

La confisca per equivalente

EVA STANIG

SOMMARIO: 1 - Confisca ex art. 240 c.p.; 2 - Confisca ex art. 322-ter c.p.; 3 - La riforma del 2012.

1 CONFISCA EX ART. 240 C.P.

Prima di affrontare le novità apportate dalla novella del 2012 in merito alla confisca, pare opportuno un breve inquadramento dell'istituto.

Innanzitutto, va detto che la confisca è disciplinata nel nostro ordinamento sia come misura di sicurezza patrimoniale (*post delictum*)¹, sia come misura di prevenzione (*ante o praeter delictum*)².

Le misure di sicurezza, in particolare, sono state introdotte nel codice Rocco accanto alle pene, dando così vita al c.d. sistema del doppio binario: da un lato, si collocano le pene, comminate a seguito di un giudizio di riprovazione per la violazione di un comando, con funzione di retribuzione e prevenzione generale, determinate in proporzione alla gravità del fatto; dall'altro, si pongono le misure di sicurezza, disposte in base ad un giudizio di pericolosità sociale e di probabilità di recidiva, con funzione di prevenzione speciale.

1 M. MANTOVANI, *Le misure di sicurezza*, in AA.VV., *Codice penale, Parte generale*, III, Torino, 1996, p. 708.

2 In tema di confisca si veda A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, p. 39; C. CIVOLI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII, I, Torino, 1884, p. 893; M. MASSA, voce *Confisca*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 2; G. GATTA, sub *art. 240*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, 3^a ed., Milano, 2006, p. 1811; A. CALLAIOLI, sub *art. 240*, in T. PADOVANI, *Codice penale*, 5^a ed., 2011, p. 1455; G. GRASSO, sub *art. 240*, in G. GRASSO, M. ROMANO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 605.

Dal fondamento delle misure di sicurezza deriva, quanto a disciplina, la loro durata determinata, l'applicabilità anche ai soggetti non imputabili ove socialmente pericolosi e la non sottoposizione al principio dell'irretroattività.

I presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza sono due.

Il primo, oggettivo, consiste nella commissione di un fatto previsto dalla legge come reato; da qui la distinzione rispetto alle misure di prevenzione. Il secondo, soggettivo, postula la pericolosità sociale, desunta dalle circostanze indicate dall'art. 133 c.p. (art. 203 c.p.), sulla base di un giudizio prognostico in concreto.

Sempre in via generale, va dato conto della distinzione tra misure di sicurezza personali, che presuppongono la pericolosità del sociale dell'autore, e patrimoniali, che presuppongono la pericolosità della cosa.

Le misure di sicurezza patrimoniali sono la cauzione di buona condotta e la confisca.

Quanto a quest'ultima, la disposizione di cui all'art. 240 c.p. prevede che "nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituiscono il prodotto o profitto.

È sempre ordinata la confisca: 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 2) delle cose, la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna".

La norma menziona le due ipotesi tipiche di confisca come misura di sicurezza patrimoniale: quella facoltativa, di cui al primo comma, del prodotto e del profitto e quella obbligatoria, di cui al secondo comma, del prezzo e delle cose definibili come pericolose in sé.

Seguendo opinione condivisa, per prodotto deve intendersi il risultato che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita, mentre per prezzo il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato, andando a costituire, pertanto, un fatto che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato³.

Maggiormente controverso risulta il concetto di profitto, che viene generalmente individuato in qualsiasi vantaggio economico che si tragga dall'illecito penale. Trattasi di nozione che pecca per indeterminatezza, prestandosi ad agevoli operazioni di dilatazione ermeneutica, tali da farle abbracciare anche incrementi patrimoniali non immediati o addirittura remoti, conseguiti con la realizzazione del reato⁴. Determinante, a questo proposito, risulta il nesso di pertinenzialità tra profitto da confiscare e reato da cui deriva.

³ La distinzione tra prezzo e profitto, apparentemente di immediata evidenza, si è rivelata nel concreto problematica con riferimento ai reati caratterizzati da prestazioni sinallagmatiche, in cui l'utilità conseguita dal reo rappresenta il corrispettivo di una controprestazione. Sul punto Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 1993, Persichetti, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1914.

⁴ In giurisprudenza si guardi, tra le tante, Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, *Chabni*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 972, ove si fornisce una nitida distinzione tra prodotto, profitto e prezzo del reato: "In tema di confisca, il prodotto del reato rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il profitto, a sua volta, è costituito dal lucro, e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il prezzo, infine, rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce quindi un fatto che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato".

