



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale dell'Economia

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA NEL CONTRASTO
ALLA CRIMINALITÀ ECONOMICA

RELATORE

Prof. GULLO ANTONINO

CANDIDATO
GIULIA ALESSANDRIS
Matricola 127623

CORRELATORE

Prof. FILIPPO SGUBBI

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA NEL CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ ECONOMICA

INDICE

CAPITOLO I

GENESI E EVOLUZIONE DELLA CONFISCA: QUADRO NORMATIVO TRA TEORIA E PRASSI

1. L'istituto della confisca nel diritto penale. Una premessa.
2. Le variabili della disciplina della confisca: le categorie descrittive che ne spiegano i meccanismi di funzionamento e le conseguenze.
3. La riflessione sulle tipologie di confisca: misure di sicurezza, misure di prevenzione, sanzioni. Natura e diritto intertemporale.
4. Natura della confisca e previa condanna, confisca di patrimoni.
5. Natura giuridica e solidarietà passiva rispetto alla confisca.
6. La nozione di profitto illecito.
7. Attività economica ed imputazione delle sue componenti.
8. La tutela dei terzi nella confisca: quadro normativo di riferimento.
9. (*Segue*). Le cose intrinsecamente illecite o pericolose.
10. (*Segue*). La nozione di appartenenza del bene e il concetto di estraneità al reato.
11. (*Segue*).L'interposizione del soggetto terzo.
12. (*Segue*).Il terzo fiduciario e i patrimoni separati.
13. (*Segue*).Il fallimento e la confisca.
14. (*Segue*).I beni sociali e la confisca.
15. Le confische patrimoniali. La confisca nella responsabilità degli enti.
16. La Direttiva 2014/42/UE e la sua (imperfetta) attuazione.

CAPITOLO II

LA CONFISCA IN MATERIA DI REATI SOCIETARI, FINANZIARI E NEL SETTORE PENALE TRIBUTARIO

1. I nuovi strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa. Premessa.
2. I reati societari nel codice civile.
3. I reati previsti dal Testo Unico sulla Finanza.
4. L'evoluzione nel settore penale tributario.
5. La confisca e cd. reati transnazionali.
6. La confisca per equivalente: nozione, struttura e limiti.
7. La confisca del prezzo e del profitto dei delitti tributari.
8. Il sequestro di quote societarie, azioni e titoli di credito.
9. La confisca del profitto nelle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (caso *Gubert*).
10. Confisca nei confronti dell'ente per i reati tributari commessi dagli amministratori: la dissociazione tra persona fisica e persona giuridica.
11. Confisca e concorso di persone nel reato.
12. Confisca e prescrizione del delitto tributario.
13. La non appartenenza del bene a persona estranea al reato e la disponibilità del bene in capo al condannato.
14. La confisca senza previo sequestro preventivo.
15. Confisca diretta nei confronti dell'ente e confisca per equivalente verso il legale rappresentante. In particolare, il problema dell'onere della prova.
16. Confisca e *reformatio in peius*.
17. Il *ne bis in idem* sostanziale in tema di confisca del profitto del reato.
18. La disciplina degli artt. 19, 20 e 21 D.Lgs. n. 74/2000 dinanzi al principio del *ne bis in idem*.
19. L'imperfetta realizzazione del *ne bis in idem* sostanziale.
20. L'operatività della preclusione processuale nei sistemi sanzionatori a doppio binario.

CAPITOLO III

LA CONFISCA NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

1. La logica economica come strumento di repressione del crimine societari.
2. Le confische previste e la loro natura.
3. (*Segue*) La confisca *ex* artt. 9 e 19 D.Lgs. 231/2001.
4. (*Segue*) La confisca *ex* art. 6, comma 5, D.Lgs. 231/2001.
5. Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di profitto confiscabile *ex* d.lgs. 231/2001.
6. Gli effetti redistributivi della confisca: diritti dei terzi e del danneggiato.

Bibliografia

CAPITOLO I

GENESI E EVOLUZIONE DELLA CONFISCA: QUADRO NORMATIVO TRA TEORIA E PRASSI

SOMMARIO: 1. L'istituto della confisca nel diritto penale. Una premessa. 2. Le variabili della disciplina della confisca: le categorie descrittive che ne spiegano i meccanismi di funzionamento e le conseguenze. 3. La riflessione sulle tipologie di confisca: misure di sicurezza, misure di prevenzione, sanzioni. Natura e diritto intertemporale. 4. Natura della confisca e previa condanna, confisca di patrimoni. 5. Natura giuridica e solidarietà passiva rispetto alla confisca. 6. La nozione di profitto illecito. 7. Attività economica ed imputazione delle sue componenti. 8. La tutela dei terzi nella confisca: quadro normativo di riferimento. 9. (Segue). Le cose intrinsecamente illecite o pericolose. 10. (Segue). La nozione di appartenenza del bene e il concetto di estraneità al reato. 11. (Segue). L'interposizione del soggetto terzo. 12. (Segue). Il terzo fiduciario e i patrimoni separati. 13. (Segue). Il fallimento e la confisca. 14. (Segue). I beni sociali e la confisca. 15. Le confische patrimoniali. La confisca nella responsabilità degli enti. 16. La Direttiva 2014/42/UE e la sua (imperfetta) attuazione.

1. L'ISTITUTO DELLA CONFISCA NEL DIRITTO PENALE. UNA PREMESSA.

L'istituto della confisca rappresenta uno strumento ablatorio adottato sin dagli albori della civiltà giuridica e giunto sino ai giorni nostri. Al riguardo, appare rilevante notare la *costanza* con cui detta misura abbia attraversato i secoli, ripresentandosi, nonostante le numerose modifiche, immutata nel suo nucleo contrale in ogni epoca storica.

Per analizzare il fenomeno nella sua rilevanza giuridica, occorre osservare che il termine “confisca” deriva dal latino “*fiscus*” (inteso come tesoro imperiale) con il prefisso “*cum*”¹. Il *fiscus* indicava il patrimonio dell'imperatore, distinto dal

1

patrimonio della città, il quale veniva invece indicato con l'espressione *aerarium populi Romani*, considerato come indipendente da quello dei singoli cittadini. Solo successivamente, per effetto della posizione sempre più dominante del Principe, il fisco comprendeva l'erario ed era distinto dai beni personali del singolo Principe, finendo con l'assumere la struttura di una cassa generale dello Stato.

In definitiva, il fisco inizia ad essere considerato come una entità a parte, senza alcuna relazione né con il popolo né con l'imperatore.

In particolare, la confisca, nel diritto romano dell'epoca repubblicana, rappresentava l'ablazione, a favore dell'erario del popolo romano, dell'intero patrimonio di un cittadino, derivante dalla perdita della sua qualità di cittadino in conseguenza di una condanna a morte o all'esilio.²

Tale automatica connessione con la perdita del proprio *status* si è successivamente trasformata, nel periodo del Principato, con l'atto di apprensione applicato in via autonoma sui singoli beni in quanto collegati ad un atto illecito. Dette ablazioni particolari erano presenti, ad esempio, in materia di adulterio,³ con la previsione della confisca di parte della dote e dei *parafernalia* a carico dell'adultera, la restituzione della dote da parte dell'adultero e la perdita di metà del patrimonio dell'amante.⁴

È evidente che siffatta ablazione coattiva di beni, pur avendo carattere sanzionatorio, non presentava gli stessi ben più travolgenti effetti della confisca integrale del patrimonio che, proprio nel diritto romano, aveva portato all'uso del suicidio in funzione antifiscale: infatti morendo prima della condanna, si evitava

Il verbo latino *confiscare* è ad esempio attestato in Svetonio, *De vitae Caesarum*, (121 d.c.) col doppio significato di conservare (tenere nella cassa) e di incamerare (nelle casse dello Stato). Il nome di *fiscus*, prima del periodo della storia romana coincidente con il Principato, indicava un cesto di vimini e poi un cesto per raccogliere il denaro.

2 Cfr. BRASIELLO, Voce *Confisca in diritto romano*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1937, 35.

3 Cfr. in particolare la *Lex Iulia de adulteris coecondis* (XVIII a.c.).

4 Ciò in base al principio secondo cui *crimen extinguitur mortalitate*: Ulpiano D. 48, 4, 11. Paolo D. 49, 147, 45, 1: "i beni di coloro che sono morti sotto custodia, in vincoli o in catene, non sono tolti ai loro eredi, muoiano essi intestati o testati".

la confisca del patrimonio, sì da poterlo trasmettere agli eredi⁵.

Nel basso Medio Evo e sino al XVIII secolo, la misura ablatoria dei beni divenne uno strumento di acquisizione della totalità del patrimonio del reo, senza alcun collegamento rispetto al quantum o al delitto commesso⁶, venendo spesso utilizzata come strumento di persecuzione politica o ideologica, specie contro gli eretici⁷.

Tali abusi dell'istituto si sono storicamente affiancati ad una ulteriore strumentalizzazione della confisca, finalizzata a reperire i fondi necessari al sovrano o all'ente pubblico, intesa come mezzo di risanamento del bilancio pubblico⁸.

Con l'introduzione del codice penale Zanardelli del 1889, in tema di confisca, all'art. 36 si prevede che *“nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto e delle cose che ne sono il prodotto, purché non appartengano al persone estranee al delitto. Ove si tratti di cose, la fabbricazione, l'uso il porto, la detenzione o la vendita delle quali costituisca reato, la loro confisca è sempre ordinata, quand'anche non vi sia condanna e, ancorché, esse non appartengano all'imputato”*. Detta disposizione si connotava per alcuni elementi di novità: innanzitutto, in detto codice veniva distinta una confisca obbligatoria sempre ordinata dal giudice, anche in difetto di condanna ed in caso di altruità della *res*, da una confisca facoltativa, da irrogarsi discrezionalmente sulle sole cose di proprietà del condannato. In particolare, la confisca obbligatoria insisteva su beni la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o vendita costituiva di per sé reato; mentre, per quanto attiene alla confisca facoltativa, il codice non indicava un

5 Istitutiones Gai, 4, 112.

6 Ad esempio, con la grida datata 8 marzo 1647 il Governo spagnolo in Italia subordinò la concessione di un provvedimento di clemenza alla confisca dei beni del reo (cfr. PERTILE, *Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, Vol. V – *Storia del Diritto Penale*, Bologna, 1892, 232 ss.).

7 RUFFINO, *Ricerche sulla condizione giuridica degli eretici nel pensiero dei glossatori*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1973, Volume XLVI, 75.

8 Tale fenomeno si sta avviando anche nel nostro ordinamento (si pensi alle previsioni di speciali destinazioni dei proventi della confisca e la costituzione di enti specializzati nella gestione dei beni sequestrati o confiscati), pur manifestandosi dapprima negli Stati Uniti con la legislazione antiracket (GARTESTEIN – WARGANZ, *RICO's "Pattern" Requirement: Voi for Vagueness?* in *Columbia Law Review*, Vi, 90, no. 2 (Mar., 1990, 494 ss.).

criterio per vincolare l'esercizio discrezionale del potere sanzionatorio da parte del giudice. Quanto all'oggetto della confisca facoltativa, l'art. 36 cit. disponeva l'acquisizione pubblica del "prodotto del reato"; accanto a ciò veniva anche prevista l'ablazione facoltativa delle cose che furono destinate o che servirono da mezzo per la commissione del reato. La disposizione di parte generale trovava però delle deroghe nell'ambito delle disposizioni di parte speciale (ad esempio, era prevista la confisca in ogni caso obbligatoria delle cose date ad un pubblico ufficiale per corromperlo ex art. 174): in sostanza, si prevedeva l'ablazione di quello che oggi viene definito *prezzo del reato*.

Nel codice penale Rocco, l'istituto della confisca, pur immutato nel suo impianto generale, viene caratterizzato principalmente come ablazione di singoli beni per il loro collegamento con un reato e concepito come misura di sicurezza per evitare nuovi reati (introduzione del *sistema del doppio binario*). Anche a livello internazionale, si è assistito ad una spinta alla compressione dei diritti fondamentali, al fine di consentire un più ampio ricorso alla confisca come mezzo di repressione di determinati fenomeni globali, come il terrorismo⁹.

Ebbene, nel nostro attuale ordinamento, la disposizione di riferimento è rappresentata dall'art. 240 c.p., che determina le condizioni della c.d. confisca in generale¹⁰.

9 Si pensi al noto *caso Kadi* che ha portato la Corte di Giustizia CE ad annullare un regolamento emanato dalla Commissione, il quale sanciva il diritto fondamentale del singolo al rispetto della proprietà, non essendogli stato consentito di esporre le ragioni a sua difesa (cfr. Corte di Giustizia CE, GS, 3 settembre 2008, Kadi C. Commissione UE C – 402/2005 P e C – 415/2005 P in riferimento al regolamento CE n. 881/2002).

10 Art. 240 c.p.: "Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto [c.p.p. 676, 733 2, 316 e segg., 321 e segg., 86 disp. att. c.p.p.]. È sempre ordinata la confisca: 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 1bis) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 ter, 615 quater, 615 quinquies, 617 bis, 617 ter, 617 quater, art. 617 quinquies del c.p., 617 sexies, 635 bis, 635 ter, 635 quater, 635 quinquies, 640 ter e 640 quinquies. 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna. Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1 bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale. La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione

La norma in esame contiene una “regola generale” stabilita nel comma 1, nel quale è prevista la confisca c.d. facoltativa, ovvero discrezionale (“può ordinare la confisca”), subordinata alla condanna (“nel caso di condanna”), di alcune categorie di beni: i “beni strumentali al reato” (le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato), il “prodotto” del reato e il “profitto del reato”.

Segue poi al comma 2 la previsione di una confisca c.d. obbligatoria (“è sempre ordinata la confisca”) con riferimento ad altre categorie di beni: il prezzo del reato e le cose intrinsecamente criminose (cose il cui uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato), specificandosi per queste ultime che si procede a confisca “anche se non è stata pronunciata condanna”.

Gli ultimi due commi stabiliscono la disciplina generale della confisca in riferimento alla tutela da assicurare al terzo rispetto all'ablazione di un bene su cui vanti diritti.

Sono state introdotte poi una molteplicità di disposizioni speciali in materia di confisca, contenute nello stesso codice penale, ovvero in altri codici o leggi speciali. La specialità di queste disposizioni è resa palese da alcuni parametri di specificazione, quali: la tipologia dei reati presupposto, l'oggetto della confisca riferita a categorie di beni più ristrette o diverse rispetto a quelle enunciate nella disposizione generale, il regime della confisca disciplinata in termini di c.d. obbligatorietà, la forma della confisca in riferimento all'ablazione di beni di valore equivalente, le presunzioni che agevolano la possibilità di procedere a confisca ed, infine, la possibilità di restituzioni al danneggiato e alla parte lesa, ovvero la tutela del terzo in modo differenziato rispetto alla previsione generale¹¹.

In conclusione, ma come si avrà modo di evidenziare più diffusamente nella presente trattazione, solo nell'ultimo ventennio la confisca del profitto è uscita

amministrativa [c.p.p. 676]”.

11 In questo senso – e salvo quanto si osserverà nel proseguo sull'approfondimento delle ipotesi di confisca speciale – possono citarsi esemplificativamente le ipotesi di: confisca obbligatoria introdotte nel codice penale agli artt. 322-ter, 600-septies, 640-quater, 644, 448-quater, 722 c.p., ovvero nel codice civile all'art. 2641 c.c., oppure ancora in leggi speciali come nell'art. 187 del D.Lgs. n. 58 del 1998, nell'art. 44 D.P.R. n. 380/2000, nell'art. 186 del Codice della Strada. Quanto alla previsione della confisca di valore si possono ricordare: le disposizioni introdotte nel codice penale agli artt. 322-ter, 600-septies, 640-quater, 644, 648-quater, quella contenuta nel codice civile all'art. 2641 c.c., quelle contenute in leggi speciali come l'art. 187 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, l'art. 11 della L. n. 146/2006.

dall'angusto spazio in cui era stata relegata (ovvero l'art. 240 c.p.) e la nozione di profitto confiscabile, per lungo tempo lasciata ai margini della storia della confisca, ha acquisito centralità al sorgere delle nuove esigenze di tutela in relazione alla diffusione della cd. criminalità del profitto, la quale ha trovato appunto nello strumento della confisca (o meglio nelle diverse figure speciali di confisca) lo strumento più efficace al suo contrasto.

2. LE VARIABILI DELLA DISCIPLINA DELLA CONFISCA: LE CATEGORIE DESCRITTIVE CHE NE SPIEGANO I MECCANISMI DI FUNZIONAMENTO E LE CONSEGUENZE.

La comparazione interordinamentale del fenomeno consente di individuare alcune differenze, che costituiscono oggetto di discipline diversificate. Tali variabili di disciplina riguardano le seguenti categorie di riferimento, di seguito specificate: il *tipo di reati* che ammettono la confisca (generale o speciale); il *legame della confisca con l'accusa penale*; il *legame del procedimento in cui si applica la confisca con il procedimento penale*; la *categoria di beni che ne costituiscono oggetto*; le *modalità di individuazione del bene da confiscare*; il *potere di disporre da parte dell'organo competente*; la *finalità perseguita*; i *soggetti passivi della confisca*; lo *standard probatorio richiesto per ottenere la confisca*; *distribuzione dell'onere della prova*; *tutela assicurata ai terzi*.

In riferimento ai *reati-presupposto* della confisca, occorre evidenziare come gli organismi internazionali prestino molta attenzione a particolari categorie di reati, c.d. *serious offences*, come il traffico di droga, il riciclaggio, la corruzione, il crimine organizzato. Ciò determina spesso una dilatazione delle possibilità di confisca con conseguente connessione frequente tra specialità della confisca e maggiore estensione o semplificazione della sua applicazione¹².

Per quanto concerne il *legame della confisca con l'accusa penale*, la stessa è ammessa sia per i beni che presentino un legame con i reati oggetto di

¹² Ciò si verifica in Italia, in cui si assiste ad un progressivo aumento delle ipotesi di confisca speciale sotto la spinta degli obblighi di produzione normativa imposti da fonti internazionali.

accertamento nel procedimento penale a carico del soggetto che la subisce (confisca *conviction based*), sia in relazione a beni che non abbiano tale pertinenzialità con il reato oggetto di accertamento. In particolare, ciò avviene allorché l'ordinamento consenta la confisca di beni di valore equivalente a quelli oggetto di confisca diretta, ovvero ammetta la confisca dei beni relativi a reati precedenti a quello per cui si procede e per i quali non si era proceduto a suo tempo (c.d. confisca *post conviction*)¹³.

È altresì consentita la confisca dei beni del soggetto condannato anche in assenza di un nesso pertinenziale con il reato¹⁴: siffatta previsione viene di solito accompagnata dalla possibilità, per il soggetto passivo della confisca, di provare la provenienza lecita dei beni, e ciò evidenzia il legame di questa categoria descrittiva con quella relativa alla distribuzione dell'onere della prova.

Infine, vi sono casi in cui si prescinde da una accusa e da un procedimento penale, ammettendosi la confisca in procedimenti finalizzati esclusivamente ad ottenere il provvedimento ablativo, con standard probatori diversificati da quelli dell'accertamento della responsabilità penale¹⁵.

In relazione al legame tra *procedimento di confisca e procedimento penale*, esso evidenzia non più il rapporto tra beni e reato ma tra procedimenti, ossia quello in cui si applica la confisca e quello in cui si accerta la responsabilità penale. Benché in Italia la regola sia quella secondo la quale la confisca viene disposta nel procedimento penale diretto all'accertamento del reato, tuttavia il campo delle misure di prevenzione rappresentano un tipico esempio di procedimento separato e finalizzato all'applicazione della confisca priva del nesso con l'accertamento di un determinato reato.

In ordine alle *categorie di beni oggetto di confisca*, si deve osservare che la

13 La Financial Action Task Force (on Money Laundering) (FATF) evidenzia come ciò si sia verificato negli ordinamenti canadese e olandese.

14 Ciò si verifica con la confisca britannica per lo stile di vita criminale, o in Italia con la c.d. Confisca estesa dei beni di valore sproporzionato a quello dell'attività economica e dei redditi leciti prevista dall'art. 12 – *sexies* del D.L. 306/92, convertito dalla legge 356/1992.

15 Si tratta di esperienze di cui si hanno esempi negli ordinamenti anglo-americani, oltre che secondo gli studi FATF in Austria e in Germania. Anche in Italia l'istituto non è certamente sconosciuto: si pensi alla confisca di patrimoni illeciti nel procedimento di prevenzione sganciato dall'applicazione di misure di prevenzione personali fondate sulla pericolosità del soggetto.

confisca dei proventi o del profitto del reato costituisce un risultato piuttosto recente dell'istituto¹⁶. Di fondo, vi è l'esigenza di evitare che attraverso il conseguimento del guadagno, il reato sia portato a conseguenze ulteriori, come pure quella di conseguire un effetto preventivo incidendo sul movente economico del delitto.

Quanto alle *modalità di individuazione del bene* da confiscare, preme sottolineare come la distinzione tra confisca di proprietà (*property based*) e confisca di valore (*value based*), assume come rilevanti beni determinati, che vengono individuati sulla base del loro collegamento con un reato o con un soggetto ovvero come espressione di un valore corrispondente ai beni individuati come oggetto di confisca diretta.

Al contrario, la confisca di patrimoni, assume come rilevante un insieme di beni che vengono considerati unificati o dall'appartenenza a un determinato soggetto o dalla loro destinazione. Pertanto, pur se la commissione di reati resta rilevante come presupposto per il procedimento di confisca, tuttavia non svolge più una funzione selettiva dei beni da assoggettare alla confisca.

Ciò è quanto, ad esempio, sta accadendo alla c.d. *confisca estesa* di beni di valore sproporzionato ai redditi leciti ex art. 12 – *sexies* L. n. 356/1992. Qui la condanna per determinati reati continua a costituire presupposto per procedere alla confisca, ma il reato non seleziona più in alcun modo i beni da confiscare, che saranno tutti quelli sproporzionati ai redditi leciti di cui l'interessato non giustifichi la provenienza, anche se acquisiti anteriormente al reato¹⁷.

Siffatte confische di patrimoni, che proprio con le istanze dell'illuminismo erano state abbandonate¹⁸, si ripresentano oggi per l'esigenza di contrastare fenomeni di particolare allarme criminale, come la criminalità mafiosa o il racket.

In ordine ai *poteri di confisca e alle finalità* perseguite, occorre evidenziare come

16 Anche nelle codificazioni moderne che riguardano l'Italia, tale confisca era ritenuta ammissibile in via interpretativa: ad esempio in relazione all'art. 74 del codice sardo nonché all'art. 36 del codice Zanardelli. Per una disamina sul punto cfr. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, Padova, 1951, 5.

17 Ciò è quanto accade nella *confisca-misura di prevenzione* dopo che la stessa è stata esplicitamente resa autonoma dall'applicazione di una misura di sicurezza personale e, quindi, dalla valutazione di pericolosità del soggetto titolare dei beni.

18 CIVOLI, *Confisca (Diritto Penale)*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1893, 900.

il regime di obbligatorietà è connesso non solo alla intrinseca criminosità del bene oggetto della confisca, ma anche alla natura di sanzione che si attribuisce alla ablazione, la quale deriva in questo caso dalla obbligatorietà della pena.

In riferimento ai *soggetti passivi*, la principale novità è rappresentata dall'introduzione, con il D.Lgs. n. 231/2001, della responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato, la cui portata risulta colma di conseguenze: basti pensare alla natura e alla pluralità di “confische” esistenti, alla determinazione del profitto confiscabile ed alla *tutela dei terzi*, anche mediante la ridefinizione dei moduli interpositori e degli ostacoli, in passato frapposti alla confisca.

Quanto agli *standard probatori e alla distribuzione dell'onere della prova*, la prima categoria si è imposta per la varietà degli standard richiesti negli ordinamenti di *common law*, con particolare riferimento al parametro criminale della prova al di là di ogni ragionevole dubbio o al parametro civilistico della preponderanza di prova.

Il problema si pone nell'ordinamento italiano sotto il profilo della c.d. valutazione del *fumus* in relazione all'adottabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca (previsto dall'art. 321, comma 2, c.p.p.).

3. LA RIFLESSIONE SULLE TIPOLOGIE DI CONFISCA: MISURE DI SICUREZZA, MISURE DI PREVENZIONE, SANZIONI. NATURA E DIRITTO INTERTEMPORALE.

La disamina del quadro normativo consente di dedurre che la disciplina normativa delle singole “confische” si presenta estremamente variata e, dunque, non facilmente inquadrabile nelle rigide catalogazioni codicistiche o qualificazioni normative, tanto da produrre in materia un vivace dibattito dottrinale¹⁹.

¹⁹ In dottrina, i riferimenti classici in materia di confisca possono ricondursi a: IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935; VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, Padova, 1951; GUARNIERI, *Voce confisca (diritto penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, vol. IV, 40 ss.; SALTELLI, *Voce confisca (diritto penale)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1937, vol. III, 791; MASSA, *Confisca (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. VIII, 1961, 980; SPIZUOCO, *Rilievi sulla confisca obbligatoria*, in *La giustizia penale*, 1971, k

L'ablazione coattiva eseguita con la confisca è infatti sorretta da una molteplicità di ragioni, di volta in volta elevate a rango di “ratio” fondante.

Seguendo l'impostazione dottrinale tradizionale, la confisca può giustificarsi in relazione ad una molteplicità di situazioni.

In primo luogo può riferirsi alla “pericolosità” della cosa “in se stessa”: la mera detenzione o disposizione della res è prevista come reato ovvero considerata pericolosa per il contesto criminale organizzato nel quale è inserita²⁰.

Può altresì riferirsi alla pericolosità della cosa in rapporto al “reato” (i c.d. beni strumentali)²¹ ovvero in rapporto all' “autore” del reato (la cosa è pericolosa non

II, 767; NUVOLONE, *Voce misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, vol. XXVI, Milano, 1976, 635; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di NUVOLONE e PISAPIA, Torino, 1985 -1986; ALESSANDRI, *Voce confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, 1989, vol.III, 55. Per la trattazione della confisca a livello manualistico, oltre al già citato MANZINI, anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, XIV ed., a cura di CONTI, Giuffrè, Milano, 2002; PADOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Milano, 2008; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, VI ed., Milano, 2009, 815; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2007, V ed., 896; PULITANO', *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007. per i commenti: GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 1994, 521; MANTOVANI, *Le misure di sicurezza*, in AA.VV., *Codice penale. Parte Generale*, vol. III, Torino, 1996; GATTA, in *Codice Penale Commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI, II ed., Milano, 2006; RONCO – ARDIZZONE, *Codice Penale Ipertestuale*, II ed., Torino, 2007. Per gli studi monografici più recenti in materia: FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Padova, 1997; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 127; ALESSANDRI, *La confisca*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI, PAGLIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2107; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione di beni e interdizione di fatto*, Bononia Univerty Press, Bologna, 2007; ID. *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, AA.VV., Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali, a cura di FONDAROLI, Padova, 2008, 117 ss.; AA. VV., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di MAUGERI, Milano, 2008; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009; BALSAMO – CONTRAFFATTO – NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010; BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 230; MARINES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in MANTOVANI, CURCI, TORDINI CAGLI, TORRE, CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 219.

20 Su questo aspetto, in particolare, CACCIAVILLANI – GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in *Giur. Pen.*, 1974, 459; GULLO, *La confisca come misura di sicurezza patrimoniale; inapplicabilità in caso di condono edilizio*, in *Giur. Pen.*, 1985, III, 383; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit, 896.

21 Su questo punto: MARNUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit, 477.

in se stessa, ma in quanto nella disponibilità del soggetto che ha commesso il reato²²).

Infine, la confisca può giustificarsi in relazione alla punizione del colpevole, con l'obiettivo – principale o aggiuntivo – della redistribuzione delle consistenze patrimoniali illecitamente ottenute²³.

L'analisi dottrinale sull'ablazione coattiva della *res* si muove, quindi, tra due estremi: quello che vede la confisca come volta a prevenire l'uso di una cosa pericolosa in relazione ad un reato²⁴ o al contesto criminale organizzato di circolazione del bene²⁵, e quello che ritiene sia diretta a punire il colpevole di un reato, in un *continuum* di effetti (preventivi, risarcitori, ripristinatori, punitivi) tutti ugualmente conseguibili e tra loro variamente cumulabili nella disciplina positiva delle singole ipotesi di confisca²⁶.

Del resto l'ambiguità della confisca era stata già riconosciuta in risalenti sentenze della Corte Costituzionale²⁷, che chiarivano come l'istituto avesse natura varia e difficilmente definibile, stante la sua eterogeneità non agevolmente inquadrabile.

Infatti, l'ablazione di beni economici può trovare giustificazioni diverse nelle

22 GATTA, *Codice Penale*, cit., 1805; sulla pericolosità come concetto relazionale: GRASSO, *Commentario*, cit., 521; FIANDACA – MUSCO; *Diritto Penale*, cit., 815; FIORAVANTI, *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giur. It.*, 1992, II, 504.

23 Su questi aspetti cfr., in particolare, sulla natura della confisca come sanzione “sui generis” MANZINI, *Trattato*, cit.; sulla sua natura di “sanzione civile” nel processo penale v. CAVALLA, *La confisca di cose appartenenti all'estraneo al reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato*, in *Giustizia Penale*, 1964, III, 106; sul suo carattere essenzialmente di repressione: ARDIZZONE, *Considerazioni in tema di confisca obbligatoria*, in *La giustizia penale*, 1947, II, 401; CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *La giustizia penale*, 1956, II, 637-638.

24 Nel qual caso si riconosce alla confisca la natura di misura di sicurezza: si veda il commento sub art. 240 c.p. nel Codice Penale, a cura di PADOVANI, IV edizione, coordinamento a cura di DE FRANCESCO e FIDELBO, Milano, 2007, 1463 ss.; ROMANO – GRASSO – PADOVANI, *Commentario*, cit., 529; AA. VV., *Codice Penale Commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI; cit., 1809.

25 Nel qual caso si riconosce alla confisca natura di misura di prevenzione: AA. VV., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di MAUGERI, cit.

26 La rinuncia ad ogni tentativo di ricostruzione unitaria della confisca è espressa dalle proposte di modifica dell'istituto, contenute nei passati progetti di riforma codicistica proposte dalle varie Commissioni all'uopo istituite. In tali progetti, la confisca viene considerata quale *tertium genus* rispetto alle pene e alle misure di sicurezza, oppure viene articolata in diverse specie a seconda che essa riguardi lo strumento del reato, il profitto, o cose intrinsecamente illecite. Per una analisi di detti progetti: NUNZIATA, *Linee evolutive della confisca penale: progetti di riforma e tendenze di politica criminale*, in *L'indice penale*, 2004.

27 Corte Cost., sentenze n. 29/1961 e n. 46/1964.

differenti ipotesi o essere indirizzata nelle finalità varie, così da assumere funzione di “pena”, o di “misura di sicurezza”, ovvero di “misura di carattere amministrativo”²⁸.

Inoltre, sotto la spinta della normativa internazionale, il legislatore ha previsto diversi modi di “potenziamento” della confisca nelle singole previsioni speciali: ne deriva che, all'identico *nomen iuris* della “confisca” corrisponde ormai, non solo nella codicistica, ma anche nelle leggi speciali, una pluralità di misure ablativo di beni economici con discipline anche fortemente differenziate, che hanno portato a diverse conclusioni interpretative a seconda del tipo di confisca considerato.

Ne è derivato un acceso dibattito sulla natura giuridica degli istituti da applicare affermandosi l'esigenza di verificare, alla luce del concreto contesto normativo in cui la confisca è stabilita, se gli approdi ermeneutici in relazione alla singola previsione di confisca – quella generale di cui all'art. 240 c.p. - siano estensibili anche ad altre previsioni che usino medesimi termini.

A tal proposito, le Sezioni Unite²⁹ hanno riconosciuto la necessità di verificare in ogni caso se le conclusioni raggiunte in ordine alla nozione di profitto del reato contemplato ai fini della confisca generale di cui all'art. 240 c.p., siano applicabili ad altre ipotesi di confisca (come quelle previste dal D.Lgs. n. 231/2001), senza dunque alcun automatismo estensivo e con possibilità di soluzioni differenziate.

Più precisamente si è affermato che: “*la validità ...[dell'] approdo interpretativo, maturato nell'ambito della previsione di cui all'art. 240 c.p. e riferito al profitto tratto da condotte totalmente illecite, va verificata anche in relazione alle previsioni [di altre confische]*”, giacché “*nell'ordinamento, in maniera sempre più esponenziale, [di] ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato, hanno posto in crisi le costruzioni dogmatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il*

28 Anche in dottrina si erano da tempo rilevate le difficoltà connesse alla varietà della confisca in rapporto alle applicazioni giurisprudenziali che ne derivano: MELCHIONDA, *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, 334.

29 Cass., Sez. Un. Pen., n. 26654/2008.

nomen iuris, di un istituto unitario, superando così i ristretti confini tracciati dalla norma generale di cui all'art. 240 c.p. (si pensi esemplificativamente alla confisca di cui agli artt. 322 ter, 600 septies, 640 quater, 644, 648 quater c.p., 2641 c.c., 187 D.Lgs. n. 58/1998, 44 comma 2 DPR n. 380/2001)³⁰”.

Così, in materia di confisca, si sono succedute nell'ultimo decennio ripetute decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³¹, che concordemente hanno rilevato l'estrema frammentazione della disciplina e l'impossibilità di ricondurre ad una natura unitaria istituti che pur identificati con un identico *nomen iuris*, svolgono funzioni ed hanno caratteristiche differenziate.

Ciò sarebbe ascrivibile all'incidenza di fonti normative sovranazionali di diversa natura e varia valenza giuridica nell'ordinamento internazionale³², che farebbero emergere nuovi strumenti di analisi economica nell'affrontare il fenomeno della confisca nell'ambito della c.d. criminalità d'impresa ed arrivando, in alcuni casi, a rideterminare lo stesso profitto confiscabile³³.

Da qui, a parere della Suprema Corte, l'insufficienza degli strumenti concettuali tradizionali del diritto penale classico per la soluzione dei casi concreti, specie in materia di delimitazione dell'oggetto della confisca, della sua applicabilità al di fuori delle ipotesi di condanna (come ad esempio in caso di estinzione del reato), di estensione di forme particolari di confisca come quella di valore³⁴.

Come pure viene fortemente avvertita l'esigenza di razionalizzazione del sistema

30 Ibidem.

31 Ibidem; Cass. Pen., Sez. Un., n. 36522/2008; Cass. Pen., Sez. Un., n. 38691/2009; Cass. Pen., Sez. Un., n. 23428/2010; Cass. Pen., Sez. Un., n. 4880/2015.

32 Cass., Sez. Un. Pen., n. 26654/2008, cit., indicano una “*natura proteiforme*” costantemente conservata dalla confisca nell'ordinamento italiano; Cass. Pen., Sez. Un., n. 36522/2008, cit., riprende i medesimi passi della motivazione della sentenza appena citata, facendoli propri; Cass. Pen., Sez. Un., n. 38691/2009, cit., dopo una compiuta ricognizione del quadro normativo, parla di “*norme frammentarie e prive di coordinamento*” e di “*una congerie di norme settoriali non coordinate tra loro*”.

33 In particolare, Cass., Sez. Un. Pen., n. 26654/2008, cit., respinge qualsiasi distinzione aziendalistica tra profitto netto e profitto lordo, negando che il profitto del reato possa essere calcolato in base a principi economico-contabili, pur precisando che il profitto confiscabile ad un ente quale sanzione principale, in caso di illeciti dipendenti da “*reati in contratto*” (come la truffa), deve essere calcolato al netto dell'utilità ricavata dalla controparte per la prestazione non annullata, comunque effettuata ed utilizzata in esecuzione dell'accordo negoziale.

34 Questo è l'oggetto specifico della decisione resa da Cass. Pen., Sez. Un., n. 38691/2009, cit. La Corte ha precisato come, in relazione al reato di peculato, la confisca per equivalente possa essere disposta solo per il prezzo e non anche per il profitto del reato.

dell'ablazione coattiva dei beni in presenza di assetti normativi definiti come “incoerenti”, tanto da portare la giurisprudenza alla formulazione di un vero e proprio appello al legislatore per una risistemazione normativa della materia³⁵.

Preme ancora rilevare come la diversa natura della confisca non possa che riverberarsi sul conseguente regime intertemporale di applicazione della medesima. In questo senso, un esempio di notevole interesse è dato dalla soluzione adottata dalla giurisprudenza³⁶ riguardo al regime temporale di applicazione di due forme di confisca a reati per i quali non erano originariamente previste.

Un primo caso di applicazione è quello relativo alla confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p. estesa ai reati fiscali dall'art. 1, comma 143, della Legge n. 244/2007³⁷. In siffatta ipotesi, la Suprema Corte, riconoscendo natura sanzionatoria alla confisca, non l'ha considerata applicabile ai reati commessi anteriormente alla legge che l'ha introdotta.

Un secondo caso di applicazione è quello relativo alla confisca di valore sproporzionato ai redditi leciti, prevista dall'art. 12 sexies della Legge n. 356/1992, estesa ai reati contro la Pubblica Amministrazione per effetto dell'art. 1, comma 220, lett. a), Legge 296/2006³⁸. In questa ultima ipotesi il Supremo

35 Cass. Pen., Sez. Un., n. 36522/2008, cit., dopo aver precisato che l'interpretazione del dato normativo positivo porta alla conclusione che l'estinzione del reato per prescrizione preclude la confisca obbligatoria del prezzo del reato di corruzione, ricorda che sarebbe “*antigiuridico e immorale*” che il corrotto non punibile possa godersi il denaro che egli ebbe per commettere il fatto “*delittuoso*”. Ancora più esplicitamente Cass. Pen., Sez. Un., n. 38691/2009, cit., riconosce espressamente che non mancano profili di contraddittorietà del sistema della confisca per equivalente, “*prevista in modo altalenante*”. Si ricorda, ad esempio, che il profitto dei reati richiamati dall'art. 322 ter c.p. - nella formulazione ante riforma ex L. 190/2012 - non può essere confiscato per equivalente nei confronti della persona fisica, ma può esserlo invece nei confronti dell'ente eventualmente chiamato a risponderne dell'illecito dipendente dal reato commesso da quella stessa persona. Ne consegue l'affermazione esplicita secondo la quale “*si pone la necessità che il legislatore provveda a disciplinare in modo sistematico tutte le ipotesi di confisca obbligatoria e di confisca per equivalente, già previste con norme frammentarie e prive di coordinamento*”.

36 Cass. Pen. Sez. III, n. 39176/2008; Cass. Pen. Sez. II, n. 28685/2008; Cass. Pen. Sez. II, n. 21566/2008; Cass. Pen. Sez. VI, n. 25096/2009; Cass. Pen. Sez. VI, n. 13098/2009; Cass. Pen. Sez. II, n. 8404/2009.

37 Recita il comma 143 dell'art. 1 della L. n. 244/2007: “*Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale*”.

38 Recita il comma 220, lett. a) dell'art. 1, L. n. 296/2006: “*All'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e*

Collegio³⁹, ritenuta la natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca, ha affermato che dovesse trovare applicazione, secondo il principio sancito dall'art. 200 c.p.⁴⁰, la legge in vigore al momento della decisione.

È altresì costantemente affermato nella giurisprudenza di legittimità⁴¹ che in tutti quei casi in cui il legislatore ha espressamente qualificato la confisca come “sanzione”, la stessa non può essere applicata ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Tuttavia si è riconosciuto operare lo stesso divieto di applicazione retroattiva anche nei confronti delle persone fisiche, pur non essendoci norme di riferimento con espresse qualificazioni della confisca in termini sanzionatori, presenti invece nel caso della responsabilità degli enti⁴². Ciò ha condotto, dunque, ad affermare una uniformità di natura tra confisca a carico dell'ente per illecito dipendente da reato e confisca a carico della persona fisica per il reato presupposto.

Inoltre in giurisprudenza si tende a considerare sanzionatoria la confisca non solo quando questa è costruita o definita tale dal legislatore, ma anche in relazione alla particolare forma della sua applicazione⁴³. Ne consegue che si possono verificare

successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, dopo le parole: "codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli" sono inserite le seguenti: "314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 320, 322, 322-bis, 325,";

39 Cass. Pen. Sez. VI, n. 25096/2009, cit.; Cass. Pen. Sez. II, n. 8404/2009, cit.

40 Recita l'art. 200 c.p.p.: “Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della sua esecuzione. Le misure di sicurezza si applicano anche agli stranieri, che si trovano nel territorio dello Stato, Tuttavia l'applicazione delle misure di sicurezza alla straniero non impedisce l'espulsione di lui dal territorio dello Stato, a norma delle leggi di pubblica sicurezza”.

41 Ciò è ad esempio avvenuto nella confisca prevista dall'art. 19 D.L.gs. n. 231/2001, in relazione alla responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato. Afferma infatti Cass. Pen. Sez. II, n. 3629/2007 che: “Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di cose non pertinenti al reato non è applicabile, in ragione della natura sanzionatoria di tale forma di confisca, nei confronti delle persone giuridiche per fatti-reato commessi in data anteriore all'entrata in vigore della normativa sulla responsabilità amministrativa da reato”.

42 Cass. Pen. Sez. II, n. 316/2007, che ha affermato il principio di cui sopra in un caso di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche: con riferimento a quella fattispecie la Corte, tenuto conto che, trattandosi di erogazioni effettuate in più rate, il reato doveva considerarsi a consumazione cosiddetta prolungata, essendo la percezione della prima rata intervenuta anteriormente all'entrata in vigore delle norme summenzionate in materia di confisca, ancorché la percezione delle ulteriori rate si fosse conclusa successivamente, il delitto doveva considerarsi consumato prima con conseguente inapplicabilità della confisca medesima.

43 Cass- Pen. Sez. II, n. 8404/2008, cit., secondo cui, in un caso di fatturazione per operazioni

ipotesi in cui la confisca diretta avrebbe natura di misura di sicurezza ma, applicata nella forma per equivalente, assumerebbe natura sanzionatoria. Questo fenomeno di trasformazione della natura giuridica dell'istituto in base alla forma della sua applicazione è stato analizzato in proposito ad uno dei primi casi sorti in relazione alla applicazione dell'art.1, comma 143, Legge n. 244/2007 che, come già detto, ha previsto l'applicabilità della confisca per equivalente ai reati fiscali⁴⁴ Secondo la Corte, dunque, mentre la ratio della confisca ordinaria sarebbe fondata sull'apprezzamento legislativo della pericolosità della cosa, in sé o per la sua relazione con l'autore del reato, invece quando l'ablazione riguarda una porzione del patrimonio del soggetto equivalente al valore oggetto di confisca, questa

inesistenti realizzato con il metodo delle cd. Truffe-carosello, “l'art.1, comma 143, l. n. 244 del 2007 che ha previsto l'applicabilità della confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter cod. pen. ai reati di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater ed 11 del D.L.gs. n. 74 del 2000, non opera retroattivamente, poiché all'istituto, che presenta una natura del tutto peculiare, non estensibile la regola dettata dall'art. 200 cod. pen., in forza della quale le misure di sicurezza sino regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”.

⁴⁴ Nella motivazione della sentenza Cass. Pen. Sez. II, n. 8404/2008, cit., si legge: “Nessuna portata retroattiva potrebbe annettersi, ad avviso di questo Collegio, alla intervenuta recente estensione anche ai reati fiscali della confisca e del conseguente sequestro “per equivalente”, avuto riguardo alla giurisprudenza di questa Corte, più volte espressasi nel senso della natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto qui in esame (Cass., Sez. 2^a, 9 novembre 2006, Quarta, n. 38803; Cass., Sez. 2^a, 14 giugno 2006, Ghetta, n. 31988; Cass. Sez. 5^a, 16 gennaio 2004, Napolitano, n. 15445). Al riguardo, tenuto conto della natura del tutto peculiare che caratterizza la confisca “per equivalente”, nella quale viene ad essere sostanzialmente “novato” lo stesso titolo in forza del quale si legittima il provvedimento di ablazione (dalla apprensione della res, della quale il legislatore apprezza la pericolosità, o per la natura della cosa in sé o per la relazione che si stabilisce tra l'oggetto della confisca ed il suo titolare – elementi, questi, che individuano la “ragione” della confisca ordinaria – si passa alla apprensione di una “porzione” del patrimonio del soggetto, senza alcuna connotazione di pericolosità dello stesso, ma in funzione essenzialmente sanzionatoria rispetto all'equivalente profitto o prezzo del reato)sembra, infatti, coerente ritenere non estensibile la regola dettata dall'art. 200 cod. pen., in forza della quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Tale peculiare disposizione, infatti, trova sede nella sezione prima del capo primo (titolo 8^a, libro 1^a) del codice penale, dedicato alle misure di sicurezza personali, la cui applicazione si fonda sulla pericolosità sociale “attuale” del soggetto, e, quindi, su una condizione che si valuta ed apprezza nel momento in cui le misure devono trovare applicazione. L'estensione di una simile regola ad un provvedimento ablatorio patrimoniale a connotazioni sanzionatorie, senza che sia dato riscontrare alcun elemento di “pericolosità” degli specifici beni da sottoporre a confisca, finirebbe per prestare il fianco a seri dubbi di costituzionalità, considerato, fra l'altro, che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione proprio una ipotesi di applicazione retroattiva della confisca di beni (v., ad es. Welch c. Gran Bretagna, n. 17440/1990, sentenza del 9 febbraio 1995. Sul valore delle disposizioni della CEDU quale norma interposte agli effetti di quanto previsto dall'art. 117, primo comma, Cost. E sulla portata delle sentenze della Corte di Strasburgo, v. Corte Cost. Sentenze nn. 348 e 349 del 2007)”.

assumerebbe funzione essenzialmente sanzionatoria. Ne deriva che il passaggio dalla forma di confisca diretta a quella di valore (o per equivalente) determinerebbe una “novazione” del titolo legittimante l'apprensione coattiva del bene da misura di sicurezza a sanzione. In conclusione, nella confisca diretta l'apprensione coattiva del bene sarebbe fondata sulla sua pericolosità, e ciò coerentemente con la regola del *tempus regit actum* (art. 200 c.p.); nel caso di confisca per equivalente, invece, non ravvisandosi alcun elemento di pericolosità dei beni da sottoporre a confisca, l'ablazione presenterebbe connotazioni sanzionatorie, la cui applicazione retroattiva contrasterebbe anche con l'art. 7 della CEDU⁴⁵, così da imporre il divieto di applicazione retroattiva della confisca per equivalente in sede di interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di diritto interno da parte del Giudice ordinario.

La Corte di Cassazione ha, altresì, rilevato la diversa funzione della confisca per equivalente e di quella di beni di valore sproporzionato, al fine di risolvere la questione della applicabilità della confisca a reati per i quali non era prevista al momento della loro commissione⁴⁶. In particolare si è osservato che mentre la confisca per equivalente, assumendo carattere sanzionatorio e relazionandosi in

45 Recita l'art. 7 della CEDU: “1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”. In argomento: Sentenza CEDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. United Kingdom*, n. 17440/1990, con la quale era stata ritenuta violare l'art. 7 della Convenzione una ipotesi di applicazione retroattiva della confisca dei beni avvenuta nel Regno Unito.

46 Cfr. Cass. Pen. Sez. Un., n. 920/2004, secondo cui: “Al fine di disporre la confisca conseguente a condanna per uno dei reati indicati nell'art. 12-sexies, commi 1 e 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992, n. 356 (modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa) allorché sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito dichiarato dal condannato o i proventi della sua attività economica e il valore economico dei beni da confiscare e non risulti una giustificazione credibile circa la provenienza di essi, è necessario, da un lato, che, ai fini della “sproporzione”, i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, siano fissati nel reddito dichiarato o nelle attività economiche non al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel momento dei singoli acquisti rispetto al valore dei beni di volta in volta acquisiti, e, dall'altro, che la “giustificazione” credibile consista nella prova della positiva liceità della loro provenienza e non in quella negativa della loro non provenienza dal reato per cui è stata inflitta “condanna”.

modo diretto e proporzionato alla entità del profitto del fatto-reato accertato, si configura come una forma di prelievo “pubblico” del profitto del reato non più recuperabile. Invece, la confisca ex art. 12-sexies, prevista per determinate categorie di reato considerate di particolare allarme sociale e diretta a colpire i beni riferibili al condannato che siano sproporzionati rispetto al reddito dichiarato o alla sua attività economica, si configura come una misura di sicurezza tipica, avente funzione preventiva perché diretta ad evitare l'accumulo di ricchezze di provenienza delittuosa.

Non è, tuttavia, mancato chi, soprattutto in un primo momento, ha qualificato tali confische quali ipotesi tradizionali della confisca tradizionale, riconducendole dunque alla categoria delle misure di sicurezza patrimoniali⁴⁷.

Parte della giurisprudenza ha posto a supporto della qualificazione della confisca per equivalente come misure di sicurezza considerazioni relative alla disciplina dettata in materia di applicabilità nel tempo.

In particolare, con riferimento alle confische previste dagli artt. 322-ter e 640-quater c.p., è stata valorizzata la disposizione transitoria di cui all'art. 15 della L. n. 300/2000, secondo cui tali misure non si applicano ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della medesima legge.

I sostenitori della tesi in esame hanno sottolineato come tale norma sarebbe risultata superflua laddove la confisca in questione fosse stata concepita come una pena, a fronte del generale divieto di applicazione retroattiva delle sanzioni penali⁴⁸.

4. NATURA DELLA CONFISCA E PREVIA CONDANNA, CONFISCA DI PATRIMONI.

Un esempio delle conseguenze della riconosciuta natura sanzionatoria della

47 In giurisprudenza: Cass. Pen., sez. VI, n. 24143/2001; Cass. Pen., sez. II, n. 18157/2002.

48 Cass. Pen., sez. II, n. 30729/2006, la quale, tuttavia, sebbene parta da tali premesse, giunge ad affermare la natura sanzionatoria della confisca, richiamando la sentenza della Cass. Pen., sez. V, n. 15445/2004, che ha dato avvio a tale orientamento giurisprudenziale.

confisca è dato dalla confisca di immobili oggetto di lottizzazione abusiva.

Anche in questa ipotesi si è assistito ad un intervento della CEDU⁴⁹ che evidenzia il carattere sanzionatorio della confisca e la necessità di applicare le garanzie previste dall'art. 7 della Convenzione, senza che possano rilevare le qualificazioni del diritto interno come sanzione amministrativa a carattere reale inflitta eccezionalmente ed in via surrogatoria dal giudice penale.

Tuttavia, il caso concreto riguardava questioni differenti, in particolare la possibilità di disporre la confisca pure in assenza di una condanna penale e dunque la possibilità di operare la confisca del manufatto abusivo anche nei confronti di terzi. Siffatta questione aveva ricevuto dalla giurisprudenza interna soluzione positiva prima delle pronunzie CEDU citate, argomentando sulla natura amministrativa della sanzione e sulla possibilità per il terzo di agire in sede civile contro il dante causa per i danni subiti a seguito della confisca⁵⁰.

Dopo le decisioni della Corte di Strasburgo, si rinvengono decisioni della Suprema Corte in cui si richiamano espressamente le necessità di tener conto degli interventi del giudice sovranazionale⁵¹.

In particolare, viene precisato che, ove venga accertata la malafede del terzo, indipendentemente dalla sua condanna per il reato, risulta legittima la confisca in suo danno⁵². Da qui, la questione del corretto esercizio dei poteri-doveri autonomi di accertamento finalizzati esclusivamente alla confisca.

Ad esempio, si è stabilito che: *“nel caso di estinzione del reato dichiarata con provvedimento di archiviazione, il giudice dell'esecuzione dispone di poteri di*

49 CEDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia; CEDU; 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia.

50 In particolare si trovava affermato che: *“la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere realizzate, prevista dall'art. 44, comma secondo, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile, atteso che trattasi di una sanzione amministrativa a natura reale e non personale applicata indipendentemente da una sentenza di condanna e sul solo presupposto dell'accertamento giurisdizionale di una lottizzazione abusiva”*: Cass. Pen., sez. III, n. 10899/2005; Cass. Pen., sez. III, n. 38728/2004; Cass. III 4 dicembre 1995 – 16 gennaio 1995 Cascari.

51 Cass. Pen., sez. III, n. 12118/2009 nella motivazione la Corte, nell'annullare con rinvio l'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca del sequestro preventivo di un manufatto abusivo, ha sottolineato la necessità di tener conto della sentenza CEDU del 20 gennaio 2009 nel caso Sud Fondi s.r.l. c. Italia; conf. Cass. Pen., sez. III, n. 42741/2008.

52 Cass. Pen., sez. III, n. 17865/2009.

*accertamento finalizzati all'applicazione della confisca non solo sulle cose oggettivamente criminose per la loro intrinseca natura (art. 240, comma secondo, n. 2 cod. pen.), ma anche su quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento per uno specifico fatto-reato*⁵³.

È stata parimenti considerata centrale dalla Suprema Corte la questione dell'accertamento di situazioni rilevanti per la sola confisca in presenza di proscioglimento dell'imputato⁵⁴.

Sul punto si è dichiarata la manifesta infondatezza della questione di “*legittimità costituzionale dell'art. 19, L. 28 febbraio 1985, n. 47*” - oggi sostituito dall'art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001 – che consente al giudice di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. A parere della Suprema Corte, infatti, tale norma non viola il combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, giacché la confisca, anche se disposta dopo l'estinzione del reato, conserva la sua natura sanzionatoria, sia perché legata al presupposto di un reato estinto ma storicamente esistente, sia perché la stessa è applicata da un organo che esercita la giurisdizione penale⁵⁵.

Autorevole dottrina⁵⁶ ritiene tuttavia arduo, riconosciuto il carattere sanzionatorio della confisca e l'esigenza di rispettare le garanzie dell'art. 7 CEDU, concepire la legittimità di una sanzione inflitta ad un soggetto in forza di un accertamento incidentale di coinvolgimento nell'illecito, non espresso in un vero e proprio provvedimento di condanna.

Di tale problema sembra essersi reso conto anche il Supremo Collegio, allorché rimarca la peculiarità delle confische che consentono tale accertamento. In questo senso, ad esempio, in relazione alla ipotesi di confisca-misura di prevenzione, la Corte ha ritenuto di poter procedere a confisca, nonostante il proscioglimento dell'imputato, in virtù del minore standard probatorio previsto per la misura di

53 Cass. Pen., sez. I, n. 2453/2009.

54 Cass. Pen., sez. III, n. 20243/2009.

55 Anche le Sezioni Unite, nella sentenza n. 38834/2008, hanno evidenziato l'esistenza di una evoluzione legislativa diretta a riconoscere al giudice, pur in caso di estinzione del reato, poteri di accertamento al fine dell'applicazione della confisca.

56 MARTUSCELLI, *La lottizzazione abusiva*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 141 e ss.

prevenzione⁵⁷.

Si è affermato in particolare, in una fattispecie di confisca di beni ritenuta legittimamente operante nonostante l'intervenuta assoluzione dal reato di cui all'art. 648 bis c.p., che: *“il proscioglimento da uno dei delitti per i quali il combinato disposto degli artt. 14 L. n. 55 del 1990 e 1, comma primo, n. 2 L. n. 1423 del 1956, prevede, per i soggetti che siano ritenuti vivere con il provento degli stessi, l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, non esclude che il giudice della prevenzione possa comunque, a fronte del sistema probatorio attenuato del processo di prevenzione, pervenire a ritenere attribuibile detto delitto al proposto”*⁵⁸.

Altro aspetto che merita di essere evidenziato è quello se le diverse ipotesi di confisca presentino sia connotati sanzionatori sia di misura di sicurezza.

Ciò perché occorre indagare se vi sia prevalenza degli uni o degli altri connotati che possa condurre ad esiti diversi a seconda degli aspetti che possono venire in rilievo, quali l'ambito temporale di applicazione, la confiscabilità in assenza di condanna ovvero a carico di eredi o di terzi.

Ad esempio, sono sorte perplessità sulla circostanza che anche la confisca-sanzione sia prescrivibile o “patteggiabile” come qualsiasi altra sanzione⁵⁹.

Si è evidenziato in ordine alla prescrivibilità, che il diritto dello Stato ad infliggere afflizioni aggiuntive, come restrizioni della libertà personali o anche sanzioni pecuniarie, non trova più adeguata giustificazione una volta trascorso un congruo periodo di tempo. Diversamente, dopo un corrispondente intervallo temporale, non sembra accettabile il consolidamento dei vantaggi ricavati a seguito della commissione del reato, come avverrebbe se anche la confisca del profitto del reato – avente natura di sanzione – si ritenesse anch'essa prescrivibile.

