

Sez. III, 11 marzo 2010, Pres. Di Maio, Rel. Teresi, P.M. Passacantando (concl. conf.); Ric. Rossi.

(1) Nella medesima ottica v. Cass., sez. III, 13 novembre 2003, ric. Pacca e altro, in CED Cass., n. 227.495, secondo cui il delitto di violenza sessuale di gruppo, previsto dall'art. 609 octies Cod. pen., costituisce una fattispecie autonoma di reato, a carattere necessariamente plurisoggettivo proprio, e richiede per la sua integrazione, oltre all'accordo delle volontà dei compartecipi al delitto, anche la simultanea effettiva presenza di costoro nel luogo e nel momento di consumazione dell'illecito, in un rapporto causale inequivocabile, senza che, peraltro, ciò comporti anche la necessità che ciascun compartecipe ponga in essere un'attività tipica di violenza sessuale, né che realizzi l'intera fattispecie nel concorso contestuale dell'altro o degli altri correi, potendo il singolo realizzare soltanto una frazione del fatto tipico ed essendo sufficiente che la violenza o la minaccia provenga anche da uno solo degli agenti; sez. III 5 aprile 2000, ric. Giannuzzi, in questa Rivista 2001, 257, con motivazione e nota redazionale, secondo cui, ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale di gruppo, previsto dall'art. 609 octies Cod. pen., è necessario che più persone riunite partecipino alla commissione del fatto; non è tuttavia richiesto che tutti i componenti del gruppo compiano atti di violenza sessuale, essendo sufficiente che dal compartecipe sia comunque fornito un contributo causale alla commissione del reato, né è necessario che i componenti del gruppo assistano al compimento degli atti di violenza sessuale, essendo sufficiente la loro presenza nel luogo e nel momento in cui detti atti vengono compiuti, anche da uno solo dei compartecipi, atteso che la determinazione di quest'ultimo viene rafforzata dalla consapevolezza della presenza del gruppo.

DIBATTITI

La confisca per l'equivalente del profitto da peculato: fuori di misura la pronuncia delle Sezioni unite (*)

1. - Le Sezioni unite della Cassazione, il 29 giugno 2009 – come viene riportato nel *Compendio* della relativa giurisprudenza (a c. Massimario, p. 49, 3.2 - a: *Peculato e mancanza di danno patrimoniale per la pubblica amministrazione* [sic]) (1) – hanno deciso che “il sequestro funzionale alla confisca per equivalente [...] può esser disposto - in base al testuale tenore della norma dell'art. 322-ter (c.1 u.p) c.p. - soltanto quanto al prezzo del delitto di peculato, non invece in relazione al profitto che deriva da questo reato”.

L'«esposizione ragionata nel contesto dell'analisi della decisione» (che si trova nel citato *Compendio*) – secondo cui “la Corte, con la riportata pronuncia, ha inteso ribadire la costante giurisprudenza di legittimità: per la quale nel peculato [...] la lesione del bene giuridico si verifica con l'appropriazione: prima cioè della scadenza del termine per l'eventuale rendiconto; cosicché non per la volontà di restituire, e nemmeno per la effettiva restituzione del tantundem potrebbe ritenersi cancellata l'offesa all'interesse protetto, che concerne la integrità patrimoniale della pubblica amministrazione” (p. 49) – ha inteso – in realtà – segnalare la ragion pura del contrasto netto, inoppugnabile tra la “riportata pronuncia” e l'ubi consistam sicuro (l'oggetto della tutela nel peculato) per la determinazione che sarebbe stata – invece – da adottare. Un

(*) La sentenza è pubblicata per esteso in questa Rivista, 2010, II, 200.

(1) Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso (riv. 244.189), in Corte di Cassazione – Massimario, *La giurisprudenza delle Sezioni unite penali*, 2009, suppl. al vol. L, di Cassazione penale, 04, aprile 2010, 49 ss.

modo forse, chi sa, ...per ricordare qui l'avvio della teoria della simulazione – “plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur” – o piuttosto i principi di buona fede e di affidamento nel diritto; o persino “la cifra di inautenticità esistenziale che pone - con la figura del doppio - uno stile; il quale finisce poi per inquinare l'essere stesso, [...] oltre che l'umano operare” (2).

Quando – in vero – (come necessario: per via di una *recta ratio*; e specie in relazione al caso esaminato), le Sezioni unite – effettivamente – avessero ritenuto di far fulcro sulla oggettività giuridica del peculato, il momento di avvio sarebbe stato diametralmente opposto a quello indicato nella sentenza. *Peculatus – furtum pecuniae publicae – est a pecunia (ab)lata*: avrebbero ricordato – subito – aver appreso dalle fonti del diritto romano; e poi, certo, non sarebbe loro sfuggito che il profitto costituisce il *prius* (intenzionale), e il *posterius* (l'evento tentato, o realizzato) della appropriazione – del denaro o di altri beni mobili appartenenti alla p.a. o ad altri – realizzata da una persona ‘intranea’ alla p.a. E dalla constatazione sarebbe scaturita la necessaria inclusione dell'immanente ‘profitto’ – e non del solo (del tutto eventuale) prezzo dell'indicato reato – tra gli oggetti del sequestro preventivo obbligatorio (ex art. 321.2-bis c.p.p) per equivalente, finalizzato alla confisca. È appena da ribadire infatti che è la *interservio possessionis* – nella quale (al pari che nel reato dell'art. 646 c.p.) è fissato il momento consumativo del reato – a consentire, a chi si è comportato *uti dominus*, di trarre dall'oggetto materiale del peculato il profitto, costitutivo del resto dello stesso ‘motivo di spinta’ al compimento dell'illecito.

Sul piano politico criminale, poi (e nel contesto della intera norma [art. 322-ter c.p.], non a caso scaturita dal Trattato di Unione Europea), l'interpretazione limitativa: al solo prezzo del reato – pur voluta modulare, nella sentenza, su cadenze di stretta legalità (*quoad effecta delicti*) – si segnala invece come del tutto disfunzionale all'intento della Comunità nazionale [in sintonia con la sovranazionale]: di contrasto alla ‘criminalità economica’ (basti pensare al caso della usura, la cui rinnovata norma dell'art. 644 c.6 c.p. ha introdotto “la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di denaro, beni o utilità [...] per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari”) e, in specie, all'affarismo nella gestione (pubblica o privata) di pubbliche risorse (*ut ex artt. 316-bis, 316-ter, e 640-bis c.p.*).

