



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in Fondamenti del diritto europeo e metodologia comparatistica  
Dipartimento di studi europei e dell'integrazione internazionale – DEMS  
Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

## La confisca nell'ordinamento Italiano

IL DOTTORE  
EMILIO MINEO

IL COORDINATORE  
CH.MO PROF. GIUSEPPE DI CHIARA

IL TUTOR  
CH.MO PROF. COSTANTINO VISCONTI

CICLO XXIV  
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2015

## **La Pena e le misure di sicurezza: Differenze ontologiche**

Il codice penale italiano si basa, dal punto di vista sanzionatorio, sulla contrapposizione (e in certi casi sulla complementarità) tra pena e misure di sicurezza.

La pena è ricompresa all'interno delle sanzioni punitive eterogenee, è irrogata nei confronti di una persona imputabile o semiimputabile, in seguito all'accertamento della commissione di un reato, in sede giurisdizionale, e risponde a finalità differenti, a secondo del punto di vista dottrinale.

Le caratteristiche principali della pena sono l'afflittività (intesa come una sofferenza coattiva che viene imposta a colui che ha trasgredito la norma penale attraverso una limitazione di un bene della vita in proporzione alla gravità della trasgressione commessa) e l'emendatività (mirante all'eliminazione, o alla correzione, delle conseguenze dell'illecito).

Come sopra accennato esistono tre diverse teorie sulla funzione della pena: meramente retributiva, general preventiva e special preventiva.

La prima concezione, facente capo alla dottrina più antica, considera la sanzione penale una "retribuzione", comminata al colpevole come compenso per il male provocato dalla sua azione antiggiuridica (la pena è un male necessario da infliggere al soggetto che ha causato il male).

Secondo questa teoria è quindi assolutamente necessario che lo Stato irroghi la pena in maniera proporzionale al pericolo o al danno procurato, la pena, quindi, troverebbe il suo fondamento e giustificazione nella necessaria risposta sanzionatoria dello Stato, mirante a ripristinare (anche

solo potenzialmente) l'ordine giuridico violato, evitando così che il privato offeso (o danneggiato) si vendichi del torto subito, mettendo in crisi il modello secondo cui lo Stato è l'unico detentore dell'uso della forza legittima, minando alla base le sue fondamenta<sup>1</sup>.

Questa concezione, emersa prima della Costituzione, era conforme alla concezione formalista del codice Rocco, oggi non è coerente con la teoria dei beni giuridici, con il principio di materialità e con quello d'offensività dovendosi ritenere superata l'idea che il diritto penale sia finalizzato alla mera punizione del colpevole e al ripristino di un (ipotetico) ideale della "giustizia".

E' stata, quindi, prospettata una seconda teoria, definita general preventiva, secondo cui la pena svolgerebbe un ruolo di "deterrente", invitando, in maniera diretta o indiretta, i destinatari del comando (o del divieto) a conformare i propri comportamenti alla norma per paura di subire la sanzione penale (si tratterebbe quindi di una vera e propria intimidazione), distogliendoli, quindi, preventivamente dalla commissione dei reati. La funzione "conformativa", si articolerebbe in due corollari: uno negativo tendente a scoraggiare l'autore del futuro reato in base al semplice calcolo tra l'utilità effettiva o potenziale derivante dalla commissione del reato e lo svantaggio derivante dalla irrogazione della pena (pecuniaria o limitativa della libertà), il secondo positivo secondo cui la sanzione dovrebbe svolgere il compito di orientare verso il rispetto della norma.

Secondo alcuni<sup>2</sup> questa concezione, se portata alle estreme conseguenze, comporterebbe la necessità di irrogare sempre il massimo della pena in maniera tale da rendere massima la forbice tra il vantaggio e

---

<sup>1</sup> BECCARIA C., Dei delitti e delle pene, 1766

<sup>2</sup>GAROFOLI R; Manuale di diritto penale –parte generale; Nel diritto

lo svantaggio derivanti dalla commissione del reato, tutto ciò ovviamente in contrasto con i principi di proporzionalità e adeguatezza della pena.

In considerazione di questa obiezione è stata avanzata la teoria special preventiva, più conforme ad una lettura costituzionalmente orientata del diritto penale. Tale ultima teoria conferirebbe alla pena un ruolo diretto ad una riduzione (secondo le più rosee aspettative ad una eliminazione) della probabilità che vengano commessi nuovi reati<sup>3</sup>, attraverso la risocializzazione del reo neutralizzando la sua pericolosità.

Questa concezione risponderebbe alle nuove esigenze del diritto penale (non più semplicemente strumento meramente afflittivo ma anche rieducativo) ottemperando così alle esigenze di proporzionalità della pena (sulla scorta di una analisi della personalità del condannato, non considerando la mera gravità del fatto), alla predeterminazione e alla adeguatezza della pena (è possibile ridurre o escludere la risposta sanzionatoria anche in corso d'opera).

Tale concezione sarebbe in linea con l'articolo 132 c.p. che garantirebbe al giudice, nei limiti edittali, di applicare la pena discrezionalmente, indicando semplicemente i motivi per cui è stata effettuata tale scelta<sup>4</sup>. Tale potere discrezionale troverebbe fondamento nella necessità di considerare le peculiarità che il caso di specie e l'indole del colpevole presentano; tutto ciò in ossequio dei principi di uguaglianza e personalità della responsabilità penale insiti nella nostra Costituzione.

In conformità con le nuove esigenze della pena e del diritto penale, si trova il nuovo codice di procedura penale secondo cui il ricorso alla

---

<sup>3</sup> Dolcini E. –Marinucci G; Manuale di diritto penale – parte generale pag 423

<sup>4</sup> Secondo una opinione accolta all'unanimità, non sarebbe necessario disporre due motivazioni (una per giustificare la pena, l'altra per giustificare la condanna), ma sarebbe necessaria solo una motivazione da cui desumere i motivi della condanna e dell'adeguatezza della pena irrogata

privazione della libertà (sia in materia di misure cautelari che in sede di irrogazione di pena definitiva) deve essere l'extrema ratio, quando le altre misure sono inadeguate e non proporzionate alla gravità del reato.

L'articolo 133 c.p. prevede inoltre che "il giudice deve tenere conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del colpevole", indicando una serie di criteri per la commisurazione della pena (criteri finalistici, fattuali e logici) che presentano, come minimo comune denominatore, la gravità del fatto per la determinazione della pena.

Le misure di sicurezza invece, hanno come scopo la neutralizzazione (o quantomeno la limitazione) della pericolosità sociale di alcune categorie di soggetti (sia rei che soggetti prosciolti ma socialmente pericolosi), con l'intento di rafforzare la protezione sociale attraverso l'eliminazione del pericolo di recidiva. Se ne evince la marcata funzione specialpreventiva nell'ottica di una rieducazione del reo socialmente pericoloso attraverso una modificazione dei "fattori predisponenti all'atto criminale".

Secondo una parte della dottrina, all'interno del concetto di pena, non si potrebbe rinvenire la prevenzione dei reati, perché tale compito dovrebbe essere affidato a strumenti che non ne condividono i caratteri (fissità, certezza e proporzionalità), mezzi più consoni invece alle misure amministrative di sicurezza.

L'elemento che caratterizza le misure di sicurezza, non si ritrova nella violazione di un comando o di un divieto (come avviene per la pena), ma nel giudizio di pericolosità sociale e di probabilità di una futura recidiva. Tale giudizio condiziona la vita stessa delle misure di sicurezza: la loro durata non è predeterminata, ma viene legata alla prognosi di pericolosità, cessando col venire meno di questa.

Le misure di sicurezza concorrono con le pene per i soggetti

imputabili e semi imputabili, risultando invece le uniche applicabili in caso di soggetto non imputabile (minore età ex art 88 c.p. e infermità totale di mente 98 c.p.).

Se da un lato le differenze, strutturali e applicative, sono palesi, dall'altro si è assistito, sulla scorta della giurisprudenza della CEDU recentemente recepite dalla Corte Costituzionale, ad un ravvicinamento tra le due categorie.

Il discrimen, un tempo così marcato, si è andato assottigliando sulla base di due considerazioni: la prima riguarda la valorizzazione della funzione risocializzante della pena, la seconda afferisce alla riconsiderazione della misura di sicurezza valorizzandone il loro contenuto afflittivo.

Il loro avvicinamento ha determinato delle conseguenze ingenti per quanto riguarda la loro disciplina.

Il codice Rocco prevedeva che le pene fossero soggette agli articoli 1 e 2 c.p., invece le misure di sicurezza erano soggette agli articoli 199 e 200 c.p..

Questa collocazione in realtà limitava la possibilità di applicare la confisca, ma i vari interventi del legislatore hanno fatto sì che essa perdesse il ruolo, secondario e complementare, assegnatole dal codice Rocco, diventando col tempo il principale deterrente e strumento più efficace di riaffermazione dell'ordine economico-sociale, turbato dal reato.

La confisca ha oggi il ruolo di scoraggiare il delinquente dalla commissione dei reati: il criminale spesso commette il reato perché vuole ottenere una utilità economica, pensiamo alla criminalità di impresa,

intendendo con ciò sia le” imprese illecite” (droga prostituzione e scommesse illecite) ma anche quelle che, pur svolgendo attività teoricamente lecite, finiscono per delinquere (la 231 del 2001 prevede la confisca per le persone giuridiche).

In questo ultimo caso sarebbe, inutile e deleterio colpire il singolo che ha materialmente commesso l'illecito, in quanto spesso le decisioni sono prese dall' intero *board* aziendale; oltre al fatto che confiscando i proventi così ottenuti si riesce a garantire quella *fair competition* così cara al legislatore europeo.

Attraverso la punizione economica delle imprese che agiscono in maniera scorretta si “ripulisce” il mercato e si garantisce la concorrenzialità e competitività dello stesso, garantendo al contempo il principio giuridico ed etico secondo cui il crimine non paga.

La semplice pena reclusiva non è idonea ad ottenere gli stessi risultati: consideriamo la mentalità delle più grandi organizzazioni criminali del nostro paese (mafia, 'ndrangheta, camorra): la limitazione della libertà dell'affiliato costituisce un rischio effettivo e accettato.

I beni invece rappresentano lo “status” che il criminale, grazie alla sua affiliazione, è riuscito a raggiungere: la carcerazione è un qualcosa di, generalmente, temporaneo; i beni (la roba per Verga) invece rimangono a testimoniare il rango del soggetto. Per questo motivo l'incamerazione del bene nel patrimonio dello stato scoraggia il crimine, rendendolo una strada non remunerativa.

Ora secondo parte della dottrina<sup>5</sup> il codice penale del 1930 non rinveniva nella confisca ex 240 c.p. uno strumento di tale potenza, poiché

---

<sup>5</sup> FORNARI L., La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2005 pag. 85

riteneva più importante colpire il singolo crimine piuttosto che eliminare i risultati distortivi di esso.

Col tempo ci si è resi conto di come il criminale non sia spinto dalla volontà di commettere il crimine (in sé e per sé), ma è allettato dai suoi risvolti e dalle sue conseguenze economiche (in questa ottica la riforma della confisca dell'usura).

Risultava così logico l'ampliamento della confisca (sia dal punto di vista della sua funzione sia dal punto di vista dei beni ad essa assoggettati).

Questa operazione, ha comportato l'utilizzo della confisca ad ipotesi non previste precedentemente, oltre a configurare problemi interpretativi ed applicativi, collidendo (secondo alcuni) con i principi fondamentali del diritto penale (confisca anche in assenza di condanna ex 444 del c.p.p., retroattività in pejus della pena), diritti fondamentali protetti non soltanto dalla Costituzione italiana, ma anche dai fondamenti di un (per alcuni futuro e ipotetico) diritto penale europeo sanciti dalla C.e.d.u. (su tutti l'articolo 7).

## **Sanzione penale e sanzione amministrativa**

E' necessario compiere un'operazione classificatoria cercando di metter in luce i caratteri fondamentali della sanzione amministrativa e di quella penale per determinare se la confisca possa essere ricompresa nelle misure di sicurezza o presenti gli elementi costitutivi della pena.

Molteplici sono i criteri prospettati dalla dottrina per distinguere le sanzioni penali da quelle amministrative: una distinzione si fonda sul "biasimo sociale" derivante dalla condanna penale e che soltanto a questa possano essere ricondotti effetti penali<sup>6</sup>, una altra si basa sulle finalità perseguite dalla sanzione amministrativa ovvero la tutela dell'interesse pubblico che è affidato all'amministrazione (che giustificherebbe una applicazione discrezionale)<sup>7</sup>.

Tali distinzioni non sono utilizzabili per la classificazione della confisca in quanto le sanzioni penali e amministrative rientrano all'interno del genus più ampio ovvero quello della sanzione punitiva non distinguibile ontologicamente da quella penale<sup>8</sup>.

Questa mancanza di distinzione è provata dal fatto che è in corso una depenalizzazione delle condotte, per cui si può affermare che la differenza tra le sanzioni amministrative e quelle penali non si basa sui loro caratteri, ma è il frutto di un'opera di una scelta effettuata in sede legislativa.

Se osserviamo le norme che hanno depenalizzato il nostro sistema, in particolare la 689/1981, ci accorgiamo che questo fenomeno sia assistito dalle stesse forme di tutela e di garanzie previste per il diritto penale

---

<sup>6</sup> Paliero C.e. , Travi A. La sanzione amministrativa profili sistematici Milano ,1988 pag 6 e ss

<sup>7</sup> PAGLIARO A., Sanzione (sanzione penale), in Encicl. giur., Roma, 1994, p. 2.

<sup>8</sup> NUVOLONE P., Pena (dir. pen.), in Encicl. giurid., Milano, 1982, p. 787

(irretroattività, legalità e colpevolezza).

Le garanzie che assistono l'accertamento dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo, tendono quindi ad uniformarsi, tanto che determinate forme di tutela devono essere assicurate al cittadino a prescindere dalla natura della sanzione irroganda.

La pena, secondo una dottrina, si classificherebbe per la presenza di un fatto reato accertato giudizialmente, per la produzione di effetti penali e per una forte afflizione del soggetto a cui è irrogata (in special modo se è privativa della libertà)<sup>9</sup>.

Questa considerazione influenza da vicino la confisca e la sua disciplina.: l'inserimento dell'istituto in questione all'interno delle "misure di sicurezza amministrative" ha spinto la dottrina più antica a considerarle provvedimenti amministrativi (simili ai provvedimenti amministrativi di polizia). Tale interpretazione trovava la sua base giuridica all'interno della Relazione ministeriale che accompagnava il codice penale che definiva le misure di sicurezza "provvedimenti di natura amministrativa, e, come tali, discrezionali, revocabili e, di regola, indeterminate nella durata".

Tale classificazione faceva sì che tali misure fossero classificate come misure di polizia di pubblica sicurezza<sup>10</sup>, aventi come scopo la prevenzione dei reati<sup>11</sup> (la giurisdizione ha come compito, invece, l'accertamento e la repressione dei reati).

Il fatto che le misure di sicurezza fossero irrogate da un giudice non influenzava la loro "natura" amministrativa in quanto l'amministrazione

---

<sup>9</sup> NUVOLONE P., Pena, cit., p. 788

<sup>10</sup> ROCCO A., Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica, in Riv. pen., 1931, p. 44-49

<sup>11</sup> ZUCCALA' G., Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale, in Stato di diritto e misure di sicurezza - Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961, Padova, 1962,

avrebbe avuto un interesse alla prevenzione dei reati.(il giudice in questo caso avrebbe svolto una funzione amministrativa <sup>12</sup>.

Questa visione antiquata, non è più in voga; si preferisce affermare la natura criminale delle misure di sicurezza<sup>13</sup>.

Tale classificazione è basata, in primo luogo, sulla necessità di un reato per la loro irrogazione, in secondo luogo sulla natura del procedimento per la loro emanazione : giurisdizionale e di competenza esclusiva del giudice penale<sup>14</sup>.

Inoltre la disciplina delle misure di sicurezza è all'interno del codice penale e la rubricazione non è un elemento fondamentale su cui fondare attività definitorie<sup>15</sup>.

Lo stesso discorso deve effettuarsi per le misure di prevenzione che manifestano una natura penale e non amministrativa<sup>16</sup>. Tali misure infatti sono emanate alla conclusione di un procedimento giurisdizionale che ha natura squisitamente penale, rispettandone i caratteri e le garanzie.

Una parte della dottrina ,inoltre, le considera penali in quanto manifesterebbero il compito del diritto penale (inteso in senso ampio) ovvero la prevenzione criminale<sup>17</sup>.

La considerazione che sembra più significativa riguarda, però, la loro idoneità a restringere la libertà delle persone, che conferirebbe loro la natura penale: le garanzie che assisterebbero i diritti dell'uomo devono essere rispettate anche all'accertamento dell'antisocialità e pericolosità del

---

<sup>12</sup> Relaz. minister. prog. cod. pen., cit., p. 247

<sup>13</sup> FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, cit., p. 809

<sup>14</sup> CARACCIOLI I., I problemi generali delle misure di sicurezza, Milano, 1970, p. 298

<sup>15</sup> MARUCCI A Misure di sicurezza e misure di prevenzione, in Rass. studi penit.,585.

<sup>16</sup> DRIGANI O., Prevenzione (misure di), in Nov. dig. ital., Torino, 1986, pp. 1188–1189

<sup>17</sup> MARUCCI A., Le misure, cit., p. 592

soggetto<sup>18</sup>.

A tali conclusioni si perviene anche considerando le misure di prevenzione come misure amministrative, valorizzando il principio del rispetto dei diritti individuali in base al quale in ogni caso in cui lo stato deve esercitare la sua funzione di supremazia (espressione caratterizzante del potere amministrativo) si devono conferire al soggetto destinatario della sanzione (in senso ampio) le stesse garanzie fornite dal diritto penale.

---

<sup>18</sup> DRIGANI O., Prevenzione (misure di), in Nov. dig. ital., Torino, 1986, I, c. 2.

## **La confisca come originariamente prevista dal codice penale.**

La confisca viene inserita dal legislatore del codice all'interno delle misure di sicurezza, inserimento che comporterà non poche conseguenze strutturali e applicative. L'elemento comune caratterizzante queste misure sarebbe, la pericolosità, in posizione antitetica rispetto alla responsabilità (afferente alle pene). Tale elemento non è solo l'unica differenza, ma le differenze più pregnanti si rinvengono in campo applicativo.

Una fondamentale conseguenza dell'inserimento della confisca all'interno delle misure di sicurezza riguarda il principio dell'irretroattività.

Sia le pene che le misure di sicurezza sono sottoposte al principio di legalità "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge" (art. 25 co. 3Cost.) e "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti" (art. 199 c.p.).

L'articolo 25 al comma secondo della Costituzione invece prevede, solo per le pene, che nessuno può essere punito in virtù di una legge entrata in vigore dopo il fatto da lui commesso.

L'art. 200 c.p. prevede, al comma 1, che le misure di sicurezza siano regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione e il comma 2 aggiunge che se la legge vigente nel momento della loro esecuzione è diversa, si applica quest'ultima. Questa mancanza della copertura del comma secondo, ha fornito la possibilità di far retroagire la misura di sicurezza determinando un aggiramento delle garanzie costituzionali.

Una interpretazione costituzionalmente orientata del diritto penale, contrasta con tale visione retroattiva in *pejus*: alcuni autori, infatti, affermano che il legislatore possa sì far retroagire una norma, qualora determini una modifica in *melius*, ma negano la possibilità che egli possa prevedere l'applicazione retroattiva di una misura di sicurezza a un fatto per il quale la misura non fosse prevista<sup>19</sup>.

La motivazione fornita per giustificare la retroazione in *pejus* si fondava sulla considerazione che la pericolosità sociale è uno stato mutevole nel tempo e quindi dovrebbe essere permesso al legislatore di prevedere misure di sicurezza più gravi per gli stessi fatti: la pericolosità del soggetto non sarebbe una situazione stazionaria ma sempre oggetto di osservazione e sarebbe pienamente possibile modificare (anche in *pejus*) la misura di sicurezza applicata per adeguarla ad un aumento o una diminuzione della stessa<sup>20</sup>.