Inoltre, concordare la misura della somma da assoggettare a confisca-sanzione in sede di patteggiamento, potrebbe avere da un lato riflessi sulla posizione di terzi danneggiati, peraltro assenti con riferimento alle pene tradizionali; dall'altro,

57 Cass. Pen., sez. V, n. 40490/2009.

58 Ibidem.

59 LASCO-VELIA- LORIA-MORGANTE, *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino 2017, 647.

l'ammissione di simili negoziati sulla confisca, implica la necessità di individuare i parametri discrezionali per evitare arbitri e consentire un adeguato controllo sull'accordo⁶⁰.

La suggerita inadeguatezza della tradizionale divisione in termini di natura sanzionatoria o di misura di sicurezza della confisca sarebbe altresì rinvenibile in relazione alla confiscabilità dei beni agli eredi in relazione alla c.d. confisca estesa.

Anche prima del riconoscimento legislativo di tale possibilità, in relazione alla confisca di cui all'art. 12 – sexies cit., si affermava la confiscabilità dei beni in capo agli eredi del condannato. A sostegno di tale conclusione, veniva richiamata non la pericolosità intrinseca del bene, connessa alla natura di misura di sicurezza attribuita all'istituto, bensì l'osservazione secondo cui l'estinzione del reato per morte del reo paralizza solo gli effetti personali e non anche quelli reali del reato⁶¹.

Si è infatti argomentato che la confisca applicata nel procedimento di prevenzione per gli indiziati di appartenenza ad associazione di tipo mafioso non è destinata a perdere effetto a seguito della morte della persona soggetta alla misura personale, qualora sia intervenuta prima della definitività del relativo provvedimento. Ciò in quanto la misura è di contenuto analogo a quella di sicurezza prevista dall'art. 240 c.p., che si propone di eliminare dal circuito economico, collegato ad attività e soggetti criminosi, beni di cui non sia fornita dimostrazione della lecita provenienza. Ne deriverebbe che, accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto appartenente ad una associazione di tipo mafioso, e indimostrata la legittima provenienza dei beni confiscati, non viene meno a seguito della morte del proposto la valutazione di pericolosità del patrimonio⁶².

60 Ibidem.

61 Cass. Pen., sez. VI, n. 27343/2008.

62 Secondo Cass. Pen., sez. I, n. 8466/2009: *“la confisca prevista nell'ambito del procedimento di prevenzione nei confronti di persona indiziata di appartenere ad associazione di tipo mafioso non ha né il carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel tertium genus costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 c.p., comma due, con la conseguenza che la confisca dei beni rientranti nella disponibilità del soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione*

Per la verità le Sezioni Unite⁶³, pur richiamando l'art. 240 c.p., si pongono il problema della distinzione della obbligatorietà o meno della confisca ai sensi del numero 1 o del numero 2 dell'art. 240 c.p.

Siffatta distinzione assumerebbe rilevanza dirimente ai fini di riconoscere la confiscabilità di un bene pur in presenza del proscioglimento dell'imputato, tanto da portare ad escludere la confiscabilità ex art. 240 c.p. del "prezzo" della corruzione in caso di morte dell'imputato⁶⁴.

Simili distinzioni sulla obbligatorietà-facoltatività della confisca, ovvero sulla confisca obbligatoria ai sensi del numero 1 o del numero 2 dell'art. 240 c.p. hanno trovato compiuta sistemazione nella legge n. 94/2009⁶⁵, la quale non solo ha stabilito che le misure di prevenzione patrimoniale possano essere applicate disgiuntamente da quelle personali, ma addirittura che esse possano essere applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione. La stessa legge ha poi previsto espressamente l'applicabilità di tali misure di prevenzione anche in caso di morte del soggetto, venendo così a

personale -una volta che siano rimasti accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto, nel senso della sua appartenenza a una associazione di tipo mafioso, e di indimostrata legittima provenienza dei beni confiscati – non viene meno a seguito della morte del proposto, intervenuta prima della definitività del provvedimento di prevenzione (Cass. Sez. Un., 03/07/1996, n. 18, conformi: Cass., Sez. 2^a, 31/01/2005, n. 19914, Cass. Pen., sSez. 5^a, 14/01/2005, n. 6160) giacché lo scopo perseguito dal legislatore con la normativa antimafia, concernente le misure patrimoniali, è quello di eliminare dal circuito economico, collegato ad attività e soggetti criminosi, beni dei quali non sia fornita dimostrazione di lecita acquisizione (in questi termini: Cass., Sez. 5^a, 14/01/2005, n. 6160 cit.) per inserirli in altro circuito, esente da condizionamenti criminali e dunque proiettando il provvedimento de qua le sue finalità al di là delle esigenze di prevenzione nei confronti di determinate persone pericolose, per sorreggere la misura oltre il perdurare la pericolosità del soggetto al cui patrimonio è applicata. Tale conclusione interpretativa trova poi ulteriore conferma nel recente intervento legislativo (D.L. 23 maggio 2009, n. 92, come convertito in legge art. 10, comma 1, n. 4, lett. d)) il quale ha aggiunto alla L. 31 maggio 1965, n. 575, art. 2-ter, il comma 11, in forza del quale la misura di prevenzione della confisca può essere proposta anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta in danno dei successori”.

63 Cass. Pen., Sez. Un., n. 38834/2008 cit.

64 Ibidem. Secondo la Corte: “l'estinzione del rato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'art. 240, comma secondo, n. 1, cod.pen.”.

65 Recita l'art. 2, comma 22, della legge n. 94/2009: “ All'articolo 10, comma 1, lettera c), numero 2), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, dopo la parola: "disgiuntamente" sono inserite le seguenti: "e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione”.

dare inequivoco fondamento normativo alla pericolosità in sé del patrimonio.

La medesima legge, inoltre, prevede la confisca di valore di beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato e all'attività economica, prescindendo del tutto da ogni valutazione relativa al prodotto, profitto o prezzo del reato.

5. NATURA GIURIDICA E SOLIDARIETÀ PASSIVA RISPETTO ALLA CONFISCA.

Sembra doveroso analizzare i percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza di legittimità per risolvere il problema della solidarietà passiva rispetto alla confisca.

In proposito, già le Sezioni Unite nella nota decisione del 2008 affermavano che: *“in tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo deve applicarsi il 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 ad 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”*⁶⁶.

Già prima della decisione in commento, si era sostenuto che il sequestro preventivo, preordinato alla confisca dei beni per un valore equivalente al profitto del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, può essere emesso nei confronti della persona fisica concorrente con una società di capitali, pur se il profitto sia stato interamente acquisito dalla società, certamente non estranea al reato e con autonomo titolo di responsabilità. Ciò viene fatto discendere dalla natura sanzionatoria della confisca per equivalente, secondo il principio solidaristico cui l'intera azione delittuosa e l'effetto conseguente sono

⁶⁶ Cass. Pen., Sez. Un., sentenza n. 26654/2008.

imputati a ciascun concorrente⁶⁷.

Successivamente alle Sezioni Unite si è poi affermato che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato di corruzione può incidere indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha trovato vantaggio ovvero su quelli della persona fisica che lo ha commesso, con l'unico limite per cui il vincolo cautelare non può eccedere il valore complessivo del suddetto profitto⁶⁸.

Merita di essere segnalato il passaggio motivazionale di quest'ultima pronuncia: *“nell'ambito della criminalità d'impresa, v'è responsabilità cumulativa dell'individuo e dell'ente collettivo, trovando ciò riscontro, sul piano dogmatico, nello schema concorsuale: il nesso tra le due responsabilità, quella della persona fisica e quella dell'ente, pur non identificandosi con la figura tecnica del concorso, ad essa è equiparabile, in quanto da una unica azione criminosa scaturiscono una pluralità di responsabilità. Il sistema tratteggiato dal legislatore con il D.Lgs. n. 231 del 2001, presuppone la responsabilità penale individuale, che non rimane assorbita dalla persecuzione diretta della corporate criminality.”*

In sostanza, afferma la Corte, l'appartenenza dell'autore individuale all'ente costituisce un necessario punto di partenza della complessiva vicenda criminosa: sarebbe proprio la condotta della persona fisica, posta in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente, a determinare l'estensione a quest'ultimo della responsabilità per il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio.

Tuttavia, la giurisprudenza esclude la moltiplicazione del medesimo importo delle confische per ciascun concorrente: infatti il principio solidaristico della pena avrebbe implicato che a ciascuno dei concorrenti debba essere confiscato l'intero, così come ciascuno dei concorrenti condannato ad una determinata pena detentiva o pecuniaria debba scontare l'intero periodo o pagare l'intero importo della pena.

Si ribadisce, in proposito, nelle decisioni esaminate che il vincolo reale *“non può eccedere il valore complessivo del suddetto profitto”*⁶⁹ e che *“l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel quantum l'ammontare complessivo*

67 Cass. Pen., sez. II, 14 giugno 2006 – 27 settembre 2006, Troso, in CED n. 235128.

68 Cass. Pen., n. 19764/2009.

69 Cass. Pen., Sez. Un., sentenza n. 26654/2008, cit.

dello stesso”⁷⁰.

Non può, tuttavia, sottacersi un contrasto nella giurisprudenza di legittimità in relazione all'accertamento quantitativo della quota di profitto conseguita da ciascun concorrente.

Da un lato infatti si ribadisce una limitazione della confisca in capo al singolo, e dall'altro si contesta tale ricostruzione. Così, in alcune pronunce si legge: “*in caso di pluralità di indagati, concorrenti nel medesimo reato, il sequestro preventivo funzionale alla confisca, comprese quella per equivalente ai sensi dell'art. 322-ter c.p.p., non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura allo stesso attribuibile*”⁷¹; in altre si ribadisce che il sequestro preventivo possa essere emesso nei confronti della persona fisica concorrente con una società a responsabilità limitata, pur se il profitto sia stato interamente acquisito dalla società⁷².

⁷⁰ Cass. Pen., n. 19764/2009, cit.

⁷¹ Cass. Pen., sez. VI, n. 31690/2007. La Corte ha annullato l'ordinanza del Tribunale del Riesame che, nei confronti dell'intermediario nella corruzione in atti giudiziari, aveva confermato il decreto di sequestro dell'intero profitto percepito dal corruttore in conseguenza dell'atto giudiziario illecitamente posto in essere in suo favore anziché limitarsi al solo importo equivalente all'entità dei compensi per l'attività di intermediazione.

⁷² Cass. Pen., sez. II, 14 giugno 2006 – 27 settembre 2006, Troso, cit. Si esprimono in tal senso, *ex plurimis*, Cass., sez. V, 20/5/2015, n. 25560; Cass., sez. IV, 07/12/2011, n. 47525; Cass., sez. VI, 26/6/2009, n.2661; Cass., sez. V, 16/01/2004.

6. LA NOZIONE DI PROFITTO ILLECITO.

Una ulteriore implicazione, connessa al riconoscimento della diversa natura delle ipotesi di confisca, riguarda le conseguenze del termine “profitto” che nelle svariate disposizioni è indicato come confiscabile o da confiscare, direttamente o per equivalente.

Mancando una definizione legislativa di “profitto” confiscabile, l'esperienza giurisprudenziale ha evidenziato la variabilità dell'accezione nella quale il termine è stato inteso, a secondo dei diversi casi in cui lo stesso viene in rilievo nel diritto penale, ossia come elemento costitutivo della fattispecie, ovvero come aggravante, o come oggetto di confisca⁷³.

Ne deriva che non può essere data una definizione generale della nozione di profitto, giacché il suo significato deve sempre essere contestualizzato: numerosi sono i tentativi giurisprudenziali, stante la varietà delle accezioni del profitto penale, di precisare il concetto mediante l'uso di coppie oppostive di termini, quali “profitto-lucro”, “profitto-risparmio”, “profitto-utile” o “profitto-vantaggio”. Ad esempio, in una risalente sentenza delle Sezioni Unite⁷⁴ viene utilizzato il termine “lucro” come equivalente a “profitto”, intendendo quest'ultimo come qualsiasi vantaggio economico conseguente alla commissione del reato. Sembra, dunque, che il termine “vantaggio” si caratterizzerebbe come termine di genere

73

Quando il termine profitto assume la valenza di elemento costitutivo o circostanziale del reato, viene per lo più inteso nel senso generale di “vantaggio non patrimoniale”, ossia come un risultato positivo per l'agente non suscettibile di una valutazione in termini economici. In questo senso si è esplicitato che l'ingiusto profitto si individua in “*qualsiasi vantaggio non solo di tipo economico che l'autore intenda conseguire*” (Cass. Pen., sez. II, n. 29563/2005, in relazione alla fattispecie di estorsione), oppure è stato esemplificato il carattere non patrimoniale del profitto in un “vantaggio personale futuro” rappresentato dal rafforzamento della posizione apicale dell'imputato nell'azienda (Cass. Pen., sez. III, n. 40828/2005). Allo stesso modo, allorché il profitto costituisca oggetto del dolo specifico o elemento del fatto di reato, esso è stato considerato come comprendente non solo gli incrementi patrimoniali positivi ma anche il “risparmio” conseguito. Ciò è stato, ad esempio, ritenuto in casi di reati ambientali relativi alla gestione dei rifiuti in cui il profitto, oggetto del dolo specifico previsto per il reato, è stato ritenuto realizzabile anche nella forma della riduzione di costi aziendali (Cass. Pen., Sez. IV, n. 28158/2007).

74 Cass. Pen., SS.UU., n. 9149/1996.

per riferirsi a vantaggi di carattere sia patrimoniale sia non patrimoniale; mentre i termini “profitto” o “lucro” si caratterizzerebbero come termini di specie per riferirsi a vantaggi esclusivamente patrimoniali.

In un'altra occasione, tuttavia, la Suprema Corte riconosceva che il profitto sarebbe un termine più ampio, tale comprendere perciò vantaggi o benefici anche non patrimoniali, mentre lo scopo di lucro si caratterizzerebbe per richiedere esclusivamente un beneficio patrimoniale⁷⁵.

La giurisprudenza di merito, invece, pur confermando la maggiore ampiezza del termine “profitto” rispetto a quello di “lucro”, ha ritenuto che il profitto rappresenti in ogni caso un vantaggio patrimoniale, seppure tale vantaggio possa poi dar luogo sia a un lucro (ossia un incremento positivo del patrimonio dell'agente), sia a una mancata diminuzione patrimoniale, conseguita attraverso un risparmio⁷⁶.

Più di recente, invece, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁷ avevano puntualizzato che il profitto, nella sua accezione di oggetto di confisca, va inteso come: *“vantaggio di natura economica [ovvero] beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo”*.

L'anno successivo le medesime Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁸ erano tornate sull'argomento, precisando che il profitto veniva definito come “utile” ottenuto in seguito alla commissione del reato.

Pur in assenza dell'individuazione di un rigore terminologico, esisteva peraltro una specificità del concetto di “profitto confiscabile”, che risentiva

75 Così Cass. Pen., sez. III, n. 2408/2011, intervenuta per dar conto di una modifica normativa all'art. 171-bis della Legge sul diritto d'autore (in tema di abusiva duplicazione di opere protette) che prevedeva lo scopo di “profitto” al posto del previgente scopo di “lucro”.

76 Pretura di Cagliari, 26 novembre 1996, inedita. La decisione si segnala per la puntualità della sua articolazione: *“il termine lucro indica esclusivamente un guadagno patrimoniale ossia un accrescimento patrimoniale consistente nell'acquisizione di uno o più beni; esso non coincide in linea di principio con il termine profitto che ha un significato ben più ampio. Il profitto può implicare sia il lucro: quindi l'accrescimento effettivo della sfera patrimoniale, che la mancata perdita patrimoniale ossia il depauperamento dei beni di un soggetto. In altri termini, nel profitto può rientrare anche la mancata spesa che il soggetto dovrebbe affrontare per ottenere un bene. Il lucro costituisce solo ed esclusivamente l'accrescimento positivo del patrimonio; il profitto anche la sola non diminuzione dello stesso”*.

77 Cass. Pen., SS.UU., n. 29951/2004.

78 Cass. Pen., SS.UU., n. 41936/2005.

dell'impostazione tradizionale della dottrina⁷⁹.

Attraverso il confronto tra i diversi termini contenuti nell'art. 240 c.p., si sono distinti: il *prodotto del reato*, che rappresenta l'oggetto materiale derivato al reo come conseguenza dell'illecito (ad esempio, l'oggetto falsificato nella falsificazione); il *profitto del reato*, che costituisce l'utilità economica ricavata dal reato; il *prezzo del reato*, che rappresenta il denaro o l'altra utilità data o promessa quale corrispettivo dell'illecito (cioè l'utilità data al reo perché commetta il reato); il *provento del reato*, che costituisce il termine di genere comprendente sia il prodotto sia il profitto del reato⁸⁰.

Tale impostazione ha trovato un puntuale eco in giurisprudenza, laddove si afferma che “*il prezzo del reato oggetto di confisca obbligatoria ai sensi del secondo comma dell'art. 240 c.p. concerne le cose date o promesse per indurre l'agente a commettere il reato, mentre il provento dello stesso è invece riconducibile alla previsione normativa della confisca delle cose che siano il prodotto o il profitto del reato, contenuta nel primo comma del suddetto art. 240*”⁸¹ ovvero che “*in tema di confisca il prodotto del reato rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il profitto a sua volta è costituito dal lucro e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il prezzo infine rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce quindi un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato*”⁸².

Questa tradizionale articolazione della distinzione, condotta sulla base del differente trattamento dato a prezzo e profitto del reato, ha evidenziato una netta divaricazione tra accezione economica e accezione penale dello stesso termine. Risulta infatti evidente come il concetto di *prezzo in senso penale* sia del tutto

79 IACCARINO, *La confisca*, cit.; VASSALLI, *La confisca dei beni*, cit.; GUARNIERI, *Voce Confisca*, cit., 40; SALTELLI, *Voce Confisca*, cit., 791; MASSA, *Confisca*, cit., 980; SPIZUOCO, *Rilievi sulla confisca*, cit.; NUVOLONE, *Voce Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 635; MANZINI, *Trattato*, cit.; ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit.

80 Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 815; PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit.

81 Cass. Pen., SS. UU., n. 1811/1992.

82 Cass. Pen., SS.UU., n. 9149/1996.

differente dalla nozione di *prezzo in senso economico o civilistico*. In tale ultima ipotesi, infatti,⁸³ la somma o l'altra utilità pagata costituisce il “profitto” del reato a struttura negoziale, in quanto ciò che è conseguito dalla conclusione del “contratto” costituente reato è proprio il profitto; mentre il “prezzo” sarebbe costituito solo da quanto fosse stato pagato a uno degli interessati per concludere il negozio illecito⁸⁴.

Le concezioni di prezzo e di profitto del reato sono, peraltro, strettamente connesse al trattamento che ad esse viene riservato nell'art. 240 c.p. in termini di obbligatorietà o facoltatività della confisca.

Infatti, l'assimilazione sotto il profilo della obbligatorietà della confisca tra prezzo del reato (menzionato dall'art. 240, comma 2 n.1 c.p.) e cose intrinsecamente illecite (menzionate nell'art. 240, comma 2 n. 2 c.p.) è resa evidente dalla considerazione che il prezzo è il corrispettivo per la commissione di un reato, e dunque intrinsecamente illecito, in quanto connotato da uno schema negoziale (scambio di denaro contro commissione di un reato) avente causa illecita.

Proprio tale intrinseca illiceità del prezzo così inteso, ha condotto autorevole dottrina a evidenziare come non vi siano margini per valutazioni discrezionali del giudice, mentre tali margini vi sarebbero per il profitto dove ad elementi di illiceità possono sovrapporsi elementi di liceità⁸⁵.

Tuttavia le accezioni di profitto penale e di prezzo penale hanno assunto significati diversi laddove vengano usati in senso penale ovvero in senso economico. Ne è derivata una concezione del “profitto penale confiscabile” in

83 Si pensi, ad esempio, al caso della cessione di stupefacenti, in cui è incriminato lo scambio di droga contro il pagamento di una somma di denaro.

84 Cass. Pen., Sez. VI, n. 6624/1994, secondo cui “*le somme sequestrate all'imputato di spaccio di sostanze stupefacenti e costituenti il corrispettivo della vendita rappresentano dal punto di vista penale il “profitto” dell'attività delittuosa e non il “prezzo” del reato. In relazione all'attività di spaccio di droga, infatti, prezzo del reato sono le somme (o le altre utilità economiche) che lo spacciatore riceve da un committente perché si dedichi a tale attività, alienando droga per conto del committente stesso. Costituiscono invece “profitto” le somme che lo spacciatore riceve dai singoli acquirenti della droga*”. Analogamente, il provento dell'attività di sfruttamento della prostituzione è considerato profitto e non prezzo del reato: Cass. Pen., Sez. III., n. 147/1997.

85 ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza di “origine illecita”*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di ACQUAROLI, Macerata, 2007, 167.

senso nettamente differenziato dalla nozione di “profitto in senso economico”, conducendo all'adozione di una nozione di “profitto” penale equivalente a quella di “ricavo” in senso economico. Si è dunque compreso nel profitto confiscabile tutto ciò che si è ricavato, sia esso denaro o altra utilità, in conseguenza della commissione del reato, abbandonando così l'idea che il profitto confiscabile sia da identificare nel “guadagno” economico risultante dall'illecito (inteso come il ricavo del reato meno i costi sostenuti per l'attività illecita)⁸⁶.

Questo indirizzo risultava originato dall'analisi dei reati contro il patrimonio, fondati su una spoliazione ingiusta della parte offesa (come nel furto, nella rapina, nell'estorsione, o nella ricettazione), o da altri reati in cui la condotta a prestazioni corrispettive non può ritenersi in alcun modo altrimenti tutelata dall'ordinamento (come nel caso della cessione di stupefacenti o dello sfruttamento della prostituzione). Si è quindi assistito al prevalere di una concezione causale del profitto di reato.

Questo contesto è progressivamente mutato innanzitutto per fattori di carattere più tipicamente socio-criminologico, attraverso la progressiva affermazione della criminalità economica in campo imprenditoriale, dove la commistione tra componenti lecite e illecite del profitto era divenuta importante. Inoltre, vi erano anche ragioni prettamente normative, ancorché collegate alla necessità di reagire a tale progressivo avanzamento della criminalità economica.

Alla luce di tali considerazioni, non stupisce che l'ambito in cui si è avuta la più ampia rivisitazione del concetto di profitto confiscabile, sia stato quello della responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato. Infatti, tale disciplina riguarda tipicamente quei casi di commistione tra attività criminali e attività imprenditoriali lecite, che hanno costituito il punto di crisi della tesi tradizionale in punto di confisca del profitto. Inoltre, il D.Lgs. 231/2001 costituisce un chiaro esempio di previsione di una molteplicità di confische del profitto, strutturate in maniera diversa e tali da venire incontro ad esigenze del tutto differenti. Convivono, infatti, nel medesimo testo normativo istituti indicati con il medesimo termine “confisca” aventi natura molto diversa fra di loro.

86 ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit.

In proposito nel 2008 interveniva un'importante decisione delle Sezioni Unite⁸⁷ chiamata a identificare la natura giuridica della confisca del profitto a carico degli enti per illeciti dipendenti da reato⁸⁸.

Si è così osservato che la confisca del profitto del reato da cui dipende l'illecito di cui l'ente è responsabile, prevista dagli artt. 9, comma 1 e 19, comma 1 del D.Lgs. citato, oltre ad essere espressamente qualificata come “sanzione” per l'ente, è definita altresì come “principale, obbligatoria e autonoma rispetto alle altre previste nel decreto in esame”. Stessa natura viene poi riconosciuta alla confisca del profitto prevista per l'illecito dipendente dal reato di violazione delle prescrizioni di una interdizione, essendosi affermato che *“la confisca ... si atteggia come sanzione principale nell'art. 23 comma 2”*⁸⁹.

La Suprema Corte rileva, invece, come alla confisca di cui all'art. 6, comma 5 D.Lgs. cit., non possa essere attribuita natura sanzionatoria (difettando la responsabilità dell'ente), e neppure una finalità preventiva tipica delle misure di sicurezza (mancando un profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione), ma debba invece riconoscersi: *“la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato del reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe ... per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito ... tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6 comma 5 non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto [la norma che prevede appunto il sequestro preventivo di beni a carico dell'ente a garanzia della futura confisca], che richiama esclusivamente l'art. 19”*⁹⁰.

87 Cass. Pen., SS.UU., n. 26654/2008.

88 Tale decisione ha costituito un vero punto di svolta nella trattazione del tema, tale da spiegare i suoi effetti anche ai casi di confisca del profitto del reato a carico delle persone fisiche.

89 Cass. Pen., SS.UU., n. 26654/2008, cit.

90 Così Cass. Pen., SS.UU., n. 26654/2008, cit. Simile conclusione è presente anche in dottrina, la quale distingue tra sanzioni riparatorie o reintegratrici, volte ad eliminare il danno derivante dall'illecito o il profitto che l'autore ne ha conseguito, e le sanzioni punitive, che rappresentano uno strumento preventivo per la tutela di beni giuridici e presentano un contenuto afflittivo connesso alla sofferenza inflitta tramite la limitazione di un diritto o di un bene giuridico (Cfr. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in AA.VV., *Le sanzioni*

In relazione alla confisca di cui all'art. 15, comma 4 riguardante il profitto derivante da gestione commissariale, si riconosce invece la natura di sanzione sostitutiva dell'ablazione coattiva, quale emergente dalla Relazione allo schema del decreto legislativo⁹¹. Si è dunque affermato che: *“il profitto s'identifica con l'utile netto perché in questo caso la confisca è collegata ad una attività lecita che viene proseguita – sotto il controllo del giudice – da un commissario giudiziale nell'interesse della collettività (garantire un servizio pubblico o di pubblica necessità ovvero i livelli occupazionali) e non può che avere ad oggetto, proprio per il venire meno di ogni nesso causale con l'illecito, la grandezza contabile residuale da assicurare comunque alla sfera statutale, non potendo l'ente beneficiario degli esiti di una attività dalla quale, in luogo dell'applicazione della corrispondente sanzione interdittiva, è stato estromesso*⁹².

Viceversa, nel caso statisticamente più frequente di confisca del profitto del reato ex artt. 9 e 19 D.Lgs. n. 231/2001, trattandosi di sanzione principale ed autonoma, esso viene ritenuto costituito *“dal vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato, ovvero sia dal complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico, quali quelli di profitto netto o profitto lordo”*⁹³.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, a differenziare l'estensione del concetto di profitto sono le sottodistinzioni sulla natura sanzionatoria, accessoria, sostitutiva o principale ed autonoma del concetto di profitto.

A tal proposito, sembra opportuno approfondire come le Sezioni Unite siano pervenute alla conclusione e come siano state investite della relativa questione.

In relazione alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 231/2001, una parte rilevante della

patrimoniali, cit., 35.

91 Cass. Pen., SS.UU., n. 26654/2008, cit. Nella citata Relazione si legge che *“la confisca del profitto serve proprio ... [a che] l'ente non ... [sia] messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di una attività che, se non avesse avuto⁹ ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta”*.

92 Cass. Pen., SS.UU., n. 26654/2008, cit.

93 Cass. Pen., SS.UU., n. 26654/2008, cit.

dottrina⁹⁴ aveva affermato che il profitto confiscabile dovesse considerarsi quale “profitto netto”, da intendersi cioè come decurtato dalle “spese lecite” che gravano sull'ente, e ciò sulla base di una molteplicità di ragioni. In primo luogo, in assenza di una precisa scelta legislativa, la nozione di “profitto netto” sarebbe quella che corrisponde alla ratio riequilibratrice posta a base della confisca nel D.Lgs. citato, in quanto istituito diretto ad evitare che dal reato non residuino conseguenze redditizie per l'ente⁹⁵. Inoltre, la tesi del “profitto netto” sarebbe stata l'unica in grado di rispettare i principi di proporzione e determinatezza e avrebbe evitato che, tramite un concetto così dilatato di profitto, si potesse di fatto pervenire, attraverso la confisca, all'automatico fallimento dell'impresa⁹⁶.

Ulteriori argomenti a favore di questa tesi venivano poi tratti dalla lettura dell'art. 19 D.Lgs. cit., il quale antepone espressamente alla confisca la tutela dei terzi danneggiati e la tutela dei diritti dei terzi di buona fede, tra i quali i dipendenti dell'ente o i creditori terzi come gli istituti di credito, tutti soggetti che inevitabilmente verrebbero sacrificati adottando la nozione di “profitto lordo” come profitto confiscabile⁹⁷.

Altri avevano poi sostenuto l'inaccettabilità della deducibilità dei costi, in quanto si sarebbe pervenuti ad una doppia ablazione nei confronti dell'ente, attraverso la confisca e attraverso l'impedimento al recupero delle spese sostenute⁹⁸.

D'altronde, nello scorso decennio, la teoria del c.d. "profitto netto" ha cominciato a trovare spazio, anche al di fuori dello stretto ambito della responsabilità degli enti, sia nella giurisprudenza di merito⁹⁹ quanto in quella di legittimità¹⁰⁰.

94 Per un panorama sulle diverse tesi sostenute: GIAVAZZI, *Commento all'art. 19 D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA-MANCUSO-SPANGHER e VARRASO, Milano, 2007, 178.

95 PELLISERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Vol. I, a cura di GROSSO, Milano, 2007, 898.

96 ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca*, cit., 2153; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili emblematici*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 2005, 83; COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in Dir. Pen. Proc., 2007, 12, 1644.

97 ACQUAROLI, *Confisca e tassazione*, cit., 167.

98 LUGHINI, *La manipolazione dei mercati*, in Corr. Mer., 2008, 1, 90.

99 Trib. Milano, Sez. riesame, 22 ottobre 2007, est. Bassi, in *Corr. Mer.*, 2008, 84. Per un inquadramento della decisione nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, v. MAUGERI, *Le*

In particolare, quest'ultima ha mostrato aperture alla tesi del profitto netto giacché, in relazione al concetto di "profitto di rilevante entità", presupposto per l'applicazione di misure interdittive nei confronti degli enti, ha diversificato la nozione del profitto, a seconda della diversa valenza giuridica che allo stesso doveva attribuirsi.

In particolare, è stato precisato che la nozione di "profitto di rilevante entità" - richiesta dal legislatore ai fini dell'applicazione di misure cautelari interdittive dell'ente - doveva ritenersi comprendere "anche vantaggi non immediati" e doveva considerarsi più ampia di quella di profitto come "utile netto", da utilizzare per individuare l'entità del profitto che il legislatore intende assoggettare alla confisca-sanzione. Si è, dunque, riconosciuto che la nozione di profitto poteva essere intesa quale "utile netto", quando la nozione doveva essere interpretata per la applicazione della confisca-sanzione, e poteva invece essere intesa come comprensiva di qualsiasi vantaggio patrimoniale, anche non immediato, ricavato dal reato, quando si trattava di interpretare il termine profitto ai fini dell'applicazione di misure cautelari interdittive¹⁰¹.

In presenza di tali rilevanti dubbi interpretativi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sono intervenute nel 2008 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰².

Queste hanno, in sostanza, riaffermato - attraverso un percorso motivazionale di grande spessore critico - la tesi tradizionale legata alla concezione causale del profitto, comprendente tutto ciò che deriva causalmente dal reato.

Ha altresì precisato che il profitto da confiscare dovesse essere determinato in

sanzioni patrimoniali cit., 24.

100 Cass., Pen., sez. VI, n. 44936/2005 ha affermato che la rilevante entità del profitto può essere desunta dal natura e dal volume dell'attività di impresa, non occorrendo la specifica individuazione degli introiti conseguiti e neppure la determinazione degli importi liquidati, costituendo indice sufficiente la partecipazione dell'ente a numerose gare con assegnazione di appalti pubblici, rilevanti avuto riguardo alle caratteristiche e alle dimensioni dell'impresa; Cass. Pen., sez. II, n. 3615/2006, ha affermato che, nel caso di reato presupposto di cui all'art. 640-bis c.p., il profitto è conseguito nel momento in cui il contributo pubblico erogato indebitamente transita sui conti dell'ente, mentre ciò che avviene successivamente è sostanzialmente un post factum che non elide il fatto storico dell'avvenuto conseguimento del profitto.

101 Cass. Pen., sez. VI, n. 32626/2006.

102 Cass. Pen., SS. UU., n. 26654/2008.

concreto e, cioè "al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente".

Inoltre, le citate Sezioni Unite, partendo dalla constatazione che l'istituto della confisca e il concetto di profitto non hanno carattere unitario, né nell'ordinamento penale in generale, né nell'ambito dello stesso D.Lgs. n. 231/2001, hanno, comunque, ritenuto estensibili alla confisca del profitto ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001 gli approdi interpretativi in ordine alla nozione di profitto oggetto di confisca ai sensi dell'art. 240 c.p.¹⁰³.

Tuttavia le Sezioni Unite hanno rilevato la necessità di restringere la nozione di "profitto di reato" ai soli casi di "attività totalmente illecita" e, per distinguere quest'ultima dall'attività solo parzialmente criminale, hanno recuperato la tradizionale distinzione tra "reato - contratto" e "reato in contratto"¹⁰⁴.

Da ciò è derivata l'enunciazione del "principio di diritto" secondo cui il profitto oggetto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001 va individuato nel "vantaggio economico" di "diretta e immediata derivazione causale dal reato" ed è determinato in concreto "al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente".

Con questa decisione, dunque, le Sezioni Unite, utilizzando la citata teoria dei

103 Cfr. la motivazione di Cass., SS. UU., n. 26654/2008. Nel senso che anche il "profitto da reato" confiscabile ex art. 19 d.lgs. cit. viene ritenuto dover essere inteso come: "*profitto lordo, comprendente tutto ciò che deriva causalmente dal reato e cioè il complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti con esclusione dell'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico per dare concreto significato operativo a tale nozione*".

104 Il reato-contratto determina una immedesimazione del reato con il negozio giuridico e quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con la conseguenza che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima. Mentre nel reato in contratto è possibile enucleare aspetti leciti del rapporto valido inter partes, con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente. La terminologia "reati-contratto" e "reati in contratto" è stata approfondita in particolare da MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 377; LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 999; tuttavia per l'individuazione della categoria v. già CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1953, 33; OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 178 (più di recente v. anche MANTOVANI, *Diritto penale cit.*; GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002; A. LIBERATI, *Contratto e reato. Interferenza tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

reati-contratto e reati in contratto, hanno individuato nel contratto il titolo del trasferimento del bene costituente profitto e, in tal modo, hanno potuto affermare che, quando si versa in caso di reato-contratto, il reato travolge il titolo - *rectius* determina la nullità del contratto - di tal che il trasferimento non è giustificato, il prodotto è ingiusto e, pertanto, deve ritenersi derivare causalmente dal reato. Invece, prosegue la Cassazione, quando si versa in caso di reato in contratto l'illecito non travolge il titolo - *rectius* non determina la nullità del contratto che, se annullato o rescisso dalla controparte interessata che ne abbia facoltà, produce i suoi effetti - e, quindi, il contratto costituisce valido titolo di trasferimento di beni che, in questo senso, non derivano dal reato e costituiscono pertanto "giusto profitto" non confiscabile.

Nel concreto, le Sezioni Unite, applicando la suddetta distinzione tra reati - contratto a reati in contratto alla truffa aggravata ai danni dell'ente pubblico (che costituiva il presupposto dell'illecito nel caso alle stesse sottoposto), hanno rilevato che il contratto non fosse nullo e, in quanto non annullato dalla controparte interessata, costituiva valido titolo di trasferimento del bene, ciò perché nella truffa il legislatore "*non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto, nel corso delle trattative nella fase esecutiva, da una parte in danno dell'altra*".

D'altro canto, siffatta conclusione, secondo cui il contratto oggetto di truffa non è nullo ma solo annullabile, è stata affermata anche in altre e successive decisioni della Cassazione anche civile¹⁰⁵.

105 Ad es. Cass. Civ., sez. II, n. 13566/2008, ha precisato che "*il contratto concluso per effetto di una truffa di uno dei contraenti in danno dell'altro, non è nullo, ma annullabile, ai sensi dell'art. 1439 c.c. Infatti il dolo costitutivo della truffa (art. 640 c.p.) non è diverso, nè ontologicamente né sotto il profilo intensivo, da quello che vizi il consenso negoziale, atteso che entrambi si risolvono negli artifici o raggiri adoperati dall'agente e diretti a indurre in errore l'altra parte e così viziarne il consenso*" (cfr. anche Cass. Civ., SS.UU., n. 13682/2001, che ha stabilito non sussistere un rapporto di pregiudizialità tra il giudizio civile avente ad oggetto l'adempimento del contratto e il giudizio penale per ola truffa relativa alla determinazione dei corrispettivi). Peraltro Cass. Civ., sez. II, n. 6588/1999, ha ritenuto nulla "per mancanza assoluta di causa *una compravendita oggetto di un piano truffaldino volto a conseguire la proprietà del bene senza pagare alcunché come prezzo. Analogamente Cass. Civ., sez. V, n. 25646/2006, ha ritenuto che i prelievi automatici, garantiti dalla sottoscrizione di un programma di investimento rivelatosi una truffa, vanno qualificati ai fini delle imposte sul reddito come risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale, trattandosi di "attribuzioni patrimoniali che, in quanto non*

7. ATTIVITÀ ECONOMICA ED IMPUTAZIONE DELLE SUE COMPONENTI.

Va, al riguardo, ricordato che la giurisprudenza tradizionale, aderendo alla concezione causale del profitto, ha sempre richiesto da un lato, un rapporto di pertinenzialità diretta del profitto con il reato - in forza del quale gli importi da confiscare (anche per equivalente) venivano determinati escludendo le maggiorazioni conseguenti ad attività ulteriori e non essenziali alla commissione del reato medesimo, costituenti una conseguenza eventuale o comunque indiretta dell'attività criminosa (quali ad esempio gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato)¹⁰⁶.

Tuttavia, questa impostazione è stata messa in crisi dalla normativa internazionale¹⁰⁷ che ha imposto obblighi di produzione normativa sulla confisca dei proventi illeciti, anche se reinvestiti in altri beni, così da ridurre fortemente quella limitazione garantistica dei beni confiscabili ottenuta dalla giurisprudenza italiana attraverso il requisito della pertinenzialità diretta ed immediata del profitto con il reato.

ricollegabili ad una operazione speculativa i cui risultati finali si siano rivelati sfavorevoli ..., ma ad una vera e propria attività fraudolenta, essendo l'intera operazione riconducibile addirittura ad una ipotesi di reato, costituiscono fin dall'origine un risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale". In generale, in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, la giurisprudenza civile ritiene che il negozio in tal modo viziato sia annullabile ad esclusiva iniziativa dell'ente pubblico medesimo (Cass. Civ., n. 1688/1978; Cass. civ., n. 1615/1981; Cass. civ., n. 7529/1991).

106 Questa è la via seguita nel campo strettamente penale: significativa a questo riguardo è ad esempio la fattispecie esaminata da Cass. Pen., sez. VI, n. 46780/2003, riguardante un caso di corruzione di funzionari di cancelleria ad opera di avvocati al fine di pilotare l'assegnazione di procedure esecutive a giudici - estranei all'accordo criminoso - maggiormente propensi a liquidare in misura più elevata i compensi legali: in tal caso non sono stati ritenuti costituire profitto del reato i compensi liquidati dai giudici in quanto determinati nell'ambito del potere discrezionale del magistrato e non conseguenza diretta dell'illecito, come tali non soggetti a confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 322-ter c.p.

107 Si tratta di normativa estremamente copiosa rappresentata principalmente da: atti normativi internazionali elaborati in base all'allora vigente art. K3 del Trattato sull'Unione europea; atti normativi comunitari (quali la decisione quadro della UE 2005/2012/GAI del 24/02/2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi del reato, il cui art. 31, comma 1 lett. b), n. 1 stabilisce la direttiva secondo la quale per "proventi del reato" devono intendersi il prodotto e il prezzo del reato, nonché il profitto derivato anche indirettamente dal reato o il suo impiego).

La rilevanza interpretativa di tali fonti internazionali ha portato quindi a un vero e proprio “*revirement*” giurisprudenziale, con una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, nella quale viene considerato come “profitto del reato” anche il bene (immobile) acquistato con il denaro conseguito dall'imputato attraverso il reato di concussione¹⁰⁸. In tal senso si è poi circoscritta la nozione di “*profitto trasformato*” attraverso la richiesta di ben precisi requisiti: collegamento del bene con il reato e con il profitto immediato da questo conseguito; attribuibilità soggettiva del bene all'autore del reato che quella trasformazione abbia voluto; certezza della trasformazione ed esatta corrispondenza di valori.

Nell'ottica della imputazione delle componenti economiche al fatto illecito, risulta di estremo interesse una ulteriore decisione¹⁰⁹ nella quale, in una fattispecie di corruzione – diretta a favorire l'acquisto da parte di una fondazione di diritto pubblico di un immobile di proprietà della persona giuridica ad un valore superiore a quello effettivo – si è ritenuto che il profitto da sequestrare a garanzia della futura confisca fosse stato correttamente determinato nella differenza tra il prezzo pagato all'ente e il valore effettivo dell'immobile venduto.

8. LA TUTELA DEI TERZI NELLA CONFISCA:QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.

Nel nostro ordinamento la tutela del terzo rispetto alla confisca è, in via generale, disciplinata nei commi 3 e 4 dell'art. 240 c.p.¹¹⁰.

108 Cass. Pen., SS.UU., n. 10208/2008. Tale decisione è stata peraltro interpretata da una successiva sentenza delle Sezioni Unite (Cass. Pen. SS. UU., n. 26654/2008 cit.) come una riaffermazione del principio della derivazione immediata e diretta del profitto del reato, seppure con le estensioni necessarie per rendere inopponibili le attività sostitutive del bene, realizzate dall'autore del reato.

109 Cass. Pen., sez. VI, n. 46215/2009.

110 Recitano i commi 3 e 4 dell'art. 240 c.p.: “*Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1 bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale. La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.*”

Non è mancato chi ha sollevato dubbi¹¹¹ in riferimento alle “disposizioni della prima parte” contenuta nel comma 3, giacché nel proseguito dell'enunciato non si menziona mai l'articolo, bensì solo il capoverso. Da ciò si potrebbe ritenere che la formula del comma 3 richiami la prima parte non dell'articolo, ma del capoverso precedente (“è sempre ordinata la confisca”) e, quindi, il n. 1 dello stesso capoverso (vale a dire “il prezzo del reato”). Ne deriverebbe che la tutela della persona estranea al reato sia perciò espressamente stabilita solo per la sola misura di sicurezza della confisca obbligatoria, giacché – nonostante il legislatore abbia formulato in generale una valutazione di preponderanza dell'interesse della collettività alla confisca – vi sarebbe comunque un limite ontologico insuperabile dato dalla appartenenza del bene al terzo.¹¹²

Numerose sono le disposizioni, codicistiche o contenute in leggi speciali, che, in materia di confisca, tutelano la posizione dei terzi estranei al reato.

Talune di tali disposizioni si limitano a ribadire che la confisca obbligatoria operi salvo che il bene appartenga a persona estranea al reato: pertanto considerata la natura meramente ripetitiva della disposizione generale contenuta nell'art. 240, commi 3 e 4, simili norme sono da considerare quali espressione del principio generale di salvaguardia dei beni a persone estranee al reato. In tal senso, possono senz'altro citarsi l'art. 322-ter, commi 1 e 2, c.p., che prevede la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono profitto o il prezzo dei reati contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. da 314 a 320 c.p., “*salvo che appartengano a persona estranea al reato*”; l'art. 544-sexies c.p., che prevede la confisca dell'animale oggetto di reati contro il sentimento per gli animali “*salvo che appartenga a persona estranea al reato*”; l'art. 640-quater c.p., che richiama la disposizione dell'art. 322-ter cit., secondo cui viene fatta salva l'appartenenza del bene a persona estranea al reato, per l'ipotesi di confisca obbligatoria del profitto o del prezzo dei reati di cui agli artt. 640, comma 2, n. 1 (truffa aggravata ai danni di enti pubblici), 640-bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640-ter, comma 2, c.p. (frode informatica aggravata); l'art.

111 ROMANO – GRASSO -PADOVANI, cit..

112 AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI, II ed., Milano, 2006, 1809.

648-quater c.p., che prevede la confisca del prodotto o del profitto dei reati di cui agli artt. 648-bis (riciclaggio) e 648-ter (impiego di denaro di provenienza illecita) c.p., “*salvo che appartengano a persone estranee al reato*”; l'art. 2641 c.c. in tema di confisca relativa ai reati societari, che richiama in quanto compatibile l'art. 240 c.p. e , quindi, anche le disposizioni sulla tutela della persona estranea al reato, l'art. 12, comma 5-bis, D.Lgs. n. 286/1998, che prevede la confisca dell'immobile destinato ad alloggiare (al fine di trarre ingiusto profitto) immigrati clandestini “*salvo che appartenga a persona estranea al reato*”; gli artt. 186, commi 2 e 7 e 187, comma 1-bis del Codice della strada, che prevedono la confisca obbligatoria del veicolo “*salvo che appartenga a persona estranea al reato*”.

Vi sono, poi, norme che non risultano meramente ripetitive della formula contenuta nella disposizione generale di cui all'art. 240 c.p., ma che limitano ulteriormente la tutela del terzo¹¹³ ovvero intendono disciplinarla in modo più articolato¹¹⁴.

Sotto il profilo della maggiore limitazione dei diritti del terzo, conviene osservare che l'art. 301 D.P.R. n. 43/1973 prevede la confisca obbligatoria anche delle cose utilizzate o destinate alla commissione del delitto di contrabbando o di quelle che ne costituiscono l'oggetto, il prodotto o il profitto, facendo salvi solo i mezzi di trasporto fraudolento della merce di contrabbando.

Tale formulazione ha visto l'intervento di ben tre successive pronunce della Corte Costituzionale: le prime due¹¹⁵ hanno dichiarato la disposizione illegittima laddove la confisca era ordinata senza l'imputabilità del difetto di vigilanza da parte del terzo ovvero senza che fosse giudizialmente accertata l'illegittima sottrazione a terzi delle cose oggetto del reato di contrabbando.

Successivamente, dopo le modifiche sulla disposizione operate dalla L. n. 413/91, la norma veniva nuovamente dichiarata illegittima nella parte in cui non consentiva alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà

113 Si veda la previsione dell'art. 301, D.P.R. n. 43/1973 sulla confisca in materia di contrabbando.

114 Sono i casi di cui agli artt. 660-septies e 644, comma 6, c.p., per la confisca relativa ai reati contro la personalità individuale e al reato di usura, e dell'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 231/2001, sulla confisca in materia di illecito dipendente da reato a carico degli enti.

115 Corte Cost., n. 229/1974 e Corte Cost. n. 256/1976.

delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione sul mercato¹¹⁶.

Altre disposizioni ricorrono a formulazioni linguistiche diverse da quella della “*appartenenza del bene a persona estranea al reato*”: ad esempio l'art. 600-septies c.p. in materia di confisca relativa a delitti contro la personalità individuale, nonché l'art. 644, comma 6, c.p. in materia di usura che fanno, entrambi “*salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni*”.

Come è agevole desumere, il diritto alle restituzioni e il diritto al risarcimento del danno risultano essere distinti: mentre la restituzione impedisce che la confisca possa privare il terzo del bene che gli sia stato sottratto con il reato, la previsione che la confisca non possa pregiudicare le pretese risarcitorie dei danni subiti per effetto del reato dimostra come non possa privarsi il terzo di quelle componenti del patrimonio dell'autore del reato che sono necessarie per risarcire il danno.

Simili disposizioni pongono due ordini di problemi, che verranno in seguito esaminati. Il primo, è relativo alla forma in cui dare tutela a tali diritti; il secondo, è dato dalla portata loro riconoscibile al di là dei casi espressamente previsti. In altri termini, occorre stabilire in particolare se, stante la peculiare tutela riferita alle speciali ipotesi di confisca previste nelle predette disposizioni, esprimano o meno il principio generale dell'ordinamento relativo alla tutela della persona offesa in caso di confisca di beni, da riconoscersi quindi anche nei casi in cui non soccorra una espressa previsione legislativa.

Questo breve excursus normativo, quale risultante anche dagli interventi della Corte Costituzionale, evidenzia che il ricorso al concetto giuridico di “*persona estranea al reato*” rappresenta una delle molteplici tecniche per delimitare la tutela dei terzi rispetto alla confisca. Avremo, così, una tecnica di tipo soggettivo che richiede determinate caratteristiche del soggetto per l'attribuibilità della qualifica di terzo degno di tutela rispetto alla confisca (ad esempio, la c.d. buona fede). Vi sono poi tecniche di tipo oggettivo, che riguardano la natura dei beni oggetto di confisca ovvero la natura dei diritti vantati sul bene.

In particolare, possono individuarsi determinati tipi di beni rispetto ai quali la

116 Corte Cost., n. 1/1997.

tutela del terzo opera in modo più o meno ampio ovvero non opera affatto. Basti pensare, accanto ai beni intrinsecamente illeciti (rispetto ai quali non opera alcuna tutela del terzo), a categorie di res idonee ad essere considerate meritevoli di una maggior tutela per un concorrente interesse della collettività o di soggetti deboli (come nel caso di aziende o imprese, rispetto alla garanzia occupazionale o allo svolgimento di servizi pubblici o di pubblica utilità). Si rinviene, cioè, la previsione di particolari modalità esecutive della confisca, che consentono di tutelare questi interessi, ovvero limitare la tutela solo per chi vanta diritti di una determinata natura sul bene oggetto di confisca (reali di godimento, reali di garanzia, di credito).

La presente analisi, dunque, avrà ad oggetto i concetti di cose “intrinsecamente illecite”, di “appartenenza” del bene e di “persona estranea al reato”, al fine di delimitare l'ambito della tutela accordata al terzo, passando ad esaminare in quali forme tale tutela sia attuata.

9. (SEGUE). LE COSE INTRINSECAMENTE ILLECITE O PERICOLOSE.

Come già sopra evidenziato, è una costante nella disciplina delle diverse forme di confisca l'esigenza di tutelare le ragioni di soggetti terzi, estranei alle attività incriminate, titolari del bene oggetto della misura ablatoria. Emerge, infatti, l'esigenza di bilanciare l'interesse dello Stato di spoliare il reo dei beni di provenienza illecita con quello di non pregiudicare i terzi in buona fede, legittimi titolari di diritti su beni potenzialmente confiscabili¹¹⁷.

Una prima eccezione alla tutela del terzo riguarda la confisca avente ad oggetto cose intrinsecamente illecite e pericolose ovvero le cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisce reato, salvo siano consentiti mediante autorizzazione amministrativa (art. 240, comma 4, c.p.).

¹¹⁷ Per un'ampia disamina della tutela del terzo nelle diverse forme di confisca si veda M. SANTISE – F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, terza edizione, Torino, 2017.

Come sottolineato dalla migliore dottrina¹¹⁸, dalla norma in oggetto si ricavano due principi generali: innanzitutto, il riconoscimento del potere del giudice di restituire (dunque, di non confiscare) il bene appartenente al terzo se le attività di cui sopra possono essere autorizzate; inoltre, qualora dette attività non possano essere autorizzate, che il bene anche se appartenente al terzo soggiace in ogni caso alla confisca obbligatoria. La circostanza che la fabbricazione, la detenzione, l'uso di determinati beni o categorie di beni non possano essere autorizzati significa che nessuno può produrre o usare questi beni e per questo si parla di beni intrinsecamente pericolosi.

Da ciò ne discendono due corollari.

Innanzitutto, il concetto di “confisca obbligatoria” non postula o presuppone necessariamente quello di “cosa intrinsecamente pericolosa”, perciò la previsione normativa di una ipotesi di confisca obbligatoria non impedisce di per sé e in assoluto la possibilità di poter restituire il bene al terzo e, dunque, la possibilità di una tutela del terzo anche di fronte a questo tipo di confisca.

Inoltre, ciò significa che la “pericolosità intrinseca” di un bene non è una qualità naturalistica – ontologica della cosa, ma è il frutto di una valutazione prettamente giuridica che involge la previsione già effettuata dal legislatore di qualificare come reato quelle attività di utilizzo, detenzione, commercializzazione di un dato bene. In altri termini, vige un divieto penale assoluto imposto dalla legge (in questo senso vi è un'impossibilità di ottenere una autorizzazione) che riguarda tutti i consociati¹¹⁹. Quest'ultima implicazione offre la chiave ermeneutica per precisare la peculiarità dei beni che devono essere necessariamente confiscati anche se appartenenti a terzi, nonché permette di risolvere quei casi in cui una norma speciale si limiti a prevedere l'obbligatorietà della confisca, eventualmente richiamando l'art. 240, comma 2, c.p. Infatti, di fronte alla questione se il richiamo alla disposizione generale di cui all'art. 240 cit. sia effettuato ai soli fini di estendere il regime di obbligatorietà della confisca o anche per includere il bene oggetto della misura nella categoria dei beni intrinsecamente pericolosi,

118 Sul punto *funditus* T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Ed. 2011, pag. 147 e ss.

119 Ad esempio, la detenzione di un'arma abrasa.

occorre accertare in diritto se esista un divieto penale assoluto di produzione, detenzione o uso di quel bene: in assenza di tale divieto, il richiamo all'art. 240, comma 2, c.p. non può che essere limitato alla mera estensione del regime di obbligatorietà ivi previsto¹²⁰.

Tale conclusione risulta avallata dal fatto che il legislatore ha dimostrato di ritenere compatibile il richiamo effettuato da una norma speciale, contenente l'ipotesi di una confisca obbligatoria, all'art. 240, comma 2, c.p. con la tutela del terzo estraneo al reato. In questo senso può essere citata la disposizione di cui all'art. 186, commi 2 e 7, Codice della Strada, il quale pur prevedendo una ipotesi di confisca obbligatoria del veicolo ai sensi dell'art. 240, comma, 2 c.p. (questo prima della nota sentenza della Corte Costituzionale nr. 196/2010¹²¹), fa salvo il caso che lo stesso appartenga a persona estranea al reato: la giurisprudenza ha affermato, infatti, che il veicolo non è per natura un bene intrinsecamente pericoloso da non poter restare in circolazione a prescindere dal soggetto che ne aveva la disponibilità, ma è una *res* da considerarsi pericolosa solo in relazione a

120 In questi termini, T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit, pag. 147.

121 La Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 200 e 236 c.p. e 186 II co. Lett. c) e 187 I co. ultimo periodo del nuovo Codice della Strada, come modificati dall'art. 4 I co. Lett. b) e II co. Lett. b) d.l. nr. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica) conv. In legge nr. 125/2008, con sentenza 4 agosto 2010, nr. 196 (dunque prima dell'intervento della Legge nr. 120/2010), ha risolto in linea con la sua precedente pronuncia nr. 97/2009 la questione relativa alla natura giuridica della confisca affermandone il carattere di misura sanzionatoria e non di misura di sicurezza. In particolare la questione posta dal giudice a quo riguardava l'effetto che il riferimento all'art. 240 c.p. operato dall'art. 4 I co. Lett. b) d.l. nr. 92/2008 ("è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, comma 2, c.p. salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato"), in caso di condanna per i reati di guida in stato di ebbrezza o di alterazione da uso di sostanze stupefacenti, avrebbe determinato nel rendere operativa la citata previsione di cui all'art. 200, I co., c.p. (cui rinvia a sua volta l'art. 236, II co., c.p.) così consentendo l'applicazione retroattivo della misura anche a reati commessi prima dell'innovazione legislativa stessa. La Consulta argomentando sulla possibilità di disporre la misura "*anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile*" (dunque senza attuale pericolosità oggettiva) e dalla considerazione per cui l'apposizione del vincolo "*non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato*" (dunque non assolvendo realmente ad una esigenza preventiva), ha concluso nel senso della natura sostanzialmente punitiva della confisca in esame e, conseguentemente, per l'illegittimità costituzionale del novellato testo dell'art. 186, co. II, lett. c) CdS limitatamente alle parole "*ai sensi dell'art. 240, secondo comma, c.p.*" (causa dell'applicazione retroattiva sfavorevole della misura) con il dichiarato intento di rendere la previsione stessa compatibile con gli artt. 117 Cost. e 7 CEDU.

quel soggetto trovato in stato di ebbrezza¹²².