Sorprende così, davvero – dopo che R.Alexy (muovendo dalla “pragmatica universale” di Jurgen Habermas, e sul filo della “nuova retorica” di Chaim Perelman) ha assegnato alla argomentazione giuridica le cadenze della ragion pratica (3), ancorata d'altronde all'idea dello ‘Stato costituzionale’ (4) – che, in un caso di misura preventiva reale (sequestro per equivalente) a garanzia sì dell'imparzialità, ma soprattutto della efficienza della p.a. (art. 97 Cost), le Sezioni unite della Cassazione abbiano emesso una pronuncia che si è segnalata anche per l'inadempimento dell'obbligo di conformare le proprie pronunce alle ‘decisioni quadro’ dell'Unione europea (5). Con una netta *Inversionsmethode* del resto (*ut postea*); e con l'asserto che “certo, non è dato sussumere (in vista del

(2) Cfr. G. Deleuze, *Différence et répétition*, Paris, 2003¹¹, 73 ss.

(3) Cfr. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1991², *passim*.

(4) Cfr. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, 1998², *pas*; G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 117 ss.

(5) “Tuttavia – si legge nel *Compendio di giurisprudenza*, cit., 31 – le S.U. hanno enunciato questo principio:

«L'obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale in conformità al contenuto delle decisioni quadro adottate nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea non può legittimare l'integrazione della norma penale interna quando questa operazione si dovesse tradurre in una interpretazione *in malam partem*». E, in applicazione di tale principio la Corte ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea, 2005/212/GAI, del 24 febbraio 2005, possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalenza di cui all'art. 322-ter c.1 c.p. anche al profitto”.

rispetto dell'obbligo di conformarsi al diritto dell'Unione europea) la 'nozione' di *profitto* in quella di *provento*, al quale fa riferimento la normativa comunitaria" (p. 31).

2. - *L'itinerarium longiusque operosum* della pronuncia cui si fa riferimento - tutt'altro che (*prout mens an crediderit*) addivenire nel *decisum* a una trasposizione verbale del dato normativo - ha costituito invece il portato di una erronea percezione del medesimo. Di cui invero sarebbe stato necessario saggiare la resistenza: attraverso l'analisi di ogni momento del contesto giuridico della *confisca per equivalente* in relazione ai delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. (ex art. 322-ter cit. introdotto dall'art. 3 L. 29 settembre 2000, n. 300). E questo, ancor più dopo che l'art. 6 L. 27 marzo 2001 n. 97 - con la norma di chiusura dell'art. 335-bis c.p. - ha disposto «comunque la confisca, anche per le altre ipotesi di cui all'art. 240, c.1 c.p. [quindi "delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato"], nei casi di condanna per reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione» (6). Una norma, questa, che - nel confermare la *confisca per equivalente* (senza limitazioni quanto al *profitto* e al *prezzo* del reato) applicabile in relazione "ai delitti": quindi a tutti i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. - ha anticipato di appena due mesi la disposizione dell'art. 19.2 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 (sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società, e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) (7) per la quale, "quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la medesima può avere a oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo e al profitto del reato". Ed è poi appena da constatare qui come "due certamente sono le novità che caratterizzano questo tipo di confisca: la *obbligatorietà* di tale misura 'punitiva'; e la *indipendenza* della medesima dal reato commesso" (8). Allo stesso modo come non è inutile osservare qui che non certo a caso la dottrina si è posta il quesito circa la possibilità di assoggettare a confisca per equivalente *persino* le utilità immateriali ma economicamente valutabili quali, ad esempio, i miglioramenti delle posizioni di mercato (9).

La *confisca per equivalente* - nell'ottica di un *novus ordo* del sistema sanzionatorio, e delle "pene patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine" (10) - avrebbe richiesto dunque una puntuale riflessione sui diversi modelli di confisca elaborati dal legislatore, specie allo scopo di contrastare l'infiltrazione criminale nell'economia lecita (11). Così come la *quaestio hic sub iudice* - per una soluzione rigo-

rosa - avrebbe imposto la *mens obversa ad unitatem iuris*. Fu infatti la finezza di Helmut Coing (12) a segnalare all'interprete del diritto che "il primo canone dell'ermeneutica giuridica è la prospettiva, *complessiva e unitaria*, dell'ordinamento nel quale è inserita la questione da risolvere". E proprio per questo ricordò, l'insigne Studioso, come "fosse stata la *concezione arcaica* della efficacia della parola - «*Am Anfang war das Wort*» - a costituire la ragione della originaria interpretazione letterale; [...] e come, invece, "fu nel Digesto (13) a doversi leggere che «*Nisi tota lege perspecta, [...] incivile est una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*»". E dalla nitidezza della riportata sequenza lo stesso Coing - con ricorso al sapere ermeneutico di Schleiermacher e di Schlegel (14) - concluse che, "come in ogni campo del conoscere, l'*universale* pone e illumina il *particolare*, così anche nella interpretazione del diritto l'*unità del testo* - con l'*uniformità* nella applicazione della legge - finisce per garantire d'altro lato l'eguale trattamento delle persone" (15).

L'interpretazione giuridica - che è scienza dello spirito: al pari dell'ermeneutica, dalla quale sempre deve lasciarsi illuminare - non può mai venir meno al servizio del diritto. E per garantire così *libertà ed uguaglianza*, non deve mai perdere di vista l'*unità dell'ordinamento*. Che è garantita sì dalla eliminazione di ogni contraddizione, ma anche dall'impedire che l'applicazione della legge consti di semplici operazioni logico-formali. L'interpretazione invero è sempre *teleologica*: deve risultare cioè realmente rispondente alle esigenze della Persona e della Comunità: "l'uomo come *fenomeno*, ha ricordato infatti Schleiermacher, si può capire solo riportandolo all'idea di uomo come *noumeno*" (16).

3. - Il nodo della essenziale questione rinviata dalla Sezione assegnataria alle Sezioni unite (come messa a fuoco nel citato *Compendio*, p. 104) si sarebbe potuto sciogliere con l'occhio ben attento alla *ratio atque sollertia* "rivelatesi determinanti nella istituzione (17) della *confisca per equivalente*" (18); e in modo particolare col riferimento di questa nuova specie di una *antica sanzione all'oggetto specifico della tutela* nel delitto di peculato (19). E invece - come a voler seguire la *Dialectica*, di Abelardo (20), per cui "*nomina sunt res*" - è stato spostato l'asse interpretativo, in vista di una soluzione, sulle "nozioni" di *prezzo* e di *profitto* (21) (per una volta anche di *provento* (22)); e così: *neanche* sul desuetto schema della *Begriffsjurisprudenz* bensì, addirittura, sul filo di un puro *nominalismo formalistico* (23).

(12) Cfr. *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln u. Opladen, 1959, 21 ss.

(13) D 1.3.24

(14) Cfr. dei due AA. citati dallo stesso Coing, *Monologhi*, Berlino, 1800, pas.

