quanto dallo stesso non era stato scomputato il valore [...] delle operazioni di finanziamento correlate all'acquisto delle azioni della Banca, il cui ammontare è stato calcolato [...] in euro 963.000.000. Quindi, i finanziamenti erogati dalla Banca in esecuzione della scellerata prassi orchestrata dagli imputati, rappresentano i *beni utilizzati per commettere i delitti di cui agli artt. 2637 e 2638 c.c.* in quanto strumentalmente necessari per l'illecita alterazione del prezzo dell'azione e la creazione dell'artificiosa rappresentazione dell'entità del patrimonio di vigilanza» (corsivo aggiunto).

Ammesso (lo ammetteranno anche la Corte d'appello e la Cassazione) che il denaro possa rientrare nella nozione di “bene” da confiscare *ex art. 2641 c.c.*⁷⁷, va criticata la superficialità con cui il Tribunale argomenta sulla strumentalità dei beni rispetto ai reati contestati.

Nulla quaestio quanto alla qualificazione del denaro come “strumento” del reato di aggio, giacché la concessione di finanziamenti, secondo la ricostruzione accusatoria, sta al centro di quell'insieme di operazioni simulate ed altri artifici che avrebbe avuto come effetto la sensibile alterazione del prezzo delle azioni della banca.

Diversamente è a dirsi con riferimento al reato di ostacolo alla vigilanza. Dalle varie accuse formulate agli imputati emerge in maniera inequivoca che le fattispecie di ostacolo sarebbero state tutte integrate dalla *comunicazione* di informazioni false alle autorità di vigilanza. Di conseguenza, gli unici strumenti utilizzati per commettere i *contestati* fatti di ostacolo alla vigilanza sarebbero *carta e penna*.

Infatti, per capire che cosa sia “strumento” confiscabile non si può assolutamente prescindere dalle indicazioni che emergono dal capo d'imputazione, laddove non siano contraddette dalle successive risultanze processuali. Lo impone l'art. 24, co. 2 Cost. in combinato con l'art. 429 c.p.p., che statuisce che il decreto che dispone il giudizio deve contenere, fra le altre, «l'enunciazione, in forma chiara e precisa, delle *circostanze [...] che possono*

⁷⁷ Soluzione criticata *supra*, 4.1.

comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge».

Dato che su questo punto si concentra l'attenzione della Consulta, lo si analizzerà più nel dettaglio *infra*⁷⁸. Si tratta di una questione cruciale, perché nel momento in cui la vicenda verrà sottoposta a questa Corte tutte le fattispecie di aggraviotaggio risulteranno prescritte. Pertanto, l'unico reato cui potrà rimanere legata la confisca sarà proprio quello di ostacolo alla vigilanza.

5.2. (segue). Confisca per equivalente degli strumenti nei casi di concorso della responsabilità di enti e persone fisiche. Un altro passaggio fondamentale della decisione del Tribunale è quello che motiva sulla necessità di procedere alla confisca per equivalente. In particolare, si riporta che «[n]on è possibile, nel caso in esame, procedere alla confisca diretta dei beni utilizzati per commettere i reati nei confronti della BPVi in quanto l'istituto di credito è assoggettato a liquidazione coatta amministrativa. [...] Stante l'impossibilità di esperire la confisca diretta dei beni utilizzati per commettere i reati di aggraviotaggio e ostacolo alla vigilanza, deve essere disposta la confisca per il valore equivalente pari a euro 963.000.000 nei confronti [di alcuni degli imputati] in ossequio al principio solidaristico che ispira la disciplina del concorso di persone e che, di conseguenza, implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa in capo a ciascun concorrente, nonché con la natura della confisca per equivalente, a cui va riconosciuto carattere eminentemente sanzionatorio».

L'aspetto più critico di questa piega della motivazione⁷⁹ è che il Tribunale decide di confiscare per equivalente ai concorrenti-persone fisiche⁸⁰ una somma corrispondente al valore del denaro-strumento usato per commettere i reati, che però era di proprietà della banca e che non è mai transitato nel patrimo-

⁷⁸ V. *infra*, 5.4.

⁷⁹ Un altro profilo critico è rappresentato dall'insufficiente approfondimento della sussistenza del requisito della impossibilità della individuazione o dell'apprensione dei beni indicati nel primo comma dell'art. 2641 c.c. La Corte si limita infatti a richiamare dei precedenti di Cassazione che affermano che è possibile procedere al sequestro finalizzato alla confisca per equivalente anche nel caso di intervenuto fallimento della persona giuridica, senza approfondire le particolarità della procedura concorsuale cui si trovava assoggettata la Banca Popolare di Vicenza (liquidazione coatta amministrativa).

⁸⁰ Nel caso in esame viene infatti contestato un concorso della responsabilità (penale) di persone fisiche e (amministrativa da reato) di un ente nei reati di aggraviotaggio e di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

nio degli altri soggetti.

Lo fa senza considerare le particolarità della confisca per equivalente degli strumenti nei casi di concorso di persone del reato, applicando *de plano* le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in tema di concorso e confisca per equivalente *del profitto*⁸¹; lo fa, inoltre, senza interrogarsi in merito al rapporto fra la confisca *ex art.* 2641 c.c. e quella prevista dall'art. 19, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Rinviando a quanto già scritto *supra* circa le molte criticità sollevate dalla stessa previsione di una confisca per equivalente degli strumenti⁸², è necessario ricostruire brevemente le conclusioni della giurisprudenza più recente in materia di concorso di persone nel reato⁸³ e confisca del profitto, per poi mettere in luce i motivi per cui esse – a differenza di quanto postulato dal Tribunale – non siano applicabili alla confisca degli strumenti.

Alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, in caso di concorso di persone nel reato «la confisca è disposta nei confronti del singolo concorrente limitatamente a quanto dal medesimo concretamente conseguito». Laddove si verta in una situazione di *incertezza* circa l'individuazione della quota di arricchimento del singolo concorrente, invece, «soccorre il criterio della ripartizione in parti uguali»⁸⁴.

Criticabili o meno che siano, queste conclusioni non potranno *mai* applicarsi alla confisca per equivalente degli strumenti. A differenza del profitto, lo strumento preesiste al reato e fa parte del patrimonio acquisito legittimamente

⁸¹ Nessuno dei precedenti citati dal Tribunale di Vicenza a pagina 814 della sentenza riguarda infatti la confisca degli strumenti del reato.

⁸² Cfr. *supra*, 4.3.

⁸³ Come sostenuto dall'autorevole precedente Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, «il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale». *Nulla quaestio* in merito al fatto che nella ipotesi *de qua* si verta in un caso in cui dev'essere accertata la responsabilità concorsuale di una banca e di alcuni suoi alti dirigenti. In questo solco, si è rilevato in dottrina che «la Suprema Corte, [...] in applicazione del principio di solidarietà passiva, applica il sequestro per intero ai fini della confisca contemporaneamente nei confronti dell'ente, ai sensi degli artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231 del 2001, e delle persone fisiche responsabili del reato, ex art. 322-ter c.p., in una sorta di "concorso di persone" tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti»: MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 201.

⁸⁴ Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, *Considerato in diritto*, § 34.

dal soggetto che ne dispone. Se chi è proprietario dello strumento prima della commissione del reato lo rimane anche dopo, è difficile che si creino delle situazioni di incertezza circa la titolarità dello stesso.

Inoltre, se il profitto è “frutto” dell’unione delle forze dei compartecipi - e per questo può, nei casi di incertezza, presumersi ripartito in parti uguali fra di loro -, mai si potrà giungere ad una simile conclusione per lo strumento, a meno che non si voglia sostenere la tesi, evidentemente paradossale, che il reato dia origine ad una sorta di comunione forzata degli strumenti utilizzati. Se non è possibile confiscare gli strumenti *al loro proprietario* non vi è quindi alcuna ragione che legittimi la confisca per equivalente del loro valore presso i concorrenti che non ne avevano la titolarità.

In ogni caso, un simile regime avrebbe bisogno di una base giuridica solida, non essendo sicuramente sufficienti interpretazioni basate su poco chiari “principi solidaristici”.

Ad ulteriore supporto degli argomenti sopra riportati è necessario analizzare i rapporti fra la confisca degli strumenti nei confronti dell’ente e la confisca degli strumenti nei confronti delle persone fisiche.

La disciplina della confisca riveste un peso particolare nell’ambito della responsabilità da reato degli enti. Essa, infatti, trova la sua disciplina nell’art. 19, contenuto nella sezione II (*Sanzioni in generale*) del d.lgs. 231/2001, che però, a differenza degli artt. 240 c.p. e 2641 c.c., *non* contempla la confisca degli strumenti.

Tale responsabilità è stata estesa anche ai reati societari con l’introduzione dell’art. 25-ter da parte - è importante sottolinearlo - del d.lgs. 61/2002, lo stesso che ha introdotto all’art. 2641 c.c. la confisca c.d. “societaria”.

Sostenendo che alla banca non sarebbe stato possibile confiscare per equivalente gli strumenti del reato ai sensi dell’art. 2641 c.c. essendo questa soggetta a procedura concorsuale, il Tribunale postula che la stessa banca avrebbe potuto essere destinataria di questa misura.

Questo postulato, però, non è condivisibile. Infatti, se è vero che il d.lgs. 231/2001 commina un *autonomo* insieme di sanzioni agli enti, e che questo sistema di sanzioni contempla anche la confisca, e se è vero che la previsione della responsabilità dell’ente per i reati societari (agganciata a questo auto-

mo sistema di sanzioni) è stata introdotta insieme alla confisca *ex art.* 2641 c.c., non si può che concludere che all'ente dovranno essere applicate *sola-mente* le disposizioni del d.lgs. 231/2001. In altre parole, la disciplina di quest'ultimo decreto legislativo non può che prevalere su quella del codice civile.

Come è stato correttamente rilevato in dottrina, «[i]l coordinamento fra le due misure ablatorie [...] sembra dunque doversi risolvere nel senso dell'applicazione della confisca *ex art.* 2641 c.c. *esclusivamente* nei confronti della persona fisica autore del reato, mentre nei confronti della società potrà trovare applicazione solo la diversa misura – qualificata espressamente dal legislatore come “sanzione amministrativa” [...] – di cui all'art. 19 del citato decreto, con le limitazioni ivi previste (in particolare, inapplicabilità ai beni strumentali e al prodotto del reato ed in ogni caso di patteggiamento)»⁸⁵.

Ad ulteriore conferma che la confisca di cui all'art. 2641 c.c. sia applicabile solo alle persone fisiche e non agli enti si legga il disposto dell'art. 135 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), che nel 2004 ha esteso l'applicabilità dell'art. 2641 c.c. «a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche, anche se non costituite in forma societaria», e non agli stessi istituti bancari.

