



Unione delle Camere Penali Italiane

Osservatorio Misure Patrimoniali e di Prevenzione

L'Osservatorio Misure patrimoniali e di prevenzione segnala l'Ordinanza emessa in data 14.12.2023 e depositata in data 27.2.2024, n. 8612-24, con la quale la Corte di Cassazione, Sezione V, ha sollevato «*questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, primo e secondo comma. cod. civ., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, in relazione agli articoli 3, 27, primo e terzo comma, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 1 del primo Protocollo addizionale alla Cedu, la cui ratifica è stata autorizzata con l. 4 agosto 1955, n. 848 che ad esso ha dato esecuzione, nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49, par. 3, Cdfue, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000*».

*

La vicenda processuale è sorta dall'attività ispettiva posta in essere dalla Banca d'Italia e dalla Banca Centrale Europea nei confronti di un Istituto di credito, nel corso della quale erano risultate alcune irregolarità. In particolare, era emerso che l'Istituto di credito provvedeva sistematicamente a mettere a disposizione dei soci finanziamenti finalizzati all'acquisto di azioni proprie sia in sede di aumento di capitale sia nell'ambito del mercato secondario. Secondo la stima effettuata nel corso del processo, i finanziamenti erogati dall'istituto di credito ammontavano alla somma complessiva di 963 milioni di euro. Tali condotte, poste in essere dai soggetti apicali dell'istituto, erano state qualificate come agiotaggio manipolativo ed informativo nonché ostacolo alle funzioni di vigilanza, di cui rispettivamente agli artt. 2637 e 2638 c.c.

Il Tribunale di primo grado, ritenuta la responsabilità degli imputati tranne uno, aveva disposto nei confronti dei soggetti condannati la confisca per equivalente per la somma di 963 milioni di euro in applicazione dell' art. 2641, 1 e 2 comma, c.c.

Al riguardo, è noto che nell'ambito dei reati finanziari costituisce *ius receptum* il principio secondo il quale i beni utilizzati per commettere i reati sono costituiti dalle somme di denaro investite nelle operazioni all'origine della commissione delle attività criminose. Per una migliore comprensione della vicenda va altresì precisato che il Tribunale, aderendo ad un orientamento ormai definitivamente disatteso dalle Sezioni Unite 6.10.2023 n. 40797, aveva ritenuto che la sottoposizione dell'istituto di credito a procedura concorsuale e segnatamente a liquidazione coatta amministrativa, determinasse l'impossibilità di dar luogo alla confisca in forma diretta nei confronti dell'istituto di credito per la somma di 963 milioni di euro. Di conseguenza, ed in via sussidiaria, era stata disposta la confisca per equivalente, in solido, nei confronti degli imputati attinti dalla sentenza di condanna.

La Corte d'Appello, accogliendo le ragioni esposte dalla difesa degli imputati, aveva provveduto a revocare la confisca per equivalente nei confronti degli imputati in base alle seguenti considerazioni.

In primis, nella motivazione della pronuncia si era sottolineato che la confisca per equivalente, sulla scorta di un pacifico orientamento, è una misura di natura

Unione Camere Penali Italiane

Via del Banco di S. Spirito, 42 00186 Roma
Tel +39 06 32500588 - segreteria@camerepenali.it – www.camerepenali.it
C.F. 05386821002 - P.I. 08989681005



sanzionatoria con la conseguenza che essa deve essere rispettosa del principio di proporzionalità. Ed è evidente che una confisca dell'entità di 963 milioni di euro, in aggiunta alla pena detentiva, non poteva rappresentare una sanzione proporzionata. Al riguardo si era altresì precisato che, nel caso *de quo*, l'ammontare delle somme di denaro utilizzate dall'istituto di credito per le operazioni non erano riferibili agli imputati, che non ne avevano tratto alcun profitto, ma ad un soggetto terzo.

Quanto alle modalità processuali attraverso le quali è stata revocata la confisca, la Corte d'Appello aveva adottato la via della disapplicazione dell'art. 2641 c.c. *«nel solco della recentissima sentenza della Grande Sezione della Corte GUE 8.3.2022 nel procedimento C-205/20 (e col conforto dei conformi opinamenti di autorevole dottrina che ha avuto modo di sottolineare la portata radicalmente innovativa di tale pronunzia), la diretta disapplicazione della disposizione ex art. 2641 c.c.»*.

Nel proprio ricorso di legittimità, la Procura Generale, lamentando la violazione dell'art. 2641 c.c. da parte della Corte d'Appello, aveva chiesto che la Corte di Cassazione provvedesse ad annullare la revoca della confisca per equivalente.

All'esito dell'udienza del 14.2.2023, la Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, 1 e 2 comma, nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente i beni utilizzati per commettere i reati, nei termini già sopra riportati.