(15) Il riferimento è agli *Studi sull'ermeneutica*, di F.D.E. Schleiermacher (Berlino, 1811), secondo il quale "tra l'ermeneutica e l'interpretazione vi sono punti di contatto: tali e tanti, da doversi riconoscere che tra le due scienze non possa non esserci unità". *Amplius* in G. Vattimo, *Schleiermacher filosofo dell'interpretazione*, Milano, 1968, 33 ss.

(16) Cfr. *op. ult. cit.*, 29 ss.

(17) Cicerone, *De legibus*, I, 6.

(18) Così nello stesso commento alla sentenza (in *La giurisprudenza*, cit., 104, nt. 247) ove, a conferma, è richiamato quanto si legge nella pronuncia delle stesse Sez. un. 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci; riv. 232164, in cui "l'incoerenza" - che sarebbe da constatare nel dato normativo, quando dovesse considerarsi rispondente a realtà la lettura da cui è scaturita la pronuncia che si commenta - verrebbe a configurare una "indubbia stonatura" nel quadro della *disciplina generale* della 'confisca per equivalente'. "Ma - si legge nella sentenza (p. 9) - alla apposizione normativa del limite non può avviarsi con una interpretazione sostanzialmente correttiva, essendo invece necessario l'intervento del legislatore".

(19) O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*.

(20) G. Ballanti, *Pietro Abelardo: la rinascita scolastica del XII secolo*, Firenze, 1995, 24 ss. e pas.

(21) Cfr. sentenza, p. 5 ss.

(22) Cfr. sentenza, p. 9.

(23) C. Panaccio, *La question du nominalisme*, in A. Jacob (a.c.), *L'Univers philosophique*, 1997, 566 s.

(6) M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 183 ss.

(7) L'art. 19 d.lgs. 231/2001; è stato osservato (F. Antosilei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari* [a.c. C.F. Grosso], I, Milano, 2007, 898), coerentemente con gli interventi legislativi degli ultimi tempi, ha in modo completo affrancato la confisca della natura di misura di sicurezza cui l'aveva relegata il codice Rocco, conferendogli *inequivocabilmente* carattere punitivo".

(8) C. Pioggiani, *L'apparato sanzionatorio. Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, 217 ss. E già L. Fornari (*Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, Padova, 1997, 27; 64; 112) aveva rilevato come "la confisca consenta di superare gli ostacoli collegati alla difficoltà di individuare il bene in cui si incorpora il profitto e, in più, di realizzare l'intervento ablativo anche quando non sia possibile l'apprensione del prezzo o del profitto del reato perché la natura del vantaggio acquisito è tale da non riflettersi visibilmente sulla situazione patrimoniale dell'ente, oppure perché i beni illecitamente conseguiti non fanno più parte del suo patrimonio" (p. 112).

(9) L. Fornari, *L'assoggettabilità a confisca per equivalente dei vantaggi immateriali*, in *Riv.dir.pen. economia*, 2005, 90 ss.

(10) A.M. Maugeri (a.c.), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, *passim*.

(11) A.M. Maugeri, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in AA.VV. *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta al crimine*, cit. 3 ss.; G. Grassi *Profilo problematico delle nuove forme di confisca*, *ibid.* 129 ss.; sign. 133 ss. R. Alfonso, *La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma*, *ibid.*, 233 ss.

Quanto lontana – così – l'idea feconda, di Jurgen Habermas, per cui l'interpretazione è “il punto di fuga prospettico dal quale analizzare il sistema [del diritto] secondo verità, veridicità, e giustizia” (24)! Mentre invece, qui: ... quale “concretizzazione della ragion pratica della legge” (25), come “percezione dei valori fondamentali del vivere e operare insieme per la realizzazione dell'impegno Costituzionale”: ... di fronte a una prospettiva vetero-formalistica del *sensus ut idem*, e la considerazione del puro e semplice *verbum iuris*?

“L'idea del diritto come di un insieme di nozioni standard che si possono individuare, e persino contare – ha osservato R. Dworkin – si deve dire nulla di più che una finzione scolastica, [...] che non può certo vedersi inserita fra le condizioni di verità del Diritto” (26). E pensare, ha aggiunto il fine giurista, che “Oliver Wendell Holmes, il santo patrono del pragmatismo giuridico americano, ha tenuto a dire che la vita del diritto non risiede di sicuro nella logica ma nell'esperienza; e che è necessario, sempre, tener d'occhio le conseguenze dell'operare: e in relazione sia all'aver fatto, che al decidere di qualcosa” (27).

Quando dunque – in una avvertita ottica cognitivo-valutativa di tutti i differenti profili storico-giuridici della confisca, le Sezioni unite avessero prestato la dovuta attenzione alla problematica che attualmente – in Italia e all'estero (specie in Germania), nelle se di scientifiche e giudiziarie; in relazione alla rilevanza: di *pena patrimoniale*, di *misura di sicurezza*, o di *prevenzione* – continua a destare questa proteiforme espropriazione per pubblica utilità (28) –, forse sarebbe apparsa loro inadeguata l'analisi marginale (e non certo di *topica giuridica* (29)) per la soluzione di un problema che ha impegnato rilevanti energie scientifiche qualificate (30): al fine di scoprire le funzioni sicuramente assegnate a una sanzione, i cui volti – che si vedranno troppe volte essere indefiniti – difficilmente consentirebbero gli esiti sicuri che la *certezza del diritto* ritiene invece di dover esigere.

Ove, allora, le Sezioni unite avessero privilegiato la funzione che, nel connotare, unifica nel nome le tante ipotesi di *confisca penale per equivalente* (31); e nel caso portato al loro esame avessero ponderato le ragioni (per l'opposta soluzione) indicate dal giudice *a quo*: sulla base della ben più ampia giurisprudenza che si è formata in relazione alla norma dell'art. 640-quater (nella quale peraltro non a caso risulta espresso il richiamo all'art. 322-ter) c.p., con ogni probabilità avrebbero ribaltato la determinazione adottata. Nella quale invece – con una *percezione debole del forte* – e nuovo – dato normativo rilevante – esse hanno attribuito un valore *pretestuoso* alla (rimasta ...intatta, ex art. 1 c.p.) legalità a garanzia della persona; lasciandosi – invece – sfuggire la novità, cioè la peculiare rilevanza della *sanzione patrimoniale* (artt. 322-ter, 335-bis, 640-quater c.p.) posta a tutela dell'economia legale: per evitare che l'economia criminale, con l'assumere un ruolo politico o di gestione, potesse spingersi a controllare il mercato, o suoi settori; o anche a condizionare l'efficienza

za (32) della azione amministrativa dello Stato (ex art. 97 Cost).

Lo Stato ha colto quanto gravi sono i pericoli che l'economia criminale suscita nella vita politica e sociale, e per questo ha inteso colpire il potere economico-contrattuale.