In questo senso si è autorevolmente rilevato che «la confisca così congegnata sembra promettere di mordere poco. Profitto, prodotto, prezzo e cose o beni strumentali saranno quasi sempre della persona giuridica, non del singolo autore e quindi la previsione dell'art. 2641 c.c. sembra avere fiato davvero corto»⁸⁶. In realtà, per riprendere la metafora fatta dall'illustre autore, l'“asma” di

⁸⁵ FOFFANI, *Commento all'art. 2641 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 2566. Un altro autore ha scritto che «[r]itenere che la responsabilità amministrativa della società per un reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio porti ad un allargamento della confisca, ad esempio dei “beni utilizzati per commetterlo” anche se gli stessi appartengono alla società, sembrerebbe entrare in collisione con l'espressa previsione dell'art. 19. Con un risultato ulteriormente paradossale se si pensa che l'eventuale allargamento della confisca alla società, non più ritenuta “estranea”, potrebbe colpire la società anche al di fuori delle ipotesi previste dal d.lgs. n. 231 del 2001: ossia quando il reato non è stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio o in assenza delle condizioni descritte dagli artt. 6 e 7, quando cioè non è possibile muovere un “rimprovero” alla società (senza qui affrontare il complesso tema della colpa di organizzazione)»: ALESSANDRI, *La confisca*, cit., 109-110.

⁸⁶ *Ibid.*, 110.

cui avrebbe dovuto soffrire l'art. 2641 c.c. è stata magicamente curata dal dilagare di interpretazioni, quali quella sposata dal Tribunale vicentino, secondo cui questa norma sarebbe applicabile anche agli enti.

Il combinato “letale” fra (i) estensione del concetto di “beni” utilizzati per commettere il reato fino a ricomprendersi anche il denaro, (ii) estensione dell'art. 2641 c.c. anche agli enti, (iii) estensione di riflessioni maturate nell'ambito della confisca per equivalente del profitto nei casi di concorso di persone anche ai casi di confisca degli strumenti, avrebbe reso possibile la “enorme” confisca, per equivalente, di una somma di quasi un miliardo di euro a quattro persone fisiche che mai ne avevano avuto la titolarità⁸⁷.

5.3. Il grado d'appello. Come si è visto, la sentenza d'appello⁸⁸ riserva un ulteriore colpo di scena. Accantonate, più per ossequio ai precedenti che per convinzione, le perplessità relative alla possibilità di considerare il denaro “strumento” per la commissione dei reati finanziari⁸⁹, la Corte veneziana ritiene che «disporre la confisca per equivalente nei confronti degli imputati significherebbe adottare un provvedimento sanzionatorio manifestamente sproporzionato, oltre che del tutto disancorato, per l'automaticità del relativo criterio di commisurazione, dal disvalore dell'illecito (nonché dei singoli contributi concorsuali), con conseguente violazione dei principi costituzionali in materia di rieducazione del condannato»⁹⁰. Lo fa condividendo quindi anche la tesi (che si è tentato di dimostrare infondata⁹¹) secondo cui sarebbe in astratto possibile applicare ai concorrenti la confisca per un valore equivalente a quello di strumenti a loro non appartenenti.

Nonostante i vari accenni al rischio di irrogare una pena “incostituzionale”, la

⁸⁷ È bene segnalare che la stessa Consulta rileva le criticità sottese a questa interpretazione: v. *infra*, 7.2.

⁸⁸ App. Venezia, Sez. I, 4 gennaio 2023.

⁸⁹ Sul punto cfr. diffusamente le conclusioni raggiunte *supra*, 4.1.

⁹⁰ App. Venezia, Sez. I, 4 gennaio 2023, 598-599. La Corte rimarca, infatti, «l'eclatante sproporzione tra l'afflittività insita nel provvedimento ablatorio disposto dal tribunale e la condotta posta in essere dagli imputati, condotta che, per quanto grave, è già adeguatamente punita dall'apparato sanzionatorio detentivo di riferimento, tale da prevedere una ampia forbice edittale del tutto idonea ad assicurare che la risposta punitiva sia doverosamente calibrata rispetto all'entità dell'offesa arrecata dal reato al bene giuridico presidiato dalla fattispecie incriminatrice e al contributo offerto da ciascun correo alla perpetrazione dei delitti».

⁹¹ Cfr. *supra*, 5.2.

Corte decide di non interpellare la Consulta, bensì di disapplicare l'art. 2641 c.c. Questa soluzione non solo non comprometterebbe né il principio di certezza del diritto né quello di legalità delle pene, che costituisce limite invocabile solo *pro reo*, ma sarebbe addirittura obbligata, giacché – così pare sostenere la Corte – proporre una eccezione di incostituzionalità contrasterebbe con quanto enunciato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 marzo 2022, pronunciata nella causa C-205/20⁹² la quale, «nel rispetto del primato del diritto sovranazionale, impone alle autorità giudiziarie nazionali di *assicurare che venga data celere attuazione* al principio di proporzione del trattamento sanzionatorio»⁹³.

Senza entrare nel dettaglio, basti rilevare che solleva gravi perplessità la tesi secondo cui il coinvolgimento della Corte costituzionale sarebbe addirittura *precluso* dalla necessità di una celere attuazione dei principi sovranazionali. Infatti «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione»⁹⁴.

Non solo. Come sostenuto da illustre dottrina, anche se l'intervento della Consulta «introduce un elemento di maggiore complessità nel meccanismo di eliminazione della sproporzione della sanzione, passando necessariamente per la sospensione del giudizio *a quo*», esso ha il rilevante pregio di orientare la prassi verso «un'unica soluzione, grazie a una pronuncia con effetto *erga omnes*, che evita in partenza quella situazione di incertezza e di (inevitabile) disparità di trattamento che consegue alla individuazione, da parte di ciascun singolo giudice penale, di soluzioni per risolvere l'antinomia tra diritto nazionale e diritto UE»⁹⁵.

D'altronde, come si vedrà, l'argomento secondo cui l'attesa della decisione

⁹² Sulla quale VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26 aprile 2022.

⁹³ App. Venezia, Sez. I, 4 gennaio 2023, 603 (corsivo aggiunto).

⁹⁴ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, *Considerato in diritto*, § 2.3. Cfr. anche Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, *Considerato in diritto*, § 2.2.2.

⁹⁵ Cfr. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 18.

della Consulta rischierebbe di ledere essa stessa i diritti degli imputati è dimostrato infondato dallo stesso prosieguo di questa vicenda giudiziale⁹⁶.

5.4. *L'ordinanza di rimessione firmata dalla Corte di cassazione.* L'ultimo fondamentale passaggio che ha portato alla pronunzia della Consulta è l'atto di promovimento del giudizio di legittimità costituzionale⁹⁷. Nella sua ordinanza la Cassazione deve rispondere alle doglianze sollevate dal Procuratore generale, che contesta «le argomentazioni utilizzate dalla Corte territoriale per giustificare la revoca della confisca per equivalente» argomentando, fra le altre, che «la valutazione di (s)proporzione espressa dalla Corte d'appello, che ha ritenuto idonea la pena detentiva prevista dagli artt. 2637 e 2638 codice civile “ad esaurire adeguatamente la risposta punitiva”, finisce per impedire l'applicazione della confisca, che il legislatore ha costruito come obbligatoria». La Cassazione osserva in primo luogo che le è interdetta, in assenza di una specifica impugnazione, l'analisi della «rilevanza preclusiva che avrebbe, rispetto alla possibilità di disporre la confisca diretta, la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa con conseguente spossessamento dell'istituto di credito»⁹⁸. La Corte evidenzia questo profilo perché probabilmente non condivide le conclusioni cui sono giunte le decisioni precedenti le quali, come si è visto, hanno escluso che fosse possibile confiscare direttamente le somme alla banca in ragione della sottoposizione di questa alla procedura concorsuale.

La Corte passa quindi ad analizzare il tema della prescrizione, che rileva perché se in primo grado la confisca è stata disposta a seguito della condanna per i reati di cui agli artt. 2637 e 2638 c.c., gli unici reati che *non* risultano estinti per prescrizione al momento del giudizio di Cassazione sono quelli di ostacolo alle funzioni di vigilanza *ex art.* 2638, cc. 2 e 3, c.c. Non potendo la Corte decidere sulla confisca in caso di estinzione del reato per prescrizione⁹⁹, è

⁹⁶ Cass., Sez. V, 27 febbraio 2024, prende infatti posizione contraria rispetto a quella prospettata dalla Corte d'appello (cfr. *Considerato in diritto*, § 6).

⁹⁷ Cass., Sez. V, 27 febbraio 2024.

⁹⁸ *Ibid.*, Considerato in diritto, § 4.2.1.

⁹⁹ La Corte basa la propria decisione sul precedente di Cass., Sez. un., 31 gennaio 2023, n. 4145, la quale aveva statuito che «[l]a disposizione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. ha, con riguardo alla confisca per

quindi fondamentale il rilievo per cui alcuni dei reati che hanno funto da presupposto per la sua applicazione non si sono ancora estinti. I reati che non risultano prescritti sono però anche quelli in relazione ai quali risulta più problematica, per almeno tre motivi, la qualificazione dei finanziamenti concessi dalla banca come *instrumenta*.

Il primo motivo, di carattere astratto, è ben evidenziato nella stessa sentenza della Corte costituzionale 4 febbraio 2025, n. 7. Secondo la Corte «ci si potrebbe invero interrogare sulla possibilità di qualificare come “beni utilizzati per commettere il reato” di ostacolo alle funzioni di vigilanza di cui all'art. 2638 cod. civ. le somme corrispondenti ai finanziamenti erogati a terzi dalla banca – nell’arco di svariati anni precedenti alle date in cui i quattro episodi delittuosi sono collocati dalla stessa pubblica accusa – per l’acquisto di azioni od obbligazioni dello stesso istituto. Ciò, in particolare, in relazione alla difficoltà di ritenere – *già sul piano linguistico, determinante ai fini del rispetto del principio di legalità in materia penale* [...] – che la condotta esecutiva di una qualsiasi delle fattispecie descritte dall'art. 2638 cod. civ. (compresa quella di “occultamento” di circostanze che la banca avrebbe dovuto comunicare) sia stata compiuta “utilizzando” le somme di denaro in parola, come richiesto dal censurato art. 2641, primo comma, cod. civ.»¹⁰⁰.

