

FORMAZIONE DECENTRATA MILANO

LUNEDI' 18 APRILE 2011

Il rapporto fra il sequestro per equivalente previsto dall'art. 322ter c.p. e quello previsto dall'art. 19 della Legge n. 231/2001: presupposti e compatibilità in concreto.

1- Premessa 2- Gli archetipi e le contaminazioni 3- La confisca nel d. lgs 231/01 4- La confisca dell'art. 322 ter 5- L'area di operatività della confisca ex art. 322 ter c.p. e della confisca ex d. lgs 231/01

1- Premessa- L'analisi dell'istituto della confisca e, soprattutto, il tentativo di un approccio sistematico si frange sugli scogli di una disciplina generale prevista dall'art. 240 c.p., espressione di una irrisolta tensione tra l'archetipo della misura di sicurezza e quello della sanzione, e di una disciplina speciale che ne disarticola i caratteri concettuali comuni¹.

Parafrasando un'espressione usata a proposito della disgregazione del modello unitario del diritto di proprietà - intuita da insigne giurista² già alla metà degli anni 50 ed elaborata nel ventennio successivo³-, che per effetto della Carta Costituzionale si disancorava da paradigmi paleo liberali, potrebbe dirsi che, nel sistema penale *lato sensu* considerato, dell'istituto della confisca è rimasta solo la cornice, delineata da un provvedimento ablatorio emesso in sede giurisdizionale, potendosi individuare all'interno di essa diversi statuti propri dei singoli tipi di confisca⁴

2- Gli archetipi e le contaminazioni - Il moltiplicarsi, per gemmazione⁵ o per filiazione diretta da obblighi internazionali⁶, dei singoli statuti normativi della confisca nel sistema penale rende improbo il tentativo di una completa elencazione.

¹ Parlano di *istituto proteiforme* Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in studi in onore di Giorgio Marinucci, III, parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto storia e società, a cura di Dolcini e Paliero, pag. 2107, Giuffrè 2006; Cass. SS.UU, 27 marzo 2008, n° 26654

² S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà* (con particolare riguardo alla proprietà terriera) in *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1954

³ Si veda sul punto Rodotà, *La proprietà e le proprietà, in il controllo sociale delle attività private*, Bologna 1977, pagg. 287-291; M.S. Giannini, *Diritto Pubblico dell'economia*, Bologna, 1976, pagg- 101 – 105 a proposito del concetto di *proprietà conformata*

⁴ Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, Dig. D. pen., pag. 53, secondo cui occorre ammettere che al termine confisca corrisponde un significato normativo sensibilmente variegato, che investe un fascio di istituti sempre meno riconducibili a un comune denominatore.

Le citate SS UU, nel solco di risalenti pronunce della Corte Costituzionale (sent. 29/61 e 46/64), affermano che con il termine confisca *...si identificano misure ablative di natura diversa, seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato...SS.UU n° 26654/2008*

⁵ Si pensi ai casi di confisca in materia di reati tributari, introdotta dalla legge finanziaria relativa al 2008 con un esplicito richiamo all'art. 322 ter c.p.

⁶ Si pensi ai casi di confisca in materia di reati transnazionali o allo stesso art. 322 ter

Tuttavia, prescindendo dalle ipotesi in cui la confisca interviene specificamente come misura di prevenzione⁷, gli archetipi sono costituiti dalla confisca-misura di sicurezza pura, solo in parte considerata nella previsione generale dell'art. 240 c.p. - e segnatamente nel secondo comma al numero 2, ove la confisca delle *res* ivi indicate deriva dalla loro intrinseca pericolosità e prescinde dall'intervenuta sentenza di condanna⁸ - e dalla confisca-sanzione pura, specificamente prevista dall'art. 9, comma 1 lett. c) e dell'art. 19 del d. lgs 231/2001.

I vari statuti penali della confisca si collocano in posizioni intermedie, più o meno prossime agli archetipi considerati.

Il modello delineato dall'art. 240 c.p., a prescindere dai casi specifici del II comma n° 2, sebbene sistematicamente collocato nel titolo VIII del I libro, nell'ambito *delle misure amministrative di sicurezza*, non perde i tratti dell'*antica matrice punitiva* dell'istituto⁹, tenuto conto del fatto che la sua operatività è condizionata all'esistenza di una sentenza di condanna¹⁰ e non alla sola pericolosità della *res*¹¹, da valutarsi caso per caso o presunta per legge.

Appartengono al tipo delineato dal capoverso dell'articolo 240, comma 1 n° 1 c.p., i casi di *confisca obbligatoria*¹², previsti da alcune, specifiche, norme contenute nel codice penale e nella legislazione speciale.