Se, infine – attesa l'esigenza della confisca per l'equivalente del *profitto* nel caso del peculato: nella cui fattispecie l'indicato momento non può far difetto, dato che altrimenti sarebbe configurabile una differente ipotesi di reato (ad es, l'abuso d'ufficio) – le Sezioni unite si fossero sintonizzate sulle frequenze del *ragionevole dubbio* captate dalla Sezione rimettente: nel cui seno venne registrato il contrasto, e dalla quale furono pronunciate le sei sentenze (non massimate (33)) nel senso ora fatto proprio dalle stesse Sezioni unite; e d'altronde non fosse loro sfuggito che la pronuncia – sì, l'unica; e però *ben motivata* dalla stessa Sez. VI in senso contrario (e massimata (34)) –, non si sarebbe certo potuta dire, questa, (come è accaduto) il portato di una *mera* “interpretazione estensiva” (35) (non fosse stato che per la necessaria – e invece mancata – indicazione della *res extensa*, e della *ratio fines extendendi*); e forse si sarebbero indotte allora, le Sezioni unite, a riporre l'esibito “incunabolo di nozioni”, e a riflettere – per il momento che si vive, e per le urgenze che incombono – sul certo necessario passaggio dianoetico “dalla struttura alla funzione” (36). E per dimostrare del resto, proprio in questo modo, di aver colto l'impegno del legislatore italiano, a intervenire – in modo efficace, subito – col sequestro preventivo; e a colpire più tardi, con la confisca, le *tante illecite e talvolta criptiche, capillari locupletazioni* (37). E questo: in linea anche con quanto già disposto dal legislatore sovranazionale europeo (38); e con la più avvertita esigenza di apprestare quanto prima possibile ulteriori, e non residuali misure tempestive ed efficaci (39).

L'art. 640-quater (la cui rubrica: “applicabilità dell'art. 322-ter” esprime il “senso” della norma) è quanto mai significativo che abbia esteso la sanzione della *confisca* al *profitto* specificamente derivante dalla truffa: a danno dello Stato e di ogni altro ente pubblico (art. 640 cpv.n.1); ovvero per il *conseguimento di erogazioni pubbliche* (art. 640-bis); o, ancora, che si associa alla frode informatica commessa con *abuso della qualità di operatore del sistema* (art. 640-ter). È appena il caso di ricordare che questi reati intaccano le pubbliche risorse, e che perciò lo Stato deve apprestare la sanzione della confisca, e quindi del sequestro preventivo del profitto o del prezzo del reato, *ut ex art. 322-bis c.p.*

Chi allora, con Proust (“*poésie de la memoire, ... dans une arriere-pensée*” (40)), nello stesso incipit della pronuncia che si critica (per il rilevato difetto di una solida struttura ermeneutica) dovesse intravedervi una smagliatura ontologi-

(32) Ha ricordato Dworkin (*La giustizia*, cit.) che “la teoria della legalità, per Jeremy Bentham, poggiava non sull'accuratezza (quale garanzia della libertà della persona), ma sull'efficienza. La morale politica, egli infatti pensava, sta nel bene più grande (l'efficienza), per il maggior numero”.

(33) Cfr. *Compendio*, cit., 103, nt. 242.

(34) 27 gennaio 2005 n. 11902, Baldas, riv. 231.234.

(35) Cfr. *Sentenza*, p. 7.

(36) È questo, *Dalla struttura alla funzione*, il significativo titolo del saggio (Milano, 1977) di N. Bobbio; per mostrare sì l'avvicinamento dell'A: a una visione funzionalistica del diritto, ma soprattutto per segnalare il doveroso accostamento della teoria del diritto alle trasformazioni della società contemporanea.

(37) R. Alfonso, *op. e loc. cit.*, 234 ss.

(38) A.M. Maugeri, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, cit., loc. cit., pas.; P. Wilson, *Criminal and civil forfeiture in the United Kingdom*, in AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali*, cit., loc. cit., 451 ss.

R. Alfonso, *op. e loc. cit.*, 278 ss; L. Salazar, *L'applicazione del principio del reciproco riconoscimento nel settore della confisca e del congelamento dei patrimoni criminali*, in AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali*, cit., loc. cit., 539 ss.

(39) G. Fiandaca, *Il progetto per la riforma delle sanzioni patrimoniali, della Commissione Fiandaca*, in AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali*, cit., loc. cit., 557 ss.

(40) M. Proust, *Le Temps retrouvé*, Paris, 197 s.

(24) Cfr. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.m., 1981, 103 ss; e già, ID, *Ermeneutica e critica dell'ideologia*, t.i., Brescia, 1979, 62 ss; e poi, ancora ID, *Fatti e norme*, t.i., Milano, 1996, 28 e pas.

(25) Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Saggio di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2003, 28 e passim.

(26) Cfr. *La giustizia in toga*, t.i., Roma-Bari, 2010, 6; 243 ss; *I diritti presi sul serio*, t.i., Bologna, 1982, 76 ss.

(27) Ancora, *La giustizia in toga*, cit., 148.

(28) Su tutto questo, V. Scordamaglia, *Il diritto penale del nemico, e le misure di prevenzione in Italia: a sessant'anni dalla Costituzione*, in *Giust. pen.*, 2008, II, sign. 230-237, e AA. ivi cit.

(29) Su cui, Th. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, t.i., Milano, 1962, 28 e ss. da cui prese poi le mosse Chaim Perelman per l'odierna teoria dell'argomentazione giuridica.

(30) Per tutti, Fiandaca, *Il progetto per la riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., loc. cit., sign., 559 ove è stato richiamato l'impegno di studiosi, come Hassemer e Lüdersen, per misure punitive (da diritto penale moderato o post-moderno), quali possibili espressioni del *Sanktionsrecht* o dell'*Interventionsrecht*.