*

L'ordinanza appare meritevole di nota in relazione a due profili di particolare interesse sottesi alla decisione. Il primo di tali profili attiene al problema del rispetto della proporzionalità del trattamento sanzionatorio con riferimento all'applicazione della confisca per equivalente.

Si osserva che, nell'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione ha mostrato di conformarsi ai principi espressi dalla Corte Costituzionale in materia di *market abuse*. Al fine di una migliore comprensione della questione, appare opportuno sottolineare che, in tale ambito, la Corte Costituzionale aveva determinato la natura penale della sanzione facendo riferimento non alla sua classificazione formale bensì agli effetti sostanziali.

In particolare, con le pronunce 68/2017 e 223/2018 la Corte Costituzionale ha sancito la natura sostanzialmente punitiva, ancorché formalmente amministrativa, della confisca per equivalente disposta dall'art. 187-sexies T.U.F. In seguito, con la pronuncia n. 63 del 2019, la Corte Costituzionale ha riconosciuto natura sostanzialmente penale non solo alla confisca amministrativa per equivalente ma anche alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 187-bis T.U.F. E ciò perché tale sanzione, prevista fino a cinque milioni di euro, *«non può essere considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti. Si tratta, infatti, di sanzione dall'elevatissima carica afflittiva, che può giungere, oggi, sino a cinque milioni di euro...e che è comunque sempre destinata nelle intenzioni del legislatore a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto di separata confisca»*.



Sempre nella medesima prospettiva, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies T.U.F., nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della legge 23.12.2021 n. 238, c.d. legge europea, nella parte in cui prevede la confisca, sia diretta sia per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo e non del solo profitto.

Infatti, ha osservato la Corte Costituzionale, *«mentre l'ablazione del profitto ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del prodotto -identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione -così come quella dei beni utilizzati per commettere l'illecito - identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore- hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore».*

In buona sostanza, secondo le riflessioni della Corte Costituzionale, ciò che determina la qualificazione in termini punitivi della misura ablativa non è tanto la natura diretta o per equivalente della confisca quanto il fatto che essa abbia carattere peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale precedente all'illecito.

Seguendo la medesima prospettiva, la Corte di Cassazione ha osservato che *«solo la confisca del profitto del reato ha una funzione ripristinatoria, mentre la confisca del prodotto o dei beni utilizzati per commettere il reato riveste una natura sanzionatorio-punitiva».*

E ancora, l'ordinanza ha sottolineato che si deve tener conto dell'intervento del legislatore che con l'art. 26, comma 1, lett. e) della legge 23.12.2021, n. 238 ha riformulato il primo comma dell'art. 187 nel senso che *«in caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto».* Inoltre, al secondo comma, è stata eliminata la previsione della confisca dei beni strumentali.

In definitiva, secondo la Corte di Cassazione, gli interventi della Corte costituzionale e quello del legislatore si sono ispirati al principio secondo il quale nei casi di reati concernenti gli abusi di mercato, la confisca deve essere limitata al solo profitto in quanto tale ablazione garantisce appieno la funzione ripristinatoria, mentre la confisca del prodotto e dei mezzi utilizzati per commettere il reato è suscettibile di *«assumere carattere sproporzionato».*

Secondo la Corte tali principi, tenuto conto dell'identità di *ratio* applicativa, sono applicabili anche all'art. 2641 c.c. nella parte in cui prevede la confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato. Per le ragioni sopra esposte, tale disposizione, che si cumula alla severa pena detentiva già prevista, dà luogo ad un trattamento sanzionatorio complessivamente sproporzionato per eccesso. Infatti, la confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato, non essendo correlata ad alcun reale vantaggio conseguito dal destinatario della misura, rappresenta una risposta sanzionatoria non conforme ad un criterio di proporzionalità.



Nel caso di specie, l'inesigibilità della somma di 963 milioni di euro per la quale è stata disposta la confisca per equivalente, comporta solo il risultato di realizzare un «*permanente vincolo obbligatorio sul patrimonio dei soggetti condannati*». Ed una pena troppo severa, non può che essere avvertita dal destinatario come ingiusta, finendo così per essere di ostacolo alla rieducazione del condannato.

In conclusione, secondo la Corte di Cassazione, la confisca per equivalente dei beni strumentali prevista dall'art. 2641 c.c. collide con l'art. 27 Cost. in relazione al principio della personalità e della funzione rieducativa della pena. La disposizione normativa appare altresì in contrasto con l'art. 27 anche per il fatto che l'automatismo della confisca per equivalente, che per sua natura si calcola in modo rigido senza poter essere modulata, determina l'applicazione di una "pena fissa".