⁷ Si veda la l. 575/ 65 e successive modificazioni

⁸ Con le dovute differenze, a tali ipotesi possono essere assimilati i casi previsti in tema di lottizzazione abusiva, art. 44 comma 2 DPR 380/01, dove si prevede la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusive costruite se il giudice accerta con sentenza definitiva la lottizzazione abusiva, norma interpretata nel senso che il provvedimento ablatorio prescinde da una sentenza di condanna e deriva dall'accertamento della lottizzazione abusiva (Cass. III, 21 novembre 2008, n° 9982, rv237924); i casi in tema di contrabbando, di cui all'art. 301 DPR 73 43, così come sostituito dall'art. 11 L. 413/91, che prevede un'ipotesi di confisca obbligatoria, azionabile anche nei casi di prescrizione del reato secondo l'esegesi della Corte regolatrice (Cass.III, 21 settembre 2007, n° 38724, rv237924), sempre che non venga escluso il rapporto tra la *res* ed il fatto di contrabbando

⁹ Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., D pag. 45

¹⁰ Da ultimo Cass., SS.UU., 10 luglio 2008, n° 38834, che ha ribadito il principio secondo cui l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscano il prezzo, ancorchè prevista come obbligatoria all'art. 240, comma II, n° 1 c.p.. ed è emblematica la vicenda storica su cui s'inserisce la *quaestio iuris*: prescritti i reati di corruzione, intervenuti prima dell'entrata in vigore dell'art. 322 ter c.p., in corso di giudizio d'appello, il G.I.P. in sede esecutiva restituisce i beni, sequestrati all'imputato come prezzo della corruzione, e successivamente respinge l'opposizione avanzata dal P.M., il quale propone ricorso per cassazione.

La Corte si colloca nel solco tracciato dalle precedenti SS UU del 5.3.1993, escludendo la possibilità di una confisca che prescinda da una sentenza di condanna anche nei casi di confisca obbligatoria di cui al II comma n° 1 c.p., in concreto riconoscendo una funzione sanzionatoria all'istituto. Similmente nella pronuncia delle SS UU 25 ottobre 2005, n° 41936, si parla di carattere *preminentemente sanzionatorio* della confisca.

¹¹ Occorre tuttavia dar conto di un diverso, e minoritario, orientamento che tende a costruire un modello di confisca su una pericolosità della *res*, simmetricamente contrapposta a una pericolosità della persona, che ne consente l'applicazione delle misure di sicurezza. Una pericolosità intesa in senso oggettivo, che si esplica nell'efficacia agevolatrice della commissione di altri reati (così i lavori preparatori al c.p., ripresi in giurisprudenza da Cass., III, 24.3.1998, Galantino) o in senso soggettivo, che dalla cosa si trasferisce alla persona (Bettiol Pettoello Mantovani, *Diritto Penale, Parte generale*, Cedam, 1986, pag. 990; Cass. Sez. I, luglio 1998, Radaelli, in *Giust. Pen.*, 1999, II, c. 193. Si vedano anche Manzini, *trattato di diritto penale*, Vol. III, pagg. 383 e ss. ;Frosali, *Il sistema penale Italiano*, Utet, 1958, pag. 447; Massa, *Confisca*, dir. Pen. Proc., EDD, VIII, Giuffrè, 1961, pag. 985

¹² Il moltiplicarsi di ipotesi di confisca obbligatoria è ritenuto, in dottrina, indice di impulsi centrifughi dell'istituto della confisca dal sistema della pericolosità (Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., pag. 49)

In particolare, è subordinata a una sentenza di condanna l'operatività della confisca prevista dall'art. 416 bis c.p.¹³, che, al comma 7, introduce un'ipotesi di *confisca obbligatoria*, assimilabile a quella prevista dal n° 1 del capoverso dell'art. 240 c.p., in ordine alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Similmente, l'art. 12 del d.lgs 286/98, a rubrica disposizione contro le immigrazioni clandestine, prevede, per i reati di cui ai commi 1 e 3 riguardanti fatti di trasporto o comunque di ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato, (promozione, direzione, organizzazione, finanziamento o trasporto illegali nel territorio dello Stato), all' art. 4 ter la confisca del mezzo di trasporto nonché per i reati di cui al comma 5 bis (cessione in locazione di un immobile a uno straniero privo di permesso di soggiorno) la confisca dell'immobile. Si è in presenza di una *confisca obbligatoria*, subordinata all'esistenza di una sentenza di condanna o di applicazione della pena.

La confisca obbligatoria assume caratteri più marcatamente sanzionatori in talune, specifiche, ipotesi, previste dal codice penale e dalla legislazione speciale, nelle quali, sia pure con caratteri non omogenei, assume anche i tratti della confisca di valore¹⁴.

In particolare, l'art. 644 c.p., in materia di usura, al comma 6, prevede un'ipotesi di *confisca obbligatoria*, con riferimento al prezzo o al profitto del reato, che è anche *di valore limitatamente* all'importo di vantaggi o interessi usurari. Il presupposto è costituito da sentenze di condanna o di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.

Ipotesi di confisca, *obbligatoria e di valore*, laddove tutto ciò che deve essere obbligatoriamente confiscato può essere fatto anche per equivalente, è costituita dai casi previsti dall'art. 322 ter c.p., e di essa si tratterà al paragrafo che segue.

Del pari, è prevista una confisca, *obbligatoria e di valore*, dall'art. 600 septies c.p., allorchè intervengano sentenze di condanna o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. in ordine ai delitti contro la personalità individuale previsti dalla sezione in cui la norma è inserita¹⁵

Nasce per esplicito richiamo normativo all'art. 322 ter c.p. l'estensione della confisca per equivalente ai reati tributari, diversi dall'occultamento delle scritture contabili, previsti dal d. lgs 74/2000, operata dall'art. 1, comma 143, della legge 244/2007 – legge finanziaria 2008.