(31) R. Alfonso, *La confisca penale*, cit., *op. e loc. cit.*, 236-242.

ca (41), ne dovrebbe poi restare senz'altro dissuasivo dalla identità di struttura e di funzione della sanzione indicata. E chi peraltro intendesse indulgere all'illusione di potersi scoprire un qualche indice di *ontologismo* heideggeriano (42) (per veder magari conferita alle 'nozioni' la "significatività del particolare contenuto connotativo dell'essere" (43)) sarebbe ben presto richiamato a un più severo controllo di *effettività*. Il quale è in definitiva proprio quello qui mancato: per il netto operare di un dogmatismo – povero e senza ragione – si può dire ... *après lettre!*

4. - Una interpretazione rigorosa di "tutto quanto, intero, il dato normativo disponibile" in relazione alla *confisca per equivalente*; e anche degli apporti scientifici più recenti e significativi: in riferimento a ciascuno dei suoi momenti e profili di rilevanza, avrebbe consentito di constatare come tale sanzione – creata chiaramente allo scopo di *disincentivare* dalle proprie gesta scellerate la *criminalità economica*, specie la organizzata (44), e a *incamerarne* (dopo il sequestro) il *profitto* conseguito dalla attività delittuosa compiuta (il più delle volte con l'acquisizione di *patrimoni giganteschi*, sistemati dove e quanto economicamente più vantaggioso possibile (45)) – ha inteso rappresentare oggi (insieme con la pena restrittiva della libertà personale) il deterrente più energico, pronto ed efficace, che la comunità potesse apprestare a garanzia non soltanto del patrimonio individuale, ma anche degli interessi istituzionali, e in genere sociali: mediante norme penali in grado di assicurare una protezione improntata alla *effettività*, quindi anche alla *immediatezza* (come ha disposto d'altro lato, e in modo specifico il Protocollo comunitario, del 19.6.1997) "mediante il sequestro di beni equivalenti ai proventi del reato" (46).

La *confisca per equivalente* sarebbe stata da confrontare del resto con i vari modelli di *confisca allargata*: data anche la mimetizzazione e finanziarizzazione della ricchezza.

D'altra parte, aldilà della specifica funzione che nel tempo le si è voluta assegnare in sede penale (*pena*, o *misura di sicurezza*, o *misura di prevenzione*) (47) o amministrativa (48), la confisca ha tuttavia conservato (secondo la *natura delle cose* (49)) il *connotato unitario* di *pena patrimoniale* che altrove, e soprattutto in Germania, ha costantemente contrassegnato la peculiare *Vermögensstrafe* (50). La quale – per via della sua

indeterminatezza ed elasticità ("in netto contrasto col principio di *colpevolezza*: a garanzia dello *Stato di diritto*, il quale esige che la *pena sia adeguata*, cioè *proporzionata al fatto*; e *comunque giusta*) – fu dichiarata costituzionalmente illegittima (51). Da una Corte (52) che venne anche riccheggiando quanto già era stato espresso dal corrispondente Giudice italiano (53): sull'abbrivo di quel che in modo perspicace fu segnalato dalla dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione (54).

D'altro lato, la lunga ininterrotta esperienza storica, specie dal sec. XVI in poi in ogni parte d'Europa, ha dimostrato la confisca (ablativa dell'intero patrimonio del reo) la sola pena in grado di contrastare nel modo più efficace specialmente i delitti contro il patrimonio, pubblico o privato, commessi magari anche mediante violenza o frode (55).

Una realtà, questa, che dimostra come ora la *confisca* si sia voluta finalmente far uscire dall'*ibrido* della funzione che per circa ottant'anni le si è voluta assegnare (56): per restituire il volto – di pena – che le è connaturale, e che essa deve presentare anche agli effetti sovra- o inter- nazionali (57). Senza che possa esser mai consentito l'*indistinto*, neanche in sede di interpretazione: come accaduto nella pronuncia fin qui esaminata (58).

La critica a tale sentenza è scaturita, in realtà, specialmente dall'aver dovuto constatare la mancata percezione della attuale ragion pratica della *pena patrimoniale* – come istituita nel quadro della tutela dei valori che è nella legge fondamentale; specie nella forma efficace, pronta e incisiva. della *confisca per equivalente* – contro una '*criminalità economica*' dura e incessante: a protezione dei diversi interessi danneggiati o messi in pericolo: oltre che la quiete personale e sociale e, ovvio: l'economia pubblica e privata; gli stessi assetti, e la funzionalità delle istituzioni politiche, economiche, e sociali: che la *auto-* ed *etero-corruzione* continuano a erodere e corrodere, come accaduto per lustri in epoca recente: col porre così a serio rischio la stessa repubblica democratica (59).

obbligatoria del profitto, in AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali* (a c. D. Fondaroli), Padova, 2008, 139 ss.

(51) Cfr. *Bundesverfassungsgericht* (Pres. Limbach, Rel. Hassemer) 20. märz 2002 - BvR 794/95 - in *Wistra*, 2002, 175 ss. *Amplius*, in Fondaroli, *op. ult. cit.*, 139 ss.

(52) La motivazione della cui sentenza si segnala per la limpidezza delle osservazioni e, soprattutto, perchè le ragioni del riconosciuto contrasto della *disciplina attuale* della pena patrimoniale con la legge di base non riguardano certo la necessità - politica - della inclusione di tale pena nel novero delle pene principali.

"Il § 1 della legge 15 luglio 1992, relativa [...] alla criminalità organizzata - ha scritto il relatore W. Hassemer - ha introdotto nella parte generale del codice penale, al § 43°, una disciplina della pena patrimoniale [...] in relazione ai reati contro la libertà sessuale; di furto e appropriazione indebita, [...] di peculato, malversazione e abuso di ufficio, e [...] di altri reati previsti da leggi complementari".

(53) Corte cost., 2-14 aprile 1980, n. 50, in *Cass. pen., mass. ann.*, 1980, 969 ss.

(54) Cfr. C. Esposito, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova, 1954, 87 ss; 100 s.

(55) C. Civali, *Confisca* (Diritto penale), in *D.I.*, Torino, 1893, 900 ss; C. Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in E. Pessina, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905.

(56) In tal senso, *Cass. Sez. un. pen.*, 10 luglio-15 ottobre 2008, 38834, *www.cortedicassazione.it*, che ha rilevato come "sono state introdotte nell'ordinamento ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato, le quali hanno posto in crisi le costruzioni dogmatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il *nomen iuris*, di un istituto unitario: superando così i ristretti confini della norma generale dell'art. 240 c.p."

57 A.M. Maugeri, *I modelli di sanzione patrimoniale*, *ci., loc. cit.*, 5 ss, ha rilevato come "la cooperazione internazionale è indispensabile ai fini di una lotta efficace contro l'infiltrazione criminale nell'economia".

(58) Cfr. Sentenza (in ext) p. 7 ss.

(59) Non deve sfuggire che l'art. 6 c.3 L. 27 marzo 2001 n. 97 ha

(41) A.C. Varzi, *Ontologia*, Roma-Bari, 2005, *passim*. Nella sentenza - vds. p. 7 sub 3.1.

(42) M. Heidegger, *Identität und Differenz*, Pfullingen, 1957, 23; 38 ss.

(43) C. Panaccio, *La question du nominalisme*, *cit. loc. cit.*, 569 ss.

(44) F. Bricola, *Premessa al Commento alla legge 13 settembre 1982*, n. 646, in *L.P.*, 1983, 237; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *pas*; P. Alldridge, *Smuggling. Confiscation and Forfeiture*, in *The Modern Law Review*, v. 65; n. 5; sept. 2002; 789 ss.