Non a caso l'articolo 200 c.p. prevede una distinzione (cronologica) tra l'esecuzione (memento della irrogazione da parte del giudice) e l'applicazione (momento dello "sconto" della misura di sicurezza), che giustificerebbe l'applicazione di una misura di sicurezza più grave rispetto a quella prevista originariamente per il fatto di reato.

Questa distinzione perderebbe valore per la confisca in quanto essa si manifesta come un provvedimento ablatorio istantaneo<sup>21</sup>: l'espropriazione avviene in un unico momento e non potrebbe essere più modificabile (né in *melius* né in *pejus*).

Il secondo elemento di dissonanza tra misura di sicurezza (in

---

<sup>19</sup> FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, cit., p. 809; PALAZZO F., Corso di diritto penale, cit., p. 580; PULITANÒ D., Diritto penale, cit., p. 666

<sup>20</sup> MANZINI V., Trattato, cit., p. 240 e C. Cost. 196/2010.

<sup>21</sup> ALESSANDRI A., La confisca, cit., p. 12

generale) e confisca risiederebbe nella pericolosità: la prima si baserebbe su una pericolosità sociale, cosa che non è prevista dall'articolo 236 c.p.

Questa ultima considerazione avvicina la confisca alla pena, distanziandola dalle misure di sicurezza.

La mancanza di pericolosità, come elemento prodromico della confisca, è sottolineata dal fatto che il giudice può disporre questa anche se viene disposta la sospensione condizionale della pena (che si baserebbe invece sulla prognosi di non pericolosità del reo e estinguerebbe il reato).

Sulla scorta di questi rilievi la dottrina più accorta sostiene che la qualificazione del legislatore sia errata, propendendo invece per una natura sanzionatoria., perseguendo scopi di giustizia (propri delle pene) e non fini di utilità (peculiarità delle misure di sicurezza)<sup>22</sup>.

Altri autori invece non vogliono allontanarsi dalla qualificazione fornita dal codice e utilizzano il concetto della pericolosità dell'oggetto<sup>23</sup> (secondo i detrattori di tale teoria essa è una creazione dottrinale non desumibile dalla relazione introduttiva al codice penale<sup>24</sup>).

Tale pericolosità, secondo tale dottrina, non sarebbe intrinseca, ma, nella maggior parte dei casi, deriverebbe dalla relazione reo-cosa<sup>25</sup>: la res fungerebbe da catalizzatore per la delinquenza del futuro-colpevole.

La giurisprudenza non ha accolto la interpretazione innovatrice della dottrina più recente ed è stata ossequiosa della classificazione offerta dal legislatore. La giustificazione a questo attaccamento al senso letterale del

---

<sup>22</sup> ALESSANDRI A., La confisca, cit., ; ARDIZZONE U., Appunti in tema di confisca, in Riv. dir.publ., 1942, pp. 254 e ss.; GRASSO G., Sub art. 240, cit., pp. 521 e ss

<sup>23</sup> CARACCIOLI I., I problemi, cit., p. 144;; GUARNERI G., Confisca, cit., p. 40;MANTOVANI F., Diritto penale, cit., p. 838; MASSA O., Confisca, cit., pp. 981 e ss.

<sup>24</sup> Le "cose che mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato" non presuppongono nessuna pericolosità dell'oggetto .

<sup>25</sup> . MASSA O., La confisca, cit., p. 983

codice si baserebbe sulla duplice finalità delle misure di sicurezza preventiva (espropriare le cose che possono incentivare la recidiva) e repressiva (impedire che il reo goda dei frutti dei suoi crimini) <sup>26</sup>.

Queste considerazioni rafforzano il valore sanzionatorio-repressivo della confisca, con la conseguenza che, la finalità preventiva finirebbe per rimanere in secondo piano.

Sotto un altro punto di vista si è notato come nella maggior parte dei casi (fatta eccezione per le cose intrinsecamente criminose), la confisca è irrogata sulla base di una condanna (ad essa è equiparato il patteggiamento ex art 444 c.p.p. o il decreto penale di condanna) collegando la confisca alla punibilità del reo; le misure di sicurezza invece si basano sulla pericolosità del soggetto (anche del soggetto non imputabile e quindi non condannabile). Questa considerazione non fa altro che rafforzare il concetto per cui la confisca ha finalità sanzionatorie.

L'ultima fondamentale differenza tra le misure di sicurezza e la confisca si basa, sull'identificazione del giudice dell'esecuzione: per la confisca, dopo la sentenza di condanna o di proscioglimento, spetta al giudice dell'esecuzione, non al magistrato di sorveglianza ("titolare" per le altre misure di sicurezza), e inoltre l'impugnazione dei capi di sentenza relativi alla confisca si propone con le regole ordinarie (art. 579 c.p.p.), a differenza delle altre misure di sicurezza per le quali la competenza è della Corte d'appello in sede di sorveglianza<sup>27</sup>.

Le differenze tra la confisca, le pene e le misure di sicurezza, non fanno altro che mettere in luce come i contorni del doppio binario non siano così netti come il codice afferma. Inoltre le evoluzioni normative

---

<sup>26</sup> CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., Sulla confisca, cit., pp. 462 e ss; GULLO D., La confisca, cit., pp.41-42.

<sup>27</sup> GRASSO G., Sub art. 240, cit., p. 524

della confisca (attraverso la creazione di nuove forme di confisca sempre più vicine alla pena) hanno incrinato centralità all'art 240 c.p. (che come vedremo rimane sempre una norma fondamentale, cui tutte le nuove confische fanno riferimento).

## La confisca ex art 240 c.p.

Il nostro codice non presenta una definizione esplicita di cosa sia la confisca, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno desunto una *definitio* dall'analisi dei caratteri della stessa, capace di ricomprendere tutte le manifestazioni di questa (anche quelle introdotte con la legislazione successiva).

La confisca, infatti è definita come una espropriazione coattiva a vantaggio dello Stato di beni appartenenti ad un soggetto (è indifferente che sia stato riconosciuto colpevole o sia stato il destinatario di un decreto penale di condanna o abbia patteggiato) presentanti un nesso (più o meno “allentato”) col reato<sup>28</sup>.

Si nota subito come tale definizione sia quanto di più ampio (e vago) si possa concepire, ma capace di ricomprendere tutte le manifestazioni di questo istituto. Forse sarebbe meglio rinunciare a *reductio ad unum* (tanto cara alla dottrina<sup>29</sup>) nella forma di una sola ed unitaria categoria di confisca ma parlare, più correttamente di confische, mettendo in risalto per ognuna di esse la finalità perseguita e la categoria in cui è inserita (misura di sicurezza, misura di prevenzione e pena accessoria), evitando di accumulare ipotesi diversissime per il semplice fatto di avere ad oggetto il patrimonio di un soggetto (fisico, giuridico).

Il codice penale affidava alla confisca ex. 240 c.p. il ruolo di misura

---

<sup>28</sup> MANZINI V., Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1981, p. 385; GRASSO G., Sub art 240 in Commentario sistematico al codice penale, a cura di ROMANO–GROSSI–PADOVANI, Milano, 1994; GATTA G., Sub art 240, in Codice penale commentato, a cura di MARINUCCI G., DOLCINI E., Milano 1999; FURFARO S., La confisca, in Dig. pen. aggiorn. 2005, Torino, 2005, p. 202.; IACCARINO C.M., La confisca in diritto amministrativo, Bari, 1935, p. 79

<sup>29</sup> ALESSANDRI A., La confisca, cit., p.31; GRASSO G., Sub art 240, cit.; FURFARO S., Confisca per equivalente, responsabilità degli enti e parametri operativi, in Dir proc. pen. 2007, p. 973

amministrativa di sicurezza. Tale collocazione era coerente con la funzione affidata alle misure di sicurezza: un “aumento” della difesa sociale. Esse erano accumulate, infatti, ai provvedimenti di polizia poiché avevano una funzione di tutela preventiva della comunità <sup>30</sup>.

Questa interpretazione arcaica, dominante in passato, è stata oggetto di rivisitazione fino alla sua definizione come “sanzione criminale” di competenza del diritto penale: il carattere è infatti afflittivo e secondo alcuni<sup>31</sup>, anche più invasivo della sanzione detentiva.

Il sistema designato dal codice penale era stato ripreso dalla Costituzione che fotografa il sistema del doppio binario previsto dal codice penale, menzionando espressamente le misure di sicurezza nell'articolo 25 al comma terzo. Tale articolo prevede che "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge" costituzionalizzando così il principio di legalità sancito dagli articoli 199 e 236 del codice penale, secondo cui "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti".

Il principio di legalità prevede quindi che qualunque misure di sicurezza deve essere previsto dalla legge e, al contempo, prevede i casi in cui il giudice può applicare la misura di sicurezza determinando anche il tipo di misura applicabile.

Si nota subito un contrasto stridente tra il comma 2° e 3° dell'articolo 25 della Costituzione: il secondo comma infatti prevede che le pene siano sottoposte sia al principio di legalità (se non in forza di una legge), sia al principio della irretroattività (che sia entrata in vigore prima del fatto

---

<sup>30</sup> FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, p.te generale, V ed., Milano, 2008

<sup>31</sup> PAGLIARO A., Sanzione penale, in Encicl. giurid., Roma, 1994.

commesso). Nella Costituzione è stato, quindi, recepito il dualismo tra pena e misure di sicurezza "sanzioni", in senso lato, ma difformi per quanto riguarda i principi applicativi.

La dottrina più attenta ha affermato, però, che lo "spirito" "garantista" insito nell' articolo 25 dovrebbe, implicitamente, estendere le garanzie della irretroattività anche alle misure di sicurezza nonostante ciò non sia espressamente previsto dall'articolo 25 al terzo comma<sup>32</sup>.

Infatti, la valorizzazione della rieducazione del reo, espresso dall'articolo 27 comma 3° della Costituzione, ha riavvicinato le misure di sicurezza alle pene in senso stretto, valorizzando la carica di "neutralizzazione" della pericolosità sociale di queste ultime, tanto da incrinare il sistema del doppio binario (dal punto di vista dogmatico).

Per questo motivo parte della dottrina dubita della possibilità di una permanenza delle misure di sicurezza all'interno del sistema penale, in una ottica di un diritto penale moderno "riempito" dai principi della costituzione.

La giustificazione del doppio binario si basava sulla difformità di scopi perseguiti dalle pene e dalle misure di sicurezza, questa è messa in crisi con la comparsa dell'articolo 27 comma 3° (che spiega un ruolo a tutto campo) che si rivolge indistintamente alle pene e alle misure di sicurezza. La Costituzione quindi non avrebbe semplicemente fotografato la realtà del codice Rocco, ma propenderebbe verso un "sistema monistico", dove ad un reato corrisponde una pena certa e determinata prima della commissione del reato stesso (regime differente rispetto al codice penale).<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, p.te generale, V ed., Milano, 2008

<sup>33</sup> GAROFOLI R. Manuale di diritto penale parte generale . 360

L'orientamento di maggioranza ha interpretato in maniera difforme. Secondo tale corrente infatti non è possibile applicare una misura di sicurezza per un fatto che, al momento della sua commissione, non costituiva reato; ma questa irretroattività incontrava un limite: la misura di sicurezza può essere irrogata in danno dell'autore del reato, sebbene all'epoca della commissione del fatto (considerato dalla norma penale reato al tempo della sua commissione) fosse assente la norma, entrata in vigore successivamente, che prevede per quel reato l'applicabilità della misura. Si ammette quindi la retroazione "in pejus" della norma successiva (che prevede la misura di sicurezza) per un fatto già previsto dalla legge come reato, anche se al tempo della commissione dello stesso non era prevista la misura di sicurezza (sia se la norma penale non prevedeva *ab origine temporis* alcuna misura di sicurezza, sia se la norma successiva prevedeva una misura di sicurezza più invasiva rispetto alla disciplina prevista).

Si nega quindi che il *favor libertatis* possa giocare un ruolo all'interno delle misure di sicurezza: l'irretroattività delle misure di sicurezza per un fatto non previsto originariamente come reato (art 25 comma secondo della costituzione) e la retroattività della misura di sicurezza (ex art 200c.p.) non sono in contrasto in quanto la prima sarebbe giustificata dal principio di legalità in senso stretto, mentre la seconda è motivata dalla connessione misura di sicurezza – pericolosità sociale per cui non si punirebbe tanto il reato commesso ma la pericolosità sociale "attuale" (rivolta al futuro come pericolo di recidiva)<sup>34</sup>

Tale opinione non è condivisa da parte della dottrina<sup>35</sup> che sostiene la

---

<sup>34</sup> NUVOLONE P., Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali del cittadino, in Stato di diritto e misure di sicurezza -tenutosi a Bressanone nel 1961, Padova, 1962, p. 161

<sup>35</sup>FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, p.te generale, V ed., Milano, 2008

necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 200 c.p.. Secondo questa dottrina, sarebbe necessario interpretare restrittivamente l'articolo in questione, tanto da ammettere, nell'ambito di applicazione, soltanto una legge successiva che disciplini, in maniera difforme, soltanto le modalità esecutive della misura di sicurezza, già prevista, ma non la sua essenza.

Questa ultima impostazione dottrinarica non sembra avere trovato spazio nella giurisprudenza, tanto è vero che la Corte Costituzionale con la sentenza 392 del 1987 ha affermato la manifesta infondatezza, in relazione agli articoli 3 e 25 commi 2 e 3 della Costituzione, della questione di legittimità Costituzionale dell'articolo 200 come primo del codice penale.

La Corte infatti afferma la possibilità di applicare le misure di sicurezza anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge, e tale operazione non contrasterebbe con i principi fondamentali del diritto penale, in quanto “non è condivisibile, la premessa della natura retroattiva delle misure di sicurezza: non si dovrebbe parlare più di (ir)retroattività ma piuttosto si dovrebbe spostare l'accento sulla pericolosità sociale (attuale), attesa la correlazione della misura al pericolo che il reo commetta ulteriori reati”.

Per quanto riguarda la natura giuridica le misure di sicurezza erano considerate, nell'impostazione tradizionale del codice, dei provvedimenti di natura amministrativa che condividevano il regime dei normali atti amministrativi di polizia tendenti quindi alla prevenzione dei reati, non rispondenti, quindi, ad intenti sanzionatori. Questa impostazione anacronistica è stata superata dalla moderna dottrina e giurisprudenza italiana ed europea: le misure di sicurezza sono oggi considerate delle vere e proprie sanzioni penali e condividono quindi lo stesso regime giuridico delle pene.

La neutralizzazione e il trattamento del reo avvengono con modalità ed intensità diverse e graduabili a secondo della tipologia delle misure di sicurezza.

Il codice penale suddivide le misure di sicurezza in categorie: le misure di sicurezza personali, basate sulla pericolosità dell'autore, e le misure di sicurezza patrimoniali, in special modo la confisca, che presuppongono la pericolosità della cosa.

I presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza sono individuati dall'articolo 202 comma primo del codice penale "le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato" (l'art 240 primo comma postula la necessaria presenza di una sentenza di condanna, mentre 460 c.p.p. consente la confisca nel caso di decreto penale solo nei casi del 240, 2° comma). Si nota subito che le misure di sicurezza necessitano un presupposto oggettivo: la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato e un presupposto soggettivo essendo indispensabile l'accertamento della pericolosità sociale.

La conformità ad una figura criminosa, in assenza di cause di giustificazione (presupposto oggettivo), non è necessario soltanto nei casi previsti dalla legge (l'articolo 202 al comma secondo del codice penale prevede che la legge penale determina i casi nei quali le persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato). Questi casi sono tassativamente indicati: il reato impossibile (ex articolo 49 codice penale), l' accordo criminoso non eseguito e l' istigazione a commettere un delitto se l'istigazione non viene colta ex art 115 del codice penale. Sebbene non si tratti di reati veri e propri sono le situazioni prossime al reato tanto da

giustificarne definizione di quasi reato.<sup>36</sup>

Il legislatore in questa maniera ha voluto limitare I casi in cui non è necessario un reato, in maniera tale da contemperare la finalità delle misure di sicurezza (in questa ottica non rileverebbero tanto I reati commessi in passato quanto evitare che si possano commettere reati in futuro) con il pericolo di punire arbitrariamente condotte non illecite, evitando così che il concetto di pericolosità sociale (di per sé vago e manipolabile tanto da ricomprendere le più svariate condotte o atteggiamenti) sia utilizzato per sanzionare comportamenti leciti e ancorandolo a un elemento oggettivamente apprezzabile<sup>37</sup>

Come sopra accennato non è necessario che il fatto sia punibile, ma è sufficiente solo che sia conforme alla fattispecie di reato, in quanto è possibile irrogare una misure sicurezza anche al soggetto non imputabile purché il reato gli sia oggettivamente attribuibile.

Tali considerazioni non intaccano l'elemento fondamentale delle misure di sicurezza ovvero la presenza del presupposto oggettivo, il reato; tale elemento infatti segna il discrimine tra le misure di sicurezza definite anche dalla dottrina misure di prevenzione post delictum, dalle misure di prevenzione ante preter delictum in cui il reato non è presente o meglio non è stato accertato.

Nelle misure di prevenzione infatti l'elemento fondamentale, è la pericolosità soggettiva definita anche pericolosità sociale finalizzata a prevenire il crimine (finalità che condividono con le misure di sicurezza).

Nel codice penale sono presenti due elementi soggettivi "la pericolosità sociale e la "capacità a delinquere", entrambe le nozioni fanno

---

<sup>3636</sup> GAROFOLI R. Manuale di diritto penale parte generale

<sup>37</sup>FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, p.te generale, V ed., Milano, 2008

riferimento all'articolo 133 per la loro identificazione. La dottrina più recente le ha individuate in un rapporto di genere a specie per cui la capacità a delinquere sarebbe il Genus all'interno del quale viene ricompresa la pericolosità sociale.

Questa ultima segnerebbe un pericolo maggiore, cioè la probabilità di recidiva, quindi richiederebbe una valutazione in termini di probabilità di commissione di nuovi reati mantenendo un atteggiamento rivolto verso il futuro, classificandosi come un pericolo di recidiva.

La capacità a delinquere invece si limita a identificare una generica possibilità di commettere reati in una dimensione proiettata verso il passato.

Gli elementi per accertare la pericolosità sociale si basavano su due presupposti: il primo l'analisi e la personalità del soggetto ai sensi dell'articolo 133 il secondo in base alla prognosi criminale.

Il giudizio non potrebbe essere modellato su leggi scientifiche né su massime di esperienza, ma attraverso il metodo intuitivo, attraverso quella che viene definita prognosi criminale idonea (o presunta tale) a definire il comportamento criminale futuro del reo. Tale giudizio è il risultato delle esigenze penalistiche connesse al processo: il giudice infatti deve ricostruire la personalità del reo sulla base alla sua esperienza personale.

Il codice nella sua impostazione originaria prevedeva, accanto alla pericolosità accertata volta per volta dal giudice, delle ipotesi di pericolosità presunta dalla legge, in presenza delle quali il giudice è obbligato ad applicare una misura di sicurezza. In quest'ultimo caso la legge dettava determinati presupposti che riguardavano la gravità del reato, o che tenevano conto delle condizioni psicologiche della gente per attribuire la qualità di persona pericolosa tramite una presunzione iuris et

de iure che non ammetteva prova contraria.

Questo sistema è stato abrogato per cui tutte le misure sicurezza personali devono essere ordinate soltanto dopo l'accertamento della qualità di persone pericolose eseguite caso per caso. Questa previsione è rimasta per le misure di prevenzione.

Nel caso di reati legati alla criminalità organizzata le misure di sicurezza inoltre presentano soltanto dei termini minimi, non dei termini massimi; tutto ciò è conforme alla funzionalità della misura di sicurezza: prevenire la reiterazione di crimini e neutralizzare la pericolosità (a riprova di questo la misura può preventivamente cessare, in seguito ad esame del magistrato di sorveglianza, con la venuta meno della pericolosità).

