

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

9/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

CONFISCA E CORREITÀ. RESPONSABILITÀ IN SOLIDO O PER QUOTE INDIVIDUALI?

di Manuel Bianchi

In questo breve Commento, l’A., aderendo ad uno degli orientamenti in contrasto, sostiene che, in caso di reato commesso da più persone in concorso, soltanto il sequestro preventivo, attesa la sua funzione cautelare, può seguire lo schema della responsabilità solidale, andando così a vincolare, presso anche uno soltanto dei correi, l’intero profitto, mentre la successiva e definitiva confisca, poiché sanzione punitiva, in assenza della prova della spartizione del bottino, non può eccedere la quota ideale calcolata dividendo l’importo per il numero dei colpevoli.

SOMMARIO: 1. Lo *status quaestionis*. – 2. Alcuni utili spunti ricostruttivi. – 3. Una necessaria separazione di fasi: sequestro *vs.* confisca. – 4. Confisca di profitto diretta e per equivalente: una distinzione pallida. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Lo *status quaestionis*.

Con l’Ordinanza in commento, la n. 22935 del 2024, la Sesta Sezione penale della S.C. di cassazione ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite per risolvere una questione relativa alle ricadute del principio di proporzionalità in materia di sanzioni patrimoniali¹: quella dell’individuazione della giusta misura della confisca, in caso di reato commesso da più persone in concorso.

In giurisprudenza, invero, si sono fronteggiati svariati orientamenti, a volte anche in diretto conflitto fra loro².

L’Ordinanza ne enuclea tre.

1). Il primo è quello che la Corte descrive ai paragrafi 2 e 3 del Considerato in diritto. È l’orientamento “solidaristico”, secondo cui «*la confisca per equivalente ed il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti nel reato, anche per l’intera entità del profitto accertato, purché l’espropriazione non venga duplicata o comunque non ecceda nel quantum l’ammontare complessivo dello stesso; con*

¹ Cfr. T. E. EPIDENDIO, *Le confische tra principi costituzionali e obblighi sovranazionali*, in Id. e G. Varraso, a cura di, *Codice delle confische*, II ed., Giuffrè, Milano, 2024, pp. 19 ss.

² Evidenziava tale contrasto, percorrendo i tempi, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2011, pp. 199-104.

il corollario per cui risulta irrilevante quale sia la quota di esso eventualmente incamerata dal singolo concorrente nel reato, od anche se questi abbia o meno effettivamente ricavato una parte dello stesso».

2). Da questo primo orientamento, per cui la quota di profitto incamerata da un singolo correo è irrilevante anche se positivamente accertata (!), si distingue, anche se pur sempre sussumibile fra gli indirizzi solidaristici, quello descritto al paragrafo 4 – lievemente meno rigoroso – e secondo il quale al prelievo per l'intero nei confronti di uno fra i compartecipi si può procedere soltanto come rimedio sussidiario al fatto che non sia stato possibile stabilire la fetta di profitto conseguita da ciascuno dei corresponsabili. Tale secondo filone – precisa l'Ordinanza interlocutoria – non distingue minimamente la fase del sequestro da quella della successiva confisca, sostenendo che esiste una “perfetta simmetria” fra le due misure, quella anticipatoria e quella definitiva.

3). Infine, secondo l'ultimo orientamento, quello da noi privilegiato e di cui al paragrafo 5 dell'Ordinanza, *«deve procedersi alla ripartizione della confisca tra i concorrenti nel reato anche nell'ipotesi in cui non sia possibile stabilire la porzione di profitto realizzata da ciascuno»*; senza però che vi sia concordia sul criterio da adottare a tal fine, cioè se la suddivisione debba avvenire in parti uguali, oppure se debba aversi riguardo al grado di responsabilità del singolo concorrente o al suo grado di partecipazione al profitto (desunta da criteri sintomatici), dovendosi optare per la suddivisione in eguali quote soltanto in assenza di un criterio attendibile di riparto.

È importante precisare, prima di ogni altra cosa, che tale molteplicità di visioni ha avuto ad oggetto, essenzialmente, la confisca per equivalente, mentre per quella diretta si è ritenuto – in verità piuttosto superficialmente – che i problemi fossero di portata assai più limitata, se non addirittura inesistenti.

Un'altra notazione preliminare. I Giudici di legittimità hanno imperniato molte delle argomentazioni addotte per sostenere l'uno o l'altro orientamento sulla natura punitiva della confisca di valore. In realtà, come diremo, sono considerazioni più elementari a giocare – ancor più a monte – un ruolo decisivo, come del resto dimostra il fatto stesso che da tale presa di posizione sui caratteri genetici del provvedimento vengano fatte discendere conseguenze addirittura antitetiche: cioè, sia nel senso della massima limitazione dell'ammontare confiscabile a ciascun concorrente, sia in quello, opposto, del massimo ampliamento di tale importo.