(45) H. Hess, S. Scheerer, *Was ist Kriminalität? Skizze einer konstruktivistischen Kriminalitätstheorie*, in *Krimf*, 1997, 2; 83 ss; G. Fornasari, *L'introduzione della pena patrimoniale nell'ordinamento penale tedesco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 163 ss; L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 18 ss; 47 ss.

(46) A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2107 ss; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione di beni e interdizione di fatto*, Milano, 2007, *pas*; H.G. Nilson, *Commento alla Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio: il sequestro e la confisca dei proventi del reato*, in A. De Guttry, F. Pagani (a.c.), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi del reato*, Padova, 1995, 13 ss.

(47) A. Alessandri, *Confisca* (nel diritto penale), in *D.d.p.*, III, Torino, 1989, 42 ss; ID., *La confisca*, in A. Alessandri (a.c.), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 201 ss; M. Massa, *Confisca*, in *EdD*, VIII, Milano, 1961, 980 ss; G. Vassalli, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, Padova, 1951, *pas*; C. Wells, *Corporate criminal responsibility*, Oxford, 2001, 37 ss.

(48) C.M. Iaccarino, *La confisca*, Bari, 1985, *pas*.

(49) Cfr. Arth. Kaufmann, *Analogia e natura delle cose*, *ti.*, Milano, 2004, *pas*.

(50) Sulla quale, D. Fondaroli, *Splendori e miserie della confisca*

Tanto meno è stato dato cogliere, nella criticata pronuncia, il motivo del pressoché nessuno spazio ermeneutico riservato a un momento di sicuro fondamentale: il ruolo del *profitto* nella stessa struttura del peculato (60). Il quale è reato contro il patrimonio della p.a.: connotato dal *profitto* (61): realizzato, o agognato dall'autore dell'illecito. "Si riconduce infatti, come rilevato con attenzione (62), al *genus* dei reati contro il patrimonio".

Nella delicata questione (non a caso devoluta al più elevato grado di giurisdizione), invece, la Cassazione si è limitata all'analisi letterale dei termini 'profitto' e 'prezzo': ma non in quanto inseriti nel *contesto* delle norme incriminatrici dei fatti di cui agli "articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'art. 322-bis, c.1, c.p": come stabilito dall'art. 322-ter, bensì in quanto presenti in una *norma diversa*: l'art. 240 c.p.: con una *diversa ratio essendi*, e quindi anche con una *different ratio cognoscendi* (63). E pensare che la dottrina più consapevole ha da tempo osservato che "tramite l'elemento 'profitto' è conferita autonomia rilevanza alla *utilità perseguita in concreto* con l'atto illecito, senza considerarla assorbita nell'oggettività giuridica del comportamento lesivo" (64).

5. - *L'economia criminale* rappresenta dunque un "terribile nemico pubblico". Che ogni Stato o Comunità sovra- o internazionale deve combattere (65); e sì quando "il nemico" *omni-modo certat de lucro captando*; ma ancora di più nel caso che "il nemico" si annidi fra coloro che esercitano una funzione o prestano un servizio nell'amministrazione dello stesso ente pubblico. È questa una delle insidie più antiche, e diffuse, e perniciose: il tronco si può dire della *infedeltà patrimoniale* nella pubblica amministrazione. Che ha meritato di esser *funditus inspecta*, in ben più ampi contesti giuridico-scientifici (66).

La constatazione avrebbe dovuto segnalare così alle Sezioni unite della Cassazione, che la *quæstio peculatus* e il *pretium corruptionis* hanno costituito i rispettivi termini emblematici della *locupletazione mediante l'ufficio o il servizio*, o della *mercificazione della funzione o del servizio* (la auto- ed etero-corruzione) che *ab immemorabili* hanno caratterizzato il malaffare nella amministrazione degli enti pubblici (67); e che per questo: quale *profitto* o come *prezzo* del reato, hanno costituito i termini utilizzati in relazione alla *pena* della *confisca*, disposta (ancora, con la L. 29 settembre 2000 n. 300) dall'art. 322-ter c.p. Una *pena*, questa, la cui comminatoria - al pari delle fattispecie - ha connotato i reati che "comunque abbiano

aggiunto all'art.321 c.p.p. (Oggetto del sequestro preventivo) il comma 2-bis per il quale "nel caso di procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo II del titolo II del codice penale [delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione] il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca". Si tratta dunque di un *sequestro preventivo obbligatorio*, a differenza del *facoltativo* previsto sub 2.

(60) V. Scordamaglia, *Peculato*, in *EdD*, XXXII, Milano, 1982, 554 ss; ID, *Il peculato per distrazione*, Napoli, 1966, 31 e *pas*; ID, *La modifica dei delitti di peculato e di malversazione: una reformatio in pejus*, in Stile (a c), *La riforma dei delitti contro la P.A.*, Napoli, 1987, 241 ss.

(61) Segreto, De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1995, 122 ss.

(62) V. Militello, *Patrimonio*, in *DdP*, IX, 1995, 278 ss.

(63) "Le nozioni di 'prezzo' e di 'profitto' del reato, si legge nella sentenza (i è, 7), sono nettamente distinte in relazione al trattamento che è nell'art. 240 c.p. e devono ritenersi presupposte nella loro diversa valenza tecnica ...dall'art. 322-ter dello stesso codice".

(64) Cfr. F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati contro il patrimonio*, Milano, 1980, 158 ss.

(65) A. Becchi, G.M. Rey, *L'economia criminale*, Roma-Bari, 1994, 28 e *pas*. G. Jakobs, *Terroristen als Personen im Recht?* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117, 4, 2005a, 839, ID, *Il diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a c), *Il diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 6 ss.; H. Hess, S. Scheerer, *Was ist Kriminalität?* cit., loc. cit., *pas*; G. Fornasari, *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità in Germania e in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 743 ss.

(66) G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, *passim*.

(67) A parte le previsioni di sottrazioni del denaro e degli altri beni pubblici nelle antichissime leggi dalle quali poi trasse origine il

recato *offesa al patrimonio della pubblica amministrazione*".

La fattispecie del peculato, delineata dall'originario art. 314 c.p., è da constatare come ne avesse fissato la condotta nella «appropriazione, o distrazione a *profitto proprio* o di altri: di denaro o di un'altra cosa mobile appartenente alla pubblica amministrazione»; e come il *profitto* restasse - così - *impresso* nella prima condotta, mentre era *espresso* nell'altra. Là dove ora, invece (per tornare all'antico o, piuttosto: secondo un preciso intento, per vedere ricondotta la 'distrazione a profitto' entro i confini della fattispecie di abuso d'ufficio) l'art. 1 della L. 26 aprile 1990 n. 86 le ha ricacciate entrambe nella sola "appropriazione"; laddove peraltro il *prezzo della corruzione* è stato lasciato ancora descritto dal "ricevere o accettare la promessa di denaro o di altra utilità".