Inoltre, la dottrina¹²³ sostiene, più in generale, che la mera previsione di obbligatorietà della confisca, anche qualora non sussista una esplicita previsione normativa che faccia salvi i beni di terzi estranei al reato, non permette solo per questo di ritenere automaticamente operante una presunzione assoluta di pericolosità del bene, perché appunto, come sopra rilevato, una tale pericolosità può essere riconosciuta solo ove si rinvenga un divieto penale assoluto di produzione, detenzione o uso di quel bene: in altri termini, solo in presenza di un simile divieto (e non per la sola previsione dell'obbligatorietà della confisca) può negarsi tutela al terzo, mentre il fatto che il bene appartenga al terzo può risultare idoneo ad interrompere il nesso di strumentalità della cosa con l'autore del reato, necessario a sostenere la confisca seppur obbligatoria ma laddove non sussista un divieto assoluto di uso del bene¹²⁴.

Alla luce di quanto sopra affermato, la dottrina prevalente, dunque, conclude nel senso che quando la confisca obbligatoria riguarda un bene oggetto di divieto penale assoluto la previsione contenga un implicito riconoscimento di pericolosità

122 Al riguardo Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2009, nr. 13831: “è rispondente alla ratio legis interpretare il richiamo contenuto nell'art. 186 al secondo comma dell'art. 240 c.p. non come riferimento alla natura e alle caratteristiche delle cose ivi elencate, bensì nel senso della previsione della obbligatorietà della confisca per il veicolo condotto da soggetto in stato di ebbrezza (...): il veicolo non è ex sé una res tale da non poter restare in circolazione prescindendo dal soggetto che ne aveva la disponibilità e dall'esito del giudizio, ma una resa da considerarsi pericolosa solo in relazione a quel soggetto trovato in grave stato di ebbrezza (...)”. Si veda anche Cass. Pen., S.U., 17 aprile 2012, nr. 14484 sulla confisca del veicolo oggetto di un contratto di leasing ove si afferma il principio di diritto secondo il quale “non è confiscabile la vettura condotta in stato di ebbrezza dall'autore del reato, utilizzatore del veicolo in relazione a contratto di leasing, se il concedente, proprietario del mezzo, sia estraneo al reato”. Per un'ampia disamina della confisca nel Codice della Strada si veda R. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Ed. 2017/2018, Roma, pag. 1438 e ss.

123 Tomaso Emilio Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 148.

124 Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 11 marzo 2005, De Gregorio, nr. 9954, in CED nr. 231029: in ordina all'applicazione della disposizione di cui all'art. 416 bis, comma 7, c.p. che prevede la confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere di associazione di tipo mafioso, ovvero delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o ne costituiscono l'impiego. Ancora Cass. Pen., Sez. V, 19 luglio 2007, PM in c. Magiste International S.A., nr. 28944, in Ced nr. 240155: in relazione alla confisca obbligatoria ex art. 187 D.Lgs nr. 58/1998 di beni strumentali alla commissione del reato di manipolazione del mercato, confisca in relazione alla quale ancora una volta il legislatore, pur configurandola come obbligatoria, fa espressamente salva l'appartenenza del bene a persona estranea al reato, appunto in tale decisione si dà rilievo alle più ridotte implicazioni desumibili dalla mera previsione di obbligatorietà della confisca.

in sé della cosa, mentre la mera previsione di obbligatorietà della confisca può essere configurata in diversi modi, soprattutto come sanzione o come misura di sicurezza. La “confisca come sanzione” non può colpire il terzo estraneo al reato pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* e art. 4 CEDU; “come misura di sicurezza” la previsione di obbligatorietà della confisca comporta soltanto la presunzione legale della pericolosità del rapporto reo/cosa. Tuttavia, poiché la pericolosità della cosa è in *re ipsa* solo quando il bene sia oggetto di un divieto penale assoluto, negli altri casi occorrerà sempre accertare il nesso della cosa con il reo, in presenza del quale scatta la presunzione di pericolosità connessa all’obbligatorietà della confisca.

Chiarita la questione nei termini di cui sopra, può essere affrontato infine il problema relativo alle cose oggetto non di un divieto penale assoluto, ma soltanto relativo, cioè alle cose la cui produzione, detenzione e uso possono essere autorizzate. Ci si è chiesti, infatti, se per valutare i requisiti di illiceità della cosa debba aversi riguardo al momento in cui è stato commesso il reato, a quello della confisca ovvero alle caratteristiche che le cose potrebbero acquisire per effetto di modifiche o adattamenti, ancora ci si è chiesti se la sussistenza dell’autorizzazione debba essere valutata in concreto o in astratto e se debba essere valutata al momento di perpetrazione dell’illecito o di applicazione della confisca.

Alla luce della ricostruzione sopra effettuata, si può affermare, richiamando al riguardo autorevole dottrina¹²⁵, che la previsione di una confisca obbligatoria preclude in radice ogni valutazione sulla posizione del terzo se vi è un divieto penale assoluto nei termini sopra chiariti, e quindi l’impossibilità astratta di ogni autorizzazione; invece, la sussistenza della possibilità astratta di restituzione al terzo (astratta autorizzabilità delle attività di produzione, detenzione e uso del bene) impone di valutare finalità della confisca e posizione del terzo. Nella prospettiva del terzo di poter ottenere la restituzione del bene ciò che rileva è poi che l’autorizzazione sia stata in concreto rilasciata, almeno nel momento in cui il

125 T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, *op. cit.*, pag. 152.

problema della restituzione di pone, cioè quello della decisione sulla confisca ovvero sulla restituzione del bene. Pertanto, quando l'art. 240, comma 4, c.p. usa la formula "*possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa*" esso postula che ove la possibilità astratta di tale autorizzazione sussista da un punto di vista normativo non vi è la preclusione di valutare la posizione del terzo, occorrerà poi verificare in concreto se essa sia stata rilasciata, insieme a tutti gli altri elementi necessari per riconoscere la tutela effettiva dello stesso (titolarità del bene, tipo di diritto fatto valere, la sua posizione rispetto al reato, la sua buona fede) al fine di verificare se il terzo abbia davvero diritto ad essere salvaguardato dalla confisca¹²⁶.

In conclusione, alla luce delle considerazioni sopra svolte, si può affermare come sia pacifico in dottrina e in giurisprudenza il dato che l'appartenenza del bene alla categoria delle cose intrinsecamente pericolose o illecite in modo assoluto impedisce qualsiasi tutela del terzo di fronte a qualsiasi forma di confisca.

10. (SEGUE). LA NOZIONE DI APPARTENZA DEL BENE E IL CONCETTO DI ESTRANEITA' AL REATO.

Fuori dalla fattispecie sopra ricostruita ovvero quella di confisca di beni intrinsecamente illeciti o pericolosi, può allora effettivamente porsi un problema di tutela del terzo.

L'art. 240 c.p. subordina questa tutela a due requisiti: l' "*appartenenza*" del bene

126 Cfr. T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit., pag. 154: l'Autore mette in rilievo come ciò che si pone in questi casi è solo un problema di onere probatorio e di regole di decisione, da risolvere secondo gli usuali criteri in materia di prova di fatti negativi, vale a dire prova positiva del fatto contrario e prove presuntiva del fatto negativo: posto che l'autorizzazione rappresenta giuridicamente la rimozione ad un ostacolo generale valido per tutti, cui si fa eccezione per il soggetto che ne beneficia, una volta che risulti che la produzione, detenzione e uso del bene costituisce reato e che non risulti acquisita alcuna autorizzazione in base agli accertamenti compiuti, incombe su chi pretenda di ottenere la disponibilità del bene il rischio per la mancata prova della rimozione, ottenuta in concreto mediante l'autorizzazione, dell'ostacolo generale posto in proposito dalla norma che preveda in genere come reato le attività di cui sopra. Ciò risponde, secondo l'Autore, anche a criteri di efficienza probatoria concreta, essendo evidente che chi ha ottenuto l'autorizzazione e sulla base di questo rivendichi il bene, sia il soggetto che meglio può essere a conoscenza e dimostrare detta circostanza.

al terzo e che lo stesso sia persona “*estranea*” al reato.

Appare, dunque, opportuno spiegare *funditus* i suddetti requisiti che sono stati invero oggetto di notevoli approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali, data la rilevanza non solo teorica ma di rilievo applicativo nell’ambito dell’istituto in esame, dipendendo da essi la maggiore o minore ampiezza dell’ambito di tutela dei terzi.

Con riferimento al concetto di “*appartenenza*” del bene, l’attenzione della dottrina si è fin da subito concentrata sull’estensione interpretativa di detto concetto nel senso se esso facesse riferimento al solo diritto di proprietà o comprendesse anche i diritti reali di godimento o di garanzia. Al riguardo si sono sviluppati due orientamenti: un primo incline a sostenere una accezione lata di appartenenza, comprensiva sia del diritto di proprietà che dei diritti reali, di qui l’impossibilità di sottoporre a confisca il bene gravato da un diritto reale almeno sino al soddisfacimento della garanzia per la quale il diritto era stato costituito; un secondo orientamento più propenso verso un’accezione ristretta di appartenenza limitata al solo diritto di proprietà, ma con la precisazione che lo Stato acquisirebbe la proprietà del bene con gli stessi limiti dell’originario titolare, con conseguente obbligo di rispettare i diritti reali gravanti sul bene.

La giurisprudenza assolutamente prevalente aderisce ad una interpretazione lata del concetto di appartenenza del bene, o meglio - come evidenziato da taluni Autori¹²⁷ - la medesima in realtà tende ad escludere che l’applicazione della confisca possa determinare l’estinzione dell’altrui diritto reale considerando questo una forma di appartenenza della cosa cui inerisce il c.d. diritto di seguito: su questa posizione si attesta la nota sentenza a S.U. *Bacherotti*¹²⁸, i cui principi di

127 T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 156 e 157.

128 Cass. S.U., 8 giugno 1999, nr. 9 Bacherotti, in CED nr. 21351, la quale ha ritenuto che “*l’applicazione della confisca non determina l’estinzione del preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi sulle cose che ne sono oggetto quando costoro, avendo tratto oggettivamente vantaggio dall’altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole. In siffatta ipotesi, la custodia, l’amministrazione e la vendita delle cose pignorate devono essere compiute dall’ufficiale giudiziario e il giudice dell’esecuzione deve assicurare che il creditore pignoratizio possa esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita*”.

diritto sono stati richiamati anche dalle pronunce giurisprudenziali più recenti¹²⁹. Il profilo più problematico è emerso tuttavia con riferimento alla natura dell'acquisto del bene per effetto della confisca. Posto, infatti, che il trasferimento del diritto si realizza autoritativamente, si potrebbe essere indotti a qualificare – come in effetti qualche Autore ha proposto – come “*originario*” detto titolo di acquisto. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti optano invece per la soluzione opposta, affermando che trattandosi pur sempre del trasferimento di un diritto, questo come tale non può avere ad oggetto un diritto diverso da quello che faceva capo al suo precedente titolare. Al riguardo, appare opportuno richiamare ancora una volta la sentenza *Bacherotti* cit. dalla quale emerge chiaramente come la giurisprudenza colleghi l'opponibilità dei diritti reali sul bene alla funzione attribuita alla confisca, nel senso che, se la medesima avesse quale scopo principale ed immediato l'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, allora si potrebbe ipotizzare una inopponibilità dei diritti dei terzi allo Stato, con conseguente sacrificio dei medesimi, ma se la funzione è preventiva in quanto volta ad interrompere la relazione del bene stesso con l'autore del reato e di sottrarlo alla sua sfera di disponibilità, allora andrebbe riconosciuto che l'acquisizione del bene allo Stato è una conseguenza della sottrazione e non già l'obiettivo primario della confisca, il cui fine principale sarebbe soltanto la spoliazione del reo nei diritti che egli ha sulla cosa, mentre l'acquisto di tali diritti da parte dello Stato costituirebbe soltanto una conseguenza di tale spoliazione. Orbene, tracciati i profili e l'ambito del concetto di appartenenza, occorre spostare l'attenzione sull'ulteriore requisito richiesto dall'art. 240 c.p. ai fini della tutela del terzo ovvero l'“*estraneità*” della persona al reato.

Preme subito evidenziare come il concetto di estraneità debba essere inteso – ovvero così opta l'orientamento prevalente – in una “accezione sostanziale” e non meramente formale: questo significa che l'estraneità riguarda il “reato” e non il “procedimento” relativo a questo reato. Con maggior impegno esplicativo, il fatto

129 Vedi S.U., 25 settembre 2014, nr. 11170/2015 Uniland s.p.a.: intervenute su alcune articolate questioni relative ai limiti di opponibilità della confisca e ai rapporti tra sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente prevista dal D.Lgs 8 giugno 2001, nr. 231 e procedura fallimentare.

di non essere imputato nel procedimento in cui viene disposta la confisca non è elemento sufficiente a qualificare il soggetto come “estraneo al reato”. Tale conclusione si basa oltre che su un’interpretazione letterale della norma (infatti, l’art. 240 cit. collega espressamente l’estraneità al reato e non al procedimento), anche sulla stessa *ratio* di tutela del terzo, il quale può essere considerato meritevole di tutela di fronte alla confisca in quanto non sussista quel rapporto tra la *res* ed il reato o il suo autore che rappresenta la ragione giustificativa del provvedimento ablatorio. Inoltre, spiega la dottrina¹³⁰, il concetto di estraneità va inteso in senso “attivo”, con ciò volendo significare non solo che nel novero dei soggetti estranei al reato deve essere ricompresa la persona offesa, la quale risulta solo passivamente coinvolta nel reato e, dunque, particolarmente degna di attenzione ai fini della tutela, ma anche che la caratteristica essenziale di detto concetto sta proprio nella mancanza di qualsiasi collegamento diretto o indiretto con la consumazione del fatto criminoso ovvero nell’assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile.

Tale requisito minimo di assenza di qualsiasi coinvolgimento o contributo attivo al reato, che deve connotare la persona estranea, tuttavia non delinea ancora esattamente la consistenza del concetto di estraneità, poiché questo richiede altresì l’assenza in capo al terzo di qualsiasi tipo di “vantaggio o utilità derivanti dal reato”¹³¹.

Tale ultimo elemento caratterizzante il concetto di estraneità è stato in qualche misura precisato e limitato da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Ed invero, la Corte Costituzionale, dichiarando l’incostituzionalità dell’art. 301 D.P.R. nr. 43/1973 nella parte in cui prevedeva il sacrificio del diritto dei terzi sulle cose utilizzate da altri per il contrabbando, ancorché ai primi non fosse imputabile alcun “difetto di vigilanza”, ha affermato come il proprietario della cosa sottoposta a confisca obbligatoria, se estraneo al reato e indenne da

130 In questo senso si esprime T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 160.

131 La giurisprudenza costituzionale ha ritenuto salvaguardata dalla confisca solo la posizione del terzo che non si sia in alcun modo avvantaggiato dalla commissione del reato: cfr. Corte Cost. 19 gennaio 1987, nr. 2.

colpa, finisce per essere colpito a *titolo di responsabilità oggettiva*, con conseguente violazione dell'art. 27, comma 1, Cost., mentre la posizione del terzo incolpevole è da ritenere protetta dal *principio della tutela dell'affidamento incolpevole* che permea ogni ambito dell'ordinamento giudicio¹³².

Così, anche la giurisprudenza di legittimità¹³³, in ossequio al principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.* e ai dettami della Corte Costituzionale, pur riconoscendo di non poter privilegiare la tutela del terzo quando costui abbia tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa, ha tuttavia precisato che il concetto di estraneità al reato può essere individuato anche in presenza dell'elemento oggettivo costituito dalla derivazione di un vantaggio dall'altrui condotta criminosa, purché sussista l'elemento soggettivo della buona fede in capo al terzo, buona fede che consiste nella *“non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato”*¹³⁴. Dunque, al fine di assicurare una interpretazione conforme ai principi costituzionali, la giurisprudenza ha individuato nella buona fede del terzo (da intendersi quale affidamento incolpevole) il requisito che consente a questo di essere tutelato dalla confisca quando, pur essendosi egli oggettivamente avvantaggiato dell'illecito da altri commesso, non gli possa però essere mosso alcun rimprovero nemmeno a titolo di colpa per la condotta da esso tenuta.

Pertanto, volendo in conclusione fare il punto sullo stato dell'arte in ordine alla tutela del terzo estraneo al reato, si può evidenziare come sul tema la giurisprudenza si attesti sui seguenti principi:

- il terzo estraneo al reato è la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi ed

132 Cfr. Corte Cost., 17 luglio 1974, nr. 229; Corte Cost. 29 dicembre 1976, nr. 259; Corte Cost., 19 gennaio 1987, nr. 2; Corte Cost. 10 gennaio 1997, nr. 1.

133 Cass. S.U., 8 giugno 1999, Bacherotti, cit.

134 Se fosse sufficiente il solo essersi oggettivamente avvantaggiato della commissione del reato, allora una intera categoria di diritti, quelli appunto reali di garanzia ma anche quelli reali di godimento, sarebbe automaticamente esclusa da ogni tutela nei confronti della confisca: in questo senso vedi T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 165.

utilità¹³⁵;

- al requisito oggettivo costituito dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, deve aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo intesa come *“non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato”*¹³⁶;
- soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e soggettiva può vedere riconosciuta l'intangibilità della sua posizione giuridica e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca.

Merita ancora di essere segnalato come la giurisprudenza abbia precisato che il concetto di *buona fede* per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 c.c.(ignoranza di ledere l'altrui diritto), dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanti un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare, ed ha affermato che la buona fede non può essere presunta¹³⁷.

Con specifico riferimento all'onere della prova della buona fede del terzo¹³⁸ l'orientamento giurisprudenziale tradizionale (che fa capo alla nota sentenza *Bacherotti* citata) sostiene che faccia carico ai terzi l'onere della prova sia in relazione alla titolarità del diritto/bene sia con riferimento all'assenza di un collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa, oppure,

135 S.U. nr. 9/1999, *Bacherotti*, cit.; Sez. II, 14 ottobre 1992, nr. 11173, *Tassinari*, Rv. 193422; Sez. III, 19 gennaio 1979, nr. 3390, *Ravazzani*, Rv. 141690).

136 Corte Cost. nr. 229 del 1974; nr. 259 del 1976; nr. 2 del 1987 che aveva dichiarato l'incostituzionalità delle norme che prevedevano il sacrificio del diritto dei terzi sulle cose utilizzate da latro per il contrabbando, ancorché ai primi non fosse imputabile un difetto di vigilanza.

137 Si tratta di una interpretazione che secondo S.U. 25 settembre 2014, nr. 11170/2015 *Uniland s.p.a* cit. trova avallo anche nella volontà del legislatore che, nel prevedere la confisca obbligatoria in materia di contraffazione di marchi e segni distintivi all'art. 474 bis c.p., introdotto dall'art. 15, comma 1, lett. c) L. 23 luglio 2009, nr. 99, ha escluso la confisca delle cose appartenenti a terzi *“quando questi dimostrino di non aver potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, delle cose o la loro illecita provenienza e di non essere incorsi in difetto di vigilanza”*.

138 T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 165 e ss.

nell'ipotesi di sussistenza di detto collegamento oggettivo, dell'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza¹³⁹. Tuttavia, la giurisprudenza più recente, rivisitando in chiave critica i suddetti principi, ha sostenuto come l'onere della prova della buona fede non può essere posto tutto a carico del terzo, perché nel processo penale il giudice nel disporre il sequestro o la confisca ha il potere-dovere di accertare la titolarità dei beni e le modalità di acquisizione da parte dei terzi, pertanto, non potendo ammettersi un'inversione dell'onere della prova, appare ragionevole pretendere dal terzo un onere di mera allegazione degli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato.

11. (SEGUE). L'INTERPOSIZIONE DEL SOGGETTO TERZO.

La fondamentale esigenza di tutelare il terzo apre sotto altro profilo un diverso spaccato della questione: il riferimento è alla prassi, purtroppo molto diffusa, di trasferire in modo fittizio la titolarità di beni a terzi (persone fisiche o giuridiche) proprio al fine di evitare la confisca o altro provvedimento ablatorio, sfruttando così strumentalmente le regole poste proprio a garanzia dei terzi estranei che l'ordinamento vuole tutelare.

Le modalità di “*interposizione*” del soggetto terzo (si parla in generale di *strumentalizzazione* dei terzi) possono assumere tre forme principali: la *simulazione assoluta* del negozio di trasferimento, nel senso che la cessione è solo fittizia, in realtà le parti sono d'accordo nel non volere gli effetti del negozio, per cui il bene, pur formalmente intestato al terzo, deve in realtà considerarsi nella disponibilità del cedente; il *negozio fiduciario*, in forza del quale le parti vogliono effettivamente il negozio, con l'impegno però che il cessionario-fiduciario del bene ritrasferisca poi il bene medesimo al cedente-fiduciante; infine, l'utilizzo di un ente giudico come “*schermo societario*”, nel senso che il bene risulta di

139 In questo senso *ex plurimis* Cass., Sez. III, 16 gennaio 2015, nr. 18515 Ruggeri.

proprietà e pertinenza di un ente e non dell'autore del reato, ancorché sia la persona fisica a disporne di fatto.

Merita affrontare partitamente le tre forme di interposizione soggettiva, iniziando dalla fattispecie di simulazione assoluta del trasferimento del bene, rinviando ai successivi paragrafi con riferimento ai casi di negozio fiduciario e schermo societario.

La fattispecie in oggetto viene espressamente contemplata dal legislatore con riferimento a diverse ipotesi di confisca. Il riferimento è innanzitutto all'art. 12 *sexies* D.L. 306/1992 che prevede la cd. confisca allargata, la quale ha ad oggetto denaro, beni o altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la legittima provenienza e di cui risulti essere titolare o avere la disponibilità "*anche per interposta persona*" in misura sproporzionata rispetto ai redditi dichiarati o comunque derivanti da attività economiche lecite. Analoga previsione si rinviene nell'art. 648 *ter* c.p. ove si prevede la confisca per equivalente di beni di cui l'autore di reati di riciclaggio "*ha la disponibilità anche per interposta persona*". Anche per le misure di prevenzione è prevista *ex art.* 24 D.Lgs 159/2011 la confisca dei beni (cd. confisca antimafia) di cui il proposto non possa giustificare la legittima provenienza e di cui "*anche per interposta persona fisica o giudica*" risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria attività economica.

Ebbene, l'opinione maggioritaria è nel senso di ritenere che queste ipotesi non costituiscano eccezioni alla regola generale di tutela del terzo, ma codificano un principio immanente a qualsiasi tipo di confisca secondo il quale non sussiste alcuna esigenza di tutela del terzo in presenza di una interposizione fittizia di persona, posto che in questi casi il bene deve ritenersi effettivamente del soggetto destinatario della misura e non del terzo. In altri termini, in presenza di una interpretazione fittizia di persona se si accerta che il bene non appartiene al terzo, allora non sussistono i presupposti per riconoscere la tutela di questi: ciò vale per tutti i tipi di confisca e non solo per quelli in cui la possibilità dell'interposizione viene contemplata dal legislatore.

In ordine ai casi di simulazione assoluta si pone soprattutto un problema di onere

probatorio, incombando sull'accusa dimostrare che, nonostante la formale intestazione del bene, in realtà l'autore del reato ne ha mantenuto la disponibilità effettiva. In merito ai limiti e la portata dell'*onus probandi*, la giurisprudenza in tema di confisca *ex art. 12 sexies cit.* ha affermato che *“quando il bene che si assume illecitamente acquistato risulta intestato a terzi, l'indagine al fine di disporre la misura di sicurezza patrimoniale deve essere rigorosa soprattutto se il terzo intestarlo sia un estraneo che non abbia vincoli di parentela o di convivenza con il preposto, rispetto ai quali è più accentuato il pericolo della fittizia intestazione e più probabile l'effettiva disponibilità dei beni da parte del medesimo (...). Incombe sull'accusa l'onere di dimostrare ai fini dell'operatività nei confronti del terzo del sequestro e della successiva confisca, l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene (...). Il giudice ha quindi l'obbligo di spiegare le ragioni dell'interposizione fittizia, adducendo non solo circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma elementi fattuali che si connotino della gravità, precisione e concordanza, si da costituire prova indiretta dell'assunto che si tende a dimostrare, cioè del superamento della coincidenza fra titolarità apparente e disponibilità effettiva del bene”¹⁴⁰. Anche per le misure di sicurezza di prevenzione patrimoniale sono stati affermati analoghi principi¹⁴¹.*

Dunque, la giurisprudenza di legittimità risulta attestata sul principio tradizionale in forza del quale per poter disporre la confisca allorché il bene sia formalmente intestato a terzo, occorre la prova piena della disponibilità del bene da parte dell'indiziato e che incombe sull'accusa l'onere di dimostrare la malafede dell'acquirente stesso.

Occorre ancora rilevare come in alcuni casi il legislatore stabilisca espressamente talune presunzioni che consentono di apprendere coattivamente il bene ancorché

140 Cass., Sez. II, 10 gennaio 2008, Catania, nr. 3990, in CED nr. 239269; in senso conforme anche Cass., Sez. I, 15 ottobre 2003, Andronico nr. 43046, in CED nr. 226610; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2001, nr. 11049, in CED nr. 226053; Cass., Sez. V, 28 maggio 1998, Di pasquale, in CED nr. 211832.

141 Cass., Sez. II, 23 giugno 2004, nr. 35628, Palumbo in CED nr. 229726; Cass., Sez. I, 15 ottobre 2003, nr. 43046, Andronico, in CED nr. 226610; Cass., Sez. I, 10 novembre 1997, nr. 6279, in CED nr. 208941.

intestato a un terzo, senza che sia necessario addurre indizi gravi precisi e concordanti della fittizietà del diritto del terzo. Così ipotesi presuntive sono previste a tutela del sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile a garanzia del pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento, delle somme dovute all'erario dello Stato o delle obbligazioni civili nascenti dal reato. In particolare, l'art. 192 c.p. stabilisce, a fini dell'opponibilità al sequestro, l'inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti dal colpevole dopo il reato. L'art. 193 c.p. stabilisce, sempre ai fini del sequestro conservativo, che si presumono fatti in frode gli atti a titolo oneroso compiuti dal colpevole dopo il reato, precisando tuttavia che per la revoca dell'atto è necessaria la prova della malafede dell'altro contraente. L'art. 194 c.p. richiede invece la prova della frode per gli atti compiuti entro un anno prima del reato, che siano a titolo gratuito (nel qual caso essi sono inefficaci) ovvero che siano a titolo oneroso ma eccedenti la semplice amministrazione, occorrendo però in quest'ultimo caso la prova della malafede dell'altro contraente (nel qual caso essi sono revocabili).

Proprio sulla base di queste disposizioni la giurisprudenza ha ritenuto che anche i beni dei terzi sono aggredibili con il sequestro conservativo, purché sussistano elementi da cui risulti la malafede degli acquirenti o la simulazione del contratto di acquisto¹⁴².

Orbene, ci si chiede se sia possibile estendere le suddette presunzioni di interposizione anche in ambiti diversi da quelli per i quali sono espressamente previste e in generale alla confisca. La conclusione circa la generale applicabilità delle citate presunzioni a qualsiasi forma di confisca o ablazione coattiva dei beni, viene tuttavia esclusa posto che il carattere derogatorio delle presunzioni, rispetto alle normali regole di giudizio sull'accertamento dei fatti, impone di riconoscerne il carattere eccezionale, rendendo impossibile una loro applicazione fuori dai casi per i quali sono espressamente previste in ossequio del principio posto dall'art. 14 Preleggi¹⁴³. Ciò chiaramente non significa che i presupposti fattuali alla base di

142 Cass., Sez. II, 19 dicembre 2008, Co.Me.Fi. Metalli, nr. 3810, in CED nr. 242540.

143 Recita l'art. 14 delle Preleggi (rubricato "*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*") "*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*": la norma pone il divieto del ricorso

dette presunzioni – come tempo e natura della disposizione patrimoniale, nonché la sussistenza di legami familiari – possano costituire unitamente ad altri quei caratteri di precisione, univocità e concordanza che permettono di ritenere provata l’interposizione del soggetto terzo.

12. (SEGUE). IL TERZO FIDUCIARIO E I PATRIMONI SEPARATI.

Ulteriore forma in cui potrebbe realizzarsi un’interposizione del soggetto terzo è quella, come sopra anticipato, che coinvolge la stipulazione di un *negozio fiduciario*¹⁴⁴.

Questa ipotesi appare sicuramente più complessa e problematica.

Ed invero, nell’ipotesi di negozio fiduciario, a differenza della simulazione negoziale, il trasferimento del bene è reale e non apparente: esso è realmente voluto dalle parti, ma contestualmente è accompagnato da un accordo obbligatorio tra le parti in base al quale il cessionario-fiduciario del bene si impegna a ritrasferire il bene medesimo al cedente-fiduciante (cd *pactum fiduciae*). Più precisamente, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, l’uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia *erga omnes*, e l’altro di carattere interno, anche questo realmente voluto, ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato del primo negozio, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o ad un terzo. Pertanto, l’interposizione fiduciaria integra una interposizione “reale” di persona e “non fittizia”, per effetto della quale il fiduciario acquista la titolarità dei beni, pur essendo nei rapporti interni tenuto a rispettare l’obbligo assunto di

all’analogia nel diritto penale.

144 Per un’ampia e aggiornata disamina sul negozio fiduciario e in generale sul patrimonio destinato vedi G. CHINE’, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di Diritto Civile*, IX ed.2017-2018, Roma. Si rinvia ancora a M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, Vol. 4 *I diritti reali, le successioni e la famiglia*, ed. Dike, 2016.

ritrasferire i beni stessi al fiduciante¹⁴⁵.

Ebbene, proprio le specifiche caratteristiche del negozio fiduciario hanno indotto la giurisprudenza a ritenere che il bene possa essere confiscato: infatti, con la confisca del bene presso il fiduciario si vuole impedire che, attraverso l'adempimento del *pactum fiduciae* e, in particolare, dell'obbligazione di ritrasferimento, si realizzino proprio quelle situazioni che legittimano la confisca, evitata soltanto grazie allo strumento negoziale in oggetto, ma senza che possa ritenersi mai venuta meno la "disponibilità" del bene in capo al soggetto passivo della misura. Quest'ultimo, infatti, oltre a poter mantenere di fatto il godimento del bene medesimo, può senza alcun ostacolo recuperarne l'integrale titolarità anche formale¹⁴⁶ ed in questo senso non può ritenersi che il fiduciante perda effettivamente la "disponibilità sostanziale" del bene.

La posizione della giurisprudenza, dunque, è sostenuta dall'assunto secondo cui il diritto di proprietà conseguito tramite un negozio fiduciario acquista una conformazione peculiare che permette di affermare che il bene sia ancora nella disponibilità del fiduciante, secondo il concetto di disponibilità rilevante ai fini della confisca. Infatti, come già evidenziato, la proprietà in tal modo trasferita risulta soggetta a vincoli di destinazione e temporali contenuti nel patto fiduciario, che legano il fiduciante al fiduciario.

A questo punto, pare opportuno ricordare come, dal punto di vista civilistico, il principio tradizionale del numero chiuso dei diritti reali e la previsione di cui all'art. 2740 c.c., secondo cui il patrimonio del debitore costituisce garanzia generale per i suoi creditori, siano stati considerati il principale ostacolo al

145 Cass. Civ., Sez. I, 27 novembre 1999, nr. 13261, in CED nr. 531576.

146 Vedi Cass. Sez. II, 20 dicembre 2006, Napolitano, nr. 10838, in CED nr. 235828, la quale ha affermato "ai fini dell'operatività della confisca per equivalente prevista dall'art. 322 ter c.p. e, di riflesso, della possibilità di adozione di un provvedimento di sequestro preventivo dei beni che possono formarne oggetto, il requisito costituito dalla disponibilità di tali beni da parte del reo non viene meno in caso di intervenuta cessione dei medesimi ad un terzo con patto fiduciario di retrovendita; ciò in quanto non sarebbe perciò stesso esclusa in radice la possibilità della perdurante disponibilità dell'alienante, qualora il negozio integrasse un'interposizione reale, contraddistinta da patto fiduciario di retrovendita, configurato come diritto potestativo del dante causa: tale, in ipotesi, da non eliminare la signoria corrispondente alla disponibilità sostanziale dei beni – oltre che, eventualmente, il loro persistente godimento di fatto – suscettibile in ogni momento, ad libitum dell'alienante, di ritradersi in dominica potestas, di diritto".

riconoscimento dell'ammissibilità in via generale di un diritto reale differenziato, appunto la proprietà fiduciaria, come proprietà temporanea e a destinazione vincolata. Da qui la prevalente tendenza a qualificare i vincoli fiduciari come vincoli di natura obbligatoria, dunque, cogenti solo tra le parti e non opponibili ai terzi, i quali vanno ad innestarsi su un negozio di trasferimento del diritto a favore del fiduciario avente piena efficacia reale (efficacia *erga omnes*). L'istituto della proprietà fiduciaria, infatti, rientra nella più ampia tematica della separazione patrimoniale, la quale può oggettivamente costituire una possibile fonte di pregiudizio per i creditori che vedrebbero ridotta la garanzia patrimoniale generica che possono vantare *ex art. 2740 cit.* In ragione di ciò il legislatore ha sempre tendenzialmente visto con sfavore la creazione di patrimoni separati o segregati, preferendo ammettere in via del tutto eccezionale ed in ipotesi tassativamente previste la separazione del patrimonio in capo ad un medesimo soggetto in forza di una valutazione di particolare meritevolezza della finalità della destinazione separata rispetto all'interesse dei creditori di mantenere integra la propria garanzia patrimoniale generica sul patrimonio del debitore: così è stato espressamente previsto il fondo patrimoniale destinato ai bisogni della famiglia o il patrimonio destinato ad uno specifico affare. Questa impostazione è stata profondamente innovata dall'introduzione in via generale del negozio di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter c.c.*, rubricato "*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*"¹⁴⁷. L'introduzione di questo nuovo istituto, nonché la rilevante diffusione del *trust* anglosassone (altra figura di patrimonio separato riconosciuta in Italia in conformità alla Convenzione

147 Art. 2645 *ter c.c.*: "*Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili trascritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.* L'articolo è stato inserito dal D.L. 30 dicembre 2005, nr. 273, poi convertito con Legge 23 febbraio 2006, nr. 51, all'art. 39 *novies*.

dell’Aja del 1985, resa esecutiva con Legge nr. 364/1989) ha dato nuovo impulso al dibattito sulla possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento l’esistenza di una vera e propria proprietà fiduciaria distinta dalla generica proprietà privata.

L’attenzione posta alle suddette questioni civilistiche non è puramente teoria, ma ha importanti risvolti applicativi in ambito penalistico in tema di confisca: infatti, da un lato, il trasferimento di una proprietà vincolata e destinata implica la perdurante disponibilità del bene in capo al fiduciante ai fini della misura ablatoria; dall’altro lato, la valutazione di meritevolezza della *causa fiduciae*, fondante il trasferimento del bene al fiduciario, è sottesa al problema della sua opponibilità rispetto agli interessi tutelati con la confisca penale. Ebbene, riconducendo al carattere fiduciario del trasferimento la possibilità di riconoscere la perdurante disponibilità del bene in capo al fiduciante, nonostante il trasferimento reale al terzo, detta disponibilità ne legittimerebbe la confisca.

Come sopra anticipato, il rapporto negozio fiduciario – confisca apre una serie innumerevole di problemi. Così ci si chiede se la particolare meritevolezza della destinazione impressa al patrimonio con il vincolo fiduciario possa prevalere sulle ragioni della confisca. Particolarmente delicata poi risulta l’ipotesi in cui i presupposti della confisca risultino sussistenti con riferimento al fiduciario e non, come si riscontra di solito nella prassi, al fiduciante, come ad esempio accade quando il soggetto indiziato di mafia sia il fiduciario ed il fiduciante risulti completamente estraneo al reato: con riferimento a questa ipotesi in effetti sorge il dubbio se la confisca dei beni intestati al fiduciario sia preclusa, ritenendosi rimasta la loro disponibilità in capo al fiduciante ovvero se la confisca sia ammissibile ugualmente, ovvero ancora se il fiduciante debba essere trattato come un terzo.

Tutti i profili problematici sopra evidenziati hanno portato la dottrina¹⁴⁸ ad affermare la necessità che la proprietà fiduciaria, in relazione alla confisca penale, meriti un trattamento differenziato che tenga conto della particolarità dei singoli istituti a struttura fiduciaria coinvolti (*fiducia cum amico*, *fiducia cum creditore*,

148 T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit., pag. 192.

fondo patrimoniale destinato ai bisogni della famiglia etc.) e del contesto specifico in cui il negozio fiduciario viene posto in essere (contenuto concreto del patto fiduciario, forme di pubblicità, speciali rapporti tra fiduciante e fiduciario etc.).

Maggiori approfondimenti giurisprudenziali¹⁴⁹ in tema di “patrimoni segregati” si possono rinvenire con riferimento al *trust* ed al fondo patrimoniale costituito per i bisogni della famiglia, cui merita fare un breve ma specifico cenno.

La giurisprudenza evidenzia al riguardo come in presenza di meccanismi di segregazione del patrimonio, l'accusa per recuperare i beni segregati in funzione della confisca per equivalente deve dimostrare che è solo apparente la perdita del controllo dei beni da parte del disponente oppure che lo specifico strumento sia stato utilizzato al solo fine di sottrarre i beni alla confisca. In particolare, con riferimento al fondo patrimoniale *ex art. 167 ss. cc.*, la confiscabilità dei beni viene tratta dai seguenti argomenti: la titolarità del bene destinato ad alimentare il fondo non cessa in capo al disponente, ma, se non diversamente previsto nell'atto costitutivo, si trasmette anche all'altro coniuge *ex art. 168 c.c.*; la finalità del fondo patrimoniale rende irrilevante la sua istituzione nel caso in cui si discuta non di attuazione di obbligazioni civili, ma di strumenti aventi valenza sanzionatoria¹⁵⁰. Più complessa la situazione in caso di *trust* costituito dal disponente/indagato con atto unilaterale non recettizio. Il *trust* potrebbe essere infatti costituito a fini simulatori, lasciando intatta nel concreto la disponibilità dei beni in capo al disponente: secondo la giurisprudenza¹⁵¹ ove il PM riesca a dimostrare tale situazione il *trust* sarebbe nullo e non potrebbe produrre l'effetto segregativo, permettendo l'applicazione del provvedimento ablatorio. Lo stesso accade nel caso in cui l'indagato costituisca il *trust* proprio al fine di sottrarre i beni alla confisca. In questo senso, oltre al conseguimento della segregazione, per l'individuazione delle reali finalità perseguite avranno rilievo: la struttura giuridica, l'effetto giuridico e le conseguenze pratiche e fattuali. È indubbio che l'interposizione reale che si realizza con il *trust* quale negozio di natura fiduciaria, una volta provata sulla base degli elementi richiamati, renda ammissibile

149 Cass. Pen., nr. 9229/2016; Cass. Pen., Sez. II, sent. nr. 15804/2015.

150 Sul punto cfr. Cass. nr. 40364/2012.

151 Cass. Pen. nr. 13276/2011.

l'applicazione della confisca¹⁵².

Infine, si rileva come qualche Autore¹⁵³ al fine di tracciare e rintracciare un paradigma di riferimento contenente i parametri oggettivi rispetto ai quali, con riferimento alla struttura del singolo negozio fiduciario, il giudice possa orientare le proprie scelte sulla prevalenza o meno delle ragioni della confisca penale, propone di richiamare i principi giurisprudenziali espressi con riferimento ad un istituto, completamente diverso dal negozio fiduciario, ma che presenta con questo alcuni tratti in comune: il riferimento è al *fallimento*, che rispetto alla confisca dei beni del fallito presenta una situazione in cui i beni fanno capo alla procedura concorsuale e da questa vengano gestiti con destinazione certamente meritevole di tutela (ovvero quella di assicurare il concorso dei creditori), senza peraltro che il fallimento determini uno spossessamento totale e perpetuo dei beni del fallito, al quale i medesimi possono rientrare in tutto o in parte ove non vi siano crediti ammessi al passivo ovvero la procedura si concluda con il rientro *in bonis*.

Al riguardo, come meglio si spiegherà *infra*, il criterio di bilanciamento enucleato dalla nota sentenza S.U. Focarelli¹⁵⁴ si ritiene possa trovare validità anche nel caso di proprietà fiduciaria, in cui la prevalenza delle ragioni della confisca vanno connesse appunto alla probabilità di recupero del bene da parte del fiduciante e agli intenti elusivi di quest'ultimo. Il tema dei rapporti tra sequestro/confisca e

152 Cass. Pe., Sez. II, 16 aprile 2015 (ud. 25 marzo 2015), nr. 15804 così massimata: “ è legittimo il sequestro preventivo per equivalente di beni conferiti in trust dal disponente (nella specie indagato per reati di associazione a delinquere, per reati tributari, per bancarotta fraudolenta e riciclaggio), nell'ipotesi in cui emergano diversi elementi fattuali che rendano evidente la volontà meramente frodatoria (sotto il profilo della simulazione) di sottrarre i beni alla pretesa ablatoria dello Stato. Assumono a tal fine rilievo elementi quali la costituzione di un trust che vede come beneficiari gli stretti beneficiari del disponente, la natura gratuita dell'atto, la natura di atto unilaterale non recettizio, che esime il P.M anche dal provare l'intento fraudolento (e dunque l'accordo simulatorio fittizio o reale che sia) nei confronti dell'avente causa di un negozio bilaterale, la natura di negozio fiduciario del trust, che lo assimila, *mutatis mutandis*, all'interposizione reale, le conseguenze pratiche e fattuali (nel caso concreto i beni di proprietà dell'indagato soggetti a confisca sono rimasti sempre in ambito familiare) ed il periodo in cui viene effettuata la modifica rilevante per escludere ogni potere di ingerenza del disponente.

153 T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit., pag. 192 e ss.

154 Cass., S.U., 24 maggio 2004, nr. 29951, Fallimento in proc. Focarelli, in CED nr. 228165.

fallimento merita tuttavia maggior approfondimento.

13. (SEGUE). IL FALLIMENTO E LA CONFISCA.

I rapporti tra fallimento e confisca risultano da tempo oggetto di approfondita attenzione da parte della giurisprudenza: infatti, la pretesa dello Stato di confiscare nei procedimenti penali deve necessariamente scontrarsi e confrontarsi, come sopra si è già avuto modo di rilevare, con i contrapposti interessi dei terzi creditori che, sulle medesime *res*, vantano diritti o mere aspettative. Tuttavia, la pluralità di misure ablatorie penali contemplate dall'ordinamento e la mancanza di una disciplina organica della materia hanno contribuito alla complessità del quadro di possibili interferenze tra le confische – ovvero gli atti ad esse prodromici come il sequestro preventivo *ex art. 321*, comma 2 bis, c.p.p. – e la posizione dei creditori concorsuali. Da oltre un decennio le problematiche più delicate rimangono prive di soluzioni davvero appaganti nonostante molteplici interventi della Suprema Corte anche a sezioni unite, di cui nel proseguo si tenterà di dar conto.

Sul tema occorre, innanzitutto, richiamare la già citata sentenza S.U. *Focarelli*¹⁵⁵ la quale si è occupata della questione inerente l'ammissibilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa *ex art. 240*, comma 1, c.p. di beni proventi di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita. Le S.U., escluso in caso di *confisca facoltativa* la radicale insensibilità del sequestro alla procedura concorsuale, hanno affidato al potere discrezionale del giudice la conciliazione tra i contrapposti interessi, affermando che il sequestro non è precluso “*a condizione che il giudice dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare*”. Dunque, per la S.C., all'esito della suddetta valutazione da parte del giudice, il bene potrebbe anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando la possibilità di ricorrere nuovamente al sequestro nei casi in cui riacquisti attualità il pericolo

155 Cass., S.U., 24 maggio, nr. 29951, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit.

dell'uso del bene a fini di reiterazione del reato o di aggravamento delle sue conseguenze. In tale pronuncia sono stati fissati importanti principi. In particolare, è stata superata la tesi secondo cui gli interessi perseguiti dalla procedura fallimentare non hanno rilievo pubblicistico; si è ammesso, in linea astratta, che lo spossessamento determinato dalla procedura concorsuale possa assorbire la funzione del sequestro penale; si è sottolineato come l'ordinamento penale non possa rimanere indifferente alla garanzia dei creditori sul patrimonio del fallito quando la presunzione di pericolosità sottesa alla misura di sicurezza non inerisce alla cosa illecita in sé, ma alla relazione che la lega al reo; ancora, è stato definito il ruolo del curatore non come "soggetto privato", che agisce in rappresentanza del fallito, ma come organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia; infine, è stato escluso che, in ipotesi di *confisca obbligatoria*, vi siano margini di discrezionalità per il giudice in quanto le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assoluta dal sequestro, dovendo prevalere l'esigenza "*di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello stato; sicché le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività*".

La pronuncia "*Focarelli*" tuttavia non ha affrontato e risolto tutte le questioni inerenti le possibili interferenze tra confische e fallimento. Ed invero, poiché le considerazioni dalla stessa effettuate - con quali si è ritenuto di riconoscere una prevalenza assoluta alle esigenze della confisca obbligatoria - erano precedute da un rilievo della medesima Corte sulla sola confisca *ex art. 240, comma 2, c.p.*, cioè la confisca di cose la cui detenzione, produzione o uso costituiscono reato (ovvero l'unico caso in cui si possa davvero affermare che la confisca sia collegata alla pericolosità della cosa in sé), essa ha fatto sorgere più di qualche dubbio sulla possibilità di estendere dette considerazioni agli ulteriori ipotesi di confisca obbligatoria, come quelle appunto della confisca obbligatoria del profitto, in cui la pericolosità della cosa, pur da tutelare obbligatoriamente, sia comunque connessa al soggetto autore del reato. In altri termini, ci si è chiesti se con la

sentenza *Focarelli* le S.U. avessero inteso legare il principio della insensibilità assoluta al fallimento alla configurazione legislativa della confisca come facoltativa o obbligatoria, oppure alla natura, intrinsecamente pericolosa o meno, del bene che ne forma oggetto.

Al riguardo, nella giurisprudenza successiva si sono formati due orientamenti.

Un primo orientamento, quello maggioritario, ha sostenuto che al fine di stabilire l'insensibilità o meno al fallimento della confisca si dovrebbe aver riguardo esclusivamente alla natura della *res*¹⁵⁶. Secondo questa impostazione l'obbligatorietà della confisca siccome stabilita non in funzione della intrinseca pericolosità delle cose da confiscare, ma soltanto del loro legame con il reo, non impedirebbe che qualora dette cose siano state oggetto di sequestro preventivo in vista della loro assoggettabilità a confisca e sia quindi sopravvenuto il fallimento dell'imputato, il curatore del fallimento possa ottenere l'autorizzazione alla loro vendita e alla conseguente distribuzione del ricavato ai creditori concorsuali, dandosi luogo, in tal modo, alla realizzazione della finalità perseguita dal legislatore costituita dallo spossessamento del condannato.

A tale prevalente indirizzo, se ne è contrapposto altro che nel disciplinare i rapporti tra sequestro/confisca e fallimento ha dato rilievo, invece, alla natura

156 Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, nr. 20443, Sorrentino, Rv. 236846; non diversamente, Sez. I, 1 marzo 2013, nr. 20216, Arconte, Rv. 256256, la quale in materia di confisca ex art. 12 *sexies* ha precisato che il giudice, nel compiere le sue valutazioni, deve acquisire la ragionevole certezza che attraverso la procedura concorsuale i cespiti non rientreranno nella diretta o indiretta disponibilità del condannato (nello stesso senso, Sez. IV, 7 ottobre 2013, nr. 49821, Lu.fra trasporti srl, Rv. 258579, in tema di prevenzione antimafia); in senso simmetrico si colloca Sez. II, 14 giugno 2006, nr. 31990, Grassi Rv. 235129, pronunciata in tema di sequestro e confisca per equivalente ex art., 322 ter e 640 quater c.p., la quale ha precisato che il profitto diretto del reato è insensibile al fallimento, trattandosi di beni oggettivamente pericolosi data la loro pertinenza al reato, mentre la confisca per equivalente dovrebbe essere trattata allo stesso modo della confisca facoltativa, trattandosi di una misura sanzionatoria. Sul tema specifico della confisca in danno degli enti ex art. 19 D.Lgs 321/2001 vedi: Cass., Sez. V, 8 luglio 2008, nr. 33425, Fazzalari, Rv 240559, la quale ponendosi in senso conforme alla sentenza *Focarelli* ha precisato che i beni oggetto di confisca per equivalente non sono intrinsecamente pericolosi e che spetta quindi al giudice dare conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare; Sez. V, 9 ottobre 2013, nr. 48804, Cur. Fall. Infrastrutture e servizi, Rv 2577553, la quale ha tentato di trovare la soluzione del problema del rapporto tra potere ablativo e fallimento nella disposizione normativa specifica che disciplina l'istituto della confisca in danno degli enti.

della confisca¹⁵⁷: in particolare, si è affermato che la *res* oggetto di confisca obbligatoria è per presunzione assoluta pericolosa perché frutto di attività illecita sicché se ne deve affermare l'insensibilità al fallimento.

Un particolare riferimento merita fare, infine, alla giurisprudenza più recente la quale si è espressa a sezioni unite sul tema specifico dei rapporti tra confisca a danno degli enti, diritti dei terzi e fallimento¹⁵⁸. Il presupposto dal quale le S.U. in esame hanno preso le mosse è quello per cui per risolvere i problemi derivanti dal rapporto tra sequestro/confisca *ex art. 19 D.lgs 231/2001* e la procedura fallimentare è necessario da una parte seguire una impostazione diversa da quella espressa dagli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, nonché il riconoscimento che quanto meno per le ipotesi di sequestro/confisca a danno degli enti, l'art. 19 cit. se esaminato nella sua lettera e nella sua *ratio*, consente una ricostruzione precisa dell'istituto del sequestro/confisca e una coerente soluzione del rapporto tra tale istituto e l'eventuale procedura fallimentare a carico dell'ente. In questa sede, in particolare, preme rilevare come la Corte abbia messo in rilievo che non vi è alcuna norma che vieti l'apposizione di più vincoli sugli stessi beni ed, inoltre, che il vincolo derivante dal sequestro finalizzato alla confisca e quello derivante dalla procedura concorsuale perseguono finalità differenti, atteso che, mentre il primo mira a preservare i beni che si presume siano stati acquistati illecitamente dall'ente e che possono essere oggetto di confisca, il secondo mira a spossessare il fallito dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, ad evitare ulteriori depauperamenti del patrimonio stesso, a garantire la *par condicio creditorum*: i due vincoli possono dunque coesistere. Inoltre, secondo le S.U., in caso di apertura della procedura fallimentare, l'esistenza e il contenuto di un diritto da parte di un soggetto terzo sui beni acquistati alla massa fallimentare è riconosciuto soltanto al momento della chiusura della procedura fallimentare; coloro che, insinuandosi nel fallimento vantano un diritto di credito,

157 Cass., Sez. Vi, 4 marzo 2008, nr. 31890, Bruno, Rv. 241013; Sez. I, 7 aprile 2010, nr. 16783, Profilo, Rv. 246994 le quali si sono pronunciate in tema di prevenzione antimafia. Cass., Sez. Vi, 10 gennaio 2103, nr. 19051m, Curatela fall. Soc. Tecno Hopsital s.r.l., Rv. 255255 in tema di sequestro disposto ai sensi del D.Lgs 23172001.

158 Cass., S.U., 25 settembre 2014, nr. 11170/2015, Uniland spa

non possono, infatti, solo per questo essere ritenuti titolari di un diritto reale sul bene opponibile alla Stato perché è soltanto all'esito della procedura fallimentare e degli accertamenti ad essa connessi che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate; ove il diritto del terzo sul bene venga riconosciuto all'esito della procedura fallimentare, ma dopo l'irrevocabilità della sentenza che dispone la confisca, il soggetto potrà far valere la propria pretesa davanti al giudice dell'esecuzione, che, *ex art. 665 e ss. c.p.p.*, è chiamato a risolvere tutte le questioni che attengono all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari definitivi. Infine, con specifico riferimento al curatore fallimentare, la Corte ha affermato che il curatore - proprio come il creditore che, fino al termine della procedura fallimentare, non può essere ritenuto "*terzo titolare di un diritto acquisito in buona fede*" - nonostante sia un soggetto gravato da un *munus* pubblico, non può essere considerato titolare di alcun diritto sui beni avendo egli esclusivamente compiti gestionali mirati al soddisfacimento dei creditori e non può agire in rappresentanza di essi che a loro volta come detto non vantano alcun diritto sui beni durante la procedura. La S.C. ha escluso, dunque, che il curatore fallimentare sia legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita.

14. (SEGUE). I BENI SOCIALI E LA CONFISCA.

La possibilità di confiscare penalmente i beni di una persona giuridica rappresenta l'ultima e più delicata questione da esaminare in relazione alla tutela di terzi rispetto alla confisca.

Ed invero, come si è sopra anticipato una delle modalità di interposizione del soggetto terzo può appunto realizzarsi attraverso l'utilizzo di un ente giuridico come "schermo societario", nel senso che il bene risulta di proprietà e pertinenza della persona giuridica e non dell'autore del reato, ancorché sia la persona fisica a disporne di fatto. In proposito deve infatti rilevarsi come l'ente giuridico, proprio in quanto previsto dal legislatore quale centro di imputazione autonomo di

interessi giuridici rispetto al soggetto-persona fisica che ne faccia parte, deve essere considerato un “terzo” rispetto alla persona fisica medesima. Pertanto, al pari di qualsiasi altro terzo, l’ente potendo essere parte di negozi di trasferimento di beni (fiduciari o fittizi) potrebbe essere utilizzato come schermo protettivo al fine precipuo di evitare iniziative di sequestri e confische.

L’ipotesi di dell’ente come schermo fittizio ha sempre creato particolari problemi sia in tema di prova che di configurazione stessa della simulazione assoluta del negozio con una società¹⁵⁹. Allo stesso modo, si è ritenuta talvolta l’impossibilità di configurare la simulazione assoluta dello stesso contratto di società, in realtà certamente voluto proprio ai fini di interposizione reale (e non fittizia), per ottenere i vantaggi collegati alla limitazione della responsabilità patrimoniale connessa alla disciplina civilistica¹⁶⁰.

In questo contesto, la giurisprudenza ha allora precisato che occorre operare una distinzione tra “responsabilità patrimoniale della società”, in relazione alla quale mai potrebbe parlarsi di simulazione assoluta del contratto di società, e la “responsabilità penale” della persona fisica che ha agito sotto lo schermo societario. In tal modo, si è rilevato, la società continua ad essere sempre considerata un soggetto terzo ai fini civilistici della sua eventuale responsabilità patrimoniale, potendosi però procedere a fini penali alla confisca dei beni sociali in relazione ai reati commessi dalle persone fisiche che operano al suo interno¹⁶¹.

In relazione alla questione in esame, l’aspetto di maggiore novità intervenuto nell’ordinamento è rappresentato sicuramente dall’entrata in vigore del D.Lgs 8 giugno 2001 nr. 231 volto ad introdurre e regolamentare la disciplina della

159 *Ex plurimis* Cass. Civ., Sez. I, 29 maggio 2003, in CED nr. 563726.

160 In giurisprudenza esclude la configurabilità di una simulazione assoluta del contratto di società Cass. Civ., 28 aprile 1997, nr. 3666, Abbatelli c. Agricola Forestale Pian del marmo, in CED nr. 503955; cfr. anche Cass. Civ. 16 maggio 2007, nr. 11258, Moroni, c. Cisa, in CED nr. 597779; Cass. Civ., Sez. III, 16 aprile 2003, nr. 6100, Oprandi c. Poletti, in CED nr. 562217. Al fine di superare detto ostacolo l’unica strada percorribile sarebbe quella di provare l’instestazione fittizia delle quote, ciò al fine di far valere la responsabilità illimitata dell’unico socio, nei casi in cui questa sia prevista: in questo senso Cass. Civ., Sez. I, 31 gennaio 2008, in CED nr. 601539.

161 Leading case in materia Cass., Sez. II, 10 aprile 1995, PM in c. Polichetti, in CED nr. 201658.

“autonoma” responsabilità degli enti per gli illeciti dipendenti da reato¹⁶², disciplina sulla quale ci si riserva di meglio argomentare *infra* Capitolo III.