Ad esempio: secondo la pronuncia che riteniamo espressione dell'impostazione assolutamente preferibile, e fondamentalmente corretta, ossia Cass., Sez. 6, Sentenza n. 4727 del 20/01/2021³, a fronte di una confisca, come quella per equivalente, di carattere chiaramente afflittivo/sanzionatorio, non si può *«prescindere, ove possibile, dalla definizione dei criteri di riparto della misura tra i soggetti compartecipi dell'azione criminosa. / Il criterio deve essere commisurato al grado di partecipazione al profitto, pur tradottosi poi nella determinazione sostitutiva di un valore, partecipazione che può peraltro essere desunta anche da criteri sintomatici, in assenza di elementi diversi, idonei a corroborare il giudizio, fermo restando*

³ Pres. Mogini, Rel. Ricciarelli, in CED Cass., Rv. 280596-01.

che, ove non risulti possibile utilizzare un criterio attendibile di riparto, risulta legittima la suddivisione dell'importo pro-quota tra i compartecipi».

Eppure, è sempre dalla natura punitiva della confisca per equivalente che muove Cass., Sez. 2, Sentenza n. 9102 del 24/11/2020 (dep. nel 2021)⁴ per concludere che proprio sulla base di ciò, all'esatto inverso, si giustificherebbe il sequestro (e la successiva confisca) dell'intero prezzo o profitto del reato (nella specie riciclaggio) anche nei confronti di uno soltanto dei concorrenti nel reato, ferma la possibilità di regresso ai fini di una ripartizione interna. La Corte, in tal caso, richiama ad illustre precedente quanto affermato dalle Sezioni Unite *Fisia Italimpianti/Impregilo*, che pure – occorre precisare – si erano occupate della sola fase del sequestro⁵.

2. Alcuni utili spunti ricostruttivi.

Se le argomentazioni che precedono sono corrette, va da sé quindi che, nonostante la notevole insistenza della elaborazione pretoria sulla natura giuridica, simile a quella penale, del prelievo pubblico forzoso in cui consiste la confisca di valore, è ad altri parametri che occorre necessariamente guardare per individuare la giusta distribuzione della sanzione patrimoniale in capo ai singoli compartecipi di uno stesso reato.

Ad esempio, molto è possibile ricavare da una più approfondita riflessione, anzitutto, sui rapporti fra confisca diretta e confisca per equivalente, con particolare riferimento alle regole in tema di onere probatorio operanti nella materia considerata.

Com'è noto, infatti, la confisca di valore, appunto detta per equivalente, opera in funzione *sussidiaria* rispetto a quella diretta, cioè solo per l'eventualità e nella sola misura in cui quest'ultima non possa aver luogo, causa il mancato rinvenimento nella disponibilità del reo (o, in questo caso, dei correi) del compendio di diretta provenienza delittuosa, ossia dei beni – come si usa dire – in rapporto di stretta pertinenzialità con il commesso reato.

Essa è stata appositamente introdotta per ovviare a una fin troppo facile elusione delle pretese recuperatorie dello Stato, essendo evidente che disfarsi dei proventi illeciti, occultandoli, scambiandoli, o comunque rendendoli irrintracciabili, rappresenta la

⁴ Pres. Diotallevi, Rel. Di Pisa, in CED Cass., Rv. 280886-01.

⁵ Pur vergando affermazioni del tutto analoghe e del seguente tenore, che merita come sempre riportare testualmente: «*Sul punto si registra un orientamento giurisprudenziale solo apparentemente contrastante, secondo cui, in caso di pluralità di indagati, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente non può eccedere per ciascuno dei concorrenti la misura della quota di profitto del reato a lui attribuibile, sempre che tale quota sia individuata o risulti chiaramente individuabile. È chiaro quindi che, ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta d'individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti*».

prima necessità e la più viva preoccupazione di chiunque abbia perpetrato un reato produttivo di un risultato patrimoniale tangibile, o quantomeno rilevabile. Tale finalità, del resto, non è rimasta nella penna del legislatore, ma affiora in tutte le previsioni speciali sulla confisca per equivalente oramai ampiamente disseminate nel codice penale e nelle leggi complementari: a parte, infatti, la previsione inaugurale in materia di usura (l. n. 108 del 1996, di novellazione dell'art. 644 c.p.), già nelle successive ipotesi si è sistematicamente avuto cura di precisare che la confisca per equivalente, cioè – come si esprime la legge – per un valore corrispondente al prezzo, prodotto o profitto del reato, ha luogo *solo quando quella diretta non è possibile* (così l'art. 322-ter c.p., l'art. 648-quater, l'art. 12-bis del d.lgs. n. 74 del 2000, l'art. 73, comma 7-bis, del d.P.R. n. 309 del 1990, per citare solo le ipotesi più significative).