La confisca è una misura di sicurezza patrimoniale (tale inclusione nella categoria è disposta dal codice Rocco all'articolo 236) che sottostà alla maggior parte delle regole previste per le misure di sicurezza. Questo inserimento è considerato arbitrario da una parte della dottrina: alcuni la considerano una sanzione sui generis<sup>38</sup> altri una pena accessoria in quanto la pericolosità sarebbe riferita non tanto alla persona ma alla cosa in sé, confermato in parte dalla previsione della confisca del veicolo in base al reato 186 e 187 del codice della strada guida in stato di ebbrezza e guida sotto l'effetto di stupefacenti e rifiuto di sottoporsi ai relativi controlli in entrambe le ipotesi.

La giurisprudenza prevalente (Corte Costituzionale 196/2010 e Cassazione a sezioni unite 23428/2010) ha costantemente confermato il carattere di pena accessoria, ma il legislatore ha invece definito tale tipo di confisca come sanzione accessoria di natura amministrativa con riforma 120/2010.

---

<sup>38</sup> MANZINI V. Trattato di diritto penale italiano, V ed, Torino, 1981 383

La Corte di Cassazione ha risolto tale dilemma affermando l'applicazione della nuova confisca amministrativa anche ai fatti precedenti alla “nuova legge” attraverso l'applicazione dell'articolo 2 al comma 4° in contraddizione con le ultime pronunce in tema di regime intertemporale in seguito alla depenalizzazione degli illeciti.

La confisca invece, come era prevista originariamente dal codice, secondo la dottrina di maggioranza ravvisa una identità di funzione tra la confisca e le altre misure di sicurezza: non si deve fare leva sulla sua potenzialità offensiva del bene, ma si deve dare risalto alla “possibilità che la cosa, se lasciata nella disponibilità del reo, costituisca un incentivo alla commissione di ulteriori illeciti una volta certo che il prodotto del reato non verrà confiscato <sup>39</sup>. Tenendo conto della sua classificazione di misura di sicurezza reale, si dovrebbe trasferire l'analisi della pericolosità al bene e non alla persona (parte della dottrina ha affermato che la pericolosità della cosa sia da interpretare in relazione al reo).

Tale corrente si fa forza della interpretazione della Corte Costituzionale costante sull'articolo 707 c.p., su tutte 265 /2005, che afferma la necessità che il soggetto attivo abbia una particolare qualità cioè l'essere stato condannato per reati contro il patrimonio o determinati da motivi di lucro, non soltanto il semplice possesso di strumenti idonei a vincere congegni posti a difesa della proprietà).

La dottrina e la giurisprudenza (vedi anche la sentenza della Corte Costituzionale 225/2008), affermano la necessità di una motivazione adeguata del provvedimento ablatorio, manifestando in maniera ampia e palese le ragioni che inducono a pensare che la cosa, se lasciata nella disponibilità del reo, possa costituire una spinta alla commissione di

---

<sup>39</sup> MASSA M., La confisca, da Enciclopedia del diritto pag 983

ulteriori reati.

Tale motivazione è necessaria per evitare un giudizio prognostico (sul comportamento futuro) che presenterebbe i caratteri dell'arbitrio. La Cassazione (Cass. pen., sez. V, 4 novembre 1980, La Barbera, in Cass. pen., 1982, p. 69; Cass. pen., sez III, 21 dicembre 1990, Scuffo, in Giur. it., 1992, II, c. 504.) ha precisato infatti che il giudice deve motivare adeguatamente il provvedimento con cui irroga la confisca, indicando i motivi per cui pensa che la disponibilità del bene possa incentivare il reo alla commissione di ulteriori reati<sup>40</sup>

La presenza di canoni non proprio giuridici (quelli dell'art 133 c.p., tenendo conto che la confisca è una misura di sicurezza) lascerebbe troppi spazi per un giudizio lasciato al “fiuto del giudice”(alle sue convinzioni personali), arbitrio che è in parte mitigato dalla presenza di una motivazione idonea a palesare le ragioni per cui il giudice ritiene che il bene sia pericoloso <sup>41</sup>

Nonostante le difformi classificazioni si è rinvenuto un nucleo essenziale della confisca ovvero l'attribuzione coatta a vantaggio dello stato di cose che sono ricollegabili al reato.

Più in particolare è un provvedimento ablatorio che consiste nella espropriazione delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato ovvero sono il prodotto, il profitto o il prezzo secondo quanto previsto dall'articolo 240 codice penale.

Questa matrice unica della confisca oggi non si può ritrovare, ma I numerosi interventi di legislazione speciale, che hanno caratterizzato

---

<sup>40</sup> FIORAVANTI L., Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa, in Giur. it., 1992, II, c. 504;GATTA G., Sub art. 240, cit, p. 1416

<sup>41</sup>ALESSANDRI A., La confisca, cit., p. 16.)

questo istituto, gli hanno attribuito “proteiforme”, essendo diversa la sua natura giuridica a seconda della legge che lo disciplina.

Il minimo comune denominatore delle confische risiederebbe nella devoluzione all'erario dello stato di beni. Il prezzo è considerato la somma di denaro o qualsiasi altra utilità, data o promessa, come controvalore del reato.

La confisca ex 240 si manifesta come l'unica misura di sicurezza che ha come oggetto dei beni" reali; essa attiene esclusivamente alle cose, sia mobili che immobili derivanti dal reato.

Il nesso che intercorre tra il reato e il bene in questione determina la facoltatività od obbligatorietà della misura di sicurezza. Come già accennato la misura di sicurezza tende a prevenire la commissione di nuovi reati, attraverso l'acquisizione coatta a vantaggio dello Stato, di cose che, provenendo da illeciti penali (o collegati alla loro esecuzione), fanno permanere l'idea che il crimine paghi, mantenendo viva l'attrazione dell'illecito.

La dottrina più attenta ha osservato come la caratteristica reale della confisca distingue questo provvedimento reale dalle altre misure di sicurezza, in particolare sotto due aspetti. Il primo elemento peculiare consiste nel prescindere dalla pericolosità sociale dell'autore: non tanto una pericolosità della persona, bensì della cosa (nei casi di confisca obbligatoria, la pericolosità stessa è preventivamente determinata dal legislatore, attraverso una presunzione *iuris et de iure*, escludendo quindi un accertamento in concreto); tale esame sulla pericolosità è necessario in materia di confisca facoltativa per cui sarà compito del giudice verificare se la cosa illegittima presente, in concreto, una lesività del bene giuridico.

Tale misura reale infatti ha un carattere special preventivo e,

conformemente alla sua natura, può essere disposta anche nei confronti del prosciolto, assolto, che non ha commesso il reato, sicché è “pericolosa la cosa e non il soggetto”<sup>42</sup>.

Tale considerazione dottrina è stata accolta dalla Cassazione con numerose sentenze (S.u. 22 gennaio 1983; sez II 16 gennaio 1999; sez II 19 novembre 1997). Da queste pronunce si ricava che la confisca è una misura di sicurezza patrimoniale, fondata sulla disponibilità del bene (non sulla pericolosità del detentore); ed è indifferente alla presenza del reato: il provvedimento ablatorio ha vita propria rispetto al reato o alla norma che incrimina una condotta e rimane fermo anche in caso di abrogazione della norma incriminatrice (in base alla quale la confisca è stata disposta) o anche in caso della sua illegittimità Costituzionale.

Il secondo elemento peculiare e distintivo della confisca che lo contraddistingue dalle misure di sicurezza personali attiene all'irrevocabilità del provvedimento in quanto la confisca ha un carattere istantaneo e permanente in deroga agli articoli 206-207 del codice penale.

Tale articolo infatti prevede in che il magistrato di sorveglianza possa revocare l'ordine col quale emette le misure di sicurezza personale qualora venga meno la pericolosità sociale. La confisca facoltativa prevista dall'articolo 240 al comma 1° del codice penale afferma infatti che possono essere oggetto di confisca facoltativa le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato (ovvero i mezzi di esecuzione del reato) e le cose che sono il prodotto e il profitto. Questi beni sono legati al reato da un nesso logico: il caso in specie è la confisca dell'autovettura impiegata per l'esecuzione di una rapina quando si accerti che il mezzo è stato indispensabile per la commissione del delitto, non anche quando

---

<sup>42</sup> FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997

l'auto risulta un semplice strumento di occasionale agevolazione..

## **Confisca natura giuridica**

La natura giuridica della confisca è stata oggetto di un profondo dibattito, che ultimamente ha coinvolto non solo la natura dell'istituto ma anche le regole di applicazione.

Il dibattito è stato influenzato dalle attenzioni del legislatore verso questo strumento; egli infatti ha stravolto l'originaria impostazione del codice, tanto da mettere in dubbio la natura unitaria della confisca (oggi più propriamente si parla di Confische), attraverso interventi che derogano alla disciplina originaria.

Le principali modifiche riguardano l'estensione del campo di applicazione della confisca obbligatoria, ampliamento dei beni confiscabili, allentamento del nesso diretto tra reato- beni confiscabili (in certi casi si prescinde del tutto del collegamento per ovviare al problema della trasformazione di beni generici come il denaro). Per contrastare le più gravi forme di criminalità, è stata introdotta nel nostro sistema la confisca per equivalente (definita anche confisca di valore) cioè prevista nel caso dell'impossibilità di rinvenire i beni costituenti prezzo, prodotto o profitto in proporzione alle utilità patrimoniali ottenute dal reo e di cui egli stesso abbia una (ingiustificata) disponibilità .

Un problema di non poco conto è la considerazione delle misure di sicurezza effettuate in ambito europeo, in particolare dalla CEDU; tale carta all'articolo 7 sancisce il divieto di retroazione della disposizione più sfavorevole rispetto a quella vigente al momento del fatto affermando che i cittadini dei paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto

vigente, come d'altronde non possono essere assoggettati a pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto.

Il nostro ordinamento prevede all'articolo 2 comma 1 del codice penale il principio della irretroattività della norma penale incriminatrice, in particolare quella della nuova incriminazione, attraverso una nuova norma che punisce fatti precedentemente non puniti escludendo che la nuova norma possa trovare applicazione ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Tale articolo si applica però soltanto alle pene, non sembrerebbe invece estendere l'ambito di applicazione alle misure di sicurezza che sarebbero disciplinate dall'articolo 199 e successivi che si basano sul principio del tempus regit actum. Tale impostazione è stata sposata anche dalla Costituzione; infatti l'articolo 25 al secondo comma indica soltanto le pene mentre l'articolo 25 al terzo comma prevede espressamente per le misure di sicurezza soltanto il principio della riserva di legge (non quello della irretroattività).

Si ritiene allora che il principio di irretroattività sia implicitamente ricavabile dalla ratio presente nell'articolo 25 con un limite, ovvero che la misura di sicurezza non può essere applicata per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato.

Residuerrebbe invece il caso secondo cui si applicherebbe la retroazione sfavorevole per un fatto già previsto dalla legge come reato, ma sprovvisto di misura di sicurezza o con una misura di sicurezza più mite.

Questo testo si basava fondamentalmente sull'articolo 200 secondo comma del codice penale che postula " se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al

tempo della sua esecuzione”.

L'applicazione retroattiva era supportata anche dalla destinazione funzionale in quanto le misure di sicurezza sono rivolte al futuro e tendono alla eliminazione della pericolosità sociale, non potendosi considerare una sanzione per reato commesso, ma misura che intende evitare rischio di recidiva.

Un orientamento dottrinale minoritario sosteneva un'applicazione a tutto campo del principio di irretroattività, valevole quindi anche per le misure di sicurezza. Esso si dovrebbe applicare non soltanto ai reati, ma ad ogni sanzione (intese in senso ampio sia sotto il profilo del “tipo” sia sotto il profilo della “qualità”) da applicare in sede giurisdizionale, comprendendo quindi anche le misure di sicurezza ed eliminando ogni applicazione retroattiva di queste.

In particolare il problema si è posto in merito alla successione di leggi che regolano la confisca.

La confisca come tipica misura di sicurezza patrimoniale ha come oggetto il bene derivante o utilizzato per commettere il reato. Da tale qualificazione derivava l'applicazione dell'articolo 200 al secondo comma del codice penale che ammetteva il meccanismo della retroazione sfavorevole. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha rivisitato l'istituto della confisca e delle misure di sicurezza in generale che incidono su beni spesso estranei o che non presentano un legame con il reato (si pensi per esempio al denaro che può essere impiegato per comprare beni “leciti”).

Lo scopo originario dell'Istituto della confisca risulta così sovvertito: non più strumento di prevenzione ma avente funzione afflittiva con caratteristiche più omogenee alla pena.

In base a questa rivisitazione ci si è chiesti se è possibile far retroagire la misura di sicurezza e in particolare bisogna considerare il ruolo dell'articolo 7 della CEDU. Le questioni più complesse si sono verificate in relazione alla confisca per equivalente 322 ter codice penale divenuta applicabile ai reati tributari in base alla legge 244 del 2007.

La Corte Costituzionale con la sentenza 97 del 2009 ha dato un'interpretazione della sopra menzionata legge affermando che questa norma estende la disciplina della confisca per equivalente ai reati tributari, ma questo non può operare retroattivamente.

Si nota una mancanza di pericolosità dei beni oggetto di questo particolare tipo di confisca, oltre alla mancanza di un rapporto di un nesso diretto attuale strumentale tra reato accertato e i beni della confisca.

In base a queste due considerazioni non si può considerare la confisca una semplice misura di sicurezza, ma misura avente una natura prevalentemente afflittiva che impedisce l'applicazione dell'articolo 200 e la riconduce all'interno dell'articolo 2 del codice penale e dell'articolo 25 al secondo comma della Costituzione, che impedirebbe l'applicazione retroattiva di una sanzione penale.

Queste istanze della Corte Costituzionale sono state riprese dalla Cassazione con la sentenza 1569 del 2011 che ha stabilito che gli istituti in questione sono regolati dall'articolo 25 dall'articolo 7 della CEDU e dall'articolo 2 comma 1 del codice penale (con questa sentenza infatti la Suprema Corte ha negato che la confisca per equivalente possa estendersi al reato di truffa ai danni dello Stato in relazione a somme percepite prima dell'entrata in vigore delle norme che consentono l'estensione della confisca).

## **Gli instrumenta delicti**

L'articolo 240 c.p. indica tra i beni oggetto di confisca “le cose che furono destinate a commettere il reato ovvero le cose che sono classificate corpo di reato”<sup>43</sup>

Le cose che servirono a commettere il reato sono quelle che materialmente sono state usate per la commissione del reato, le cose che invece “furono destinate a commettere il reato sono quelle che erano, nelle originarie intenzioni del reo, destinate alla commissione del reato, ma che per alcune cause (sia dipendenti dalla volontà del soggetto, che contingenti ed esterne alla sua volontà) non sono state utilizzate, configurando così l'ipotesi di delitto tentato o di delitto effettivamente consumato (in questo caso è ovvio che la permanenza del bene nella disponibilità del soggetto costituisce un incentivo alla commissione del reato, in quanto mantiene sempre viva l'idea dello stesso).

Il legame che intercorre tra questi “strumenti” deve essere molto stretto, costituendo essi stessi la condizione, materiale o potenziale (per esempio gli oggetti che nella ideazione originaria erano necessari alla perpetrazione del crimine, ma che non sono stati utilizzati), senza la quale il reato non si sarebbe verificato.

Una analisi più accurata dimostra come tale considerazione non è precisa come sembra, in quanto il concetto di pericolosità è intrinsecamente sfuggente e soggetto ad interpretazioni non sempre univoche.

---

<sup>43</sup> FLORIAN E., Trattato di diritto penale, p.te generale, II, Milano, 1934, p. 957

Secondo la giurisprudenza (Cass. pen., 19 marzo 1986, in Rep. giur. it., 1987, voce "Confisca", n. 6) deve sussistere un asservimento strumentale tra la cosa e il reato idoneo a rafforzare il convincimento o la volontà di commettere ulteriori reati (o a reiterare la condotta illecita), poiché tal<sup>44</sup>.

Una interpretazione più ampia è stata avanzata da parte della dottrina<sup>45</sup> facendo leva sulla "diretta strumentalità lesiva" nei confronti del bene tutelato, ma segnalando anche che è sufficiente che lo strumento costituisca anche uno dei mezzi (non l'unico) idoneo alla consumazione del reato (per esempio il coltello per la rapina).

Questa interpretazione offre un indubbio vantaggio: permette, infatti, di ampliare il campo delle cose confiscabili, non prescindendo però dal nesso causale idoneo a collegare le cose che si sono "dimostrate" effettivamente lesive del bene giuridico da quelle che non lo sono, tutto ciò in applicazione del principio di "offensività".

La giurisprudenza è divisa: da un lato si rinviene un orientamento che pretende che il bene rappresenti lo strumento senza il quale non si può commettere il reato in quanto è necessario un rapporto causale diretto e immediato tra cose confiscande e reato (il bene è indispensabile per commettere l'illecito)<sup>46</sup> .; dall'altro lato si rinviene una giurisprudenza che ritiene necessario un collegamento causale più tenue, inteso come qualsiasi bene che potrebbe agevolare il reo nella commissione dell'azione illecita.<sup>47</sup>)

---

<sup>44</sup> MANTOVANI F., Diritto penale, p.te generale, V ed., Padova, 2008, p. 838; FIORAVANTI L., Brevi riflessioni, cit., c. 506

<sup>45</sup> MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo, Milano, 2001, p. 119

<sup>46</sup> Cass. pen., sez IV, 24 settembre 1994, n° 10106, Violato, in Riv. pen., 1995, II, p. 1096

<sup>47</sup> Cass. pen., sez. VI, ud. 2 marzo 1989, Rivoli ed altro, in Riv. pen. 1990, p. 447

Secondo questo ultimo orientamento la confisca tenderebbe a prevenire la commissione di altri reati, evitando che la disponibilità del bene possa indurre il reo o agevolarlo nella commissione di altri reati(anche “nuovi).

Questa ultima corrente interpretativa avrebbe come conseguenza un ampliamento dei casi di applicazione della confisca, garantendo un potere (forse) eccessivamente discrezionale del giudice, permettendo così di confiscare tutto ciò che era nel programma criminoso del colpevole ed ha avuto un contributo strumentale nel reato <sup>48</sup>. In un'altra sentenza il caso che meglio può esplicitare la differenza di interpretazione è la confisca dell'automobile usata per realizzare il reato.

Secondo un primo orientamento, l'automobile è confiscata perché agevola (in questo caso lo spacciatore) nella commissione di reato (anche se il reato potrebbe essere stato consumato con modalità diverse). Il giudice nel caso di specie ha disposto la confisca affermando che nella macchina è presente una “pericolosità sociale” perché amplifica il pericolo della commissione del reato oltre ad essere un bene strumentale indispensabile in qualsiasi attività di spaccio di sostanze stupefacenti di notevole entità (l'attività di spaccio non avrebbe avuto questa incidenza senza tale bene, fungendo questo ultimo da “amplificatore del crimine” garantendo una consegna di ingenti quantità di sostanza stupefacente da cui si evince la sua pericolosità sociale. In base a questo valore aggiunto apportato dall'autovettura la pericolosità del veicolo è in re ipsa <sup>49</sup>].

Un altro orientamento giurisprudenziale invece si orienta in senso opposto: non è possibile confiscare l'automobile quando il mezzo sia stato utilizzato soltanto occasionalmente per il trasporto del bene, non

---

<sup>48</sup> DE MARSICO A., Commento, cit., p. 964

<sup>49</sup> Cassazione, sezione IV 17 giugno 2004 – 11 agosto 2004, n.34365 ced 229094

presentando modifiche per il trasporto di droga o particolari accorgimenti insidiosi per l'occultamento o il trasporto della sostanza e quindi non socialmente pericolosa (Cassazione sez IV, 29 febbraio 2000- 22 settembre 2000 n 9937, CP.3404 <sup>50</sup>]

Secondo una parte della giurisprudenza l'elemento discrezionale, nel caso della macchina usata per il trasporto di droga, si rinverrebbe “nell'asservimento tra bene e reato “un rapporto strumentale tale da denotare la probabilità o la possibilità di reiterare la condotta della stessa indole (Cassazione sezione IV 1 marzo 2007 – 22 giugno 2007 n 24756, CED 2236973).