La seconda ragione che induce a ritenere non condivisibile la tesi della “strumentalità” dei finanziamenti rispetto all’ostacolo alle funzioni di vigilanza poggia sulla considerazione più ampia per cui, in un rapporto di strumentalità invertito, generalmente è lo sviamento dell’attività di vigilanza ad essere «finalizzato a compiere operazioni o a perpetuare prassi in qualche modo non aderenti alle regole di condotta promananti dalle autorità pubbliche»¹⁰¹.

Il terzo argomento si trae dalla lettura dei capi di imputazione relativi ai reati

equivalente e alle forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, natura anche sostanziale ed è, pertanto, inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha introdotto la suddetta disposizione».

¹⁰⁰ *Considerato in diritto*, § 2.1 (corsivo aggiunto). La Corte supera questi dubbi, ai ristretti fini della possibilità di analizzare nel merito la questione sollevata, rilevando che «la soluzione affermativa si fonda su un orientamento conforme della giurisprudenza di legittimità [...] la cui legittimità costituzionale non è qui in discussione», non essendo quindi *implausibile* la soluzione accolta nei gradi precedenti. Cfr. *infra*, 7.1.

¹⁰¹ PERINI, *Commento* all'art. 2641 c.c., in *Codice delle confische*, a cura di Epidendio-Varraso, 1031.

non ancora prescritti. Infatti, come si è visto¹⁰², agli imputati vengono contestate alcune *comunicazioni* non veritiere alle autorità di vigilanza. La domanda, quindi, è come potrebbero essere “strumenti” di tali comunicazioni le provviste utilizzate per le operazioni di finanziamento “nascoste” alle autorità. La verità è che gli unici strumenti confiscabili sarebbero eventualmente i supporti fisici che hanno servito alla predisposizione e all’invio delle comunicazioni agli enti di vigilanza.

In conclusione, è necessario sottolineare che la tesi della qualificazione del denaro come strumento del reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza, almeno se riferita ai fatti contestati nel caso di specie, si basa su una importante distorsione del concetto di “strumento”, e rischia così di mandare al macero le pagine di molti ed importanti autori e autrici che si sono spesi nel tentativo di circoscriverne la portata semantica.

Se è comprensibile che la Corte costituzionale abbia considerato “non implausibile” la tesi qui criticata al fine di giungere ad una pronuncia di incostituzionalità della norma, è anche necessario evitare, per il caso in cui una norma simile a questa venga reintrodotta, che tali interpretazioni si consolidino¹⁰³.

Problematicamente «esclusa la sussistenza di preclusioni all’applicazione, nel caso di specie, dell’art. 2641 c.c., primo e secondo comma, codice civile»¹⁰⁴, la Cassazione rileva che le considerazioni della Corte d’appello, secondo cui la confisca dei beni utilizzati *ex art.* 2641 c.c. sarebbe sempre e in ogni caso sproporzionata, si traducono «nella prospettazione di una interpretazione abrogatrice della previsione»¹⁰⁵.

La Cassazione rimarca quindi che l’art. 2641 c.c. non potrà sottrarsi alla ten-

¹⁰² V. *supra*, 5.1.

¹⁰³ V. *infra*, 7.1. Aperta la strada alla confisca del finanziamento nascosto all’autorità di vigilanza i limiti alla fantasia sono davvero pochi. Si pensi al caso di Tizio che ometta di riportare durante la sua escursione in qualità di testimone che, mentre si trovava all’estero, veniva contattato da Caio che gli aveva chiesto in prestito la vettura che poi è stata da quest’ultimo utilizzata, ad insaputa del primo, per commettere un omicidio. Ebbene, avendo Tizio *nascosto* all’accertamento giudiziale che Caio fosse in possesso della sua vettura il giorno del delitto (circostanza che “inchioderebbe” Caio), si dovrebbe concludere che la vettura è strumento del delitto di falsa testimonianza.

¹⁰⁴ Cass., sez. V, 27 febbraio 2024, *Considerato in diritto*, § 4.2.3.

¹⁰⁵ *Ibid.*

denza, segnata da importanti precedenti della giurisprudenza costituzionale e da alcuni interventi legislativi¹⁰⁶, a «restringere l'intervento ablatorio connotato da componenti punitivo-sanzionatorie» in ragione dei rischi collegati alla sua estensione ai mezzi utilizzati per commettere il reato¹⁰⁷.

Infatti, anche in questo caso la confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato non garantisce «al di fuori dei casi dei tradizionali *instrumenta sceleris*, in genere rappresentati da cose intrinsecamente pericolose se lasciate nella disponibilità del reo, la proporzionalità della risposta sanzionatoria»¹⁰⁸. Anzi, secondo la Corte si pone ancora prima un «problema di proporzionalità intrinseca alla misura, ossia di razionale costruzione dei suoi presupposti al fine di individuare una risposta adeguata al fatto considerato nella complessità dei suoi elementi costitutivi, altrimenti finendo per perdere ogni legame con la persona del colpevole».

Si tratta di considerazioni fondamentali, che portano la Cassazione, superata anche una precedente decisione che aveva respinto una eccezione di illegittimità costituzionale¹⁰⁹ della stessa norma, a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c. nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, in relazione agli articoli 3, 27, primo e terzo comma, 42 e 117 della Costituzione, quest'ultimo con riferimento all'articolo 1 del primo protocollo addizionale alla C.E.D.U., nonché agli articoli 11 e 117 della Costituzione, con riferimento agli articoli 17 e 49, par. 3 CDFUE.

6. *Corte cost. 7/2025*. Dopo aver ripercorso i tre gradi di giudizio è ora necessario analizzare come la Corte costituzionale abbia chiuso la “parentesi” aper-

¹⁰⁶ Il riferimento va in particolare a Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112 e alla L. 23 dicembre 2021, n. 238 che ha modificato l'art. 187, co. 1 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, eliminando ogni riferimento alla confisca del “prodotto” e dei “beni utilizzati per commettere” il reato.

¹⁰⁷ Prosegue la Corte: «Al contrario, limitando la confisca al profitto del reato, si realizza una proporzione sostanzialmente automatica tra il vantaggio scaturente dalla commissione dell'illecito e l'ammontare della confisca, anche per equivalente, senza alcun riverbero sull'entità del trattamento sanzionatorio» (*Ibid.*, § 5).

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Cass., Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 1991.

ta dalla Cassazione relativa alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c.

6.1. *L'ammissibilità.* Il primo punto che viene in rilievo concerne l'ammissibilità della questione. Qui la Corte, come si è visto¹¹⁰, pur sollevando alcune rilevanti perplessità, ritiene "non implausibile" la tesi secondo cui sarebbero beni utilizzati per commettere il reato di ostacolo alle funzioni di vigilanza i denari che la banca avrebbe usato per finanziare l'acquisto delle proprie azioni.

La Corte mostra inoltre di condividere l'impostazione adottata dalla Cassazione che, invece di disapplicare la norma sospettata di incostituzionalità, si è rivolta al "legislatore negativo". Infatti, un intervento con effetti *erga omnes* non solo garantisce la parità di trattamento, ma è anche «necessario al fine di assicurare che di tali valutazioni possano giovare anche coloro che abbiano subito condanne definitive»¹¹¹.

6.2. *Il merito.* Quanto al merito della questione, molto si è già anticipato. La confisca degli strumenti, anche se facoltativa e disposta in via diretta, è inevitabilmente caratterizzata anche da tratti punitivi. Infatti, essa mira a scindere un rapporto instauratosi *legittimamente* fra reo e *res*¹¹². Questa dimensione punitiva della misura è rafforzata da interpretazioni le quali, lungi dall'attenersi alle riflessioni maturate in dottrina, permettono di giungere alla confisca di "strumenti" che in realtà non sono tali (come, ad esempio, nella vicenda *de qua*).

La finalità punitiva prende, poi, il sopravvento laddove il legislatore devii dal modello base, prevedendo che la confisca sia *obbligatoria*¹¹³. Lo dimostra innanzitutto la storia della confisca degli strumenti, in cui il passaggio alla facoltatività, compiuto durante la codificazione liberale, si è reso necessario proprio per evitare «enormità» simili a quelle cui ci stanno abituando le confische

¹¹⁰ V. *supra*, 5.4.

¹¹¹ Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, *Considerato in diritto*, § 2.2.3.

¹¹² V. *supra*, 3.

¹¹³ V. *supra*, 4.2.

speciali¹¹⁴.

La situazione è ulteriormente aggravata laddove essa possa essere disposta anche *per equivalente*. Infatti, questa previsione, già di per sé criticabile per i vari motivi che si sono visti¹¹⁵, ha aperto la strada ad applicazioni che, insensibili alle particolarità della confisca degli *instrumenta*, colpiscono il patrimonio di soggetti che non sono mai stati titolari dello strumento “originale”¹¹⁶.

È necessario ora valorizzare le considerazioni già svolte alla luce della giurisprudenza del Tribunale delle leggi.

6.2.1. *I precedenti della giurisprudenza costituzionale.* È necessario prima di tutto analizzare i precedenti pronunciamenti della Consulta *in subiecta materia*, considerato il fondamentale ruolo argomentativo svolto da alcuni di questi e nell’ordinanza di rimessione e nella sentenza della Consulta.

Di confisca degli strumenti la Corte si è già occupata nella sentenza 17 luglio 1974, n. 229, concernente l’art. 116 della legge doganale del 25 settembre 1940, n. 1424¹¹⁷, testualmente riportato nell’art. 301, co. 1 del testo unico delle leggi doganali (d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e da ultimo confluito nel d.lgs. 26 settembre 2024, n. 141¹¹⁸. In quel caso, sia pure in *obiter*, venne sostenuto che la obbligatorietà della confisca delle *cose* che servirono o furono destinate a commettere il reato «trova una *ragionevole giustificazione ai fini di una lotta più incisiva ad una attività penalmente illecita*, e ritenuta dal legislatore, in base al suo *libero apprezzamento*, particolarmente lesiva degli interessi finanziari dello Stato oltreché per la sua diffusione anche per la organizza-

¹¹⁴ V. *supra*, 2.

¹¹⁵ V. *supra*, 4.3.

¹¹⁶ V. *supra*, 5.2.

¹¹⁷ «Nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l’oggetto ovvero il prodotto o il profitto».

¹¹⁸ Recante «[d]isposizioni nazionali complementari al codice doganale dell’Unione e revisione del sistema sanzionatorio in materia di accise e altre imposte indirette sulla produzione e sui consumi». L’allegato 1, art. 94, co. 1, così dispone: «Nei casi di contrabbando, è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l’oggetto ovvero il prodotto o il profitto. Quando non è possibile procedere alla confisca delle cose di cui al primo periodo, è ordinata la confisca di somme di denaro, beni e altre utilità per un valore equivalente, di cui il condannato ha la disponibilità, anche per interposta persona». Va segnalato che non sono state eliminate le parti della norma già dichiarate incostituzionali.

zione capillare e le multiformi diramazioni di cui è in grado di poter disporre»¹¹⁹.