Tale proposizione subordinata di chiaro valore condizionale (sebbene introdotta da un “quando”) serve evidentemente a delimitare e a stabilire – giust'appunto – le condizioni di intervento della confisca in forma generica. Quest'ultima è difatti legittima soltanto se e nella misura in cui non sia stato possibile procedere ad accertare e colpire, in forma specifica, cioè nella loro individualità, i proventi ottenuti direttamente dal reato. Né più, né meno. La confisca per equivalente, in altri termini, è uno strumento perfettamente accessorio e complementare alla confisca tradizionale diretta; ancora meglio, potrebbe dirsi che la prima si sviluppa simmetricamente all'altra, secondo un rapporto di corrispondenza, altrimenti detta *equivalenza*, che non può mai mancare, perché iscritto nella struttura genetica della misura di più recente conio, come del resto reso manifesto sia dall'*intentio* che dalla *littera legis*⁶.

⁶ Il confronto con il sistema tedesco è sempre proficuo: in Germania, difatti, in caso di compartecipazione al reato, l'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza è nel senso che, prima di tutto, si debba quantomeno provare che ciascun correo, in qualche fase dell'*iter criminis* o successivamente, abbia avuto una disponibilità del provento, anche solo temporanea, purché non precaria; a quel punto, però, ottenuta questa prova, la responsabilità dei partecipi è solidale rispetto al valore del ricavato, nel senso che lo Stato può pretendere dal singolo concorrente, che abbia appunto instaurato questo potere anche transitorio sul maltolto, anche l'intero importo: cfr. F. SALIGER, § 73, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Bd. 2, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2023, Rn. 49-53. E si veda, in ogni caso, BVerfG, 2 BvR, 1136/03, Rn. 52. Tale impostazione non convince pienamente, perché, nell'applicazione pratica, come si evince dai casi giurisprudenziali riportati dai commentatori, si finisce per incentrare l'accertamento presupposto dalla confisca sulle modalità di commissione del delitto (estendendosi solo in teoria anche alla fase post-consumativa, ma della quale è pressoché impossibile aver contezza); bastando evidentemente provare che il partecipe, in una qualsiasi fase della realizzazione criminosa, abbia avuto il possesso del maltolto, per ritenerlo *ipso facto* obbligato in solido. Ciò – come diremo – impedisce di cogliere che la confisca, anche quella per equivalente, se pure assolve ad una funzione punitiva, non è una vera e propria pena. È quindi focalizzata non tanto sul ruolo rivestito dal singolo correo nella fase esecutiva del misfatto, ma è semmai volta a neutralizzare un risultato patrimoniale vietato, a sottrarre un guadagno illecito. Il quale potrebbe essere pervenuto nelle tasche di uno dei correi senza che questi, *in continentis*, abbia mai avuto il potere di disporne; oppure, al contrario, potrebbe facilmente essere andato a totale vantaggio di altri, piuttosto che degli esecutori materiali. Aderisce all'impostazione prevalente, K. LOHSE, § 73, in Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 13. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2019, Rn. 52-57. Più perplesso, F. SALIGER, *op. loc. cit.* Ancor più circospetti W. JOECKS e M. MEISNER, § 73, in B. von Heintschel-Heinegg, hrsg. von, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Auflage, Beck, München, 2020, Rn. 27, che mettono in guardia contro i possibili

Tanto premesso e tenuto per fermo, osserviamo ora – invece – cosa accade quando, in virtù di una dogmatica solidaristica asseritamente discendente, *ipso facto*, dall’aver il legislatore italiano aderito alla c.d. teoria monistica del reato plurisoggettivo⁷, si passa dall’ablazione per via diretta a quella per equivalente.

In sostanza, lo Stato, per il tramite dell’Autorità giudiziaria, mentre allorché, in un primo momento e in funzione della disposta confisca diretta, andando alla ricerca dei proventi carpiti attraverso il crimine, mira a contenere scrupolosamente il proprio raggio d’azione entro la quota storicamente e individualmente ottenuta da ciascun correo, ecco che tutto d’un tratto, quasi per magia e in virtù del mero, casuale mancato rintraccio di quei determinati beni, sarebbe autorizzato ad espandere smodatamente l’entità del proprio prelievo coatto, sì da poter attingere presso ciascuno dei correi, non più la quota di rispettiva competenza, bensì l’intero. Si assiste, così, ad un’autentica metamorfosi, ben difficilmente conciliabile con la descritta natura sussidiaria, subordinata e derivata della confisca di valore rispetto a quella diretta, come tale di regola ordinata in via principale.

La violazione del principio di equivalenza non potrebbe essere più manifesta. Quello sguardo, accurato e improntato ad una considerazione personalistica della misura patrimoniale che aveva connotato la fase intesa all’esecuzione della confisca diretta si converte improvvisamente, e assai sorprendentemente, in un’applicazione affatto disinvolta del rimedio ad essa complementare⁸, cosa che non è dato comprendere neppure ipotizzando una netta differenziazione funzionale fra le due forme di confisca; peraltro, come diremo, in molti casi insussistente.