E' significativo osservare che, con riferimento al problema della retroattività della misura ablatoria, la giurisprudenza della Corte Regolatrice¹⁶ e del Giudice delle Leggi¹⁷ abbiano marcato il carattere

¹³ Introdotta dalla Legge Rognoni-La torre

¹⁴ Le SS. UU., ud. 27 marzo 2008, colgono nella confisca di valore i tratti distintivi di una vera e propria sanzione

¹⁵ Riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi

¹⁶ Cass. VI, 18 giugno 2007, n° 30543, in F.I., 2008, III, c. 173; Cass., II, 8 maggio 2008, n° 21566, rv 240910; Cass. III, 24 settembre 2008, n° 39173, rv 241034; Cass., VI, 18 febbraio 2009, n° 13098, RV 23451

¹⁷ Corte Cost., ordinanza 97/2009

sanzionatorio di essa, escludendo che possa essere applicato il principio generale di retroattività delle misure di sicurezza, previsto dall'art. 200 c.p.¹⁸

In materia di Market Abuse, l'art. 187 del Tuf combina ipotesi di confisca, *obbligatoria*¹⁹ e *per equivalente*, del prodotto, del profitto del reato e *dei beni utilizzati* per commetterlo, con l'ipotesi generale di cui all'art. 240 c.p., per quanto non espressamente stabilito.

Tratti di ulteriore *contaminazione normativa* assume la confisca prevista dall'art. 11 L. 146/2006, in materia di reati transnazionali, laddove, secondo autorevole dottrina, si è in presenza di una confisca di valore, ma non obbligatoria²⁰. Si rileva, in particolare, che, sebbene la rubrica della norma titoli *ipotesi speciali di confisca obbligatoria e confisca per equivalente*, il suo contenuto non introduce ipotesi specifiche di obbligatorietà, sì che tali casi sarebbero solo quelli come tali considerati dalla normativa generale (art. 240 c.p.) o speciale (es. art. 416 bis), ma solo casi di confisca per equivalente del prezzo prodotto o profitto del reato.

Sono, per contro, più prossimi al paradigma della *misura di sicurezza*²¹, certamente dai connotati peculiari, i casi di cd. *confisca allargata*, previsti dall'art. 12 sexies L. 306/92, originariamente previsti per fatti di criminalità organizzata e, successivamente , estesa dalla legge finanziaria del 2006²², ad alcuni reati contro la PA e poi ancora ad altri reati contro l'incolumità personale, usura, riciclaggio, reimpiego, reati in materia di droga.

Il meccanismo di operatività della confisca, che è consentita dal comma 2 ter anche come confisca di valore equivalente, presuppone una condanna, ovvero una applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p., per uno dei delitti specificamente indicati, l'esistenza di un patrimonio, direttamente o indirettamente detenuto, sproporzionato rispetto alla capacità economica del condannato, la mancata giustificazione della provenienza dei beni.

Dalla natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca allargata la Corte Regolatrice ha enunciato il principio dell'esclusione della regola della irretroattività della legge più sfavorevole, ritenendo che nel caso di specie operi l'art. 200 c.p., che sancisce il principio dell'applicazione della legge vigente al momento della decisione²³, ed escludendo che la morte del condannato precluda l'esperibilità del provvedimento ablatorio²⁴

¹⁸ Sul punto, Luca della Ragione, *La confisca per equivalente nel diritto penale Tributario*, in diritto penale contemporaneo, 13.11.10

¹⁹ Giova osservare come la stessa Corte Regolatrice, tuttavia, chiamata a pronunciarsi su una confisca di tal natura osservi di non convenire sulla natura esclusivamente sanzionatoria di essa Cass., V, 2 24 maggio 2007, n° 28944, rv 240155

²⁰ Grasso, *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in Sanzioni patrimoniali come moderno strumento della lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione, a cura di Anna Maugeri, Giuffrè, 2008, pag. 131

²¹ Si vedano sul punto Cass. VI, 28 febbraio 1995, in Cass. Pen. 199, 210; Cass. , SS UU, 30 gennaio 2001, n° 16, in Cass. Pen. 2001, vol. 12, , commentata da P.V. Molinari , laddove si parla di misura di sicurezza dai contorni atipici

²² Art. 1 comma 220 L. 296/2006

²³ Cass., VI, 25096 del 6 giugno 2009, rv 244355

²⁴ Cass. VI, 27343 del 20 maggio 2008, RV 240584

3- La confisca nel d. lgs 231/01- Nel sistema della responsabilità degli enti da reato per un verso si compie *la lunga marcia* che restituisce la confisca (*rectius*: a una delle forme di confisca previste) al suo originario paradigma sanzionatorio²⁵, per altro verso se ne ribadisce il carattere polimorfo, siccome si contemplano modelli di provvedimento ablatorio sganciati dalla commissione di un illecito proprio dell'ente ovvero aventi ad oggetto il prodotto diretto di un'attività certamente lecita²⁶.

Gli artt. 9, comma 1 lett. C, e 19 prevedono l'istituto della *confisca sanzione*²⁷.

Una sanzione principale²⁸, che al pari delle altre, pecuniarie e interdittive, presuppone un accertamento di responsabilità e che non richiede un accertamento della pericolosità della *res*, così recidendo definitivamente ogni residuo collegamento con l'archetipo delle misure di sicurezza.