Si tratta di un precedente che, anche se poco argomentato, aveva in effetti avallato la prassi delle confische obbligatorie delle cose-strumenti, censurandole solo laddove queste ultime fossero appartenute a persone estranee al reato cui non fosse imputabile un difetto di vigilanza.

Appare singolare che la Corte costituzionale, nelle successive sentenze del 10 maggio 2019, n. 112 e del 4 febbraio 2025, n. 7, entrambe relative a beni-strumenti, si sia “dimenticata” di questa prima, risalente, pronuncia. Il precedente avrebbe potuto essere valorizzato, oltre che per segnalare la mutata sensibilità nei confronti del fenomeno, anche per interrogarsi in merito alla possibilità di dichiarare incostituzionali le relative norme nella parte in cui obbliga(va)no il giudice a confiscare i beni-strumenti e non solamente le cose-strumenti (quest’ultima formulazione essendo stata salvata proprio nel 1974).

Ad ogni modo, la sentenza che ha “inaugurato” la strada poi percorsa dalla Corte anche nel 2025 è stata proprio Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, avente ad oggetto l’art. 187-*sexies* del d.lgs. 58/1998¹²⁰ che prevedeva al comma 1: «L’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell’illecito e dei beni utilizzati per commetterlo» e al capoverso: «Qualora non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente»¹²¹.

Il caso di specie aveva come protagonista un soggetto il quale, in possesso di un’informazione privilegiata, aveva speso una rilevante somma di denaro per acquistare titoli (strumenti del reato) che, successivamente agli eventi a lui noti, sarebbero costati circa € 25.000 in più, plusvalenza che dunque rappresenta il profitto del reato.

Al soggetto erano stati sequestrati beni di valore corrispondente a quello delle

¹¹⁹ Corte cost., 17 luglio 1974, n. 229, *Considerato in diritto*, § 2 (corsivo aggiunto).

¹²⁰ Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

¹²¹ Si è già fatto riferimento a questa norma *supra*, 4.3, come possibile appiglio argomentativo per sostenere che essendo il richiamo di cui all’art. 2641, co. 2, limitato ai “beni” (e non esteso in generale al “comma 1”), la confisca per equivalente, in quel caso, potrebbe applicarsi solo relativamente ai *beni* utilizzati per commettere il reato, e non anche al prodotto e al profitto.

azioni acquistate, sino a concorrenza dell'importo pari al valore di quelle azioni, sulla base però del loro prezzo "successivo", che corrispondeva al valore degli strumenti del reato (prezzo dei titoli al momento dell'acquisto) sommato a quello del profitto (plusvalenza).

La Corte costituzionale prende l'abbrivio da una tesi chiara: «non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile [...] alla generalità delle sanzioni amministrative»¹²². In quest'ambito esso, a differenza che *in criminalibus*, è però fondato sull'art. 3 Cost. in combinato con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione, non anche sull'art. 27 Cost.

La Corte sostiene quindi che questo tipo di confisca assuma «una connotazione "punitiva", infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito». La combinazione fra la confisca, che non può essere quantitativamente modulata, e la sanzione amministrativa pecuniaria, dalla severità eccezionale, «necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati»¹²³.

La norma viene quindi dichiarata incostituzionale nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, anche del «prodotto» dell'illecito e dei «beni utilizzati» per commetterlo, e non del solo «profitto». Fra i parametri *non* figura l'art. 27, cc. 1 e 3 Cost.

La sentenza è stata criticata poiché «a tratti, in termini eccessivamente perentori, sembra escludere la possibilità *tout court* che il legislatore possa utilizzare una confisca concepita in termini punitivi, soluzione che non ci sentiamo di condividere in quanto determinerebbe un eccessivo vincolo al legislatore. Insomma, sarebbe ben possibile e plausibile prevedere una confisca anche punitiva là dove il fatto viene punito con una pena privativa della libertà personale»¹²⁴.

¹²² Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, *Considerato in diritto*, § 8.2.2.

¹²³ *Ibid.*, § 8.3.6.

¹²⁴ BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 4, 1460.

Tuttavia, essa sembra giungere ad una soluzione equilibrata. Infatti, non è possibile ignorare che sulla stessa questione si era espressa anche Corte cost. 15 novembre 2012, n. 252, che aveva dichiarato *inammissibile* la questione di costituzionalità dello stesso articolo perché il *petitum* mirava ad «introdurre un innovativo “terzo regime”, a carattere intermedio (la “graduabilità”), a fronte del quale la discrezionalità amministrativa o giudiziale si esplicherebbe in relazione al quantum. La confisca degli “strumenti finanziari movimentati” resterebbe, cioè, obbligatoria, ma non “obbligatoriamente integrale”»¹²⁵.

Si trattava di un intervento che, anche se magari più sensibile alle istanze del legislatore, non poteva essere compiuto dalla Corte, giacché assumeva «il carattere di una “novità di sistema”: circostanza che lo colloca al di fuori dell’area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimmetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore»¹²⁶.

Paradossalmente risulta quindi meno lesiva della libertà del legislatore questa pronuncia caducatoria rispetto ad una pronuncia volta ad innovare ulteriormente i tratti caratterizzanti la confisca. Ad ogni modo, come si tenterà di dimostrare *infra*¹²⁷, quanto al ristretto ambito degli *instrumenta delicti* la previsione di una confisca prevalentemente punitiva non potrebbe che essere illegittima.

6.2.2. *I profili di novità.* Il precedente del 10 maggio 2019, n. 112 riveste un ruolo fondamentale nella trama argomentativa della sentenza del 2025. La Corte però reputa che la circostanza che «la confisca oggi all’esame sia applicabile non da un’autorità amministrativa, ma dallo stesso giudice penale in conseguenza della condanna per un reato, esige qualche ulteriore precisazione rispetto agli argomenti utilizzati in quella pronuncia»¹²⁸.

¹²⁵ Corte. cost. 15 novembre 2012, n. 252, *Considerato in diritto*, § 4.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ V. 8.

¹²⁸ *Considerato in diritto*, § 3.1. Già in passato autorevole dottrina aveva affermato, con riferimento alla confisca dei beni contemplata nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo, che sarebbe erroneo «limitarsi a considerare il carattere solamente preventivo o repressivo della sanzione, senza guardare quale sia l’organo al quale ne è devoluta l’applicazione; ed insufficiente sarebbe guardare solo a quest’ultimo senza dar peso alla funzione che la sanzione stessa appare chiamata ad esplicare»: VASSALLI, *La confisca*

Sulla premessa che la denominazione *confisca* di una determinata misura non permetta di dedurre quale sia lo statuto costituzionale cui sottoporla, la Corte chiarisce che se da un lato la confisca del profitto ha funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente alla commissione del fatto, lo stesso non può dirsi per la confisca dei beni strumentali. Infatti, in quest'ultimo caso essa «incide su beni non ottenuti attraverso un'attività criminosa, e che dunque, di regola, erano legittimamente posseduti dall'autore del reato al momento del fatto; sicché la loro ablazione ad opera del giudice penale determina un peggioramento della sua situazione patrimoniale preesistente al reato»¹²⁹.

Il fatto che la confisca degli strumenti incida su beni legittimamente detenuti dal soggetto permette di escludere che essa abbia funzione ripristinatoria, ma non consente ancora di affermarne la funzione punitiva.

Un ulteriore elemento fondamentale da valutare concerne il margine di discrezionalità che viene lasciato al giudice. In particolare, laddove un margine vi sia è più agevole concludere per la finalità preventiva di tale confisca; al contrario, laddove non sia «previsto un accertamento caso per caso da parte del giudice circa l'effettiva sussistenza di un pericolo di reiterazione del reato, connesso al persistente possesso del bene da parte dell'autore», «la qualificazione di una tale confisca in termini di misura di sicurezza diviene assai più ardua»¹³⁰.

Tornando alla confisca obbligatoria di beni strumentali *ex art. 2641 c.c.*, la Corte, esclusa la natura preventiva, ne afferma la «natura autenticamente “punitiva”» e addirittura, considerata l'applicazione da parte del giudice penale, di vera e propria «“pena” di carattere patrimoniale, che si aggiunge alle altre sanzioni principali previste in conseguenza della commissione di ciascun reato»¹³¹.

dei beni, cit., 29. Quanto a quest'ultimo monito, la Corte lo supera *anche* facendo riferimento alla precedente sentenza del 2019, in cui si era lungamente discusso proprio della funzione di un tipo di confisca obbligatoria e per equivalente degli strumenti.

¹²⁹ *Considerato in diritto*, 3.1.2. Sul punto cfr., *amplius, supra*, 3.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.* In questo senso, Vassalli afferma: «Ogni qualvolta noi troviamo una sanzione di contenuto afflittivo (in senso giuridico ed istituzionale), la quale non può essere inflitta che dalla giurisdizione penale e per fatti di cui solo la giurisdizione penale stessa può accertare la sussistenza e le responsabilità, noi dobbiamo riconoscere in detta sanzione una pena criminale. Ogni altro carattere può avere un valore

Lo stesso sostiene la Corte per la confisca di beni o somme di valore *equivalente* ai beni utilizzati, sulla premessa per cui se una confisca ha natura di pena, «quella medesima natura dovrà essere ascritta anche alla corrispondente ipotesi di confisca per equivalente»¹³².

Come si è già visto¹³³, l'equazione "natura della confisca base = natura della corrispondente confisca per equivalente"¹³⁴ potrebbe trarre in inganno. Infatti, essa è condivisibile *solo* per i casi di confisca *la cui funzione può essere comunicata alla corrispondente forma per equivalente*.