Sul punto si sono registrati, tanto in dottrina che in giurisprudenza, due opposti orientamenti: uno, più restrittivo, richiedente una stretta affinità del bene-profitto con l'oggetto del reato; l'altro, più estensivo, secondo cui sarebbe confiscabile ogni utilità realizzata come conseguenza anche indiretta o mediata dell'attività criminosa.

In particolare, seguendo l'orientamento meno restrittivo, si ritiene estendibile l'area del confiscabile anche ai c.d. surrogati del profitto, ossia i beni in cui è stato trasformato il profitto diretto (ad esempio, l'immobile acquistato con i proventi dei reati di concussione o di peculato, ovvero i titoli di stato acquistati con il denaro ricevuti dai concussi) e perfino alle utilità indirettamente derivanti dall'investimento del profitto e del suo surrogato (si pensi ai canoni ottenuti dalla locazione dell'immobile acquistato col profitto del reato ovvero gli interessi bancari ricavati dal deposito delle somme lucrato col reato)⁵.

D'altro canto, l'orientamento più rigoroso valorizza il nesso pertinenziale quale presupposto comune a tutte le ipotesi di confisca e quale argine di garanzia contro gli eccessi discrezionali dell'interprete. L'unica eccezione, che viene solitamente ammessa al canone della diretta ed immediata derivazione causale del delitto, riguarda i vantaggi ottenuti dal primo rapporto di scambio con il bene profitto (i c.d. surrogati in senso stretto), quali ad esempio i titoli in cui è stato investito il denaro direttamente ricavato dal reato⁶.

Recentemente, sono intervenute a dirimere la controversa questione le Sezioni Unite, le quali hanno dimostrato l'adesione alla concezione lata di profitto, affermando che "qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia ricollegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato, e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto"⁷.

A fronte di questa netta presa di posizione a favore della concezione estesa di profitto confiscabile (e dunque a favore di un affievolimento del c.d. nesso pertinenzialità), il giudice di legittimità pone comunque un significativo contrappeso richiedendo un rigoroso accertamento del percorso seguito dal profitto diretto nelle sue successive trasformazioni: "il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi dell'art. 240 c.p. e art. 322-ter c.p., comma 1, prima parte, ogni qualvolta detto bene sia ricollegabile causalmente in modo chiaro all'attività criminosa posta in essere dall'agente, essendo perciò necessario che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente".

Da ultimo, va ricordata la nozione onnicomprensiva di provento, atta a ricomprendere tutto ciò che deriva dalla commissione del reato e, dunque, il prodotto, il profitto e il prezzo.

5 G. LUNGHINI, L. MUSSO, *La confisca nel diritto penale*, in *Corr. mer.*, 2009, 2, p. 9.

6 Cass., Sez. Un., 24 maggio 2004, Focarelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3097; Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, Miragliotta, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1295. Per un commento della sentenza da ultimo citata si veda A.M. MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008.

7 Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, Miragliotta, cit., p. 1295.

Passando al fondamento di tale istituto, esso è stato ravvisato nella pericolosità derivante dalla disponibilità di cose servite o destinate al compimento del reato ovvero delle cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto: il requisito della pericolosità andrebbe riferito alla cosa e correttamente inteso quale probabilità che quest'ultima, rimanendo nel dominio del reo, possa fornirgli incentivo per la commissione di nuovi reati. Mentre nei casi di confisca obbligatoria, di cui all'art. 240 comma 2 c.p., tale pericolosità è presunta dalla legge, nelle ipotesi facoltative è necessario un giudizio prognostico caso per caso⁸.

La confisca, al pari delle altre misure di sicurezza previste dal codice, assume dunque una funzione tendenzialmente preventiva rispetto alla probabile commissione di ulteriori reati.

Secondo altra parte della dottrina, però, la misura reale in questione, costituirebbe più correttamente una forma di sanzione *sui generis*, slegata dal presupposto della pericolosità del reo e della cosa (tipico delle misure di sicurezza) ed avente una funzione prettamente repressiva: la formulazione dell'art. 240 c.p., infatti, non sembrerebbe richiedere necessariamente un carattere intrinsecamente pericoloso delle cose oggetto di confisca, posto che il prodotto, il profitto, il prezzo del reato, nonché le cose che furono destinate o servirono a commetterlo ben potrebbero mancare di tale requisito⁹ e, nondimeno, essere astrattamente confiscabili.