Di fronte a siffatte così 'difficili' realtà descrittive connesse alla *criminalità economica* entro i confini della pubblica amministrazione rimane 'troppo ardua' a comprendersi la determinazione delle Sezioni unite della Cassazione, secondo le quali "la *confisca per equivalente* come disciplinata dall'art. 322-ter, c.1, c.p. può essere disposta per il *prezzo soltanto*, e non anche per il *profitto del reato*" (68). Il 'principio' su cui si è fatto fulcro per un simile asserto si è posto infatti, *apertis verbis*, come portato di una netta incoerenza. "L'appropriazione [con la *impropriazione* quale *posterius* di una precedente *espropriazione* (69)] - hanno infatti puntualizzato, di contro, le stesse Sezioni unite (in una precedente pronuncia) (70) - oltre che la *condotta*, costituisce del resto il *momento consumativo* dell'illecito [reato di sola condotta]; e *implica quindi il conseguimento del profitto, come vantaggio di natura economica, che scaturisce dall'illecito: quale beneficio aggiunto, di tipo patrimoniale*; che peraltro non necessariamente deve esser conseguito da colui che ha dato vita alla attività delittuosa: atteso che ne possono divenire beneficiari anche altri soggetti". Un enunciato nel quale si vede come le eventuali più ambiguità riferite all'incidenza della oggettività giuridica non scalfiscono certo la dimensione connotativa del profitto nell'economia delle fattispecie le quali - comunque - si vedono nettamente contrassegnate da un preciso *dolo di locupletazione*.

D'altra parte, dalle (non collegate) sentenze delle stesse Sezioni unite è da trarre, comunque, che dal peculato deve scaturire (come emerge netto da un limpido etimo: *profectus*: da *proficiscor* - *proficisci*: derivare) un *profitto materiale*. Il solo del resto rilevante in sede giuridica, perché l'unico che può *derivare* dalla appropriazione - dalla condotta cioè di chi *desiit possidere uti possessor, et incipit possidere uti dominus* - "del denaro, o di un'altra cosa mobile altrui (cioè appartenente alla stessa p.a. o alla medesima data o affidata da un privato o da una diversa p.a.), di cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abbia il possesso o comunque la disponibilità" (71).

Il disvalore del peculato risiede dunque, come evidente, nella strumentalizzazione della funzione o del servizio ("per ragione dei quali il peculatore era in possesso del denaro o dell'altrui, di cui si è appropriato"), che rappresenta l'*oggetto generico* della tutela penale (l'efficienza e l'imparzialità della p.a.: art. 97 Cost); mentre l'*oggetto specifico* dell'offesa risiede nella *interversio possessionis* del denaro o comunque del-

codice di Hammurabi, sono appena da ricordare qui, in ordine di tempo, la *lex de repetundis* (*pecuniis*), la *lex Iulia de peculatu* e infine - nell'epoca dell'impero - la *lex peculatus*.

(68) Cfr. *Compendio*, cit., 49° ove è riportato - in massima - il 'principio' secondo cui "il peculato si consuma nel momento in cui ha luogo l'appropriazione della *res* o del denaro da parte dell'agente; la quale, anche quando non arreca danno patrimoniale alla p.a. è comunque lesiva dell'ulteriore interesse tutelato dall'art. 314 c.p. che si identifica nella legalità, imparzialità, e buon andamento del suo operato".

(69) V. Scordamaglia, *Il peculato per distrazione*, cit., 43 ss.

(70) Cfr. Sent. 9 luglio 2004 n. 29951, in *Il fallimento*, 2005, 1272.

(71) "Il profitto, cioè il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito - hanno precisato le Sezioni unite, con la pronuncia indicata alla nt. che precede - deve trovarsi in rapporto di diretta derivazione causale con l'attività del reo, intesa come relazione diretta con la condotta illecita". E nella stessa direzione, hanno ancora affermato le SS.UU. (25 ottobre 2007-6 marzo 2008 n. 10280, Miragliotta,

l'altrui: a profitto materiale dell'agente, o di altri soggetti diversi dalla pubblica amministrazione (72).

Il profitto nel peculato costituisce pertanto un elemento intrinseco della fattispecie; che (ad es. ai fini della confisca obbligatoria) diviene estrinseco col divenire del fatto nel suo proprio effetto (*ut filius a matre sua*). Per questo, come è stato a ragione rilevato, "la confisca del profitto rappresenta uno degli strumenti di intervento al quale l'ordinamento vigente attribuisce un particolare grado di efficacia preventiva, che si impone come il *Reaktionsmittel* più duttile e malleabile" (73). E proprio per questo d'altronde, come già osservato (74), con l'art. 321.2-bis c.p.p., "per il caso di procedimento penale per delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. venne disposto (con la norma dell'art. 6 c.3 L. 97/2001) il sequestro preventivo obbligatorio dei beni di cui è consentita la confisca".

6. - Sarebbe stato ragionevole attendersi qui - dalla Cassazione, a Sezioni unite - una adeguata disamina: sul piano interpretativo e dommatico; e in sede di diritto interno, comunitario, e internazionale; della consistenza delle ragioni riconosciute a fondamento della confisca obbligatoria per equivalente: sì, però, da doverne ammettere limitata la applicabilità - nel caso del peculato - al solo prezzo del reato, e non invece al profitto: nonostante il necessario sussistere del medesimo per la consumazione del delitto.

L'analisi delle 'nozioni' di prezzo e profitto - *nomine tantum* qui collegate alla norma dell'art. 240 c.p. - si sarebbe dovuta profilare enormemente, e perciò immediatamente insufficiente: informativa, esteriore soltanto: rispetto alle pregnanti premesse, specie di politica criminale, relative alla confisca per l'equivalente del profitto derivante dal reato.

E quanto alle norme dell'art. 322-ter c.p. sarebbe stata necessaria una interpretazione coordinata tra esse, e complessiva: anche al fine di vedere scongiurati (per meri difetti di allineamento espressivo o sintattico) esiti non rispondenti alle esigenze del diritto.