Il rapporto esterno e diretto fra autorità pubblica e cittadino, ancorato all’entità della quota di profitto individuale entro i cui confini rigorosamente mantenere l’intervento ablatorio, e che inizialmente appariva come il cardine dell’intero *modus procedendi*, viene letteralmente ribaltato e derubricato fra i meri rapporti interni, non più rilevante sul piano del diritto processuale penale, ma invocabile solo nella relegata sede civile.

Ma se pure è vero che il Pubblico Ministero non ha l’onere di provare le spartizioni avvenute internamente fra i correi, bensì soltanto il profitto nel suo ammontare complessivo, non per questo pare possa essere spezzato il vincolo normativo fra confisca diretta e confisca per equivalente.

eccessi quantitativi dell’impostazione solidaristica (*Gesamtschuld*). Cfr. anche S. HEINE, § 73, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 5. Aufl., Carl Heymanns (Wolters Kluwer), Hürth, 2021, Rn. 41-42.

⁷ Dogmi entrambi da relativizzare: per una critica di quello solidaristico, cfr. già B. PETROCELLI, *Intorno a una pretesa responsabilità penale in solido*, ora in *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova, 1952, pp. 161-176; per una presa di distanze da quello monistico, v. oggi S. SEMINARA, *Sul “dogma” dell’unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, pp. 789-821.

⁸ Cfr. già A. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2065-2068, che faceva rilevare come la perfetta sussidiarietà ed equivalenza della confisca di valore rispetto a quella diretta proprio non potesse consentire di sottrarre al singolo concorrente più di quanto allo stesso prelevabile con il mezzo principale della confisca in forma specifica.

Ancor più radicalmente, l'approccio solidaristico qui censurato sembra far difetto sul piano dei canoni elementari della logica: invero, cosa permette di ipotizzare che, se a concorrere nel delitto siano stati Tizio, Caio e Sempronio, si possa ad es. prelevare l'intero bottino presso il solo Caio? Forse il fatto, contingente e strumentale, che il suo sia l'unico asse dotato di risorse sufficienti? Cosa autorizza a pensare che la presunzione, del tutto apodittica e astratta, consistente nel ritenere il profitto, ad es., come tutto di Caio, non debba allora valere, allo stesso modo, anche nei confronti di Tizio e Sempronio? Da queste semplici considerazioni affiora come il criterio del *pro-quota* discenda, prima di tutto, da principi logici⁹ comunemente accessibili.

3. Una necessaria separazione di fasi: sequestro *vs.* confisca.

Crediamo, poi, che una delle ragioni fondamentali del successo dell'orientamento c.d. solidaristico sia una scarsa chiarezza nel tracciare la distinzione, e quindi un'indebita sovrapposizione, fra la fase del sequestro preventivo e la fase della confisca¹⁰.

Ricondurre il primo alla sua specifica funzione *preventiva* e la seconda, segnatamente se per equivalente, al novero delle conseguenze di carattere para-penale non significa certo ignorare la nota giurisprudenza sulla marcata strumentalità e proporzione del sequestro rispetto alla successiva confisca¹¹. Per un verso, tuttavia, anziché seguitare a definire *anticipatoria* la finalità del vincolo sui beni rispetto alla loro futura espropriazione, parrebbe più preciso discorrere di uno scopo *di garanzia*, ossia sottolineare la funzione propriamente *cautelare* del provvedimento *ex art.* 321, comma 2, c.p.p. Per altro verso, poi, se neppure nella fase assolutamente preliminare del sequestro si potesse invocare la comune e solidale corresponsabilità dei correi, lo Stato si precluderebbe prematuramente – e del tutto irragionevolmente – ogni possibilità di accertare, nel corso del procedimento, la reale suddivisione del provento delittuoso fra i compartecipi, onde, all'esito, poterlo requisire nella sua interezza¹².

Ad esempio: si immagini che Tizio, Caio e Sempronio abbiano realizzato in concorso il riciclaggio di tre anelli d'oro di provenienza furtiva, ciascuno del valore commerciale di 1.000 euro. Gli anelli sono ormai irrintracciabili, ma presso l'abitazione di Tizio gli Inquirenti trovano poco più di 3.000 euro in contanti, mentre Caio e Sempronio risultano completamente privi di qualsiasi disponibilità economica. Il g.i.p.

⁹ Per una sottolineatura delle molte aporie logiche invalse nella materia in esame, cfr. G. CIVELLO, *Confisca per equivalente e concorso di persone: tra responsabilità individuale e "principio solidaristico"*, in *Arch. pen. web*, 1/2024.