A tale ricostruzione si è ribattuto, soprattutto con riferimento alla confisca facoltativa, che non avrebbe senso per il legislatore riconoscere al giudice un potere discrezionale rispetto all'applicabilità o meno della misura se non in relazione al giudizio sulla pericolosità della cosa. Pericolosità che, però, non ha rilevanza in sé, posto che qualsiasi oggetto di per sé potrebbe essere idoneo a cagionare un danno, ovvero, all'opposto, essere innocuo, ma può assumerla in relazione alla possibilità che la cosa, qualora sia lasciata nella disponibilità del reo, venga a costituire per lui un incentivo a commettere ulteriori reati, una volta che egli sia certo che l'oggetto non gli sarà confiscato.

Un problema esegetico di tal fatta non sussiste invece per la confisca obbligatoria delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituiscano reato: qui la dottrina concorda sulla evidente ed oggettiva pericolosità delle cose che ne costituiscono l'oggetto.

Quanto affermato in relazione alla confisca facoltativa deve, invece, essere esteso anche alla confisca obbligatoria del prezzo, ben potendo, per esempio, esso consistere in denaro o altro vantaggio idonei in sé ad arrecare danno.

Se però si analizza la questione dal diverso punto di vista del potenziale beneficio che potrebbe trarne il reo se la cosa non venisse confiscata, verrebbe facilmente all'evidenza come da tale fatto sorgerebbe la spinta a commettere ulteriori reati. La detta osservazione permette di comprendere il motivo per cui il legislatore abbia espressamente stabilito per tali ipotesi la confisca obbligatoria e, a maggior ragione, conferma la sua natura di misura di sicurezza in senso proprio, ossia preventiva, e non sanzionatoria, cioè repressiva¹⁰.

8 G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 3^a ed., Milano, 2009, p. 650; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 23.

9 V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, 3^a ed., Torino, 1950, p. 350.

10 La nozione di pericolosità della cosa, come detto, riveste un ruolo centrale per comprendere l'istituto della confisca, valendo a giustificare la finalità preventiva che il codice intende attribuirle. Sull'argomento non si riscontrano univocità di vedute,

Quindi, nonostante la confisca presenti rispetto alle altre misure di sicurezza il carattere peculiare di prescindere dalla pericolosità sociale del soggetto e si sostanzia in un provvedimento avente carattere istantaneo e permanente, la tesi prevalente la colloca comunque tra le misure di sicurezza in quanto ha comunque la funzione di prevenire la commissione di ulteriori reati, privando l'agente della disponibilità di cose che potrebbero servirgli a tale scopo.

Se quanto detto è vero, non può comunque non notarsi come la natura giuridica della misura in esame abbia, però, col tempo acquisito un carattere eterogeneo e polivalente: invero, è possibile osservare la recente tendenza legislativa ad introdurre ulteriori ipotesi extracodicistiche di confisca, caratterizzate, rispetto all'archetipo codicistico, dall'estensione dei casi di obbligatorietà, dall'allargamento della gamma dei beni confiscabili e, talvolta, pure dalla soppressione del requisito del nesso eziologico tra questi beni e il reato commesso¹¹.

Insomma, come all'uopo acutamente affermato, solo laddove si consideri l'effetto espropriativo, la confisca appare un istituto unitario, cui si riconnettono una pluralità di funzioni e scopi¹².

Significativa di questa propensione normativa è anche l'introduzione, per alcune fattispecie di reato, della figura della confisca per equivalente, la quale persegue la finalità di neutralizzare i vantaggi economici derivanti dall'attività criminosa ove non sia possibile la confisca di ciò che costituisce il profitto o il prezzo di tale attività. In tal modo, a prescindere dalla reperibilità nel patrimonio del reo di ciò che egli ha guadagnato dal reato, lo Stato può intervenire sul suo patrimonio appropriandosi di beni per un valore corrispondente, a seconda dei casi, al profitto o al prezzo conseguiti.