Secondo una parte della dottrina invece, bisognerebbe focalizzarsi sul momento consumativo del reato; infatti gli strumenti di cui l'articolo 240 1° comma fa riferimento, sarebbero infatti tutti quelli che abbiano un diretto collegamento con il reato sia nel caso in cui “l'apporto” intervenga prima della consumazione sia che avvenga successivamente (per esempio la motocicletta utilizzata dal ladro per fuggire dopo il furto)<sup>51</sup>.

A questa tesi si contrappone quella corrente <sup>52</sup> che facendo leva sulla intrinseca capacità del bene confiscando a ledere il bene giuridico (in questo caso il patrimonio), contesta un eccesso di cose confiscabili, a prescindere da una carica lesiva (teoria che sembrerebbe più ossequiosa del principio di offensività).

Dubbi sono sorti per quanto riguarda la configurabilità della confisca delle cose che “servirono” o “furono destinate” in relazione ai reati colposi. Tali cose sembrerebbero essere avvinte da un nesso

---

<sup>50</sup> in questa sentenza la Cassazione ha annullato senza rinvio una sentenza che aveva confermato la confisca dell'auto usata per il trasporto di stupefacenti

<sup>51</sup> SPIZUOCO R., L'interpretazione dell'art 240 c.p. e la pericolosità, in Giust. pen. 1972, II, c. 382

<sup>52</sup> MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni, cit., p. 119

teleologico/finalistico che escluderebbe l'applicazione a cotesti reati in quanto essi si baserebbero sulla non previsione/non volontà dell'evento dannoso e di conseguenza non si potrebbe postulare la predisposizione di beni (e quindi una previsione anche potenziale) per un qualcosa che non si è previsto/non si vuole.

Secondo parte della dottrina (<sup>53</sup>), invece, l'elemento su cui focalizzare l'attenzione sarebbe la pericolosità del rapporto reo-cosa, presupposto che garantirebbe l'applicazione della confisca anche ai reati colposi. Il discostamento dalla diligenza, prudenza, perizia richiesto all'agente nell'utilizzo della cosa (che ha condotto alla realizzazione dell'evento colposo) paleserebbe inadeguatezza dell'agente nell'utilizzo del bene violando il principio del *neminem laedere* da cui si evincerebbe la necessità di confiscare il bene in quanto la sua incapacità nell'utilizzo potrebbe generare altri reati (l'esempio di specie riguarda l'omicidio colposo nel caso di guida imprudente).

---

<sup>53</sup> MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 127

## Confisca di prodotto profitto del reato

Il comma 1 dell'articolo 240 c.p. considera altre due categorie di beni che rientrano nella confisca: il prodotto e il profitto.

Per prodotto del reato devono intendersi le cose materiali che traggono origine dal reato stesso (la moneta falsa le sostanze alcoliche illecitamente distillate) Si tratterebbe quindi del risultato materiale dell'azione criminosa, cioè le cose che attraverso questa sono state create, trasformate, adulterate o acquistate.

Per profitto si deve intendere il guadagno o meglio il vantaggio economico che si trae con la commissione dell'illecito penale (<sup>54</sup>).

Era sorta in dottrina e in giurisprudenza una "querelle "in merito all'ambito di applicazione del concetto di profitto e, in particolare, sulla presenza di un nesso di derivazione più o meno diretto che deve collegare profitto e reato.

In particolare erano presenti due correnti interpretative, la prima, restrittiva, postulava la necessità di uno stretto nesso di provenienza tra il bene e il l'oggetto del reato, escludendo così tutti i vincoli indiretti o mediati.

Si ricomprendevano all'interno della nozione di prodotto solo le utilità economiche immediatamente derivanti dal reato, escludendo tutte le altre derivazioni economiche che esulavano dal semplice rapporto di scambio tra utilità diretta-vantaggio immediato ottenuto e il reato (il

---

<sup>54</sup> GAROFOLI ;manuale di diritto penal parte generale pag 360 ;ALESSANDRI A., La confisca, cit., p. 29; Cass. pen., SS. UU., dep. 17 ottobre 1996, n° 9149, Chabni, in Cass. pen., 1997, p. 971

denaro ottenuto dalla vendita di cose rubate) [<sup>55</sup>];].

La seconda corrente interpretava in maniera estensiva il concetto di profitto del reato fino a fargli ricomprendere anche i beni acquistati con l'impiego del guadagno del reato (tanto da includere in tale concetto le utilità economiche derivanti dal reato, anche indirettamente) <sup>56</sup>.

Questa interpretazione estensiva trova le sue fondamenta nella relazione ministeriale sul progetto del codice penale, che affermava "non può limitarsi, nel caso di condanna, la confisca alle cose che sono il prodotto del reato, sussistendo uguale motivo di applicabilità del provvedimento riguardo al profitto, ottenuto mediante l'azione criminosa. Le utili trasformazioni dell'immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente obiettivo del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni". In questa maniera non sarebbero confiscabili soltanto i surrogati del profitto, ovvero i beni ottenuti in relazione al primo scambio utilità- reato, ma anche i vantaggi economici derivanti dalle utili trasformazioni.

L'interpretazione estensiva è stata sposata dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza numero 1280 del 2008; (Miragliotta). Secondo la Corte di Cassazione "non è possibile ritenere che le utili trasformazioni dell'immediato prodotto del reato e gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa possano impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente obiettivo del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di lucro ed illeciti guadagni". Sarà quindi

---

<sup>55</sup> ALESSANDRI A., La confisca, cit., p. 29

<sup>56</sup> FORNARI L., Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie, Padova, 1997, p. 39; MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni, cit., pp. 122 ss

confiscabile “qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato – il danaro – conseguito e sia soggettivamente attribuibile all’autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto”<sup>57</sup>.,.

Quindi il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi dell' articolo 240 comma I, c.p. ogni qualvolta sia ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente.

E' necessario, pertanto, 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, intesi come frutto di reimpiego da parte del reo del danaro o di altre utilità direttamente ottenuti dalla concussione (anche l'immobile acquistato con il danaro ottenuto dai concussi deve considerati profitto del reato).

Se ne desume quindi che nel concetto di profitto o di provento di reato vanno ricompresi tutti i beni non soltanto quelli che l'autore del reato ha nella sua disponibilità in seguito alla commissione del crimine come diretta promanazione di questo, ma anche ogni altra utilità che sia il risultato, l'effetto anche immediato o indiretto della sua attività criminosa.

In questa maniera qualsiasi trasformazione che coinvolge il danaro illecitamente conseguito deve essere compresa nei due sopracitati termini qualora esso sia collegabile causalmente al reato stesso e al profitto immediato.

---

<sup>57</sup> In Dir. pen. proc., 2008, p. 1295, con nota di LOTTINI R

La Corte di Cassazione, in un caso di concussione, ha considerato l'immobile acquistato con la somma ottenuta tramite la concussione rientrante appieno all'interno dei beni confiscabili attraverso quello che viene definito "surrogato" del profitto. Se le trasformazioni "derivanti dal reato" non fossero considerate confiscabili si incorrerebbe il rischio di lasciare intoccate le conseguenze non immediate del reato, ma riconducibili allo stesso, lasciando così nella disponibilità del reo dei beni che ingiustamente ha ottenuto, affermando il concetto per cui il crimine paga.

Parte della dottrina ha ritenuto farraginoso l'articolo 240, auspicando una modifica dello stesso attraverso l'eliminazione dei tre termini prezzo prodotto e profitto sostituendoli con la locuzione "provento" dal reato che permetterebbe di ricomprendere tutto ciò che deriva dalla commissione del reato risolvendo questi problemi interpretativi in quanto sarebbe assurdo la non confiscabilità di quello che effettivamente rende attraente il reato (in un'ottica general preventiva).

Come si può immaginare la scelta, della Cassazione in sede interpretativa, della tesi estensiva ha pesanti ricadute sull'applicazione della confisca stessa: si amplia, infatti, il potere discrezionale del giudice che, pericolosamente, non è delimitato da nessuna norma idonea a contenerlo.

La mancanza di una norma di riferimento, per determinare quali beni possono essere assoggettati alla confisca, (conseguenza dell'alleggerimento della strumentalità-pertinenzialità tra il bene e il reato) configura dei problemi di convivenza della confisca ex 240 c.p. con il principio di tassatività difficilmente risolvibili.

## La confisca obbligatoria

Il secondo comma dell'articolo 240 c.p. impone l'obbligo della confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato e delle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione delle quali costituisce reato. L'obbligatorietà della confisca prescinde da qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice, questo ultimo, infatti, dovrà irrogarla dopo un semplice esame (e riscontro) dei presupposti della stessa.

Per "prezzo" del reato deve intendersi la somma o altra utilità economica, data o promessa per indurre, determinare o istigare altri a commettere un reato, un fattore quindi che incide sulla motivazione a delinquere, e che necessariamente postula un concorso morale nell'illecito<sup>58</sup>.

In questo caso la pericolosità del bene non è soggetta ad un esame da parte del giudice, ma il legislatore impone un suo giudizio attraverso una presunzione *iuris et de iure*.

La ratio di tale (pre)giudizio assoluto risiederebbe nella considerazione secondo cui questi beni sono sempre uno stimolo alla commissione di altri reati per cui è necessaria l'ablazione delle stesse, onde evitare il radicamento dell'idea che il crimine paghi.

L'ablazione delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione, alienazione costituisce reato, altresì dette cose intrinsecamente criminose, si giustifica perché costituiscono una "proiezione del regime giuridico di

---

<sup>58</sup> MARINUCCI G.-DOLCINI E., Manuale, cit., p. 599

una cosa” [59].

Rispetto a tali ultimi beni, esiste una distinzione, pacifica in dottrina, che prevede:

*a.* cose la cui fabbricazione, uso, porto, etc. è vietata in modo assoluto, poiché sempre costituente reato, e la prova della cui illiceità è in re ipsa, verificabile attraverso una semplice sussunzione nella categoria vietata;

*b.* cose la cui fabbricazione, uso, porto, etc. è vietata in modo relativo, poiché può essere autorizzata in via amministrativa o può comunque considerarsi lecita al verificarsi di determinate condizioni, circostanze che il giudice dovrà verificare attraverso elementi del caso concreto, cioè in relazione alla persona che le ha nel caso di specie fabbricate, usate, prodotte, etc.

La peculiarità della confisca delle cose intrinsecamente criminose risiede nell’ultima parte del n. 2 del comma 2 dell’art. 240, ovvero irrogazione della misura non necessita che sia stata pronunciata sentenza di condanna.

Tale norma prevede una eccezione, prevista dal comma 4° cioè quando ricorrano due condizioni (la necessità della contemporanea presenza delle due condizioni è sottolineata dalla congiunzione “e” [anche se non manca chi ritiene che la locuzione “e” abbia un semplice valore disgiuntivo <sup>60</sup>; la prima condizione è che la cosa appartenga a persona estranea al reato, la seconda condizione che “la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione, l’alienazione possano essere autorizzati in via

---

<sup>59</sup> GRASSO G., Sub art 240, cit., p. 525

<sup>60</sup> ALESSANDRI A., La confisca, cit., p. 29; Cass. pen., SS. UU., dep. 17 ottobre 1996, n° 9149, Chabni, in Cass. pen., 1997 334

amministrativa.

Il prezzo del reato invece presupporrebbe una sentenza di condanna (è indifferente se si tratta di decreto o di sentenza), salvo che la cosa non appartenga ad un terzo estraneo al reato. Chi ha promesso tale utilità sarà necessariamente un concorrente nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p.

Risalta subito la differenza, non soltanto meramente terminologica, ma ontologica e dagli importanti risvolti applicativi, che intercorre tra il 1° comma e il secondo comma (in particolare la differenza tra prezzo e profitto).

Come abbiamo visto il profitto configurerebbe una ipotesi di confisca facoltativa mentre l'ablazione del prezzo è obbligatoria (in alcuni reati come la corruzione, i due concetti non sono facilmente distinguibili: la dazione al p.u. rappresenta al contempo prezzo e profitto). La differenza tra prezzo e profitto rilevarebbe anche in merito all' art. 445 c.p.p. che, nella sua versione originaria, consentiva, in caso di applicazione della pena su richiesta della parti la confisca, del prezzo, e non del profitto, oltreché delle cose intrinsecamente criminose. Tale seconda differenza non è più rilevante, in quanto il legislatore ha esteso, con la l.12/2003, la confisca anche alle ipotesi del 1° comma, accogliendo le istanze della dottrina <sup>61</sup>.

Tale distinzione assume notevole rilevanza nei casi di reati contratto (si pensi alla cessione delle sostanze stupefacenti), dove, in base al punto di vista, la somma di denaro data cambia “comma” considerandosi ora prezzo ora profitto .<sup>62</sup>

La Corte di Cassazione con la sentenza 24.2.1993, n. 1811, Bissoli [Cass, pen. SS. UU., ud. 15 dicembre in Cass. pen., 1993, p. 1388 ] ha

---

<sup>61</sup> MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit. p. 108

<sup>62</sup> FORNARI L. *Criminalità del profitto*, cit., pp. 32 ss

affermato che anche in caso di sentenza ex 444 (patteggiamento) l'articolo 445 c.p.p. consentiva soltanto la confisca del prezzo.

La Suprema Corte ha motivato tale pronuncia basandosi, da un lato su di un argomento letterale poiché l'articolo 445 si riferiva solo ai casi previsti dall'articolo 240 comma secondo (che contempla sì il prezzo ma non il profitto), dall'altro facendo leva sul carattere premiale del patteggiamento (accordo sulla pena tra le parti volto alla deflazione del dibattimento) e coerente con questa ratio premiale sarebbe la irrogazione solo della confisca obbligatoria.

Nella stessa sentenza inoltre il denaro ottenuto in virtù della cessione di stupefacenti viene qualificato come profitto e non come prezzo, esso infatti deve essere inteso come “fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l’interessato a commettere il reato”, e non come corrispettivo per l’acquisto di un bene, in senso civilistico. Il meccanismo definito dall'art 240 c.p. è senza dubbio farraginoso, imponendo in base ad una valutazione, non sempre chiare e oggettiva, l'obbligatorietà o la facoltatività della confisca. Per questo parte della dottrina [Garofoli] sostiene la necessità di un termine onnicomprensivo (l'autore suggerisce il termine “provento del reato”) che eliminerebbe i problemi di interpretazione, ed eliminando un meccanismo che, in passato poteva essere giustificato dal diverso assetto economico- sociale, che oggi non è più attuale.

Sia la dottrina che la giurisprudenza si sono soffermati nell'interpretazione dell'avverbio “sempre” e sul significato da attribuire ad esso. In dottrina si è ritenuto che l'avverbio abbia un valore “rafforzativo”, sottolineando l'obbligatorietà della confisca e la preclusione di ogni valutazione da parte del giudice, in contrapposizione alla possibilità (rappresentata dal verbo può del 1° comma) della confisca facoltativa

prevista dal comma precedente (limitatamente al prodotto e al profitto). [63]

Un'altra corrente, parzialmente conforme alla precedente, collega il lemma "sempre" alla irrogazione della "confisca anche dopo la sentenza di condanna"<sup>64</sup>.

Contro queste opinioni si soffermano principalmente sul valore letterale dell' articolo 240, dando risalto all'espressione "anche se non è stata pronunciata condanna", prevista solo per le cose intrinsecamente criminose dal numero 2 del comma 2 dell' art. 240 c.p., si colloca una altra dottrina secondo cui la parola "sempre" renderebbe obbligatoria la confisca anche in assenza della sentenza di condanna (in questa maniera si rafforza l'idea che il "prezzo" sia l'elemento di maggior pericolo sociale: nel caso del corrotto, qualora non sia punibile per qualsiasi causa, si vuole evitare che possa godere del compenso del suo reato) <sup>65</sup>. la Corte di Cassazione è stata interrogata sulla questione e ha espresso il suo favore per l'orientamento restrittivo: la suprema Corte nota infatti come le parole "è sempre ordinata" dell'articolo 240 c.p. al comma secondo siano in contrapposizione, non soltanto letterale ma anche in chiave logica-sistemica, con il "potere" (facoltativo) del 1° comma <sup>66</sup>.

Un problema contiguo al precedente, si ravvisa nel rapporto tra la confisca e l'estinzione del reato.

Questo istituto infatti escluderebbe la condanna, ponendo in pericolo la irrogazione della successiva confisca. E' necessaria una interpretazione sistematica dell'intero istituto, non soffermandosi semplicemente al dato letterale ("sempre" e "anche se non è stata pronunciata sentenza di

---

<sup>63</sup> ALESSANDRI A., La confisca, cit., p. 19

<sup>64</sup> GRASSO G., Sub art. 240, cit., p. 532

<sup>65</sup> DE MARSICO A., Commento, cit., p. 966; MANZINI V., Trattato, cit., p. 391

<sup>66</sup> Cass. pen., SS. UU., 25 marzo 1993, n° 5, Carlea; Cass. pen., SS. UU., 10 luglio 2008 (dep. 15 ottobre 2008), n° 38834, De Maio, in Cass. pen., 2009, p. 1393, con nota di IELO P

condanna”), ma considerando l'articolo 240 nelle sue relazioni con l'articolo 210 c.p. (effetti dell'estinzione del reato) e l'articolo 236 numero 2 c.p. (salvo che si tratti di confisca le disposizioni del primo e del secondo capoverso dell'articolo 220 e quelle dell'articolo 210). Dal combinato disposto di questi due articoli, sembrerebbe che l'estinzione del reato non escluda l'irrogazione della confisca (non soltanto nei casi previsti dall'articolo 240 comma 2, cose intrinsecamente criminose, ma anche per il prezzo).

I casi più interessanti sotto questo profilo sono rappresentati dall'ammnistia propria e da quella impropria. Se per questa ultima la questione è sopita, in quanto l' articolo 151 del codice penale prevede che “fa cessare l’esecuzione della condanna e delle pene accessorie”, non potendosi postulare l'estensione degli effetti alla confisca, poiché la confisca è un provvedimento che ha effetti ablativi immediati/ istantanei e definitivi (non come le pene e le misure accessorie che esplicano i loro effetti nel tempo) [67].

Il problema invece permane nel caso di amnistia propria, poiché essa impedisce al giudice di accertare il reato e irrogare la confisca anche per le cose la cui “fabbricazione, uso, porto, detenzione, alienazione delle quali costituisce reato” (mancherebbe il reato).

Il problema non si porrebbe per le cose che sono intrinsecamente criminose, in quanto il reato sarebbe “rebus sic stantibus” (allo stato dei fatti) senza bisogno di un effettivo accertamento (la prova della loro criminalità sarebbe intrinseca .

La querelle riguarderebbe quindi soltanto le cose che sono solo

---

<sup>67</sup> CASALINUOVO A., La confisca obbligatoria in rapporto all'estinzione del reato per amnistia, in Arch. pen., 1947, II, p. 204

relativamente criminose (si subordina la loro pericolosità, quindi, in seguito all'accertamento del reato).

La dottrina di minoranza sostiene che sia possibile configurare la confisca, in caso di estinzione del reato, soltanto in merito alle cose intrinsecamente criminose, non sarebbe quindi possibile l'irrogazione della confisca per le cose che sono solo relativamente criminose (mancando il presupposto fondamentale (il reato non è accertato) [68].

La dottrina di maggioranza invece sostiene che la confisca interessi anche le cose relativamente criminose qualora la causa estintiva del reato sopravvenga alla prova, al di là di ogni ragionevole dubbio, che il fatto costituisca reato.