¹⁰ Per una necessaria divaricazione, cfr. invece L. PUCETTI, *La confisca per equivalente*, in M. Montagna, a cura di, *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 489 s.

¹¹ Ad esempio, Sez. 6, Sentenza n. 22104 del 17/02/2021, in CED Cass., Rv. 281307-01.

¹² Appare dunque impreciso ed errato richiamarsi ad una asserita *perfetta* simmetria fra sequestro preventivo e confisca: diff. l'Ordinanza in commento, nel riferire del secondo fra gli orientamenti scrutinati.

potrà senz'altro procedere al sequestro per equivalente nei confronti di Tizio della somma di euro 3.000. Poi, all'esito del giudizio di merito, e cioè al momento di ordinare la confisca, si tireranno le somme e se, dagli accertamenti fatti, risulterà che il bottino sia stato effettivamente conseguito tutto quanto da Tizio, il quale ad esempio abbia autonomamente rivenduto gli anelli senza riconoscere nulla ai correi, egli dovrà subire in proprio la confisca dell'intera somma sequestrata; viceversa, se non si riuscirà a stabilire in che modo il maltolto sia stato spartito fra i tre compartecipi, a Tizio potrà essere confiscato soltanto un terzo dell'intero, vale a dire la somma di euro 1.000.

Come si vede, se il sequestro interviene per garantire la successiva confisca, il rapporto codicistico istituito tra misura cautelare e misura definitiva non risulta affatto violato, ma anzi effettivamente attuato; fermo restando il limite inviolabile per cui il primo, *complessivamente*, non può vincolare più di quanto possa requisirsi con la seconda¹³; mentre non ha alcun fondamento postulare una *perfetta simmetria* delle due misure rispetto alla posizione del *singolo* concorrente¹⁴.

È dunque, eventualmente, nella fase prodromica del sequestro che appare possibile recuperare, con una certa proprietà di argomenti, la "famigerata" teoria monistico/solidaristica del concorso di persone nel reato; non certo, invece, nella successiva e definitiva fase della confisca¹⁵.

Mentre è infatti ben noto, specie dopo la sentenza *Ellade*¹⁶, il processo di progressiva assimilazione del sequestro preventivo alle cadenze di stampo civilistico del

¹³ Nell'esempio proposto, non si potranno certo sequestrare *più* di 3.000 euro.

¹⁴ *Contra*, vigorosamente, A. GAITO, *op. cit.*, p. 2068, che nel 2009, non ravvisando alcuna differenza di funzione del sequestro rispetto alla confisca, ed anzi assimilando il primo ad una mera anticipazione di conseguenze punitive, si scagliava contro l'indirizzo solidaristico poco prima espresso, quanto al vincolo cautelare, dalle Sezioni Unite *Fisia Italimpianti*.

¹⁵ Così, magistralmente, per capacità di sintesi, Cass., Sez. 6, Sentenza n. 4727 del 20/01/2021, Rv. 280596-01, cit.: «...nel caso di accertato concorso di più persone del reato, se per un verso la misura cautelare del sequestro finalizzato a confisca, quale strumento propedeutico alla realizzazione dell'interesse perseguito, può coinvolgere per l'intero uno dei concorrenti (ed in tal senso possono essere letti numerosi arresti: si rinvia ad esempio a Sez. 5, n. 19091 del 26/2/2020, *Buonpensiere*, Rv. 279494; Sez. 3, n. 56451 del 5/12/2017, *Maiorana*, Rv. 273604), non altrettanto può dirsi per l'imposizione effettiva della confisca, avente natura sanzionatoria, la quale dunque non può prescindere, ove possibile, dalla definizione dei criteri di riparto della misura tra i soggetti compartecipi dell'azione criminosa».

¹⁶ «Il provvedimento di sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 cod. pen., deve contenere la concisa motivazione anche del "periculum in mora", da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca rispetto alla definizione del giudizio, salvo restando che, nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili "ex lege". (Fattispecie relativa a sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato in ordine al quale la Corte ha chiarito che l'onere di motivazione può ritenersi assolto allorché il provvedimento si soffermi sulle ragioni per cui, nelle more del giudizio, il bene potrebbe essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato)» (Sez. U, Sentenza n. 36959 del 24/06/2021, in *CED Cass.*, Rv. 281848-01). V. il commento di V. MORMANDO, *Il principio di proporzionalità della confisca: alcune brevi riflessioni, a margine della sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 delle SS.UU.*, in *Arch. pen. web*, 2/2023; cfr. anche M. ARBOTTI, *L'accertamento del periculum nel sequestro preventivo "obbligatorio", in vista delle sezioni unite penali*, in *Sist. pen.*, 3/2023, pp. 19-32.

sequestro conservativo¹⁷, ambito in cui, pertanto, non appare peregrino ipotizzare un'obbligazione solidale di garanzia in capo ai coindagati (ex artt.: 1294, 2055 c.c., 187 c.p.), al contrario la sempre più matura consapevolezza della cifra marcatamente afflittiva di determinate forme di confisca dovrebbe logicamente condurre a conseguenze opposte¹⁸.