Da ciò si può facilmente dedurre l'intenzione sempre più esplicita del legislatore di allargare i presupposti nonché la *ratio* stessa della misura in esame in chiave per lo più sanzionatoria, prescin-

tranne sull'assunto per cui soltanto per le cose assolutamente vietate è corretto parlare di pericolosità in sé, in quanto cose invariabilmente destinate a commettere un reato. Quanto alle ulteriori *res* confiscabili, la maggior parte della dottrina sembra muovere dall'ammissione che una cosa non è mai pericolosa in sé, ma lo può diventare in relazione all'utilizzo che di questa può farne l'autore di un reato ovvero all'influenza che su costui può esercitare la stessa. Altra parte della dottrina sottopone tale tesi a serrata critica, atteso che, in assenza di parametri oggettivi a cui ancorare la discrezionalità del giudice, il giudizio di pericolosità finirebbe per passare dalla cosa alla persona del reo, fatto che renderebbe incomprensibile la collocazione della confisca tra le misure di sicurezza: Ad ogni modo, anche a voler ammettere che la pericolosità, non riferita al soggetto, ma alla relazione reo-cosa, costituisca il *trait d'union* tra la confisca e le altre misure di sicurezza, non possono non notarsi le profonde divergenze esistenti tra l'istituto di cui all'art. 240 c.p. rispetto al *genus* cui dovrebbero appartenere. Senza voler approfondire la questione, basti citare i principali elementi differenziali: l'applicazione della confisca prescinde del tutto dalla prognosi di pericolosità del reo prevista dall'art. 203 c.p.; la presenza di ipotesi obbligatorie di ablazione fondate su un giudizio di pericolosità formulato dal legislatore e, dunque, su una presunzione assoluta; la natura istantanea e la durata perpetua della natura, che testimoniano l'indifferenza del riscontro della permanenza della pericolosità in capo al reo. Di recente, sul tema, F. MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in A. BARGI, A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, p. 227.

11 Sul punto, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2010, p. 845. Recentemente, la stessa giurisprudenza di legittimità, nel suo più autorevole consesso, ha rilevato la natura proteiforme della confisca, locuzione con cui, "al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato". Così, Cass., Sez. Un., 2 luglio 2008, Fisia Italmipianti e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1746.

12 S. FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. Pen. Agg.*, III, Torino, 2005, p. 202.

dendo dalla pericolosità della cosa e perseguendo piuttosto l'obiettivo di privare il reo del prodotto della sua attività delittuosa¹³.

Sempre su questa scia innovatrice non può non farsi menzione della ipotesi di confisca come misura di prevenzione *ante delictum* introdotta dalla l. 13 settembre 1982, n. 646 in relazione al reato di associazione di stampo mafioso: accanto al sequestro dei beni di cui la persona risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, la legge del 1982 prevede altresì la confisca degli stessi allorché non ne sia stata dimostrata la legittima provenienza.

Da tale breve rassegna si può dunque dedurre la natura proteiforme della confisca nel nostro ordinamento: sotto la stessa nomenclatura il legislatore ha raggruppato molteplici ipotesi di confisca, per lo più fondate su *rationes* diverse. Da un lato, la confisca come misura di sicurezza patrimoniale basata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità della cosa, di cui all'art. 240 c.p.; dall'altro la confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto da esso ricavato, di natura per lo più sanzionatoria (art. 2641 c.c.); poi le ipotesi di confisca per equivalente; e ancora la confisca come misura di prevenzione.

La natura sottesa all'applicazione della misura ablativa in esame oscilla, dunque, a seconda dei casi, tra una funzione preventiva ovvero sanzionatoria-retributiva: l'effetto della confisca rimane, però, sempre lo stesso, cioè quello di privare il reo della disponibilità di determinati beni economici.

2 CONFISCA EX ART. 322-TER C.P.

Come accennato, il *trend* legislativo riscontrabile, in tema di forme speciali di confisca, è costituito dall'estensione dell'obbligatorietà della misura in tutti i casi previsti come facoltativi ai sensi dell'art. 240 comma 1 c.p.¹⁴, nonché dall'ampliamento del novero delle *res* oggetto di confisca.

Tale regola dell'obbligatorietà assume un ruolo centrale sul versante dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione e, più precisamente, dall'introduzione, ad opera dell'art. 3 della legge 29.9.2000, n. 300, dell'art. 322-ter c.p.¹⁵: invero, con la norma *de qua* il legislatore, in ossequio agli impegni assunti a livello sopranazionale, ha previsto ulteriori ipotesi di confisca obbligatoria rispetto a quanto previsto, in linea generale, dall'art. 240 c.p., in relazione, però, ai soli reati

¹³ Si pensi in tal senso alle ipotesi di cui agli artt. 600-*septies*, 640-*quater*, 644 c.p. e all'art. 2641 c.c. in tema di reati societari.

¹⁴ L'ipotesi che ha inaugurato la tendenza in questione è la confisca di cui all'art. 301, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 in materia di contrabbando.