Una confisca obbligatoria²⁹, secondo quanto costantemente ritenuto in giurisprudenza³⁰, e per equivalente³¹, applicabile anche ai casi di patteggiamento³², tenuto conto dei richiami, generale di cui all'art. 34 e speciale di cui all'art. 63, contenuti nel tessuto normativo del d. lgs 231/01 alla disciplina dell'applicazione della pena su richiesta.

Oggetto della confisca sono il prezzo o il profitto del reato³³, salvi i diritti dei terzi acquisiti dai terzi in buona fede³⁴, e, con riferimento ai casi di confisca di valore, è sufficiente accertare un nesso di

²⁵ nel codice Zanardelli era considerata tra gli effetti penali della condanna

²⁶ sulla confisca ex d. lgs ex 231/01 : Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente dipendente da reato*, Rivista della responsabilità degli enti, Plenum, 2, 2006, pag. 7; Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, Rivista della responsabilità degli enti, Plenum, 23 2006, pag. 73 Fidelbo, *Le misure cautelari*, in AAVV, *La responsabilità degli enti*, Milano, 2002, pag. 267; Fidelbo, *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in Cass. Pen., all. al n° 6/2003, pag. 119; Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, a cura di Garuti, Padova, 2002, pag. 168; Mantelli, *Il sistema sanzionatorio nel decreto delegato: le sanzioni pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in AA VV, *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore* a cura di Lancellotti, Torino 2003, pag. 123;

²⁷ ad essa è assimilabile il tipo di confisca specificamente prevista dall'art. 23 del medesimo decreto

²⁸ SS UU 27 marzo 2008, cit.

²⁹ è sempre disposta. : Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, cit...*, pag. 6; Santoriello, *La confisca per equivalente nella recente giurisprudenza di legittimità*, Rivista della responsabilità e degli enti, plenum, 3-2007, pag. 147

³⁰ SS UU 27 marzo 2008, cit.; Cass. , V, 8 luglio 2008, 33525,, RV

³¹ Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, cit...*, pag. 6; In giurisprudenza di merito, per l'enunciazione del principio dell'obbligatorietà della confisca sanzione anche nella forma per equivalente Tribunale di Milano, sez. GIP, est. Varanelli, ord. 20.12.2006

³² Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente*; Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., pag. 74; in giurisprudenza Trib. Milano, sez. GIP, ord. 20.12.2006

³³ In tema di individuazione di profitto confiscabile, si segnala la sentenza SS. UU. 2 luglio 2008, n° 26654, RV 239925, che:

- evidenzia il diverso significato del termine profitto assume nel tessuto normativo del d. lgs 231/01;
- individua nel profitto assoggettabile a sanzione come il complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, escludendo l'adozione di parametri valutativi di tipo aziendalistico;
- distingue i casi di reato-contratto, nei quali vi è immedesimazione tra l'illecito e il negozio giuridico, sì che il profitto confiscabile è l'immediata conseguenza del profitto illecito, dai casi di reati in contratto, nei quali è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, con la conseguenza che il corrispondente profitto può essere non ricollegabile alla condotta sanzionata penalmente

³⁴ un caso particolare è quello definito da Cass. , V, cc 8 luglio 2008, n° 33425, con riferimento ai rapporti tra la confisca il esame, *rectius*: il sequestro preventivo finalizzato a tale confisca, e i beni acquisiti alla massa fallimentare. In particolare, il TDR di Roma aveva escluso la possibilità del sequestro preventivo sui beni della società, allorché fosse

derivazione causale tra il profitto e l'illecito, essendo irrilevante un rapporto di stretta pertinenzialità tra l'uno e l'altro³⁵.

In sede di indagini preliminari, può essere disposto il sequestro preventivo, funzionale alla confisca, ai sensi dell'art. 53 d. lgs 231/01³⁶.

L'art. 15, comma 4, prevede un'ipotesi di confisca *sanzione –sostitutiva*.

Nel caso di commissariamento dell'ente, in sostituzione della correlativa sanzione interdittiva che determinerebbe un'interruzione di servizio pubblico o di pubblica necessità ovvero un rilevante impatto su livelli occupazionali, il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività deve essere confiscato.

La relazione al decreto legislativo evidenzia la natura strutturalmente sanzionatoria di tale provvedimento ablatorio - le SS UU del 2008 parlano esplicitamente di *sanzione sostitutiva*³⁷- finalizzata a che l'ente non sia messo in condizione di trarre comunque profitto dalla assenza di interruzione dell'attività, ancorché si tratti di confiscare un profitto derivante da attività lecita³⁸, tale è certamente quella posta in essere dal commissario nominato dal giudice, in relazione al quale non è esperibile il provvedimento cautelare reale del sequestro preventivo.

L'art. 6, comma 5, prevede un'ipotesi particolare di confisca del profitto a carico dell'ente, allorché il reato, commesso da apicali, non abbia determinato la responsabilità dell'ente.

Si tratta di un provvedimento ablatorio, ai confini tra misura di prevenzione, giustificata dal fatto dell'essere la *res tainted property*, e strumento volto a ristabilire l'equilibrio patrimoniale alterato da un fatto geneticamente illecito, così come propende a ritenere la giurisprudenza delle SS UU³⁹.