Tale opinione maggioritaria è stata oggetto di critiche, poiché violerebbe l'articolo 24 della costituzione non dando la possibilità al soggetto, colpito dalla confisca, di provare la propria innocenza <sup>69</sup> altra dottrina <sup>70</sup> sostiene invece una posizione differente: per le cose che sono intrinsecamente criminose “il fatto reato è presente, indipendentemente dal suo accertamento”, sarebbe quindi immune da ogni estinzione, in quanto le conseguenze a cui la legge farebbe riferimento, derivano non tanto alla condanna, ma dalla sussistenza del reato.

Tra tali conseguenze giuridiche è sicuramente compresa la confisca delle cose, la fabbricazione l'uso, il porto la detenzione, e l'alienazione delle quali costituisce reato (comma 2 n 2 dell'articolo 240). Il problema incontrato da questa tesi è che si ha reato solo in seguito all'accertamento giudiziale (un fatto non è mai ab origine illecito).

---

<sup>68</sup> CASALINUOVO A., La confisca obbligatoria, cit., p. 205

<sup>69</sup> GRASSO G., Sub art. 240, cit., p. 537

<sup>70</sup> SCARDIA M., Ancora in tema di rapporti tra confisca ed amnistia, in Riv. pen., 1948, p. 624

La giurisprudenza è stata discorde nelle sue pronunce: da un lato si rinvencono delle decisioni in cui l'ammnistia viene vista come un blocco alla continuazione delle indagini (e quindi una impossibilità della confisca) [71], dall'altro si rinvencono pronunce in cui la confisca si basa sì su un fatto costituente reato, ma l'accertamento di questo non trova ostacolo nell'art 592 c.p.p. poiché l'indagine da compiere, per l'irrogazione della confisca riguarda non l'azione penale, ma l'applicazione di una misura di sicurezza (che non sarebbe influenzata dalla amnistia) [72]

Tale orientamento giurisprudenziale presta il fianco ad una critica (puntuale e precisa): tra le questioni coinvolte dall'accertamento penale rientra (se non costituisce il fine fondamentale di esso) la sussistenza del reato che è il presupposto ineludibile della confisca, inoltre i giudici non possono affermare che il reato sia estinto ma che l'illecito (estinto) è l'elemento prodromico per la irrogazione della confisca <sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 1966, Marchesi, in Riv.ital. dir. proc. pen., 1969, p. 974

<sup>72</sup> Cass pen., SS UU., dep. 26 aprile 1983, Costa, in Cass. pen., 1983, p. 1742

<sup>73</sup> SERIANNI V., La confisca e le cause, cit., p. 979. 87 SABATINI G., Ancora sui rapporti, cit., c. 563

## Il terzo e la confisca

L'appartenenza del bene al terzo (persona estranea al reato) preclude la irrogazione della confisca facoltativa (articolo 240 ultimi due commi), quella obbligatoria del prezzo e, quella relativa alle cose relativamente criminose. Questa regola trova espressione anche nelle altre norme che regolano le misure di sicurezza (119 c.p. e 25, 2° comma della costituzione) che impongono un principio di stretta legalità per cui non è possibile irrogare misure di sicurezza (e nei confronti di persone) nei casi che non siano previste dalla legge <sup>74</sup>.

Il momento cronologico a cui bisogna fare riferimento, per valutare se il bene appartenga a persona estranea al reato è il momento in cui deve essere irrogata la confisca e non *tempus commissi delicti*, tale considerazione è dettata da considerazioni di tutela della buona fede: l'acquirente può avere acquistato il bene, in buona fede, dopo la commissione del reato, oltre a essere più attinente ad un giudizio di pericolosità basato sul rapporto reo-bene sequestrando. L'unica eccezione presente nel nostro ordinamento è il 321 c.p.p. che considera il caso in cui sia intervenuto un provvedimento di sequestro preventivo, come situazione prodromica ad una confisca definitiva. In questo ultimo caso bisogna fare riferimento al momento dell'irrogazione del sequestro poiché l'intento del Legislatore è quello di evitare che il bene sia disperso o che possa fare rimanere in vita il concetto per cui il crimine paga <sup>75</sup>.

La dottrina più antica ha analizzato il concetto di “estraneo al reato”

---

<sup>74</sup> MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 128

<sup>75</sup> GUALTIERI P., Sub art. 321, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A.-SPANGHER G., in particolare pp. 3862 ss

considerando tale chi non abbia concorso alla commissione del reato, ma anche colui che non ha coadiuvato il reo (per esempio a garantire l'impunità, o occultare un altro reato) o comunque colui che non abbia posto in essere nessun comportamento che sia teleologicamente collegato o accessorio rispetto all'azione principale. Tale dottrina affermava che il favoreggiatore o il ricettatore non possono essere considerati estranei rispetto al reato principale, facendo leva sulla differenza terminologica intercorrente tra l'estraneo e il non concorrente <sup>76</sup>. La critica mossa a questa opinione risiede nel fatto che “non si può inserire l'attività del ricettatore o del favoreggiatore in un processo causale precedente, posto in moto da altri, così da far subire al ricettatore e al favoreggiatore le conseguenze di una condotta che non hanno esplicito” <sup>77</sup>.

Verrebbe infatti a mancare il principio della personalità della responsabilità penale ex art 27, primo comma della costituzione, facendo subire ad un altro soggetto le conseguenze di una condotta altrui. Se si considera la ricettazione di un ciclomotore, oggetto di una rapina, la confisca ex 240 deve essere irrogata in relazione alla ricettazione stessa, e non in relazione al reato di rapina commesso da altri. La questione può sembrare una questione puramente intellettuale-speculativa (si può obiettare che in entrambi i casi il risultato è la confisca del ciclomotore), ma in realtà presenta dei risvolti pratici molto ampi. L'autore del reato (principale) potrebbe infatti utilizzare un bene di una persona estranea al reato (si pensi allo spacciatore che utilizza la macchina dei genitori ignari della sua azione criminosa), eludendo l'articolo 240 c.p. <sup>78</sup>.

La Corte Costituzionale con la sentenza 1/1997 ha dettato una linea

---

<sup>76</sup> DE MARSICO A., Commento, cit., p. 965

<sup>77</sup> SANSÒ L., La nozione di "estraneo al reato" ai sensi dell'art. 240 c.p., in Riv. it. dir. pen., 1949, p. 196.

<sup>78</sup> MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni, cit., p. 129

precisa che è stata recepita dalla Cassazione a sezioni unite <sup>79</sup>.. Tali pronunce hanno introdotto un nuovo elemento nel concetto di estraneità del terzo: non sarebbe sufficiente un semplice atteggiamento passivo, ma l'estraneo deve avere assolto un onere di vigilanza (il dubbio sulla provenienza del bene non escluderebbe la confisca) o deve “avere” una buona fede assoluta.

Più controverso è il concetto di appartenenza del bene. La dottrina si è divisa in due correnti. La prima fa riferimento ad un concetto “estensivo” della proprietà, non soltanto quindi la proprietà prevista dall'art (832 c.c.), ma anche i diritti reali di godimento o di garanzia su cose altrui. Secondo tale orientamento in presenza di diritti reali (intesi in senso ampio) di terzi, rispetto al reato su cui si basa il provvedimento ablatorio, la confisca deve cedere il passo<sup>80</sup>. In opposizione a questa opinione si colloca un secondo orientamento che considera rientrante nel concetto di appartenenza soltanto il concetto di proprietà<sup>81</sup>. L'elemento in comune di queste due teorie risiede nel rispetto dei diritti del terzo (più ampio per la prima, meno garantista la seconda per la seconda), tale istanza tutelatrice è stata accolta anche dalla Cassazione (]<sup>82</sup> in tale sentenza anche se in materia di misure di prevenzione la Corte si basa sulla tutela del terzo, già emersa con la sentenza Bacherotti]

Tale sentenza ha affermato che i diritti reali di garanzia del terzo devono essere tutelati anche se lo stato acquista a titolo di “proprietà” il bene, tramite il provvedimento di confisca, a patto e condizione che il terzo si trovi in una situazione di buona fede (intesa come inconsapevole affidamento, senza che si possa configurare un deficit di accuratezza da

---

<sup>79</sup> Cass. pen. SS. UU, 28 aprile 1999, Bacherotti, in Foro it., 1999, II, c. 571

<sup>80</sup> CHIAROTTI F., Il concetto, cit., p. 100

<sup>81</sup> MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni, cit., p.129

<sup>82</sup> Cass., Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti ed altri [<http://www.penalecontemporaneo.it/materia/6-/-/846-misure-di-prevenzione-patrimoniale-tutela-dei-terzi-e-nozione-di-buona-fede/>]

riscontrare in base ai normali canoni della colpa), nonostante i loro diritti ricadono su un oggetto di provenienza criminosa e il terzo ne abbia oggettivamente tratto vantaggio. Infatti «quand'anche la confisca dovesse qualificarsi quale causa di acquisto a titolo originario, il trasferimento del diritto non può avere ad oggetto "un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello che faceva capo al precedente titolare", né lo Stato può "legittimamente acquisire facoltà di cui il soggetto passivo della confisca aveva già perduto la titolarità"<sup>83</sup>[].

Questa sentenza impone una serie di punti fermi per la tutela del terzo: si rinnega una responsabilità oggettiva a vantaggio di un principio in dubbio pro reo (principio non accolto in materia misure di prevenzione dove vige concetto in dubbio pro republica).

In caso di ablazione di un bene soggetto a un peso (si pensi ad una ipoteca) ci si rifà alle norme civilistiche in tema di espropriazione: l'acquisto, come per l'espropriazione, non avviene a titolo originario, ma a titolo derivato (lo stato non può acquistare qualcosa di diverso, in aumento o in riduzione, rispetto al titolo originario), lo stato subentra quindi nella stessa posizione giuridica dell'espropriando, conservando le stesse azioni, possibilità e doveri (si pensi ad una servitù di passaggio). L'elemento cardine della confisca rimane la sua funzione preventiva, di eliminazione quindi della pericolosità della cosa derivante dal rapporto persona-res confiscanda, per cui non si vede motivo (salvo la mancanza di buona fede) di intaccare i diritti dei terzi che hanno determinato le proprie azioni non accorgendosi dell'illiceità (derivata) della cosa.

Proprio questo ultimo punto desta dei problemi, derivanti soprattutto dall'evoluzione normativa e interpretativa dell'istituto. La pericolosità (o

---

<sup>83</sup> In Foro it., 1999, II, c. 571

meglio la sua neutralizzazione) è l'elemento distintivo tra pena e misure di sicurezza, la prima presenta finalità repressive, la seconda ha come scopo evitare la commissione di futuri reati (si parla quindi di un pericolo di recidiva). In questo ultimo caso la misura di sicurezza si pone come un blocco ad ulteriori reati attraverso l'ablazione di una cosa pericolosa che induce a futuri reati <sup>84</sup>.

Questa differenza tra le due categorie (pena e misure di sicurezza) appare chiaro nella relazione introduttiva al codice penale secondo cui le misure di sicurezza avrebbero come punto di partenza "l'eliminazione delle cose che provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato"<sup>85</sup>.

Il concetto di pericolosità della cosa, però è intrinsecamente ambiguo, in quanto il codice non sembra dare alcun criterio per la determinazione della stessa(o per una sua graduazione): la probabilità della commissione dei reati riguarda un esame prognostico che facilmente può prestare il fianco a giudizi che non possono essere altro che arbitrari (la pericolosità sociale deve basarsi su criteri sociali che sono assolutamente opinabili e mai fermi). rifacendoci alla precedente analisi dell'articolo 240, si nota come soltanto il comma 2° elimina ogni giudizio da parte del giudice, l'esame di pericolosità è già stato condotto preventivamente dal legislatore che ha "legato le mani all'interprete" in maniera assoluta.

Come visto in precedenza i problemi interpretativi (soprattutto in relazione al prodotto e al profitto) rimangono insoluti, in quanto l'unica sicurezza rimane il caso delle cose assolutamente vietate (per le quali è sempre obbligatoria la confisca.)

---

<sup>84</sup> IACCARINO C.M., La confisca, cit., p. 17-78

<sup>85</sup> Rel. min., cit., p. 245

Parte della dottrina ha postulato la traslazione del giudizio di pericolosità: secondo tale orientamento la pericolosità dalle cose passa al soggetto<sup>86</sup> in quanto non è la cosa pericolosa in sé, ma induce il possessore della stessa a compiere futuri reati (“l'occasione fa l'uomo ladro”<sup>87</sup>). Questa considerazione è anche dettata dalla collocazione della confisca all'interno delle misure di sicurezza senza prevedere nessuna norma difforme per la valutazione della pericolosità del bene (ci si dovrebbe rifare alle regole generali dettate anche per le altre misure di sicurezza personali).

La cosa non sarebbe pericolosa, se considerata a sé stante senza nessuna relazione con il soggetto che ne ha la disponibilità, ma la sua pericolosità è determinata proprio dall'uso potenziale (o dall'induzione ad utilizzarla in modo improprio) che il soggetto può farne.

L'assenza di opportuni criteri per valutare la pericolosità di una cosa risiederebbe nell'articolo 133 c.p. (come per le altre misure di sicurezza) investendo giudizi sulla personalità del condannato. Le cose in sé pericolose non possono essere “più pericolose” in base ad un collegamento con un soggetto, sono pericolose oggettivamente.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 990

<sup>87</sup> GULLO D., La confisca

<sup>88</sup> GRASSO G., Sub art. 240, cit., p.523; ALESSANDRI A., La confisca, p. 14

## **Ipotesi di confisca speciale**

La confisca ex 240 c.p. presenta dei punti critici che sono stati oggetto di una rivisitazione, nel corso degli ultimi anni il legislatore è intervenuto sulla confisca con delle innovazioni che sono intervenute al di fuori dell'inquadramento codicistico, stravolgendo la impostazione originaria dell'articolo 240. Gli elementi di maggiore innovazione, rispetto al passato possono essere indicati nell'aumento dei casi in cui la confisca è obbligatoria (eliminando il problema del giudizio di pericolosità e allargando i casi in cui essa è presunta.); una estensione dei beni che sono assoggettabili alla confisca, l'eliminazione o l'attenuazione del nesso diretto o indiretto che legava il bene confiscabile al reato<sup>89</sup>.

Le innovazioni legislative non si distaccano del tutto dall'articolo 240 c.p., che mantiene il suo ruolo centrale, in quanto supplisce in caso di mancanza di una disciplina specifica delle “nuove ipotesi”; inoltre nei casi di non applicazione delle ipotesi speciali si ricadrebbe sempre nei casi della “vecchia confisca” (la vecchia e la nuova norma sono in posizione di contiguità). La necessità della innovazione è stata dettata dalla rigidità del 240 c.p. e dalla conseguente necessità di rimodulare l'impostazione del doppio binario nel tentativo di superare la concezione confisca-misura di sicurezza.

Il legislatore ha, in particolare, allargato i casi di pericolosità presunta iuris et de iure, ha interessato soprattutto reati più gravi come associazione di tipo mafioso, usura, contrabbando e associazione terroristica ex 270 bis c.p. l'ultimo innesto normativo di rilevante entità è stato effettuato nel

---

<sup>89</sup> Fiandaca\_MUSCO diritto penale parte generale p.846

2012 con lo scopo di contrastare i fenomeni di criminalità informatica, ampliando l'ambito delle ipotesi di confisca obbligatoria anche ai beni informatici utilizzati, in tutto o in parte utilizzati, per la commissione dei reati informatici (in particolare l'hard disk dove vengono immagazzinate le tracce del reato), prevedendo che tali beni, sequestrati e poi confiscati, siano destinati a particolari esigenze di ordine pubblico.

Per alcune tipologie di reato il legislatore ha previsto una particolare forma di provvedimento ablatorio la cosiddetta confisca per equivalente.

La peculiarità di tale confisca riguarda l'oggetto del provvedimento stesso in quanto la res esproprianda è il denaro, beni o altre utilità in proporzione al prezzo o al profitto del reato. Altro elemento caratterizzante in questo format di espropriazione si ritrova nell'assenza del nesso di pertinenzialità tra i beni espropriati e il fatto illecito a cui si riferisce la sentenza di condanna. Il presupposto logico e giuridico della stessa risiede nella mancata individuazione ed apprensione dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato accertato giudizialmente.

Tale forma di prelievo pubblico manifesta un carattere preminentemente sanzionatorio in quanto è presente un reato accertato ma il nesso è allentato.

Un altro elemento di peculiarità è stato avvistato nel caso di concorso di persone nel reato, il provvedimento ablatorio colpisce uno qualsiasi dei concorrenti per l'intero importo, anche se sia solo momentaneamente transitato nel suo patrimonio e si è stato definitivamente e materialmente appreso da altri.

Questi interventi normativi hanno ampliato l'ambito di applicazione della confisca equivalente in maniera tale da colpire il patrimonio del trasgressore in ottemperanza di decisioni internazionali come per esempio

la decisione quadro il Consiglio dell'Unione europea del 24 febbraio del 2005 col quale si auspica l'estensione dell'ambito applicativo della confisca in maniera tale da neutralizzare i vantaggi economici derivanti all'attività criminosa.

L'aumento dei casi in cui la confisca è “obbligatoria” ha comportato una necessità di rivalutazione della natura giuridica della confisca, facendo assumere all'istituto dei connotati più conformi alle pene. Tale processo di rivalutazione del genus in cui inserire al confisca era stato messo in luce dalla Corte Costituzionale che con la sentenza 229/1974 aveva messo affermato che il carattere della obbligatorietà, faceva prescindere da una valutazione di pericolosità della cosa, snaturando la natura di misura di sicurezza e conferendole una “natura ambigua” di difficile classificazione.

## Le innovazioni della l. 646/1982

Una delle più importanti modifiche legislative è stata introdotta con la 646/1982, che ha introdotto il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso, e ha previsto la confisca obbligatoria "delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego" nei confronti dei condannati di questo reato.

Le innovazioni apportate da questo disposto normativo sono da un lato la obbligatorietà della confisca e dall'altra le parole "o che ne costituiscono l'impiego"(coinvolgendo qualsiasi utilità economica o utilizzo successivo dei "proventi" del reato).

L'obbligatorietà della confisca ha fatto sì che si confiscino anche cose che non sono intrinsecamente criminose, rafforzando il carattere afflittivo e general preventivo dell'istituto <sup>90</sup>.

La confisca non è più considerata una misura di sicurezza ma una pena accessoria, in quanto si prescinde dalla valutazione di pericolosità che sarebbe necessaria per le misure di sicurezza secondo la disciplina dettata da questi (art 202 e 203 c.p.). La Cassazione con la sentenza Piromalli non ha accolto le istanze della dottrina, considerando tale confisca una misura di sicurezza affine(se non rientrante) a quella prevista dal 240 c.p, accogliendo la denominazione che il legislatore dell'82 ha "dato" allo strumento ablativo.

Il reato 416 bis comma sesto prevede l'aggravante, di carattere

---

<sup>90</sup> FIANDACA G., Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646, in Leg. pen., 1983, p. 267  
MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni, cit., p. 446

oggettivo, del riciclaggio (648 bis c.p.), che configura un intervento della confisca per gli impieghi (in questo caso il “lavaggio” del denaro derivante da reato attraverso attività lecite).

Tale aggravante ricorre infatti quando gli associati intendono assumere il controllo di attività economiche lecite (finanziandole in maniera più o meno diretta) attraverso il reimpiego delle utilità procurate dalle azioni criminose, essendo questa spirale sinergica di azioni delittuose e di intenti antisociali a richiedere un intervento repressivo giustificandone la confisca (evitando che la mancanza di nesso eziologico tra reato e possa impedire l'ablazione<sup>91</sup>). Le motivazioni che hanno supportato questa confisca, si basano sulla considerazione del fatto che le organizzazioni criminali strutturate hanno come obiettivo principale la trasformazione dei propri proventi illeciti in leciti, accogliendo quindi le istanze della dottrina che criticava la presenza del nesso come presupposto per la confisca <sup>92</sup>..