¹⁵ D. FONDAROLI, *La confisca*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, II, Torino, 2008, p. 271; S. VINCIGUERRA, *I Delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008.

contro la Pubblica Amministrazione compresi tra l'art. 314 e l'art. 320 c.p., nonché al delitto di cui all'art. 321 c.p.

Trattasi di elencazione tassativa, non estensibile ai reati non espressamente richiamati¹⁶.

Deve, in ogni caso, evidenziarsi come l'art. 335-*bis* c.p., introdotto, dalla legge 27.3.2001, n. 97, preveda che, salvo quanto disposto dall'art. 322-*ter* c.p., per tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sia comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi disciplinate dall'art. 240, comma 1, c.p., ossia delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. In sostanza, l'art. 335-*bis* non fa altro che ampliare ulteriormente il novero dei casi di confisca obbligatoria per questa categoria di delitti.

Tornando alla disposizione in esame, la sua peculiarità consiste soprattutto nel fatto di aver previsto la figura della confisca c.d. per equivalente, la quale si caratterizza, come sopra anticipato, per il fatto che, qualora la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, venga disposta la confisca dei beni di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente a tale prezzo. Dunque, allorquando non sia possibile procedere all'ablazione diretta del prezzo, prodotto o profitto del reato, la confisca di valore permette di attingere ad altri beni appartenenti al reo, il cui unico collegamento con il reato per cui si procede è costituito dalla corrispondenza di valore ai beni che ne sono immediato frutto¹⁷. Va, comunque, precisato che tale istituto si muove in una logica strettamente residuale e sussidiaria: affinché possa legittimarsi lo spostamento della misura reale dal bene che costituisce profitto o prezzo del reato ad altro di corrispondente valore economico, sempre nella disponibilità del reo, occorre che risulti impossibile l'ablazione del primo, in base ad un preliminare accertamento preventivo sulla sua sussistenza o meno¹⁸.

Quanto alle nozioni di prodotto, profitto e prezzo del reato il rinvio va alla giurisprudenza accreditata in merito all'art. 240 c.p.¹⁹.

Il principale profilo di devianza della confisca di valore rispetto al modello tradizionale, ossia l'assenza del nesso pertinenziale tra il bene confiscabile e reato presupposto, ha spinto tanto la dottrina prevalente che la giurisprudenza a individuarvi un definitivo sganciamento dell'istituto dalla logica

16 Se come detto, tale ipotesi di confisca obbligatoria ha applicazione non generale ma settoriale, nell'ordinamento allo stesso tempo si rinvengono ulteriori applicazioni specifiche oltre a quella in esame. Il riferimento va alle ipotesi di cui all'art. 19 del d.lgs. 6.6. 2001, n. 231, relativamente alla responsabilità delle persone giuridiche; al d.lgs. 11.4.2002, n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali; alla legge 11.8.2003, n. 228, che ha novellato l'art. 600-*septies* c.p., nonché all'art. 11 della legge 16.3.2006, n. 146.

17 Sulla confisca per equivalente si vedano, in generale, M. AMISANO, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. I, Torino, 2008, p. 191; F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, p. 37; P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente. Aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 230.

18 A. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente, prospettive di indagine*, in *Giur. it.*, 2009, c. 2066; P. GUALTIERI, *Rapporti tra sequestro preventivo e confisca. Principi generali*, in A. BARGI, A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, II, Torino, 2011, p. 617.

19 Brevemente, si ricorda che il prodotto è il risultato che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita (es. moneta falsa); il profitto è rappresentato dal guadagno o vantaggio economico tratto dall'illecito penale; il prezzo è il corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito, pattuito e conseguito da una persona determinata; il provento è nozione onnicomprensiva che ricomprende tutto ciò che deriva dalla commissione del reato e perciò le diverse nozioni di prodotto, profitto e prezzo.

della prevenzione e, per contro, una sua netta adesione al paradigma punitivo²⁰: essa, venendo ad assolvere una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo, dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile, appare connotata dal carattere affittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato tipico della sanzione penale e non dalla funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza²¹.