In questa sede merita, tuttavia, di essere subito evidenziato come detta legge abbia in qualche modo reso più complicato il quadro sopra delineato andando ad aggiungere, alla distinzione dicotomica sopra richiamata tra responsabilità patrimoniale ai fini civilistici e responsabilità penale della persona fisica che strumentalizzato la società, anche la responsabilità diretta ed autonoma della società per l’illecito dipendente da reato commesso dalla persona fisica che opera al suo interno (soggetti in posizione apicale o sottoposti). Detta responsabilità della società è subordinata, come meglio si avrà modo di spiegare, al ricorrere di determinate condizioni quali: il possesso da parte del soggetto agente della qualifica soggettiva di cui all’art. 5, l’integrazione di uno dei reati espressamente previsti dagli artt. 24 e ss (cd. “reato presupposto”); la commissione del reato nell’interesse o a vantaggio¹⁶³ dell’ente; nonché la cd. “colpa di organizzazione” ovvero la mancata adozione e implementazione di idonei modelli di organizzazione finalizzati alla prevenzione dei reati (art. 6).

Dopo l’entrata in vigore di detta normativa è indubitabile allora, in quanto espressamente previsto dalla legge, che nel caso venga provato l’illecito a carico dell’ente in dipendenza del reato commesso dalla persona fisica sarà consentita la confisca ed il sequestro dei beni dell’ente: ciò potrà avvenire non perché la società sia uno schermo fittizio dietro il quale opera la persona fisica, bensì perché la società stessa è considerata responsabile di un illecito configurato a suo carico in conseguenza della commissione del reato da parte di soggetti che si trovano con essa in un rapporto qualificato.

Tuttavia, la necessità, come sopra evidenziato, che debbano ricorrere determinati presupposti perché possa configurarsi la responsabilità autonoma dell’ente e, dunque, possa procedersi nei suoi confronti a sequestro e confisca, fornisce un argomento per sostenere che quando detti requisiti siano assenti allora non sia

162 Per un’ampia disamina del tema si rinvia a R. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Ed. 2017/2018, Roma, pag. 377 e ss.

163 Per un approfondimento in dottrina vedi T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit., pag. 201 e ss.

possibile procedere al sequestro e alla confisca dei beni sociali, ma solo di quelli della persona fisica che ha commesso il reato¹⁶⁴.

La questione in oggetto - ovvero la possibilità di procedere a sequestro e confisca dei beni della società per i reati commessi dal legale rappresentante della stessa qualora detto reato non fondi anche l'autonoma responsabilità della società - ha molto impegnato la giurisprudenza, che nel tempo ha mostrato atteggiamenti oscillanti¹⁶⁵. Detto contrasto giurisprudenziale ha condotto poi all'intervento della Suprema Corte nella sua più alta composizione: il riferimento è alla nota sentenza S.U., 5 marzo 2014, nr. 10561, *Gubert*¹⁶⁶, della quale tuttavia si tratterà *funditus* nel prosieguo data la rilevanza delle tematiche da essa trattate e dei principi di diritto espressi (*infra* Cap. II, par. 8).

Preme qui riportare soltanto alcuni interessanti rilievi critici fatti dalla dottrina¹⁶⁷ secondo cui l'ipotesi della *società schermo* e quella della *società responsabile da illecito dipendente da reato ex D.lgs 231/2001* rappresentano ipotesi nettamente differenziate sottoposte ad una disciplina e a principi diversi in caso di sequestro e confisca. Ed invero, si osserva, la finalità della disciplina sulla responsabilità autonoma degli enti introdotta dal legislatore del 2001, su spinta degli obblighi internazionali, non era certo volta a limitare le iniziative di sequestro e confisca dei beni sociali nelle ipotesi in cui già prima di detta legge queste erano pacificamente ammesse ovvero nei casi di *schermo societario fittizio*, casi nei quali non si poneva nemmeno un problema di tutela del terzo non essendo in tal caso la società qualificabile come "terzo estraneo al reato". Al contrario, proprio alla luce della normativa internazionale e sovranazionale, risulta chiaro come lo

164 Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente codificato dal D.Lgs 231/2001 sembra deporre in questo senso.

165 Per l'orientamento che sostiene la confiscabilità ed il sequestro dei beni sociali nel caso di violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante nell'interesse della società vedi Cass. Pen., Sez. III, nr. 28731; nella giurisprudenza di merito hanno seguito questo orientamento Trib. Foggia, 27 dicembre 2010, Gip Protano; Trib. Milano, Sez. del Riesame, 28 novembre 2011. Per l'orientamento contrario e prevalente vedi Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2, nr. 1256. Per l'ordinanza di rimessione alle S.U. vedi Cass. Pen., Sez. III, 20 ottobre 2013, nr. 46726.

166 In dottrina vedi R. BRICCHETTI e P. VENEZIANI (*a cura di*), *I Reati Tributari*, Giappichelli Ed., Torino, 2017, pag. 487 e ss.

167 T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, *op. cit.* pag. 206 e 207.

scopo dell'intervento legislativo in oggetto fosse proprio quello di estendere l'applicazione di questi strumenti di aggressione alla criminalità economica perpetrata dagli enti a quei casi in cui pur trovandosi in presenza di un soggetto avente una "autonomia effettiva" rispetto all'autore del reato, ciò non di meno questo ente non potesse considerarsi un terzo di buona fede rispetto al reato, come tale da essere tutelato rispetto alla confisca dei suoi beni, ma anzi da dover essere considerato esso stesso responsabile per l'illecito dipendente da quel reato e, quindi, meritevole dell'applicazione della confisca a titolo di sanzione.

15. LE CONFISCHE PATRIMONIALI. LA CONFISCA NELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI.

Si osservano disposizioni speciali che incidono più profondamente sulla struttura della confisca, così come prevista dalla disposizione generale dell'art. 240 c.p.

In verità, quest'ultima disposizione riguarda la confisca di singoli beni individuati per il loro legame con il reato (c.d. pertinenzialità della *res* rispetto al reato), a prescindere dalle caratteristiche del soggetto che detiene il bene.

Tale pertinenzialità risulta superata con l'introduzione delle ipotesi di confisca per equivalente, laddove tuttavia l'individuazione dei beni da confiscare è ancora indirettamente legata al reato, atteso che il parametro di commisurazione del valore dei beni suscettibili di confisca per equivalente è comunque riferito ad un bene (profitto, prodotto, prezzo) pertinente rispetto al reato.

In talune disposizioni speciali, al contrario, la pertinenzialità viene completamente superata. Infatti l'oggetto della confisca risulta determinato a prescindere da ogni legame diretto o indiretto con il reato: pertanto il riferimento a quest'ultimo resta solo come presupposto dell'imputazione penale del soggetto, ma non seleziona più il tipo di bene aggredibile, né direttamente (mediante la descrizione del tipo collegato al reato: ad esempio profitto, prodotto, prezzo del reato, ovvero bene strumentale al reato) né indirettamente (come parametro di valore della confisca per equivalente commisurata rispetto a beni pertinenti al reato, come nel caso di confisca di beni di valore equivalente al profitto del reato).

In sostanza, i beni sono considerato confiscabili solo perché appartenenti ad una

determinata persona con riferimento a sue determinate qualità. La qualità del soggetto si può talvolta manifestare non solo con riferimento a qualifiche soggettive di tipo penale (indagato, imputato o condannato per determinati reati, ovvero soggetto pericoloso) ma anche con riferimento a relazioni e rapporti con le cose possedute (come la sproporzione rispetto ai redditi e alla attività lecita).

Le due principali disposizioni che derogano in modo così significativo alla confisca prevista nell'art. 240 c.p. sono rappresentate dalla c.d. confisca di prevenzione così come disciplinata nel Codice Antimafia (D.Lgs. n. 159/2011) e dalla c.d. confisca estesa (anche detta “per sproporzione”) ex art. 12-*sexties* D.L. n. 306/1992, conv. in L. n. 356/1992¹⁶⁸ e successive modifiche.

168 Art. 12-*sexies* *Ipotesi particolari di confisca*. “1. Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-ter e 517-quater, nonché dagli articoli 452-quater, 452-octies, primo comma, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 644-bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, dall'articolo 2635 del codice civile, dall'articolo 55, comma 5, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, dall'articolo 295, secondo comma, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, dall'articolo 12-quinquies, comma 1, del presente decreto, dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, e' sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge. La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono e' ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli articoli 617-quinquies, 617-*sexies*, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies del codice penale quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi). 2. **COMMA ABROGATO DALLA L. 17 OTTOBRE 2017, N. 161. 2-bis. COMMA ABROGATO DALLA L. 17 OTTOBRE 2017, N. 161. 2-ter.** Nei casi previsti dal comma 1, quando non e' possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di legittima provenienza di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona . 2-quater. **COMMA ABROGATO DALLA L. 17 OTTOBRE 2017, N. 161. 3. COMMA ABROGATO DALLA L. 17 OTTOBRE 2017, N. 161. 4. COMMA ABROGATO DALLA L. 17 OTTOBRE 2017, N. 161. 4-bis.** Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di

La confisca di prevenzione, che con la relativa misura cautelare prodromica, il sequestro, costituisce la più importante misura di prevenzione patrimoniale antimafia, si affianca alla confisca alla confisca prevista dall'art. 240 c.p.

La natura giuridica della confisca antimafia è del tutto particolare. Essa infatti è svincolata dall'accertamento di uno specifico reato ed è invece subordinata alla sussistenza della attuale pericolosità del soggetto proposto, desunta dalla valutazione della personalità e da ogni elemento indicativo della pericolosità, anche indipendentemente dalle sentenze penali di condanna riportate, con

esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi 1 e 2-ter del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello nei procedimenti penali e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. 4-ter. Con separati decreti, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, sentiti gli altri Ministri interessati, stabilisce anche la quota dei beni sequestrati e confiscati a norma del presente decreto da destinarsi per l'attuazione delle speciali misure di protezione previste dal decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni, e per le elargizioni previste dalla legge 20 ottobre 1990, n. 302, recante norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata. Nei decreti il Ministro stabilisce anche che, a favore delle vittime, possa essere costituito un Fondo di solidarietà per le ipotesi in cui la persona offesa non abbia potuto ottenere in tutto o in parte le restituzioni o il risarcimento dei danni conseguenti al reato. 4-quater. Il Consiglio di Stato esprime il proprio parere sugli schemi di regolamento di cui al comma 4-ter entro trenta giorni dalla richiesta, decorsi i quali il regolamento può comunque essere adottato. 4-quinquies. Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo. 4-sexies. Competente a emettere i provvedimenti previsti dai commi 1 e 2-ter, dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice di procedura penale. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto. 4-septies. Le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato. 4-octies. In caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'articolo 666 del codice di procedura penale, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa. 4-novies. L'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati è il giudice che ha disposto il sequestro ovvero, se organo collegiale, il giudice delegato nominato dal collegio stesso. L'opposizione ai provvedimenti adottati, ove consentita, è presentata, nelle forme dell'articolo 666 del codice di procedura penale, allo stesso giudice ovvero, nel caso di provvedimento del giudice delegato, al collegio".

conseguente applicazione di una misura di prevenzione personale, che costituisce presupposto indefettibile di quella patrimoniale¹⁶⁹.

La dottrina¹⁷⁰ ha delineato i presupposti di carattere formale e sostanziale per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale della confisca da parte del Tribunale fino alle recenti riforme introdotte¹⁷¹.

In primo luogo si è evidenziato che a carico del proposto debba sussistere indizi di appartenenza ad una associazione di tipo mafioso. Al riguardo va segnalato che con leggi successive alla legge Rognoni – La Torre¹⁷², l'applicabilità delle misure patrimoniali è stata estesa anche agli indiziati di narcotraffico e di coloro che si ritiene vivano dei proventi dei delitti di estorsione, sequestro di persona, riciclaggio, reimpiego, contrabbando ed usura.

Inoltre, sino alla riforma del 2009, era necessario che al proposto fosse stata applicata una misura di prevenzione di carattere personale. Infine, è stato ribadito¹⁷³ che i beni dei quali si chiede il sequestro e la confisca debbano rientrare tra quelli di cui il proposto possa disporre e che comunque vi sia sproporzione tra il valore di tali beni e i redditi dichiarati o l'attività economica svolta. È indubbio che il proposto possa sempre dimostrare la legittima provenienza dei beni in sequestro: di fronte a questa inversione dell'onere della prova, la giurisprudenza ha spiegato che trattasi di un onere di allegazione a carico dell'interessato per contrastare l'efficacia probatoria degli elementi indiziati a suo carico¹⁷⁴.

L'impianto delle misure di prevenzione è stato significativamente modificato dalla Legge n. 125/2008 e dalla Legge n. 94/2009, mentre ulteriori modifiche sono state apportate dalla Legge n. 50/2010, istitutiva della Agenzia nazionale per i beni

169 F. MENDITTO, *Verso lo statuto della confisca di prevenzione: natura giuridica, retroattività e correlazione temporale*, in *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 689 ss.

170 AA.VV., *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, Dossier a cura di F. BASILE, in *Giur. It.*, 2015, 1520 ss.; AA.VV., *La giustizia preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, *Atti del Convegno di Cagliari, 29/31 ottobre 2015*, Milano, 2016.

171 Legge n. 125/2008 e Legge n. 94/2009.

172 Legge n. 646/1982.

173 AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., pag. 1540 ss.

174 Cass. Pen., Sez. 5, n. 16311 del 23/01/2014 – dep. 14/04/2014, Di Vincenzo e altri, Rv. 259871.

sequestrati e confiscati.

Queste leggi sono confluite nel Codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011) che aggiorna la normativa e raccoglie tutta la legislazione vigente in tema di misure di prevenzione¹⁷⁵.

Sul piano internazionale, le misure di prevenzione patrimoniali sono sconosciute agli ordinamenti giuridici degli altri Paesi europei. Ne consegue che questi non accolgono richieste di sequestro e confisca da eseguire con rogatoria nei loro territori, quando non si tratti di confisca penale, fondata su di una sentenza di condanna che attesta il nesso di collegamento tra il bene oggetto della confisca e il reato accertato.

Un altro significativo strumento di contrasto alla criminalità è dato dalla confisca di valori ingiustificati prevista dall'art. 12-sexies ed introdotta nell'ordinamento nel 1992.

Essa consegue alla condanna per alcuni reati tassativamente indicati – c.d. Reati matrice – il cui catalogo si è significativamente ampliato nel corso degli anni e riguarda quei beni che sono sproporzionati rispetto ai redditi del condannato o di cui quest'ultimo non sia in grado di giustificare la provenienza.

Come è stato affermato dalla giurisprudenza¹⁷⁶, si tratta di una forma moderna di confisca, perché prescinde dal rapporto di pertinenza dei beni da confiscare con un reato specifico.

In particolare: “la confisca prevista dall'art. 12-sexies del D.L. 8 giugno 1992 n. 306 ha natura di misura di sicurezza patrimoniale e non di pena “sui generis” o pena accessoria e perciò non opera il principio di irretroattività proprio della pena, ma quello della applicazione della legge vigente al momento della decisione dell'art. 200 c.p.”¹⁷⁷

Le ipotesi delittuose cui è applicabile tale specie di confisca erano in origine

175 Il Codice prevede, tra l'altro, un limite di durata per il procedimento di secondo grado, con la perdita di efficacia del sequestro ove non venga disposta la confisca nel termine di un anno e sei mesi dalla immissione in possesso da parte dell'amministratore giudiziari, nonché, in caso di impugnazione della decisione, entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso; è altresì prevista la possibilità di proroga dei suddetti termini per sei mesi e per non più di due volte in caso di indagini particolarmente complesse.

176 Cass., Sez. Un., n. 920/2003, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

177 Cass. Sez. I, n. 8404/2009, Bellocco, Rv. 242862

limitate ai casi di delitti di criminalità organizzata; successivamente, l'istituto è stato esteso ai più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Il catalogo si è esteso via via ad altre figure di reato, tanto da configurare la confisca per sproporzione quale strumento generale di contrasto del crimine da profitto¹⁷⁸.

Risultano senz'altro chiare le differenze strutturali fra la confisca di prevenzione e quella per sproporzione.

178 Le fattispecie per le quali originariamente era prevista la confisca erano quelle di associazione di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.), di associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti (art. 74 D.P.R. n. 309/1990), o finalizzata al contrabbando dei tabacchi (art. 295, comma 2, D.P.R. n. 43/1973), l'estorsione (art. 629 c.p.), di sequestro di persona (art. 630 c.p.), di riciclaggio (art. 648 bis c.p.), di reimpiego (art. 648 ter c.p.), di intestazione fittizia di beni ex art. 12 quinquies D.L.306/1992, di usura (art. 644 c.p.), di ricettazione (art. 648 c.p.); esse sono state ampliate continuamente nel corso degli anni anche in assenza di un criterio in grado di individuare una logica perseguita. Così nel 2001, si è sancita la confiscabilità dei beni del condannato per i delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale; nel 2007 con la legge finanziaria (art. 1, comma 220, L. 296/2006) si è resa possibile la confisca in presenza di una serie di reati contro la pubblica amministrazione – in particolare, peculato (art. 314 c.p.), peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.), malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis c.p.), indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato (art. 316 ter c.p.), concussione (art. 317 c.p.), corruzione per atto di ufficio (art. 318 c.p.), corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter c.p.), corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320 c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), reati dei pubblici ufficiali internazionali (art. 322 bis c.p.), utilizzazione di invenzione e scoperte conosciute per ragioni di ufficio (art. 325 c.p.) - ; con l'art. 7, comma 3, della L. n. 228/2003 si sono aggiunte le fattispecie di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.) ed acquisto ed alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) nonché di quella di associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti da ultimo ricordati (art. 416, comma 6, c.p.); con l'art. 15, comma 3, della L.n. 99/2009, sono stati inclusi fra i reati presupposto, anche la contraffazione, l'alterazione o l'uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.), l'introduzione nello Stato di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.), la fabbricazione ed il commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale (art. 517 ter c.p.), la contraffazione di indicazione geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari (art. 517 quater c.p.), nonché l'associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei predetti reati (art. 416 c.p.); con l'art. 8 della L. n. 172 /2012 (di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa di Lanzarote, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale) si è aggiunta ancora una serie di delitti connessi alla varie forme di sfruttamento sessuale dei minori; in particolare ai reati di prostituzione minorile (art. 600 bis c.p., limitatamente, però, al solo comma 1, riferito al reclutamento, all'induzione, al favoreggiamento, allo sfruttamento e gestione della prostituzione minorile), pornografia minorile (art. 600 ter c.p., limitatamente ai commi 1 e 2, relativi alla produzione di spettacoli o di materiale pornografico con l'utilizzo dei minori ed alla commercializzazione del medesimo materiale), pornografia virtuale (art. 600 quater-1 c.p., relativamente alla condotta di produzione e commercio di materiale pornografico) e iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 quinquies c.p.); infine con la legge anticorruzione (L. n. 190/2012) e con la scissione della originaria fattispecie di concussione, è stato aggiunto al catalogo anche il delitto di induzione di cui all'art. 319 bis c.p.

Quella di prevenzione prescinde dalla commissione del reato, mentre quella per sproporzione presuppone non solo la commissione di un reato, ma richiede necessariamente anche una sentenza di condanna.

Diversi sono anche i procedimenti per i quali le due forme di ablazione vengono applicate: l'una nell'ambito di una procedura con regole peculiari, l'altra nell'ambito di un processo penale o *a latere* dell'accertamento della commissione del reato presupposto o in fase esecutiva dopo che sia divenuta irrevocabile una sentenza di condanna¹⁷⁹.

La Suprema Corte, per la verità, ha evidenziato delle indiscutibili affinità¹⁸⁰. Entrambi i provvedimenti tendono ad intervenire su patrimoni ritenuti in via presuntiva illeciti, senza la necessità di dover dimostrare la specifica provenienza da delitti. Inoltre, su entrambe le figure, è previsto l'identico presupposto della sproporzione reddito/disponibilità, che tuttavia in un caso (quello di prevenzione) si ricollega alla pericolosità soggettiva, nell'altro (quello per sproporzione) ad un giudicato di condanna.

Con riferimento alla confisca di cui all'art. 12 *sexies* cit., occorre infine segnalare che in una logica di valorizzazione dello strumento della confisca allargata, prevista dall'art. 5 della direttiva nr. 42/2014, il legislatore italiano ha ritenuto opportuno inserirne la disciplina nel codice penale come art. 240 *bis* (D.Lgs. nr. 21/2018).

Precisamente, la riforma introdotta dal D.lgs. 21 marzo 2018 nr. 21 ha abrogato

179 Sulla possibilità di applicare la confisca allargata anche in fase esecutiva, Cass. Sez. Un., n. 29022/2001, Derouach, Rv. 219221, secondo cui: *“la confisca dei beni patrimoniali dei quali il condannato per determinati reati non sia in grado di giustificare la provenienza, prevista dall'articolo 12-sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 356, come modificato dal d.l. 20 giugno 1994, n. 399, convertito in legge 8 agosto 1994 n. 501, può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione che provvede “de plano”, a norma degli articoli 676 e 667, comma 4, cod.proc.pen., ovvero all'esito di procedura in contraddittorio a norma dell'art. 666 dello stesso codice, salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione, con conseguente preclusione processuale”*.

180 L'affinità di funzione delle due ipotesi di confisca ha consentito di utilizzare alla giurisprudenza alcune disposizioni dettate dal legislatore in tema di confisca di prevenzione anche per la confisca penale per sproporzione. Così, si è ammessa la possibilità di disporre la confisca ex art. 12 *sexies* anche nei confronti di persona deceduta, sia pure dopo una condanna definitiva (Cass. Pen. Sez. V, n. 9576/2008, Doldo, Rv. 239117); oppure si è individuato il giudice competente ad occuparsi della gestione dei beni in stato di sequestro, in quello che lo aveva disposto, allo stesso modo di quanto accade per i sequestri di prevenzione (Cass. Pen., Sez. I, n. 9139/2013, Confl. comp., Rv. 254956).

quasi per intero l'art. 12 *sexies* D.L. nr. 306/1992 (si veda al riguardo, l'art. 7, lett. h) e ne ha trasferito il contenuto all'interno del capo relativo alle misure di sicurezza patrimoniali, appunto subito dopo l'art. 240 sulla confisca (art. 240 bis in commento).

Sono stati fatti salvi due commi del citato art. 12 *sexies*: a) il comma 4 *ter*, aggiunto dall'art. 24 Legge nr. 45/2001 e poi modificato dall'art. 6 D.Lgs. nr. 21/2018, in base al quale con separati decreti, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, sentiti gli altri Ministri interessati, stabilisce anche la quota dei beni sequestrati e confiscati a norma dell'art. 240 bis c.p. da destinarsi per l'attuazione delle speciali misure di protezione previste dal D.L. nr. 8/1991, conv. con modif. dalla legge nr. 82/1991 e succ. mod. e per le elargizioni previste dalla legge nr. 302/1990, recante norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata. Nei decreti il Ministro stabilisce anche che, a favore delle vittime, possa essere costituito un Fondo di solidarietà per le ipotesi in cui la persona offesa non abbia potuto ottenere in tutto o in parte le restituzioni o il risarcimento dei danni conseguenti al reato; b) il comma 4 *quater*, aggiunto dall'art. 24 Legge nr. 45/2001, secondo cui il Consiglio di Stato esprime il proprio parere sugli schemi di regolamento di cui al comma 4 *ter* entro trenta giorni dalla richiesta, decorsi i quali il regolamento può comunque essere adottato. La confisca contemplata dall'art. 240 bis c.p. riprende la formulazione previgente dell'art. 12 *sexies*, correggendo il richiamo alle fattispecie di traffico di rifiuti, di trasferimento fraudolento di valori e di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito. Il richiamo alla disciplina antimafia è formulato senza citare espressamente il D.Lgs. nr. 159/2011, ma riferendosi alla "*disposizioni delle leggi antimafia in materia di misure di prevenzione*".

La Legge nr. 161/2017 ha riformato in maniera significativa, dunque, la disciplina di tale forma di confisca, cristallizzando gli orientamenti giurisprudenziali meno garantisti, ma soprattutto perseguendo il preciso disegno di politica criminale di assimilarne la disciplina a quella della confisca misura di prevenzione. Il legislatore ha sancito così la sua applicazione nel procedimento di esecuzione in mancanza di sufficienti garanzie procedurali, ma soprattutto ne ha consentito

l'applicazione anche in caso di prescrizione (dopo una sentenza di condanna) e di morte del condannato (dopo la sentenza definitiva), e senza la possibilità di dimostrare il valore proporzionato degli acquisti attraverso i proventi dell'evasione fiscale, se non addirittura attraverso il reddito imponibile sottratto alla tassazione. Tra l'altro la problematicità della riforma è accentuata dal fatto che il legislatore tende ad estendere sempre di più l'ambito di applicazione di tale riforma di confisca a fattispecie estranee alla sua logica originaria, come evidenziato anche dalla Corte Costituzionale (*Corte Cost., sent. nr. 33/2018*).

Una considerazione a parte merita anche la confisca (*rectius* le confische) previste dal D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato, di cui si tratterà ampiamente nel proseguo.

Conviene sin da subito evidenziare che si tratta di una confisca speciale, prevista anche per equivalente, di determinati beni legati da un nesso pertinenziale con il reato¹⁸¹. Ciò che caratterizza l'ablazione in esame è la circostanza di colpire non una persona fisica ma un ente, dotato o meno di personalità giuridica, per una responsabilità riconosciuta direttamente a suo carico in conseguenza di un illecito dipendente da reati commessi nell'interesse del medesimo ente da persone fisiche in posizione qualificata al suo interno¹⁸².

Come è stato autorevolmente sostenuto¹⁸³, gli effetti sistematici di una tale previsione sono da considerarsi dirompenti in un sistema che, come si vedrà, è incentrato sulla considerazione della confisca penale come misura di sicurezza applicata nei confronti di persone fisiche, di talché la confisca nei confronti degli enti era usualmente applicata solo attraverso la loro considerazione quali meri schermi dietro quali la persona fisica in realtà stava agendo.

In particolare, tali effetti di sistema conseguenti alla introduzione della confisca per la responsabilità diretta degli enti, riguardano sia la perdita, da parte dell'ente, della sua qualità di terzo rispetto al reato, sia la natura sanzionatoria

181 O da provvedimenti adottati in conseguenza di questo, come nel caso della confisca del profitto derivante dalla gestione commissariale dell'ente.

182 TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 965 ss.

183 ALESSANDRI, *La confisca*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002.

espressamente prevista dal legislatore per la principale ipotesi di confisca ivi prevista, quella del profitto, prezzo o prodotto del reato.

La fonte normativa di riferimento è offerta, anzitutto, dall'art. 19 del D.Lgs. n. 231/2001 il quale stabilisce che: “*nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede*”.

Tale misura è diversa da quella prevista dall'art. 6, comma 5, che prevede la confisca del profitto del reato, commesso da persone che rivestono posizioni apicali nell'ente, nella ipotesi particolare in cui l'ente sia ritenuto esente da responsabilità, per aver adottato i modelli di organizzazione e gestione – i cosiddetti *compliance programs* – previsti per prevenire la commissione di reati della specie di quello cui il profitto tratto dallo stesso ente si riferisce.

Quando la confisca diretta non può essere eseguita, il comma 2 dell'art. 19 prevede che possa essere attuata confisca di valore o per equivalente¹⁸⁴.

Illustre dottrina¹⁸⁵ ha evidenziato come, in tale fattispecie, in vi sarebbe alcuna differenza rispetto alle altre ipotesi di confisca per equivalente previste dal codice penale¹⁸⁶ e da varie disposizioni poste dalle leggi speciali: la comune *ratio essendi* sarebbe costituita dal superamento dei limiti entro i quali può trovare applicazione la confisca ordinaria, prevedendo l'estensione del provvedimento ablatorie alle utilità patrimoniali equivalenti a quelle che, per varie ragioni, non siano più rinvenibili¹⁸⁷.

Anche la Suprema Corte ha affermato che, in tale ipotesi di confisca, il nesso di pertinenzialità dal reato finisce per essere totalmente eliminato: “(...)

184 La giurisprudenza ritiene che l'espressione “può” usata dal legislatore nella confisca di valore, non significa che questa, a differenza di quella diretta, non sia obbligatoria. Precisa sul punto la Suprema Corte che il giudice è chiamato a verificare la contemporaneità di due condizioni per la relativa applicabilità, e cioè che sia impossibile procedere alla confisca diretta del prezzo o del profitto e che sussista equivalenza di valore tra i beni confiscati e il valore del prezzo del profitto, Cass. Pen., Sez. II, n. 20046/2011, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

185 PISANI N., *Le ipotesi di confisca nel D.Lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa ex crimine dell'ente: profili sostanziali*, in *Relazione tenuta all'incontro del CSM, Criminalità organizzata e pubblica amministrazione*, 9/11/2005.

186 Si pensi agli artt. 322-ter, 640-quater, 644, 648-quater c.p.

187 Ad esempio, in caso di occultamento, alienazione etc.

caratteristica comune della confisca per equivalente, nelle varie ipotesi previste, è che “può” essere adottata solo se, per una qualsivoglia ragione, i proventi dell’attività illecita, di cui pure sia certa l’esistenza, non siano rinvenuti nella sfera giuridico-patrimoniale dell’autore del reato, perché consumati, confusi o trasformati, in tali casi intervenendo l’ablazione su beni svincolati dal collegamento fisico con il reato stesso”¹⁸⁸.

In sostanza, secondo la giurisprudenza di legittimità, l’uso del verbo potestativo potrebbe correlarsi esclusivamente alla pluralità degli oggetti aggredibili (denaro, beni o altre utilità) sino alla concorrenza del valore del prezzo o del profitto, senza coinvolgere affatto la confisca in sé, sempre obbligatoria.

Ovviamente, la confisca per equivalente ha natura sussidiaria, e comporta la previa verifica negativa circa la confiscabilità dei beni nelle forme ordinarie, nonché la giustificazione della relativa necessità da parte dell’autorità giudiziaria¹⁸⁹.

Ciò è reso palese dal riferimento contenuto nel paragrafo 7 della Relazione al D.Lgs. n. 231/2001, nel quale è previsto che l’impossibilità di eseguire la confisca nella forma ordinaria debba essere sopravvenuta, come avviene qualora i beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato siano stati, ad esempio, ceduti a terzi in buona fede.

16. LA DIRETTIVA 2014/42/UE E LA SUA (IMPERFETTA) ATTUAZIONE.

La direttiva 2014/42/UE tenta di risolvere l’individuazione delle garanzie e dei principi fondamentali che presiedono l’applicazione di tale misura. In particolare, essa detta norme minime in materia di confisca dei beni, destinate ad essere trasposte nell’intero spazio giuridico europeo.

Si tratta di uno strumento normativo che ha visto la luce – con la pubblicazione sulla GUCE il 29 aprile 2014 – dopo un lungo iter legislativo iniziato nel 2012 con la proposta di direttiva della Commissione al Parlamento europeo e al

188 Cass., Sez. VI, n. 19051/2013.

189 Cass. Pen., sez. III, n. 28225/2016.

Consiglio (COM/2012/0085), proposta che è stata peraltro sviluppata a seguito della richiesta d’iniziativa legislativa rivolta dallo stesso Parlamento alla Commissione nell’ottobre del 2011.¹⁹⁰

Come esplicitato nei 44 *consideranda* che precedono l’articolato, la direttiva muove dalla consapevolezza che il motore principale della criminalità organizzata – che sempre più spesso assume una dimensione transfrontaliera – è il profitto economico e che la prevenzione e la lotta efficace contro tale forma di criminalità richiede la neutralizzazione di questo profitto.

Sulla base di questo assunto, la direttiva si pone l’obiettivo di introdurre norme minime che consentano il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in modo da favorire la cooperazione tra le diverse autorità nazionali e rafforzare, così, l’efficacia del congelamento (o, secondo la terminologia usata dal giurista italiano, del sequestro) e della confisca dei beni, pur nel rispetto di alcune garanzie fondamentali che devono essere riconosciute alle persone destinatarie dei provvedimenti ablativi¹⁹¹.

Venendo ai contenuti, l’art. 4 della direttiva pone a carico degli Stati membri l’obbligo di adottare *«le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali o proventi da reato, o di beni di valore corrispondente a detti beni strumentali o proventi, in base a una condanna penale definitiva»*. La normativa europea, pertanto, introduce l’obbligo di prevedere che,

190 Per un primo commento al testo della direttiva si veda MAUGERI, A.M., *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.9.2014 (e ivi per ampi riferimenti al complesso iter legislativo che ha condotto all’adozione della direttiva).

191 L’ambito di applicazione della direttiva è circoscritto ad alcune materie di competenza dell’Unione Europea. In particolare la direttiva si applica ai reati già previsti dalla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione, nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione, dalle decisioni quadro relative al rafforzamento della tutela contro la falsificazione di monete (2000/383/GAI) e contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (2001/413/GAI), dalle decisioni quadro concernenti il riciclaggio di denaro, (2001/500/GAI), la lotta contro il terrorismo (2002/475/GAI), la lotta contro la corruzione nel settore privato (2003/568/GAI), i reati e le sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti (2004/757/GAI), la lotta contro la criminalità organizzata (2008/841/GAI), nonché dalle direttive concernenti la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani (2011/36/UE), la lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (2011/93/UE) e la direttiva relativa agli attacchi contro sistemi informatici (2013/40/UE).

in caso di condanna, l'autorità giudiziaria possa disporre la confisca – diretta o per equivalente – sia dei beni utilizzati o destinati ad essere utilizzati, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere uno o più reati («*beni strumentali*»), sia di ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, dalla commissione di reati («*proventi*»). La direttiva propone una definizione molto ampia di «*provento*» secondo la quale «*esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile*» (art. 2). Agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di stabilire se la confisca per equivalente debba essere considerata come sussidiaria o alternativa rispetto alla confisca diretta.

Pur subordinando in linea di principio l'obbligo di procedere alla confisca al presupposto di una sentenza definitiva di condanna, al par. 2 dell'art. 4 estende tale obbligo anche alle ipotesi in cui non è possibile giungere a una sentenza definitiva di condanna «*almeno nei casi in cui tale impossibilità risulti da malattia o da fuga dell'indagato o imputato*».

In questo caso, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per consentire la confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato «*laddove sia stato avviato un procedimento penale per un reato che può produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o l'imputato avesse potuto essere processato*».

Assai rilevante nel quadro della normativa europea, anche la disposizione contenuta nell'art. 5 che disciplina i cd. poteri estesi di confisca, ossia una misura che può essere assimilata alla cd. confisca allargata prevista dall'art. 12 sexies d.l. n. 306/1992. La previsione di poteri estesi di confisca è introdotta dalla direttiva «*allo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata nella convinzione che vi possono essere situazioni nelle quali «è opportuno che la condanna penale sia seguita dalla confisca non solo dei beni associati ad un dato reato, ma anche di ulteriori beni che l'autorità giudiziaria stabilisca costituire proventi da altri reati*» (considerando n. 19).

L'esercizio dei poteri estesi di confisca è subordinato dal legislatore europeo al

ricorrere di un duplice presupposto: innanzitutto è necessario che la persona nei cui confronti è disposta la misura ablativa sia stata condannata per uno dei reati «*suscettibili di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico*» previsti dallo stesso art. 5, par. 2¹⁹².

In secondo luogo, è richiesto che il giudice raggiunga la convinzione circa l'origine illecita dei beni che appartengono alla persona condannata. Con riferimento allo standard di prova richiesto, il testo della norma si limita a stabilire che la confisca deve essere disposta quando «*l'autorità giudiziaria ... è convinta che*» (nella versione inglese: «*where a court ... is satisfied that*»; e nella versione francese: «*lorsqu'une juridiction ...est convaincue que*») i beni in questione derivino da condotte criminose e che tale convinzione può essere ricavata anche dalla circostanza che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata. Rilevante a questo proposito il considerando n. 21 ove si precisa che «*ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose*» in quanto «*gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività*».

Allo scopo di contrastare la pratica «*comune e sempre più diffusa*» del trasferimento dei beni al fine di evitare la confisca da parte di un indagato o di un imputato ad un terzo compiacente, l'art. 6 introduce la possibilità di procedere alla confisca, sia diretta che per equivalente, dei proventi da reato (e non anche dei beni strumentali) «*che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato, almeno se tali terzi sapevano o avrebbero potuto sapere che il*

192 Si tratta dei reati di corruzione attiva e passiva nella quale sono coinvolti funzionari delle istituzioni dell'Unione o degli Stati membri e corruzione nel settore privato, reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale almeno nei casi in cui il reato ha prodotto vantaggi economici, reati di pornografia minorile, reati concernenti l'attacco a sistemi informatici, nonché ogni altro reato – ovviamente tra quelli rientranti nel campo di applicazione della direttiva – per il quale è prevista dallo strumento comunitario pertinente o dalla normativa nazionale una pena detentiva pari nel massimo ad almeno quattro anni.

trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitare la confisca». Tale circostanza deve essere accertata sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un corrispettivo significativamente inferiore al valore di mercato. Ovviamente, la possibilità di procedere alla confisca di beni nei confronti di terzi non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

La direttiva detta altre disposizioni volte a rafforzare la cooperazione tra Stati membri in materia di recupero e confisca dei beni di origine criminosa, alle quali possiamo dedicare in questa sede solo un particolare cenno. L'art. 7 stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di introdurre le misure necessarie per consentire il congelamento (vale a dire, il sequestro) dei beni in vista di un'eventuale successiva confisca.

L'art. 9 pone l'obbligo di adottare le misure necessarie per individuare e rintracciare i beni da congelare e confiscare, nonché per assicurare l'efficace esecuzione del provvedimento di confisca. L'art. 10 fissa delle regole sulla gestione dei beni sottoposti a sequestro e confisca.

Infine, poiché la confisca – come viene riconosciuto anche dal legislatore europeo nel considerando n. 33 – *«ha conseguenze rilevanti sui diritti delle persone, non solo degli indagati o degli imputati, ma anche di terzi»*, la direttiva impone l'obbligo agli Stati membri di introdurre specifiche misure volte a garantire che alle persone colpite da confisca siano riconosciuti alcuni diritti fondamentali ¹⁹³.

Infine, attenzione particolare è prestata al profilo della tutela dei diritti degli individui e al rispetto dei principi fondamentali di garanzia. Come esplicitato nel considerando n. 38, la confisca disciplinata dallo strumento normativo europeo *«rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea... e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...», come*

193 Quali il diritto a un ricorso effettivo contro i provvedimenti di congelamento e confisca, il diritto a un giudice imparziale, il diritto a che la decisione di congelamento dei beni sia comunicata all'interessato il prima possibile con l'indicazione, almeno sommaria, del motivo o dei motivi del provvedimento, il diritto a che ciascun provvedimento di confisca sia tempestivamente comunicato all'interessato e sia motivato.

interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» e, pertanto, la direttiva «dovrebbe essere attuata conformemente a tali diritti e principi». Allo scopo di evitare che la confisca si traduca in una compromissione eccessiva del diritto di proprietà, la direttiva ha cura di precisare che le disposizioni sulla confisca di beni di valore corrispondente ai beni strumentali al reato trovano applicazione «se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati» (considerando n. 17); e, più in generale, che nell'attuazione della direttiva «gli Stati membri possono prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora ... essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato» (considerando n. 18).

In buona sostanza, la direttiva disciplina un tipo di confisca europea che esula dalle forme e dai modelli procedurali che, come già analizzato, caratterizzano il nostro ordinamento¹⁹⁴.

È stato acutamente osservato come la confisca europea non tollera moduli accertativi fondati sull'unico indizio della sproporzione tra redditi e beni confiscabili, così come non consente che le possibilità di impugnazione siano limitate al vizio di mera violazione di legge, come invece accade con il nostro sistema di impugnazioni¹⁹⁵. Così, l'imposizione di un modello europeo, minimo e comune non delegittima le forme dell'ordinamento italiano di confisca, ma le rende comunque estranee proprio a quel contesto europeo inteso a garantire la reciproca riconoscibilità dei provvedimenti in materia di confisca¹⁹⁶. D'altronde, lo “spirito” del Legislatore italiano si coglie nella relazione illustrativa che accompagna lo schema di decreto legislativo trasmesso dal Ministro Boschi in

194 Si pensi alla confisca ex art. 12 -sexies del D.L. n. 306/1992, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 356/92 e soprattutto alla confisca di prevenzione che, come ampiamente illustrato, rappresenta un modello ablativo slegato da condanne da procedimenti penali pendenti, impermeato su una logica dimostrativa del sospetto e non certo della prova.

195 VALENTINI C., *I provvedimenti ablativi*, in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni. Estratto*, a cura di RUGGIERI F., Giappichelli Editore, 2017, pag. 56 e ss.

196 In questa prospettiva, il D.Lgs. n. 137/2015 ha dato attuazione alla decisione quadro 2006/783/GAI, in materia di riconoscimento reciproco delle decisioni di confisca, ignorando i contenuti della successiva direttiva 2014/42. Peraltro nulla è mutato anche con il D. Lgs. 202/2016, pure dedicato espressamente alla recezione della direttiva in parola.

data 2 agosto 2016: *“occorre premettere che l'ordinamento interno è adeguato rispetto all'utilizzazione degli strumenti di aggressione patrimoniale prevista dalla direttiva, fatta salva la necessità di alcuni adeguamenti di dettaglio”*.

È stato in proposito evidenziato¹⁹⁷ come il Legislatore abbia perso l'occasione di riformare l'istituto della confisca, sparso attraverso codici e leggi speciali e soggetto ad esegesi giurisprudenziali divergenti, stante la vetustà o la poca precisione dei testi normativi. Ciò è apparso ancor più grave laddove si consideri che non si è inteso perseguire l'intento della direttiva europea, ovvero l'armonizzazione dei casi e delle procedure di confisca all'interno degli Stati dell'Unione.

In realtà le norme europee ruotano attorno ad alcuni concetti basilari: confisca solo sulla premessa della condanna e decisione fondata solo su prove o indizi di fatti specifici (art. 5); effettiva possibilità di impugnare *“le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili in base ai quali i beni in questione sono considerati derivanti da condotte criminose”* (art. 8, comma 8).

Questi tre requisiti minimi della confisca europea confliggono con la confisca di prevenzione, possibile anche in assenza di condanna, fondata su dati probatori molto labili, e che infine risulta impugnabile con un ricorso per Cassazione dai limitatissimi poteri di controllo. Ma, quel che più conta, neppure risultano conciliabili con le tante forme di confisca estesa, fondate unicamente sull'indizio, rappresentato dalla sproporzione tra redditi/attività economica e beni confiscati.

197 GAMBOGI G., *Il D.Lgs. 202/2016: la confisca europea dei beni strumentali e dei proventi da reato trova ingresso nel nostro ordinamento*, in www.ilpenalista.it.

CAPITOLO II

LA CONFISCA IN MATERIA DI REATI SOCIETARI, FINANZIARI E NEL SETTORE PENALE TRIBUTARIO

SOMMARIO: 1. I nuovi strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa. Premessa. 2. I reati societari nel codice civile. 3. I reati previsti dal testo Unico sulla Finanza. 4. L'evoluzione nel settore penale tributario. 5. La confisca e i cd. reati transazionali. 6. La confisca per equivalente: nozione, struttura e limiti. 7. La confisca del prezzo e del profitto dei delitti tributari. 8. Il sequestro di quote societarie, azioni e titoli di credito. 9. La confisca del profitto nelle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (caso Gubert). 10. Confisca nei confronti dell'ente per i reati tributari commessi dagli amministratori: la dissociazione tra persona fisica e persona giuridica. 11. Confisca e concorso di persone di persone nel reato. 12. Confisca e prescrizione del delitto tributario. 13. La non appartenenza del bene a persona estranea al reato e la disponibilità del bene in capo al condannato. 14. La confisca senza previo sequestro preventivo. 15. Confisca diretta nei confronti dell'ente e confisca per equivalente verso il legale rappresentante. In particolare, il problema dell'onere della prova. 16. Confisca e reformatio in peius. 17. Il ne bis in idem sostanziale in tema di confisca del profitto del reato. 18. La disciplina degli artt. 19, 20 e 21 D.Lgs. nr. 231/2000 dinanzi al principio del ne bis in idem. 19. L'imperfetta realizzazione del ne bis in idem sostanziale. 20. L'operatività della preclusione processuale nei sistemi sanzionatori a doppio binario.

1. I NUOVI STRUMENTI DI CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' D'IMPRESA. PREMESSA.

In tema di lotta alla criminalità economica e ai traffici illeciti in generale non si può che partire da un fondamentale ma ormai pacifico rilievo ovvero che intanto un certo tipo di criminalità o traffico trova avvio in quanto risulti economicamente conveniente¹⁹⁸. L'attività di impresa (*in senso atecnico*) criminale, infatti, risponde

198 Vedi L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo di insieme*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.*, nr. 1/2018, pag. 37 e ss. Per un approfondimento vedi FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*.

alla medesima logica che ispira l'attività di impresa lecita: cioè quella di realizzare un *profitto* (per questo si parla anche di "*criminalità del profitto*"). Il profitto non costituisce solo l'obiettivo finale, lo scopo dell'attività criminale, ma anche la base sulla quale poggia l'attività medesima. L'aggressione al profitto illecito rappresenta, pertanto, una delle chiavi essenziali per una efficace strategia difensiva (sia repressiva che preventiva), infatti impedire l'accumulo di capitale illecito consente di colpire il cuore della criminalità economica. In tale quadro, lo strumento principale della politica sanzionatoria patrimoniale è rappresentato, come si è avuto più volte occasione di sottolineare, dalla confisca, o meglio dalle confische, istituti ontologicamente finalizzati a neutralizzare l'accumulo di ricchezza illecita. Pertanto, la lotta all'accumulo di ricchezza illecita trova nella confisca lo strumento centrale e più efficace d'intervento grazie alla sua struttura plastica e alle diverse finalità cui la medesima può essere preordinata¹⁹⁹.

Il panorama legislativo nel corso degli anni si è caratterizzato, dunque, per l'introduzione di numerose ipotesi speciali di confisca, con il precipuo fine di rafforzare – mediante l'introduzione di strumenti di apprensione delle utilità economiche provenienti dal delitto – la risposta sanzionatoria dello Stato a fronte del proliferare della criminalità economica²⁰⁰.

La tendenza ha riguardato, come si avrà modo di meglio approfondire nel proseguo, diversi settori: innanzitutto, la disciplina dei reati societari previsti dal codice civile (artt. 2621 – 2642) nell'ambito dei quali, a seguito della riforma

Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno, Padova, 1997.

199 Dieto al *nomen iuris* confisca si ritrovano istituti tra loro eterogenei per struttura e per finalità accomunati soltanto sul piano dell'effetto prodotto ovvero l'ablazione della *res* oggetto di confisca: in questo senso O. MAZZA, *La confisca per equivalente tra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2012; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI – PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, pag. 2107.

200 G. FIANDACA, *Criminalità dei patrimoni illeciti*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, pag. 152 per il quale l'emersione di nuove forme di confisca può essere considerata "*sintomatica del mutamento di paradigmi che caratterizza più in generale il diritto penale contemporaneo*" che conduce ad una sorta di passaggio da un modello di diritto penale classico ad modello moderno, se non addirittura post moderno; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 200, pag. 5 e ss., secondo la quale emerge "*in maniera eclatante nella disciplina delle nuove sanzioni patrimoniali penali la contrapposizione tra il diritto penale cd. classico e il diritto penale cd. moderno*".

operata dal D.Lgs. 11 aprile 2002 nr. 61, è stata introdotta, mediante la riformulazione dell'art. 2641 c.c., un'ipotesi speciale di confisca. Ha riguardato anche il settore strettamente finanziario: nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria è prevista all'art. 187 la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, per il reato di abuso di informazioni privilegiate ex art. 184 (cd. *insider trading*) e per il reato di manipolazione del mercato ex art. 185; nell'ambito del TUF è prevista altresì un'ipotesi di confisca quale sanzione amministrativa ex art. 187 sexies per i relativi illeciti amministrativi. Nell'ambito del diritto tributario, invero, solo con il D.Lgs. nr. 158/2015 è stata introdotta una disposizione ad hoc nel relativo D.Lgs. 74/2000 (art. 12 bis) che disciplina una ipotesi speciale di confisca, sia nella forma diretta che per equivalente, tuttavia già in precedenza la necessità di apprestare un'adeguata risposta sanzionatoria al fenomeno dell'evasione fiscale, aveva indotto il legislatore ad introdurre, tramite l'estensione dell'art. 322 ter c.p., la confisca per equivalente anche per i reati tributari ad opera della legge nr. 244/2007 (finanziaria 2008) ex art. 1, comma 143. Particolare attenzione dovrà poi essere prestata alle ipotesi di confisca previste a carico degli enti per la responsabilità da reato e disciplinate dal D.Lgs. 231/2001 (*infra* Cap. III). E' su detti settori e segnatamente sulle diverse ipotesi di confisca previste per queste tipologie di reati che si appunterà il prosieguo della trattazione.

2. I REATI SOCIETARI NEL CODICE CIVILE.

La categoria dei reati societari²⁰¹ comprende tutti quei delitti previsti dal legislatore con riguardo all'attività di organizzazione, gestione, controllo ed amministrazione delle società. Il legislatore, infatti, ha previsto fin dal 1930, una serie di norme incriminatrici volte a presidiare il pieno rispetto degli obblighi e delle funzioni degli organi sociali e della gestione limpida e retta della società.

201 Per una disamina approfondita vedi R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale*, Tomo III, IV ed., Roma, 2017, pag. 603 e ss.; vedi anche T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 307 e ss.

Appare opportuno subito precisare che i reati societari non esauriscono tutti i comportamenti criminosi legati all'attività sociale. Basti pensare, al riguardo, che, da una parte, il legislatore prevede gli autonomi delitti di bancarotta valutando specificamente il momento di crisi e dissesto della società (delitti previsti dalla Legge Fall.); dall'altra, nell'ambito delle attività svolte da una società possono situarsi delitti del tutto distinti da quelli societari propriamente detti (ad esempio, si pensi ai reati contro la P.A. o a quelli in materia di inquinamento etc.) ma che traggono origine dal contesto imprenditoriale e spesso vengono compiuti proprio nell'interesse dell'ente. Il legislatore, tuttavia, non trascura anche la commissione di questi reati ordinari originatesi nella realtà societaria prevedendo una specifica forma di responsabilità degli enti. Dal settore dei reati societari propriamente detti va tenuto distinto un'altra categoria di reati che riguarda il diritto penale dei mercati finanziari, le cui fattispecie incriminatrici sono individuate nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF).

Ebbene, il legislatore del 1942, con l'entrata in vigore del codice civile, decise di collocare i reati societari fuori dal codice penale e prevedere un autonomo titolo (il Titolo XI del Libro V) ad essi dedicato (Disposizioni penali in materia di società e di consorzi e di altri enti privati). In relazione alle tipologie di reato incriminate possono distinguersi le falsità (capo I artt. 2621 - 2625 c.c.) tra le quali spiccano i due reati di false comunicazioni sociali; gli illeciti commessi dagli amministratori (Capo II artt. 2626 - 262c.c.), gli illeciti commessi mediante omissione (Capo III artt. 263 - 2631 c.c.), nonché altri illeciti (artt. 2632 - 2638 c.c.) tra i quali, in particolare, occorre evidenziare l'art. 2635 c.c. rubricato "*Corruzione tra privati*" integralmente riscritto dal recente D.Lgs. nr. 38/2017 (ex art. 2, comma 1).

Nell'ambito dell'impianto della normativa in oggetto, emerge la previsione di una *ipotesi speciale di confisca*, misura introdotta mediante la riformulazione dell'art. 2641 c.c.²⁰² ad opera della riforma operata dal D.Lgs. 11 aprile 2002 nr. 61.

202 Si riporta il testo dell'art. 2641 c.c. "*Confisca*": "*I. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati del presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. II. quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca*

Ebbene, la disposizione in esame rende obbligatoria la confisca, anche per equivalente, del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo, in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti, per uno dei reati previsti nel Titolo XI cod. civ.; la norma fa anche salva per quanto non espressamente stabilito l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 240 c.c.

I presupposti applicativi della confisca in oggetto sono, quindi, la presenza di un determinato titolo di reato, cioè la sussistenza di uno dei reati indicati tassativamente del titolo citato e non di un qualsiasi reato, nonché la condanna o un provvedimento ad essa equiparato dal legislatore ai fini predetti.

In particolare, con riferimento al primo requisito occorre rilevare come il titolo di reato, presupposto della speciale confisca in oggetto, venga individuato attraverso un criterio topografico, cioè con riferimento all'elenco dei reati specificamente previsti dal citato Titolo XI, si tratta di un criterio formale che esclude perciò la possibilità di estendere la confisca in esame a reati diversi da quelli compresi nell'elenco, trattandosi di norma derogatoria come tale non applicabile al di fuori dei casi espressamente previsti, oltre a venire in rilievo il divieto di analogia in *malam partem* proprio del diritto penale. Sul punto, dubbi sono sorti con riferimento a quei fatti di reato, previsti nel citato titolo, per i quali ex art. 223 L. Fall. si applica la pena prevista nell'art. 216 della medesima legge qualora abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto (c.d. *bancarotta impropria*). Infatti, ove si consideri tale previsione come un titolo autonomo di reato si potrebbe sostenere che si tratta di reato diverso non contemplato nel Titolo XI c.c. come tale fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 2641 c.c., tenendo anche in conto che quest'ultima disposizione parla di condanna per uno dei reati e non per un fatto previsto dal citato titolo. Si sottolinea, pertanto, come non possa sfuggire l'irragionevolezza di una scelta legislativa che, in presenza di tutti gli elementi minimi per i quali sarebbe applicabile la confisca speciale in oggetto, non ritenga

ha ad oggetto una somma di denaro o di beni di valore equivalente. III. Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'art. 240 c.p.”. Per un approfondimento dottrinale si rinvia a G. SACCONI, *La confisca obbligatoria in ambito penale*, in *Diritto Penale dell'Impresa*, 14 ottobre 2014.

possa farsi ricorso alla medesima per l'ulteriore presenza di elementi (l'aver cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società) che, aggravando ulteriormente il disvalore del fatto, lo rendono meritevole di una pena più severa²⁰³. Vero è che considerare la bancarotta impropria come una mera aggravante del reato societario solleva sicuramente dei dubbi, non solo perché essa sembra assumere un autonomo disvalore, ma soprattutto perché andrebbe soggetta al giudizio di bilanciamento previsto dalla disciplina delle circostanze con tutte le conseguenze che da questo potrebbero derivare.

A fronte di queste considerazioni, la dottrina opta per la soluzione interpretativa di carattere formale che attribuisce rilievo alla condanna per il titolo di reato previsto dal titolo XI c.c. e non per una fattispecie prevista altrove, con conseguente esclusione, in quest'ultimo caso, della possibilità di applicare la confisca *ex art.* 2641 c.c.

Quello appena esposto non è, tuttavia, l'unico profilo problematico afferente la confisca *de qua*, in ordine alla quale si pongono in realtà una serie di problemi interpretativi a volte risolti in maniera differente da dottrina e giurisprudenza.

Uno di questi attiene alla sua natura giuridica²⁰⁴, questione che ha alimentato un vivace dibattito.

Secondo un primo orientamento la confisca societaria presenterebbe la medesima natura giuridica di quella di cui all'art. 240 c.c. ovvero quella di misura di sicurezza patrimoniale. Secondo questa impostazione²⁰⁵, l'art. 2641 c.c. contemplerebbe una misura di sicurezza avente connotati speciali. Altro orientamento²⁰⁶ ne sostiene la natura di pena accessoria, essendo conseguenza diretta del reato, dotata di carattere afflittivo e di concreta attitudine alla

203 In questo senso T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 308 e 309.

204 Cfr. G. SACCONI, *La confisca obbligatoria in ambito penale*, in *Diritto Penale dell'Impresa*, cit.

205 FOFFANI, sub. art. 2641, in PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2° ed., Padova, 2007, pag. 2565.

206 FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, pag. 227.

prevenzione generale. Altro indirizzo ermeneutico²⁰⁷ - ritenendo che la confisca societaria, pur incline ad assumere alcune caratteristiche proprie della pena accessoria non possa essere tecnicamente definita come tale poiché capace di superare il divieto di retroattività che, invece, opera in relazione alla confisca ex art. 322 ter c.p. - ne afferma la natura ibrida non riconducibile interamente né al *genus* delle misure di sicurezza né a quello delle pene accessorie²⁰⁸. Ad ogni modo la dottrina più attenta sembra non nutrire dubbi sulla natura penale della confisca societaria.