4. Confisca di profitto diretta e per equivalente: una distinzione pallida.

Chiarito dunque come il retroterra solidaristico della responsabilità dei correi possa tuttalpiù venire in rilievo per regolamentarne le conseguenze più prossime alle aree di pertinenza del diritto civile (la garanzia patrimoniale, la responsabilità civile da

¹⁷ Riconosce tale sviluppo una delle più pregevoli pronunce sul tema: Sez. 3, Sentenza n. 31025 del 06/04/2023 in CED Cass., Rv. 285042-01. In dottrina, cfr. P. GUALTIERI, *Art. 321 c.p.p.*, in Giarda/Spangher, a cura di, *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa (Wolters Kluwer Italia), Milano, 2023, pp. 1168-1346, in partic. p. 1207, che, richiamandosi ad A. BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2070-2075, denuncia la truffa delle etichette nascosta nel voler negare la fortissima affinità del sequestro finalizzato alla confisca per equivalente con il sequestro conservativo, contrabbandando per una misura preventiva quella che in realtà sarebbe una misura di garanzia patrimoniale.

¹⁸ Simili le considerazioni di A. M. MAUGERI, *Art. 240*, in Forti/Riondato/Seminara, a cura di, *Commentario breve al codice penale*, Cedam (Wolters Kluwer Italia), Milano, 2024, che, rimarcando la contraddizione esistente nell'applicare paradigmi tratti dal diritto civile (la solidarietà) a una sanzione di acclarata natura punitiva (la confisca equivalente), scrive a p. 930 (§ XVI, 8): «Tale contraddizione è stata messa in evidenza dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, e precisato che non si può affatto trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese, data la sua natura surrogatoria rispetto alla confisca di proprietà e che, ove il legislatore avesse inteso davvero imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato articolo 15 della legge n. 300/2000 bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'articolo 25 co. 2 della Carta fondamentale». Analogamente, D. FONDAROLI, *La "strana coppia": sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra i correi*, in *Arch. pen. web*, 2/2011, p. 5: «L'indirizzo giurisprudenziale qui non condiviso sembra quindi applicare il regime delle obbligazioni ex delicto alla confisca per equivalente, attribuendole indirettamente una valenza risarcitoria-compensatoria, che appare del tutto estranea a quella sanzionatoria-punitiva avallata anche dalla giurisprudenza». Nel medesimo senso, cfr. R. ROMANELLI, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2008, pp. 868-877, in partic. p. 874 ss., invoca il "principio di colpevolezza" (sembrirebbe peraltro più appropriato richiamarsi al principio di personalità della responsabilità penale, intesa specialmente come personalizzazione della sanzione: in questi termini, cfr. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 1/2010, pp. 101-118, in partic. p. 117). Su queste basi, non si può assecondare quanto sostenuto da S. FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Sist. pen.*, 3/2020, pp. 322-360, in partic. p. 341, nota 88, e p. 348, secondo il quale sarebbe proprio una ricostruzione in senso recuperatorio della confisca a consentire di prelevare presso ciascun correo soltanto quanto da esso ricavato; al contrario, è alla natura penale della misura che vanno coerentemente riconnessi gli ovvi presidi di garanzia e quindi di proporzionalità, non certo alla onnivora tendenza rastrellatrice e riscossiva evocata da più parti. Nei termini da noi condivisi, cfr. anche E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 50.

reato), appare evidente come, per opporsi al criterio di un prelievo *pro-quota* del profitto in capo a ciascuno dei partecipanti, non si possa certo far perno sull'ipotizzata radicale differenza di disciplina e natura fra confisca diretta e confisca per equivalente.

Chi ripudia il riparto del profitto in quote paritarie (salva ovviamente la prova che taluno dei concorrenti ne abbia beneficiato in maggior porzione) ragiona, invece, più o meno così: la confisca diretta, avendo natura di misura di sicurezza in senso stretto, può attingere unicamente i beni di cui si riesca a dimostrare il nesso di c.d. pertinenzialità, cioè la loro immediata e diretta derivazione dal fatto di reato, sì da poter colpire, presso ogni singolo concorrente, i soli cespiti dotati di tale carattere; la confisca per equivalente, viceversa, in quanto dotata di natura punitiva, proprio perché avente ad oggetto beni non avvinti da siffatto nesso, potrebbe chiamare ciascuno dei correi a rispondere dell'intera condotta illecita¹⁹.