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha dapprima qualificato la confisca di valore come una misura di sicurezza patrimoniale con carattere preminentemente sanzionatorio, definendola una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti²², per poi arrivare, di recente, ad affermare icasticamente che trattasi di una vera e propria sanzione penale, e non di una misura di sicurezza, proprio perché si prescinde dalla pericolosità dei beni da confiscare e dal rapporto di pertinenzialità tra reato e detti beni, elemento peculiare invece della misura di cui all'art. 240 c.p. Detto altrimenti, fermo restando il presupposto della consumazione del reato, non sarebbe qui più richiesto alcun rapporto tra il reato e i beni da confiscare, potendo essi essere diversi dal provento, profitto o prezzo del reato stesso²³.

Quanto a conseguenze, tale inquadramento determina, in ossequio al principio costituzionale di cui all'art. 25 Cost., l'irretroattività della legge che introduce per determinati reati la confisca per equivalente²⁴.

Ritornando ai requisiti necessari ai fini della confisca per equivalente, va ribadito come essa sia una sanzione obbligatoria, nel senso che debba essere applicata qualora ricorrano i presupposti previsti dalla legge, ossia:

- a) la sussistenza di uno dei reati per i quali è tassativamente prevista e relativa condanna o sentenza di patteggiamento definitiva;
- b) la non appartenenza dei beni ad un terzo estraneo;
- c) nella sfera giuridica-patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto, per una qualsiasi ragione, il prezzo o il profitto del reato.

Va all'uopo precisato che, pur consentendo la confisca per equivalente di disporre lo spostamento della misura reale dal bene che costituisce profitto o prezzo del reato ad altro bene sempre ricadente

20 A. ALESSANDRINI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 2108; G. GRASSO, sub art. 240, cit., p. 613; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2009, p. 652.

21 Cass., pen., sez. I, 27 ottobre 2009, n. 42894, in *Guida dir.*, 2010, 2, p. 68.

22 Cass., Sez. Un., 22 novembre 2005, n. 41936, in *www.dejure.giuffre.it*

23 Cass., 27 gennaio 2005, n. 11902, in *www.dejure.giuffre.it*

24 In tal senso Corte Cost. n. 97/2009 e Cass., 8 maggio 2008, n. 21556, per le quali l'art. 1, comma 143, l. n. 244/2007, che ha previsto l'applicabilità della confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter c.p. ai reati di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10-ter, 10-quater e 11 del d.lgs. n. 74/2000, non opera retroattivamente poiché ad esso, stante le sue caratteristiche peculiari, non è estensibile la regola di cui all'art. 200 c.p., in forza della quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.

nella disponibilità dell'indagato, essa richiede il preliminare accertamento circa l'esistenza obiettiva di un bene costituente profitto o prezzo, la cui confisca sia impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia determinato la perdita o il trasferimento irrecuperabile.

A quest'ultimo proposito è stato specificato, che la confisca per equivalente, di cui all'art. 322-ter, comma 1, ultima parte c.p., nella versione antecedente alla novella del 2012, può essere rapportata, in base al testuale tenore della norma, non al profitto, ma solo al prezzo del reato, inteso questo in senso tecnico e non identificabile, quindi, in ciò che ne costituisce il provento²⁵. Secondo tale esegesi, deve dunque precludersi al profitto dei reati di cui agli artt. 314-320 c.p. l'applicazione della confisca per equivalente, avendo quest'ultima ad oggetto, eccezion fatta per il reato di corruzione, solo il prezzo e non anche il profitto²⁶: per i giudici di legittimità, invero, è del tutto insostenibile che il legislatore abbia usato il termine prezzo in senso non tecnico, e perciò tale da includere qualsiasi utilità connessa al reato, quando le nozioni di prezzo e di profitto sono nettamente distinte già nell'art. 240 c.p., per cui non si può pensare abbia derogato sul punto l'art. 322-ter c.p. Tale volontà appare corroborata dall'analisi dell'iter parlamentare e in sé non è qualificabile come irrazionale o illogica, costituendo esercizio della potestà discrezionale del legislatore, come tale non censurabile sotto il profilo della legittimità costituzionale.

Manifestamente infondata è ritenuta, peraltro, anche la tesi secondo cui il provento del reato di peculato può rientrare nella nozione di prezzo del reato: mentre per profitto del reato si deve intendere l'utile ottenuto in seguito alla commissione del reato, il prezzo consiste nel corrispettivo dell'esecuzione del reato pattuito e percepito dal suo autore; e a questa nozione non può con ogni evidenza essere ricondotto il provento del reato di peculato.