4- La confisca nell'art. 322 ter- La norma è stata interpolata nel tessuto del codice penale dall'art. 3 L. 300/2000.

Una tecnica legislativa non perfetta, tale eufemisticamente può esser definita, elabora uno statuto di disciplina a *geometria variabile*, irragionevole e poco rispettoso degli obblighi internazionali gravanti sullo Stato Italiano negli approdi ermeneutici che impone⁴⁰.

intervenuto il fallimento, rilevando che lo spossessamento dei beni, intervenuto con la sentenza di fallimento, avesse fatto venir meno il presupposto per l'operatività del provvedimento cautelare reale.

La Corte, muovendo dalla asserita natura facoltativa della confisca per equivalente ex d. lgs 231/01, esclude tale ricostruzione, ma precisa che il giudice deve valutare caso per caso, dando conto della prevalenza delle ragioni della confisca rispetto a quelle tutelate dalla procedura fallimentare

³⁵ Cass. VI, 14 ottobre 2009, n° 46215

³⁶ sul carattere speciale di tale sequestro ; Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., pag. 74;

³⁷ SS. UU. 2 luglio 2008, n° 26654

³⁸ Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., pag. 74

³⁹ SS. UU. 2 luglio 2008, n° 26654

⁴⁰ si vedano sul punto le considerazioni svolte dalle SS UU 38691/09:

...Il Collegio è ben consapevole che – mentre, nella corruzione, la somma percepita dal pubblico ufficiale costituisce "prezzo del reato" ogni qualvolta sia stata data o ricevuta come controprestazione per lo svolgimento dell'azione illecita – la maggior parte degli altri reati previsti dal primo comma dell'art. 323 ter cod. pen. non risultano caratterizzati, invece, dall'esecuzione nella dinamica delittuosa di illecite prestazioni corrispettive, sicché il beneficio economico conseguito dal reo non può che identificarsi nel "profitto del reato". Così è: nella concussione, per "il denaro od altra utilità" estorti (Cass., Sez. VI, 25.1.1995, n. 4114, Giacalone); nel reato di cui all'art. 316ter cod. pen.

per "la indebita percezione di pubbliche erogazioni" (Cass., Sez. II, 28.3.2003, n. 14817, P.G. in proc. Caminati ed altro); nel peculato per "il danaro o altra cosa mobile" oggetto di appropriazione (ex plurimis, Cass., Sez. VI, 20.10.2000, n. 10797, Mazzitelli). Per tali delitti la confisca del "prezzo", inteso come compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato, appare ipotesi quasi puramente scolastica, tale comunque da svuotare l'istituto della confisca per equivalente di gran parte della sua valenza operativa. Evidenti risultano, altresì, le discrasie di un sistema sanzionatorio nel quale: -- Al solo profitto fa riferimento, per la confisca di valore, l'art. 600septies cod. pen. (come novellato dalla legge 11 agosto 2003, n. 228), dove viene stabilito che, nei casi in cui non sia possibile la confisca diretta di beni che costituiscono il profitto o il prezzo dei delitti contro la personalità individuale, previsti dalla sezione I del capo III dello stesso codice, la misura ablatoria abbia ad oggetto "beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto". -- La legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004) ha stabilito (con l'art. 9) -- nel complesso delle disposizioni volte a modificare il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. n. 58/1998 -- che, in caso di condanna per uno dei reati ivi previsti (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato), sia disposta "la confisca del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo" e, in caso l'esecuzione della stessa non sia possibile, che la stessa possa avere ad oggetto "una somma di denaro o beni di valore equivalente". -- La legge 16 marzo 2006, n. 146 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001) ha previsto, all'art. 11, che, per i reati di criminalità organizzata transnazionale, definiti all'art 3 della stessa legge, qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordini la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, "per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo".-- La confisca di valore di cui all'art. 648quater cod. pen., introdotto con il D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione) fa espresso riferimento all'equivalente del prodotto, profitto o prezzo dei reati previsti dagli artt. 648bis e 648ter cod. pen. (riciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita). -- La legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008), con l'art. 1, comma 143, ha esteso la confisca di valore anche ai reati fiscali, prevedendo che "nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10bis, 10ter, 10quater e 11 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322ter del codice penale".-- La legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) -- pubblicata, nelle more della redazione della motivazione della presente sentenza, nella G.U. n. 176 del 31.7.2009, suppl. ord. n. 136 -- ha introdotto l'art. 474bis cod. pen., che prevede la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 dello stesso codice (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni - introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) e "delle cose che ne sono l'oggetto, il prodotto, il prezzo o il profitto, a chiunque appartenenti", nonché, qualora ciò non sia possibile, "la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità "per un valore corrispondente [esclusivamente n.d.r.] al profitto", richiamando espressamente altresì il 3° comma dell'art. 322ter cod. pen. -- Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, contenente la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in ordine a taluni delitti, per lo più coincidenti con quelli richiamati dagli artt. 322ter e 640quater c.p., ha poi previsto in via generale all'art. 19, in caso di condanna, la confisca obbligatoria, nei confronti dell'ente, del prezzo o del profitto del reato e, nel caso non sia possibile la sua esecuzione, la confisca di "somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato". -- Il D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, ha novellato l'art. 2641 cod. civ., prevedendo la confisca obbligatoria del profitto o del prodotto e dei beni utilizzati per commettere uno dei reati previsti dal titolo XI del Libro V del codice civile, o, in caso di impossibilità, di denaro o beni di valore equivalente. -- La legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007), con la novella del comma 2bis, ha reso applicabile ai delitti previsti dagli artt. 314, 316, 316bis, 316ter, 317, 318, 319, 319ter, 320, 322, 322bis e 325 cod. pen. la speciale "confisca allargata" di cui all'art. 12sexies D.L. n. 306/1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 356/1992, riguardante il danaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza. -- Queste Sezioni Unite, con la sentenza 22.11.2005, n. 41936, Muci, hanno ritenuto ammissibile la confiscabilità per equivalente anche del profitto dei reati indicati nell'art. 640quater cod. pen. Palese risulta, dunque, la simultanea coesistenza di una congerie di norme settoriali, non coordinate tra loro, in cui l'istituto della confisca per equivalente viene previsto, in modo altalenante, talvolta in termini perspicui ed efficienti e talaltra, invece, senza un efficace spazio di operatività. Né mancano profili di contraddittorietà, come può rilevarsi, ad esempio, attraverso la constatazione che, mentre per le persone fisiche condannate per i delitti richiamati dal primo comma dell'art. 322 ter cod. pen., non può farsi luogo alla confisca per equivalente del profitto, ciò risulta invece ammesso nei confronti dell'ente eventualmente coinvolto in relazione agli stessi fatti. Si pone perciò la necessità che il legislatore provveda a disciplinare in modo sistematico tutte le ipotesi di confisca obbligatoria e di