Ulteriore profilo che è stato oggetto di talune precisazioni riguarda l'estensione dell'oggetto della confisca in esame. Come detto, l'art. 2641 c.c. statuisce l'obbligo di disporre la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. Orbene, la giurisprudenza intervenuta più volte a delineare i caratteri delle varie categorie di proventi del reato, ha affermato che il profitto si identifica nel vantaggio economico ricavato dalla realizzazione del reato, il prezzo attiene esclusivamente ai motivi che hanno indotto il soggetto a commettere il medesimo rappresentandone il compenso, mentre il prodotto costituisce il risultato proveniente dall'attività criminosa. In ordine ai concetti di prodotto e profitto del reato, data la coincidenza dei termini utilizzati negli artt. 240 c.p. e 2641 c.c., se ne asserisce la totale identità dei rispetti concetti giuridici, con conseguente automatica estensione all'art. 2641 c.c. delle conclusioni già raggiunte in ordine all'applicazione dell'art. 240 c.p. La mancata menzione, invece, nell'art. 2641 cit. del prezzo del reato, già previsto come oggetto di confisca obbligatoria nell'art. 240 c.p., ha l'effetto di escludere per i beni o le utilità qualificabili come prezzo il ricorso alla confisca per equivalente, pertanto, pur essendo possibile procedere alla confisca diretta del prezzo del reato societario in forza della disposizione generale di cui all'art. 240 c.p., deve, invece, escludersi la possibilità di procedere alla confisca di beni dell'imputato di valore equivalente

207 FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997.

208 FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, pag. 134.

al prezzo del reato societario.

Una precisazione merita, invece, il riferimento dell'art. 2641 c.c. ai *beni utilizzati* per commettere il reato: gli interpreti non hanno mancato di rilevare come l'oggetto della confisca così identificato comporti una restrizione all'applicazione della confisca obbligatoria ai soli beni che sono stati concretamente usati a tal fine, mentre per quelli che sono stati solo destinati alla perpetrazione criminosa, senza essere poi materialmente utilizzati nell'esecuzione del delitto, residua soltanto la possibilità di procedere a confisca facoltativa *ex art. 240, comma 1, c.p.*, il quale in maniera più ampia parla di cose che servirono o furono destinate a commettere il reato.

Un'ulteriore caratteristica della confisca speciale in esame è rappresentata dalla previsione della confisca per equivalente: l'art. 2641, comma 2, c.c. prevede, infatti, che quando non sia possibile individuare o apprendere i beni indicati nel comma 1 (cioè, il prodotto e il profitto), la confisca possa avere ad oggetto una somma di denaro oppure beni di valore equivalente. Ciò permette indubbiamente di garantire piena effettività all'istituto della confisca in un settore, quale quello del crimine economico, in cui l'individuazione delle risorse e delle ricchezze connesse alla commissione dei reati può rivelarsi particolarmente difficoltosa.

Dunque, il presupposto che legittima il ricorso alla confisca per equivalente rappresentato dall'impossibilità di individuazione o apprensione dei beni oggetto di confisca diretta: proprio tale precisazione legislativa fonda il problema ermeneutico di comprendere in che termini vada inteso questo *rapporto di sussidiarietà* della confisca per equivalente. In altri termini, occorre capire quale onere probatorio sia posto a carico dell'accusa al fine di legittimare il ricorso a detto tipo di confisca. La giurisprudenza sul punto afferma che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è legittimamente adottato anche in caso di impossibilità transitoria e reversibile di reperimento dei beni costituenti provento illecito sempre che detta impossibilità sussista al momento della richiesta e dell'adozione del sequestro²⁰⁹. È stato altresì precisato come non sia necessario verificare preliminarmente se il bene sia entrato o meno nel

209 Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile 2007, D'Antuono, in CED nr. 236592.

patrimonio dell'indagato per tentarne il recupero²¹⁰. Evidente la ragione alla base dell'interpretazione giurisprudenziale volta ad escludere la necessità di una preventiva escussione del bene oggetto di confisca diretta che è quella di impedire che il destinatario una volta a conoscenza del tentativo di confisca diretta si attivi per sottrarre il proprio patrimonio. Va precisato, però, che tale esclusione di preventiva escussione non elide la necessità di determinare esattamente l'esistenza ed il valore del bene oggetto di confisca diretta, infatti, il fondamento della confisca per equivalente non sta nella impossibilità di individuare e commisurare precisamente cosa costituisca prodotto o profitto del reato, ma nell'irrintracciabilità del bene rigorosamente individuato.

Merita sottolineare altresì un profilo, la norma civilistica in oggetto ha prodotto effetti anche in tema di sequestro preventivo avendo anche essa concorso ad ampliare l'ambito di operatività di tale misura. Si ritiene, infatti, che il sequestro a fini di confisca, costituendo figura autonoma rispetto a quella generale prevista dall'art. 321, comma 1, c.p.p., non sia vincolato ai requisiti richiesti per quest'ultima perché nel primo caso la finalità meramente preventiva viene sostituita dalla finalità di garantire la futura confisca. Ne discende che l'espressione "*altresì*" contenuta nell'art. 321, comma 2., cit. svincoli il giudice dal dovere di verificare la sussistenza del *periculum in mora* e dell'aggravamento o protrazione delle conseguenze del reato, imponendo detta norma come unica condizione della assoggettabilità a sequestro delle cose, che di queste ne sia consentita la confisca, oltre chiaramente alla ricorrenza dell'ordinario requisito del *fumus commissi delicti*. In altri termini, il rapporto di pertinenzialità con il reato è interamente assorbito nella verifica della *confiscabilità* della cosa, nel senso che se la cosa risulta confiscabile significa che essa è pertinente al reato e nessuna valutazione discrezionale è richiesta al giudice della cautela in ordine alla pericolosità della cosa. In conclusione, posto che pure il profitto, nonché qualunque altro bene di valore equivalente, soggiace a confisca obbligatoria, ne consegue che anche il relativo sequestro preventivo viene ad estendere la sua operatività, non necessitando di alcuna previa valutazione giudiziale.

210 Cass. Pen., Sez. VI, 5 giugno 2007, Giannone, in CED 237610.

Un'ultima notazione merita il rapporto tra confisca societaria e tutela dei terzi²¹¹. In considerazione delle differenze di disciplina sussistenti tra la misura ablativa prevista dall'art. 2641 c.c. e quella di cui all'art. 240 c.p., si ritiene che il richiamo effettuato a quest'ultima disposizione, ad opera del terzo comma della norma civilistica, sia volto ad estendere ai casi di confisca societaria la previsione della norma penalistica che esclude la possibilità di apprendere beni che appartengano a persona estranea al reato. In relazione alle nozioni di appartenenza ed estraneità al reato, nonché in generale ai profili che attengono alla posizione del terzo, si richiama quanto già si avuto modo di evidenziare e precisare nel precedente capitolo. Qui preme soltanto effettuare alcuni rilievi specifici con riguardo alla confisca societaria.

Innanzitutto, preme sottolineare che sebbene, come detto, la cosa appartenente a persona estranea al reato non possa costituire oggetto di confisca, tale deroga non opera a favore dei terzi che, pur estranei alla condotta criminosa non vantino titoli di appartenenza sui beni societari: tra essi, ad esempio, i *risparmiatori* che vedono sfumare le proprie pretese risarcitorie a fronte dell'applicazione della misura ablativa. La disposizione civilistica, infatti, non prevede al pari dell'art. 1 D.Lgs. 231/2001 la clausola di salvaguardia che consente di escludere l'ablazione della parte che può essere restituita al danneggiato.

Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, disciplinante la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dipendente da reato, anche le società, salvo chiaramente che siano terze estranee al reato, possono ritenersi espressamente passibili di confisca, qualora ritenute responsabili del reato societario in base a quanto previsto dall'art. 25 *ter* del decreto medesimo.

3.I REATI PREVISTI DAL TESTO UNICO SULLA FINANZA.

Si parla di *crimini finanziari* in senso lato per far riferimento a quei reati in grado di incidere negativamente in modo diretto o indiretto sull'andamento

²¹¹ Vedi G. SACCONI, *La confisca obbligatoria in ambito penale*, in *Diritto Penale dell'Impresa*, cit.

dell'economia nazionale ed internazionale, incidendo sulle imprese pubbliche e private e sui mercati borsistici. I reati economico-finanziari sono molto numerosi e complessi e sono contenuti in diversi testi normativi che vanno da leggi speciali, al Testo Unico sulla Finanza, al codice penale e a quello civile. Il tratto peculiare che in ogni caso accomuna tutte queste diverse fattispecie incriminatrici è la circostanza che gli autori di detti reati sono generalmente dirigenti o comunque soggetti con ruoli apicali o di prestigio: nota è, infatti, l'espressione in tale ambito di "*reati dei colletti bianchi*"²¹².

Prima di affrontare in maniera particolareggiata i reati finanziari propriamente detti ovvero quelli previsti dal Testo Unico sulla Finanza (D.Lgs. 24 febbraio 1998, nr. 58 e ss. modif.), pare opportuno passare in sintetica rassegna, facendone un breve cenno, le altre ipotesi contemplate dal nostro ordinamento e che, come sopra detto, possono rientrare in un concetto lato di crimini economico-finanziari. Il riferimento è, in particolare, ai reati di anatocismo, concorrenza sleale, riciclaggio di denaro, corruzione, pubblicità ingannevole, frode del consumatore e in tema di brevetti, esercizio abusivo di attività finanziaria, aggio, gli illeciti societari, contrabbando, falso in bilancio, l'usura e tutti i fenomeni della cd. economia sommersa come il lavoro irregolare, gli affitti in nero etc. Nel Codice Penale poi vi è un intero titolo dedicato ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio (Titolo VIII del Libro II); tra questi si possono citare per la rilevanza degli effetti che possono avere sul sistema economico l'art. 501 (Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio, cd. *aggio*); l'art. 513 *bis* (Illecita concorrenza con minaccia e violenza); l'art. 514 (Frodi contro le industrie nazionali); l'art. 515 (Frode nell'esercizio del commercio); art. 640 (Truffa); l'art. 640 *bis* (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche); l'art. 644 (Usura); l'art. 648 *bis*

212 Dato il numero e la complessità di questa categoria di reati, la dottrina nel suo instancabile tentativo di riportare ad unità ipotesi delittuose tra loro anche molto diverse, ha evidenziato taluni tratti distintivi valorizzandone in particolare: la complessità, la scarsa visibilità, intesa nel senso della elasticità e versatilità delle condotte potenzialmente integranti l'illecito, che ne rendono particolarmente ardua la scoperta, la labilità dei confini tra attività lecita ed illecita, la quale rimane spesso nel limbo dell'elusione, l'inconsapevolezza delle vittime, l'insospettabilità degli autori ed infine l'incertezza sulla definizione delle fattispecie criminose.

(Riciclaggio) l'art. 648 *ter* (Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita)²¹³.

Ancora, come si già avuto modo di evidenziare in altra sede della presente trattazione, il Codice Civile prevede nel Libro V Titolo XI (Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati), che dopo le modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, D.Lgs. nr. 38/2017, in vigore dal 14.04.2017, contempla una serie di reati societari, di cui meglio sopra già si detto.

Ebbene, ritornando a far specifico riferimento al Testo Unico della Finanza (D.Lgs. nr. 58/1998 aggiornato di recente dal D.lgs 233/2017, in vigore dal 28.02.2018)²¹⁴, vediamo che esso dedica l'intera Parte V del testo alle sanzioni

213 Si segnala, costituendo questa una recentissima novità normativa, i reati introdotti dalla riforma penale del 2018. Il D.Lgs. nr. 21/2018, in vigore dal 06.04.2018, ha introdotto nuovi delitti nel codice penale, abrogando contestualmente alcune leggi speciali, ciò in ossequio al principio della riserva di codice prevista dal neo introdotto art. 3 bis c.p. in base al quale *“Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia”* (articolo introdotto ex art. 1 decreto cit.). Segnatamente, tra le nuove fattispecie incriminatrici due sono state introdotte per tutelare precipuamente il sistema economico - finanziario. Il primo è il reato di cui all'art. 493 *ter* rubricato *“Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento”*: questa fattispecie di reato punisce chiunque con lo scopo di trarre profitto per sé o per altri ponga in essere una delle tre alternative condotte ivi specificate ovvero utilizzi indebitamente carte di credito o di pagamento di cui non titolare o qualsiasi altro documento analogo che autorizzi il prelievo di contanti, l'acquisto di beni e la prestazione di servizi; falsifichi od alteri carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abiliti il prelievo di denaro contante, l'acquisto di beni, la prestazione di servizi; infine, possieda, ceda o acquisisca tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati e ordini il pagamento di prodotti con essi. La disposizione prevede che in caso di condanna o pena patteggiata ordinata la confisca delle cose utilizzate o destinate alla commissione del reato, del profitto o del prodotto del reato, a meno che esse appartengano a soggetto estraneo al reato. Quando la confisca di queste cose non è possibile, essa ha ad oggetto beni, denaro o altre utilità nella disponibilità del reo, per un valore equivalente a tale profitto o prodotto. Gli strumenti sequestrati ai fini della confisca nel corso delle operazioni di polizia giudiziaria, sono affidati dall'autorità giudiziaria agli organi di polizia su loro richiesta. Dunque, il legislatore, sempre in linea con la tendenza che si è evidenziata negli ultimi decenni, non ha mancato anche in questo caso di introdurre una ipotesi di confisca obbligatoria diretta e per equivalente, dimostrando di confidare sulla convinzione per cui per determinate tipologia di reati (vedi anche settore dei reati societari e tributari) come per una più effettiva ed efficace tutela di determinati beni giuridici di particolare rilevanza alla previsione della fattispecie astratta di reato debba accompagnarsi la previsione di uno strumento volto a neutralizzare gli effetti di quella illecita condotta. L'ulteriore ipotesi di reato a cui sopra si faceva cenno è l'art. 512 *bis* *“Trasferimento fraudolento di valori”*, il quale prevede che *“salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniale o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli artt. 648, 648 bis 648 ter, punito con la reclusione da due a sei anni”*.

214 Per un esame approfondito si rinvia a L. LIPARI, *Gli abusi di mercato*, collana Teoria e Prassi della Giustizia Penale, Aracne editrice, I ed. luglio 2017, L'Autrice richiama anche i più

penali e amministrative dei reati finanziari.

Nel dettaglio, il Titolo I, Capo I, è dedicato agli intermediari finanziari e prevede le seguenti figure di reato: art. 166 (Abusivismo), art. 167 (Gestione infedele), art. 168 (Confusione di patrimoni), art. 160 (Partecipazioni al capitale), art. 170 (Gestione accentrata di strumenti finanziari), art. 170 bis (Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca di Italia e della Consob). Il Capo II relativo agli organismi Emittenti disciplina i seguenti reati finanziari: art. 172 (Irregolare acquisto di azioni), art. 173 (Omessa alienazione di partecipazioni) art. 173 bis (Falso in prospetto). Mentre il Titolo I bis si occupa dei fenomeni di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, prevedendo al Capo II le seguenti figure di reato: l'art. 184 (Abuso di informazioni privilegiate) e l'art. 185 (Manipolazione del Mercato).

L'impossibilità in questa sede, di poter approfondire in maniera compiuta ogni singola ipotesi di reato prevista dal T.U.F. non priva di rilievo di dar conto in modo appropriato degli aspetti più delicati in materia, prima di appuntare l'attenzione sulla confisca prevista dal legislatore anche in questo ambito per talune tipologie di reato.

Il riferimento è, in particolare, alle perplessità suscitate, già all'indomani dell'entrata in vigore del testo unico in oggetto, in ordine alla discutibile tecnica di descrizione delle fattispecie incriminatrici, diffusa nel settore del diritto penale economico, attuata attraverso una incriminazione per rinvio ovvero mediante la rinuncia a descrivere compiutamente l'essenza della condotta vietata, nonché la previsione di fattispecie che sanzionano precetti altrove contenuti seguendo uno stampo prettamente civilistico – amministrativo. Ed invero, tale scelta legislativa era stata molto criticata dalla prevalente dottrina, la quale aveva più volte evidenziato come detta tecnica di redazione, agganciando nella sostanza la sanzione penale a norme extra-penali finisse per comportare una normativa penalistica incoerente, nonché il rischio di porre a carico della generalità dei consociati un inesigibile obbligo di conoscenza di una disciplina altamente tecnica

noti casi di *market abuse*. Vedi anche con specifico riferimento alla confisca T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op.cit. pag. 313 e ss.

e settoriale.

Tale problematica è emersa con particolare forza, ad esempio, in tema di *abusivismo finanziario*. La giurisprudenza anche in tempi recenti si occupata del delitto di abusivismo finanziario previsto dall'art. 166 TUF. A creare criticità sono stati soprattutto i requisiti di professionalità e pubblicità, quali elementi necessari per la configurabilità del delitto *de quo*, infatti, poiché tale norma sembra configurare un reato comune, un'interpretazione letterale del delitto di abusivismo finanziario potrebbe estendere a dismisura l'ambito di applicazione della norma fino a ricomprendere addirittura qualunque soggetto che negozi sporadicamente strumenti finanziari in assenza della dovuta abilitazione a tale attività presso una strettissima cerchia di amici fidati. Per evitare detto rischio, che porterebbe la norma a risultare incompatibile con il principio di colpevolezza, la Suprema Corte ha proceduto ad una interpretazione sistematica dell'art. 166 alla luce dell'art. 18 dello stesso decreto, in base al quale deve ritenersi che l'esercizio professionale nei confronti del pubblico di servizi di investimento sia riservato alle imprese di investimento e alle banche. Pertanto, viene data a detto reato una interpretazione correttiva secondo cui oggetto di tutela penale è esclusivamente lo svolgimento di attività e servizio di investimento connotati da professionalità e pubblicità, come espressamente indicato dall'art. 18 cit. Ad ulteriore conforto della propria conclusione la S.C. ha affermato che questa interpretazione sia quella maggiormente conforme alla *ratio* propria dell'art. 166 che pone un reato di pericolo presunto o astratto, che richiede appunto per la configurabilità del fatto tipico una serie di atti o attività svolte professionalmente e rivolte ad una platea interminata di soggetti. La configurabilità di detto reato in termini di reato di pericolo astratto e non di reato di danno è in linea con la tutela rafforzata che si vuole dare al bene giuridico consistente nel funzionamento dei mercati e nell'affidabilità tecnica e professionale degli intermediari, in ossequio ai principi costituzionali sanciti dall'art. 47 Cost. che mira a proteggere la dimensione dinamica del risparmio.

In definitiva, la giurisprudenza ha accolto le più attente riflessioni della dottrina secondo cui le fattispecie incriminatrici che intervengono nel settore degli

strumenti finanziari e dei mercati devono essere necessariamente di pericolo proprio perché vi è in tali settori la necessità di anticipare la tutela in chiave preventiva più che repressiva dati i delicati equilibri degli interessi in gioco.

Richiamati così i reati finanziari previsti dal Testo Unico, nonché taluni aspetti problematici agli stessi attinenti, preme osservare che anche in tale ambito il legislatore ha previsto un'altra ipotesi speciale di confisca obbligatoria sia diretta che per equivalente.

Il T.U.F. prevede, infatti, all'art. 187 la confisca obbligatoria per il reato di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 184* (cd. *insider trading*) e per il reato di manipolazione del mercato *ex art. 185*²¹⁵.

Al riguardo, occorre preliminarmente precisare la distinzione tra queste ipotesi delittuose rispetto a fattispecie previste dal codice civile e per le quali comunque è applicabile la speciale confisca prevista dall'art. 2641 c.c. Secondo unanime opinione, il riferimento agli strumenti finanziari *quotati o meno* consente di distinguere il delitto di manipolazione del mercato *ex art. 185 TUF* da quello di aggio su titoli *ex art. 2637 c.c.* In ogni caso le diverse condotte manipolative del mercato presentano numerosi punti di coincidenza o sovrapposizione con i reati societari previsti dal codice civile, con la possibilità di potere configurare un concorso formale di reati, in quanto le fattispecie penalmente rilevanti sono sussumibili sotto diverse norme incriminatrici.

L'art. 187 *cit.*²¹⁶ prevede al primo comma la confisca diretta del prodotto o del profitto e dei beni utilizzati per commetterlo. Prevede al secondo comma la confisca di valore di una somma di denaro o beni di valore equivalente. La norma fa salva in ogni caso la possibilità di applicare le disposizioni di cui all'art. 240 c.p.

In relazione all'individuazione del profitto nel caso dei reati previsti dal TUF, la

215 Si veda FOFFANI, *art. 187*, in PALAZZO – PALIERO (a cura di) *Commentario breve alle leggi penali complementari*; Padova 2007, pag. 729 e ss.

216 In relazione all'art. 187 la giurisprudenza ha precisato che la confisca per equivalente prevista dalla norma non costituisce una misura di sicurezza (nel qual caso varrebbe il principio della retroattività), ma è viceversa una sanzione penale; avendo dunque "*tale tipo di confisca natura sanzionatoria e non preventiva, come tale è sottoposta al regime di cui all'art. 2 c.p.*": Corte di Appello Milano, 11 febbraio 2009, in *Riv. dott. comm.* 2009, 3, 605, con nota di CHIARAVIGLIO, *La natura sanzionatoria della confisca per equivalente: quali gli effetti?*.

giurisprudenza ritiene legittimo il mancato scomputo, dalle somme oggetto di sequestro preventivo per il reato di manipolazione del mercato, delle somme di denaro corrispondenti agli interessi versati dall'indagato nell'ambito dell'operazione bancaria necessaria per l'acquisizione dei titoli azionari oggetto di aggio. In altri termini, ai fini dell'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca la nozione di profitto del reato coincide con il complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, senza che adesso possano essere sottratti i costi sostenuti per la commissione del reato. Tra i beni oggetto di sequestro con riferimento al suddetto delitto vi rientrano i titoli azionari di cui è stato alterato il prezzo poiché incorporano il profitto del reato e, quindi, sono soggetti a sequestro per evitare che venga aggravato il pregiudizio al mercato dei valori mobiliari e per garantire la confisca obbligatoria.

Similmente a quanto previsto dall'art. 187, che disciplina la confisca in relazione alle fattispecie di *market abuse*, l'art. 187 *sexies* TUF²¹⁷ prevede una ipotesi di confisca speciale caratterizzata dalla sua obbligatorietà e riguardante il prodotto o il profitto degli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate (art. 187 bis) e di manipolazione del mercato (art. 187 ter), nonché dei beni utilizzati per commetterli. Detta disposizione prevede poi al secondo comma la possibilità che i medesimi (prodotto o profitto e i beni impiegati per detti illeciti) siano sottoposti a confisca anche per equivalente.

La giurisprudenza sottolinea come mentre la confisca diretta, reagendo alla pericolosità indotta nell'autore dell'illecito dalla disponibilità dei beni utilizzati per commetterlo e dei beni dal medesimo ricavati, assolve ad una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che va incidere su beni di altra natura, manifesta una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, natura eminentemente sanzionatoria²¹⁸.

217 Si veda, in particolare, FRATINI, art. 187 *sexies* – *Confisca*, in FRATINI – GASPARRI (a cura di) *Il Testo Unico della Finanza*, III, Torino 2012, pag. 2537 e ss.

218 La giurisprudenza costituzionale afferma che la confisca per equivalente ex art. 187 *sexies*, comma 2, T.U.F. ha natura obbligatoria (Corte Cost. nr. 252/2012), ha preminentemente carattere sanzionatorio ovvero sostanzialmente penale (Corte Cost. 68/2017): infatti, mentre la confisca diretta di cui al primo comma dell'art. 187 *sexies* cit., reagendo alla pericolosità indotta nell'autore dell'illecito dalla disponibilità dei beni utilizzati per commetterlo e dei beni

Profilo di particolare attenzione, oggetto di plurimi interventi da parte della Corte Costituzionale, è costituito dall'art. 187 *sexies* cit. nella parte in cui prevede la confisca per equivalente anche dei *beni utilizzati* per commettere gli illeciti amministrativi di abuso di mercato. Il riferimento a detti beni presenta, infatti, degli aspetti problematici, considerato che in relazione alle fattispecie di abuso di mercato può accadere (come anzi spesso accade) che l'entità dei beni confiscati possa essere nettamente maggiore rispetto al profitto realizzato. Ed invero, in questo ambito spesso capita che al conseguimento di un profitto non particolarmente ingente si accompagni l'utilizzazione di mezzi economici per importi molto elevati. Ne consegue allora che la rigida formulazione dell'art. 187 *sexies* (come anche del resto dell'art. 187) pone problemi di compatibilità con i principi costituzionali di ragionevolezza e proporzione, posto che l'obbligatorietà della misura ablatoria preclude qualsiasi potere discrezionale al giudice anche del profilo quantitativo.

Proprio con riferimento a detto profilo è stata più volte sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *sexies* cit. per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.²¹⁹ Il giudice *a quo* (Corte di Appello di Torino, Sez. I Civile, ord. 05.10.2011 poi successivamente sempre Corte di Appello di Torino, ord. 27.01.2012) ha ritenuto la questione non manifestamente infondata sottolineando come la misura ablatoria in questione abbia un carattere eminentemente sanzionatorio, denunciando la palese sproporzione tra l'ammontare rilevante della sanzione amministrativa pecuniaria edittale, prevista per gli abusi di mercato, e le conseguenze economiche che possono derivare dalla confisca in oggetto; rimarcando, inoltre, come detta misura nella sua automaticità resti totalmente disancorata dalla concreta gravità della violazione, non essendo consentita al giudice alcuna graduazione. Nelle due occasioni in cui la Corte Costituzionale ha

dal medesimo ricavati, assolve ad una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni di altra natura (privi di nesso diretto, attuale e strumentale con il reato), palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, alla luce dei noti criteri Engel, una natura eminentemente sanzionatoria.

219 Si rinvia a E. AMATI, *La Confisca negli abusi di mercato al cospetto di ragionevolezza /proporzione - Nota a Corte Cost. sent. 05.11. 2012, dep. 15.11.2012, nr. 252*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 8 febbraio 2013.

avuto occasione di pronunciarsi (Corte Cost. 10.06.2011 nr. 186 e 05.11.2012 nr. 252) ha dichiarato inammissibile la questione per indeterminatezza del *petitum*, mentre nel secondo caso ha rigettato la questione in quanto esorbitante dai propri poteri. In particolare, con riferimento a tale ultimo pronunciamento la Corte ha precisato che la confisca sia penale che amministrativa è sempre e soltanto una misura fissa e che l'alternativa al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività.

In tempi recenti, la Suprema Corte²²⁰ ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, tra le altre, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *sexies* cit. nei termini di cui sopra riproponendo la medesima questione sui dubbi di costituzionalità della confisca per equivalente anche dei mezzi impiegati a commettere gli illeciti amministrativi di abuso di mercato, richiamando in questo caso quali parametri di costituzionalità gli artt. 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché gli artt. 11 e 117 Cost. con riferimento agli artt. 17 e 4 CDFUE²²¹.

Di nuovo, dunque, si è richiesto l'intervento del giudice delle leggi su profili di irragionevolezza relativi alla confisca di cui all'art. 187 *sexies* cit. che da più voci sono ritenuti meritevoli di una considerazione approfondita ed il cui vaglio stato fino ad ora precluso. Se il percorso diretto ad ottenere una pronuncia di parziale incostituzionalità della disposizione in commento risulta alquanto difficile, rimane sempre aperta la possibilità di una interpretazione adeguatrice da parte Corte Costituzionale, anche se il silenzio della stessa nelle pronunce richiamate si attesta in altra direzione, nel senso che se essa avesse ritenuto di poter percorrere questa strada avrebbe focalizzato le pronunce richiamate proprio su questo profilo. Ciò

220 Cass. Civ. ord. 3831/2018: detta pronuncia ha messo sul tappeto, in modo argomentato e persuasivo, un questione fondamentale quella appunto del carattere sproporzionato che può assumere la confisca per equivalente nell'insider trading; questioni che non ha ad oggi ricevuto una soluzione chiara e che può porsi anche con riferimento al delitto di insider trading e alla confisca ex art. 187 T.U.F. Non solo, tanto rispetto alla *confisca amministrativa* ex art. 187 *sexies*., quanto in rapporto alla *confisca penale* ex art. 187, il problema della sproporzione, quando oggetto della misura siano i mezzi usati per commettere l'illecito, si pone infatti, in termini sostanzialmente analoghi, nel diritto penale e nel diritto sanzionatorio amministrativo, sia per la confisca diretta sia per la confisca per equivalente.

221 Si precisa, come già rilevato, che i problemi affrontati dalla giurisprudenza in esame, in rapporto alla confisca amministrativa si presentano anche in rapporto alla "*confisca penale*".

non toglie che tale vivace dibattito giurisprudenziale e non solo richiami un intervento riformatore del legislatore da più parti auspicato volto a mitigare il rigore delle misure ablativo in esame (art. 187 e 187 *sexies*) in materia di *market abuse*²²².

Quanto, infine, alla tematica della tutela del mercato finanziario in rapporto al doppio binario sanzionatorio ed al rispetto del principio del *ne bis in idem*²²³ si rinvia *infra*.

4. L'EVOLUZIONE NEL SETTORE PENALE TRIBUTARIO.

I reati tributari²²⁴ sono individuati da quelle fattispecie incriminatrici volte a punire talune violazioni degli obblighi di natura fiscale gravanti in capo al contribuente in forza della normativa tributaria (extrapenale). Si tratta di quei reati posti a rimprovero delle condotte di violazione di determinati obblighi di natura fiscale e a tutela della cd. "*ragion fiscale*", cioè dell'interesse che lo Stato ha di percepire il gettito spettante secondo le disposizioni della normativa tributaria vigente.

La normativa tributaria, che ha sempre avuto nel nostro ordinamento una collocazione extra-codicistica, non essendo essa stata inserita nel codice Zanardelli nè tantomeno nel Codice Rocco attualmente in vigore, è stata oggetto di numerosi interventi di riforma, di cui il principale - che ne delinea la disciplina attualmente in vigore - è quello di cui al D.Lgs. nr. 74/2000, anch'esso

222 In questo senso vedi E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit.

223 Per un'ampia disamina della tematica L. LIPARI, *Gli abusi di mercato*, in *Teoria e Prassi della Giustizia Penale Contemporanea*, Roma, 2017, pag. 197 e ss.; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rv. Soc.*, 2014, nr.5. Vedi anche E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 dicembre 2016; F. VIGANO', *Ne bis in idem in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 16.05.2016.

224 Per un esame approfondito anche sull'evoluzione storica vedi R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale*, Tomo III, cit. pag. 467; vedi anche R. BRICHETTI – P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, diretto da F. PALAZZO – C.E. PALIERO, Giappichelli ed., Torino, 2017.

successivamente oggetto di modifiche.

In particolare, per quanto attiene alla *confisca* nel settore del diritto penale tributario, essa trova oggi specifica disciplina nell'art. 12 bis D.Lgs. nr. 74/2000, inserito dall'art. 10, comma 1, D.Lgs. 24 settembre 2015, nr. 158 di revisione del sistema sanzionatorio, in vigore dal 22 ottobre 2015²²⁵. Il precedente delle disposizioni dettate dall'art. 12 bis cit. è costituito dall'art. 1, comma 143 Legge nr. 244/2007 (legge finanziaria 2008), previsione poi espressamente abrogata dall'art. 14, comma 1 lett. b) D.Lgs. nr. 158/2105 cit.

Al fine di esaminare approfonditamente l'istituto della confisca nell'ambito del sistema dei reati tributari appare opportuno ricordare brevemente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale registratasi in argomento.

L'impianto originario della Legge nr. 4/192 (la prima fonte che in via sistematica aveva provveduto a sanzionare penalmente violazioni di norme e prescrizioni fiscali) fu in gran parte modificato ad opera della Legge nr. 516/1982, con la quale si era registrato un inasprimento dell'intervento penale tributario, pur con tutti i limiti delle fattispecie allora introdotte, caratterizzate da fatti tendenzialmente prodromici rispetto all'evasione fiscale.

La previsione di una soglia di offesa così anticipata nel sistema di repressione penale, incentrata sul pericolo più che sull'effettiva lesione del bene giuridico tutelato, secondo taluni Autori²²⁶, spiega perché per molti anni il tema della confisca del profitto del reato tributario sia stato poco attenzionato. Ed invero, solo con la riforma del 2000 il legislatore ha restituito centralità all'imposta evasa, divenendo appunto questa il baricentro delle nuove incriminazioni. L'accento posto sull'evasione delle imposte dirette o dell'IVA ha dato nuova vitalità ai profili *lato sensu* sanzionatori proprio con riguardo al tema della confisca.

In particolare, si è affermata l'idea che l'evasione - come detto divenuta centrale

225 S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al D.Lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 9 ottobre 2015; vedi anche S. FINOCCHIARO, *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" di decreto legislativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 luglio 2015; S. CAVALLINI, *Osservazioni "di prima lettura" allo schema di decreto legislativo in materia penal tributaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2015.

226 R. BRICHETTI – P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, cit., pag. 464.

nella struttura dei fatti tipici - comporti un profitto, anche solo in termini di risparmio di spesa, e che questo debba essere oggetto di un provvedimento ablatorio. Tale convinzione ha, tuttavia, aperto una serie di problemi con riferimento al quadro normativo vigente: da qui allora, il citato intervento del legislatore con la legge finanziaria del 2008 finalizzato ad introdurre una norma specifica per rendere obbligatoria la confisca del profitto di determinati reati tributari, anche nella forma per equivalente; nonché l'intervento da parte della giurisprudenza teso ad ampliare il più possibile i confini di applicabilità della confisca del profitto da reato tributario, su cui meglio di dar conto nel prosieguo.

Ebbene, proprio alla luce di quanto detto, nel vigore della Legge nr. 516/1982 la giurisprudenza in tema di confisca nel settore penal - tributario era, invero, assai scarsa. Infatti, nei reati tributari l'unico strumento per aggredire i proventi di natura illecita era rappresentato dalla confisca diretta di cui all'art. 240 c.p. Tuttavia, l'operatività di tale misura, richiedendo l'accertamento di un rapporto di pertinenzialità tra il bene da confiscare e il reato del quale costituisce l'illecito provento, risultava di difficile applicazione per i reati in oggetto. In tali fattispecie, infatti, il profitto del reato si realizza generalmente attraverso il mancato pagamento dell'imposta dovuta e, quindi, mediante un risparmio di spesa che si traduce non in un miglioramento della situazione patrimoniale, ma piuttosto in un mancato decremento del patrimonio²²⁷.

Ed invero, come si è anticipato e come meglio verrà esaminato *infra*, in materia penal-tributaria ciò che rileva principalmente è il profitto del reato, il quale, è stato generalmente identificato dalla giurisprudenza con il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato ed inteso come un mutamento materiale e di segno positivo della situazione patrimoniale ingenerato dal reato²²⁸. Nei reati tributari l'applicabilità della confisca veniva ostacolata dalla difficoltà di provare il rapporto di derivazione causale intercorrente del profitto dal reato, in

227 Cfr. Relazione Ufficio Massimario della Corte di Cassazione nr. III/05/2015 del 28 ottobre 2015, *Novità legislative: Decreto legislativo nr. 24 settembre 2015, nr. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, nr. 23*, in www.cortedicassazione.it.

228 Cass., Sez. V, 28 novembre 2013 (dep. 4 marzo 2014), nr. 10265, Banca Italese s.p.a.

quanto tali generi di proventi, difficilmente potevano ritenersi derivanti dal reato dal momento che solitamente coincidevano con beni già presenti nel patrimonio del reo.

Occorre in ogni caso precisare che, in materia di delitti tributari, fermo restando che le tematiche della confisca riguardano soprattutto il profitto, può tuttavia venire in considerazione in talune ipotesi anche la confisca del prezzo: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di cui all'art. 10 D.Lgs. nr. 74/2000, in particolare, laddove il fatto sia compiuto per consentire a terzi l'evasione, in cambio di un corrispettivo; nonché a quelle di emissione di fatture per operazioni inesistenti ex art. 8 stesso decreto, laddove l'emittente riceva un compenso per la falsa fatturazione.

Ebbene, nel settore in esame il punto di svolta è stato segnato dalla legge finanziaria 2008, sopra citata, la quale per superare i suddetti problemi applicativi e fornire un'adeguata risposta sanzionatoria al fenomeno dell'evasione fiscale, tramite l'estensione dell'art. 322 ter c.p.²²⁹, ha introdotto la confisca per equivalente anche per i reati tributari²³⁰. Segnatamente, l'art. 1, comma 143 di detta legge ha disposto che *“Nei casi di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11 del decreto legislativo 1 marzo 2000, nr. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322 ter del codice penale”*²³¹.

229 A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente ex art. 322 ter tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 54, 2011.

230 Con riferimento alla non percorribilità della confisca diretta per i reati tributari sulla base della norma generale di cui all'art. 240 c.p., la dottrina ha sostenuto che l'art. 1, comma 143, L. nr. 244/2007 estendendo, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322 ter c.p. ai reati tributari, non abbia semplicemente cambiato ed esteso il regime della confisca di cui all'art. 240 c.p., bensì abbia, di fatto, reso possibile la confisca in relazione ai reati tributari: cfr. M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pag. 1674 e ss., sub par. 8, nella parte in cui afferma che *“la confisca codicistica mal si adattava ai reati tributari. Facoltativa per il prodotto o il profitto, poteva riguardare i casi di indebiti rimborsi ottenuti con frode, ma non riusciva concretamente ad operare in quelli di evasione per mancato versamento dell'imposta dovuta. Di qui l'accoglienza favorevole riscossa in dottrina della legge del 2007, che mediante il richiamo all'art. 322 ter c.p. non solo rendeva obbligatoria per i reati tributari la confisca diretta, ma vi affiancava anche la confisca di valore”*. F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Riv. Trim., 4, 2015, pag. 255.

231 In argomento, A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI . A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, pag. 202 e ss.; E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, pag. 71 e ss. Per un primo commento G. SOANA, *Introdotta la confisca per equivalente anche nel diritto penale*

Orbene, la dottrina al riguardo non ha mancato di mettere subito in evidenza come all'opportunità politico – criminale degli obiettivi di tutela non sia seguita una tecnica di costruzione della soluzione normativa che fosse di agevole comprensibilità semantica, capace perciò di promuovere esiti di uniforme e prevedibile applicabilità²³².

Ed invero, la confisca per equivalente era prevista dall'art. 322 ter, comma primo, c.p. solo rispetto al prezzo del reato (concetto quasi inutilizzabile nei reati tributari), mentre solo per figure nemmeno lontanamente assimilabili ai reati tributari (gli artt. 321 e 322 bis, secondo comma, c.p.) il comma secondo dell'art. 322 ter c.p. prevede(va) in via prioritaria la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto (salvo che appartengano a persona estranea al reato), ed in via subordinata, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a quello del profitto.

Così in dottrina²³³ è stata propugnata la tesi basata sull'osservazione per cui l'art. 322 ter c.p. ha diversificato l'operatività della confisca per equivalente: a fronte di una previsione generale contenuta nel primo comma, in cui si disciplina la confisca per equivalente del solo prezzo del reato, si contrappone al secondo comma una previsione speciale riferita al solo delitto di corruzione attiva, alla cui sola commissione segue anche la confisca per equivalente del profitto dell'illecito. Quindi essendo la previsione dell'art. 322 ter, comma 2, c.p. espressamente dettata per il solo delitto del corruttore, l'art. 1, comma 143, Legge nr. 244/2007, nel prevedere (mediante un generico rinvio all'art. 322 ter c.p.) la confisca per equivalente in ambito penal - tributario avrebbe inteso richiamare solo il primo comma di quest'ultimo articolo (prezzo) essendo il connesso comma 2 (profitto) riferito specificamente ad altra e peculiare fattispecie delittuosa.

Era evidente allora che, aderendo a quest'ultima tesi (quindi, escludendo il

tributario, in *Giust. Trib., Riv. Tem.* nr. 1/2008.

232 In questi termini si esprime L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Diritto Penale contemporaneo*, cit., pag. 6.

233 SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Il Fisco*, 2011, pag. 1697; in senso analogo vedi L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Diritto penale Contemporaneo*, cit.

profitto quale parametro di riferimento della confisca per equivalente), il nuovo istituto ne sarebbe risultato quasi completamente depotenziato, con grave danno per le prospettive recuperatorie dell'Erario. La giurisprudenza di legittimità²³⁴, tuttavia, interveniva a chiarire come il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, potesse essere disposto non soltanto per il prezzo, ma anche per il profitto del reato, poiché l'integrale rinvio alle disposizioni di cui all'art. 322 ter c.p., contenuto nell'art. 1, comma 143, Legge nr. 244/2007, consentiva di affermare come, con riferimento ai reati tributari, trovasse applicazione non solo il primo ma anche il secondo comma della norma codicistica. La S.C. escludeva si trattasse in questo caso di analogia in *malam partem* in materia penale, ma di una mera interpretazione letterale.

Nonostante i principi sanciti dalla S.C., ciò non eliminava il fatto che la nuova normativa risultasse foriera di rilevanti incertezze e difficoltà applicative.

L'art. 322 *ter* c.p. è stato successivamente modificato dalla Legge 6 novembre 2012, nr. 190 mediante l'aggiunta delle parole "*o profitto*" nella disposizione del comma I, laddove essa prevede la confisca per equivalente. La cd. legge anticorruzione ha uniformato così l'oggetto della confisca per equivalente nell'ambito dell'art. 322 *ter* cit. estendendo la confisca di valore anche al *profitto* (e non soltanto al prezzo) del reato. Tale modifica è stata condivisa da dottrina e giurisprudenza avendo risolto un'evidente stonatura del sistema²³⁵, come sopra evidenziato.

234 Cass. Pen., Sez. III, 5 maggio, nr. 28724, Lamprecht e altri; Cass. Pen., Sez. III, 7 luglio 2010, nr. 35807, Bellonzi ed altri; Cass. Pen., Sez. III, 27 gennaio 2011, nr. 8982, Magni ed altri. Le S.U., 25 ottobre 2005, nr. 41936, Mucci, in CED Cass. nr. 232164, risolsero una analoga questione con riferimento all'art. 640 *quater* c.p., che rinvia, come la Legge nr. 244/2007, art. 1, all'art. 322 *ter* c.p., senza alcuna specificazione, nel senso che la confisca per equivalente si applica anche in relazione al profitto del reato. Affermarono, infatti, le S.U. che il sequestro preventivo disposto nei confronti della persona sottoposta ad indagini per uno dei reati previsti dall'art. 640 *quater* c.p., può avere ad oggetto beni per un valore equivalente non solo al prezzo ma anche al profitto del reato, in quanto la citata disposizione richiama l'intero art. 322 *ter* c.p. (cfr. ancora Cass., Sez. I, nr. 30790 del 30 maggio 2006; Cass., Sez. II, 10838 del 20 dicembre 2006, Cass., Sez. II; nr. 23425 del 12 aprile 2007; Cass., Sez. VI, nr. 37090 del 30 maggio 2007; Cass., sez. VI, nr. 5401 del 28 gennaio 2009). In dottrina vedi PISANI, *Reati tributari del rappresentante legale della persona giuridica e sequestro per equivalente*, in Il Fisco, 2011, nr. 29, pag. 4698.

235 In dottrina vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, cit., pag. 470; in giurisprudenza Cass., S.U. 25 ottobre 2005 (dep. 22 novembre 2015, nr. 41936, in Cass. Pen., 2006).

In via di estrema sintesi, pertanto, con la legge finanziaria del 2008 il legislatore ha inteso rendere obbligatoria la confisca del profitto e del prezzo dei reati tributari tassativamente elencati nell'art. 1, comma 143, cit., nonché introdurre l'istituto della confisca per equivalente²³⁶. Tuttavia, con riferimento alla confisca di valore la tecnica legislativa si era rivelata equivoca: infatti, il cit. art. 1, comma 143, rinviava alla disposizione di cui all'art. 322 *ter* che, tuttavia, all'epoca dell'entrata in vigore della finanziaria 2008, non consentiva di procedere a confisca per equivalente del profitto, ma solo del prezzo del reato. Si è, invece, visto come in materia penal-tributaria la confisca per equivalente sia preminente proprio in tema di confisca del profitto, mentre rivesta un ruolo assolutamente secondario la confisca del prezzo. La confisca per equivalente del profitto per uno dei delitti tributari tassativamente elencati dall'art. 1, comma 143, legge finanziaria 2008 ha potuto quindi trovare ingresso nel nostro ordinamento solo a partire dall'entrata in vigore delle legge anticorruzione.

Condivisa, infine, la scelta operata dal legislatore di introdurre nell'ambito della legge sui reati tributari, ad opera del D.Lgs. nr. 158/2015²³⁷, una disposizione ad *hoc* sulla confisca, l'art. 12 *bis*, sia nella forma diretta che per equivalente, così superando i limiti di una collocazione sistematica estemporanea ed eccentrica rispetto a tale *corpus* normativo, nonché i limiti di una tecnica basata sul rinvio che spesso risulta comportare notevoli problemi di chiarezza e che, in questo senso, numerose critiche aveva suscitato in dottrina²³⁸.

236 Vedi G.L. SOANA, *Introdotta la confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Giust. Trib.*, 2008; C. SANTORIELLO, *Confisca per equivalente e reati tributari: le prime indicazioni della giurisprudenza*, ne *Il Fisco*, nr. 2/2009.

237 Vedi S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al D.Lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 ottobre 2015; A. PERINI – C. SANTORIELLO, *La riforma dei reati tributari (d.lgs. 24 settembre 2015, nr. 158)*, ed. Giuffrè, 2016.

238 Si veda L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, *Diritto penale contemporaneo*, cit. pag. 6: l'Autore critica la scelta da parte del legislatore di aver optato per una soluzione normativa di non agevole comprensibilità semantica, incapace di condurre ad esiti interpretativi uniformi, attraverso il rinvio ad una disposizione normativa, quale quella dell'art. 322 *ter* c.p., ritagliata sulla struttura dei delitti di corruzione.

5. LA CONFISCA E I CD. REATI TRASNAZIONALI.

La confisca per equivalente è prevista per tutti i reati transazionali ovvero quelle attività criminali che si estendono in diversi paesi e che violano le leggi di diversi paesi²³⁹. La definizione di reato transazionale è contenuta nella Legge 16 marzo 2006, nr. 146, con la quale l'Italia ha ratificato la convenzione ONU riguardante il crimine organizzato transnazionale di Palermo del 2001²⁴⁰.

La Convenzione di Palermo (art. 3) qualifica come “*transazionale*” quel reato punito con pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni qualora sia coinvolto un gruppo criminale²⁴¹ organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in altro Stato; c) sia commesso in uno Stato ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in pi di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato. Occorre precisare che il reato transazionale non configura una autonoma ipotesi di reato, ma va a qualificare come transazionale qualsiasi tipo di reato che presenti i requisiti indicati dalla convenzione stessa.

L'apparato sanzionatorio delineato contempla, tra le contromisure ivi approntate, la confisca per equivalente applicabile, pertanto, anche oltre i confini nazionali del singolo Stato (art. 11 Legge nr. 146/2006). Quando ricorrono, anche nelle tipiche fattispecie di reati tributari, i connotati della transnazionalità, il profitto derivante dalla condotta illecita potrà essere confiscato per equivalente *ex art. 11 cit.* La confisca in tali casi, rispetto alle ipotesi in cui i crimini sono commessi in

239 Si rinvia a SAVONA, *Processi di globalizzazione e criminalità organizzata transazionale*, Napoli, 1998.

240 DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transazionale, diritto penale nazionale, l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, DPP, 2007.

241 L'art. 2 della stessa legge alle lettere a) e c) definisce invece il concetto di gruppo criminale organizzato: un gruppo strutturato esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale; per gruppo strutturato si intende un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata.

territorio nazionale, è applicabile anche nei confronti delle persone giuridiche in nome e per conto delle quali ha agito il reo.

La giurisprudenza²⁴² ha applicato estensivamente la normativa in oggetto consentendo l'esecuzione della misura anche in caso di fattispecie non strettamente caratterizzate dal profilo della transnazionalità. Ed invero, nel caso di delitti tributari qualificabili quali reati-fine di una associazione per delinquere (avente essa sì le condizioni per rilevare come reato transnazionale), i giudici hanno fatto coincidere il profitto del delitto associativo con il complesso dei benefici che i sodali avevano tratto dai reati-fine, con la conseguenza che tutti detti benefici sono stati dichiarati sottoponibili alla confisca di valore. Nella medesima ottica interpretativa, si è ritenuto che la misura, in caso di delitto di riciclaggio transazionale avente ad oggetto i proventi del reato di frode fiscale, debba essere parametrata al profitto di tale ultimo reato, entrato a far parte delle operazioni di riciclaggio transazionale, con la conseguenza che se il riciclaggio ha ad oggetto i proventi del reato di frode fiscale, detti proventi costituiscono anche il profitto del riciclaggio in relazione ai soggetti autori del solo reato transazionale²⁴³.

Infine, occorre rilevare - come osservato dalla dottrina²⁴⁴ - che la confisca transazionale assume particolare interesse e rilevanza nel settore penal-tributario posto che le frodi fiscali cd. *carosello* si svolgono spesso, come evidenzia la prassi delle indagini e dei processi, proprio su un piano internazionale. Sarà, quindi, possibile procedere nei confronti dei reali beneficiari della frode (non solo delle cartiere) quando non sia possibile nei loro confronti il sequestro e la confisca del prodotto, del profitto o del prezzo del reato.

242 Cass. Pen., Sez. III, 27.01.2011, Scaglia, in CED nr. 249537; Cass. Pen., Sez. III, 24.02.2011, R., in CED nr. 249760.

243 Cass. Pen., Sez. III, 24.02.2011, M., in CED nr. 249761.

244 In questo senso, M. MARUCCIA, *La confisca per equivalente nei reati tributari*, op. cit., pag. 75.

6. LA CONFISCA PER EQUIVALENTE: NOZIONE, STRUTTURA E LIMITI

La confisca per equivalente o di valore stata introdotta nel nostro ordinamento con legge nr. 300/2000 in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione ed disciplina dall'art. 322 *ter* c.p. il quale dispone che in caso di condanna o patteggiamento sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato ovvero, quando essa non possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo (*o profitto*)²⁴⁵. Disposizione questa che si può affermare costituisce l'archetipo della confisca per equivalente.

Si tratta di un istituto di derivazione comunitaria²⁴⁶. Essa, fin dagli inizi degli anni 80, era stata patrocinata in documenti internazionali, tra i quali la Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 24.02.2005, nr. 2005/212/GAI. Con la legge nr. 328/1993 di ratifica della convenzione europea nr. 141/199 (*relativa al riciclaggio, al rintracciamento e al sequestro o confisca dei proventi di reato*), viene introdotto nel codice di procedura penale l'art. 735 *bis* che obbliga l'Italia ad eseguire *per equivalente* i provvedimenti stranieri di confisca nell'ambito del riconoscimento degli effetti delle sentenze penali straniere relative a provvedimenti di confisca.

La rottura del tradizionale quadro in tema di confisca avviene con Legge nr. 108/1996 che andava a modificare l'art. 644 c.p. (reato di usura) stabilendo che la confisca potesse estendersi a somme di denaro, beni o utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi, o degli altri vantaggi o compensi usurari. Solo dopo molti anni, tuttavia, e sempre su impulso dell'ordinamento europeo, il legislatore con Legge nr. 300/2000 cit. è intervenuto introducendo la confisca per equivalente per una intera

245 Vedi M. MARUCCIA, *La confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Il diritto in Europa oggi*, collana diretta da F. BUFFA, maggio 2017.

246 Per un esame delle legislazioni straniere che hanno, prima del nostro ordinamento, introdotto l'istituto della confisca per equivalente, vedi F. MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale e internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in AA.VV., *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) A. BARGI, A. CISTRENA, Utet, Torino, 2011.

categoria di delitti, come sopra detto, quelli contro la P.A.

La confisca per equivalente costituisce forma di rafforzamento dei mezzi di contrasto dell'illecito arricchimento della criminalità. È uno strumento finalizzato a dare effettività alla confisca (quella diretta) che non abbia potuto dispiegarsi per mancanza del suo oggetto originario. Essa consente l'apprensione di beni nel patrimonio di colui che abbia riportato condanna, per le specifiche ipotesi di reato per cui prevista, per un valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato accertato nel processo, quando il profitto o il prezzo non è più rintracciabile.

Negli anni la confisca *de qua* ha trovato una progressiva applicazione a fronte di diverse fenomenologie criminali volte al conseguimento di un arricchimento illecito. L'istituto è stato introdotto, infatti, in relazione a condanne per i reati dei pubblici ufficiali contro la P.A., ai delitti di truffa aggravata ai danni dello Stato o di ente pubblico; ai delitti di usura, insider trading, delitti transazionali, riciclaggio e reimpiego ex art. 648 *quater* c.p. etc. Essa trova applicazione anche nel procedimento a carico degli enti giuridici.

Ebbene, ricostruita sinteticamente l'evoluzione storica della confisca per equivalente, occorre ora procedere ad un maggior approfondimento di questa figura in relazione alla sua struttura e ai suoi presupposti²⁴⁷.

La confisca per equivalente si caratterizza per aver ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità del condannato per un valore equivalente, cioè corrispondente ai proventi del reato stesso ovvero al prezzo, al profitto o al prodotto del reato, con possibili variazioni dell'oggetto a seconda delle singole ipotesi per le quali prevista. Essa presuppone l'impossibilità di apprendere direttamente il prezzo, il prodotto o il profitto del reato, o meglio, *“costituisce condizione di operatività della confisca per equivalente la circostanza che nella sfera giuridico - patrimoniale della persona colpita dalla misura non sia rinvenuto il provento illecito del reato per cui si procede, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza”*²⁴⁸.

247 Si veda R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – Parte Generale*, cit. pag. 1432 e ss.

248 Cass., Sez. V, nr. 32797 del 03.07.2002 – dep. 01.10.2002, PM in proc. Silletti M, Rv. 222741; Cass., Sez. III, nr. 19461 del 11.03.2014 dep. 12.05.2014, PG in proc. Stefanelli e altri, Rv. 260599. Con specifico riferimento alla confisca per equivalente del profitto/prezzo del reato tributario, Cass., Sez. III, 19.01.2016 – dep. 01.02.2016, nr. 4097.

La confisca per equivalente, come anche il sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex art. 321 c.p.p.*, non possono avere ad oggetto beni per un valore eccedente il profitto (o il prezzo, o il prodotto) del reato, sicché il giudice di merito deve prima individuare l'effettivo provento del reato e successivamente procedere alla valutazione relativa all'equivalenza tra il valore dei beni del condannato da sottoporre a confisca e l'entità del provento suddetto. In questa prospettiva, la giurisprudenza ha affermato che *“è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei limiti in cui abbia ad oggetto la sola parte o quota del bene appartenente all'imputato o non anche delle restanti parti o quote appartenenti a terzo estraneo al reato”*²⁴⁹ o, ancora che *“il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente deve contenere la valutazione precisa del valore dei beni sequestrati, necessaria al fine di verificare il rispetto del principio di proporzionalità tra il credito garantito ed il patrimonio assoggettato a vincolo cautelare, non essendo possibile differire tale adempimento alla fase esecutiva della confisca”*²⁵⁰.

In sostanza, come è stato osservato, la confisca per equivalente non deve rappresentare un *escamotage* per consentire alla giurisprudenza di sottrarsi all'onere di accertare il profitto del reato, ma può essere applicata solo nell'ipotesi in cui sia stato verificato il conseguimento del prezzo o del profitto nella sua obiettiva esistenza ed entità, al solo fine di superare il problema dell'oggettiva impossibilità di acquisire nella loro originaria consistenza i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato²⁵¹.

Caratteristica precipua della confisca per equivalente, nonché del correlativo sequestro disposto in vista della medesima, che la sua applicazione prescinde dalla pericolosità del bene. E da ciò si trae un ulteriore argomento per escludere che la confisca in oggetto abbia natura giuridica di misura di sicurezza patrimoniale²⁵². Ed invero, l'assenza di un rapporto di pertinenzialità tra il reato e

249 Cass., Sez. III, ord. 13.11.2007, nr. 346, Ortega, in CED, Rv 238569.

250 Cass., Sez. III, 07.10.2010, nr. 417331, G., Rv. 248697; vedi anche Cass., Sez. III, 11.05.2011, dep. 16.06.2011, nr. 24169.