3 LA RIFORMA DEL 2012

L'art. 1, comma 75, della l. 6 novembre 2012, n. 190 è intervenuto a modificare anche la disposizione di cui all'art. 322-ter, comma 1, ultima parte, c.p., così colmando una grave lacuna del sistema normativo, che tante perplessità esegetiche aveva creato in merito all'ambito applicativo della confisca per equivalente²⁷.

25 Cass., 13 marzo 2006, n. 12852; Cass., 13 marzo 2006, n. 17566, in *www.neldiritto.it*, tutte in tema di peculato; in senso contrario solo Cass., 27 gennaio 2005 n. 11902, nella cui motivazione non è rinvenibile alcuna argomentazione a sostegno della tesi estensiva della confisca tanto al prezzo che al profitto del reato.

26 Tale interpretazione può, ad ogni modo, dare vita a conseguenze paradossali. Ad esempio, i reati di cui all'art. 316-bis e ter c.p. si caratterizzano per la sussistenza di un ingiusto profitto: sotto tale aspetto è allora evidente come statisticamente appaiono nettamente inferiori le ipotesi in cui sussista il prezzo, che consente la confisca anche per equivalente, rispetto a quelle (sostanzialmente tutte) in cui sussista il profitto, come tale non confiscabile.

27 Tra i primi commentatori della riforma, T. PADOVANI, G. AMATO, F. BRICCHETTI, in *Guida dir.*, n. 48, XII, p. 1; P. PITTARO, *DDL anticorruzione, comincia l'esame in aula*, in *Quotidiano Giuridico*, 16 ottobre 2012; P. PITTARO, *DDL anticorruzione: un iter parlamen-*

Invero, come detto, il nodo problematico risiedeva nell'improvvida formulazione originaria della norma, laddove, nel disciplinare la confisca per equivalente, faceva esplicito riferimento solo al prezzo e non anche al profitto del reato, rendendo così difficoltosa la sua applicabilità rispetto a reati relativamente ai quali è di fatto concettualmente inipotizzabile il prezzo. Giova all'uopo ribadire che è pacifico, infatti, che per profitto del reato sia da intendere l'utile ovvero il vantaggio economico ottenuto in via immediata e diretta per effetto della commissione del reato; mentre prezzo del reato è invece il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare taluno a commettere il reato²⁸. Ebbene, proprio da tali definizioni discendeva come diretta conseguenza l'inapplicabilità della confisca per equivalente, *in primis*, al delitto di peculato, ma anche alla malversazione ai danni dello Stato *ex art. 316-bis c.p.* e all'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316-ter c.p.: per essi, invero, non può configurarsi la figura del prezzo, ma semmai quella del profitto.

Da qui lo svuotamento di contenuto della previsione normativa che, di fatto, non aveva per essi alcuno spazio operativo.

L'opinione dominante ha sempre ritenuto invalicabile il tenore letterale dell'art. 322-ter, comma 1, c.p., se non attraverso un'inammissibile interpretazione analogica *in malam partem*, idonea ad estendere il significato di prezzo fino a farlo coincidere con quello di profitto, sulla base di diversi argomenti quali l'analisi dell'*iter* parlamentare e l'assurdità che il legislatore nell'art. 322-ter c.p. abbia utilizzato in modo atecnico la nozione di prezzo che, invece, nell'art. 240 c.p. è distinta nettamente da quella di profitto²⁹.

L'opposta tesi, minoritaria, muovendo dalle indicazioni provenienti dalla normativa comunitaria e dal presupposto che la *lacuna legis* sia imputabile ad una mera svista del legislatore, ha ritenuto di poterla colmare in via interpretativa, assumendo il concetto di prezzo estensivamente, quale sinonimo di provento³⁰.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite³¹, le quali, in merito al reato di peculato, hanno ribadito la confiscabilità per equivalente del solo prezzo, pena la configurazione di un'estensione analogica *in malam partem*, in violazione dei principi di tassatività e di legalità. Sottolineando come questa

tare "complesso", in *Quotidiano Giuridico*, 29 ottobre 2012; P. PITTARO, *DDL anticorruzione: le modifiche al codice penale*, in *Quotidiano Giuridico*, 5 novembre 2012; A. SPADARO, G. PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Milano, 2012.

28 Per tali definizioni si rimanda alle già menzionate Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, Chabni Samir, nonché, più di recente, Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, Miragliotta e Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Fisia Italmobiliari Spa e altri.