Presupposto per l'adozione del provvedimento ablatorio è che sia intervenuta una sentenza di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti dagli articoli 314 a 321⁴¹, anche se commessi dai soggetti indicati nell'art. 322 bis, nonché, per effetto del richiamo contenuto all'art. 640 quater c.p., per i fatti di truffa previsti dagli artt. 640, comma 2, n. 1, c.p. (truffa in danno della Pubblica Amministrazione), 640-bisc.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640-ter, comma 2, c.p. (ossia qualora il fatto sia commesso in danno di Pubbliche Amministrazioni).

Si è in presenza, per tutti i casi considerati, di ipotesi di *confisca obbligatoria*.

Questione, allo stato delineata da due successivi interventi della Corte Regolatrice a Sezioni Unite, ulteriore è costituita dai limiti entro cui, all'interno della disciplina dell'articolo 322 ter c.p. - pure così come richiamata dall'art. 640 ter - sia configurabile una *confisca di valore*.

La premessa da cui muovono entrambe le pronunce è che il primo comma dell'art. 322 ter c.p., per i reati ivi considerati, consenta una confisca di valore solo con riferimento al prezzo del reato e non anche con riferimento al profitto di esso.

La conclusione cui giungono, rispettivamente, è che l'art. 640 quater, richiami integralmente la disciplina dell'art. 322 ter c.p., così consentendo anche per i reati di frode ivi considerati una confisca di valore⁴², mentre per i casi considerati al primo comma dell'art. 322 ter c.p. la confisca di valore sia possibile solo con esclusivo riferimento al prezzo e non anche al profitto di reato, ancorché in alcune delle più significative ipotesi ivi considerate il prezzo del reato sia mero caso di scuola⁴³,

confisca per equivalente, già previste con norme frammentarie e prive di coordinamento. A fronte, però, di una disposizione normativa che limita inequivocabilmente la confisca per equivalente al solo "prezzo" del reato, va ribadito che questa Corte non può pervenire ad una non consentita estensione "in malam partem" del dettato legislativo. 9.

⁴¹ nel primo comma si fa riferimento ai delitti di peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, concussione, corruzione passiva, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Nel secondo comma si fa riferimento ai casi di corruzione attiva

⁴² SS.UU. 25.10.2005, n° 41936, In Dir. Pen. Proc., 2006, p. 43, con nota di Montagna, Reati di truffa e confiscabilità dei beni per equivalente, nonché in Dir. Giust., 2006, 2, p. 48, con nota di Coratella, Confisca per equivalente: sì alla linea UE. Per rilievi critici cfr. Santoriello, La confisca per equivalente nella recente giurisprudenza di legittimità, rivista della responsabilità e degli enti, plenum, 3-2007, pag. 147.

La decisione delle Sezioni Unite si fonda per un verso sulla finalità dell'art. 322-terc.p. e per altro verso sull'esame dei lavori parlamentari e degli atti propedeutici all'introduzione, nel codice penale, della norma

⁴³ Cass. SS UU, 25.6.2009, n° 38691.