Giunti a questo punto, tuttavia, a completamento dei rilievi sin qui mossi a tale impostazione, non si può neppure trascurare di osservare che in verità la tesi in esame, imperniata com'è sulle caratteristiche intrinseche della confisca per equivalente, stante l'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità sulla natura sempre e comunque *diretta* dell'ablazione dei profitti in denaro (Sez. Un. *Gubert*²⁰, *Lucci*²¹, *Coppola*²²), risulterebbe privata di molta parte della propria rilevanza pratica.

Inoltre, il salto ontologico fra le due forme di confisca è assai più labile ed illusorio di quanto comunemente si creda.

In prima battuta, sul punto, valgono le seguenti considerazioni: si può mai far dipendere una statuizione tanto gravida di conseguenze, ossia l'accertamento della natura punitiva o meno della confisca, da una distinzione, quale quella fra confisca diretta e per equivalente, in realtà quasi sempre affidata alla mera contingenza del caso concreto? Si veda, in proposito, quanto acutamente affermato, qualche tempo fa, dalla stessa Suprema Corte di cassazione: «*Ne deriva, quindi, che, operando la confisca – ed il sequestro – per equivalente soltanto nella ipotesi di impossibilità di applicare la ordinaria misura della confisca del profitto o del prezzo del reato, quale istituto sostanzialmente surrogatorio di quest'ultimo, non può certo presupporre una sorta di novatio della misura, tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale. È del tutto evidente, infatti, che risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali, la possibilità di far discendere l'applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità*

¹⁹ «Le Sezioni unite si sono, invero, espresse nel senso dell'applicazione, nel caso di illecito plurisoggettivo, del principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo a essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso» (così Sez. 2, Sentenza n. 9102 del 24/11/2020 in CED Cass., Rv. 280886-01).

²⁰ Sentenza n. 10561 del 30/01/2014, in CED Cass., Rv. 258648-01.

²¹ Sentenza n. 31617 del 26/06/2015, in CED Cass., Rv. 264437-01.

²² Sentenza n. 42415 del 27/05/2021, in CED Cass., Rv. 282037-01.

rappresentata dalla impossibilità di rinvenire – e conseguentemente aggredire – il profitto o il prezzo del reato»²³.

E poi, se la decifrazione del tipo di confisca di volta in volta azionabile viene ricavata dalle mutevoli caratteristiche dell'oggetto empirico dell'ablazione, ad esempio affermando che in relazione a proventi costituiti da beni fungibili (per antonomasia il denaro) la confisca è sempre diretta, come si può pensare di raggiungere un sufficiente grado di certezza e di prevedibilità del diritto nella materia delle moderne sanzioni patrimoniali? La distinzione fra beni di specie e beni di genere è infatti una delle più scivolose dell'intero ordinamento giuridico. Soprattutto, essa è fortemente distonica rispetto al divieto di analogia che notoriamente presidia la materia penale, perché fra le due tipologie di beni non si danno salti discreti, ma al contrario si estendono ampie zone grigie.

5. Riflessioni conclusive.

Le appena svolte considerazioni, se relativizzano la distinzione fra confisca diretta e per equivalente, peraltro non inficiano minimamente la pacifica natura punitiva di quest'ultima, risultato ormai conclamato a tutti i livelli: normativo, dottrinale e giurisprudenziale.

Il fulcro della questione sta piuttosto nel verificare, allora, se possano ritenersi corretti i corollari che l'orientamento favorevole alla confisca "solidale" vorrebbe far discendere da tale assunto di partenza.

Si è detto che chi enfatizza il fondamento unitario, o "monistico", del sistema italiano di compartecipazione al delitto è solito argomentare che, poiché la confisca per equivalente è quanto di più prossimo a una pena, proprio per ciò i correi potrebbero doverla sopportare ciascuno anche per l'intero importo, come per effetto di una responsabilità solidale, e salvi sempre – da un lato – il tetto insuperabile del profitto complessivo, oltre il quale non si può confiscare, e – dall'altro – il regresso interno fra i concorrenti.

Il punto è che la confisca, anche per equivalente, non è propriamente una pena. È una sanzione patrimoniale avente natura e funzione punitiva, ma si differenzia dalle vere e proprie pene in ragione di talune caratteristiche tanto nette, quanto peculiari.

Intanto, non risponde al criterio nominalistico: le pene sono quelle (e soltanto quelle) definite tali dalla legge, in questo caso dal codice penale, agli artt. 17 e seguenti. Del resto, difetta pure del carattere fondamentale della convertibilità in pena detentiva, proprio invece delle multe e delle ammende²⁴.

²³ Sez. 2, Sentenza n. 30729 del 06/07/2006, in CED Cass., Rv. 234849-01, Pres. Rizzo, Rel. Macchia, imp. Carere.

²⁴ Si v. M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 2 e 3.