È questo il caso, ad esempio, della funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente alla commissione del reato, che permane indipendentemente dal bene che viene espropriato¹³⁵. Non è questo, invece, il caso della funzione preventiva della confisca degli strumenti. Infatti, se è vero che la funzione preventiva della confisca sta e cade insieme alla ragionevolezza della valutazione sull'*an* della pericolosità da parte del giudice (nei casi di confisca facoltativa) o del legislatore (nei casi di confisca obbligatoria), è anche vero che non si può considerare ragionevole¹³⁶ a fini preventivi la confisca obbliga-

sussidiario, non mai decisivo» (*La confisca dei beni*, cit., 67). Ciò premesso, lo stesso autore evidenzia che «carattere strutturale fondamentale ed imprescindibile della confisca dei beni contemplata nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo ci appare anzitutto quello relativo al potere al quale ne vediamo affidata, in via costante ed esclusiva, l'applicazione: il potere giudiziario, la giurisdizione criminale. Tale carattere è già, a nostro avviso, sufficiente di per sé solo per consentire l'affermazione che la confisca in esame non è una *sanzione amministrativa*, né sotto l'aspetto della pena fiscale, né sotto quello della pena di polizia, né sotto qualsiasi altro ancora»: *Ibid.*, 29-30. Si tratta di tesi che risuonano in questi importanti passaggi argomentativi della Consulta. Quanto alla decisività, nella valutazione della natura giuridica della confisca, della considerazione dell'organo che è deputato ad applicarla, è necessario menzionare la sentenza Corte cost. 24 gennaio 2023, n. 5, ove si è affermata la natura non punitiva ma preventiva della confisca obbligatoria di armi *già legittimamente detenute*, pur applicata in seguito all'accertamento di un reato (consistente nella mancata denuncia del trasferimento in altra località delle armi stesse) da parte del giudice penale. In questo senso, senza entrare nel merito di quest'ultima decisione, è necessario evidenziare (come peraltro fa lo stesso Vassalli in un passaggio precedentemente citato) che sarebbe erroneo guardare solo all'organo che applica la confisca senza dar peso ad altri indici quali la sua funzione.

¹³² *Considerato in diritto*, 3.1.3.

¹³³ V. *supra*, 4.3.

¹³⁴ Da ultimo confermata da Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, secondo la quale «[l]a natura della confisca per equivalente deriva e dipende dalla natura della confisca diretta a cui accede: se la confisca diretta ha natura "recuperatoria" (confisca del profitto), la confisca per equivalente sarà recuperatoria; se la confisca diretta ha carattere punitivo – perché, ad esempio, si quantifica per eccesso il profitto – la confisca per equivalente sarà punitiva (*Considerato in diritto*, § 11.1).

¹³⁵ Si vedano però le precisazioni riportate *supra*, 4.3.

¹³⁶ Vanno fatte salve, come si è visto, alcune ipotesi-limite che si sono definite di "pura equivalenza" (v.

toria di beni per un valore *equivalente* agli strumenti, che colpisce beni per definizione estranei alla vicenda criminosa e *legittimamente acquisiti*.

In definitiva, anche una confisca per equivalente “corrispondente” ad una ipotetica confisca degli strumenti *facoltativa* e assistita da una clausola di proporzionalità che consenta (nel caso di beni divisibili) di confiscare solo una parte del bene, avrà natura *punitiva*.

Risulta quindi condivisibile l’affermazione della natura punitiva della confisca ex art. 2641, co. 2 c.c., ma non il percorso argomentativo che ad essa conduce.

6.2.3. *Il dispositivo*. L’affermata natura di pene delle confische degli strumenti ex art. 2641 c.c. “trascina” con sé l’applicabilità del principio secondo cui esse non possono rappresentare reazioni sproporzionate rispetto alla gravità del reato, fondato sugli artt. 3 e 27, co. 1 e 3 Cost. ma anche sull’art. 49, § 3, CDFUE (applicabile *ratione materiae*)¹³⁷. Ciò impone «che l’autorità preposta alla loro applicazione disponga di un potere discrezionale rispetto alla loro applicazione, sì da evitare non solo che la sanzione pecuniaria risulti esorbitante rispetto alla capacità del condannato di farvi fronte, ma anche che essa possa determinare un effetto palesemente eccessivo sulle sue stesse condizioni di vita»¹³⁸.

A questi *standard* non è allineato l’art. 2641 c.c. nella parte in cui «vincola il giudice ad applicare la misura anche quando, nel caso concreto, essa risulti sproporzionata»¹³⁹. Per questo s’impone una declaratoria di incostituzionalità del secondo comma «nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli utilizzati per commettere il reato». Infatti, non sarebbe percorribile l’alternativa di rendere facoltativa la relativa confisca, trattandosi di una soluzione innovativa non reperibile nell’ordinamento italiano ed essendo necessario in ogni caso cedere il passo alla valutazione del legislatore.

supra, 4.3).

¹³⁷ Per motivi però diversi rispetto a quelli evidenziati dal giudice *a quo*: *Considerato in diritto*, § 2.3.

¹³⁸ *Considerato in diritto*, § 3.2.

¹³⁹ *Considerato in diritto*, § 3.3.

Pur investendo la censura del rimettente solo la confisca per equivalente, la Corte dichiara incostituzionale *tout court* anche la confisca diretta degli strumenti *ex art. 2641, co. 1 c.c.*

7. *L'impatto della decisione sul diritto vigente.* La pronuncia ha caducato ogni previsione relativa alla confisca degli "strumenti" in ambito societario. Questa è la prima sua conseguenza. È d'uopo ora interrogarsi però in merito agli ulteriori effetti della decisione sul diritto vigente.

7.1. *Il richiamo ad una interpretazione secondo legalità del nesso di strumentalità.* Uno dei passaggi che potrebbe dirompere la prassi è quello in cui la Corte censura strenuamente l'interpretazione secondo cui sarebbero "strumenti" del delitto di ostacolo alle funzioni di vigilanza anche i denari investiti in operazioni poi nascoste alle autorità di vigilanza¹⁴⁰, affermando che il principio di legalità deve illuminare anche l'interpretazione del nesso di strumentalità di un bene rispetto ad un reato.

Lungi dall'essere confinato all'ambito della confisca in materia societaria, questo velato monito ad evitare di cadere nella tentazione di definire "utilizzato" qualunque bene anche se solo indirettamente legato al fatto o direttamente legato ad atti meramente preparatori sembra riferibile ad *ogni* ipotesi di confisca degli strumenti.

7.2. *La censura "soft" dell'orientamento secondo cui la confisca per equivalente degli strumenti sarebbe applicabile anche ai concorrenti non proprietari.* Si è molto criticata l'interpretazione, sostenuta nei vari gradi di giudizio che hanno portato alla pronuncia della Consulta, secondo cui si sarebbero potuti confiscare per equivalente *a delle persone fisiche* gli strumenti utilizzati per commettere il reato che sono però di proprietà dell'ente¹⁴¹. Anche la Corte costituzionale non sembra condividere questo approccio quando rileva che le incongruità sottese all'art. 2641 c.c. «si amplificano ove si consideri che il diritto vivente – la cui legittimità costituzionale non è, in questa sede, in discus-

¹⁴⁰ Considerato in diritto, § 2.1 sul quale v. anche *supra*, 5.1 e 5.4.

¹⁴¹ V. *supra*, 5.2.

sione – considera applicabile la confisca per equivalente anche a carico di persone diverse da quelle che erano proprietarie del bene utilizzato per la commissione del reato, purché si tratti di persone penalmente responsabili (o corresponsabili) della sua commissione. Il che accade, in particolare, allorché la confisca per equivalente venga disposta a carico della persona fisica che ha agito per conto di una persona giuridica, utilizzando però beni o somme di cui quest’ultima era proprietaria, che sarebbero stati assoggettabili a confisca diretta in quanto strumenti del reato, ma che per qualsiasi ragione non sia più possibile apprendere da parte dello Stato. Ciò che rende – di fatto – la persona fisica garante dell’eventuale incapacienza del patrimonio della persona giuridica rispetto alla pretesa ablativa dello Stato»¹⁴².

Il carattere chiaramente aberrante di una eventuale confisca-sanzione punitiva applicata ad un soggetto in qualità di “garante” dell’incapacità del patrimonio altrui è un’ulteriore conferma, insieme agli argomenti già spesi, della impossibilità di condividere le tesi sostenute dal Tribunale.

Anche qui si può osservare come questa censura non debba ritenersi limitata al ristretto ambito della confisca “societaria”, ma debba in realtà fungere da richiamo ad un’attenta valutazione della titolarità dei beni strumentali rispetto al reato non solo “in negativo”, per escludere che essi facciano capo a terzi estranei al reato, ma anche “in positivo”, per assicurarsi che la confisca per equivalente non violi il divieto della responsabilità per “cosa” altrui.

7.3. La mancata estensione della dichiarazione di incostituzionalità alla confisca del prodotto. La sentenza della Corte non ha inciso sulla confiscabilità, in via diretta o per equivalente, del prodotto, che, come ha insegnato Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112¹⁴³, rischia di porsi in una relazione molto stretta con gli strumenti, potendo anche arrivare ad “assorbirli” completamente.

Pur essendo diverso il contesto di questa pronuncia, non si può in astratto

¹⁴² *Considerato in diritto*, § 3.3.2.

¹⁴³ La Corte rilevava in quel diverso contesto che «il persistente obbligo di confiscare l’intero “prodotto”, o il suo valore equivalente, di una condotta di insider trading fa sì che, anche dopo la novella del 2018, continui a essere oggetto di confisca obbligatoria l’intero ammontare degli strumenti finanziari acquistati da chi disponga di un’informazione privilegiata, ovvero – nel caso in cui essi siano stati nel frattempo rivenduti – l’intero loro valore, e non semplicemente il vantaggio economico realizzato mediante l’operazione finanziaria» (*Considerato in diritto*, § 4.3).

escludere il rischio che una simile sovrapposizione si verifichi anche in materia societaria¹⁴⁴.

Bene avrebbe fatto la Corte quindi a spendere qualche argomento sul motivo per cui non ha considerato di dichiarare incostituzionale in via consequenziale la confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prodotto *ex art.* 2641 c.c. D'altronde, l'eventuale pronuncia di incostituzionalità non avrebbe precluso al giudice la possibilità di confiscare il prodotto facendo applicazione della disposizione dell'art. 240 c.p.¹⁴⁵

7.4. *Il recepimento della direttiva 2024/1260.* La Corte non chiude alla possibilità di prevedere forme di confisca degli strumenti per equivalente facoltative e graduabili nel *quantum*¹⁴⁶. Le ragioni di questa apertura vanno probabilmente rinvenute da un lato nel tentativo di superare le critiche mosse in dottrina alla precedente sentenza del 2019, che secondo alcuni aveva chiuso troppo alla discrezionalità del legislatore¹⁴⁷ e, dall'altro, nella necessità di “preparare il terreno” per il recepimento della direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024 riguardante il recupero e la confisca dei beni¹⁴⁸.

Questa direttiva statuisce infatti all'art. 12, § 1: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per *poter* procedere alla confisca, totale o *parziale*, di beni strumentali e proventi derivanti da un reato in base a una condanna definitiva» e al § 2: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per *poter* procedere alla confisca di *beni di valore corrispondente a beni strumentali*

¹⁴⁴ La questione, peraltro, era stata sollevata dalla difesa di uno degli imputati, come riportato nella sentenza della Consulta (*Ritenuto in fatto*, § 3).