Osserva la Corte:

...Nell'interpretazione dell'art. 322ter cod. pen., l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente prevalente, ancorato al dato letterale della norma, è orientato nel senso che la anzidetta previsione della confiscabilità (e quindi del prodromico sequestro) per equivalente non è applicabile in relazione al "profitto" del delitto di cui all'art. 314 cod. pen., dovendo ritenersi limitata, invece, al solo tantundem del "prezzo" del reato [così Cass., Sez. VI: 11.4.2006, n. 12852, P.M. in proc. Ingravallo; 11.4.2006, n. 12853, P.M. in proc. Fornarelli; 22.5.2006, n. 17566, P.M. in proc. Tortorici; decisioni alle quali si sono adeguate, senza particolari motivazioni, Cass.; Sez. VI: 18.5.2007, n. 19586, Pantonio; 10.3.2009, n. 10679; Marzetti; 7.4.2009, n. 14966, Marzetti]. Ciò in quanto: - appare "insostenibile" che il legislatore, nella formulazione dell'art. 322ter cod. pen., abbia usato il termine "prezzo" in senso atecnico, così da includere qualsiasi utilità connessa al reato, perché le nozioni di "prezzo" e di "profitto" risultano nettamente distinte già nell'art. 240 cod. pen. e non sarebbe logico ritenere che sia voluto derogare sul punto con l'art. 322ter dello stesso codice; - nell'iter parlamentare dell'approvazione della legge n. 300 del 2000 (che ha introdotto l'art. 322ter cod. pen.) - mentre in una prima versione era prevista la confisca per equivalente di beni di valore corrispondente al

sì che una confisca di valore per profitto del reato sarà configurabile solo in relazione alle ipotesi di corruzione attiva indicate nel II comma dell'art. 322 ter.

5- L'area di operatività della confisca ex art. 322 ter c.p. e della confisca ex d. lgs 231/01-

L'*actio finium regundorum* dell'area quale è possibile una convergenza dell'operatività dei due tipi di confisca e la ricostruzione delle sinapsi normative che li collegano non sono agevoli.

Sul piano metodologico l'analisi deve muovere per un verso dai reati che, in astratto, consentono l'applicazione del provvedimento ablatorio secondo entrambe le discipline, per altro verso deve considerare il *tipo* di confisca nella cornice del d. lgs 231/01.

Sul piano generale sarà, astrattamente, ammissibile per i reati di cui agli artt. 24⁴⁴ e 25⁴⁵ del d. lgs 321/2001, che prevedono reati presupposto certamente rientranti nell'ampia previsione dell'art. 322 ter c.p., così come integrato dall'art. 640 quater c.p.

profitto e al prezzo dei reati previsti dagli artt. da 317 a 322bis cod. pen. – nella versione definitiva la confisca medesima è stata limitata, per i reati previsti dagli artt. da 314 a 322bis cod. pen., all'equivalente del solo prezzo; - risulterebbe chiara la volontà del legislatore nel senso di escludere, al di fuori delle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 322ter cod. pen., il profitto del reato da tale ipotesi di confisca; - tale scelta normativa, in sé non qualificabile come irrazionale od illogica, risulterebbe esercizio della potestà discrezionale del legislatore; né la stessa si porrebbe in contrasto con le norme pattizie internazionali, atteso che queste ultime hanno ad oggetto esclusivamente ipotesi riconducibili, nel diritto interno, alle fattispecie della corruzione e della concussione e non già a quella del peculato; - non sarebbe dirimente il principio affermato dalle Sezioni Unite, con la sentenza 22.11.2005, n. 41936, Muci, riferita all'oggetto della confisca per equivalente prevista dall'art. 640quater cod. pen., in quanto la estensione di essa anche all'equivalente del profitto si giustificerebbe in forza del rinvio disposto in tale articolo all'intero testo dell'art. 322ter cod. pen. e quindi anche alla confisca prevista dal secondo comma, comprensiva della confisca di valore sia del prezzo sia del profitto.

....

3.4 A fronte della netta distinzione tra le nozioni di "prezzo" e di "profitto" del reato come sopra delineata – ed in mancanza di una chiara indicazione normativa che attribuisca a tali termini un significato diverso da quello comunemente loro assegnato (pure tenendo conto del travagliato iter parlamentare di approvazione della legge n. 300/2000, che, attraverso scansioni particolarmente tortuose, ha portato a ripetuti assestamenti del testo legislativo) – deve convenirsi, dunque, che non esiste alcun elemento idoneo a far ritenere che il legislatore, nella formulazione dell'art. 322ter cod. pen., abbia usato il termine "prezzo" in senso atecnico, così da includere qualsiasi utilità connessa al reato. Argomento troppo debole, a sostegno di un'interpretazione contraria, appare quello secondo il quale – nella lettura dell'art. 322ter cod. pen. – l'espressione "valore corrispondente a tale prezzo", conclusiva del 1° comma, potrebbe riferirsi, per le significazioni omnicomprensive attribuibili all'aggettivo indicativo "tale", anche al valore dei beni integranti il "profitto", precedentemente indicati. Si tratta, invero, di un'interpretazione grammaticale opinabile, stante comunque l'uso dell'aggettivo al singolare, mentre la ricognizione del significato della formula legislativa non può prescindere dalle connessioni concettuali e dal collegamento sistematico con la formulazione dell'art. 240 cod. pen. Nella formulazione definitiva dell'art. 322ter cod. pen. appare perciò inconfutabile la previsione della inoperatività della confisca per equivalente per i profitti derivanti dalle fattispecie di reato previste al primo comma, diverse dalla corruzione attiva, nelle quali il vantaggio ottenuto dal reato non è qualificabile come "prezzo". La dottrina ha generalmente evidenziato che tale restrizione non appare coerente con la ratio dell'istituto della confisca per equivalente, diretta ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività, una sorta di prelievo pubblico dei proventi illeciti nel loro complesso. Ciò è senz'altro condivisibile (e queste Sezioni Unite, già nella sentenza n. 41936/05, Muci, hanno fatto riferimento ad una "indubbia stonatura"), ma all'apposizione normativa del limite non può ovviarsi con una interpretazione sostanzialmente correttiva, essendo invece necessario l'intervento del legislatore. 4. Né può ritenersi che la limitazione in oggetto sia stata abrogata dall'art. 335bis cod. pen. (introdotto dall'art. 6 della legge 27-3-2001, n. 97), attribuendo a tale norma la funzione di estendere la confisca a tutte le ipotesi in cui residuino utilità economiche rivenienti all'autore dalla commissione di ciascuno dei reati previsti dagli artt. da 314 a 335 cod. pen. L'art. 335bis, infatti, non contempla espressamente la confisca di valore e la clausola di salvezza di "quanto previsto dall'articolo 322ter" appare escludere tale istituto dall'ambito di applicazione della norma.