251 Cfr. R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 475.

252 Cfr. G. BIONDI, *La confisca per equivalente, pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 maggio 2017, pag. 53.

i beni confiscati – proprio, invece, della confisca diretta *ex art. 240 c.p.* - implica il venire meno del presupposto della pericolosità della cosa confiscata, configurando la confisca per equivalente come una misura dal carattere spiccatamente sanzionatorio. Anche la giurisprudenza riconosce nella confisca di valore i tratti distintivi di una vera e propria sanzione. Da ciò deriva, sul piano pratico, l'importante corollario del divieto di applicazione retroattiva della confisca per equivalente in quanto appunto sanzione *lato sensu* intesa, in ossequio al canone costituzionale di irretroattività della legge penale sfavorevole *ex art. 25, comma 2, Cost.* e *art. 7 CEDU*. Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire, proprio con riguardo alla confisca per equivalente prevista per i reati tributari, che tale misura non opera retroattivamente e che non può essere applicata in caso di condanna o di patteggiamento per reati commessi prima dell'entrata in vigore delle norme che la prevedono, esprimendosi nei seguenti termini *“la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un rapporto di pertinenzialità (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, cos, una natura eminentemente sanzionatoria, che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 240 c.p., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive; (...) a tale conclusione si giunge sulla base della duplice considerazione che il secondo comma dell'art. 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente, e che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad una ipotesi di confisca per equivalente (Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza nr. 307/A/1995, Welch v. Regno Unito)”*²⁵³.

Tali principi valgono ovviamente anche per quanto concerne l'applicazione della confisca di cui al neo introdotto *art. 12 bis D.Lgs. nr. 74/2000*, laddove esso

253 Corte Cost. 2 aprile 2009, nr. 97.

estende l'operatività di norme sfavorevoli a fattispecie di reato in precedenza non contemplate nell'elenco tassativo di cui all'art. 1, comma 143, legge fin. 2008, come meglio verrà spiegato nel prosieguo.

7. LA CONFISCA DEL PREZZO E DEL PROFITTO DEI DELITTI TRIBUTARI.

La nozione di *prezzo* o di *prodotto* del reato, come noto, non pone particolari problemi ermeneutici: venendo il primo pacificamente inteso come la somma di denaro o qualsiasi altra utilità data o promessa come corrispettivo del reato; il secondo come il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita, cioè le cose create, trasformate adulterate o acquisite mediante il reato²⁵⁴. Questione molto più complessa e delicata risulta, invece, la determinazione della nozione di profitto confiscabile²⁵⁵: ciò per le divergenze che caratterizzano la giurisprudenza in materia che tende a dilatare o restringere tale categoria anche con riferimento alle diverse tipologie di confisca presenti nel nostro ordinamento. Questa definizione è fondamentale altresì ai fini della determinazione dell'oggetto della confisca per equivalente, perché, come sottolineato in giurisprudenza²⁵⁶, ciò che rientra nell'originaria nozione di profitto confiscabile ex art. 240 c.p. o in base alle forme speciali di confisca diretta non sarà oggetto di confisca per equivalente. In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente il profitto del reato deve essere identificato con un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, pertinente al reato secondo un rapporto di causa e effetto, nel senso che il profitto deve essere una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato²⁵⁷. Le S.U.

254 Vedi Cass. pen., S.U., 3 luglio 1996, nr. 9149, Chabruì, in Mas. CED, nr. 205707.

255 Per una ampia disamina vedi A.M. MAUGERI, *Confisca (Diritto Penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, ed. Giuffrè.

256 Cass. Pen., S.U., 6 marzo 2008 nr. 10280, Miragliotta, in Mass. CED, nr. 23870; cfr. Cass. Pen., 14 giugno 2007, nr. 30966, Puliga, *ivi*, nr. 236984.

257 Cass. S.U., 24 maggio 2004, nr. 299551, Curatela in proc. Focarelli, in *Il Fisco* 2004, nr. 3, 7355; cfr. Cass., S.U. 25 ottobre 2005, nr. 41936, Muci, in *Guida al diritto*, 2005; cfr. Cass., S.U., 2 luglio 2008, nr. 26654; vedi BONELLI, *D.lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 1/2012.

Caruso²⁵⁸ hanno stabilito che costituisce un principio consolidato in giurisprudenza l'assunto che *“il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente”*. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo. Con questa definizione le sezioni unite fanno rientrare pacificamente nella nozione di profitto confiscabile anche i surrogati, cioè i beni in cui l'originario profitto, di diretta derivazione causale dal reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità e cioè gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato²⁵⁹.

Preme ancora rilevare come, in base alla giurisprudenza richiamata, si consideri ormai superato quell'orientamento restrittivo che richiedeva l'identità del bene da confiscare con il “corpo del reato” anche in relazione a beni fungibili e che, quindi, riteneva impossibile applicare la confisca in caso di commistione tra cose lecite ed illecite²⁶⁰. Il denaro può essere confiscato nel *tantumdem* e non è necessaria la confisca dell'*eadem res* o la confisca per equivalente.

Inoltre, la giurisprudenza ha stabilito di non considerare come profitto confiscabile/sequestrabile un vantaggio meramente “finanziario e non patrimoniale”, conseguito dalla società grazie a condotte illecite di propri organi; in tale direzione non si può ammettere la confisca dell'ammontare corrispondente alla “perdita occultata” in bilancio²⁶¹, che non rappresenta un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, ma eventualmente solo del profitto che la società abbia conseguito per effetto del falso in bilancio²⁶². Ancora, la Suprema Corte considera confiscabili direttamente (e non per equivalente) i *crediti* purché certi, liquidi ed

258 Cass. Pen., S.U., 25 giugno 2009, nr. 38691, Caruso, in Mass. CED, nr. 244189 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, con nota di MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, ivi.

259 In questi termini EPIDENDIO – ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 1267.

260 Cass. Pen., 8 aprile 1983, Ferrarotto, in *Riv. pen.*, 1984, 298.

261 Vedi M.SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente per reati societari e profitto confiscabile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 aprile 2012.

262 BONELLI, *D.lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto” confiscabile*, cit. pag. 136; PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: commistione problematica o correlazione impossibile?*, in *Soc.*, 2012, pag. 80.

esigibili²⁶³.

Un'ulteriore questione affrontata dalla giurisprudenza attiene alla possibilità di confiscare il risparmio di spesa derivante dalla consumazione del reato ed eventualmente se attraverso la confisca diretta o per equivalente. In giurisprudenza varie pronunce hanno riconosciuto la confiscabilità dei risparmi di spesa affermando, ad esempio, che il profitto può consistere nella riduzione dei costi aziendali in un caso di illecita gestione dei rifiuti²⁶⁴. Al di là di quanto si preciserà con riferimento ai reati tributari, la Cassazione²⁶⁵ ha precisato che la confisca del *“risparmio di spesa ... presuppone un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere”*. Secondo questa impostazione per poter parlare di profitto come risparmio di spesa sarebbe necessario individuare *“un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta”*.

Particolarmente significativa in materia è la giurisprudenza in tema di reati tributari. Infatti, come sopra si è già avuto modo di evidenziare, ad avviso della giurisprudenza, sia la confisca facoltativa che obbligatoria non sarebbero applicabili alla generalità dei reati tributari, in quanto il profitto consistente nel risparmio dell'imposta dovuta non si adatterebbe al concetto di *“provenienza da reato”* dal momento che coincide con beni già presenti nel patrimonio del reo²⁶⁶. Per questo è stata introdotta in tale settore la confisca per equivalente ex art. 1, comma 143, fin. 2008, al fine di consentire l'ablazione profitto coincidente con l'imposta evasa. Deve però segnalarsi come da ultimo le Sezioni Unite abbiano fatto rientrare nella nozione di profitto che può essere sottratto con la confisca diretta anche il risparmio integrato dal tributo non pagato perché *“confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta”*²⁶⁷.

263 Vedi Cass. Pen., S.U., 2 luglio 2008, nr. 26654; cfr. Cass. Pen., Sez. II, 16 novembre 2012, nr. 8740.

264 Cass. pen., sez. IV; 2 luglio 2007, in *Mass. CED*, nr. 236007.

265 Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, nr. 26654 cit.

266 Cass. pen., S.U., 9 luglio 2004, nr. 29951, Focarelli cit.; Cfr. POLETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. proc. pen.*, 2012, pag. 597.

267 Cass. Pen., S.U., 30 gennaio 2014, nr. 10561, Gubert, in *Diritto Penale Contemporaneo*,

Un'ulteriore questione affrontata dalla giurisprudenza con riferimento alla nozione di profitto confiscabile è quella relativa alla determinazione del carattere *lordo* o *netto* dello stesso profitto. Si è affermata così la generale legittimità della confiscabilità del profitto lordo, senza considerare i costi connessi ad attività illecite, perché altrimenti si consentirebbe di affatto all'autore del reato di trarre vantaggio da un'attività intrinsecamente illecita e posta in essere per finalità criminali, in contrasto con la *ratio* sottesa alla confisca che è appunto volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità da una attività in contrasto con l'ordine pubblico e con le norme penali dell'ordinamento²⁶⁸. Si è al contempo, tuttavia, precisata la necessità di limitare la nozione di profitto laddove l'autore realizzi delle prestazioni a favore della collettività, tenendo conto, in conformità al principio di proporzionalità, delle spese a tal fine realizzate in un contesto lecito²⁶⁹. Le S.U. nella nota pronuncia *Fisia Impianti*²⁷⁰ hanno accolto il principio del lordo, precisando però che laddove si svolga una attività sinallagmatica in base ad un contratto che rimane valido, il profitto non può essere sottratto *tout court*, in quanto costituisce il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato, anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa, non distinguendo tra profitto lordo e netto, ma tra profitto illecito e lecito. Anche se poi tale soluzione, che comporterebbe addirittura la non confiscabilità del profitto del reato in contratto, viene mitigata dall'affermazione del principio secondo cui il profitto confiscabile è "*concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del*

12 marzo 2014.

268 Cfr. Trib. Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, in *Corr. merito*, 2008, 84, con nota di LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*.

269 Parla di profitto netto Cass. Pen. S.U., 25 ottobre 2005, nr. 41936, Muci, cit; Cass. Pen., 23 giugno 2006, nr. 32627, La Fiorita, in *Mass. CED*, nr. 235636; Trib. Milano, 20 marzo 2007, in *Resp. Amm. soc.*, 2008; *contra* Cass. pen., S.U. 24 maggio 2004, nr. 299952, Curatela del fall. della Srl Cgp, in *Mass. CED*, nr. 228166; Cass. Pen., 6 luglio 2006, nr. 30729, Carere.

270 Cass. Pen., S.U., 27 marzo 2008, nr. 26654, *Fisia Impianti spa e altri*. Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2013, nr. 24277. In dottrina in senso critico vedi LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008; EPIDENDIO –ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, op. cit.; BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009; BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, nr. 2-3.

rapporto sinallagmatico con l'ente".

L'orientamento delle S.U. *Fisia Impianti* è stato seguito dalla giurisprudenza successiva fino ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte che, invece, sono tornate al criterio dell'utile netto, almeno laddove si tratti di una attività di impresa lecita in occasione della quale si realizzi un reato in contratto²⁷¹. La giurisprudenza mantiene però la distinzione introdotta tra "reati contratto" e "reati in contratto" ai fini della determinazione della nozione di profitto confiscabile: la delimitazione del profitto netto in seguito a spese lecite dovrebbe valere solo per i reati in contratto e non per i reati contratto.

Ricostruito, in via di estrema sintesi (ma *funditus* vedi *infra* par. 8), il quadro generale di riferimento in ordine alla nozione e consistenza del profitto confiscabile, appare opportuno affrontare alla luce della giurisprudenza il concetto di profitto confiscabile nei reati tributari, non senza aver prima richiamato la specifica normativa in materia.

Con il D.Lgs. nr. 158/2015, il legislatore ha introdotto nell'impianto del D.Lgs. nr. 74/2000 una disposizione ad *hoc*, l'art. 12 *bis*, riguardante la confisca del prezzo e del profitto derivante dalla commissione di reati tributari, anche nella forma per equivalente. In particolare, la confisca, o meglio le differenti tipologie di confisca ivi contemplate sono: a) la confisca obbligatoria diretta dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, salvo che appartengano a persona estranea al reato; ovvero quando la confisca diretta non sia possibile, b) la confisca dei beni, di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto (cioè, ne ha la disponibilità per equivalente).

Come sopra rilevato, la confisca, anche per equivalente, trovava applicazione per i reati tributari già prima della riforma in virtù del richiamo effettuato all'art. 322 *ter* c.p. dall'art. 1, comma 143, Legge. Fin. 2008. Il primo comma dell'art. 12 *bis* cit., pertanto, limitandosi a ripetere la formulazione dell'art. 322 *ter* c.p., non presenta sotto questo profilo aspetti di rilevante novità. Sotto questo profilo, la riforma del 2015 ha semplicemente assegnato alla confisca una più razionale

²⁷¹ Vedi Cass. Pen., Sez. VI, 19 marzo 2013, nr. 13061; Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2011, nr. 11808, Angelucci; Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2012, nr. 17451, Mastro Birraio e altro.

collocazione sistematica nella *sedes materiae* che le propria²⁷². L'unica reale novità è rappresentata dal fatto che il D.Lgs. 158/2015, introducendo l'art. 12 *bis*, ha esteso la confisca del prezzo e/o del profitto ai casi di condanna per tutti i delitti previsti dal decreto sui reati tributari, non limitandola all'elenco tassativo precedentemente previsto nell'art. 1, comma 143, Legge fin. 2008.

In precedenza, detta elencazione tassativa lasciava fuori il reato di cui all'art. 10 D.lgs. nr. 74/2000, il quale contempla la distruzione od occultamento dei documenti contabili, e tale scelta era stata spiegata con il rilievo dell'assenza di un'profitto riconducibile alla realizzazione del delitto *de quo*. Tale rilievo viene ora riferito in modo critico al dettato normativo dell'art. 12 *bis* che fa indistintamente riferimento a tutti i reati tributari²⁷³: qualche Autore comunque ipotizza come il reato in oggetto potrebbe essere commesso al fine di consentire l'evasione a terzi, e quindi come non possa escludersi a priori che il delitto venga commesso in cambio di un prezzo e ciò potrebbe in astratto giustificare la scelta di ricomprendere anche detta fattispecie criminosa nell'ambito dei delitti per cui in caso di condanna si deve procedere a confisca²⁷⁴. Si è anche sottolineato come la scelta da parte del legislatore di estendere l'applicazione della misura ablatoria anche al reato di cui all'art. 10 cit. sia stata assunta oltrepassando i limiti della legge di delega (legge nr. 23/2014), non essendoci in essa alcun riferimento ad una possibile estensione dell'ambito di applicazione della confisca.

A questo punto, come sopra anticipato, occorre soffermarsi sui delitti di cui al D.Lgs. nr. 74/2000 (richiamati dall'art. 12 *bis*) per verificare come possa atteggiarsi - secondo quanto precisato dalla giurisprudenza - la confisca del profitto o del prezzo del reato con riferimento ad ognuno di essi.

Per quanto riguarda i delitti in materia di dichiarazione (artt. 2, 3, 4, e 5) il profitto

272 Vedi S. FINOCCHIARO, *L'impegno a pagare il debito e i suoi effetti su confisca e sequestro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit., pag. 3.

273 E' stato osservato come risulti problematico individuare il profitto di un reato di pericolo che tutela la trasparenza fiscale e non, almeno in via immediata, l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi, rendendo di fatto la disposizione sulla confisca inapplicabile in tale ipotesi: in questo senso vedi P. ALDOVRANDI, *Commento sub art. 12 bis D.Lgs. 74/2000*, in A. LANZI (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Dike, 2016, pag. 279. Cfr. per R.BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op.cit., pag. 482.

274 In questo senso, R.BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op.cit.

si ritiene coincida essenzialmente con il risparmio di imposta che si ottiene mediante l'evasione del tributo. Al riguardo, la giurisprudenza²⁷⁵ ha affermato che *“in tema di sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, disposto per il reato di omessa dichiarazione, è riferibile all'ammontare dell'imposta evasa, in quanto quest'ultima costituisce un indubbio vantaggio patrimoniale direttamente derivante dalla condotta illecita e, come tale, riconducibile alla nozione di profitto del reato in questione”*. In motivazione la S.C. ha precisato che il profitto è costituito dal risparmio economico da cui consegue l'effettiva sottrazione degli importi evasi alla loro effettiva destinazione fiscale, di cui certamente beneficia il reo.

Per *“imposta evasa”* si intende, in base alla definizione fornita dall'art. 1 lett. f) D.Lgs. nr. 74/2000, *“la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine; non si considera imposta evasa quella teorica e non effettivamente dovuta collegata ad una rettifica in diminuzione di perdite dell'esercizio o di perdite pregresse spettanti e utilizzabili”*.

Al riguardo, è pacifico che le difficoltà relative alla *quantificazione* dell'imposta evasa si riversano inevitabilmente sull'individuazione del profitto confiscabile.

In tema di dichiarazione infedele, commessa mediante indicazione di elementi passivi fittizi, la giurisprudenza ha ritenuto che il profitto confiscabile ben può essere costituito dal risparmio di imposta assicurato per gli anni successivi per effetto della minor perdita rispetto a quella dichiarata, a condizione che sia fornita la prova di un effettivo beneficio fiscale mediante l'esposizione dei suddetti costi fittizi²⁷⁶.

275 Cass., Sez. III, 02.12.2011, dep. 16.01.2012, nr. 1199, RV. 251893, Galiffo.

276 Cass., Sez. III, 29.09.2015, dep. 06.11.2015, nr. 44644, D'Amato, Rv. 265610.

Quanto al delitto di cui all'art. 8 D.Lgs. nr. 74/2000 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), come già anticipato, ben può verificarsi il pagamento di un prezzo all'emittente, prezzo che deve essere oggetto di confisca. Più problematica, è stato rilevato, la possibilità di enucleare un profitto in capo all'emittente distinto rispetto al prezzo. In particolare, il profitto dell'utilizzatore non consente di ritenere che del medesimo sia partecipe l'emittente. In questo senso, la giurisprudenza ha affermato che *“il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente non può essere disposto sui beni dell'emittente per il valore corrisponde al profitto conseguito dall'utilizzatore delle, fatture medesime, poiché il regime derogatorio previsto dall'art. D.Lgs. nr. 74/2000, escludendo la configurabilità del concorso reciproco tra chi emette le fatture per operazioni inesistenti e chi se ne avvale impedisce l'applicazione in questo caso del principio solidaristico, valido nei soli casi di illecito plurisoggettivo”*²⁷⁷.

Con riferimento al delitto di cui all'art. 10 D.lgs. nr. 74/2000 (Occultamento o distruzione di documenti contabili) se ne sono già sopra riferiti i profili di criticità ai quali si rimanda.

Ancora, nelle fattispecie di omesso versamento, il profitto coincide con l'importo delle somme non versate. Così, quanto all'art. 10 *bis* (omesso versamento di ritenute dovute o certificate), occorre fare riferimento all'importo delle ritenute non pagate²⁷⁸.

In tema di omesso versamento di IVA *ex art. 10 ter*, il profitto si ritiene coincida con l'imposta sul valore aggiunto dovuta e non versata. Sul punto, la giurisprudenza²⁷⁹ ha svolto un'importante precisazione ovvero che è sequestrabile/confiscabile l'importo corrispondente all'intera imposta evasa nella sua totalità e non alla sola parte che eccede la soglia di punibilità prevista dalla legge, in quanto il profitto del reato si identifica nell'intero ammontare del tributo non versato.

Analogamente, con riferimento all'art. 10 *quater* (Indebita compensazione), il

²⁷⁷ Cass., Sez. III, 26.09.2013, dep. 17.10.2013, nr. 42641, Alonge, Rv. 257419; cfr. anche Cass., Sez. III, 15.03.2006, dep. 13.04.2006, nr. 13244, Charolla, Rv. 234541.

²⁷⁸ Cass., Sez. III, 08.11.2012, dep. 22.11.2012, nr. 4573, Bastianelli, Rv. 253999.

²⁷⁹ Cass., Sez. III, 06.02.2014, dep. 05.05.2014, nr. 18308, De Filippis, Rv. 261501.

profitto è costituito dalle somme dovute e non versate, dunque, l'importo confiscabile corrisponde all'imposta evasa nella sua totalità e non limitatamente alla sola parte che eccede la soglia di punibilità prevista dalla legge²⁸⁰.

Infine, con riferimento all'ipotesi di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte *ex art. 11 D.Lgs. nr. 74/2000*, la giurisprudenza individua il profitto non nell'ammontare del debito tributario rimasto inadempito, ma esattamente: a) nel valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase; ovvero b) nella somma di denaro la cui sottrazione all'Erario viene perseguita attraverso l'atto di vendita simulata o gli atti fraudolenti posti in essere; o ancora c) in qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione dell'illecito che può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento degli interessi e delle sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario. Al riguardo, occorre precisare che l'oggetto giuridico del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte non è il diritto di credito del Fisco, bensì la garanzia generica data dai beni dell'obbligato, potendo quindi il reato configurarsi anche qualora, dopo il compimento degli atti fraudolenti, avvenga comunque il pagamento dell'imposta e dei relativi accessori²⁸¹.

8. IL SEQUESTRO DI QUOTE SOCIETARIE, AZIONI E TITOLI DI CREDITO

La trattazione nei paragrafi che precedono dei reati societari e finanziari impone di riservare qualche breve ma specifica considerazione sul sequestro/confisca di quote societarie, azioni e titoli di credito, soprattutto evidenziando come la

280 Cass., Sez. VI, 16.12. 2014, dep. 16.02.2015, nr. 6705, Libertone, Rv. 262394.

281 Cass., Sez. III, nr. 36290 del 18.05.2011, dep. 06.10.2011, Cualbu, Rv. 251077; vedi anche Cass, Sez. III, 19.01.2016, dep. 01.02.2016, nr. 4097, Tomasi Canovo, Rv. 265843; Cass., Sez. III, 02.07.2015, dep. 28.09.2015, nr. 39187, Lombardi Stronati, Rv. 264789; Cass., Sez. III, 06.05.2015, dep. 09.10.2015, nr. 40534, Rv. 265036; Cass., Sez. III, 22.01.2015, dep. 11.03.2015, nr. 10214, Chairolanza e altri, Rv. 262754.

peculiarità di questi beni si rifletta inevitabilmente sulla disciplina delle suddette misure ablatorie²⁸².

Ed invero, la confisca (nonché il sequestro) di quote societarie, titoli azionari e titoli di credito è sicuramente ipotesi che presenta peculiari caratteristiche in ragione proprio del particolare bene che ne costituisce oggetto (quote o titoli appunto), che presentano una natura giuridicamente complessa: essi, infatti, da una parte, possono essere considerati come beni che hanno un valore, dall'altra, possono essere considerati per la funzione che svolgono ovvero quella di legittimare all'esercizio di determinati diritti.

La giurisprudenza soltanto con il tempo è arrivata a riconoscere espressamente la confiscabilità (o previa sequestrabilità) dei titoli di credito, nonché la loro duplice natura²⁸³. La Cassazione, infatti, arrivando a disconoscere la tesi secondo cui i titoli di credito recherebbero in sé la loro giustificazione causale, ha affermato che la funzione dei titoli di credito è quella di astrarre il credito dal rapporto giuridico che lo ha originato per renderlo idoneo alla circolazione mobiliare, nonché autosufficiente nel regime giuridico²⁸⁴. Da ciò si è desunto che detta funzione non consente di differenziare i titoli dagli altri beni o utilità oggetto di confisca posto che *“la letteralità e l'astrattezza sono caratteristiche strutturali di questi che non vanno ad interferire con la nozione di liceità, riferibile solo al rapporto sottostante”*²⁸⁵. Le suddette notazioni sono valse anche per le quote societarie, le quali poi possono o meno essere incorporate in titoli di credito.

Merita al riguardo approfondire l'evoluzione giurisprudenziale e normativa in materia.

Ed invero, che i suddetti beni (in particolare, si farà riferimento alla partecipazione societaria) possano essere oggetto di un sequestro preventivo finalizzato alla confisca ed, in generale, di un sequestro preventivo o di un sequestro di prevenzione è oggi pacifico, sia in base al vigente ed esplicito quadro

282 Vedi T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit., pag. 319 e ss.

283 Cass., Sez. II, 20 maggio 2009 – 16 settembre 2009, Casabona, in CED nr. 245587.

284 In questi termini sempre Cass., Sez. II, 20 maggio 2009 – 16 settembre 2009, Casabona, cit.

285 Cfr. la motivazione di Cass. Sez. II, 20 maggio 2009, Casabona, cit.

normativo sia, ancor prima, nell'evoluzione giurisprudenziale. Infatti, il dato normativo oggi considera, espressamente e direttamente, l'eventualità che le partecipazioni siano oggetto di sequestro.

In passato, tuttavia, anche in giurisprudenza non erano mancate pronunzie volte ad escludere l'ammissibilità del sequestro della partecipazione. In realtà, la giurisprudenza civile²⁸⁶ aveva mostrato pochi tentennamenti ed aveva in via generale riconosciuto la possibilità di disporre il sequestro giudiziario della partecipazione. Significative incertezze si erano, invece, manifestate nella giurisprudenza che si era occupata del sequestro penale della partecipazione. Si riteneva, infatti, che presupposto per l'adozione del sequestro penale di un bene fosse la sua corporalità: si negava pertanto il sequestro di quote societarie in base al rilievo che queste ultime, essendo beni immateriali, non potevano essere oggetto di sequestro il quale può cadere soltanto su oggetti o entità corporali aventi un'esistenza nel mondo fisico²⁸⁷. Al contrario, invece, altra giurisprudenza ammetteva il sequestro penale dell'azione in quanto essa è costituita da un documento, il titolo di credito, il cui possesso implica necessariamente la titolarità e la possibilità di esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è menzionato. Il primo orientamento è stato poi superato da ampia giurisprudenza²⁸⁸ che ha ammesso che tutti i beni possono formare oggetto di sequestro penale e di prevenzione, incluse le partecipazioni sociali.

All'evoluzione giurisprudenziale si sono poi nel tempo accompagnate modifiche del dato normativo, sicché il quadro delle norme in tema di ammissibilità del sequestro penale è divenuto sicuramente più chiaro. Occorre ricordare brevemente che quattro ambiti disciplinari sono stati interessati da modifiche da considerare rilevanti in punto di affermazione dell'ammissibilità del sequestro/confisca dei beni in oggetto. Uno di essi è costituito dalle disposizioni di attuazione del codice

286 Cfr. per la giurisprudenza di merito Tribunale di Napoli, 1 ottobre 1945, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 197 e ss, ove tuttavia si esclude il diritto di voto da parte del custode; Cass. Civ., Sez. I, 26 maggio 2000, nr. 6957, Penna c. Soc. Turistica Mediterranea Immob., in *Giust. civ. Mass.* 2000, pag. 1122.

287 Corte di Appello di Genova, decreto 18 gennaio 1962, in *F.I.* 1962, I, pag. 775 e ss.

288 Vedi Cass. Pen., Sez. VI, 21 febbraio 1993, ric. Gentilini; Cass. Pen., Sez. I, 1 febbraio 1985, in *Giust. pen.*, III, pag. 680.

di procedura penale, in particolare la Legge nr. 94/2000 che ha sostituito l'art. 104, il quale ora espressamente contempla l'ammissibilità del sequestro di azioni e quote sociali. Ancora, la medesima legge ha introdotto l'art. 104 bis, recante rubrica "*Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo*". Un secondo ambito disciplinare interessato da modifiche che presuppongono o comportano la possibilità di assoggettare a sequestro la partecipazione societaria sono le disposizioni del codice civile in materia di società di capitali: in particolare, l'art. 2352 c.c., come modificato dal D.Lgs. nr. 6/2003; nonché, in materia di partecipazione in s.r.l. l'introduzione ad opera del medesimo decreto dell'art. 2471 bis c.c., che fa rinvio al citato art. 2352 c.c. Al quadro descritto devono aggiungersi poi le disposizioni del D.Lgs. 159/2011 (artt. 36, 41, 48 e 50). Infine, anche la disciplina della responsabilità degli enti per illecito amministrativo dipendente da reato è stata interessata dall'intervento del legislatore: infatti, l'art. 12, comma 5 bis, D.L. nr. 101/2013 ha introdotto all'art. 53 D.Lgs. nr. 231/2001 il comma 1 bis che dispone "*Ove il sequestro, eseguito ai fini della confisca per equivalente prevista dal comma 2 dell'art. 19, abbia ad oggetto società, aziende ovvero beni, ivi compresi i titoli, nonché quote azionarie o liquidità anche se in deposito, il custode amministratore giudiziario ne consente l'utilizzo e la gestione agli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali, esercitando i poteri di vigilanza e riferendone all'autorità giudiziaria*". Anche questa disposizione ha offerto un ulteriore elemento di conferma della volontà del legislatore di ritenere sottoponibili a sequestro le partecipazioni societarie.

Infine, preme evidenziare con particolare riguardo alle quote societarie come la loro natura influisca sulle possibilità e sulle modalità di confisca e sequestro.

Quando si parla di *quote* si fa riferimento ad una misura ideale la quota ha un valore in sé, ciò rappresenta quella parte del valore del bene espressa dalla quota e la confisca (o il suo sequestro) quindi la confisca del bene stesso pro quota. In questo senso, possono sequestrarsi o confiscarsi quote societarie, in quanto le quote di diritti condivisi su una società o ente, rappresentano appunto una quota valore della società o ente. Tuttavia, la quota societaria non è solo la misura del

diritto condiviso su una società, ma anche titolo di legittimazione all'esercizio di diritti cooperativi o associativi sulla società, nella misura espressa dalla quota stessa. Quale sia il tipo di diritti esercitabili in base alla quota (diritto agli utili, diritto alla liquidazione della quota, diritto alla partecipazione all'assemblea etc.) dipende dal tipo di società e dalla sua disciplina legale, nonché dal fatto che la quota sia di una particolare quantità, oltre al fatto che questa sia eventualmente rappresentata da un titolo. Ebbene, occorre allora specificare cosa accade ai fini della confisca e del sequestro quando la quota sia incorporata in un titolo e, segnatamente, in quei particolari titoli rappresentativi che sono detti titoli di partecipazione, titoli cioè che attribuiscono diritti corporativi o associativi, ciò in quanto il tipo di diritti esercitabili in base alla quota può dipendere appunto anche dal tipo di titolo che incorpora la quota medesima, o meglio il valore e i diritti relativi alla quota. Per ciò che più interessa in questa sede, si evidenzia che il sequestro e la confisca avranno ad oggetto il bene-titolo rappresentativo della quota e che il tipo di diritti esercitabili e le modalità del vincolo imposto con il sequestro e la confisca dipenderanno anche dalla disciplina legale prevista per il titolo medesimo. La modalità di trasferimento prevista dalla legge per il tipo di titolo inciderà inevitabilmente sulle modalità di esecuzione del sequestro e della confisca che dovranno essere eseguiti in modo da impedire la libera circolazione del titolo, appunto secondo le norme sul suo trasferimento.

I brevi cenni fatti sopra sulla natura complessa delle quote societarie, permettono a questo punto di evidenziare una fondamentale differenza tra confisca/sequestro delle quote di una società e il sequestro dei beni sociali o dell'azienda (intesa come complesso di beni organizzato alla produzione o in genere all'esercizio di una impresa)²⁸⁹.

289 Per una specifica disamina vedi T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, op. cit. pag. 319 e ss. Cfr. A. ZAPPULLA, *Il sequestro preventivo di quote societarie o dell'azienda commerciale appartenenti a persone estranee al reato perseguito*, in *Cass. Pen.*, 2003; cfr. F. CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1998; M. FABIANI, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1998.

E' vero che, ai fini del sequestro e della confisca delle quote societarie²⁹⁰ possono venire in rilievo in particolare quei diritti che consentono di esercitare un controllo sui beni della società (ad esempio, attraverso la nomina o la revoca degli amministratori etc.). Infatti, se la quota societaria consente la nomina di nuovi amministratori, attraverso questa nomina potrebbero controllarsi gli atti di gestione della società e, fra questi, quelli di disposizione dei beni sociali. Ciò segna, peraltro, la differenza tra il sequestro e la confisca di beni sociali e il sequestro o la confisca di quote della società che possiede quei medesimi beni. Infatti, il sequestro/confisca dei beni sociali comporta il controllo necessario, diretto ed immediato dei beni medesimi, ma si espone a rischi di illegittimità derivanti dall'eventuale terzietà della società o di alcuni soci agli illeciti: in tali casi occorre, infatti, verificare che siano rispettati i limiti entro i quali sia ammissibile la confisca di beni di terzi. Al contrario, la confisca/sequestro di quote societarie dell'imputato o indagato non si espone a rischi di illegittimità dell'ablazione per terzietà del bene e mancato rispetto dei limiti conseguenti, ma comporta un controllo solo eventuale e indiretto dei beni sociali.

Più in generale, per quanto riguarda la confisca di quote sociali esse possono rientrare nei beni descritti come oggetto di confisca dalle singole disposizioni a diverso titolo: innanzitutto, possono essere confiscabili quali "*strumenti del reato in quanto beni-diritto*", cioè in quanto beni che legittimano all'esercizio di poteri che siano stati utilizzati per commettere il reato; inoltre, possono essere confiscabili "*in quanto bene-valore*", nel senso che possono rappresentare talvolta lo stesso profitto o prezzo del reato, ma anche (e più di frequente) nel senso che costituiscono beni di valore equivalente al prezzo o profitto realizzato con il reato. In realtà, detti beni proprio per la loro fisiologica suddivisibilità ben si prestano a

290 Occorre ricordare che il tema di società di persone la Suprema Corte ha affermato il principio di diritto secondo il quale la quota di una società di persone e, in particolare, la quota del socio accomandatario di una Sas, se non liberamente cedibile secondo le pattuizioni statutarie, o, in mancanza, quando essa non resti, anche dopo il sequestro, in uso al socio che ne sia nominato custode, non può essere sottoposta a sequestro penale in costanza del rapporto societario; ciò in quanto l'*intuitus personae* sul quale si fonda l'esistenza della società verrebbe meno al venir meno della qualità di socio in capo al soggetto che amministra la stessa società e che assume su di sé il rischio d'impresa, provocando un danno agli altri soci, terzi del tutto estranei alle ragioni del sequestro: così Cass. Pen., 14 settembre 2015, nr. 36929; Cass. Pen. nr. 34274/2012.

soddisfare le esigenze di questo tipo di ablazione coattiva.

Ora, il fatto che il superamento della necessità di provare un nesso pertinenziale tra quote e reato – attraverso la previsione della confisca per equivalente – non esclude comunque la necessità di dimostrare che le quote facciano parte del patrimonio del soggetto indagato/imputato: la questione è particolarmente delicata quando si tratti di azioni o quote detenute da società, ponendosi al riguardo il complesso problema della frapposizione di *schermi societari* e della possibilità di superare lo scudo fittizio frapposto.

La questione degli schermi societari, in relazione alla realizzazione di un reato e alla sequestrabilità di quote, si pone peraltro in termini più generali e merita attenzione per la connessa questione della tutela dei diritti dei terzi incolpevoli. In relazione a quest'ultimo aspetto occorre rilevare come, il fatto che il sequestro o la confisca di quote o di titoli rappresentativi consenta, eventualmente e indirettamente, il controllo delle strutture della società o possa avere comunque conseguenze sulle medesime, non deve far dimenticare la differenza, come sopra evidenziato, tra il sequestro di beni societari e il sequestro delle quote. Tale aspetto assume, infatti, un rilievo dirimente in ordine alla problematica dell'utilizzo di società come mero schermo attraverso il quale agiscono singole persone fisiche. Infatti, la terzietà della società rispetto alla persona fisica che commette il reato non potrebbe mai impedire non solo il sequestro, ma nemmeno la confisca, in quanto l'ablazione coattiva dei beni non colpirebbe la società in sé, bensì le quote, in quanto di pertinenza del socio e in quanto le medesime siano utilizzate per la commissione del reato²⁹¹.

291 Cass. Pen., Sez. I, 18 giugno 2005, in CED nr. 584959: *“(il vincolo) in quanto idoneo ad impedire la commissione di ulteriori reati, pur se in maniera medita ed indiretta, per sua natura – slava espressa indicazione contraria nel provvedimento – priva i soci dei diritti relativi alle quote, sicché a partecipazione alle assemblee e il diritto di voto, anche in ordine all'eventuale nomina e revoca degli amministratori, spettano al custode designato in sede penale”* ciò in quanto una siffatta misura cautelare è *“diretta a scongiurare il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravarne o protrarne le conseguenze, oppure possa agevolare la commissione di altri reati, e quindi di evitare che quel bene possa essere adoprato dal proprietario per esplicare a proprio vantaggio le utilità in esso insite, sicché l'affidamento delle azioni sequestrate al custode ha la sua ragione d'essere nell'esigenza di sottrarre al socio la possibilità di continuare a gestire dette azioni esercitando i diritti e le facoltà in essere incorporati, e primi tra tutti i cd. diritti amministrativi (o corporativi) del socio, ivi compresi il diritto di intervento e di voto in assemblea”*.

Del resto, l'ablazione coattiva del titolo può venire in rilievo altresì come “*quota-valore*”, quando nella quota o nell'azione venga fatto confluire il valore costituente il profitto del reato. Tale esigenza giustifica, ad esempio, l'applicazione della confisca anche in caso di *intestazioni fiduciarie* delle azioni, ciò non perché si configuri una simulazione dell'intestazione, ma perché il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante²⁹². Risulta allora evidente che con la confisca delle azioni verso il fiduciario – pur potendo questo essere estraneo al reato e pur rimanendo detta interposizione una interposizione reale (e non fittizia) di persona – si vuole appunto impedire che, attraverso l'adempimento del *patto fiduciario* ed, in particolare, dell'obbligazione di ritrasferimento del bene, si consolidi poi nel fiduciante il profitto del reato.

Pertanto, le condizioni per la confisca (e il sequestro) di quote e azioni sono quindi riconducibili all'utilizzo dei diritti incorporati nelle stesse, che come tali divengono beni strumentali del reato da parte del soggetto che lo ha commesso, alla pericolosità di tale soggetto (sequestro delle quote o azioni come diritti), oppure al fatto che le azioni o quote rappresentino un bene oggetto di confisca (profitto, prezzo o strumento del reato, nei casi e nelle fattispecie per cui la confisca di detti beni sia consentita).

Nel caso in cui, invece, ad essere stata utilizzata per la commissione del reato sia stata l'*azienda*, occorre distinguere i casi in cui i beni sono incidentalmente utilizzati a fini illeciti, dai casi in cui i medesimi siano funzionalmente costituiti a fini illeciti (come nel caso, ad esempio, di una azienda la cui struttura non rispetti le previsioni legali in materia ambientale). In quest'ultima ipotesi – ovvero da quella di beni intrinsecamente illeciti – il sequestro diretto dei beni societari (non delle quote) è giustificato indipendentemente dalle persone fisiche che gestiscono la struttura societaria.

Mentre, nella prima ipotesi (beni organizzati in azienda utilizzati accidentalmente

292 Cass. Civ, Sez. II, 6 maggio 2005, in *CED* nr. 581194: “*il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno – pure effettivamente voluto – ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o ad un terzo*”.

a fini illeciti) occorre che il sequestro/confisca siano giustificati dalla necessità di bloccare il soggetto che gestisce e utilizza quei beni, ciò che normalmente avverrà solo con il sequestro e la confisca delle quote di sua pertinenza, invece solo eccezionalmente potrà avvenire sui *beni sociali*, in quanto la società rappresenta di norma un soggetto terzo rispetto alla commissione del reato da parte delle singole persone fisiche e, in queste ipotesi, per poter procedere al sequestro o alla confisca occorrerà necessariamente superare lo schermo della società²⁹³ ovvero configurare nei confronti della medesima l'illecito dipendente da reato, così da procedere alla confisca (nonché al prodromico sequestro preventivo) ai sensi e nei limiti consentiti dal D.Lgs. nr. 231/2001. In quest'ultimo caso, infatti, il sequestro e la confisca dei beni sociali sono previsti in quanto la società è considerata dal legislatore direttamente responsabile di un illecito dipendente da reato commesso da determinate persone fisiche alle condizioni ivi previste, condizioni tali da escludere la potenziale compromissione degli interessi di terzi incolpevoli.

9. LA CONFISCA DEL PROFITTO NELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE (CASO GUBERT).

Si già avuto modo di ripercorrere la travagliata evoluzione della confisca (*rectius* delle confische), con riferimento in particolare ai reati tributari. Si è evidenziato, infatti, come la confisca *ex art. 240 c.p.* ha trovato molti ostacoli alla sua applicazione nel settore penal - tributario per una pluralità di ragioni soprattutto legale alla struttura di questi delitti, nonché alla difficoltà di individuare il nesso di pertinenzialità tra il profitto e il reato (proprio della confisca diretta) avuto riguardo al risparmio di spesa generato dall'illecito tributario. Questi problemi legati alla non percorribilità della confisca diretta hanno imposto l'intervento del legislatore volto ad estendere espressamente la disposizione di cui all'art. 322 *ter* c.p. ai reati tributari ad opera della legge finanziaria 2008, rendendo così

293 Cass. Pen., Sez. II, 10 aprile 1995, PM in c. Polichetti, in *CED* nr. 2016558.

effettivamente possibile l'applicazione della confisca ai delitti *de quibus*.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza²⁹⁴ in materia di confisca, in particolar modo dopo l'estensione dell'art. 322 *ter* cit. ai reati tributari, si è concentrata sulla nozione di *profitto* e sull'*intensità del nesso di pertinenzialità*.

In un primo momento, la giurisprudenza intendeva il profitto del reato come l'*"utilità economica ricavata dal reato"*²⁹⁵ o *"il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito, quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale"*, senza che possa giungersi ad *"un'estensione indiscriminata e ad una dilazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato"*²⁹⁶. Detto orientamento pretorio, che era quello prevalente, comunque teneva ferma la necessità del nesso pertinenziale tra il reato ed il denaro da confiscare. Altro orientamento giurisprudenziale²⁹⁷, invece, prescindeva da ogni nesso di derivazione causale dal reato quando oggetto della confisca era il denaro.

Un prima estensione del nesso pertinenziale si è avuta con le S.U. *Miragliotta*²⁹⁸, che hanno ricompreso all'interno del profitto anche i beni acquisiti con l'impiego dell'immediato profitto del reato. Detta pronuncia ha esteso le maglie della confisca diretta attraverso la dilatazione della nozione di profitto, ma precisando (e, dunque, apponendo un limite) che non ogni reimpiego del denaro rileva, ma solo quel reimpiego immediato del profitto diretto. Essa, invece, non ha aggiunto nulla di nuovo al concetto di profitto, ancora identificato come un'utilità o un vantaggio economico.

Certo, detta definizione di profitto recava con sé delle incertezze dovute al fatto di capire esattamente cosa si dovesse intendere per utilità o vantaggio: così, l'identificazione dell'utilità economica quale incremento patrimoniale avrebbe, ad

294 Vedi *Relazione dell'Ufficio del Massimario – Settore penale della Corte di cassazione nr. 41/2014*, ad oggetto *"La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione"*. Nella Relazione si mettono in rilievo gli aspetti problematici che la giurisprudenza di legittimità ha affrontato (anche con indirizzi contrastanti) con riguardo alla confisca. L'Ufficio del Massimario nella premessa della Relazione pone in rilievo due temi: la nozione di profitto e il nesso di derivazione causale del profitto del reato.

295 Cass. Pen., S.U., 03.07.1996, nr. 9149, Chbni, in CED 205707.

296 Cass. Pen., S.U., 24.05.2004, nr. 29951, Focarelli.

297 Cass., Sez. VI, 26.11.2009, nr. 14174, in CED 246721.

298 Cass. Pe., S.U., 25.10.2007, nr. 10208.

esempio, escluso dal profitto il risparmio di spesa (come si configura spesso nei reati tributari).

Il concetto di profitto è stato poi attenzionato in relazione alla responsabilità amministrativa degli enti dalle S.U. *Fisie Impianti*²⁹⁹: in questa pronuncia, il concetto di profitto è stato precisato come il *beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*, che presuppone necessariamente il nesso di derivazione causale immediato dall'illecito. Inoltre, con riferimento specifico ai risparmi di spesa è stato affermato come gli stessi possono rientrare nel concetto di profitto, ma solo nell'accezione di *“ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere, vale a dire un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta”*.

La giurisprudenza successiva³⁰⁰ si è conformata al suddetto orientamento pretorio, ritenendo il nesso di pertinenzialità il vero criterio selettivo di ciò che può essere confiscato, ribadendo che nel concetto di profitto confiscabile può rientrare anche il reimpiego immediato del profitto o provento diretto, ma non anche le utilità indirette ovvero le utilità legate al reato da un nesso di derivazione indiretto o mediato. Si è ribadita, ancora, la necessità di identificare il profitto quale *“mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale”*.

Con specifico riguardo ai reati tributari, la giurisprudenza (dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 143, L. nr. 244/2007) non ha individuato particolari ostacoli ad estendere all'interno del profitto anche il risparmio di spesa/imposta affermando che il profitto può essere costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguente alla consumazione del reato e può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi e sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario³⁰¹.

Il quadro giurisprudenziale³⁰² sopra delineato in tema di profitto confiscabile e

299 Cass. Pen., S.U. 27.03.2008, nr. 26654, Fisia Impianti S.p.a. e altri.

300 Cass. Pen., S.U., 25.06.2009, nr. 38691, Caruso.

301 Cass. Pen., S.U., 31.01.2013, nr. 18734, in CED 255036, Adami.

302 La dottrina era giunta a conclusioni conformi al percorso giurisprudenziale precedente

nesso di pertinenzialità, è stato fortemente scosso dalla nota sentenza S.U. *Gubert*³⁰³, chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale inerente la possibilità o meno di poter applicare la confisca per equivalente alla società-persona giudica in ipotesi di reati commessi dal rappresentante legale.

Per rispondere a tale quesito le S.U. hanno adottato statuizioni, anche in controtendenza rispetto alla giurisprudenza precedente, che occorre passare in rassegna.

Innanzitutto, le S.U. hanno fornito un'interpretazione di latitudine ancor più estesa di profitto confiscabile secondo la quale il profitto è costituito da qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione del reato e può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario³⁰⁴. Ancora, hanno affermato - ponendosi in

alle Sezioni Unite *Gubert* sia in tema di profitto confiscabile (cfr. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, *Le sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Diritto penale Contemporaneo*, Riv. Trim., 4., 2015, pag. 251) che di nesso di pertinenzialità (cfr. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, cit., pag. 254 e 255; P. VENEZIANI, *La confisca obbligatoria nel settore penale tributario*, in Cass. pen., 4, 2017, sub par. 5; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit., pag. 1674; M. DELL'OSSO, *Diritto Penale dei mercati finanziari e sequestro dei proventi illeciti: confini della confisca*, 2, 2015, pag. 269 e ss., sub par. 2, ove l'Autore mette in rilievo che la prova del nesso di pertinenzialità costituisce il fulcro della confisca diretta).

303 Cass. S.U., 30.01.2014, nr. 10561. In dottrina per una approfondita ricognizione della pronuncia anche con rilievi critici vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 487 e ss.; si veda M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015 pag. 1675 e ss, in questo articolo l'Autore prendendo spunto dalla sentenza S.U. *Gubert* compie una serie di riflessioni che trascendono la specifica vicenda ed esaminano problematiche di fondo della confisca; Cfr. R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2015.

304 Condivide tale soluzione M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit. pag. 1685 e ss., secondo il quale “un risparmio di spesa, o meglio, un mero mancato esborso, non poteva ritenersi profitto confiscabile, né per l'art. 240, né per la confisca di valore (...). Affinché potesse intendersi come profitto un determinato decremento patrimoniale, occorre un intervento legislativo. E un intervento vi è stato, appositamente in rapporto ai reati in materia fiscale, ad opera dell'art. 1, comma 143, l. fin. 244/2007 (...). Tale indirizzo è stato ora confermato dal d.lgs. nr. 158/2015 di revisione dei reati tributari, che, abrogando l'art. 1, comma 143, cit., ne ha riprodotto il contenuto in altra norma, questa volta autonoma rispetto all'art. 322 ter c.p.”. Parte della dottrina è scettica verso l'estensione della confisca ai risparmi di spesa in generale, vedi C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag.

controtendenza rispetto a quanto sostenuto dalla giurisprudenza prevalente - che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta, la quale “*non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell’indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all’importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare*”. Nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non solo i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell’illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell’attività criminosa. Rientra, dunque, nel profitto ogni trasformazione che il denaro abbia subito in beni di altra natura sia fungibili che infungibili, sia essa diretta o indiretta. La confisca per equivalente è possibile solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato e, di conseguenza, la stessa confisca diretta siano impossibili. Tale impossibilità non deve essere accertata mediante la ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato, essendo sufficiente una impossibilità anche transitoria.

Ed ancora, secondo le S.U., non è possibile procedere alla confisca per equivalente nei confronti dei beni della società per i reati tributari commessi dal rappresentante legale o dagli organi della stessa, salvo che la persona giuridica non sia uno *schermo fittizio* di questi ultimi. Non vi è, infatti, alcun appiglio normativo per giustificare la confisca per equivalente ai danni della persona giuridica, nè nell’ambito del D.Lgs. nr. 321/2001 ove i reati tributari non vi sono ricompresi, nè nell’art. 322 *ter* c.p. (in precedenza richiamato per i reati tributari) poiché contempla la confisca per equivalente solo per l’autore del reato e, quindi, solo per la persona fisica; né, del resto, sarebbe possibile alcuna applicazione analogica in *malam partem*, avendo la confisca per equivalente natura eminentemente sanzionatoria.

Le conclusioni cui sono approdate le S.U. nella sentenza *Gubert* sono state riprese

1010; V. MONGILLO, *Confisca per (equivalente) e risparmi di spesa: dall’incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 748.

e condivise dal medesimo Consesso con la sentenza *Lucci*³⁰⁵, che è ritornata sul problema se, nel caso in cui il prezzo o il profitto del reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia la disponibilità debba essere qualificata come confisca per equivalente ovvero come confisca diretta e ove si ritenga che si tratti di confisca diretta se debba ricercarsi il cd. nesso pertinenziale tra reato e denaro. La pronuncia *Lucci* ribadisce che la confisca di denaro è sempre confisca diretta che non necessita dell'accertamento del nesso di derivazione causale dall'illecito.

Risulta chiaro allora, in base ai principi espressi dalle suddette pronunce, che per i reati tributari commessi dal rappresentante legale della persona giuridica, essendo il risparmio di imposta rappresentato da un *quantum* di denaro, la confisca diretta viene estesa a tal punto da non trovare applicazione nei soli casi in cui nel patrimonio dell'ente non vi siano più somme liquide.

La sentenza *Gubert* (nonché la pronuncia *Lucci* che ne ha sostanzialmente ripreso i principi) è stata oggetto di serrate critiche in dottrina³⁰⁶. Si è affermato, infatti, che la nozione di profitto confiscabile sia stata trasfigurata in un *evanescente concetto di vantaggio* tale da ricomprendere qualsivoglia risparmio di spesa, finendo per abbracciare anche gli interessi e addirittura le sanzioni (le quali, in particolare, più che un vantaggio rappresentano un pregiudizio). Inoltre, è stato soppresso il requisito della pertinenzialità, il quale, al contrario, dovrebbe essere alla base di ogni confisca diretta e che non può essere ignorato per il semplice fatto che si vada a confiscare denaro o altri beni fungibili³⁰⁷.

L'intervento legislativo del 2015, come già ricordato sopra, ha inserito l'istituto della confisca in materia di reati tributari nella normativa di settore (art. 12 bis D.Lgs. nr. 74/2000). Detto intervento legislativo, tuttavia, nulla ha modificato in

305 Cass. Pen., S.U., 26.06.2015, nr. 31617.

306 G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, nr. 9, pag. 2809 e ss.; F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pag. 255.

307 Parte della dottrina ha sostenuto che, partendo dal carattere fungibile del denaro, si sarebbe potuto sostenere l'esatto contrario di quanto affermato dalle S.U. *Gubert*, vale a dire la natura di confisca per equivalente del denaro: cfr. M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 4, 2015, pag. 1674 e ss.

relazione agli approdi delle S.U. *Gubert e Lucci*, in base ai quali la confisca di denaro sarebbe sempre confisca diretta.

Ebbene, ricostruita così l'evoluzione giurisprudenziale in tema di confisca in generale e nei reati tributari in particolare, preme dar conto degli approdi più recenti della giurisprudenza.

E' intervenuta, infatti, una importante pronuncia³⁰⁸ che pare aver introdotto dei correttivi ai principi sanciti dalla S.U. *Gubert e Lucci*. Nella sentenza in commento si afferma, infatti, che ove si abbia la prova che le somme nella disponibilità della società in concordato preventivo non possano proprio in alcun modo derivare dal reato (come appunto nel caso di specie, dove la somma in sequestro originava da immissioni di terzi conformi al piano concordatario e successive alla consumazione del reato), allora le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il risultato della mancata decurtazione del patrimonio quale conseguenza del mancato versamento delle imposte (ovvero, in altri termini, del risparmio di imposta nel quale la giurisprudenza ha costantemente identificato il profitto dei reati tributari). Dette somme non sono sottoponibili a sequestro difettando in esse la caratteristica di profitto, pur sempre necessaria per poter procedere, in base alle definizioni e ai principi di carattere generale, ad un sequestro, come quello di specie, in via diretta.

Ebbene, la Suprema Corte con questa pronuncia - come è stato ben osservato³⁰⁹ - attribuisce nuovamente valore al nesso di pertinenzialità proprio della confisca diretta, seppur seguendo un ragionamento *a contrario* enucleabile dalle stesse S.U. *Gubert e Lucci*. Infatti, ove si abbia la prova che il conto della persona giuridica, dopo la commissione del reato, sia ridotto a zero ed sia stato alimentato solo con rimesse dei terzi, viene meno ogni nesso di pertinenzialità tra reato e denaro. In un caso come questo, sostiene la S.C., appare evidente come il denaro detenuto sul conto corrente non abbia nulla a che fare con il reato.

308 Cass. Pen., Sez. III, 27.02.2018 (ud. 30.10.2017), nr. 8995. Per un approfondimento ed un commento critico si rinvia a G. DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2 aprile 2018.

309 Vedi G. DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *Giurisprudenza Penale*, cit., pag. 13.

E' chiaro allora il punto di rottura con quanto espresso dalle S.U. *Gubert e Lucci*: ovvero non ogni confisca di denaro è confisca diretta e ciò quando vi è la prova che quel denaro manca del nesso di pertinenzialità necessario per poterlo qualificare come “profitto”.

La pronuncia in oggetto, dunque, sembra restituire razionalità alla confisca diretta di denaro in relazione ai reati tributari, conferendo nuova centralità al nesso di pertinenzialità che, a seguito delle S.U. *Gubert e Lucci*, rischiava di diventare un requisito del tutto superfluo. Tuttavia il correttivo ermeneutico apportato dalla sentenza in esame, riducendo lo spazio di operatività della confisca diretta ed ampliando, di conseguenza, quello della confisca per equivalente, fa riemergere tutti i possibili limiti di conformità costituzionale della confisca per equivalente per come viene oggi configurata ed applicata dalla prevalente giurisprudenza.

10. CONFISCA NEI CONFRONTI DELL'ENTE PER I REATI TRIBUTARI COMMESSI DAGLI AMMINISTRATORI: LA DISSOCIAZIONE TRA PERSONA FISICA E PERSONA GIURIDICA.

Dibattuta, come si è già avuto modo di anticipare, la sequestrabilità per equivalente dei beni appartenenti alla società in presenza di un reato commesso dagli amministratori, non essendo prevista dal D.Lgs. nr. 231/2001 la responsabilità dell'ente per l'illecito tributario commesso a suo vantaggio o nel suo interesse dal soggetto apicale, sicché non è applicabile la speciale confisca di valore stabilita ex art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001³¹⁰. Si tratta di una *vexata quaestio*

310 Tale questione si connota di un interesse particolare in ragione della sua capacità di toccare i nodi della politica criminale di contrasto all'evasione fiscale, essendo paradigmatica di un certo “protagonismo di necessità del ruolo del giudice, vale a dire di quel fenomeno che nasce dall'esigenza della giurisprudenza di riempire i vuoti normativi e rammendare le slabbrature propri di una legalità lacerata, provocati da inadeguati rafting dei testi legislativi e/o dalla incontrollata successione di questi ultimi”: in questi termini MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur. it.*, 2014. Sulla tematica generale della opportunità di introdurre i reati fiscali tra i reati presupposti fondativi della responsabilità della persona giuridica

molto attenzionata sia in dottrina³¹¹ che in giurisprudenza³¹².