La pubblica accusa non deve semplicemente dimostrare l'appartenenza del soggetto all'organizzazione criminale, ma è necessario che si dimostri la derivazione tra il bene confiscando e il reato, non estendendosi la confisca a beni che non abbiano tali rapporti col delitto associativo [<sup>93</sup>.].

Erano sorti dei dubbi sull'applicazione dell'articolo 426 bis comma settimo, poiché, come messo in luce da pronunce giurisprudenziali, non è sufficiente la appartenenza al sodalizio mafioso per l'irrogazione della confisca, ma è necessario una derivazione dal reato cui l'associazione mafiosa è preordinata.

---

<sup>91</sup> Cassazione, sez VI, 14dicembre 1999 n 8056, c.p. 01, 2347 in Giorgio Lattanzi codice penale annotato con la giurisprudenza

<sup>92</sup> MACRÌ C., MACRÌ V., La legge antimafia, Napoli, 1982, pp. 42, 43

<sup>93</sup> BRUNO L.G., Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca, in Dir. pen. proc., 2009, p. 357; MAUGERI A.M, Le moderne sanzioni, cit., p. 444

La semplice associazione mafiosa giustificerebbe la confisca ex 240 c.p. che non considererebbe gli “impieghi” e sarebbe obbligatoria solo nei casi del comma 2<sup>94</sup>

Queste considerazioni sono confutate dal fatto che, i reati cui è preordinata l'associazione, generano dei vantaggi economici che finiscono per essere assorbiti all'interno del sodalizio, giustificando così l'estensione anche all'impiego degli stessi (nelle moderne associazioni la compartimentazione è la base strutturale che impone la “suddivisione” del lavoro criminoso)

---

<sup>94</sup> FIANDACA G., Commento, cit., p. 268.]

## La confisca e il contrabbando

La disciplina della confisca in materia di contrabbando è caratterizzata da una certa inclinazione del legislatore a confiscare i beni appartenenti ai terzi frutto del reato di contrabbando, in una ottica di repressione dei reati che mettono in crisi il monopolio dello stato su alcuni prodotti (alcool, sigarette e tabacchi) e che di conseguenza creano un danno economico allo stato (mancato pagamento delle tasse)<sup>95</sup>..

La disciplina della confisca per contrabbando (come disposta dall'articolo 301 D.P.R. 43/1973 meglio noto come t.u.l.d.) differisce dalla “normale” confisca ex art. 240 sotto alcuni punti: è sempre obbligatoria per alcune cose determinate (le cose contrabbandate), non necessita una sentenza di condanna<sup>96</sup>. (anche se le opinioni non sono unanimi) [<sup>97</sup>] e infine, la tutela del terzo estraneo al reato è ridotta.

L'articolo 301 prima degli interventi della Corte Costituzionale richiamava l'articolo 240 c.p. e prevedeva il rispetto della posizione del terzo solo in relazione ai beni utilizzati come mezzi di trasporto per trasportare la merce illecita.

Il legislatore era rimasto in silenzio in relazione al prezzo, al prodotto, al profitto e agli altri strumenti del reato. La non menzione di tali elementi nell'art 301 era stato visto come “ubi lex voluit lex dixit”, ampliando il campo di applicazione della confisca alle “cose” non menzionate.

---

<sup>95</sup> ARDIZZONE U., Confisca e diritto di proprietà, cit., c. 81 e ss

<sup>96</sup> VINCIGUERRA S., I delitti doganali, p.te generale, Milano, 1963, p. 382; PRONTERA S., Sub art.301, cit., p. 812

<sup>97</sup> SANSÒ L., La confisca nel diritto penale finanziario, in Riv. dir. fin. sc. fin., 1949. p. 395; si

Questa interpretazione comportava una limitazione eccessiva del diritto del terzo, configurando la lesione di un principio della Costituzione oltre a collidere con la personalità della responsabilità penale ex art 27 della Costituzione: le conseguenze di un reato colpivano un soggetto totalmente estraneo al reato.

Le esigenze di tutela del terzo passavano in secondo piano dalla necessità di combattere il contrabbando in funzione general preventiva (conclusioni che avvicinavano la confisca per il contrabbando alla pene più che alle misure di sicurezza).

Questa difformità di trattamento tra l'articolo 240 e la confisca per il contrabbando è stata la base che ha guidato la interpretazione della Corte Costituzionale.

Essa ha rivelato come la disciplina della confisca per il contrabbando non è rispettosa dell'articolo 27 della costituzione.

La sentenza 229/1974 ha affermato l'illegittimità Costituzionale dell'art 301 nella parte in cui prevede sic et simpliciter la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, anche nell'ipotesi di loro appartenenza a persone estranee al reato, alle quali non sia imputabile un difetto di vigilanza sull'utilizzazione illecita della cosa.

La Corte afferma la necessità di confiscare le cose che sono in sé reato, ma tale necessità non può estendersi alle cose che non sono ab origine criminose, ma che assumono tale qualità successivamente se sono utilizzate per commettere un reato in base ad un nesso teleologico.

Per la configurazione della confisca obbligatoria delle cose che appartengono ad una persona estranea al reato di contrabbando, occorre che sia identificabile un elemento aggiuntivo, non la semplice proprietà

del bene: si deve riscontrare un elemento soggettivo che sia qualificabile almeno nella mancanza della attenzione necessaria. Senza questo accertamento soggettivo si finirebbe per ricadere in ipotesi di responsabilità oggettiva (in base al semplice collegamento tra azione e reato commesso da altri) per evitare che dei terzi estranei al reato subiscano delle ablazioni per la semplice appartenenza del bene<sup>98</sup>].

Nella stessa scia si pone la sentenza 259 del 1976 con la quale la Corte afferma l'illegittimità della confisca ex 116 comma 1 l.d. e dell' art 301 d.P.R. 43/1973 nella parte in cui non prevedono l'esclusione dal provvedimento ablatorio dei beni oggetto di contrabbando, illegittimamente sottratti ai terzi, qualora in giudizio sia dimostrata la loro sottrazione. Proprio in questo ultimo caso, però, il legislatore sembra esente da colpe in quanto i beni oggetto del provvedimento erano delle pellicce, trafugate in Svizzera e contrabbandate in Italia, tale caso infatti si presenta ben oltre i limiti della prevedibilità.

Infine la Corte Costituzionale è intervenuta, con la sentenza 1/1997, sanzionando con la censura di illegittimità Costituzionale l'art. 301 comma 1, d.P.R. n. 43/1973, come modificato dall'art. 11 della l. 30 dicembre 1991, n. 413, nella parte in cui non prevede la possibilità dei terzi estranei al reato di dimostrare in giudizio l'ignoranza (giustificata in quanto non colpevole, sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo) dell'illiceità delle cose che hanno acquistato.<sup>99</sup>].

I tre interventi della Corte Costituzionale citati, sono collegate tra di loro in quanto presentano come minimo comune denominatore la tutela del terzo che ha acquistato in buona fede, tale condizione deve essere protetto in quanto è ricompresa nel più ampio principio dell'affidamento, che

---

<sup>98</sup> Corte cost., sent. 229/1974, Dir. prat. tribut., 1975, II, p. 59

<sup>99</sup> In Dir. pen. proc., 1997, p. 150

abbraccia ogni ambito del nostro ordinamento in particolar modo l'abito degli scambi economici.

In diritto civile infatti la buona fede è presunta, se così non fosse l'acquirente dovrebbe sottoporre la merce a controlli (spesso complessi e dispendiosi sia sotto il profilo del costo degli stessi sia dal punto di vista della “perdita di tempo”) che potrebbero mettere in crisi il sistema economico odierno che richiede una celerità e un abbattimento dei costi inutili.

Ovviamente i beni in questione sono esclusivamente i beni mobili, rimarrebbero esclusi i beni mobili registrati o gli immobili per i quali l'ordinamento richiede l'assolvimento delle speciali forme di pubblicità [Corte cost., n. 1/1997].

La conclusione della stessa Corte, però si discosta dalle premesse nel momento in cui i supremi giudici affermano che l'interesse finanziario dello stato deve avere una tutela privilegiata anche nei confronti della buona fede.

Questa conclusione si traduce in una inversione dell'onere della prova: deve essere il terzo a provare la buona fede e non l'accusa a dimostrare la colpevolezza. Tale inversione è giustificata, secondo parte della dottrina <sup>100</sup>., poiché l'interesse finanziario dello stato è preponderante.

Le censure di violazione del principio di irragionevolezza (si prospetterebbe infatti una deroga al principio secondo cui la buona fede è presunta) vengono vinte dalla considerazione secondo cui i beni oggetto di contrabbando avrebbero un particolare “status” oltre a non comportare un contrasto con l'art 27,1 della Costituzione in quanto dal possesso, del terzo

---

<sup>100</sup> VENEZIANI P., Terzo estraneo al contrabbando: un nuovo limite per la confisca, in Dir. Pen.proc., 1997, p. 821

estraneo al reato, dei beni di contrabbando non sorgerebbe una responsabilità penale<sup>101</sup> (e neanche si potrebbe parlare di pena)[ Così VENEZIANI P., Terzo estraneo al contrabbando: un nuovo limite per la confisca, in *Dir. Pen..proc.*, 1997, p. 821].

Le sentenze esposte presentano una innovazione importante, in quanto incrinano la responsabilità oggettiva come categoria monolitica e non permeabile alla dimostrazione di "ignoranza non colpevole" [tale rivisitazione culmina con la sentenza 364/1988 che dichiara incostituzionale l'articolo 5 c.p. nella parte in cui non prevede "l'ignoranza inevitabile".

L'apertura verso il ripudio della confisca sic e simpliciter nei confronti del terzo estraneo al reato è stata non piena, ma graduale: sembrerebbe infatti che la Corte Costituzionale abbia modificato il regime delle "cose" in questione: non più la presunzione di pericolosità assoluta della cosa (derivante dalla mancanza del pagamento delle tasse e degli oneri doganali) ma la possibilità di dimostrare la mancanza di colpevolezza del terzo proprietario (da "iuris et de iure" a "iuris tantum").

Tale apertura è stata comunque oggetto di critiche da parte della dottrina perché permarrebbe sempre una "presunzione di non estraneità al reato della persona derubata, analoga ad una presunzione di colpevolezza e a discapito della precedenza che dovrebbe spettare ai diritti di proprietà e di libertà di fronte ad una situazione di loro possibile compromissione".

Le stesse critiche sono state mosse dalla dottrina<sup>102</sup> per l'inversione dell'onere della prova in capo al terzo che dovrà provare la sua ignoranza non colpevole.

---

<sup>101</sup> VASSALLI G., Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp 425

<sup>102</sup> MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 138

Le censure della Corte Costituzionale sono state accolte dal legislatore, il quale ha modificato con la legge 413/1991 "1. 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. 2.

Sono in ogni caso soggetti a confisca i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare. 3.

Si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza.

Tali modifiche sembrano idonee a porre la legge al riparo dalla incostituzionalità e garantire una conformità della stessa con i principi della CEDU.

## La confisca immobiliare

La confisca disposta in caso di abusivismo edilizio è senza dubbio quella che presenta maggiori spunti di innovazione, oltre che una casistica rilevante, considerando che il fenomeno in questione è molto sviluppato (soprattutto nel sud Italia).

Le origini storiche di questa forma di confisca si ritrovano nel secondo dopoguerra, e in particolar modo con la crescita derivante dal “boom economico” che ha dato vita ad una speculazione edilizia senza pari (si pensi al “sacco di Palermo” che ha totalmente rimodellato la configurazione urbanistica e architettonica della città: tutta l'area di via Libertà è stata oggetto di una distruzione delle bellissime ville liberty, alcune di esse progettate da Ernesto Basile) non contrastata dalle autorità ad esso preposte (in alcuni casi con la connivenza delle stesse [L'assessore ai lavori pubblici Vito Ciancimino rilasciò nel corso di una notte 4000 licenze edilizie di cui 1600 a tre prestanome, non collegati neanche minimamente alle imprese edili. Tali lavori furono eseguiti da imprese collegate o protette dalla mafia anche in violazione delle clausole dei progetti e delle licenze edilizie con prestiti senza garanzie dalla Cassa di Risparmio (sic!!!) ].<sup>103</sup>

La risposta giurisprudenziale fu trovata nell'articolo nell'art 240 1° (qualora lo si interpretasse come prodotto del reato) o nell'art. 240 comma 2 n.2 (qualora lo si considerava “cosa la cui fabbricazione costituisce reato).

Curiosamente lo strumento ex art 240 c.p. non era previsto per questo

---

<sup>103</sup> John Dickie cosa nostra pag. 295 e ss

crimine (o il legislatore non poteva immaginare il suo utilizzo per il delitto in questione); parte della dottrina e della giurisprudenza ha trovato nell'utilizzo della confisca uno strumento adatto a contrastare l'abusivismo edilizio.<sup>104</sup> [].

Le pene previste per il reato non erano infatti idonee a eliminare il risultato, solo l'intervento "suppletivo" della confisca otteneva il fine previsto dal legislatore: l'eliminazione del manufatto illecito<sup>105</sup> [].

Alcuni autori si distaccavano dalla corrente maggioritaria<sup>106</sup> [], lamentando l'intervento della magistratura in campi propri del diritto amministrativo, ma anche l'utilizzo del diritto penale non come extrema ratio, ma come strumento principale se non unico di eliminazione di illeciti che potevano essere affrontati con strumenti meno invasivi. Anche la Corte di Cassazione ha mostrato gli stessi dubbi sollevati da questa ultima corrente dottrinale affermando che la legge escludeva l'uso del provvedimento ablatorio ex art 240 alla magistratura, conferendo tale potere all'autorità amministrativa (Disposta con ordinanza dal sindaco vidimata e resa esecutiva dal pretore territorialmente competente), con la conseguenza della impossibilità di convivenza dei due provvedimenti<sup>107</sup> .

Il contrasto fu ricomposto dal legislatore che con la l. n. 47/ 1985 prevede "che la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite", limitando quindi la sua applicazione alla lottizzazione abusiva. Nonostante questa limitazione la

---

<sup>104</sup> AMODIO M., Lottizzazione abusiva e confisca, in AA. VV., Sanzioni e sanatoria nella nuova urbanistica, Padova, 1985, p. 163

<sup>105</sup> ANNUNZIATA M., La repressione giudiziaria delle costruzioni abusive, in Riv. giur. edil., 1975, p. 549

<sup>106</sup> FIANDACA G., TESSITORE G., Diritto penale e tutela del territorio, in AA. VV., Materiali per una riforma del sistema penale, Milano, 1984, p. 86.

<sup>107</sup> Cass. pen. sez. III, 24 marzo 1972, Rossi, in Riv. it. dir. proc. pen., 1972, p. 831

giurisprudenza ha utilizzato questa norma in maniera ampia utilizzandola come strumento suppletivo.

La confisca, come modificata, è una sanzione amministrativa accessoria reale [ Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 6267], obbligatoria, non necessita una sentenza di condanna (anche in caso di estinzione del reato), e anche nei confronti del terzo incolpevole. Queste conclusioni destano problemi per quanto riguarda la coesistenza con la CEDU.

## **La confisca in caso di guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di sostanze stupefacenti**

Il tema della guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di sostanze stupefacenti è una delle materie che rappresenta meglio l'evoluzione della confisca ex 240 c.p. da misura di sicurezza a sanzione penale.

La tematica è stata oggetto di recenti modifiche in quanto il legislatore ha voluto porre fine o attenuare o quantomeno scoraggiare una condotta pericolosa frequente e di cui spesso non si percepisce il rischio (le famigerate e impropriamente dette “le stragi del sabato sera”). Tali due condotte originariamente previste dal codice della strada (l. 214/2003) agli articoli 186- 187, sono state modificate dalla d.l. 117/2007 convertito in legge con la legge 160/2007.

La materia ha subito delle nuove modifiche con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con la l. 24 luglio 2008, n. 125 che ha inasprito le pene oltre ad equiparare il rifiuto di sottoporsi al test alcolemico all'ipotesi più grave, sotto il profilo della sanzione, di guida in stato di ebbrezza (precedentemente era prevista solo una sanzione amministrativa).

Nei casi dell'articolo 186 e 187 era prevista la confisca, in base all'espresso richiamo all'art 240 comma 2 del c.p., salvo il caso di appartenenza a persona estranea al reato. Tale confisca obbligatoria era effettuata in riferimento ad una cosa che doveva essere considerata pericolosa solo in relazione alla relazione col soggetto [<sup>108</sup>].

---

<sup>108</sup> Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2009 (ud. 11 febbraio 2009), n. 13831, Fumagalli, in Gui. dir.,

La Norma però prevedeva l'obbligatorietà della confisca anche in caso di sospensione condizionale della pena, cosa che destava delle perplessità: da un lato la confisca è ex 240 c.p. una misura di sicurezza (è necessaria la pericolosità), dall'altro la sospensione condizionale della pena si basa sulla non pericolosità del colpevole.

Questa aporia non poteva fare altro che far propendere verso una interpretazione della confisca, come prevista dal codice della strada come una pena vera e propria. Questa sua natura ambigua aveva dato luogo a molte incertezze applicative, in particolare sulla retroazione della misura a fatti che prima non erano coperti dalla sanzione.

Il riferimento all'articolo 240 c.p. faceva sì che la confisca in questione potesse retroagire anche a fatti, sempre considerati come reato, ma che non erano sanzionati con tale provvedimento ablatorio.

La retroazione era infatti giustificata dal regime delle misure di sicurezza ovvero tempus regit actum, principio che è espressamente escluso, per le pene, dall'articolo 2 c.p.<sup>109</sup>.

Questo orientamento è stato confutato dalle Sezioni Unite che si sono pronunciate sulla natura della confisca con la sentenza Caligo 23428/2010

<sup>110</sup>.

La Corte di Cassazione ha considerato la confisca del mezzo una sanzione penale accessoria, articolando la sua affermazione su due considerazioni: la prima prevede che il richiamo all'articolo 240 è effettuato in merito alla sua obbligatorietà, non rispetto alla sua natura

---

2009, n. 19, p. 74

<sup>109</sup> tale orientamento era condiviso dalla Cassazione Cass. pen., sez IV, 12 agosto 2009, n. 32932, Simioni; Cass. pen., sez IV, 5 marzo 2009, n. 9986, P.G. in proc. Favè; Cass. pen., sez IV, n. 38179, Meschieri

<sup>110</sup> Cass. pen., SS. UU., 18 giugno 2010, n. 23428, Caligo in realtà il problema riguardava la confisca del veicolo in caso di rifiuto di sottoporsi al test alcolemico, ma la qualificazione di questa operazione ablatoria non poteva non influenzare la confisca disposta per le ipotesi principali, 186 187

(sarebbe contraddittorio con l'irrogazione della stessa anche in caso di sospensione condizionale); la seconda si basa su una interpretazione della ratio del legislatore: la norma ha come fine scoraggiare la guida in uno stato che non consente il pieno controllo del mezzo con conseguente rischio per la incolumità delle altre persone, attraverso la irrogazione di sanzioni penali idonee a evitare questi comportamenti.

La questione è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte Costituzionale: la sentenza 196/2010 ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 186 comma 2 lett. c), nella parte in cui, rinvia all'articolo 240 c.p. rendendo operativa l'applicazione retroattiva della misura (ex art 200 primo comma). Tale retroattività era in contrasto con l'articolo 7 della (CEDU) che funge da “parametro interposto”, risolvendosi quindi in una violazione della Costituzione (art, 117 comma 1).

Il giudice remittente lamentava che questa forma di confisca rispondeva ad una funzione repressiva più che preventiva, sotto un duplice aspetto: da un lato, infatti, tale misura è applicabile anche se il veicolo è privo di una sua intrinseca e attuale pericolosità (per esempio se il veicolo è incidentato e temporaneamente inutilizzabile), dall'altro colpisce il veicolo in sé e non limita la pericolosità del guidatore (se la misura fosse realmente di sicurezza dovrebbe impedire al soggetto l'utilizzo di qualsiasi mezzo) in quanto l'imputato può utilizzare altri mezzi contraddicendo quindi la ratio delle misure di sicurezza ed accostandosi alla pena.