¹⁴⁵ Anzi, a ben vedere risulta forse irragionevole che il prezzo del reato, che andrebbe confiscato obbligatoriamente ai sensi dell'art. 240 c.p., non possa essere confiscato per equivalente ai sensi dell'art. 2641 c.c., e che invece possa essere confiscato per equivalente il prodotto del reato, che ai sensi della disposizione del codice penale andrebbe confiscato solo facoltativamente.

¹⁴⁶ La Corte afferma infatti che il legislatore si trova «nella migliore posizione per stabilire se conferire al giudice una discrezionalità nella scelta sull'*an*, o addirittura anche sul *quantum* del valore confiscabile, in modo da assicurare il pieno rispetto del principio di proporzionalità nell'applicazione concreta di questa confisca» (*Considerato in diritto*, § 4).

¹⁴⁷ Cfr. BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, cit., 1460.

¹⁴⁸ Si sono già mosse delle critiche a questa direttiva *supra*, 4.3.

o proventi derivanti da un reato in base a una condanna definitiva [...]. Tale confisca può essere *sussidiaria o alternativa alla confisca ai sensi del paragrafo 1*¹⁴⁹.

Questa apertura della Corte costituzionale, ma anche della direttiva, è criticabile. Infatti, nel caso della confisca degli strumenti, per i motivi che in parte si sono già visti¹⁵⁰ e che in parte verranno affrontati subito sotto, la forma per equivalente, salvo che in ipotesi limite, non potrà mai considerarsi legittima costituzionalmente.

8. *I tratti irrinunciabili di ogni confisca degli strumenti.* Prima di chiudere questa trattazione è necessario chiedersi quali siano i caratteri che *ogni* confisca degli strumenti deve esprimere per poter essere considerata *legittima* nell'ordinamento italiano.

Come si è visto¹⁵¹, la storia di questa forma di confisca insegna quanto sia importante lasciare al giudice un margine di discrezionalità nella sua applicazione, garantito dalla facoltatività. Il giudice che *può* decidere se applicare la confisca deve determinarsi in base all'esito di una prognosi della pericolosità del rapporto intercorrente fra il reo ed i beni rispetto ai quali è stato accertato un nesso di *strumentalità* con un illecito; non solo: la facoltatività lascia lo spazio anche a valutazioni relative alla proporzionalità *prospettica* della confisca, necessarie al fine di «evitare un sacrificio (manifestamente) inutile al diritto fondamentale, rispetto alle necessità di tutela di un altro interesse costituzionalmente rilevante»¹⁵². Infatti, nulla vieta al giudice – in difetto di clausole che

¹⁴⁹ Con la precisazione, contenuta al considerando 27, che quest'ultima dovrebbe essere applicata solo «se, alla luce delle circostanze particolari del caso, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati». La Corte costituzionale osserva al *Considerato in diritto*, § 3.4, che l'esplicito riferimento alla proporzionalità contenuto in questo considerando sarebbe «a rigore superfluo, a fronte della proclamazione di tale principio nell'art. 49, paragrafo 3, CDFUE». In realtà non è possibile condividere questo giudizio, giacché si tratta di una precisazione contenuta nelle premesse e non nell'articolato della direttiva, e quindi è difficile sostenerne la superfluità, potendo essa fungere da guida per gli Stati durante il processo di attuazione.

¹⁵⁰ V. *supra*, 4.3.

¹⁵¹ V. *supra*, 2.

¹⁵² VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2025, 11. Si è rilevato, infatti, che laddove si discuta di «misure caratterizzate da una finalità preventiva anziché punitiva, come le misure di sicurezza o le misure cautelari, che non si giustificano come forma di risposta al fatto compiuto nel passato (che anzi, rispetto alle

specificchino quali siano i criteri che devono guidare la decisione circa l'applicazione o meno della misura – di svolgere anche quest'ultimo tipo di considerazioni¹⁵³.

Laddove il legislatore intenda sottrarre al giudice quest'area di discrezionalità mantenendo al contempo la finalità preventiva della confisca degli strumenti lo deve fare sulla base di ragionevoli presunzioni di pericolosità, formulate all'esito di attenti bilanciamenti fra gli interessi in gioco: la necessità di salvaguardare il rapporto fra la persona ed i suoi averi, tutelata dalla Costituzione e da vari documenti sovra – ed internazionali, da un lato, e la necessità di “neutralizzare” il potenziale di pericolosità espresso dalla *res*, dall'altro.

Non essendo possibile giungere a conclusioni valide per ogni forma di confisca, si può osservare che saranno sicuramente *irragionevoli* le disposizioni che impongono la confisca di *tutti* gli strumenti del reato *per il solo fatto di “aver servito” il reo*, giacché l'attenta valutazione delle circostanze che potrebbero legittimare una “presunzione” di pericolosità dovrebbe portare a circoscrivere l'area dei beni da confiscare.

Al contrario, sarà indice della ragionevolezza di forme di confisca obbligatoria la loro introduzione sulla scia di studi che abbiano dimostrato la frequente o addirittura inevitabile “potenzialità criminogena” di determinati strumenti. In

misure cautelari, è ancora da accertare), bensì come strumenti per evitare risultati indesiderati nel futuro: la commissione di nuovi reati da parte del reo o dell'imputato, la sua fuga, l'inquinamento delle prove, la sottrazione del bene da destinare a confisca, e così via», «il test di proporzionalità non potrà che avere natura prospettica»: *ibid.*, 21. A questo proposito, la stessa Corte di cassazione ha di recente ricordato che del principio di proporzionalità vanno distinte, da un lato, «una valenza c.d. prospettica, che involge, cioè, il rapporto tra la misura limitativa dei diritti e la finalità legittima perseguita dalla norma; una proporzione che attiene al rapporto tra mezzi impiegati o scopo perseguito», e, dall'altro lato, «una valenza c.d. retrospettiva, che attiene invece alla valutazione del se una norma sanzionatoria – e, in particolare, “punitiva” – produca una compressione eccessiva dei diritti fondamentali del suo destinatario. In questo caso, assume rilievo la valutazione della congruità della risposta sanzionatoria rispetto al fatto che ha dato causa alla sanzione»: Cass., Sez. un., 8 aprile 2025, n. 13783, *Considerato in diritto*, § 28.

¹⁵³ Si tratta però, allo stato, di considerazioni che non potranno incidere sul *quantum* ma solo sull'*an* della confisca. Infatti, «[n]ell'attuale panorama ordinamentale, la confisca – tanto penale che amministrativa – è, infatti, sempre e soltanto una misura “fissa”. L'alternativa “di sistema” al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività [...] nel qual caso, peraltro, la discrezionalità della pubblica amministrazione o del giudice si esplica esclusivamente in rapporto all'*an* della misura. La confisca può essere disposta o meno: ma, se disposta, colpisce comunque nella loro interezza il bene o i beni che ne costituiscono l'oggetto tipico». La graduabilità rappresenterebbe dunque un «innovativo “terzo regime”, a carattere intermedio [...] a fronte del quale la discrezionalità amministrativa o giudiziale si esplicherebbe in relazione al *quantum*» (Corte. cost. 15 novembre 2012, n. 252, *Considerato in diritto*, § 4). Su questo punto v. anche *supra*, 6.2.1.

questo senso andrebbero giudicate positivamente forme di confisca degli *instrumenta* che *devono* essere applicate al ricorrere di condizioni ulteriori e *diverse* rispetto al mero nesso di strumentalità. Si pensi, ad esempio, al fatto che il bene sia stato “manipolato” proprio per renderne più agevole un utilizzo in determinati contesti criminali; il fatto che esso sia protetto da misure di sicurezza che rendono impossibile un accesso o un successivo controllo da parte delle autorità, ecc.

Si potrebbe in questo senso tracciare un parallelismo fra la confisca facoltativa e la colpa generica da un lato, e fra la confisca obbligatoria e la colpa specifica dall'altro. Come le regole cautelari alla base di ipotesi di colpa specifica rappresentano la “cristallizzazione” di giudizi di prevedibilità ed evitabilità, così le presunzioni di pericolosità alla base di ipotesi di confisca obbligatoria dovrebbero “cristallizzare” giudizi di *prevedibilità* di eventi lesivi ragionevolmente ritenuti *evitabili* tramite la confisca della cosa.

Se a queste condizioni è possibile assegnare finalità preventiva anche a confische obbligatorie degli strumenti, difficilmente potrà avere tale finalità la confisca di valore. Si è già dimostrato infatti che la particolarità della confisca degli strumenti le rende praticamente impossibile “comunicare” alla rispettiva forma di confisca per equivalente la sua natura preventiva, che sta e cade insieme alla circostanza che essa vada ad incidere sui beni *concretamente* strumentali a *quel* fatto di reato¹⁵⁴.

Le confische degli strumenti non animate da finalità preventive – perché applicabili per equivalente oppure fondate su irragionevoli presunzioni di pericolosità – sono volte a “punire” il colpevole per il fatto commesso. Tuttavia, nel momento stesso in cui, abbandonata la regione delle misure di sicurezza, la confisca degli strumenti tenta di (ri-)legittimarsi come sanzione punitiva, essa palesa la propria costitutiva inadeguatezza a prendere questa diversa forma. Totalmente inadeguata a fungere da sanzione punitiva sarebbe la confisca obbligatoria degli strumenti¹⁵⁵. Si tratterebbe infatti di una sanzione *duplicemente aleatoria*, giacché andrebbe a sottrarre un bene (i) dal valore economico (a

¹⁵⁴ V. *supra*, 4.3 e 6.2.2.

¹⁵⁵ Come si è visto, essa avrebbe natura punitiva nella misura in cui la presunzione di pericolosità ad essa sottesa non sia ragionevole.

sua volta costante o molto volatile) che spazia dall'insignificante all'enorme e (ii) dal valore "personalistico" che può essere altissimo come marginale.

Altrettanto inadeguata a fungere da sanzione punitiva, per gli stessi motivi, sarebbe la confisca per equivalente degli strumenti, per giunta patologicamente influenzata da fisiologiche fluttuazioni nel valore di mercato¹⁵⁶ di beni estranei alla vicenda criminosa.

Queste forme di confisca con finalità punitiva non sono solo inadeguate, ma anche illegittime, perché si pongono in frontale contrasto con una serie di principi costituzionali, sovranazionali e convenzionali cui le pene e, più in generale, le sanzioni punitive, devono conformarsi.