Si ricorda che il nodo interpretativo trova la sua genesi nella ambigua formulazione dell'art. 1, comma 143, Legge nr. 244/2007, il quale nell'introdurre la confisca per equivalente quale ulteriore sanzione³¹³ per i responsabili di taluni

si rinvia a C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Archivio Penale*, 2017, nr. 1. Vedi anche A.M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale dell'economia*, Riv. Trim., 2013.

311 In dottrina, F. D'ARCANGELO, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari dopo le SS.UU. 1235/2010*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, nr. 4/2011, pag. 125; L. DELLA RAGIONE, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse (nota a Trib. Foggia 27.12.2010)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 febbraio 2011; G. GAMBOGI, *Il reato tributario transazionale: una confisca per equivalente particolare?*, in *Riv. Dir. Trib.*, nr. 11/2009, pt. III, pag. 157; A. PERINI, voce "Reati tributari", in *Dig. Disc. Pen.*, IV ed., 2012, pag. 1897; M. PISANI, *Reati tributari del rappresentante legale della persona giuridica e sequestro per equivalente*, in *Banca Dati Fisconline*; C. SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Banca Dati Fisconline*; ID., *Reati transnazionali, confisca per equivalente ed illeciti fiscali in una decisione della Corte di Cassazione (nota a Cass. Pen., Sez. III, nr. 11969/2011)*, in *Riv. dir. trib.* nr. 7 – 8/2011, pt. III, pag. 109; G.M. SOLDI, *Rassegna di giurisprudenza sul tema del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, con particolare riferimento al concetto di "disponibilità" dei beni da parte dell'autore del reato: il caso Unicredit e altri*, in *Riv. trib.*, nr. 9/2012, pt. III, pag. 787; G.D. TOMA, *Confisca per equivalente e responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni a margine di una condivisibile pronuncia della Corte di Cassazione (nota a Cass. Pen., Sez. II, nr. 41488/2009)*, in *Riv. dir. trib.*, nr. 9/2010, pt. III, 119.

312 In giurisprudenza, sul tema, con varietà di posizioni: Cass. Pen., Sez. III, nr. 38740/2012, in *Banca Dato Dejure*; Cass. Pen., Sez. III, nr. 33371/2012, in *Banca Dati Dejure*; Cass. Pen., Sez. III, nr. 25774/2012, in *Diritto e Giustizia*; Cass. Pen., Sez. III, nr. 17485/2015, in *Guida al Diritto*, nr. 33-34/2012, pag. 78; Cass. Pen., Sez. III, nr. 28731/2011, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 settembre 2011, con nota di L. DELLA RAGIONE, *La Suprema Corte ammette il sequestro preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse dal legale rappresentante*; Cass. Pen., Sez. III, nr. 26389/2011, in *CED Cass. Pen.*, 2011; Cass. Pen., Sez. IV, nr. 11121/2011, in *Banca Dati Dejure*; Cass. Pen., Sez. VI, nr. 42703/2010, in *Banca Dati Dejure*.

313 Sulla natura sanzionatoria della confisca per equivalente in esame vedi nella manualistica E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, pag. 71 e ss.; G. SALCUINI, *I reati tributari. Parte generale*, in A. MANNA (a cura di) *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, pag. 492 e ss. Vedi ancora in dottrina, G. AMATO, *La Suprema Corte individua i punti fermi sulla misura per equivalente in campo fiscale*, in *Guida al diritto*, nr. 19/2011, pag. 62; F. ARDITO, *Reati tributari: irretroattività della confisca per equivalente*, in *Rass. trib.*, nr. 3/2009, pag. 866; R. BRICHETTI, *Confisca anche per i vecchi reati tributari*, in *Guida al diritto*, nr. 6/2008, pag. XXX; I. CARACCIOLI, *Reati tributari e confisca per equivalente*, in *Riv. Dir. Trib.* nr. 2/2012, pt. III, pag. 27; P. CORSO, *La confisca per equivalente non è retroattiva*, in *Corr. Trib.*, nr. 22/2009, pag. 1775; L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 novembre 2010; C. SANTORIELLO, *Confisca per equivalente e reati tributari: le prime indicazioni della giurisprudenza*, ne *Il Fisco* nr. 2/2009, pag. 234; G. STEA, *Diritto penale e processo tributario. Vecchie problematiche e recenti soluzioni*, in *Riv. Pen.* nr. 6/2011, pag.

delitti tributari laconicamente rinviava al disposto dell'art. 322 ter c.p.; rimanendo tuttavia silente sulla frequente dicotomia pratica tra autori reali e soggetti effettivamente beneficiari della commissione dei medesimi reati, nella specie le persone giuridiche contribuenti³¹⁴.

Nel panorama giurisprudenziale erano emersi due orientamenti diametralmente opposti³¹⁵.

Un primo orientamento ritiene che il D.lgs. nr. 231/2001 non costituisca un limite all'applicazione della confisca per equivalente dei beni dell'ente collettivo nelle ipotesi di reati tributari commessi dall'amministratore o dal legale rappresentante della società. In particolare, la giurisprudenza, che attesta su questo indirizzo interpretativo, ha evidenziato che *"il reato è addebitabile all'indagato, ma le conseguenze patrimoniali ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che vi è stata una rottura del rapporto organico; questo principio, pacificamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità, non richiede che l'ente sia responsabile ai sensi del D.Lgs. nr. 231/2001 la società non può considerarsi estranea al reato perché partecipa alla utilizzazione degli incrementi economici che ne sono derivati; dal momento che il profitto non si può collegare, per la tipologia dell'illecito ad un bene individuabile, il sequestro non poteva che essere disposto per equivalente"*³¹⁶.

Orbene, questa impostazione ha suscitato fin da subito delle perplessità: segnatamente, è stato osservato come il riconoscimento della sequestrabilità /confiscabilità per equivalente nei confronti dell'ente nelle ipotesi di reati tributari

624. In generale, quanto alla nozione di profitto nell'ambito della confisca per equivalente A. PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. It.*, nr. 8-9/2009, pag. 2075.

314 Evidenziano questa criticità L. TROYER – S. CAVALLINI, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza della legittimità (nota a Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012, dep. 10 gennaio 2013, nr. 1256)*, in *Diritto penale contemporaneo*, pag. 2.

315 Per un'ampia disamina vedi L. DELLA RAGIONE, *La confiscabilità per equivalente dei beni dell'ente per i reati tributari commessi dal legale rappresentante: in attesa delle Sezioni Unite (nota a Cass. Pen. Sez. III, ord. 30 ottobre 2013, dep. 22 novembre 2013, nr. 46726)*, in *Diritto Penale contemporaneo*. Sull'ordinanza di rimessione alle S.U. si veda TRINCHERA, *Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reati tributari: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 dicembre 2013.

316 Cass. Pen., Sez. III, 7 giugno 2011, nr. 28731, in *Diritto penale Contemporaneo*, 29 settembre 2011.

commessi dall'amministratore sollevi notevoli dubbi di compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali di legalità e personalità della responsabilità penale. Infatti, la suddetta interpretazione, innanzitutto, rendeva estensibile la confisca ed il prodromico sequestro anche a reati tributari in assenza di una relativa norma che ne prevedesse e autorizzasse l'applicazione: infatti, come risultava dal testo dell'art. 1, comma 143, Fin. 2008, il reato di cui all'art. 10 D.Lgs. nr. 74/2000 non era incluso tra i reati ai quali poteva essere estesa la confisca per equivalente di cui all'art. 322 ter c.p. Inoltre, permetteva l'applicazione di una "sanzione" in tutti i casi di *divario* tra *autore* (persona fisica) del fatto criminoso e mero *beneficiario* del profitto dell'illecito, pur in assenza di una disposizione che espressamente contemplasse il potere di colpire il patrimonio del fruitore dell'evasione fiscale in quanto estraneo al delitto³¹⁷.

La giurisprudenza ha tentato di superare queste obiezioni affermando che tali preoccupazioni sembrano poter essere soddisfatte considerando che *"la legge consente la confisca diretta dei beni che costituiscono il profitto del reato indipendentemente dalla qualifica di concorrente nel reato stesso del soggetto nella cui disponibilità è pervenuto il detto profitto e, qualora si tratti di una società, indipendentemente dal fatto che sia prevista o meno una responsabilità amministrativa per il reato in questione"*, precisando altresì che *"la confisca del profitto non è possibile quando essa appartenga a persona estranea al reato, ma nel caso di reato commesso da amministratore di una società il cui profitto sia rimasto nelle casse della società stessa, questa non può considerarsi persona estranea al reato, pur se non è prevista una sua responsabilità amministrativa"*³¹⁸.

317 In tale contesto si tiene che sia irragionevole da un punto di vista di politica criminale escludere la confisca per equivalente nei confronti di contribuenti come l'ente che producendo ricchezze significative rappresentano i protagonisti principali del rapporto tributario e affatto riduttivo punire il solo autore/persona fisica: in questo senso vedi MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, pag. 207.

318 Cass. Pen., Sez. III, 9 maggio 2012, nr. 38740, in *CED Cass.*, nr. 254795. Cfr. anche Cass. Pen., Sez. VI, 06.02.2009, nr. 19764, Ramponi; Cass. Pen., Sez. VI, 05.03.2009, nr. 26611, Betteo; Cass. Pen., Sez. III, 27.01.2011, nr. 7138, Mazzitelli; Cass. pen., S.U., 27.03.2008, nr. 26654, Fisia Impianti Spa.

Principi diametralmente opposti caratterizzano, invece, altro orientamento³¹⁹ il quale ha appunto obbiettato come l'automatica inclusione dei beni societari nel novero di quelli confiscabili comporterebbe un'inammissibile applicazione analogica della legge: invero, i beni dell'ente possono essere oggetto di sequestro e di confisca per equivalente solo quando la società rappresenti un mero "schermo fittizio" di modo che il profitto del reato finisca per avvantaggiare direttamente il reo attraverso lo schermo dell'ente. Al contrario, non essendo prevista dal D.Lgs. nr. 231/2001 la responsabilità dell'ente per l'illecito tributario commesso a suo vantaggio o nel suo interesse dal soggetto apicale, non può trovare applicazione la confisca ex art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001. Data la natura penale delle previsioni di cui al suddetto decreto, è escluso che dette disposizioni legislative siano suscettibili di applicazione analogica in *malam partem*. Perentorio in questo senso appare il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte³²⁰ secondo cui " la società ..., pur non risultando affatto estranea ai reati tributari, non può essere chiamata, a legislazione vigente, a rispondere per tali reati ... : di conseguenza la società ... ed i suoi beni non possono essere destinatari di provvedimenti cautelari di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca del profitto dei reati tributari per cui si indaga, pur commessi a suo vantaggio, reati ascritti ed allo stato ascrivibili solo agli indagati-persone fisiche". Parimenti infondato, secondo questa ricostruzione interpretativa, l'assunto secondo cui la rappresentanza organica degli amministratori ed il vantaggio per l'ente ottenuto dal reato finirebbero per coinvolgere direttamente la società nella commissione dell'illecito, al punto da rendere applicabili anche alla persona giuridica la confisca ed il sequestro ex art. 1, comma 143, Fin 2008: in realtà, tale previsione, di natura prettamente

319 Cass. Pen., Sez. III, 14 giugno 2012, nr. 25774, in Cass. Pen., 2013; Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012, nr. 1256/2013 cit., con nota di MAZZA, *Il caso Unicredit al vaglio della Cassazione: il patrimonio dell'ente non è confiscabile per equivalente in caso di reati tributari commessi dagli amministratori a vantaggio della società*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 25 gennaio 2013; anche noto di TROYER – CAVALLINI, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza di legittimità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit. Cfr. Cass. Pen., sez. III, 17 gennaio 2013, nr. 9576; Cass. Pen., Sez. III, 4 luglio 2012, nr. 33371, ove si evidenzia anche l'irrelevanza, con riferimento alle persone giuridiche, del cd. rapporto di immedesimazione organica del reo con l'ente del quale con compiti o poteri vari egli fa parte. Vedi anche Cass. Pen., Sez. III, 10 luglio 2013, nr. 42350, in *CED Cass.*, nr. 257129.

320 Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012, nr. 1256/2013 Unicredit, cit.

sanzionatoria, è circoscritta solo ai responsabili penali del reato, cioè alle persone fisiche degli amministratori; di conseguenza, in forza del principio di stretta legalità penale e dei suoi corollari, il limite normativo è, dunque, insuperabile con il mero strumento interpretativo/analogico.

Il contrasto interpretativo sopra rischiamo è stato composto dalle Sezioni Unite, nella nota pronuncia *Gubert*³²¹.

La Suprema Corte in detta pronuncia ha affermato come sia consentito, nei confronti di una persona giuridica, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario, commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto sia nella disponibilità di tale persona giuridica. Al contrario, come non sia consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio. Inoltre, la Corte ha affermato che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, è escluso quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a questi o a persona, compresa quella giuridica, non estranea al reato.

Le S.U. ha argomentato la pronuncia ponendo la distinzione tra la confisca diretta del profitto del reato e l'istituto della confisca per equivalente³²². La confisca diretta ha per oggetto il profitto del reato, cioè l'utilità economica direttamente o indirettamente conseguita con la commissione del reato. La confisca per equivalente, invece, ha per oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di cui il

321 Cass. Pen., S.U., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014) nr. 10561, *Gubert*, in *Diritto Penale Contemporaneo* con nota di TOMMASO TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, ivi, 12 marzo 2014. Vedi M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 1675 e ss.

322 Cfr. R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit., pag. 8 e ss.

reo ha la disponibilità per un valore corrispondente al profitto del reato ed è destinata ad operare nei casi in cui la confisca diretta non sia possibile. Nella nozione di profitto rientrano sia i beni appresi per effetto diretto e immediato dell'illecito, sia ogni altra utilità comunque ottenuta dal reato, anche in via indiretta o mediata, come ad esempio i beni acquistati con il denaro ricavato dall'attività illecita, quale, in ipotesi, il bene immobile acquistato con somme di denaro illecitamente conseguite. In tema di reati tributari, hanno osservato le S.U., il profitto confiscabile è costituito da qualsiasi vantaggio patrimoniale tratto dalla realizzazione del reato e può consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo.

Precisamente, per quanto riguarda la confiscabilità dei risparmi di spesa fiscali a carico dell'ente, la sentenza *Gubert* ha ammesso la confisca diretta ed escluso quella per equivalente. Sotto il primo profilo, la sentenza ha fondato il suo ragionamento sull'art. 6, comma 5, D.Lgs. nr. 231/2001: in ossequio a tale norma *“anche nei confronti degli enti per i quali non sia applicabile la confisca-sanzione di cui all'art. 19 dello stesso decreto per essere stati efficacemente attuati i modelli organizzativi per impedire la commissione di reati da parte dei rappresentanti dall'ente, è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente a tratto dal reato, anche in forma per equivalente”*. Inoltre, la Corte ha precisato *“si tratta, come è evidente, di una previsione di carattere generale che impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo discussione la irresponsabilità dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad obiettivo vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante”*³²³.

Per quanto riguarda l'esclusione della confisca per equivalente, nella pronuncia *Gubert* si è affermato che *“si deve ritenere che non sia possibile la confisca per equivalente di beni della persona giuridica per i reati commessi dai suoi organi, salva l'ipotesi in cui la persona giuridica rappresenti uno schermo attraverso cui l'amministrazione agisca come effettivo titolare”*. L'argomento principale

323 Cass. Pen., S.U., 30 gennaio 2014, *Gubert*, cit. in motivazione punto nr. 2.6.

utilizzato dalla Corte è che *“la confisca per equivalente non può fondarsi sull’art. 322 ter c.p. (richiamato, prima della riforma del 2015, dall’art. 1, comma 143, legge nr. 244/2007), dal momento che la citata disposizione si applica all’autore del reato e la persona giuridica non può essere considerata tale”*³²⁴.

Le S.U. hanno concluso, dunque, ammettendo la confisca diretta del profitto del reato nei confronti di una persona giuridica per le violazioni fiscali commesse dal legale rappresentante o da altro organo della persona giuridica nell’interesse della società, quando il profitto o i beni direttamente riconducibili a tale profitto sono rimasti nella disponibilità della persona giuridica medesima, ma hanno escluso la confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica, salvo che la medesima sia un mero schermo fittizio.

Occorre al riguardo rilevare come autorevole dottrina³²⁵ abbia, tuttavia, avanzato delle critiche a entrambe le suddette soluzioni interpretative. Per quanto attiene all’ammissibilità della confisca diretta si è osservato che l’art. 6, comma 5, cit. non possa avere portata generale, perché, inserito nel D.Lgs. nr. 231/2001, postula un procedimento a carico della società. Inoltre, si è evidenziato che se tale norma sancisse un principio generale, la Corte avrebbe per coerenza dovuto ammettere nei confronti della società anche la confisca per equivalente³²⁶. Si è precisato, tuttavia, che *“seppur l’art. 6, comma 5, cit. non pare idoneo a fondare la confisca diretta nei confronti dell’ente per i reati tributari del rappresentante, l’approdo della Corte è ugualmente da condividere. La confisca diretta deve ritenersi ammissibile non perché si tratti di denaro bene fungibile, ma perché la società non può dirsi in questi casi persona estranea al reato (...). A fronte di chi ritiene non estraneo, oltre all’autore del reato, il solo concorrente, non sono pochi coloro che considerano non estraneo, oltre all’autore e al concorrente, anche l’autore di reato connesso oppure chi abbia partecipato all’utilizzazione dei profitti del reato o dal reato abbia tratto comunque profitto (...). Insomma: misura comunque sui*

324 Cass. Pen., S.U., 30 gennaio 2014, Gubert, cit. in motivazione punto nr. 2.8.

325 M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 1675 e ss. In senso critico nei confronti della sentenza Gubert vedi anche R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit. pag. 8.

326 M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit. pag. 1688 e ss.

generis nell'ordinamento, la confisca ha la funzione originaria di colpire il profitto là dove il reato lo ha posto, sino a che colui che lo detiene non sia, rispetto al reato che l'ha prodotto, del tutto estraneo"³²⁷. Infine, per quanto riguarda l'esclusione della confisca per equivalente, secondo l'impostazione dottrinale in commento, essa risulta eccessiva, nel senso che se si obietta che la confisca di valore possa disporsi solo a carico del reo, cioè dell'autore del reato, tuttavia in realtà il termine "reo" ben potrebbe indicare non il solo autore o il concorrente, ma anche, come nella confisca diretta, colui che del profitto abbia beneficiato.

In conclusione, preme segnalare quell'orientamento dottrinale secondo il quale il reato tributario è entrato a far parte dei reati presupposto di cui al decreto nr. 231/2001 veicolato dal reato di *autoriciclaggio* (art. 25 *octies* D.Lgs. nr. 231/2001)³²⁸. I sostenitori di tale orientamento ritengono che l'inserimento dell'autoriciclaggio tra i reati presupposto della 231/2001 fa sì che anche i reati fiscali ne diventino parte: i proventi da evasione fiscale o i risparmi da dichiarazione infedele si considerano autoriciclati, se impiegati in attività

327 M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit. pag. 1689 e ss.

328 La Legge nr. 186/2014 ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di auto riciclaggio ex art. 648 *ter* l c.p., estendo al nuovo delitto l'ambito operativo della confisca per equivalente e della responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. nr. 231/2001. In particolare, sotto il profilo della responsabilità amministrativa degli enti, gli effetti dell'intervento normativo sono dirimpenti. Ciò in quanto l'aggiunta del reato di autoriciclaggio all'art. 25 *octies* del D.Lgs. nr. 231/2001 comporta l'estensione della responsabilità amministrativa a carico a carico di quegli enti i cui dipendenti, dopo aver commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impieghino, sostituiscano, trasferiscano in attività finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione del precedente delitto, in modo da ostacolarne concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa. Vedi A. GULLO, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 marzo 2018; VALERIO SILVETTI, *L'autoriciclaggio e i suoi effetti 231*, in *Diritto.it*, 12 gennaio 2017. Ancora *funditus* in argomento, F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648 ter l c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori "più che abili"*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. BACCARI – K. LA REGINA – E.M. MANCUSO, Padova, 2015; F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Diritto penale Contemporaneo – Riv. Trim.*, nr. 1/2015, pag. 108 e ss.; A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 797 e ss.; C. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente*, in *Criminalità*, 2015, pag.539 e ss.; S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, pag. 1631 e ss. Si rinvia anche a A.M. MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statale o utile strumento di politica criminale?*, in *Punire l'autoriciclaggio. Come quando e perché*, a cura di E. MEZZETTI – D. PIVA, Torino, 2016, pag. 102.

economiche, finanziarie, imprenditoriali. Tale indirizzo esclude a monte i dubbi circa la confiscabilità per equivalente dei beni appartenenti alla società in presenza di un reato tributario commesso dagli amministratori, essendo applicabile la confisca speciale di cui all'art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001. Invero, la questione è molto dibattuta, l'inserimento del reato di autoriciclaggio nel novero di quelli idonei a generare responsabilità dell'ente ha suscitato molti dubbi concernenti il principio di legalità, sancito dall'art. 2 D.Lgs. nr. 231/2001. Un elemento problematico è stato rilevato in relazione alla circostanza che tra i reati presupposto del nuovo tipo penale ve ne sono alcuni non previsti dal D.Lgs. nr. 231/2001, finendosi in tal modo per ampliare il novero dei reati che generano la responsabilità dell'ente, estendendolo a fattispecie non considerate dal legislatore, come appunto i reati fiscali. Un indirizzo questo che si colloca all'interno di quella parte della dottrina che già con riguardo all'inserimento di fattispecie associative tra i reati presupposto aveva evidenziato un'erosione del principio di legalità per la indiretta introduzione nella categoria dei reati rilevanti *ex* D.lgs. nr. 231/2001 di fattispecie non espressamente contemplate dal legislatore.

11. CONFISCA E CONCORSO DI PERSONE NEL REATO.

Un ulteriore aspetto meritevole di essere approfondito e che frequentemente si verifica, specie in campo tributario, riguarda l'ipotesi in cui più persone concorrano nel reato. Laddove, infatti, il reato tributario sia stato commesso in concorso tra più persone, ai sensi dell'art. 110, c.p. si pone il problema di stabile come venga ad atteggiarsi la confisca, diretta e per equivalente³²⁹.

Al riguardo, è innanzitutto necessario preliminarmente verificare chi fra i concorrenti *ex* art. 110 c.p. abbia tratto profitto dal reato ovvero ne abbia lucrato

329 Per una disamina approfondita vedi R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, cit. pag. 1436 e ss.; vedi anche R. BRICHETTI e P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 495. Vedi anche L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit. DELSIGNORE, Art. 12 bis. *Confisca*, in NOCERINO, PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. nr. 158/2015*, Torino, 2015, pag. 306; ROMANELLI, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. Pen. proc.*, 2008, pag. 865 e ss.

un prezzo. Infatti, la confisca diretta, che è la prima a venire in questione, è chiaramente indirizzata verso tale soggetto o detti soggetti: quindi, gli altri concorrenti potrebbero andarne esenti, salvo poi il tema della confisca per equivalente (vedi *infra*). Inoltre, laddove il profitto sia stato ottenuto da un ente/società la confisca diretta non può colpire la persona fisica che abbia agito in nome e per conto dell'ente medesimo: ciò vale anche per le persone fisiche che abbiano agito in concorso tra loro (salva sempre la confisca per equivalente nel caso in cui la confisca diretta nei confronti dell'ente non sia possibile).

La questione più problematica allora riguarda proprio la *confisca per equivalente*, che sembra prestarsi a colpire i beni anche di colui il quale non abbia tratto alcun profitto dal reato.

Il problema si pone sia con riferimento alla fattispecie incriminatrici monosoggettive che a quelle plurisoggettive. Con riferimento al primo caso, si può fare l'esempio del legale rappresentante della società che abbia presentato una dichiarazione infedele: se non è possibile la confisca diretta contro la società che ha tratto il profitto corrispondente all'evasione delle imposte dovute, il legale rappresentante è esposto alla confisca per equivalente con tutto il suo patrimonio³³⁰. Nel secondo caso, si può fare l'esempio del soggetto che abbia dato il proprio contributo concorsuale alla realizzazione del reato tributario al

330 Sulla complessa tematica vedi per tutti BORSARI, *Reati tributarie confisca di beni societari. Ovvero di un'occasione perduta delle Sezioni Unite*, in *Società*, 2014, pag. 875 e ss.; CAVALLINI – TROYER, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza di legittimità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19, marzo 2013, pag. 1 e ss.; DELLA RAGIONE, *La confiscabilità per equivalente dei beni dell'ente per i reati tributari commessi dal legale rappresentante*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27.01.2014, pag. 1 e ss.; DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. tri. dir. pen. ec.*, 2014, pag. 402 e ss.; NAPOLETANO, *Note critiche in tema di confisca per equivalente a carico della società per l'illecito tributario del legale rappresentante*, in *Riv. pen.*, 2012, pag. 1242 e ss.; PISANI, *Reati tributari del rappresentante legale della persona giuridica e sequestro per equivalente*, in *Fisco*, 2011, pag. 4696 e ss. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, pag. 2823; TRINCHERA, *Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società reati tributari: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12.12.2013, pag. 1 e ss.; TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 12.03.2014, pag. 1 e ss.; TRUCANO, *Sulla confisca dell'equivalente in caso di reato tributario commesso nell'interesse o vantaggio di una società per azioni*, in *Giur. it.* 2013, pag. 1379 e ss.

contribuente-persona fisica, con profitto esclusivo di quest'ultimo: in questo caso se non è possibile procedere a confisca diretta verso il contribuente, secondo la giurisprudenza, si potrà procedere a confisca per equivalente nei confronti del concorrente (che non ha tratto alcun profitto), in ossequio al principio solidaristico che informa la disciplina del concorso di persone³³¹.

Ed invero, la Suprema Corte³³² ha affermato che *“la soluzione interpretativa della questione dei rapporti tra confisca per equivalente ed il concorso di persone nel reato – con particolare riferimento alla determinazione della quota di profitto attribuibile a ciascun concorrente e quindi assoggettabile a confisca – si connette anch'essa all'individuazione della natura giuridica della confisca per equivalente, tenuto conto che dovendosi escludere che si verta nell'ambito delle misure di sicurezza ed essendosi riconosciuta alla stessa una componente essenzialmente sanzionatoria, ben può affermarsi, in linea di principio, che ciascun concorrente possa ritenersi destinatario del provvedimento ablativo a prescindere da ogni accertamento circa l'effettivo arricchimento personale derivante dalla commissione del reato”*.

Dunque, secondo l'orientamento pretorio maggioritario³³³, in virtù del principio solidaristico, ciascun concorrente può essere chiamato a rispondere dell'intera entità del profitto accertato sul presupposto della corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito; la confisca per equivalente può, pertanto, interessare indifferentemente ciascuno dei correi, salvo l'eventuale riparto tra i medesimi concorrenti che costituisce fatto interno a questi ultimi e che non ha alcun rilievo penale.

Tale orientamento giurisprudenziale, tuttavia, non è stato condiviso dalla dottrina la quale lo ritiene collidente con i principi costituzionali di riferimento³³⁴.

331 Gli esempi sono tratti da R. BRICHETTI e P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 497.

332 Cass., Sez. III, 25 gennaio 2011, dep. 14 aprile 2011, nr. 15167.

333 Per questo orientamento che è quello maggioritario vedi anche Cass., Sez. V, 1 aprile 2004, nr. 15445; nonché Cass., Sez. II, 14 giugno 2006, Troso; Cass., Sez. II, 21 febbraio 2007, Alfieri; cfr. Cass. Sez. III, 31 marzo 2010, nr. 12580; Cass., Sez. III, 27 gennaio 2011, dep. 23 febbraio 2011, nr. 6894.

334 Per tutti si veda R. BRICHETTI e P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 498 e 499: gli Autori mettono in luce come una tale opzione interpretativa appaia del tutto

I fondamentali principi espressi dagli artt. 3 e 27 Cost. impongono, infatti, che la responsabilità penale sia personale e che la pena sia proporzionata alla gravità del fatto commesso. A questi parametri, tuttavia, non sembra corrispondere una confisca-sanzione che si presti a colpire indiscriminatamente ed in egual misura tutti i concorrenti del reato, senza che abbia alcuna rilevanza il rapporto di proporzione tra le conseguenze patrimoniali ricadenti sul singolo soggetto e l'entità del contributo da questi effettivamente apportato alla realizzazione del disegno criminoso. Senza considerare che il legislatore, nell'ambito della disciplina unitaria del concorso di persone (artt. 110 e ss. c.p.), non ha del tutto unificato il trattamento sanzionatorio dei singoli concorrenti, ma, al contrario, ha riconosciuto al giudice il potere/dovere di commisurare la pena proporzionalmente alla responsabilità di ciascuno. Così ammettere che il giudice possa automaticamente confiscare i beni per equivalente ai singoli concorrenti viola chiaramente il principio di personalità della responsabilità penale, nonché quello di uguaglianza-ragionevolezza, *“indebolendo quelle prospettive di prevenzione integratrice di stampo struttural-funzionalista, di cui sono presupposti di efficacia i menzionati principi costituzionali”*³³⁵.

Si ritiene preferibile, allora, quell'indirizzo giurisprudenziale minoritario secondo il quale in caso di reato commesso da una pluralità di soggetti può disporsi la confisca per equivalente di beni per un importo che non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura della quota prezzo o profitto a lui attribuibile. Pertanto, *“la confisca per equivalente, adottata all'esito del giudizio e*

irragionevole *“proprio in quanto ci sia trova davanti ad una sanzione penale è del tutto irrilevante che, sul piano civilistico, colui che abbia sopportato il peso della confisca per equivalente possa in qualche modo tentare di rivalersi sul soggetto beneficiario del profitto: in realtà, proprio perché la confisca per equivalente è una sanzione penale, come tale avente natura afflittiva, le conseguenze della stessa non sono affatto equiparabili a quelle di una obbligazione civilistica di natura solidale. Né pare corretto affermare che la confisca per equivalente debba colpire anche il concorrente nel reato che non ha conseguito alcun profitto, in forza di una pretesa “solidarietà della pena”, nel senso che a norma dell'art. 110 c.p., ciascuno risponde della pena stabilita per il reato, salve le disposizione di legge volte a graduare la sanzione penale a seconda della valenza che ciascuna partecipazione assume nel contesto generale del concorso, essendo semmai vero il contrario: un soggetto potrebbe risultare, paradossalmente, l'unico destinatario della sanzione di natura penale rappresentata dalla confisca per equivalente”*.

335 Le parole sono di L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., pag. 25.

dell'accertamento delle responsabilità, dovrà riguardare la quota di prezzo o di profitto effettivamente attribuibile al singolo concorrente o, nell'impossibilità di una esatta quantificazione, essere applicata per l'intero prezzo o profitto, ma nel rispetto dei canoni della solidarietà interna fra i concorrenti (e cioè senza moltiplicare l'importo per il numero dei concorrenti) ”³³⁶.

12. CONFISCA E PRESCRIZIONE DEL DELITTO TRIBUTARIO.

Nei casi di confisca facoltativa è necessaria una sentenza di condanna (vedi art. 240, comma 1, c.p.: “*nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca ...*”) e, dunque, non è possibile applicare la misura ogniqualvolta venga dichiarata l'estinzione del reato³³⁷.

Il problema dell'intervento di eventuali cause di estinzione del reato (in particolare, della prescrizione) si pone in termini più complessi con riferimento alle ipotesi di confisca obbligatoria e segnatamente di confisca del prezzo *ex art.* 240, comma 2, nr. 1, nel quale - a differenza del nr. 2 stessa norma nel quale con riferimento alle cose intrinsecamente pericolose viene indicata la confiscabilità dei medesimi anche se non è stata pronunciata condanna - nulla viene specificato al riguardo³³⁸.

336 Cass. Pen., Sez. VI, 9 luglio 2007, in *Mass. Uff.*, 237290; Cass. Pen., Sez. IV, 14 giugno 2007, in *Mass. Uff.*, 240572; Cass., Sez. 23 giugno 2006, in *Mass. Uff.*, 234850, le quali hanno riconosciuto, in caso di concorso di persone nel reato, la necessità di un *rapporto di proporzione* tra l'arricchimento derivante al singolo partecipante dalla commissione dell'illecito e la somma da sottoporre a confisca a confisca per equivalente, stabilendo il principio in base al quale la confisca per equivalente non può eccedere per ciascun concorrente la quota di profitto a lui attribuibile.

337 In dottrina vedi R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 500 e ss.;

338 In generale sulla complessa tematica Cfr. F. CAPOROTUNDO, *Estinzione per condotte riparatorie e “confisca senza condanna”*: problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 3. Anche L.V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei contro limiti*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 4, 2017; G. ROMEO, *Alle Sezioni Unite la questione della confisca di somme di denaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto* (nota a Cass. Pen., Sez. IV, 19.11. 2014, dep. 26.03.2015, nr. 12924, ric. Lucci), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 aprile 2015.

In passato, la giurisprudenza³³⁹ affermava la soluzione secondo cui l'estinzione del reato precludesse la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, pur se prevista come obbligatoria *ex art. 240, comma 2, nr. 1, cit.* Tale conclusione era basata sull'assunto per cui l'avverbio "*sempre*", contenuto all'inizio dell'*art. 240, comma 2, c.p.*, ha inteso rendere obbligatoria, diversamente da quanto previsto dal primo comma, una confisca che altrimenti sarebbe stata facoltativa.

Secondo questo orientamento pretorio, dunque, la formula "*è sempre ordinata la confisca*" (o altra espressione equivalente) viene adoperata dal legislatore per indicare una preclusione alla valutazione discrezionale del giudice nel potere di disporre la confisca, ma non per porre un'eccezione alle condizioni previste per l'esercizio dello stesso potere nelle singole fattispecie. Da qui discende la necessità di verificare, in rapporto a ciascuna ipotesi di confisca obbligatoria, se la legge richieda una sentenza di condanna o ne prescinda, addirittura espressamente come nella caso previsto dall'*art. 240, comma 2 nr. 2, c.p.* Laddove, la confisca obbligatoria sia condizionata alla pronuncia di condanna ogni diverso epilogo processuale, inclusa la declaratoria di estinzione del reato per qualsiasi causa, dovrebbe escludere l'operatività della confisca medesima.

Occorre però rilevare un cambio di rotta da parte della giurisprudenza più

339 Cass. Pen. S.U. 10 luglio 2008, dep. 15 ottobre 2008, nr. 38834, la quale richiama i principi espressi da Cass. Pen., 25 marzo 1993, nr. 5 Carlea, Rv. 193120, che di seguito si riportano: "*a) l'avverbio "sempre" all'inizio dell'art. 240, comma 2, c.p. ha inteso rendere obbligatoria, diversamente da quanto previsto dal comma 1, stesso articolo una confisca che altrimenti sarebbe stata facoltativa; b) solo nei casi indicati nell'art. 240, comma 2 nr. 2), c.p., l'obbligatorietà è destinata ad operare anche se non è stata pronunciata condanna; c) non può trarsi contrario argomento dall'art. 236, comma 2, c.p. che rende inoperanti rispetto alla confisca le disposizioni dell'art. 210 c.p., che prevedono, tra l'altro, che l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione picche tale previsione normativa si limita da indicare le disposizioni sulle misure di sicurezza personali che sono applicabile alle misure di sicurezza patrimoniali (contribuendo a delinearne la disciplina complessiva), ma non è diretto a stabilire i casi in cui queste misure possono essere disposte, dovendosi fare capo alle diverse disposizioni speciali, come quella dell'art. 240 c.p. per stabilire di volta in volta se la misura presuppone la condanna o può essere disposta anche in seguito al proscioglimento(...); d) per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere gli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, e sotto questo aspetto è evidente la differenza tra i casi dell'art., 240, comma 2, nr.2 c.p. e gli altri, perché l'art., 240, comma 2 nr. 2, c.p., è focalizzato soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali, in genere, non richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato".*

recente³⁴⁰, la quale oggi afferma che in caso di condanna non definitiva, successivamente superata dalla declaratoria di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, la già disposta confisca diretta sopravvive, mentre viene meno la confisca per equivalente. Ciò viene affermato sulla base delle seguenti ragioni. Innanzitutto, la circostanza che deve ormai ritenersi superato, anche alla luce delle recenti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale³⁴¹, l'interpretazione pretoria secondo cui la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato non può contenere alcun tipo di accertamento in ordine alla responsabilità del soggetto agente; inoltre, alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU³⁴² (cd. *criteri Engel*), la confisca diretta non ha funzione *repressiva*, ma *preventiva*, così da escluderne la natura penale; ciò induce ad affermare la piena compatibilità tra la confisca di cui all'art. 240 c.p. e la dichiarazione di estinzione del reato prescritto, tenuto altresì conto che l'art. 326 c.p., in tema di misure di sicurezza patrimoniali, non richiama l'art. 210 c.p. a tenore del quale l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione. Analoga conclusione non vale, invece, con riguardo alla confisca per equivalente, la quale prescindendo dall'accertamento del nesso di pertinenzialità, nonché potendo investire anche solo i beni di cui il reo abbia la mera disponibilità, si atteggia a strumento sanzionatorio che richiede necessariamente una sentenza di condanna, in conformità ai dettami provenienti dalle Corti internazionali.

13. LA NON APPARTENENZA DEL BENE A PERSONA ESTRANEA AL REATO E LA DISPONIBILITÀ DEL BENE IN CAPO AL CONDANNATO.

La confisca obbligatoria prevista dall'art. 12 *bis* D.Lgs. nr. 74/2000, sia nella forma diretta che in quella per equivalente, richiede quale presupposto negativo

340 Cass. Pen., S.U., 26 giugno 2015, nr. 31617, Lucci.

341 Corte Cost. 26 marzo 2015, nr. 49.

342 Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi.

per la sua operatività che il bene oggetto di apprensione non appartenga a persona estranea al reato³⁴³. Nel contempo, ammette la confisca per equivalente di beni di cui il reo ha la disponibilità.

Si è già avuto modo di affrontare *funditus* il significato e l'interpretazione giurisprudenziale dei concetti di “*appartenenza*” e di “*estraneità*” (vedi Cap. I, par. 12). Preme, invece, in questa sede chiarire il rapporto tra la nozione di appartenenza del bene e quella di “*disponibilità*” del medesimo, non sempre coincidenti; nonché dare conto, soprattutto alla luce della casistica giurisprudenziale, di quelle complesse situazioni in cui si pone il problema di verificare a chi formalmente appartenga il bene e chi, invece, ne abbia l'effettiva disponibilità.

In argomento, si rileva come, innanzitutto, in tema di *beni cointestati*, la giurisprudenza³⁴⁴ ritenga assoggettabili a sequestro preventivo, in vista della confisca per equivalente, beni cointestati con terzi estranei, ma comunque nella disponibilità dell'indagato, in aderenza al principio secondo il quale la previsione di cui all'art. 322 *ter* c.p. consente che la confisca possa riguardare beni dei quali il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente a quello che avrebbe dovuto costituire oggetto di confisca, senza che valgano in contrario eventuali presunzioni o vincoli regolanti i rapporti interni tra creditori e debitori solidali, essendo scopo della norma proprio quello di evitare che i beni che si trovino nella disponibilità dell'indagato possano essere definitivamente dispersi.

Pertanto, in caso di cointestazione (si pensi al classico esempio del conto corrente cointestato ai coniugi), si precisa che la confisca non può comunque eccedere la quota di pertinenza del condannato, a meno che risulti provata la divergenza tra “*titolarità apparente*” e “*titolarità effettiva*”³⁴⁵.

343 DELSIGNORE, *Art. 12 bis. Confisca*, cit. pag. 303 e ss.; E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, in *Cass. pen.*, 2016, pag. 2894 e ss.; R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 503 e ss.

344 Cass., Pen., Sez. III, 03.02.2011, dep. 11.05.2011, nr. 18527; nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. VI, 14.03.2007, nr. 40175, Squillante.

345 Si segnala come la Suprema Corte abbia talora ribadito un orientamento molto rigoroso che – nei casi in cui i beni siano giuridicamente riconducibili alla titolarità di un terzo, in base alla normativa civilistica - sembra far prevalere le esigenze preventive sottese al sequestro penale: sono stati, infatti, affermati i seguenti principi “(...) 1. nella ipotesi di unico conto

Pertanto, con riferimento ai limiti che incontra la confisca in presenza di un bene in comproprietà con terzi estranei, si può affermare che se il bene, formalmente appartenente in tutto o in parte a terzi, sia comunque nella disponibilità del reo potrà essere disposta la confisca per equivalente. E ciò anche se manca in materia penal-tributaria una disposizione come quella dettata dall'art. 11 Legge nr. 146/2006³⁴⁶ che ammette espressamente la confisca di quei beni di cui il reo disponga anche per interposta persona fisica o giuridica. Chiaramente, qualora, non si versi in ipotesi di *interposizione fittizia* non può essere superata l'affermazione pretoria secondo cui l'applicazione della disciplina della confisca per equivalente non può pregiudicare soggetti terzi estranei al reato³⁴⁷. I terzi estranei, proprio in quanto tali, non possono ovviamente subire una misura ablativa dal contenuto sostanzialmente sanzionatorio³⁴⁸.

corrente bancario cointestato con soggetto estraneo al reato, la misura reale provvisoria si estende ai beni comunque nella disponibilità dell'indagato e non possono operare limitazioni provenienti da vincoli o presunzioni operanti ai sensi del codice civile nel rapporto di solidarietà tra creditori o debitori ai sensi dell'art. 1289, oppure nel rapporto tra istituto bancario e soggetto o soggetti depositanti ai sensi dell'art. 1834; 2. La prevalenza della cautela penale sulla disciplina della natura civilistica è giustificata dall'esigenza di evitare che nelle more dell'adozione del provvedimento definitivo vengano comunque dispersi i beni che si trovano nella disponibilità dell'indagato" (Cass. Pen., Sez. III, 19.10.2011, dep. 06.12.2011, nr. 45353).

346 Se ne riporta il testo completo: "*Per i reati di cui all'art. 3 della presente legge, qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo. In caso di usura è comunque ordinata la confisca di un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari. In tali casi, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di danaro o individua i beni o le utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato*". Anche con riferimento alla cd. *confisca allargata* e a quella di *prevenzione*, il legislatore, nelle rispettive norme che le prevedono, ammette espressamente la confisca di quei beni di cui il reo disponga anche per interposta persona fisica o giuridica.

347 Cass. pen., Sez. III, 27.01.2011, dep. 23.02.2011, nr. 6894.

348 Vedi Cass. Pen., Sez. III, 27.01.2011, nr. 6894 cit., la quale afferma: "*i terzi estranei non possono essere assoggettati a misure compressive del godimento del bene in comproprietà se non nel caso in cui ciò sia assolutamente necessario, ad esempio per l'indivisibilità del bene o per esigenze di conservazione dello stesso, tanto per impedirne la dispersione quanto per assicurarne la l'integrità del valore. In altre parole, quando ciò sia possibile e sussistendone i presupposti, la misura reale ben può essere limitata dal giudice alla quota di proprietà di pertinenza dell'indagato, entro la quale opererà poi la successiva confisca. In tali casi può quindi costituirsi una comunione incidentale tra lo Stato e gli altri soggetti estranei alla confisca che restano proprietari delle quote di loro spettanza*". In precedenza in questo stesso senso, Cass. Sez. III, nr. 2477 del 17.01.2008; Cass., Sez. III, nr. 6441 del 21.02.2006, Cass., Sez. I, nr. 248 del 12.05.1987; Cass., Sez. III, nr. 1650 del 17.10.1984.

In tema di beni conferiti in *trust*, nella casistica giurisprudenziale risulta decisiva la valutazione in ordine alla circostanza che l'indagato abbia effettivamente perduto la disponibilità di tali beni oppure no, potendo l'operazione negoziale essere stata realizzata in frode ai diritti dei creditori. Chiaramente al fine di verificare se l'indagato abbia conservato la disponibilità dei beni o meno occorrerà considerare il peculiare regime di trust che nel caso concreto viene in rilievo, l'epoca di costituzione del trust ovvero del conferimento etc. In ogni caso, in linea di principio, la giurisprudenza non trova ostacoli ad applicare la confisca qualora il conferimento dei beni nel trust si rilevi *“un mero espediente giuridico posto in essere al fine precipuo di tenere distinti i beni in questione dal proprio patrimonio personale, di fatto pur mantenendo la disponibilità dei beni conferiti”*³⁴⁹.

Il principio di permanente disponibilità del bene in capo al reo in caso di trust o comunque di negozi fiduciari in genere fa sì che nemmeno un'eventuale cessione dei beni a terzi con patto fiduciario di retrovendita valga ad escludere la possibilità del sequestro/confisca³⁵⁰.

In conclusione, si può affermare come in giurisprudenza sia pacifico il principio per cui la confisca per equivalente possa essere imposta anche su beni di cui l'indagato abbia la disponibilità e, quindi, non solo sul denaro o sulle cose di cui il soggetto sia formalmente titolare, ma anche su quelle rispetto alle quali egli possa vantare un potere informale, ma diretto ed oggettivo. La definizione di disponibilità dell'indagato, al pari della nozione civilistica di possesso, viene riferita, dunque, a tutte quelle situazioni nelle quali *“i beni ricadono nella sfera degli interessi economici del reo”*, ancorché *“il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi”*³⁵¹.

349 Così Cass. Pen., Sez. V, 24.01. 2011, dep. 30.03.2011, nr. 13276 la quale afferma che si può ritenere che l'imputato abbia tenuto la disponibilità dei beni seppur formalmente conferiti in trust per esempio quando emerga la sostanziale coincidenza tra l'indagato/condannato ed il soggetto fiduciario incaricato della gestione, senza vincoli di sorta od obbligo di giustificare i propri poteri, dunque, al di là di qualsivoglia controllo da parte dei beneficiari sicché *“l'indagato/condannato è fiduciario di se stesso”*.

350 Cass. Pen., Sez. II, 20.12.2006, nr. 10838, Napolitano.

351 *Ex plurimis* Cass. Pen., Sez. III, nr. 15210 del 08.03.2012, dep. 20.04.2012, Costagliola e altri, Rv. 252378; Cass. Sez. III, 19.01.2016, dep. 01.02.2016, nr. 4097.

Non di meno, di recente è emerso un contrasto giurisprudenziale (di cui appare opportuno dar conto) sulla possibilità di disporre la confisca per equivalente su “*beni futuri*” ovvero beni non ancora presenti nella sfera giuridico-patrimoniale del condannato all’atto dell’adozione del provvedimento³⁵².

Un primo orientamento³⁵³ sostiene che il “*debito sanzionatorio*” del condannato non può essere vanificato dalla momentanea incapacienza patrimoniale del soggetto. Questa impostazione parte dalla premessa (invero comune anche al secondo orientamento che si andrà ad esaminare) secondo cui il provvedimento ablatorio deve indicare con precisione l’entità del profitto, del prezzo o del prodotto del reato, aggiungendo che i beni colpiti devono essere “individuati” o “individuabili” anche nella fase di esecuzione della pronuncia. Nella nozione di beni individuabili rientrano non solo i beni di cui il reo già dispone al tempo della statuizione della confisca, ma anche quelli che fossero acquisiti dopo detta pronuncia. In questo modo, l’orientamento *de quo* tende a valorizzare la fisionomia ripristinatoria o riequilibratrice della misura che va ad affiancarsi a quella punitiva.

Altro orientamento³⁵⁴ afferma, invece, che la confisca per equivalente avendo natura prettamente sanzionatoria non sia suscettibile di proiezione nel futuro: segnatamente, i beni attinti dal provvedimento ablatorio devono essere individuati o individuabili (come appunto affermato dalla tesi di cui sopra), intendendosi però con quest’ultima nozione far riferimento solo ai beni già presenti nella sfera patrimoniale del condannato al momento della statuizione, escludendosi, dunque, dall’ablazione tutti i beni che entrano nel patrimonio nel reo successivamente all’adozione della medesima.

Orbene, i suddetti indirizzi giurisprudenziali - come si è visto - trovano un analogo fondamento nella natura sanzionatoria dell’istituto, dalla quale tuttavia

352 In argomento vedi, L. GIORDANO, *In tema di confisca per equivalente di beni “futuri”*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 14 marzo 2016.

353 Cass. Pen., Sez. VI, 23 luglio 2015, dep. 30 luglio 2015, nr. 33765, in *CED* nr. 265012; nello stesso senso vedi anche Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2013, nr. 28336, dep. 28 giugno 2013, in *CED* nr. 256775; Cass. Pen., Sez. VI, 10 giugno 2014, nr. 33861, dep. 30 luglio 2014, in *CED* nr. 260176.

354 Cass. Pen., Sez. III, 19 gennaio 2016, dep. 1 febbraio 2016, nr. 4097; in precedenza in senso conforme, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 27 febbraio 2013, dep. 31 maggio 2013, nr. 23649, D’Addario, *Rv.* 256164.

fanno discendere conseguenze opposte. Tra questi orientamenti si ritiene preferibile³⁵⁵ il secondo che circoscrive l'area dei beni confiscabili a quelli che sono già presenti nella sfera giuridico patrimoniale dell'interessato. Si evidenzia, al riguardo, come la non confiscabilità dei beni acquisiti dall'interessato dopo il provvedimento appare effettivamente più coerente con la natura sanzionatoria della confisca per equivalente. Infatti, se essa è una sanzione penale che consiste nell'espropriazione di denaro o altro bene nella disponibilità del condannato e nella sua successiva devoluzione allo Stato, non può essere allora configurata alla stregua di una "*obbligazione risarcitoria*", né può ritenersi che il provvedimento giudiziario faccia sorgere un "*debito*" del condannato. Inoltre, se è pacifico il principio secondo cui la confisca per equivalente, in quanto misura sanzionatoria, non possa avere carattere retroattivo; allora, analogamente, dalla sua natura non può che discendere che la stessa non possa essere considerata come una sanzione patrimoniale "*ultra-attiva*", nel senso di trovare applicazione per un'epoca successiva alla sua adozione in modo da colpire beni di cui il condannato non disponeva quando ha commesso il fatto e perfino quando la sentenza è divenuta definitiva. Ammettere, infatti, una tale operatività della confisca la porrebbe in contrasto con l'art. 27 Cost., nel senso di impedire il reinserimento sociale del reo il quale potrebbe vedersi sottratto un qualsiasi bene lecitamente acquisto (ad esempio, acquisto con il proprio lavoro).

14. LA CONFISCA SENZA PREVIO SEQUESTRO PREVENTIVO.

Secondo la giurisprudenza, la confisca può essere disposta anche in assenza di un precedente provvedimento cautelare di sequestro, purché sussista una norma che la consenta o la imponga, a parte l'eventualità che, per l'assenza del precedente sequestro preventivo non tempestivamente disposto, il provvedimento ablativo

355 Questa l'opinione di L. GIORDANO, *In tema di confisca per equivalente di beni "futuri"*, cit. pag. 4.

della proprietà non riesca a conseguire gli effetti concreti che gli sono propri³⁵⁶.

Pertanto, anche qualora non sia stato disposto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, le parti e il giudice dovranno porsi il problema della sussistenza di un profitto ovvero di un prezzo del reato e della esatta quantificazione del medesimo, sia in ipotesi di condanna sia in caso di applicazione della pena su richiesta.

Con riferimento a quest'ultimo caso, occorre precisare che il patteggiamento non comprende e comunque non vincola il giudice in ordine alla confisca, che deve essere disposta, anche nel silenzio sul punto dell'istanza di applicazione della pena. Quanto detto vale anche con riferimento alla confisca per equivalente.

Con specifico riferimento al settore penal-tributario, si deve tener conto del disposto di cui all'art. 13 *bis* D.Lgs. 74/2000³⁵⁷, in base al quale – per i delitti di cui al decreto legislativo in oggetto – il patteggiamento può trovare ingresso solo se i debiti tributari, compresi interessi e sanzioni amministrative, siano stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, ovvero previo ravvedimento operoso (salve ovviamente le ipotesi in cui il pagamento del debito tributario comporti la non punibilità del reo ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2). Pertanto, l'applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei delitti previsti dal D.Lgs. nr. 74/2000, nella misura in cui presuppone necessariamente il pagamento del debito tributario, sembra togliere spazio alla confisca obbligatoria del profitto del reato.

Quanto alla confisca per equivalente, il problema relativo all'individuazione dei beni oggetto del provvedimento ablatorio viene superato ritenendo che la confisca possa essere disposta anche senza l'indicazione dei beni oggetto della medesima, essendo sufficiente l'indicazione dell'importo complessivo da confiscare da parte del giudice della cognizione. L'individuazione specifica dei beni da apprendere e

356 Vedi Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2013, dep. 15 aprile 2013, nr. 17066. In dottrina sull'argomento diffusamente R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 508 e 509.

357 Inserito con la riforma del 2015; in precedenza vedi art. 13, comma 2 bis, aggiunto con la riforma del 2011, D.L. nr. 138 e relativa legge di conversione 14.09.2011, nr. 148, entrata in vigore il 17.09.2011.

la verifica della corrispondenza del loro valore al profitto (o prezzo) del reato viene in tal caso riservata alla fase esecutiva demandata al pubblico ministero.

In una fattispecie relativa ai reati tributari, la Suprema Corte ha, infatti, affermato che *“in tema di confisca per equivalente, il giudice della cognizione, nei limiti di valore corrispondente al profitto del reato, può emettere il provvedimento ablatorio anche in mancanza di un precedente provvedimento cautelare di sequestro e senza necessità della individuazione specifica dei beni da apprendere, potendo il destinatario ricorrere al giudice dell’esecuzione qualora dovesse ritenersi pregiudicato dai criteri adottati dal P.M. nella selezione dei cespiti da confiscare”*³⁵⁸.

15. CONFISCA DIRETTA NEI CONFRONTI DELL’ENTE E CONFISCA PER EQUIVALENTE VERSO IL LEGALE RAPPRESENTANTE. IN PARTICOLARE, IL PROBLEMA DELL’ONERE DELLA PROVA.

Si è già avuto modo di fare cenno alla delicata questione inerente la sequestrabilità per equivalente ai fini della confisca dei beni appartenenti alla società in presenza di un reato tributario commesso dagli amministratori³⁵⁹.

Detta questione merita qui essere richiamata e puntualizzata.

Su di essa – come si è visto – sono sorti in giurisprudenza due orientamenti contrastanti.

Un primo indirizzo ammette l’aggressione dei beni della società allorché la stessa abbia tratto vantaggio dalla commissione del delitto tributario, non verificandosi quindi alcuna rottura del rapporto organico fra l’amministratore e la società: pertanto, quest’ultima non può essere considerata come estranea al reato se ha beneficiato degli incrementi economici che le sono derivati dalla commissione del reato e se l’amministratore/imputato ha avuto la libera disponibilità dei beni

358 Cass. Pen., sez. III, 6 marzo 2014, nr. 20776.

359 Sul punto si rinvia anche a M. MARUCCIA, *La confisca per equivalente nei reati tributari*, op.cit. pag. 120 e ss.

societari e li ha gestiti in qualità di legale rappresentante³⁶⁰.

Un secondo indirizzo, invece, esclude l'applicabilità della confisca per equivalente dei beni della società con riferimento ai reati tributari, obiettando che detta automatica inclusione dei beni societari nel novero di quelli confiscabili comporti un'inammissibile applicazione analogica della legge penale in *malam partem*. Consentire, infatti, la confisca per equivalente anche dei beni della società beneficiata dall'evasione fiscale realizzata dall'amministratore significherebbe sanzionare una persona giuridica per gli illeciti tributari commessi nel suo interesse dall'amministratore o dagli altri soggetti comunque dipendenti dell'ente, nonostante i reati fiscali non rientrino nel novero dei reati-presupposto che possono fondare la responsabilità dell'ente ex D.Lgs. nr. 231/2001. Ed invero, i beni dell'ente possono essere oggetto di sequestro e confisca per equivalente solo quando la società rappresenti un mero *schermo fittizio*, di modo che il profitto del reato finisca per avvantaggiare direttamente l'autore attraverso lo schermo dell'ente. Diversamente, non essendo prevista dal D.Lgs. nr. 231/2001 la responsabilità dell'ente per l'illecito tributario commesso a suo vantaggio o nel suo interesse dal soggetto apicale, non può trovare applicazione la speciale confisca di valore stabilita dall'art. 19 decreto cit.: si tratta, infatti, di previsioni sanzionatorie aventi natura penale che, al di là delle qualificazioni legislative, non sono suscettibili di applicazione analogica³⁶¹.