La Corte Costituzionale ha riconosciuto la natura polifunzionale della confisca che assume diverse valenze a seconda della finalità perseguita (repressiva o preventiva) ma rientranti nella stessa categoria della sanzione, oltre a riconoscere la correttezza della giurisprudenza della

CEDU <sup>111</sup>(.).

La Corte ha dichiarato illegittima la norma limitatamente alle parole “ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale”, motivando la sua decisione, affermando che la misura ha carattere punitivo-afflittivo e quindi deve essere assoggettata ai principi della pena (art 2 c.p.), non potendo retroagire al momento della commissione del reato se essa non fosse stata già vigente e prevista per quel fatto [ Corte cost., sent. n. 196/2010].

La novella 120/2010, recependo la censura di incostituzionalità, ha innovato la materia eliminando il riferimento all'art 240 c.p., confermando il carattere penale dell'illecito 186 e 187 C.d.S., ma ha qualificato la confisca come “sanzione amministrativa accessoria”, in aperto contrasto con le conclusioni della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale.

La situazione che si è verificata in seguito alle modifiche non riguarda l'illecito (sempre penale) ma la sanzione che da penale è diventata amministrativa.

La Cassazione è dovuta intervenire con la sentenza 41091/2010 affermando che esiste una contiguità normativa tra le due confische, in quanto “la nuova sanzione amministrativa risulta omogenea e di fatto indistinguibile da quella penale” per cui “tale omogenea nuova sanzione può trovare applicazione anche per i fatti anteriori all'entrata in vigore della novella”, applicandosi quindi il regime dell'articolo 2 comma 4 c.p..

La nuova confisca amministrativa risulta più favorevole a quella prevista precedentemente (pena accessoria) per cui il giudice deve applicare la disciplina (nuova) anche per fatti che sono stati commessi

---

<sup>111</sup> ex art 7 Cedu Corte EDU, Welch c. Regno Unito, sent. 5 febbraio 1995

anteriormente alla sua entrata in vigore

## **La confisca per equivalente**

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale della confisca ha tentato di superare il meccanismo farraginoso della confisca ex 240 c.p. (in particolare distinzione prezzo/profitto regime obbligatorio/facoltativo).

Il sistema così macchinoso era in realtà l'espressione della concezione del codice Rocco, che, non ancora conscio dei risultati economici distortivi che il reato genera, preferiva punire il crimine in sé e per sé piuttosto che i suoi risultati.

Il bene oggetto della confisca era per lo più un qualcosa di materiale e solo incidentalmente il denaro (così si può spiegare la mancata considerazione della possibilità di confisca degli “utili impieghi” possibili solo per tale bene generico e capace di essere impiegato più volte e che, nella maggioranza dei casi, non presenta un nesso eziologico con il reato base)<sup>112</sup>.].

Si è notato però che questa concezione antiquata non era adeguata, per esempio nei casi in cui lo Stato è il soggetto offeso; in questo caso la confisca del profitto diventa una necessità, in quanto soltanto l'espropriazione a vantaggio dello stato può purificare i risultati del reato,

---

<sup>112</sup> FORNARI L., Criminalità del profitto, cit., p. 26

ammenoché non sia necessaria la sua distruzione<sup>113</sup> [.]

Un'altra considerazione è stata sollevata: oggi il risultato del reato è sempre più spesso il denaro, un bene che si presta a facili reimpieghi, caratteristica questa che recide il nesso bene confiscando-reato.

Il pericolo che le utili trasformazioni non possano essere ricomprese all'interno del reato ha fatto sì che si sviluppasse un tipo di confisca "nuova", più ampia e i cui oggetti risentono meno del vincolo di collegamento con il reato da cui provengono.

Tale evoluzione non si osserva solo in Italia, ma è comune a molti paesi europei ed extraeuropei. [(.)<sup>114115</sup>

I numerosi interventi normativi che hanno interessato questo particolare tipo di confisca sono stati dettati dall'intento di colpire in maniera più efficace il patrimonio del trasgressore sulla scorta di atti internazionali (in particolare la decisione quadro del consiglio dell'U.E. del 24 febbraio 2005) che spingono alla neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti dall'attività criminosa.

Queste innovazioni hanno di fatto determinato il sorgere di un nuovo tipo di confisca: quella per equivalente o di valore.

Tale nuova forma ablatoria permette, per alcune categorie di reato, di espropriare somme di denaro, beni o altre utilità, che fisicamente costituiscono il prezzo o il profitto del reato preso in considerazione, con

---

<sup>113</sup> ALESSANDRI A., Criminalità economica e confisca del profitto, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, III, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.E., Milano, 2006, p. 2108

<sup>114</sup> Verfall tedesco, il criminal forfeiture americano e il confiscation order inglese

<sup>115</sup> MAUGERI A.M in La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2007, p. 487; ID., Le moderne sanzioni, cit.; ID., (a cura di), Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione, Milano, 2008; ID., Le sanzioni patrimoniali tra garanzie ed efficienza (Le "ipotesi particolari" nella recente legislazione), in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, p. 817. ]

l'esclusione della valutazione, e quindi della discrezionalità, del giudice: pertanto obbligatoria.

Questo strumento si caratterizza per la sua idoneità a contrastare la criminalità del profitto, poiché riesce a ricomprendere molti fenomeni criminali, differenti sotto molti aspetti, ma che possono essere accumulati dal fine del profitto (per esempio la criminalità d'impresa). L'illecito in questi casi è determinato da un calcolo economico secondo cui commettere il reato è più vantaggioso rispetto al non commetterli, la sanzione penale personale infatti non sembra la forma migliore di pena in quanto le decisioni sono spesso prese dal board aziendale più che dai singoli autori materiali del reato.

La confisca per equivalente si mostra come la più idonea a scoraggiare questo tipo di delinquenza perché elimina il risultato tangibile del reato. Poiché "la modernità delle forme illecite di produzione della ricchezza [...] ne consente agevolmente l'occultamento, la distrazione o semplicemente il reinvestimento in operazioni in cui non vi è traccia dell'origine macchiata dei beni"<sup>116</sup> ]. La confisca per equivalente è quella che si presta meglio a colpire il bene in quanto prescinde dal nesso eziologico tra reato e bene confiscando, riuscendo quindi a interessare beni, oggetto di reinvestimento di guadagni illeciti, che non sarebbero ricompresi nell'originaria confisca ex 240 c.p..

Come detto il presupposto della confisca per equivalente è rappresentato dalla mancata individuazione ed apprensione dei beni che rappresentano, in misura proporzionale, il prezzo o il profitto.

La differenza più marcata dall'articolo 240 c.p. consiste nella assenza del rapporto di pertinenzialità tra reato e provvedimento ablatorio dei

---

<sup>116</sup> VERGINE F., Confisca e sequestro per equivalente, Milano, 2006, p. 139

proventi, deve essere invece presente la consumazione del reato. La confisca per equivalente richiede che non sia stato rinvenuto il prezzo o il profitto del reato di cui sia stata accertata giudizialmente la commissione.

In caso di concorso di persone nel reato questa sanzione è applicabile indifferentemente nei confronti di uno dei correi, poiché è necessario che la somma di denaro sia transitata, anche in minima parte nella sua disponibilità.

Questa forma ablatoria si manifesta come un prelievo pubblico (attraverso la espropriazione delle somme e l'attribuzione delle stesse allo Stato avviene la “sterilizzazione” dei risultati del reato) con finalità sanzionatorie.

Il ruolo di comprimario e sussidiario della confisca per equivalente è stato sottolineato infatti dagli articoli 322 ter c.p. e dalla confisca ex art 9 d.lgs 231 /2001, essi, infatti, consentono la confisca “quando non è possibile il provvedimento ablatorio ex art 240 c.p.”.<sup>117</sup> [].

La differenza infatti consisterebbe proprio nel mancato reperimento, nel patrimonio del reo, delle somme o dei beni costituenti prezzo o il profitto, in quanto oggetto di “re”investimenti o di operazioni che non permettono la loro identificazione. Da queste premesse si ricava la complementarietà applicativa della confisca per equivalente: mancherebbe il nesso strumentale, necessario per la confisca ex 240 c.p..

Tale allentamento del vincolo è stato necessario per contrastare le moderne forme di modificazione di mascheramento dei profitti che comporterebbero una impunità dei soggetti più abili finanziariamente a “mescolare le carte”.

---

<sup>117</sup> FIANDACA G., Legge penale, cit., c. 6; MAUGERI A.M., Le moderne sanzioni, cit., p. 147

L'equivalenza quindi, riguarderebbe soltanto il “target” della confisca, ovvero la cosa materiale oggetto di apprensione, non potendosi riferire questa a nessun altro elemento costitutivo della confisca.

In realtà l'eliminazione del nesso di pertinenzialità non può avvenire, in quanto sarà sempre necessario un reato e la confisca avviene in proporzione allo stesso, sarà quindi più corretto parlare di derivazione del prezzo o del profitto dal reato [Cass. pen. sez. II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre 2006), n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, p. 966].

La differenza più marcata quindi non consisterebbe tanto nell'assenza di nesso (si parla infatti di allentamento) ma nello spostamento dell'oggetto della confisca: non più il bene che costituisce il prezzo, il prodotto, il profitto del reato ma un bene che è nella disponibilità del reo (il reato è un presupposto necessario della confisca) in proporzione (o equivalente al reato commesso (nei casi di confisca per equivalente è difficile se non impossibile determinare al millesimo i vantaggi acquisiti, quindi l'ablazione sarà necessariamente approssimativa e in proporzione).

Tale ablazione è sussidiaria rispetto alla confisca ex 240 c.p. ed agisce solo quando non si rinvergono il prezzo o il prodotto o il profitto (che originariamente erano presenti) che, comunque sono stati accertati al di là di ogni ragionevole dubbio.

La dottrina ritiene che la confisca per equivalente dovrebbe colpire soltanto i beni di valore uguale e non superiore rispetto al prezzo al prodotto e al profitto originario, non potendo infatti colpire beni (indivisibili) che hanno un valore superiore<sup>118</sup> [], non potendosi configurare nei confronti di beni indivisibili di valore superiore in quanto la vendita

---

<sup>118</sup> BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2002, pp. 320 ss

dei beni confiscati deve essere disposta inseguito ad una confisca già effettiva (non da irrogare come nel caso della confisca per equivalente).

Tali considerazioni sono però soltanto disquisizioni teoriche, che difficilmente troveranno applicazione in quanto la confisca per equivalente, secondo l'id quod plerumque accidit, investe un bene generico, per sua intrinseca natura divisibile, quale è il denaro.

Il problema, se mai, si manifesta rispetto a beni che non sono oggetto di facile valutazione economica: i cosiddetti vantaggi immateriali.

Tali vantaggi non si “materializzano” in oggetti, se pur generici come il denaro, ma hanno importanti ricadute sulla vita economica quotidiana (si pensi per esempio alla concorrenza sleale di alcune aziende che riescono a escludere le altre concorrenti da un mercato) e configurano delle derivazioni del reato <sup>119</sup>.].

Teoricamente la confisca per equivalente sarebbe idonea a sottrarre i vantaggi immateriali: è ovvio in questo caso l'impossibilità della confisca ex 240 c.p. in quanto la cosa confiscanda è impalpabile (la materialità sembra invece un requisito della confisca ex 240 c.p.<sup>120</sup>[].

La giurisprudenza si è mostrata aperta verso questa interpretazione ed ha utilizzato come base la confisca prevista dal d.lgs. 231/2001 (confisca del profitto), garantendo una sponda applicativa a questa teoria<sup>121</sup> [].

Come, rilevato precedentemente, sorgono dubbi, per la verità difficilmente vincibili, sulla determinazione del valore economico di questi vantaggi. Ovviamente in mancanza di parametri giuridici ed

---

<sup>119</sup> ALESSANDRI A., Criminalità economica, cit., p. 2154

<sup>120</sup> FORNARI L., La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2005, p. 86

<sup>121</sup> FORNARI L., La confisca del profitto, cit., p. 85

economici sui quali commisurare precisamente il vantaggio monetizzabile il giudice dovrebbe procedere secondo una valutazione equitativa (sic!!!).

La tesi negativa sembrerebbe prestare basi più solide. In primo luogo la confisca è nata come uno strumento ablatorio penale e quindi difficilmente idoneo a combattere i vantaggi immateriali, in secondo luogo non si vede come commisurare il vantaggio economico: non sembra esserci spazio per una valutazione equitativa. Essa infatti nasconderebbe una discrezionalità che non sarebbe limitabile mancando un riferimento normativo o anche parametri economici certi<sup>122</sup> [.]

---

<sup>122</sup> ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2155

## La confisca per equivalente nel caso di usura

Tra gli interventi legislativi che hanno “creato” questa nuova forma di confisca bisogna menzionare, la legge 108 del 1996 che ha modificato l'articolo 644 ultimo comma (usura) del codice penale, stabilendo “l'obbligatorietà della confisca del prezzo e del profitto del reato”, e che la stessa potesse estendersi anche a "somme di denaro beni o utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi, o degli altri vantaggi o compensi usurari.

E' previsto che una parte dei proventi confiscata sia restituita alla persona offesa dal reato come compensazione dei danni subiti, mentre la restante parte viene garantita allo Stato<sup>123</sup> [.]

L'obbligatorietà della confisca ha, come detto precedentemente, una funzione sanzionatoria general preventiva idonea a rendere non remunerativa l'azione criminosa, estendendo i casi della confisca ben oltre l'ambito del 240 c.p..

L'allargamento dell'applicazione confisca è collegato all'allentamento del nesso di pertinenzialità: per quanto riguarda l'elemento materiale, le "somme di denaro, beni ed utilità non hanno nessun rapporto con l'usura ma sono in proporzione al reato stesso (agli interessi), riguardo all'elemento soggettivo, è invece sufficiente che il reo abbia “la disponibilità dei beni anche per interposta persona”.

L'ultimo comma dell'art 644 c.p. prevede tra i suoi presupposti anche

---

<sup>123</sup> BOCCAREDA BOY C., Sub art. 644, in Codice penale commentato, a cura di MARINUCCI G., DOLCINI E., Milano, 2006, p. 4683; MANNA A., La nuova legge sull'usura, Torino, 1997, p. 107; MANZIONE D., Usura e mediazione creditizia, Milano, 1998, p. 110; VERGINE F., Confisca, cit., p. 39

il patteggiamento, elemento questo che ha funto da precursore all'estensione della confisca ex art 240 anche all'art 444 c.p.p. introdotta solo nel 2003.

La classificazione della confisca per equivalente come misura di sicurezza ha fatto sì che si facesse riferimento alle norme dettate per questa categoria, giustificando la sua applicazione retroattiva ex art. 200 c.p [Cass.pen., sez. III, 13 maggio 2002, (ud. 5 aprile 2002), n. 18157, Strangiolini, in Riv. pen., 2002, p. 912.].

Questa ammissione della retroazione però, è in aperto contrasto con la classificazione della confisca per equivalente, come strumento sanzionatorio con caratteristiche più vicine alla pena che alle stesse misure di sicurezza.

L'ambito di applicazione della confisca per equivalente non si ferma all'usura, ma tende a coprire l'intero ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Tale strumento si presenta come il più idoneo a contrastare la corruzione dei pubblici ufficiali aumentando la funzione deterrenziale della confisca dei proventi illecitamente ottenuti attraverso il "mercimonio" della loro funzione. Per questo motivo è stata introdotta la confisca per equivalente, tramite l'articolo 322ter, con la legge 300 del 19 settembre del 2000.

Alcuni autori (FIANDACA) non hanno visto di buon occhio tale nuovo articolo in quanto sostenevano la necessità di inserire questa novità direttamente all'interno dell'art 240 c.p. per una maggiore chiarezza sistematica, ma tale istanze non sono state accolte, creando dei problemi di interpretazione e coordinamento.

Nel nostro ordinamento non esiste una norma che prevede in maniera generale la confisca per equivalente oltre al fatto che il preesistente articolo 644 c.p. postula l'equivalenza tra beni e utilità del condannato e gli interessi, i vantaggi o gli altri compensi usurari rendendo impossibile il rinvio a questa norma così specifica.

L'articolo 322 ter invece prevede una equivalenza rispetto al prezzo e al profitto (seguendo quindi dei canoni tradizionali) ed è quindi idoneo ad essere una norma fondamentale per la confisca per equivalente cui fare rinvio.

L'articolo in questione indica come presupposto per l'applicazione della confisca per equivalente la condanna per uno dei delitti previsti dagli articoli dal 314 al 320 c.p. (peculato, malversazione, indebita percezione dei erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione), estendendo la confisca obbligatoria "dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca dei beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo".

Il secondo comma prevede invece, la confisca obbligatoria in caso di condanna o di patteggiamento per il delitto di cui all'art 321 "dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'art. 322 bis, secondo comma".

Si nota subito una difformità tra l'articolo 322ter comma 1 (che prevede solo la confisca del prezzo) e l'articolo 322 ter comma 2 (estende

la confisca per equivalente solo al profitto) <sup>124</sup>[].

Una prima querelle era sorta tra quanti ritenevano necessario un limite minimo dei beni confiscabili che deve essere calcolato in relazione alla promessa o alla tangente o al profitto (che possono essere diversi tra di loro per entità e qualità) <sup>125</sup> altra corrente, più condivisibile, sosteneva che non può postularsi un limite minimo di confiscabilità per cui “laddove non si riesce a verificare l’entità di tale profitto, si presume che comunque non sarà inferiore a quanto dato o promesso” [<sup>126</sup>].

Un’altra disputa era sorta sul diverso tenore del comma 1 e del comma 2 (il primo si riferisce solo al prezzo il secondo al profitto), secondo una parte della dottrina la mancata previsione del profitto nel primo comma sia dovuta essenzialmente ad una svista del legislatore motivando tale affermazione sulla absurdità di non prevedere la confisca per equivalente estesa al profitto anche per reati gravi (per esempio il peculato); inoltre una confisca limitata solo al prezzo risulterebbe soltanto teorica e difficilmente attuabile <sup>127</sup>[].

Il problema interpretativo era stato acuito dall’ulteriore intervento del legislatore che nel 2000 ha inserito l’articolo 640 quater c.p. che rinvia all’art 322 ter per consentire la confisca per equivalente ai delitti previsti dagli articoli (640 comma 2° n.1, 640 bis e 640 ter del codice penale) <sup>128</sup>

. Il rinvio era oscuro: non si capiva infatti se fosse limitato solo all’art 322 ter 1° comma (giustificando solo la confisca del prezzo) oppure fosse un richiamo all’articolo 322 ter nella sua interezza (permettendo una

---

<sup>124</sup> GAROFOLI R ; Manuale di diritto penale parte generale.

<sup>125</sup> BENUSSI C., Sub art. 322 ter, cit, p. 2319; PELLISSERO M., Commento, cit., p. 1030

<sup>126</sup> MAUGERI A.M., La lotta contro l’accumulazione p.495

<sup>127</sup> PELLISSERO M., Commento, cit., p. 1029]. Ovviamente tale interpretazione presta il fianco ad una facile e difficilmente vincibile obiezione quella del principio di tassatività [à LUNGHINI G., MUSSO L., La confisca, cit., p. 30

<sup>128</sup> GAROFOLI R ; Manuale di diritto penale parte generale.

confisca per equivalente estesa sia al prezzo che al profitto).

Secondo una parte della dottrina il rinvio doveva essere inteso solo al 1° comma (più generale e ampio), poiché il comma secondo prevede una ipotesi speciale e precisamente determinata solo per l'articolo 321 c.p.(corruzione attiva).

L'intervento chiarificatore della Cassazione non si è fatto attendere: dopo alcune pronunce contraddittorie della stessa Corte (alcune a favore di un rinvio ampio all'art 322 ter, altre contrarie) [:<sup>129</sup>.] sono intervenute le Sezioni Unite.