29 Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 2007, n. 30966, in *Cass. pen.*, 2008, p. 963; Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2008, Marzetti, in *Guida dir.*, 2009, 22, p. 69. In letteratura, G. AMATO, *Sui delitti di peculato e malversazione resta un rilevante problema applicativo*, in *Guida dir.*, 2009, 22, p. 74; C. BENUSSI, sub art. 322-ter, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 2319; R. LOTTINI, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1305.

30 M. SPENA, sub art. 322-ter, in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, 3^a ed., Milano, 2007, p. 1507; P. LEPERA, *La confisca per equivalente ex art. 322-ter, comma 1, c.p. è ipotizzabile anche con riferimento al profitto del reato?*, in *Giust. pen.*, 2008, c. 450. In giurisprudenza si segnala l'isolata pronuncia di Cass. pen., sez., VI, 25 marzo 2005, Baldas, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2851.

31 Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, Caruso, in *Cass. pen.*, 2010, p. 101, con nota di V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario conforme con effetti in malam partem*, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 440, con nota di V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*.

fosse l'unica (paradossale) soluzione ermeneutica ricavabile dalla lettera dell'art. 322-ter, comma 1, ultima parte, c.p., gli ermellini hanno però colto opportunamente l'occasione per inviare un monito al legislatore affinché ridisciplini in modo sistematico le molteplici ipotesi di confisca per equivalente e i relativi presupposti³².

Con la novella legislativa del 2012 il legislatore ha finalmente colto tale invito e ha esteso l'ambito operativo della confisca di valore di cui all'art. 322-ter c.p. anche al profitto del reato, rendendo la misura ablativa realmente efficace e concretamente applicabile rispetto a quei reati in cui il prezzo è nozione inconferente.

La modifica, del resto, riequilibra e rende omogenee la confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter c.p. alle altre ipotesi analoghe, disciplinate dal legislatore in termini più efficaci.

Il riferimento va, ad esempio, alla confisca di valore prevista dall'art. 11 della legge 16 marzo 2006, n. 146, di ratifica della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, dove è prevista la confiscabilità del *tantundem* per un valore corrispondente, indifferentemente, al prodotto, al profitto e al prezzo del reato. Lo stesso dicasi per la normativa relativa alla responsabilità amministrativa degli enti, ove l'art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha esteso la confisca di valore nei confronti dell'ente, in caso di condanna, anche al profitto del reato, proprio in difformità dalla previsione di cui all'art. 322-ter, comma 1, c.p.

Per completezza, va precisato che l'impropria formulazione della disposizione in esame è già stata, in passato, oggetto di interpretazione adeguatrice delle Sezioni Unite relativamente al disposto dell'art. 640-quater c.p.³³.

Trattasi questa di norma strettamente correlata a quella dell'art. 322-ter c.p., introdotta sempre dalla legge 29 settembre 2000, n. 300 che l'ha costruita con la tecnica del rinvio *per relationem* all'art. 322-ter c.p. Proprio il ricorso a tale tecnica aveva originato un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla ricostruzione della confisca ivi prevista.

Si era in sostanza dubitato della possibilità di procedere alla confisca di valore del profitto per i reati indicati nell'art. 640-quater c.p., in base alla considerazione per cui il rinvio all'art. 322-ter c.p. avrebbe riguardato solo le disposizioni di ordine generale contenute nel comma 1, in cui si prevedeva la confisca per equivalente del prezzo del reato, e non, invece, quelle del comma 2, che sarebbero state dettate esclusivamente per il reato dell'art. 321 c.p.

Le Sezioni Unite, chiamate a dirimere il contrasto interpretativo, hanno accolto quanto sostenuto dalla tesi avversa, volta a salvare l'operatività della norma, osservando come, in forza del rinvio in esame, la confisca di beni per un valore equivalente al profitto del reato sia applicabile anche nel caso di condanna per uno dei reati previsti dagli artt. 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter, comma 2, prima parte, c.p.

32 A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente, ex art. 322-ter, tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, 2011, p. 791; F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3420.

33 Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2005, Muci, in *Foro it.*, 2006, c. 595, nonchè in *Cass. pen.*, 2006, p. 1382 e in *Dir. giust.*, 2006, 2, p. 48, con nota di CORATELLA, *Confisca per equivalente, si alla linea Ue. Il dictum degli ermellini guarda ai nuovi metodi antiriciclaggio*.

La Cassazione, a supporto di tale opzione, ha evidenziato, oltre all'*iter* dei lavori parlamentari, soprattutto la lettera della norma, la quale pare operare, appunto, un rinvio indifferenziato alle disposizioni dell'art. 322-*ter* c.p.