Viene in rilievo prima di tutto il principio di proporzionalità, vero protagonista della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di confisca degli strumenti¹⁵⁷ nonché di varie sentenze della Corte EDU¹⁵⁸. Questo principio ha una importanza fondamentale perché vincola trasversalmente ogni confisca "punitiva", sia quando non trasmoda in una vera e propria pena criminale (come ad es. nel caso deciso dalla sentenza Corte cost. 112/2019), sia quando supera questa soglia (Corte cost. 7/2025)¹⁵⁹, con la particolarità che nel primo caso esso trova il suo fondamento nell'«art. 3 Cost. in combinato disposto con

¹⁵⁶ Questo discorso non vale, ovviamente, per le somme di denaro, anche se si potrebbero svolgere riflessioni simili quanto alla confisca del denaro nei periodi in cui vi sono alti tassi di inflazione.

¹⁵⁷ V. *supra*, 6.2.1 e 6.2.3.

¹⁵⁸ L'analisi della giurisprudenza della Corte EDU rivela «la difficile compatibilità con il principio di proporzionalità della sanzione della confisca utilizzata come strumento punitivo, trattandosi di uno strumento rigido la cui applicazione è obbligatoria e non commisurabile alla colpevolezza e alla gravità della condotta [...]; si tratta di un meccanismo punitivo con i caratteri dell'obbligatorietà e automaticità che non consente al giudice né di escluderne l'applicazione a favore di altre sanzioni che meglio possono incarnare una logica rieducativa-riparatoria alla luce del principio di sussidiarietà/extrema ratio, né di commisurare la misura da applicare»: MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260*, cit., 80.

¹⁵⁹ In realtà, sia pure con delle ulteriori differenze, il principio di proporzionalità "illumina" anche misure non punitive. Ad es. Corte cost., 9 febbraio 2018, n. 22 dichiara «fondata per violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.» la questione relativa all'automatismo della revoca della patente da parte dell'autorità amministrativa in caso di sopravvenuta condanna del suo titolare per reati in materia di stupefacenti (*Considerato in diritto*, § 7), pur avendo espressamente affermato che questa revoca «non risponde ad una funzione punitiva, retributiva o dissuasiva dalla commissione di illeciti e trova, viceversa, la sua ratio nell'individuazione di un perimetro di affidabilità morale del soggetto, cui è rilasciata la patente di guida, e nella selezione di ipotesi in presenza delle quali tale affidabilità viene meno. Per cui quelli che vengono, nel nostro caso, in rilievo sono, appunto, solo effetti riflessi della condanna penale, in settori ordinamentali diversi da quello cui è affidata la funzione repressiva degli illeciti con le misure afflittive al riguardo previste» (*Ibid.*, § 6.1).

le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione, nonché – nell’ambito del diritto dell’Unione europea – l’art. 49, paragrafo 3, CDFUE»¹⁶⁰, aggiungendosi nel secondo caso il riferimento all’art. 27, co. 1 e 3 Cost.¹⁶¹. Questa “aggiunta” non è certo priva di conseguenze. Come chiarito dalla stessa Consulta, «la necessaria proporzionalità della pena ha come termine di relazione non soltanto la gravità oggettiva e soggettiva [...] del reato, ma anche le condizioni economiche e patrimoniali del soggetto colpito dalla pena»¹⁶². Per questo è fondamentale che l’autorità preposta all’applicazione delle pene pecuniarie, cui è assimilabile la confisca, «disponga di un potere discrezionale rispetto alla loro applicazione, sì da evitare non solo che la sanzione pecuniaria risulti esorbitante rispetto alla capacità del condannato di farvi fronte, ma anche che essa possa determinare un effetto palesemente eccessivo sulle sue stesse condizioni di vita»¹⁶³. Ciò premesso, le confische irragionevolmente obbligatorie o per equivalente

¹⁶⁰ Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, *Considerato in diritto*, § 8.

¹⁶¹ Corte cost. 4 febbraio 2025, n. 7, *Considerato in diritto*, § 3.1.4. Al principio di proporzionalità, in quest’ottica, è strettamente legato il principio rieducativo. Si è osservato infatti che «[i]l criterio di proporzione nasce, nella sentenza n. 50 del 1980, nell’orizzonte dell’art. 3 Cost.; ma già la sentenza n. 313 del 1990 istituisce un primo collegamento tra proporzione e finalità rieducativa della pena, di cui all’art. 27, terzo comma, Cost. Il collegamento è poi ripreso dalle successive sentenze n. 343 del 1993, n. 341 del 1994; e infine è chiarito in termini espliciti dalle sentenze n. 68 del 2012 («una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa») nonché, soprattutto, dalla sentenza n. 236 del 2016 («laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente [...] non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta [...], del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa»); VIGANO, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale*, cit., 13. Si tratta di un principio che può essere richiamato, almeno per ora, per i soli casi in cui alla confisca sia attribuibile la natura di vera e propria *pena*, che tendenzialmente corrispondono ai casi, invero molto numerosi, di confisca applicabile dal giudice penale in conseguenza della condanna per un reato (questa la via indicata da Corte cost. 4 febbraio 2025, n. 7). Infatti, la Corte costituzionale non ha esteso alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo i «principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall’art. 27 Cost. [...]». Tali principi – a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena – appaiono infatti strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt’oggi costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sempre più o meno direttamente sullo sfondo anche nell’ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, come rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti» (Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, *Considerato in diritto*, § 8.2.1).

¹⁶² *Ibid.*, *Considerato in diritto*, § 3.2.

¹⁶³ *Ibid.* Come si è visto, a questi principi non si conformava l’art. 2641 c.c. nella parte dichiarata incostituzionale dalla Consulta.

di beni strumentali sono indifferenti «tanto rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato, quanto alle condizioni economiche e patrimoniali dell'interessato». Il fatto che esse debbano essere applicate anche quando, nel caso concreto, risultino manifestamente sproporzionate conduce necessariamente alla loro illegittimità¹⁶⁴.

A ben vedere, le tensioni fra le applicazioni in chiave sanzionatoria di queste forme di confisca ed il principio di proporzionalità sono il *sintomo* di un problema che sta più “a monte”.

La valutazione dei “mezzi” può incidere in varia guisa sulla sanzione irrogata dal giudice. In primo luogo, «nella definizione di fattispecie di reato o di circostanze non di rado acquista risalto lo “strumento”»¹⁶⁵. Si pensi, ad esempio, all'art. 613 c.p., che punisce (anche) chi «mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti [...] pone una persona, senza il consenso di lei, in stato d'incapacità d'intendere o di volere», e all'art. 577 c.p., che contempla un'aggravante per l'omicidio commesso «col mezzo di sostanze velenifere».

Con riferimento a queste ipotesi, se l'art. 133 c.p. rappresenta «il frutto dell'impossibilità per il legislatore di fissare in forma astratta i differenti significati di valore o di disvalore del fatto, tali da condizionare un certo trattamento giuridico-penale»¹⁶⁶, «[l']inclusione delle modalità della condotta fra i criteri per la commisurazione della pena non vale [...] a consentire al giudice di riproporre [...] per l'applicazione di una pena superiore alla media edittale, una considerazione sulla quale già si sia fondato il legislatore nella fissazione della stessa pena edittale»¹⁶⁷.

In secondo luogo, il legislatore potrebbe avere omissso ogni riferimento, anche implicito, agli strumenti utilizzati. Per queste ipotesi, «in modo generale, l'art. 133 rinvia il giudice alla valutazione, ai fini della pena in concreto, dei

¹⁶⁴ È evidente la stretta connessione di questo passaggio con la giurisprudenza costituzionale in materia di pene *fisse*, «per ciò solo “indiziat[e]” di illegittimità»: Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, *Considerato in diritto*, § 7.1. Si trova un riferimento alle “pene fisse” anche nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione che ha portato alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2641 c.c.: cfr. *Considerato in diritto*, § 5.

¹⁶⁵ DELOGU, *Lo “strumento” nella teoria generale del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 251.

¹⁶⁶ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 99.

¹⁶⁷ DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 340.

“mezzi” dell’azione»¹⁶⁸.

In definitiva, la valutazione dei mezzi a fini sanzionatori non può che esaurirsi nella previsione legislativa (base o aggravante) e/o nella commisurazione della pena *principale* ai sensi dell’art. 133 c.p. Ciò può condurre a tre esiti distinti: (i) la valutazione operata dal legislatore esaurisce il disvalore da ravvisare nel concreto mezzo utilizzato¹⁶⁹; (ii) tale valutazione non esaurisce il disvalore da ravvisare in concreto e quindi, in sede di commisurazione, vengono valorizzati profili ulteriori e diversi rispetto a quelli già cristallizzati nella legge¹⁷⁰; (iii) a fronte della mancanza di riferimenti legislativi, anche impliciti, ai “mezzi”, il giudice ravvisa comunque la necessità di aumentare la pena *ex art.* 133 c.p.

Ciò premesso, l’eventuale applicazione di una confisca-sanzione in vario modo legata ai “mezzi”, nella migliore delle ipotesi rappresenterebbe un (inammissibile) *bis in idem*, essendo fondata su considerazioni già condotte altrove (“doppio rimprovero”)¹⁷¹ mentre, nella peggiore delle ipotesi, supererebbe addirittura il limite della colpevolezza per il fatto (“rimprovero infondato”).

Infatti, laddove né il legislatore (in sede di comminatoria), né il giudice (in sede di irrogazione) si siano risolti nel senso di un aumento della pena legato ai mezzi utilizzati, può facilmente dedursi che questi ultimi non abbiano avuto

¹⁶⁸ DELOGU, *Lo “strumento” nella teoria generale del reato*, cit., 252. Ipotesi particolare è quella delle fattispecie causalmente orientate che rappresentano il «momento terminale di una evoluzione storica, nel corso della quale si siano succeduti modelli normativi variamente caratterizzati in senso modale». In questi casi, «il giudice dovrà ovviamente tener conto nella commisurazione della pena, sotto il profilo delle “modalità della condotta”, dell’eventuale impiego in concreto di mezzi, che, per i loro particolari caratteri, ad esempio, di pericolosità, fossero stati assunti in passato dal legislatore quali elementi di fattispecie»: DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 339, nt. 139.

¹⁶⁹ Si pensi, ad esempio, all’omicidio commesso utilizzando sostanze venefiche che non si distinguono per loro particolari caratteristiche dalla “media”. Ancora, si pensi a sostanze venefiche che causano una morte eccezionalmente dolorosa, ipotesi in cui si potrebbe applicare la circostanza dell’art. 61, n. 4 c.p., fra l’altro richiamata anche dall’art. 577, co. 1, n. 4 c.p.

¹⁷⁰ Si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui si uccida ricorrendo a sostanze venefiche che fanno perdere le proprie tracce immediatamente dopo la morte della vittima.