La Sentenza 41936 Muci [Cass. pen. SS. UU., 25 ottobre 2005 n°41936 in Cass. pen.,2006, n. 1382]. afferma che il rinvio deve essere inteso in relazione a tutto l'articolo 322 ter, consentendo la confisca per equivalente del prezzo e del profitto per i delitti di cui agli artt. 640 comma 2, n. 1, 640 bis e 640 ter comma 2.

Le motivazioni a supporto della sentenza prendevano spunto da argomenti di carattere letterale (secondo cui era palese il rinvio all'articolo nella sua totalità), oltre a fondarsi sui lavori preparatori dell'articolo 640 quater (si parlava di proventi in chiave onnicomprensiva per uniformarsi alla decisione–quadro del Consiglio dell'Unione europea 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005).

Sotto un altro punto di vista la giurisprudenza maggioritaria afferma che la confisca per equivalente del profitto non è possibile per il delitto di corruzione attiva, sarebbe assurdo considerare il legislatore sprovvisto e quindi bisognerebbe fare riferimento al dato letterale in quanto il

---

<sup>129</sup> Ritengono che il rinvio sia da intendersi a tutto l'art. 322 ter Cass. pen., sez I, 12 gennaio 2005, Cacciavillani; Cass. pen., sez II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre 2006), n. 31988, Chetta, in Giur, it., 2007, p. 966. Contra, Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2003, n. 26046, Silletti, in Riv. pen., 2004, p. 756

legislatore ha scientemente optato per una differente disciplina tra i due commi.

A questo orientamento di maggioranza <sup>130</sup>[.] che esclude la confisca del prezzo dall'art 322 ter 1° comma basando tale interpretazione sul principio di tassatività e sul divieto di analogia in pejus, si contrappone l'orientamento minoritario che invece richiede una interpretazione estensiva basandosi su una indebita dimenticanza del legislatore.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 38691 del 2009 aveva risolto il contrasto propendendo per l'orientamento restrittivo e maggioritario (in contrasto apparente rispetto alla decisione Muci ).

La questione verteva su un sequestro preventivo ex art 321 ter comma 2° per delle somme di denaro oggetto di peculato, la Corte afferma che non ci si può discostare dal dato letterale (in base al brocardo latino ubi lex voluit, lex dixit) per cui il concetto di prezzo (previsto dall'art 321 1° comma espressamente per il peculato) non può estendersi fino a includere il concetto di profitto in quanto se l'operazione interpretativa fosse stata condotta in maniera estensiva avrebbe comportato una analogia in malam partem in palese contrasto con i principi del diritto penale (tassatività e divieto di analogia in malam partem) [ Cass. pen, SS. UU, 2009, n. 38691, Caruso.].

In realtà nelle motivazioni la Corte riconosce la stranezza della difformità tra 1° e 2° comma dell'articolo 321 ter ma non può fare altro che prendere atto della scelta del legislatore (cosciente o incosciente che sia) e applicare la legge, evitando così di invadere campi non propri.

Anche analizzando la decisione–quadro 2005/212/GAI che postula la

---

<sup>130</sup> Cass. pen., sez VI, 13 marzo 2006, Tortorici, in Rep. Foro it., voce Peculato, n. 18; Cass. pen., sez VI, 11 aprile 2006, n. 12852, Ingravallo, in Riv. pen., 2006, p. 939

confisca dei profitti, il legislatore nazionale ha una piena discrezionalità nella interpretazione e applicazione delle decisioni quadro, e sebbene il giudice deve (nella sua azione interpretativa) utilizzare l'interpretazione più vicina al diritto europeo (su tutte la CEDU e la sua interpretazione), non può trascurare di essere soggetto solo alla legge (in questo caso italiana).

Tutto questo dimostra come la procedura farraginoso abbia reso difficile l'interpretazione delle norme che attengono alla confisca e la determinazione della finalità della stessa.

La questione è stata risolta, sembrerebbe in maniera definitiva, attraverso il disposto legislativo 190 del 2012, la cosiddetta legge anticorruzione, tale legge ha integrato l'articolo 322 ter prevedendo in maniera espressa che la confisca per equivalente possa essere disposta anche per un valore corrispondente al profitto, non più limitando il campo di operatività al semplice prezzo.

Il riformato articolo 321 ter prevede che è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo per i delitti previsti dall'articolo 314-320, salvo che appartengano a persona estranea al reato, oppure quando non è possibile la confisca, di beni di cui il reo alla disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

L'articolo 322 ter non limita la sua applicazione solo ai reati precedentemente analizzati, infatti il legislatore, con la legge finanziaria 2008 (l. 244/2007) ha ampliato il campo di applicazione a tutti i delitti tributari previsti dal d.lgs 74/2000, con l'unica eccezione dell'articolo 10. Anche in questo caso sono sorti dei problemi interpretativi in relazione al rinvio all'art 322 ter (se un rinvio in toto o solo al 1° comma).la giurisprudenza ha optato per un rinvio estensivo [Cass. pen., sez. III, 7

luglio 2010 (dep. 6 ottobre 2010), n. 35807; Cass. pen., sez. III, ud. 11 novembre 2010, n. 42462; Cass. pen., sez. III, ud. 27 gennaio 2011, n. 8982.]. ponendosi sulla stessa scia della giurisprudenza che aveva interpretato l'articolo 640 quater.

Il secondo aspetto controverso della norma riguardava la continuità-discontinuità normativa tra reato pre e post riforma 74/2000 le conseguenze erano la applicazione della confisca anche per i precedenti reati, nel caso di continuità, l'irrogazione della confisca solo per il reato configurato successivamente. Se si analizza la norma precedente (l 516/1982) si nota una differenza quantitativa (della soglia di reato) non indifferente [tale legge puniva “chi omette di presentare una delle dichiarazioni che è obbligato a presentare ai fini delle imposte sul reddito o ai fini della imposta sul calore aggiunto, se l'ammontare dei redditi fondiari, corrispettivi, ricavi, compensi o altri proventi non dichiarati è superiore a centomilioni di lire”. La nuova norma punisce invece chi “al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a lire centocinquanta milioni].

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 35/ 2000) ha affermato la discontinuità in quanto la norma ha realizzato un nuovo sistema penale tributario, (più tollerante) e limitato ai fatti che sono caratterizzati da rilevante offensività per l'erario [...]. la frattura tra la previgente e l'attuale normativa fa sì che il reato previsto dalla legge 74/2000 non può trovare applicazione retroattiva perché gli elementi costitutivi del reato non integrano gli estremi della precedente norma incriminatrice [...]con la conseguenza che si versa in una ipotesi di abolitio criminis ex art e comma 2 c.p.

L'ultimo problema riguarda l'articolo 13 del d.lgs 74/2000 che dispone che il pagamento delle imposte contestate, avvenuto prima dell'apertura del dibattimento, sia una mera circostanza attenuante e non causa estintiva del reato. La conseguenza sarebbe un doppio pagamento (prima della apertura del pagamento e al termine del processo in caso di confisca) a vantaggio dello stato<sup>131</sup>.

Parte della dottrina ha affermato che tale doppio pagamento può essere escluso solo facendo ricorso alla clausola di compatibilità (in quanto applicabili prevista dall'art. 1 comma 143 l. 244/2007

A parere dello scrivente non bisognerebbe considerarla un doppio pagamento, ma un pagamento (la datio prima della apertura del dibattimento) e una sanzione (confisca).

---

<sup>131</sup> DELLA RAGIONE L., La confisca, cit, p. 6

## **La confisca prevista dal d.lgs 231/2001**

Col d.lgs 231/2001 il legislatore ha inserito nell'ordinamento italiano la responsabilità delle persone giuridiche per la commissione dell'illecito. La responsabilità che ne deriva è una responsabilità amministrativa (così come definito dalla Corte di Cassazione 2251/2011 e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea 12 luglio 2012, C79/11) ma che comporta delle sanzioni di natura penale (per esempio la confisca) ed è accertata, pur essendo amministrativa, in un procedimento penale.

Parte della dottrina (FIANDACA) ripudia la tesi giurisprudenziale e afferma invece la tesi della responsabilità penale, basando la sua affermazione sul superamento del principio *societas delinquere non potest* e sulla natura essenzialmente penale delle sanzioni irrogate [Relazione al d.lgs 231/2001, pp. 37–38.].

La confisca introdotta dal legislatore dall'art 9, come strumento essenzialmente sanzionatorio, è prevista nella forma per equivalente e soltanto per i reati previsti dall'articolo 24 e ss.

La confisca, come previsto dall'art 19, è obbligatoria in caso di sentenza di condanna, del prezzo o del profitto del reato, salva la parte che può essere restituita al danneggiato e i diritti acquisiti dai terzi in buona fede; se non è possibile la forma diretta, l'oggetto della confisca può cadere su "somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato".

Si era posto il problema se si potesse irrogare la confisca in caso di patteggiamento, se da un lato la lettera della norma non dice nulla (si menziona solo la sentenza di condanna) non si vede ragione logica per

escludere la confisca da tale pronuncia, considerando che la legge 231/2001 rinvia alla disciplina del patteggiamento (già previsto dall'art 240 c.p.).

Tale interpretazione non incontra consensi unanimi, infatti l'orientamento minoritario considera la lettera della norma come un limite invalicabile, obiezione facilmente superabile con un ragionamento al contrario: se non si postulasse l'applicabilità alle persone giuridiche della confisca anche in caso di patteggiamento, si creerebbe una ingiustificata disegualianza tra la persona giuridica (che può essere anche una impresa individuale, che “coincide” col singolo socio) e la persona fisica <sup>132</sup>[].

La giurisprudenza ha accolto la tesi di maggioranza, considerando che la responsabilità dell'ente è oggettiva oltre al fatto che la confisca si applica anche se l'ente è esente da responsabilità, per cui non è possibile prevedere la confisca per l'ipotesi più ampia (anche se l'ente non è responsabile) ma non per quella intermedia (rispetto alla condanna pura e semplice)<sup>133</sup>.[.].

Come detto precedentemente l'ente può subire la confisca anche se è esente da responsabilità da illecito (ciò si verifica quando ha predisposto dei meccanismi idonei, astrattamente e concretamente, a prevenire la commissione dei reati societari), in quanto è sufficiente che abbia tratto un vantaggio,effettivo o potenziale, dalla situazione illecita.

Questa disposizione dettata da ragioni di equità (intesa come giustizia applicata al caso particolare) fa il “paio” con quella dettata dall' articolo 15 quando l'ente svolge delle funzioni di pubblica utilità e dovrebbe essere applicata una sanzione interdittiva, ma qualora dalla irrogazione di tale

---

<sup>132</sup> SANTORIELLO C., La confisca del profitto nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche, in *Giur. it.*, 2009, p. 2093

<sup>133</sup> GUIDO E., Sul rapporto, cit., p. 1870

sanzione deriva un danno agli utenti, si disporrà la prosecuzione a patto e condizione che venga confiscato il profitto derivante dalla prosecuzione della attività stessa.

L'ultima pronuncia in tema di confisca (196/2010) ha affermato il ruolo essenzialmente sanzionatorio della misura ablatoria prevista dall'articolo 186 comma 2° del codice della strada. Tale norma punisce la guida in stato di ebbrezza (equiparata alla guida sotto effetto di sostanze stupefacenti) stabilendo la confisca obbligatoria (sempre) del veicolo con il quale è stato commesso il reato.

La peculiarità di tale forma ablatoria è il riferimento espresso al 240 c.p., in base a questo richiamo permetteva di rendere operativo l'articolo 200 primo comma c.p. giustificando l'applicazione retroattiva della confisca.

Tale previsione è caduta sotto la scure della Corte Costituzionale che con la sentenza 196 del 2010 ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale del nuovo testo dell'art 186 del C.d.S. nella parte in cui prevede “ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale “, inciso che legittimava l'applicazione retroattiva.

La Corte ha precisato che la confisca ex 186 C.d.S. ha una natura (intrinseca e implicita) sanzionatoria, caratteristica desunta da due considerazioni: da un lato, infatti, tale misura è applicabile anche se il veicolo è privo di una sua intrinseca e attuale pericolosità (per esempio se il veicolo è incidentato e temporaneamente inutilizzabile), dall'altro colpisce il veicolo in sé e non limita la pericolosità del guidatore (se la misura fosse realmente di sicurezza dovrebbe impedire al soggetto l'utilizzo di qualsiasi mezzo) in quanto l'imputato può utilizzare altri mezzi contraddicendo quindi la ratio delle misure di sicurezza ed accostandosi

alla pena.

Sia le innovazioni legislative che le interpretazioni giurisprudenziali della norma, hanno messo in luce che l'istituto ricomprende numerose ipotesi normative eterogenee, che sono accumulate soltanto da una denominazione che presenta delle peculiarità tali da farle allontanare dall'originaria previsione codicistica.

La confisca oggi infatti è stato definito un ibrido e uno strumento polivalente in quanto essa può assumere almeno tre funzioni: misura di sicurezza, misura di prevenzione e pena accessoria.

## Bibliografia

ALESSANDRI A., Attività d'impresa e responsabilità penali, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, p. 534.

ALESSANDRI A., La confisca, in Il nuovo diritto penale delle società, a cura di

ALESSANDRI A., Milano, 2002, p. 104.

ALESSANDRI A., La confisca nel diritto penale, in Digesto, IV ed, Torino, 1989.

ALESSANDRI A., Criminalità economica e confisca del profitto, in Studi in onore di

Giorgio Marinucci, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.E., Milano, 2006, tomo III, p.

AMODIO E., Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia, in Giust. pen., 1985, III, c. 632

AMODIO M., Lottizzazione abusiva e confisca, in AA. VV., Sanzioni e sanatoria nella "nuova urbanistica", Padova, 1985, p. 163

ANNUNZIATA M., Sequestro e confisca di immobili abusivi, in Giur. it., 1987, II, c.

121

ARDIZZONE U., Appunti in tema di confisca, in Riv. dir. pubbl., 1942, p. 246.

ARDIZZONE U., Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa, in Giust. pen.,

1948, II, p. 71

BASSI A., EPIDENDIO T.E., Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari., Milano, 2006

BELFIORE E., Sub art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306, in Commentario breve

alle leggi penali complementari, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 827

BECCARIA C., Dei delitti e delle pene, 1766

BETTIOL G., I problemi di fondo delle misure di sicurezza, in Stato di diritto e misure di sicurezza - Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961, Padova, 1962, p. 1.

BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI, Diritto penale, p.te generale, XII ed., Padova,

1986

BOCCAREDA BOY C., Sub art 644, in Codice penale commentato, a cura di

MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 2006, p. 4683

BRUNO L.G., Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca, in Dir. pen. proc., 2009, p. 531

CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., Sulla confisca, in Giust. pen., 1974, p. 459.

CARACCIOLI I., I problemi generali delle misure di sicurezza, Milano, 1970.

CARACCIOLI I., Sul problema delle modifiche al sistema delle misure di sicurezza, in Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 137 CASALINUOVO A., La confisca obbligatoria in rapporto all'estinzione del reato per amnistia, in Arch. pen., 1947

DE MARISCO A., Commento all'art 240, in Codice penale illustrato, a cura di CONTI U., vol. I, Milano, 1934, p. 963;

DE MARISCO A., Commento all'art 240, in Codice penale illustrato, a cura di CONTI U., vol. I, Milano, 1934, p. 963 DRIGANI O., Prevenzione (misure di), in Nov. dig. ital., Torino, 1986

FIANDACA G., Legge penale e corruzione, in Foro it., 1998, V, c. 6.

FIANDACA G., Misure di prevenzione (profili sostanziali), in Dig. disc. penal., Torino, 1994, p. 108

FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale, p.te generale, V ed., Milano

FIANDACA G., TESSITORE G., Diritto penale e tutela del territorio, in AA. VV., Materiali per una riforma del sistema penale, Milano<sup>1</sup> FLORIAN E., Trattato di diritto penale, p.te generale, II, Milano, 1934

FIORAVANTI L., Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa, in Giur. it., 1992, II, c. 504.

FONDAROLI D., Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale, Bologna, 2007.

FORNARI L., La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici, in Riv. trim. dir. pen.

econ., 2005, p. 63.

FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997.

FORNARI L., *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in Riv.

it. dir. pen. proc., 1993, p. 569

GAROFOLI R.; *Manuale di diritto penale –parte generale; Nel diritto*

GRASSO G., Sub art. 200, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di

ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 2011.

GRASSO G., Sub art 240, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 1994

GULLO D., *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, p. 38

GUALTIERI P., Sub art. 321, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A.–SPANGHER G

IACCARINO C. M., *La confisca nel diritto amministrativo*, Bari, 1935

MANNA A., *La nuova legge sull'usura*, Torino, 2007

MANTOVANI F., *Diritto penale parte generale*, V ed, Padova, 2007

MARUCCI A *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Rass. studi penit*

MANZINI V. *Trattato di diritto penale italiano*, V ed, Torino, 1981

MAUGERI A.M in *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni*

illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2007, p. 487; ID., Le moderne sanzioni

MANTOVANI F., Diritto penale, p.te generale, V ed., Padova, 2008, p. 838;

MANNA A., La nuova legge sull'usura, Torino, 2007.

MARUCCI A., Sulle sanzioni - pene e misure di sicurezza, in Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 167.

MASSA M., La confisca, da Enciclopedia del diritto, VIII ed., Milano, 1961

MAUGERI A.M., La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2007, p.487.

MAUGERI A.M., Misure di prevenzione patrimoniali, in Commentario breve alle leggi penali complementari, a cura di PALAZZO F.-PALIERO C.E., Padova, 2007, p.1775.

MAUGERI A. M., Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo, Milano, 2001,

NUVOLONE P., Norme penali e principi costituzionali, in Giur. cost., 1956, p. 1253.

NUVOLONE P., Pena (dir. pen.), in Enc. del dir., Milano, 1982ROMANO–GROSSI–PADOVANI, Milano, 1994

PAGLIARO A., Legge penale nel tempo, in Encicl. del dir., Milano, 1973.

PAGLIARO A., Sanzione penale, in Encicl. giurid., Roma, 1994  
PALAZZO F., Corso di diritto penale

PALIERO C.E., TRAVI A., La sanzione amministrativa. Profili sistematici, Milano, 1988

ROCCO A., Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica, in Riv. pen., 1931

SANSÒ L., La nozione di "estraneo al reato" ai sensi dell'art. 240 c.p., in Riv. it. dir. pen, 1949

SANTORIELLO C., La confisca del profitto nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche, in Giur

SPIZUOCO R., L'interpretazione dell'art 240 c.p. e la pericolosità, in Giust. pen. 1972, II, c. 382

VASSALLI G., Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato, in Giur. cost., 1977

VENEZIANI P., Terzo estraneo al contrabbando: un nuovo limite per la confisca, in Dir. Pen.proc., 1997

VINCIGUERRA S., I delitti doganali, p.te generale, Milano, 1963, p. 382; PRONTERA S., Sub art.301, cit

ZUCCALA' G., Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale, in Stato di diritto e misure di sicurezza - Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961, Padova, 1962, p. 131

## Sommario

La Pena e le misure di sicurezza: Differenze ontologiche .....	1
Sanzione penale e sanzione amministrativa .....	8
La confisca come originariamente prevista dal codice penale. ....	12
La confisca ex art 240 c.p. ....	17
Confisca natura giuridica .....	31
Gli instrumenta delicti .....	35
Confisca di prodotto profitto del reato .....	40
La confisca obbligatoria .....	44
Il terzo e la confisca.....	52
Ipotesi di confisca speciale .....	58
Le innovazioni della l. 646/1982.....	61
La confisca e il contrabbando .....	64
La confisca immobiliare .....	70
La confisca in caso di guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di sostanze stupefacenti .....	73
La confisca per equivalente nel caso di usura .....	84
La confisca prevista dal d.lgs 231/2001 .....	93