Inoltre, la confisca per equivalente dei beni strumentali di cui all'art. 2641 c.c. contrasta con gli artt. 3 e 42 Cost. poiché incide in senso limitativo sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito.

Sul piano dei principi della disciplina europea, l'ordinanza ha inoltre sottolineato che la sanzione in esame si pone in contrasto con l'art. 1 Prot. addiz. CEDU e con l'art. 17 CDFUE.

Ne consegue che l'art. 2641 c.c. dà luogo alla sussistenza della c.d. "doppia pregiudizialità" che sussiste quando una disposizione viola sia una norma costituzionale, sia un parametro convenzionale.

L'ordinanza, ed è questo il secondo aspetto significativo, appare interessante in relazione alla scelta del rimedio esperibile a fronte della predetta "doppia pregiudizialità". Due, infatti, sono le possibilità che il Giudice può percorrere per evitare di applicare una norma contraria ai principi costituzionali e convenzionali.

Una è costituita dalla disapplicazione, totale o parziale della norma nazionale che confligge con il diritto dell'Unione, mentre l'altra è la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

Come già anticipato, la Corte d'Appello aveva adottato la soluzione della disapplicazione parziale dell'art. 2641 c.c., in applicazione del principio espresso dalla sentenza della Grande Sezione della Corte GUE 8.3.2022.

Si osserva che la citata sentenza della Grande Sezione ha affermato che il requisito di proporzionalità previsto dalla direttiva 67/2014 è di carattere incondizionato e comporta il divieto, di portata assoluta, di adottare sanzioni sproporzionate. Tale requisito presenta altresì un carattere sufficientemente preciso dal momento che la discrezionalità di ciascuno Stato trova un inequivocabile limite nel divieto di prevedere sanzioni sproporzionate. La sentenza ha precisato, infine, che il principio di proporzionalità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che si impone agli Stati membri anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione. In forza di tali considerazioni, in definitiva, la Grande Sezione ha affermato che il requisito della proporzionalità deve ritenersi dotato di effetto diretto e può essere invocato dall'imputato nella controversia penale che lo riguarda. Interessanti, al riguardo le osservazioni



dell'Avvocato Generale presentate nell'ambito del procedimento: *«il requisito di proporzionalità sancito dall'articolo 20 della direttiva 2014/67 costituisce il fondamento per attenuare e correggere le disposizioni nazionali, attraverso l'effetto diretto del requisito di proporzionalità. In altri termini, il requisito di proporzionalità non è il fondamento dell'imposizione o dell'aggravamento delle sanzioni, bensì il fondamento sul quale le sanzioni legittimamente inflitte sono ridotte al fine di essere rese conformi al diritto dell'Unione».*

La Corte di Cassazione, pur ritenendo astrattamente possibile la scelta processuale della Corte di Appello, ha ritenuto più opportuno, in luogo della disapplicazione dell'art. 2641, c.c., sollecitare l'intervento correttivo della Corte Costituzionale.

In tal senso, l'ordinanza ha richiamato la sentenza n. 269 del 2017 con la quale la Corte Costituzionale aveva precisato che *«di fronte a casi di doppia pregiudizialità -vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione- la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'unione non osta al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali».* In buona sostanza, in tale pronuncia si era precisato che pur sussistendo i presupposti per la disapplicazione di una norma alla luce del diritto europeo, ciò non impedisce che il Giudice nazionale possa sollevare questione di legittimità costituzionale. Anche nella pronuncia n. 149/2022 la Corte Costituzionale ha ribadito che *«secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana».* In pratica, in presenza di una ipotesi di doppia pregiudizialità, il Giudice nazionale non è tenuto a percorrere la via della disapplicazione della norma interna ma è libero di sollevare questione di legittimità costituzionale anche in ragione del fatto che il ricorso alla Corte costituzionale appare preferibile considerato che la correzione della norma, avendo efficacia *erga omnes*, ha un effetto di stabilizzazione dell'ordinamento.

*

In attesa che la Corte costituzionale si esprima sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, si osserva che l'ordinanza rappresenta in ogni caso una pronuncia di particolare rilevanza.

In primo luogo, perché ribadisce la necessità che il complessivo trattamento sanzionatorio, nell'ambito del quale va valutata anche la componente afflittiva della confisca per equivalente, appaia proporzionato ed adeguato al fatto considerato nelle sue componenti oggettive e soggettive.

Ed inoltre perché, in linea con la pronuncia n. 269/2017 della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha affermato che, pur essendo percorribili entrambi i rimedi, le



esigenze di certezza del diritto inducono a privilegiare la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale rispetto a quella di disapplicare la norma nazionale.

L'Osservatorio misure patrimoniali e di prevenzione
(a cura di Lorena Puccetti)