⁴⁴ Artt. 316 bis (malversazione a danno dello Stato), 316 ter (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 640 comma 2 n° 1 (truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico), 640 bis (truffa aggravata per il

Per essi, si pone anzitutto *sempre* la possibilità, nei limiti che più avanti saranno indicati, dell'operare di entrambi i tipi di confisca, quando essa abbia ad oggetto il *prezzo* del reato. In tali casi, secondo entrambi gli statuti normativi propri di ciascuna delle diverse discipline, la confisca sarà *obbligatoria* e possibile anche per *equivalente*.

Una simile simmetria si ripropone solo *in parte qua* allorché oggetto della confisca debba essere il profitto del reato. Confisca obbligatoria per entrambi gli statuti normativi, ma che può essere disposta per equivalente ex art. 322 ter solo per i casi di corruzione attiva ovvero per quelli e compresi nella previsione dell'art. 640 quater.

La conseguenza è che l'unica forma di confisca del profitto per equivalente possibile allorché si sia in presenza di reati riconducibili alle previsioni della corruzione passiva, concussione, malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato sarà quella, *nei confronti dell'ente*, prevista dall'art. 19 del d. lgs 231/01.

La questione che si pone, dunque, è individuare limiti di applicabilità dei diversi tipi di confisca per equivalente, ex art. 322 ter c.p. ed ex art. 19 d. lgs 231/01, ove siano possibili entrambi⁴⁶.

Gli arresti giurisprudenziali sul punto tendono ad assumere un assetto consolidato, che si fonda su 2 principi di fondo:

- possibilità della confisca, e ovviamente del sequestro preventivo, indifferentemente nei confronti della persona fisica, ex art. 322 ter c.p. e 321 c.p.p., o della persona giuridica, ex artt. 19 e 53 d. lgs 231/01, per l'intero ammontare, salve le ragioni di riparto interno;
- limite complessivo costituito dall'intero ammontare del profitto, oltre il quale non possono intervenire i provvedimenti ablatori⁴⁷.

Si ripropongono, nella sostanza, le conclusioni cui è pervenuta la Corte Regolatrice in materia di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, tra più concorrenti del reato, che enunciano un principio solidaristico fondato per un verso sulla natura concorsuale della responsabilità, per altro verso sulla funzione sanzionatoria della confisca per equivalente⁴⁸.

L'analisi dell'ordito argomentativo di taluno dei provvedimenti intervenuti al riguardo rivela, tuttavia, elementi di ambiguità.

La Corte, in più di un intervento, sembra alludere a ipotesi di responsabilità cumulativa, tra ente e individuo, assimilabile, sul piano dogmatico, allo schema concorsuale⁴⁹.

L'argomento, così formulato, deve essere respinto.

conseguimento di erogazioni pubbliche)e 640 ter (frode informatica) se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico

⁴⁵ corruzione e concussione

⁴⁶ per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale cfr. Tutinelli, Solidarietà tra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, plenum, 4- 2009, pag. 87

⁴⁷ Cass. I, 27 ottobre 2009, n° 42894, rv ; Cass. VI, 5 marzo 2009, 26611, rv 244254

⁴⁸ Cass, Sez. 5, Sentenza n. 15445 del 16/01/2004 Cc. (dep. 01/04/2004)

⁴⁹ Cass.sez. VI, 6 febbraio 2009, 19764; Cass. VI, 5 marzo 2009, 26611, rv 244254

Per affermare un principio solidaristico pare sufficiente rilevare l'identità del fatto da cui deriva il profitto, fatto comune all'ente e all'autore del reato presupposto, fermo restando che l'illecito dell'ente definisce, rispetto al reato presupposto, un cerchio concentrico di dimensioni maggiori.

Tanto più che in una diversa area problematica, per certi versi simmetrica a quella oggetto di analisi, ossia quella relativa al danno derivante dall'illecito dell'ente, escluso ogni riferimento a ipotesi di concorso più o meno anomalo tra persona fisica ed ente, si afferma sempre con maggiore convinzione l'assunto che non sia configurabile un danno dell'illecito ex 231/01 diverso da quello derivante dal reato presupposto⁵⁰.

Paolo Ielo, sostituto Procura di Roma

⁵⁰ Cass. VI, 22 gennaio 2011, n° 2251