Quanto alla sostanza, poi, la confisca, a differenza delle vere pene, non focalizza il proprio còmpito repressivo sul disvalore di azione, ma colpisce – piuttosto – il *risultato* dell’infrazione. Non è strumento di espiazione o di emenda. Serve, invece, a neutralizzare un assetto patrimoniale illecito. Per questo motivo, mentre la pena è ovviamente indivisibile, esattamente come la colpevolezza che stigmatizza, la confisca è divisibile. Sottrae i vantaggi illeciti lì dove ci sono. E se non si riesce a dimostrare chi dei correi se ne sia appropriato, deve necessariamente supporli eguali fra essi²⁵.

Si comprende pertanto, a questo punto, che a reclamare un ruolo di primaria importanza, in questa materia, è la questione della proporzionalità della sanzione patrimoniale.

È di per sé intuitivo, infatti, che una confisca che colpisse immotivatamente uno soltanto dei concorrenti, ma per l’intero ammontare illecito, senza la correlativa prova del fatto che sia stato proprio costui ad accaparrarsi tutto il “bottino”, sarebbe *ipso facto* irragionevolmente eccessiva nei suoi confronti, perché lo strumentalizzerebbe unicamente in considerazione della sua capacità patrimoniale (kantianamente: trattandolo come “mezzo”, non certo come “fine”)²⁶.

Viene quindi in rilievo la *Excessive fines clause*²⁷: il divieto di sanzioni patrimoniali eccessive di cui all’Ottavo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America, che va ovviamente riportato al contenuto conferitogli segnatamente a far data dalla sentenza *Bajakajian* (1998)²⁸.

È ovvio invero che, a fronte della totale assenza di prova su chi, fra i correi, abbia effettivamente conseguito il guadagno illecito, sanzionare uno soltanto di essi si rivela soluzione gratuita e intrinsecamente eccessiva, ossia gravemente smodata, cioè in chiara violazione del *gross disproportionality standard*.

Altrettanto non si può dire della fase propedeutica del sequestro finalizzato alla successiva confisca. A chi obietasse che non si può sottrarre con il sequestro più di quanto si possa colpire con la successiva confisca, deve immediatamente replicarsi che tale divieto riguarda l’ammontare *complessivo* del profitto, non certo il vincolo imponibile

²⁵ Così, del resto, ragiona anche il terzo degli orientamenti giurisprudenziali esposti dall’Ordinanza in commento, quello per intendersi riconducibile a Cass., Sez. 6, Sentenza n. 4727 del 20/01/2021, già citata alla nota n. 3, e alle cui argomentazioni si fa rinvio; con la sola precisazione che la quota ideale di ciascheduno dei coindagati può accrescersi agli altri, se taluno dei correi, nel corso del procedimento, benefici ad es. di una causa di estinzione del reato, oppure – evidentemente – sia assolto nel merito.

²⁶ In termini simili, ancorché più “diplomatici”, cfr. la chiara esposizione di T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della ricchezza illecita*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 119.

²⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini, C. E. Paliero, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2013-2155; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, in partic. p. 204, in corrispondenza della nota 311, ove l’A. evidenzia che – a suo avviso – la confisca di profitto (a differenza di quella del prodotto o dello strumento del reato), in quanto per definizione volta esclusivamente a sottrarre al reo proventi *ab origine* illeciti, non potrebbe mai incappare nel vizio di sproporzione, salvo beninteso accertare che ciascun soggetto imputato abbia personalmente tratto profitto dalla commissione del fatto.

²⁸ *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321 (1998).

a *ciascuno* dei correi. Rettamente inteso, esso è perciò perfettamente rispettato anche da un impiego dello strumento cautelare nel senso qui indicato²⁹.

Insomma: se al momento della confisca deve necessariamente operarsi un riparto per quote eguali (sempre, beninteso, *in assenza* della prova che taluno dei concorrenti abbia approfittato del bottino più di altri), al momento del sequestro preventivo è ben possibile e doveroso assicurare il risultato della futura confisca vincolando l'intero, se del caso, anche presso uno soltanto dei concorrenti.

Ciò è la conseguenza non già di una cieca adesione dogmatica al principio solidaristico, bensì di un più sorvegliato studio dei rapporti fra misura cautelare e sanzione definitiva. Se così non fosse, la pretesa sanzionatoria pubblica nascerebbe irrimediabilmente monca fin dall'origine. Lo Stato rinunciarebbe ad accertare la verità: la reale spartizione del maltolto fra i responsabili del misfatto. Mentre appare evidente che, in fase cautelare, occorra assicurare un importo quanto più prossimo all'intero profitto del reato, onde poi riservarsi di verificare, nel corso dell'istruttoria, se esso sia andato a vantaggio di uno soltanto dei correi o anche degli altri, e in quel caso in che misura, traendo elementi di convincimento dalle loro stesse dichiarazioni e da tutti gli elementi indiziari e probatori raccolti.

²⁹ Rimandiamo all'esempio del riciclaggio dei tre anelli formulato *supra*, nel testo.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**