¹⁷¹ Né il giudice potrebbe “sospendere” la valutazione dei mezzi a fini commisurativi *ex art.* 133 c.p. per riservarla al momento dell’applicazione della confisca-sanzione, potendosi affermare un principio di “non sostituibilità delle pene”, derogabile solo nei casi in cui il legislatore lo preveda espressamente (il riferimento va, ad esempio, alle pene sostitutive delle pene detentive brevi). Infatti, se è vero che, ai sensi dell’art. 16 c.p., le disposizioni dell’art. 133 c.p. si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali in quanto non sia da queste stabilito altrimenti, e se è vero che l’art. 133 c.p. reca indicazione delle varie circostanze che devono guidare il giudice nell’applicazione delle pene, è necessario concludere che il giudice non ha il potere di “rimandare” le valutazioni che la legge gli impone di svolgere nell’applicazione della sanzione principale ad altra sede.

alcun impatto offensivo sul bene giuridico tutelato. Pertanto, l'applicazione di una confisca-sanzione «esporrebbe il soggetto ad una riprovazione sociale superiore a quella che egli ha “meritato” per effetto della propria infrazione: di conseguenza, essa integrerebbe una indebita lesione della dignità sociale del condannato, [...] che nel nostro sistema costituzionale può essere [...] considerata in contrasto con l'art. 3 comma 1° Cost.»¹⁷².

In generale, «[s]oltanto la sottoposizione della misura della pena al limite segnato dalla colpevolezza *del fatto* può trovare [...] una giustificazione nella esigenza di favorire la “comprensione” della pena da parte del reo»¹⁷³, mentre «[u]na pena eccedente la misura della colpevolezza può suscitare ribellione nel condannato, e comunque non crea le premesse per una sua adesione ai valori protetti dall'ordinamento»¹⁷⁴.

In questo senso, risulta praticamente impossibile spiegare all'autore del fatto e alla collettività i motivi per i quali la pena dovrebbe essere parametrata, anche solo in parte, al valore degli strumenti utilizzati per commettere il reato. O, da un altro punto di vista, perché, ad una pena *già parametrata* sul tipo di mezzo utilizzato dovrebbe aggiungersi una sanzione commisurata al valore dello stesso, determinante una sorta di contraddittorietà “riflessa”, “indiretta” o “di ritorno” della stessa pena base, che sarebbe dunque percepita come ingiusta dall'autore del fatto.

Alle misure di sicurezza potrà quindi essere rimesso «il soddisfacimento di ulteriori, imprescindibili esigenze di tutela della società», alla fondamentale condizione che queste, però, «non si riducano a doppioni della pena»¹⁷⁵.

Da ultimo, non va sottovalutata la lesione dei principi di legalità e di prevedibilità¹⁷⁶. Infatti, come si è visto, la misura di queste sanzioni finirebbe per esse-

¹⁷² DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 178.

¹⁷³ *Ibid.*, 300

¹⁷⁴ *Ibid.*, 180

¹⁷⁵ *Ibid.*, 179-180

¹⁷⁶ Si tratta in questo caso di principi che valgono trasversalmente per ogni confisca avente carattere punitivo (sia o non sia essa “pena” in senso stretto) e che, fra l'altro, a differenza del principio di proporzionalità, hanno in entrambi i casi identica “sede” costituzionale nell'art. 25, co. 2 Cost. e 7 C.E.D.U. La stessa Corte costituzionale ammette infatti di aver «esteso in molteplici occasioni alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente “punitivo” talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Ciò è accaduto, in particolare, in relazione ad una serie di corollari del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost., quali il divieto di retroattività delle

re fissata *per relationem* ad uno (o, nel caso della confisca di beni di valore equivalente, più) valori che possono essere assolutamente aleatori, rendendo arduo per l'autore prevederne l'effettiva incidenza sul proprio patrimonio.

La sovraesposizione del principio di proporzionalità – che, come si è visto, è solo uno dei principi con cui questo tipo di confische collide¹⁷⁷ – potrebbe indurre a sostenere che queste tensioni possono essere evitate con l'introduzione di clausole di proporzionalità, che permettano al giudice di adeguare la risposta “sanzionatoria” al fatto e alle condizioni patrimoniali dell'autore.

Tuttavia, l'inserimento di tali clausole non farebbe che aggravare ulteriormente le frizioni con il principio di legalità¹⁷⁸, entrando inoltre in tensione con il principio di uguaglianza.

In altri termini, al contrario di quanto sembrano sostenere alcuni¹⁷⁹, commina-

modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010), della sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza n. 63 del 2019)» (Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, *Considerato in diritto*, § 8.2.1).

¹⁷⁷ Laddove la confisca abbia la natura di sanzione amministrativa (come nel caso deciso da Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112) è inevitabile che la proporzionalità assuma un ruolo preponderante nell'argomentazione a sostegno della sua illegittimità, non essendo possibile richiamare i principi di cui all'art. 27, co. 1 e 3 Cost. Deve tuttavia evitarsi una sovraesposizione della portata del principio di proporzionalità laddove la confisca abbia vera e propria natura di pena, come nel diverso caso dell'art. 2641 c.c.

¹⁷⁸ Come affermato dalla Consulta nella sentenza 24 giugno 1992, n. 299, questo principio richiede infatti «che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario» (*Considerato in diritto*, § 4).

¹⁷⁹ MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie CEDU?*, cit., 14-15, sembra proprio suggerire la risoluzione dei problemi della “legalità” inserendo una clausola che garantisca la proporzione ove afferma: «Tale pena patrimoniale [...] può porsi in contrasto con il principio di tassatività in quanto il suo ammontare non è predeterminato per legge, ma dipende dalle circostanze del caso concreto, rischiando di comportare delle ingiustificate disparità di trattamento; il diverso valore dello strumento del reato non incide, infatti, o non incide necessariamente sul diverso disvalore del fatto e quindi non giustifica una disparità di trattamento punitivo. Questo risultato in ordinamenti come quello tedesco viene evitato attraverso l'applicazione del principio di proporzione che impone di commisurare la sanzione patrimoniale e la pena complessiva alla colpevolezza, o, comunque, di rinunciare all'applicazione della sanzione patrimoniale (o intervenire con sanzioni meno onerose) laddove si rischia di violare il principio di proporzione (si applica anche la clausola dell'onerosità, § 73 c). Nell'ordinamento italiano l'introduzione di una c.d. clausola dell'onerosità, che consenta di non ap-

re una sanzione punitiva legata a parametri del tutto aleatori nel *quantum* e poi inserire una clausola che delega il giudice a garantirne la proporzione non farebbe che acuire il *vulnus* alla legalità¹⁸⁰.

In definitiva, uno degli aspetti più problematici del censurato proliferare di forme punitive di confisca, almeno se relative agli strumenti del reato, è la tendenza di queste ultime a volersi imporre come surrogati di una pena pecuniaria che, nel nostro ordinamento, risulta altamente ineffettiva¹⁸¹. Tuttavia, per le ragioni viste, la confisca degli strumenti non potrà mai accreditarsi come vera e propria sanzione punitiva. Si auspica quindi che le recenti riforme intervenute proprio in materia di pena pecuniaria¹⁸² contribuiscano, almeno in parte, a contenere il “bisogno” di confische speciali a fini punitivi.

L’indagine sui profili di illegittimità sottesi a forme punitive di confisca degli strumenti porta a riaffermare la centralità dell’art. 240 c.p., basato sulla *facoltatività* della confisca *diretta*. Ciò ovviamente non esclude che sia possibile, almeno in parte, rimeditare questo modello. Anzi, l’analisi della dottrina e della giurisprudenza ha permesso di rilevare che vi sono alcuni problemi che

plicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata era prevista dall’art. 114, n. 3 del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000».

¹⁸⁰ Se diventasse una *pena* sarebbe anche irragionevole, in quest’ottica, prevedere la possibilità di applicare la confisca in via *facoltativa*. Ciò rileva soprattutto per la confisca degli strumenti *per equivalente*, che, indipendentemente dalla natura obbligatoria o facoltativa, fatti salvi casi limite, non riuscirebbe a rimanere nell’alveo delle misure di sicurezza. Rimettere al giudice la possibilità di applicare o meno una pena rischierebbe infatti di ledere il principio di uguaglianza.

¹⁸¹ Cfr. GOISIS, *L’effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2012 e BERNARDI, *Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 18 maggio 2023, il quale sostiene, con riferimento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che «la nuova disciplina relativa alla conversione delle pene pecuniarie principali e sostitutive non pagate, così come l’integrale riformulazione delle procedure esecutive di dette pene, vadano nella giusta direzione e dunque si prestino a potenziare significativamente l’effettività e la dissuasività di questi modelli sanzionatori. Ciò, quantomeno, ove al suddetto decreto faccia seguito la predisposizione delle misure necessarie a una sua puntuale applicazione, a partire dal potenziamento degli organici delle figure professionali chiamate in causa» (7).

¹⁸² Il riferimento va alle molteplici innovazioni introdotte sul punto proprio dal d.lgs. 150/2022. Certo non si esclude l’opportunità di ulteriori riforme, che traggano magari ispirazione dal modello dei tassi (o quote) già adottato in materia di responsabilità degli enti. Rispetto a quest’ultimo si è evidenziato infatti, da ultimo, che «[l]’autonomo riconoscimento di peso commisurativo alla capacità economica e patrimoniale dell’ente collettivo [...] consente di adeguatamente valorizzare la diversità di ricchezza tra gli enti e far sì che questi subiscano con l’irrogazione della pena concreti effetti di prostrazione, in conformità con il principio di eguaglianza sostanziale»: PELLEGRINI, *Sanzione pecuniaria e responsabilità degli enti. Modelli strutturali, tecnica premiale, funzionalismo ed effettività riscossiva*, Torino, 2024, 490.

il legislatore dovrebbe farsi carico di risolvere.

In primo luogo, andrebbe sicuramente precisato il concetto di “strumento”. La prassi tende infatti ad interpretare in maniera assolutamente lata il nesso di strumentalità, confiscando beni che abbiano anche un collegamento indiretto con il fatto oppure diretto con meri atti preparatori¹⁸³. In secondo luogo, sarebbe fondamentale dettare dei criteri chiari per guidare il giudizio di pericolosità da parte del giudice.

In conclusione, è bene sottolineare che il costante, reiterato e ormai tralatizio accostamento di previsioni normative relative alla confisca, obbligatoria e per equivalente, del prodotto, del profitto, del prezzo e dei beni che servono o furono utilizzati o destinati a commettere il reato non deve condurre a svalutare le grandi differenze che intercorrono fra le diverse forme di questo versatile istituto.

¹⁸³ V. *supra*, 3 e 7.1.