L'interprete avvertito, d'altronde, è consapevole delle imperfezioni che è dato registrare nel linguaggio normativo; al pari del resto di quel che accade nell'esprimersi comune. Già Platone, per questo, non mancò di chiarire che "il linguaggio (per ragione della sua stessa dinamica) è convenzionale"; e non a caso Aristotele chiese all'interprete di "non tralasciare, mai, che la verità appartiene al pensiero: a tutto il pensiero, non alle parole soltanto, e al loro costruito" (75). E di qui dunque, oggi, l'idea di un *pensiero critico*: al quale chiedere di *saper* capire al linguaggio la sua *vis creativa* (76). Sarebbe spettato pertanto, in un caso così rilevante, al giurista - *tota lege perspecta*; e aldilà di imprecisioni nel linguaggio - di cogliere il *senso integrale* della norma dell'art. 322-ter c.p.: perché - così -, al suo stesso fiuto interpretativo, non sarebbe sfuggito che in relazione al peculato la confisca per equivalente (e il relativo sequestro anticipato) avrebbe dovuto investire anzitutto il profitto; e poi, anche il prezzo. La stessa posizione di tale profitto: *ratione tutelae* posto come elemento di struttura della fattispecie; e la *funzione* (per la specie, e il modo) della pena ablativa avrebbero dovuto dunque stimolare attenzioni, e riflessioni (come dimostrato dalla dottrina più avvertita (77)) sulle ragioni della ben più consapevole e rigorosa tutela penale, e dei suoi diversi momenti di irradiazione nei settori nevralgici dell'economia pubblica e privata, e qui soprattutto della pubblica amministrazione; sugli strumenti di una realistica prevenzione generale, e di una efficace: quanto più possibile immediata prevenzione

www.cortedicassazione.it) che "il profitto è comprensivo delle trasformazioni che il denaro illecitamente conseguito riceve per effetto del suo investimento, quando queste siano causalmente collegabili al reato stesso e all'immediato vantaggio conseguito, e siano attribuibili all'autore del reato che quelle trasformazioni abbia voluto".

(72) In tal senso anche Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, p. spec., I, Bologna, 2007, 187 ss.

(73) Cfr. D. Fondaroli, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, cit., loc. cit., 117.

(74) V. retro, sub p., nt. 53.

(75) Cfr. *De interpretatione*, 2, 16a.

(76) U. Eco, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, 1997, 64 ss. e pas.

(77) D. Fondaroli, *Splendori e miserie*, cit., loc. cit.

speciale. Sì da non dover escludere dunque, è certo, il sequestro propedeutico alla pena ablativa; e ancora meno sulla base di un nominalismo 'liquido' (78): così - niente di meno! - da dover giungere poi ad affermare *legittimo*, quindi *lecito*, 'il' profitto ricavato ...da una grave attività delittuosa commessa!

Una interpretazione, la criticata, che - a dispetto del *paradosso* (79); il quale, in sede giuridica: per la concretezza, andrebbe riconosciuto privo di legittimazione - è stata invece ribadita: a seguito di un suggestivo controllo, in vista di "una eventuale diversa conclusione: atteso l'obbligo di interpretazione conforme della normativa nazionale al diritto dell'Unione europea, e alle convenzioni internazionali" (80); e quindi per una verifica quanto a una "possibile sussunzione [ancora] della 'nozione' di profitto in quella di *provento* del reato, al quale è fatto specifico riferimento nella normativa comunitaria".

Anche in questa occasione, però, le Sezioni unite - *nonostante* una propria pronuncia (81) per la quale "«prezzo» e «profitto» debbono andar ricompresi nel più ampio concetto di «provento»: locuzione, questa, di frequente utilizzata nella normativa comunitaria"; e pur con la espressa consapevolezza che "questo avrebbe consentito di uniformarsi all'obbligo di interpretazione conforme della normativa nazionale al diritto dell'Unione Europea e alle convenzioni internazionali" (82) - hanno ritenuto di dover tenere ferma la propria determinazione. E questo, *persino a dispetto* della *expressis verbis* dichiarata "consapevolezza che «profitto del reato», nel peculato; è il denaro o l'altra cosa mobile oggetto della appropriazione; e [...] che per tale delitto la confisca del [solo] «prezzo» (inteso come compenso dato o promesso per indurre, istigare, o determinare un altro soggetto a commettere il reato) risulta in definitiva una *ipotesi puramente scolastica*: tale ...comunque - senza la ablazione del profitto - da vedere svuotato l'istituto della confisca per equivalente di gran parte della sua stessa valenza operativa" (83).

Una simile affermazione - che vale a togliere validità alla *voluntas legis*, di privare del profitto del peculato l'autore del reato (o anche i suoi correi o favoreggiatori) - esprime una netta interpretazione *abrogans*: di sicuro abbattimento del Diritto ad opera del giudice. Una facciata argomentativa illusoria, pertanto, la pretesa operazione di "verifica logica"; e posta invece in crisi, così - in modo lapalissiano - , la garanzia di *divisione dei poteri*.

"Le regole del gioco" (84) hanno dovuto quindi registrare un poderoso moto sussultorio. Il quale - kantianamente - sarà stato avvertito dovunque; da chiunque, nell'esaminare la sentenza qui criticata, avrà avuto modo di constatare come "da essa è rimasto in qualche misura intatto il fondamento di verità del Diritto" (85): nella "prestazione del 'giusto' dovuto a tutti, e a ognuno" (86); e nella considerazione, effettiva, dei diritti umani. I quali "si debbono realizzare in ogni comunità: nazionale, sovranazionale, internazionale; in ogni caso, e in ogni modo debba essere onorata la Giustizia; *dovunque* si vengano a trovare aggregati di uomini che vogliono esser liberi, anche dall'*arbitrium Juris*" (87).

VINCENZO SCORDAMAGLIA

(78) Z. Bauman, *Modernità liquida*, t.i., Roma-Bari, 2002, pas.

(79) P. Odifreddi, *C'era una volta un paradosso*, Torino, 2002, passim.

(80) Cfr. Corte Suprema, *La giurisprudenza delle Sezioni unite penali*, 2009, cit., 31 sub. 3.1.

(81) Sent. 24 aprile-8 giugno 1999 n. 9, Bacherotti (richiamata anche nella motivazione della decisione che qui si critica: p. 9, sub 5), anteriore sì alla 1.300 del 2000 [la quale ha introdotto l'art. 322-ter c.p.], riferita tuttavia alla disciplina della confisca secondo l'art. 240 c.p.: alla cui norma ha inteso riferirsi anche la sentenza alla quale è fatto qui riferimento per la critica.

(82) Cfr. Sentenza, p. 9, sub 5.

(83) Cfr. Sentenza, p. 12, sub 8.

(84) È il titolo del volume di F. Schauer, t.i., Bologna, 2000, ove (p. 245) è fatto riferimento alle "regole come strumento di allocazione e di esercizio del potere, che evoca le ragioni illuministiche della legalità".

(85) Così, H. Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen, 1995, 104-123; J. Schwartländer, *Kants Lehre von Menschen*, Leipzig, 1968, 21 ss.

(86) Cfr. B. Pietroth, B. Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht*, II, Frankfurt am Main, 1992, 88 ss.

(87) J. Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, t.i., Milano, 2008, 86 ss.