Il contrasto giurisprudenziale è stato poi composto dalla nota pronuncia S.U. *Gubert*³⁶², ove si è affermato che *“è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona*

360 In tal senso, Cass. Pen., Sez. III, 19 luglio 2011, nr. 28731, che implicitamente ammette che l'ente possa contestare il proprio coinvolgimento nella vicenda criminosa dimostrando di aver adottato un modello organizzativo idoneo a provare la rottura del rapporto organico amministratore/società e reato/beneficio social, così provando l'estraneità dei beni societari rispetto alla gestione che degli stessi abbia fatto l'amministratore, escludendone l'assoggettabilità a confisca per equivalente.

361 Vedi Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2013, nr. 1256.

362 Cass. Pen., S.U. 30 gennaio 2014, nr. 10561, cit.

giuridica. Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio. Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato. L'impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato”.

Ebbene, alla luce della suddetta pronuncia, per poter disporre la confisca per equivalente sui beni nella disponibilità della persona fisica condannata (ad esempio, amministratore o legale rappresentante della società), occorre che non sia possibile la confisca diretta nei confronti dell'ente.

Al riguardo, talune ultime notazioni si impongono allora in ordine all'*onus probandi*³⁶³.

In base alle regole sull'onere della prova dovrebbe essere l'accusa a dimostrare di aver cercato infruttuosamente di apprendere in via diretta i beni dell'ente, così realizzandosi il presupposto negativo della confisca per equivalente: cioè, la condizione prevista dalla legge per poter infliggere una vera e propria sanzione al reo, condannato per il delitto tributario commesso a vantaggio della persona giuridica. La giurisprudenza, tuttavia, di recente sembra esprimersi in senso contrario, avendo affermato che sull'imputato grava un onere di allegazione e prova di indicare i beni su quali sia possibile disporre la confisca diretta nei confronti della società³⁶⁴.

363 In argomento vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op.cit. pag. 510 e ss.

364 Cass. Pen., Sez. III, 10 giugno 2015, dep. 26 ottobre 2015, nr. 42966: “*nella fase successiva all'imposizione del vincolo cautelare, che presuppone, come si è detto, l'accertata impossibilità, quantunque transitoria, di reperire presso la persona giuridica il profitto cd. diretto, e prima che sia disposta la confisca per equivalente dei beni nella disponibilità*

La dottrina³⁶⁵ al riguardo non ha mancato di obiettare come in tal modo, tuttavia, si finisca per porre in capo all'imputato un adempimento eccessivamente gravoso (addirittura *diabolico*) specie laddove la persona fisica non sia più inserita nell'organizzazione della *societas*, con conseguenze "lontananza" dalla prova stessa: con sostanziale svilimento del dato legale per cui la confisca per equivalente nei confronti della persona fisica, nell'ambito in oggetto, dovrebbe avvenire solo quando sia impossibile la confisca diretta nei confronti della persona giuridica.

16. CONFISCA E REFORMATIO IN PEIUS.

Si è posta la questione se, disposta in primo grado la *confisca per equivalente*, sia possibile riqualificare in appello il provvedimento ablatorio come *confisca diretta*, oppure se ciò violi il divieto di *reformatio in peius*³⁶⁶.

Tale problematica si intreccia con quella della declaratoria di prescrizione del reato in appello, poiché la giurisprudenza più recente³⁶⁷, come si è avuto modo di rilevare (*cf.* pag. 10), ritiene che a fronte di una condanna in primo grado la confisca diretta sopravvive, ma non quella per equivalente.

Ebbene, la giurisprudenza sembra dare soluzione positiva al suddetto quesito affermando la "mutevolezza della confisca": si ammette infatti, la possibilità di riqualificare la tipologia della confisca adottata e si esclude che una siffatta ipotesi

dell'imputato, vi è un onere di allegazione e prova da parte di quest'ultimo di indicare i beni sui quali sia possibile disporre la confisca diretta nei confronti della società, inosservando la quale la doglianza - che cioè siano stati confiscati per equivalenza beni nella sua disponibilità e non quelli costituenti il profitto del reato e asseritamente reperibili presso la persona giuridica - integra una censura generica, priva di specificità, e, dunque, inammissibile, salvo che dagli atti risulti che il profitto del reato sia reperibile presso la persona giuridica e, in tal caso, il ricorrente deve nel ricorso indicare tale possibilità, in concreto, non perseguita e, mancando siffatto riferimento, il ricorso è parimenti privo di specificità sul punto". Sicché, laddove venga disposta in sede di merito confisca per equivalente nei confronti dell'imputato che ha agito per conto e a vantaggio dell'ente, motivando non correttamente o addirittura non motivando circa l'impossibilità di procedere a confisca diretta nei riguardi della *societas*, il vizio sarebbe irrilevante, non comportando l'annullamento della decisione impugnata.

365 Vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op.cit. pag. 511.

366 Diffusamente in argomento vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. 512 e ss.

367 Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, nr. 31617, Lucci, cit.

possa configurare una violazione del divieto di *reformatio in peius* posto dall'art. 597, comma 3, c.p.p.

Il tema è stato affrontato, in particolare, in una recente pronuncia della Suprema Corte³⁶⁸ con riferimento al prezzo e al profitto del reato di corruzione, in un caso in cui si assumeva individuata la somma di denaro percepita come provento di reato. In detta pronuncia, la Corte ha ritenuto ammissibile la confisca diretta del denaro disposta in secondo grado, pur a fronte della declaratoria di prescrizione del reato, così riqualificata la confisca per equivalente dei medesimi beni disposta dal Tribunale.

Segnatamente, in motivazione si evidenzia che quando la confisca è stata disposta in primo grado e la modifica operata in sede di appello attiene alla qualificazione giuridica della misura, si versa nell'ambito di "*un'operazione di istituzionale spettanza del giudice, anche se del gravame*"³⁶⁹. A conferma di ciò si sostiene come risulti indicativo in questo senso che l'art. 597, comma , c.p.p., proprio nel porre il divieto di *reformatio in peius* con riferimento al giudizio di appello, faccia espressamente salvo il potere del giudice di "*dare al fatto una definizione giuridica diversa*". Inoltre, non si può affermare che l'operazione di riqualificazione debba ritenersi preclusa perché da essa dipende il mantenimento della misura ablatoria: infatti, precisa la Corte, è principio di diritto pacifico quello secondo cui non costituisce violazione del divieto di *reformatio in peius* la sentenza di secondo grado che, su impugnazione dell'imputato, dia al fatto una qualificazione giuridica più grave la quale impedisca la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione³⁷⁰.

La S.C., infine, ha precisato che la soluzione indicata non pregiudica in alcun modo i diritti dell'imputato e le sue garanzie difensive: ed invero, l'imputato di

368 Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2016, nr. 10708.

369 Non è riferibile alla vicenda in esame il principio consolidato secondo cui la confisca, pur se obbligatoria, non può essere disposta dal giudice di appello adito dal solo imputato, nell'ipotesi in cui la sentenza di primo grado non contenga alcuna statuizione in proposito: Cfr. anche Cass. Pen., Sez. VI, nr. 39911 del 4 giugno 2014, Scuto, Rv. 261587; Cass. Pen., Sez. VI, nr. 13049 del 5 marzo 2013, Spinelli, Rv. 254882; Cass. Pen., Sez. VI, nr. 7507 del 4 febbraio 2009, nr. Iorgu, Rv. 242919.

370 Sul punto si richiamano: Cass. Pen., Sez. VI, nr. 32710 del 16 luglio 2014, Schepis, Rv. 260663; Cass. Pen., Sez. I, nr. 6116 del 11 dicembre 2013, dep. 2014, Battaglia, Rv. 259466.

fronte ad una “riqualificazione” in appello della tipologia di confisca, potrà sempre far valere le proprie ragioni con il ricorso per cassazione, eventualmente deducendo la mancata assunzione di prove idonee a disarticolare la base probatoria posta a fondamento della misura come diversamente qualificata, allo stesso modo di quanto è possibile fare in relazione alla diversa definizione giuridica del fatto per il quale è confermata la sentenza di condanna³⁷¹.

Quanto al profilo dell'estinzione del reato per il decorso del tempo, anche in tal caso il giudice ben può disporre la confisca diretta: vale al riguardo il principio di diritto posto dalle S.U. *Lucci* secondo cui *“il giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre a norma dell'art. 240, comma 2, nr. 1, cp. la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322 ter c.p., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto, rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio”*³⁷².

Le suddette affermazioni giurisprudenziali - come detto espresse con riferimento al reato di corruzione - vanno ricollegate in ogni caso con le specificità delle ipotesi che vengono in rilievo nell'ambito dei reati tributari. Basti pensare alla circostanza che la pronuncia sopra richiamata riguarda un caso in cui vi è coincidenza tra persona fisica autore del reato e soggetto destinatario della confisca, poi riqualificata in appello come diretta.

Laddove, invece, il profitto del reato tributario si produca in capo alla persona giuridica e venga condannata la persona fisica che ha agito per conto dell'ente, non sarebbe possibile far luogo a confisca diretta (né in primo né in secondo

371 Per l'orientamento giurisprudenziale in questione vedi Cass. Sez. II, nr. 12612 del 4 marzo 2015, Bu, Rv. 262778; Cass. Pen., Sez. II, nr. 46401 del 9 ottobre 2014, Destri, Rv. 261047.

372 La giurisprudenza esclude l'ammissibilità della confisca per equivalente quando alla condanna di primo grado sia seguita una dichiarazione di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, in considerazione della natura sanzionatoria di tale tipologia di misura; al contrario, il fondamento della regola giurisprudenziale che esclude la necessità del giudicato formale di condanna in caso di confisca (diretta) del prezzo del reato poggia sulla specifica natura di quest'ultima, quale misura non repressiva, ma riparatoria e preventiva del pericolo originato dal legame intercorrente tra persona, cosa e reato accertato (cfr. S.U. *Lucci* cit.).

grado) nei confronti del condannato, proprio in quanto questi non ne ha tratto un profitto. Se poi in appello il reato risultasse prescritto, dovrebbe venir meno la confisca per equivalente (eventualmente disposta in primo grado nei confronti della persona fisica), come affermato dalle S.U. *Lucci*, vista la natura sanzionatoria della stessa³⁷³; né tanto meno, per le medesime ragioni, la confisca per equivalente potrebbe essere disposta *ex novo* in appello in caso di prescrizione³⁷⁴.

17. IL NE BIS IN IDEM SOSTANZIALE IN TEMA DI CONFISCA DEL PROFITTO DEL REATO.

L'art. 12 bis D.Lgs. nr. 74/2000³⁷⁵ al secondo comma stabilisce che “ *la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta*”.

Questa disposizione, si può affermare, costituisce l'aspetto veramente innovativo della riforma del 2015 che ha appunto introdotto in via autonoma la confisca nell'ambito dei reati tributari³⁷⁶, come sopra si è avuto modo di spiegare.

La sua *ratio* pare doversi rintracciare nella volontà del legislatore di regolare i

373 Cass. Pen., S.U. 26 giugno 2015, dep. 21 luglio 2015, nr. 31617, ric. *Lucci*, in M.I., con nota di M. Bianchi, *Commento a Sezioni Unite penali 26 giugno 2015 nr. 31617/2015*, 7 ottobre 2015. Vedi anche A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le Sezioni Unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto del reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, in *Archivio Penale*, 2015, nr. 2.

374 In questi termini, R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op.cit., pag. 514.

375 DELSIGNORE, *Articolo 12 bis. Confisca*, in NOCERINO, PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del D.Lgs. nr. 158/2015*, Torino 2015; FASSI, *Le prime indicazioni della Corte di Cassazione sull'interpretazione dell'art. 12 bis recentemente introdotto nel tessuto del d.lgs. nr. 74 del 2000, nonché sulla sua efficacia con riferimento a provvedimenti di sequestro preventivo finalizzato alla successiva confisca*, in *Cass. pen.*, 2016; FINOCCHIARO, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.12.2015; FINOCCHIARO, *La confisca “condizionalmente sospesa” in caso di impegno a pagare il debito tributario e la permanenza del sequestro preventivo anche dopo la condanna*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.11.2016.

376 Vedi INGRASSIA, *Ragione fiscale vs “illecito penale personale”. Il sistema penale tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

rapporti tra la confisca obbligatoria del profitto del reato e il pagamento del debito tributario, facendo prevalere le pretese dell'Erario su quelle ablatorie dello Stato. Ciò lo si afferma anche alla luce di un'interpretazione sistematica che vede, nell'ambito della legge sui reati tributari, norme che consentono di evitare la condanna (art. 13) o di diminuire la pena (art. 13 *bis*)³⁷⁷ a fronte del pagamento del debito tributario da parte del contribuente.

In altre parole, il principio di fondo in *subiecta materia* che ispira il legislatore e la giurisprudenza, come meglio vedremo nel prosieguo, è appunto quello del *ne bis in idem* sostanziale³⁷⁸.

Ed invero, con l'art. 12 bis, comma 2, cit. il legislatore ha positivizzato l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, secondo il quale con il pagamento del debito tributario viene meno qualsiasi indebito vantaggio da aggredire con il provvedimento ablatorio ovvero la stessa ragione giustificatrice della confisca, da rinvenirsi proprio nella necessità di evitare che il conseguimento dell'indebito profitto del reato si consolidi in capo al reo³⁷⁹.

Anche prima della riforma del 2015, la giurisprudenza si è sempre dimostrata molto attenta al problema di evitare la sostanziale duplicazione del pagamento del debito tributario. Così è stato, altresì, escluso che dalla natura della *confisca per equivalente* possa discendere la conclusione che essa debba sempre e comunque trovare applicazione (nel caso di accertamento della responsabilità), anche quando l'indagato abbia provveduto a sanare il suo debito verso l'Erario: infatti, con l'adempimento, sia pure tardivo, dell'obbligazione tributaria, viene meno quel profitto del reato che la misura ablatoria è destinata ad aggredire³⁸⁰. Alla luce di

377 Cfr. S. FINOCCHIARO, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, cit., pag. 162 e ss.

378 Le parole sono di R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 514.

379 Già prima dell'introduzione dell'art. 12 bis cit., la giurisprudenza aveva più volte ribadito che solo l'integrale pagamento del debito tributario, in virtù della necessità di evitare la sostanziale duplicazione dello stesso, può condurre alla non operatività della confisca e, correlativamente, alla obliterazione del sequestro imposto a tal fine, essendo invece insufficiente la mera ammissione ad un piano rateale di pagamento o il parziale pagamento effettuato a tale ultimo titolo: cfr. Cass. Pen., Sez. III, 27 novembre 2013, nr. 5681, Crocco, *Rv.* 258691.

380 In tema di reati tributari Cass. Pen., Sez. III, 8 agosto 2014, nr. 6635, ha ritenuto che "il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto corrispondente all'imposta evasa non può essere mantenuto qualora, a seguito di procedura coattiva di

ciò, si è affermato che il mantenimento del sequestro preventivo funzionale alla confisca, nonostante l'intervenuta sanatoria fiscale, sia inammissibile in quanto darebbe luogo ad una *inaccettabile duplicazione sanzionatoria*, in contrasto con il principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto conseguito³⁸¹. Rimane fermo il principio - in base a detta giurisprudenza - che in virtù della necessaria corrispondenza tra pagamento del debito ed elisione del profitto, solo l'integrale pagamento può condurre all'inoperatività totale della confisca per equivalente e del relativo sequestro ad essa finalizzato.

Ebbene, il quadro giurisprudenziale che si è delineato ante riforma è stato ripreso e confermato dalla Suprema Corte a seguito dell'introduzione del nuovo art. 12 bis cit.³⁸².

Si impone, dunque, a questo punto tentare di chiarire la portata applicativa della norma in esame, segnatamente con riferimento alla nozione di "impegno a versare" e dell'ulteriore problema inerente la possibilità di mantenere il sequestro per gli importi che il contribuente si è impegnato a corrispondere, ma che non siano stati ancora versati all'Erario.

Con riguardo alla nozione di "*impegno a versare*" la giurisprudenza concordemente esclude che possa essere sufficiente, ai fini dell'esclusione della confisca, la mera esternazione unilaterale del proposito di adempiere al pagamento svincolata da ogni obbligo formale nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, poiché se così fosse si farebbe dipendere l'operatività della sanzione da un mero proposito soggettivo: ciò "*in contrasto con i criteri di logicità e ragionevolezza che devono sempre presiedere all'operazione interpretativa, e in maniera tale da condurre ad una sostanziale neutralizzazione generalizzata*

pignoramento presso terzi, intrapresa dall'agente della riscossione ex art. 72 bis D.P.R. nr. 602/1973, il debito di imposta sia stato integralmente adempiuto dal terzo debitore in luogo del contribuente effettivamente obbligato verso l'amministrazione finanziaria, posto che, per effetto di questa operazione solutoria, non residua all'indagato alcun indebito arricchimento o vantaggio economico conseguito dall'azione delittuosa.

381 Vedi Cass. Pen., Sez. III, nr. 46726 del 12 luglio 2012, Lanzalone, Rv. 253851; Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 2009, nr. 26176; Cass. Pen., Sez. VI, 23 novembre 2010, nr. 45504.

382 Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 14 gennaio 2016, nr. 5728, in Cass. Pen., 2016, 2950. In dottrina, POTETTI, *Il nuovo art. 12 bis, comma 2, D.Lgs., nr. 74 del 2000: un enigma in materia di confisca tributaria*, in Cass. Pen., 2016.

dell'istituto"³⁸³. Da ciò discende, che l'area di applicabilità dell'art. 12 *bis*, comma 2, cit. sia circoscritta ai soli casi in cui l'obbligo sia assunto in maniera formale e nei quali, ad esempio, potrebbe rientrare l'ipotesi di un accordo per il pagamento rateale del debito d'imposta intervenuto con l'Agenzia delle Entrate³⁸⁴. Ma vi è di più. Come si è visto, l'art. 12 *bis*, comma 2, prevede che la confisca non operi per la parte che il contribuente si impegna a versare all'Erario, anche in presenza di sequestro. Orbene, secondo la giurisprudenza la locuzione "*non opera*" non significa che la confisca, a fronte dell'accordo intervenuto, non possa essere adottata, ma che la stessa non divenga "*efficace*" con riguardo alla parte coperta da tale impegno, salvo ad essere "*disposta*" (come recita l'art. 12, comma 2) quando detto impegno non venga rispettato. Tale ultima precisazione sembra allora dimostrare che la funzione del sequestro, pur a fronte di un impegno del contribuente a versare integralmente la somma dovuta, sarebbe proprio quella di garantire l'efficacia della confisca una volta accertato l'eventuale inadempimento di quanto in precedenza promesso. Su questa linea, la giurisprudenza³⁸⁵ ha affermato, infatti, che solamente l'effettiva sanatoria della posizione debitoria con l'Amministrazione finanziaria (ovvero il concreto versamento dell'importo evaso) fa venir meno la possibilità di disporre la confisca del profitto del reato tributario; invece, quest'ultima deve essere disposta, seppur condizionalmente sospesa nei suoi effetti, per quelle somme che non sono state pagate, ma che il contribuente si è formalmente impegnato a versare. Nel caso in cui la confisca rimanga doverosa, anche il sequestro preventivo ad essa funzionale è del tutto legittimo, a nulla ostando l'esistenza di un eventuale accordo che preveda il pagamento del debito tributario. Si deve concludere, pertanto, che al fine di rendere effettiva

383 Cass. Pen., Sez. III, 14 gennaio 2016, nr. 2582. parla di nozione atecnica di "*impegno*" R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 516; vedi anche S. FINOCCHIARO, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, cit., pag. 162 e ss.

384 Cass. Pen., Sez. III, 14 gennaio 2016, nr. 5728, cit. Vedi S. FINOCCHIARO, *La confisca "condizionalmente sospesa" in caso di impegno a pagare il debito tributario e la permanenza del sequestro preventivo anche dopo la condanna*, cit.

385 Cass. Pen., sez. III, 13 luglio 2016, dep. 7 ottobre 2016, nr. 42470. Per un approfondito commento della pronuncia in oggetto vedi S. FINOCCHIARO, *La confisca "condizionalmente sospesa" in caso di impegno a pagare il debito tributario e la permanenza del sequestro preventivo anche dopo la condanna*, cit.

l'applicazione della norma, anche in presenza di un impegno formale, la confisca continui sempre ad essere consentita per gli importi non corrisposti, come pure il sequestro finalizzato a detta confisca, anche in relazione alle somme per le quali il contribuente abbia assunto l'obbligo di versamento, in ossequio alla funzione di garanzia che detta misura cautelare assume con riferimento alle pretese erariali.

18. LA DISCIPLINA DEGLI ARTT. 19, 20 E 21 D.LGS. NR. 74/2000 DINANZI AL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*.

Il sistema sanzionatorio in materia tributaria si presenta diversificato e complementare e riflette la volontà del legislatore di stigmatizzare a livelli diversi comportamenti diversi: esso si articola, infatti, in un “*doppio binario*” in cui al diritto penale spetta la repressione degli illeciti più rilevanti, mentre alle sanzioni amministrative³⁸⁶ è affidato il contrasto alle ipotesi meno gravi³⁸⁷. Chiaramente questa struttura normativa ha fatto emergere il problema della sovrapposizione tra fattispecie penali e fattispecie amministrative, al quale il legislatore del 2000 ha tentato di porre rimedio (in modo invero non del tutto risolutivo, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo) attraverso il principio di specialità in luogo del cumulo delle sanzioni, che caratterizzava, invece, la legislazione previgente³⁸⁸. Ed invero, ripetendo la soluzione prevista in via generale dall'art. 9 Legge nr. 689/1981 in ordine ai rapporti tra reati e illeciti amministrativi³⁸⁹, l'art. 19 del

386 Le sanzioni amministrative in materia fiscale sono regolate dal D.Lgs. nr. 472/1997, contenente le norme concernenti la tipologia delle sanzioni, i soggetti responsabili, il concorso di persone, la responsabilità, l'imputabilità e la colpevolezza, il ravvedimento operoso, il procedimento di irrogazione, la tutela giurisdizionale, le sanzioni accessorie, i provvedimenti cautelari, la decadenza e prescrizione, la riscossione; e dal D.Lgs. nr. 471/1997 contenente le norme sanzionatorie in materia di imposte sui redditi, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, ivi compresi i tributi locali e le imposte indirette.

387 Per una ampia disamina vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 581 e ss.; si rinvia anche a M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 febbraio 2016; P. DE FRANCESCHI, *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della “sufficiently close and connection in substance and time”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

388 Art. 10 D.L. nr. 429/1982 convertito con Legge nr. 516/1981.

389 La citata norma dispone che “*quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione*

suddetto decreto dispone che “quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni penali del titolo secondo e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale”. L’introduzione del principio di specialità avrebbe dovuto così ricondurre l’interferenza tra binari sanzionatori alla categoria del concorso apparente di norme, scongiurando qualsiasi duplicazione di procedimenti e di sanzioni.

Inoltre, accanto al principio di specialità, è stato posto il divieto di sospensione dei procedimenti penale e tributario³⁹⁰: segnatamente, ai sensi dell’art. 20 D.Lgs. nr. 74/2000³⁹¹, il procedimento amministrativo di accertamento e il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipenda la relativa definizione. Ciò significa che l’attività di verifica e di accertamento degli Uffici e i procedimenti diano alle Commissioni tributarie proseguiranno, anche quando sia in corso un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti.

Una certa convergenza tra processo penale e processo tributario è stata poi assicurata dalla cd. “circolazione della prova”, che implica l’utilizzo reciproco da

speciale”. La formulazione dell’art. 9 cit. si differenzia rispetto a quella di cui all’art. 15 c.p., laddove invece, di parlare di “stessa materia”, si fa riferimento allo “stesso fatto”. Nonostante il tenore letterale della formula legislativa lasci spazio per ipotizzare un tipo di specialità in concreto, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che, con questa formula, il legislatore non abbia inteso fare riferimento alla specialità in concreto dovendosi al contrario ritenere che il richiamo sia fatto alla “fattispecie tipica” prevista dalle norme che vengono in considerazione. Peraltro, ciò sembrerebbe confermato dal tenore dell’art. 9 che, facendo riferimento al “fatto punito”, non potrebbe che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non al fatto naturalisticamente inteso. Pertanto, anche nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni amministrative, la giurisprudenza ripropone le stesse argomentazioni espresse in tema di concorso apparente di norme penali sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Orientamento questo che inizialmente era stato condiviso anche dalla Corte Costituzionale (Sent. nr. 97/1987), che proprio con riferimento alla disciplina in oggetto, ebbe ad osservare che per risolvere il problema del concorso apparente “vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente inteso”. Sul concorso eterogeneo di norme tra fattispecie penali e violazioni amministrative vedi R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, cit., pag. 1117 e ss.

390 Il legislatore ha sancito la completa autonomia tra il procedimento penale e quello amministrativo: con la riforma apportata dalla Legge nr. 516/1982, infatti, è stato superato il meccanismo della “*pregiudiziale tributaria*”, non essendo più necessaria la determinazione dell’imposta evasa per valutare la rilevanza penale della condotta, con soluzione confermata (nonostante la reintroduzione delle soglie) dall’art. 20 D.Lgs. nr. 74/2000.

391 In dottrina vedi STAGNO, *Art. 20. Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in PUTINATI, NOCERINO (a cura di), *La riforme dei reati tributari. Le novità introdotte dal d.lgs. nr. 158/2015*, Torino, 2015.

parte dell'uno o dell'altro organo giurisdizionale degli elementi probatori raccolti; con il limite dell'inutilizzabilità nel processo penale delle presunzioni tributarie, aventi mero valore indiziario³⁹². Nel processo tributario, benché dal combinato disposto degli artt. 654 c.p.p. e 20 D.Lgs. nr. 74/2000 discenda l'assenza di efficacia vincolante del giudicato penale, sono invece ammessi ed acquisibili gli atti e i documenti formati nel procedimento penale e la stessa sentenza penale.

Dal suddetto quadro normativo emerge allora la regola della non cumulabilità delle sanzioni, che tuttavia non impedisce una duplicazione di procedimenti paralleli: infatti, nell'ipotesi di violazione penale che costituisca anche illecito fiscale amministrativo, laddove la prima sia ritenuta speciale rispetto al secondo, l'art. 21 D.Lgs. nr. 74/2000 prevede che l'Ufficio competente irroghi comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie oggetto di notizia di reato, ma tali sanzioni saranno eseguibili solo quando il procedimento penale sarà definito con decreto di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto³⁹³.

Ebbene, se la normativa interna, sopra richiamata, sembra offrire un sistema coerente volto a scongiurare il cumulo di sanzioni che può derivare da due procedimenti che si intersecano pur conservando la propria autonomia, non può essere taciuto come in realtà la regola del doppio binario penale-amministrativo non sembra mai essere venuta meno³⁹⁴. Ciò non tanto a causa dei limiti applicativi intrinseci del principio di specialità (vedi *infra*), bensì a causa di un orientamento giurisprudenziale che, nell'inseguire finalità di prevenzione generale, ha di fatto avallato la duplicazione punitiva.

Il doppio binario sanzionatorio, tuttavia, oltre a sollevare notevoli dubbi di ragionevolezza, si pone in evidente tensione con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CFDUE e dall'art. 4 prot. nr. 7 CEDU³⁹⁵.

392 *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. III, 17 febbraio 2015, nr. 6823.

393 In tal caso, i termini per la riscossione scatteranno dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'Ufficio competente dalla cancelleria del giudice che li ha emessi.

394 In questi termini si esprime M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit. pag. 3.

395 G. DI BIASE, *Ne bis in idem, doppio binario sanzionatorio nei reati tributari, principi*

In effetti, insieme al doppio binario sanzionatorio previsto in materia di abusi di mercato, per cui lo Stato italiano è già stato condannato dalla Corte EDU (*Grande Stevens*³⁹⁶, la normativa tributaria è stata additata come il settore della legislazione interna meno allineato agli *standard* di garanzia delle Corti europee³⁹⁷.

Tanto sinteticamente premesso, pare opportuno nel prosieguo soffermare l'attenzione sul significato sostanziale e processuale del *ne bis in idem*, in modo da poter procedere a esaminare i diversi atteggiamenti assunti in ambito nazionale e sopranazionale in merito alla perimetrazione dell'ambito di operatività del principio *de quo*³⁹⁸.

19. L'IMPERFETTA REALIZZAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE.

Pare opportuno inquadrare la tematica in oggetto partendo dall'unico meccanismo di contemperamento tra illeciti penali e amministrativi previsto espressamente dal legislatore in materia tributaria ovvero il "*principio di specialità*".

L'affermazione del principio di specialità in materia tributaria si inserisce all'interno di una più ampia inversione di tendenza operata con la riforma del

della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Il ne bis in idem come punto di frizione tra il diritto italiano e gli ordinamenti sovranazionali: la questione resta aperta a seguito della pronuncia Corte Cost. 102/2016, in attesa della Corte UE, in Nel Diritto, Riv. Tel., 24.05.2018; F. VIGANO', Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni (nota a Corte Cost. sent. 12 maggio 2016, nr. 102), in Diritto Penale Contemporaneo, 16 maggio 2016.

396 Corte EDU, 04.03.2014, Sez. II, Grande Stevens e a. c. Italia. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in materia di manipolazione di mercato*, in Diritto Penale Contemporaneo, 9 marzo 2014; F. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim., , nr. 3-4/2014, pag. 219 e ss.

397 In questo senso vedi R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 583.

398 Vedi la Relazione nr. 26/2017 dell'Ufficio del Massimario Penale – Relazione di orientamento, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Roma 21 marzo 2017.

2000³⁹⁹. Se, come si è già visto, il sistema delineato sotto il vigore della Legge nr. 516/1982 era caratterizzato da una spiccata anticipazione della tutela penale, con il D.Lgs. nr. 74/2000 il legislatore ha preferito restringere il catalogo dei delitti alle più gravi forme di aggressione agli interessi fiscali, lasciando invece al sottosistema punitivo amministrativo il compito, da una parte, di garantire il rispetto degli obblighi previsti dalla normativa di settore a tutela di beni strumentali quali la trasparenza fiscale e dell'accertamento, dall'altra, di prevenire le violazioni in caso di mancato superamento delle soglie penali di punibilità. A ciò si aggiunga che il legislatore ha ritenuto di estendere all'illecito amministrativo tributario, le garanzie proprie del diritto penale, analogamente a quanto aveva già previsto la Legge nr. 689/1981⁴⁰⁰.

Da questa rimodulazione del sistema punitivo in materia tributaria non poteva che discendere un rinnovato rapporto tra illecito penale e amministrativo: in ossequio ai fondamentali principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, l'illecito amministrativo non poteva che porsi come una scelta punitiva alternativa e non cumulativa rispetto alle scelte di incriminazione.

Logica conseguenza, rispetto a tale modello, è stata l'individuazione di meccanismi di coordinamento tra fattispecie che consentono di evitare una indebita duplicazione punitiva. Proprio per soddisfare detta esigenza, la riforma del 2000 ha introdotto, attraverso l'art. 19, il principio di specialità in modo da garantire l'applicazione di una sola norma (quella speciale), qualora lo stesso fatto fosse punibile sia a titolo di reato sia di illecito amministrativo.

Orbene, non potendo qui approfondire la complessa tematica del concorso apparente di norme, ci si limita in questa sede a rilevare come secondo l'interpretazione ormai consolidata della dottrina (cd. *teoria monistica*)⁴⁰¹ l'applicazione del principio di specialità dipenda esclusivamente da un confronto strutturale tra fattispecie astratte (criterio logico – formale), senza che vi sia spazio

399 Cfr. *Relazione di accompagnamento al D.Lgs. nr. 74/2000*, in *Guida dir.*, 2000, nr. 14, pag. 33.

400 Vedi D.Lgs. 18 dicembre 1997, nr. 472.

401 D. PULITANO', *Diritto Penale*, Torino, 2013, pag. 462 e ss; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano, 2004, pa. 173 e ss; G. FINDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, Bologna, 2009, pag. 685.

per una qualsiasi valutazione del fatto nella sua concreta materialità. Pertanto, sussisterà un rapporto di specialità qualora una delle due fattispecie, oltre a contenere tutti gli elementi costitutivi dell'altra, presenti uno o più elementi specializzanti, per specificazione o per aggiunta. Con l'ulteriore precisazione che la specialità è da intendersi solo in senso unilaterale e non bilaterale, richiedendo tali ultime ipotesi (dette anche di "*specialità reciproca*"), ai fini della soluzione sull'eventuale concorso apparente di norme, l'esigenza di applicare ulteriori criteri (criteri di valore), diversi da quello logico-formale, che è l'unico criterio, secondo l'orientamento in oggetto, ad essere ammesso dal legislatore⁴⁰².

Il criterio di specialità, tuttavia, come evidenziato da altra parte della dottrina (cd. *teorie pluralistiche*) non è in grado di risolvere tutti i problemi legati al concorso apparente di norme, come ad esempio le ipotesi, sopra richiamate, di specialità bilaterale. In questi casi, esigenze di giustizia e di proporzionalità della sanzione, imporrebbero di fare riferimento ad ulteriori criteri (sussidiarietà, consunzione), tra i quali rientra appunto anche il principio del *ne bis in idem* sostanziale⁴⁰³.

Al contrario, la giurisprudenza, avallando la cd. tesi monistica, non è apparsa assolutamente propensa a riconoscere tale principio, affidando al solo principio di specialità (inteso come specialità unilaterale in astratto) di regolare il concorso apparente di norme.

In questo modo, tuttavia, la giurisprudenza ha di fatto avallato una duplicazione punitiva.

Questo lo si è visto, ad esempio, con particolare riguardo ai reati di omesso versamento, con riferimento ai quali si è prodotta una sovrapposizione tra reati e

402 Improntato su tale principio, dunque, il sistema repressivo tributario avrebbe dovuto accordare la tendenziale prevalenza alle fattispecie penali: ciò in quanto i reati tributari presentano elementi specializzati quali la sussistenza del dolo specifico e/o il superamento di soglie di punibilità.

403 F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, pag. 471 e ss. Ancora F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pag. 71 e 592 e ss.; VASSALLI, *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pag. 816; NEPPI MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pag. 200 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1 – 84, Milano, 2004, pag. 179; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996, pag. 280 e ss.; PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.* VIII, Milano, 1962, pag. 545. Vedi anche SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in *Giust. amm.*, 2012, pag. 7.

illeciti amministrativi, che invece avrebbe dovuto essere risolta attraverso il principio di specialità. Ed invero, la S.U. chiamate a risolvere un contrasto sull'applicazione temporale dei reati di omesso versamento, con le sentenze gemelle del 2013⁴⁰⁴, esaminati i rapporti tra reati e illeciti amministrativi di omesso versamento, hanno escluso che tra le due fattispecie vi fosse un rapporto di specialità e hanno ritenuto, al contrario, che potesse parlarsi di “progressione illecita”⁴⁰⁵. Dunque, pur ritenendo sussistente un rapporto di progressione tra illecito amministrativo e reato, le S.U. hanno negato l'esistenza di un concorso apparente di norme⁴⁰⁶, così estromettendo qualsiasi spazio di rilevanza al principio del *ne bis in idem* sostanziale (e agli altri ulteriori criteri di sussidiarietà e consunzione), a detrimento delle fondamentali esigenze di giustizia sostanziale e razionalità della pena⁴⁰⁷.

404 Cass. Pen., S.U. 28 marzo 2013, nr. 37425, ric. Favellato e Cass. Pen., S.U., 28 marzo 2013, nr. 37424, ric. Romano: relative, rispettivamente, alla questione circa l'applicabilità della norma che incrimina l'omesso versamento delle ritenute certificate (art. 10 bis D.Lgs. nr. 74/2000), introdotta l'01.01.2005, all'omesso versamento delle ritenute relative all'anno 2004, e alla questione circa l'applicabilità della norma che incrimina l'omesso versamento dell'IVA (art. 10 ter D.Lgs. nr. 74/2000, introdotta il 04.07.2006, all'omesso versamento dell'IVA per l'anno 2005. Le due questioni sono del tutto analoghe e sono state risolte allo stesso modo dalle S.U. nel senso di ritenere applicabili le suddette norme incriminatrici.

405 CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18.05.2015: l'Autore giudica esile la ricostruzione in termini di progressione criminosa anziché di specialità.

406 Cfr. TRIPODI, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, pag. 102; FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, pag. 3; DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, in GULLO, MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita e evasione fiscale*, Bari, 2016, pag. 111.

407 Esigenze queste che, invece, la Corte di Cassazione aveva apertamente condiviso in una pronuncia precedente: Cass. Pen., Sez. III, 8 febbraio 2012, dep. 16 maggio 2012, nr. 18757, nella quale si era ritenuto che “*appare invece esservi, in realtà, una sostanziale identità tra la condotta prevista e punita in via amministrativa dal D.Lgs. nr. 471/1997, art. 13 e la condotta prevista quale penalmente rilevante dal D.Lgs. nr. 74/2000, art. 10 bis. Entrambe le condotte concernono il puro omesso versamento delle medesime somme mentre appare irrilevante, per valutare l'identità della condotta posta in essere dall'agente, sia il fatto che da un lato si puniscono gli omessi versamenti delle ritenute mensilmente operate nel corso dell'intero anno; sia il fatto che differente sarebbe il termine di versamento. Non sembra invero esservi una sostanziale ed effettiva differenza di condotta fra l'omesso versamento del tutto e la somma degli omessi versamenti delle porzioni del tutto. Il comportamento illecito tenuto dal soggetto è, in effetti, il medesimo; e tanto le sanzioni amministrative quanto la sanzione penale hanno ad oggetto la stessa condotta omissiva (il mancato versamento all'erario) rivolta sul medesimo oggetto materiale (le ritenute certificate). Parimenti irrilevante è la diversità dei termini di adempimento prevista dalla due norme, perché l'enucleazione di due differenti termini di*

Al riguardo, è stato obiettato che, anche escludendo il rapporto di specialità, non può tuttavia negarsi che proprio nei casi di progressione illecita, l'identità del fatto nella sua concreta materialità, alla quale fa riferimento il principio del *ne bis in idem*, funga da limite invalicabile a qualsiasi duplicazione punitiva⁴⁰⁸. E ciò appare tanto più vero in un caso, come quello in oggetto, in cui l'intero contenuto di disvalore è innegabilmente assorbito dall'applicazione di una sola di tali fattispecie. Fattispecie che, oltre a condividere presupposti e condotta, tutelano il medesimo bene giuridico ovvero la corretta e puntuale percezione dei tributi⁴⁰⁹.

La giurisprudenza in realtà ha preferito inseguire finalità retributive e di prevenzione generale, prediligendo la duplicazione punitiva. Tale orientamento, tuttavia, non poteva che porsi in contrasto con le fonti sovranazionali.

Del resto, ormai consolidati sono i principi della giurisprudenza di Strasburgo sia in relazione ai criteri per determinare i confini della "*matière pénale*" sia in tema di *ne bis in idem*. In particolare, per stabilire, al di là delle *etichette formali* utilizzate dal legislatore nazionale, se una sanzione abbia o meno natura penale la Corte EDU fa riferimento ai tre criteri fondamentali elaborati nella celebre sentenza della Grande Camera nel caso *Engel c. Paesi Bassi*⁴¹⁰: la qualificazione giuridica della violazione nell'ordinamento nazionale; la natura effettiva della violazione; il grado di severità della sanzione.

versamento non può influire, a livello penalistico, sulla fisionomia di una fattispecie penale e sul disvalore della stessa. Si tratta di un dato estrinseco che non incide sulla condotta omissiva dell'agente, se non nel senso di sanzionarne il termine di rilevanza giuridica".

408 M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit. pag. 7.

409 Nel tentativo di superare il problema della duplicazione degli addebiti in materia di omesso versamento, parte della dottrina ha fatto leva proprio sull'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 4 Prot. nr. 7 CEDU e sul suo recepimento da parte della Corte di Giustizia al fine di valorizzare la specialità tra illeciti nell'ottica dell'interpretazione conforme. Allo stesso scopo nella giurisprudenza di merito è stato fatto ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale: cfr. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, pag. 1042; FLICK, *Reati fiscali principio di legalità, e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.09.2014, pag. 16 e ss.; SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17.11.2014; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee*, in *Arch. Pen. Web*, 2015; SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute di imposta e violazione del ne bis in idem, la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 08.05.2015; F. VIGANO', *Ne bis in idem e omesso versamento dell'iva: la parola della Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28.09.2015.

410 Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

Se il finalismo punitivo è il vero criterio per delineare i confini della materia penale, allora occorre comprendere quale sia la vera natura delle diverse sanzioni previsti dal legislatore nazionale al di là della loro qualifica formale⁴¹¹. Ed in materia tributaria, si ritiene difficile escludere che le sanzioni amministrative previste dal D.Lgs. nr. 471/1997 abbiano natura penale⁴¹²: ciò perché il sistema sanzionatorio amministrativo in ambito tributario, persegue vere e proprie finalità preventive e repressive del tutto analoghe a quelle che si prefigge la sanzione penale.

Accertata allora la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa, per stabilire poi se sussista una effettiva violazione del divieto di *bis in idem*, la Corte EDU, fa riferimento a tre differenti aspetti, ovvero: se i fatti di rilevanza penale siano gli stessi per i quali si contesta l'illecito amministrativo (*idem*); se sia stata pronunciata sentenza definitiva; infine, se ci sia stata una duplicazione di procedimenti (*bis*).

In particolare, la Corte EDU, a partire dal noto caso *Grande Stevens* nonché successivamente in *Zolotukhin c. Russia*, ha elaborato un'interpretazione uniforme del concetto di "*same offence*": se il confronto tra norme fosse di tipo logico – formale come avviene per il principio di specialità, in relazione al quale si pone l'accento sulla struttura legale astratta della fattispecie, ciò rischierebbe di indebolire la garanzia di cui all'art. 4 prot. 7 della Convenzione. Per tale ragione, secondo la Corte EDU, il metro di valutazione del principio del *ne bis in idem* non può essere l'astratta fattispecie legislativa, ma il fatto nella sua concreta materialità. In altri termini, per la Corte EDU è necessario aver riguardo non già alla descrizione del tipo legale, ma all'insieme degli elementi fattuali del caso concreto che coinvolgono la stessa persona e che sono inestricabilmente legati sul piano spaziale e temporale.

Infine, occorre segnalare come la problematica distinzione tra criterio dell'*idem factum* (adottato dai giudici di Strasburgo) e criterio dell'*idem legale* (adottato

411 Cfr. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pag. 1899 e ss.

412 In questo senso, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit., pag. 8.

dalla giurisprudenza italiana) sia stata affrontata dalla Corte Costituzionale⁴¹³ la quale si è allineata alla giurisprudenza di Strasburgo ed ha optato per la soluzione del “fatto storico”, dichiarando “*l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale*”. In particolare, la Consulta ha chiarito, anche in considerazione dell’assenza di univoche indicazioni di segno contrario nella giurisprudenza della Corte EDU, che alla definizione del concetto di “*fatto storico*” concorrono non solo la condotta dell’imputato, ma anche l’evento ed il nesso causale, pertanto il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi.

Da quanto sopra detto, dunque, sotto il profilo della doppia sanzione per il medesimo fatto, ne discende che l’unico intervento della riforma del 2015 che potrebbe aver attenuato le conseguenze del doppio binario penale – amministrativo in materia tributaria sta nella previsione contenuta nella nuova formulazione dell’art. 13 D.Lgs. 74/2000⁴¹⁴, il quale prevede la trasformazione dell’integrale pagamento dei debiti tributari, ivi comprese le sanzioni amministrative, in *causa di non punibilità* in relazione ai reati di cui agli artt. 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*, comma 1, con la conseguenza che viene applicata una sola

413 Corte Cost., 31 maggio 2016, dep. 21 luglio 2016, nr. 200: con detta pronuncia la Consulta si è pronunciata in merito alla questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. sollevata nell’ambito del cd. processo *Eternit bis* nella parte in cui tale disposizione “*limita l’applicazione del principio del ne bis in idem all’esistenza del medesimo fatto giuridico nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all’esistenza del medesimo fatto storico*” con riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 4 del Protocollo 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. In ordine all’ordinanza di rimessione vedi I. GITTARDI, *Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. in relazione all’art. 4 Prot. 7 Cedu*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 novembre 2015; A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 gennaio 2016.

414 Cfr. R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 590 e 591. In effetti, il tema è già emerso nei primi commenti alla riforma, vedi: DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, in GULLO, MAZZACUVA (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, Bari, 2016; MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in GIARDA, PERINI, VARRASCO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, Milano, 2016.

sanzione e si evita il cumulo con la sanzione penale⁴¹⁵. La causa di non punibilità subordinata alla condotta riparatoria vale anche per i reati di cui agli artt. 4 e 5 alle condizioni stabilite nel citato art. 13. Per tutti gli altri reati il successivo art. 13 *bis* del decreto ha mantenuto invece ferma la configurazione del pagamento integrale come mera circostanza attenuante.

Chiaramente, il problema del divieto del “*doppio giudizio*” permane anche qualora esistano disposizioni e meccanismi che consentono di neutralizzare il cumulo di sanzioni derivante dalla contestazione di più illeciti⁴¹⁶.

20. L'OPERATIVITA' DELLA PRECLUSIONE PROCESSUALE NEI SISTEMI SANZIONATORI A DOPPIO BINARIO.

Se sul piano sostanziale, il problema del concorso tra illeciti penali e illeciti amministrativi è da tempo noto alla dottrina e allo stesso legislatore, la portata veramente innovativa della giurisprudenza europea deriva soprattutto dal riferimento del *ne bis in idem* processuale alla nozione allargata di materia penale. Infatti, in tutti quei settori caratterizzati dalla concorrenza di pene e sanzioni amministrative non si era mai posta la questione dell'operatività della preclusione processuale anche rispetto ai procedimenti sanzionatori volti all'applicazione di

415 In dottrina si rileva come il problema della sussistenza dell'*idem* non pare del tutto superato laddove vi sia una diversità dei destinatari delle sanzioni e, in particolare, nelle ipotesi in cui quelle amministrative colpiscano l'ente, mentre quelle penali colpiscano la persona fisica che ne è legale rappresentante: vedi DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari*, cit. 120 e ss.; SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il legale rappresentante per lo stesso fatto*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 10.04.2017; PELISSERO, *Responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, a cura di GROSSO, Milano, 2013, pag. 685; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZA (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, pag. 3; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano 2010, pag. 2011.

416 Sottolineano questo profilo R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit., pag. 594, ove si sottolinea che ciò “*spiega il motivo per cui nella sentenza Grande Stevens i giudici di Strasburgo non hanno dato rilievo a quanto disposto dall'art. 187 terdecies T.U.F. Ne consegue allora che non pare risolutivo il peculiare meccanismo previsto in materia tributaria in base al quale la sanzione amministrativa rimane “quiescente” fino alla definizione del procedimento penale e non trova applicazione in caso di condanna*”. In ordine alla questione sulla “*possibile compatibilità di tale anomalo congegno con le indicazioni della Corte europea pare che la risposta debba essere negativa laddove ricorrano gli estremi dell'idem factum, poiché esso comporta comunque l'instaurazione di due procedimenti autonomi e paralleli, benché aventi il medesimo oggetto, con conseguente violazione della preclusione processuale*”.

misure non formalmente qualificate come “reati”⁴¹⁷.

L’ampliamento del concetto di “pena” ha finito effettivamente per aprire dei nuovi scenari nella riflessione sulla preclusione processuale, anche nelle ipotesi in cui non sussistono rischi di violazione del *ne bis in idem* sostanziale⁴¹⁸.

Le sentenze della Corte di Giustizia *Fransson*⁴¹⁹ e quella della Corte EDU *Grande Stevens*⁴²⁰ (cui hanno fatto seguito altre pronunce dello stesso tenore) hanno posto con forza precisi canoni di applicazione del *ne bis in idem*. In particolare, la sentenza *Grande Stevens*⁴²¹ aveva stabilito che uno stesso fatto non potesse essere sanzionato due volte, dapprima nel procedimento amministrativo in materia di abusi di mercato, caratterizzato da una tale afflittività della sanzione da essere senza dubbio ricompresa nella materia penale individuata secondo i criteri *Engel*, e successivamente in un procedimento penale per gli stessi fatti previsti come reato ai sensi del T.U.F. A questa pronuncia ne sono seguite altre dello stesso tenore con riguardo a sistemi a doppio binario sanzionatorio, soprattutto nella

417 Si spiega in questo senso il motivo per cui l’Avvocato generale Villalòn, intervenendo nel giudizio *Fransson*, aveva escluso che l’art. 50 CDFUE dovesse essere interpretato con la medesima estensione con cui la Corte Europea interpreta l’art. 4 Prot. nr. 7 CEDU: lo segnala F. VIGANO’, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30.06.2014.

418 cfr. già LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1952; TRIPODI, *Ne bis in idem: “sostanziale” e “processuale” in una recente pronuncia del Tribunale di Roma*, in *Riv. pen.*, 2015, pag. 576; INGRASSIA, *Ragione fiscale vs “illecito penale personale”. Il sistema penale tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

419 Corte di Giustizia europea, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, 23 febbraio 2013, in causa C-617/10.

420 Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*. A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014; F. D’ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell’ordinamento italiano*, in *Diritto penale Contemporaneo*, nr. 3-4-, 2014, pag. 201 e ss.; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, pag. 953 e ss.; A. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 9 marzo 2014; E. SCAROINA, *La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.* 2015, pag. 2910 e ss.; F. VIGANO’, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU), in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 3-4, 2014, pag. 219 e ss.

421 Vedi la Relazione nr. 35/2014 della Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario – Settore Penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Roma, 8 maggio 2014.

materia fiscale⁴²² (cfr. le sentenze *Nykanen, Lucky, Kiivari*).

La giurisprudenza della Corte Europea ha poi subito un arresto con la nota sentenza della Grande Camera nel caso *A e B c. Norvegia*⁴²³, decisione che ha segnato un'inversione di tendenza rispetto ai precedenti *Grande Stevens e Nykanen*. Infatti, la Grande Camera, pur non sconfessando la propria giurisprudenza consolidata sulle nozioni di materia penale e di *idem factum*, ha utilizzato in tale pronuncia una nuova chiave di valutazione per la verifica della sussistenza di una violazione del divieto di doppio giudizio nell'ordinamento interno di uno Stato membro, nel caso in cui ad una sanzione amministrativa definitiva si affianchi un procedimento penale per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona: i procedimenti sanzionatori, penale e amministrativo, possono coesistere – si è affermato – qualora si ritenga tra loro una “*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*”.

Nel dettaglio, la Corte EDU è partita dal presupposto che gli Stati aderenti alla convenzione sono liberi di decidere legittimamente se prevedere un sistema integrato di sanzioni (cd. *modello del doppio binario sanzionatorio*) a fronte di condotte offensive di interessi sociali (quali, ad esempio, la sicurezza del traffico stradale o la lotta all'evasione fiscale) attraverso procedure differenti, a condizione che le stesse formino un sistema unitario e coerente, diretto ad affrontare aspetti diversi del medesimo problema sociale. Ciò, altresì, a condizione che le risposte sanzionatorie, che si vanno a cumulare in relazione al

422 Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia* del 20.05.2014; *Lucky c. Svezia* del 27.11.2014; *Kiivari c. Finlandia* del 10.02.2015.

423 Corte EDU, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11. Vedi il commento di F. VIGANO', *La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 novembre 2016: in particolare, l'Autore sottolinea come la pronuncia in questione abbia aperto numerosi interrogativi sulla effettiva (in)compatibilità dei nostri sistemi di “doppio binario” sanzionatorio, in materia tributaria e di abusi di mercato, con il diritto convenzionale in parola, che molti avevano ritenuto di dover dedurre dalla recente giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 4 prot. 7 CEDU, e in particolare da *Grande Stevens c. Italia* del 2014. Vedi anche FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 08.02.2017; FUSCO, *La tutela e del mercato finanziario, tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 23.12.2016; SANTORIELLO, *Market abuse: si applica la nuova giurisprudenza europea sul ne bis in idem convenzionale*, in *Quotidiano giuridico*, 2017.

medesimo fatto, non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato.

Proprio al fine di verificare la complessiva equità del sistema previsto nell'ordinamento interno la Corte EDU ha valorizzato il *test* della “*sufficiently close connection in substance and time*”⁴²⁴. Al riguardo, la Corte ha elencato una serie di parametri che devono essere tenuti in considerazione: in primo luogo, se le differenti procedure abbiano scopi diversi e riguardino (non solo in astratto ma soprattutto in concreto) diversi aspetti della medesima condotta antisociale; inoltre, se la duplicazione delle procedure sia una conseguenza prevedibile della condotta; ancora, se i procedimenti siano disciplinati in modo da evitare qualsiasi duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle fonti di prova; infine, se la sanzione irrogata nel procedimento che si conclude per primo venga presa in considerazione della valutazione della pena nell'ambito del secondo procedimento, in modo da garantire che il complessivo ammontare della sanzione sia proporzionata al fatto.

In argomento, appare comunque opportuno precisare che ben prima della sentenza CEDU *A e B c. Norvegia*, basandosi su alcune precedenti pronunce della Corte EDU (in particolare, la sentenza *Nykanen*⁴²⁵) la giurisprudenza della Cassazione aveva già dimostrato una certa attenzione nei confronti di quel rapporto tra procedimenti, amministrativo e penale, aventi ad oggetto lo stesso fatto. Così, la S.C.⁴²⁶ aveva affermato l'insussistenza della violazione del *ne bis in idem* nella materia degli illeciti tributari. I giudici di legittimità avevano rilevato che, seguendo i principi della pronuncia di Strasburgo, sussiste violazione del *ne bis in idem* nel caso in cui i procedimenti accertino gli stessi fatti “*ma siano anche indipendenti tra loro e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo*”, evidenziando tuttavia che tale violazione di norme non si verifica nel nostro ordinamento tributario, nel

424 In senso critico verso tale criterio vedi F. VIGANO', *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 settembre 2017.

425 CEDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Fillandia*, in *Diritto Penale Contemporaneo* con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatore giudizi nazionale e sovranazionale*, ivi, 5 giugno 2014.

426 Cass., Sez. III, nr. 20887 del 15.04.2015, *Aumenta*.

quale “*i due procedimenti sono paralleli ed interagiscono tra loro, poiché l’avvenuto pagamento del debito tributario condiziona l’entità della sanzione penale*”. A riprova di ciò sono stati richiamati gli artt. 19, 20 e 21 D.Lgs. nr. 74/2000 che pongono – a giudizio della Corte – una disciplina chiara relativamente ai rapporti tra il sistema sanzionatorio amministrativo e i procedimenti penale e tributario⁴²⁷.

Ebbene, in base al quadro sopra delineato, appare evidente come nella giurisprudenza europea il divieto di *ne bis in idem* abbia carattere processuale, e non sostanziale⁴²⁸. In altre parole, essa permette agli Stati di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento e attraverso procedimenti tra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all’altro.

Non può tacersi chiaramente che un tale divieto possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura (penale e amministrativa) della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch’essi di natura diversa. Ed in questo senso, molti dubbi sono stati avanzati sulla praticabilità del *ne bis in idem* nel sistema tributario, nell’ambito del quale la previsione espressa dell’*autonomia ed indipendenza del procedimento tributario e penale*, consente l’applicazione delle sanzioni tributarie, le quali, tuttavia, non sono eseguite in attesa dell’esito del processo penale. Infatti, come da molti ribadito in dottrina⁴²⁹, l’apparato normativo del D.Lgs. nr. 74/2000 (artt. 19 – 21), pur avendo l’obiettivo di impedire una duplicazione di sanzioni in considerazione del rapporto di specialità tra la disposizione penale e tributaria, può non evitare, tuttavia, la *duplicazione dei procedimenti*.

427 Successivamente anche la sentenza Cass. Sez. III, nr. 42470 del 13.07.2016, Orsi, Rv. 268383 -84 ha riaffermato tali principi, richiamandosi proprio al precedente della pronuncia nr. 20887 del 2015.

428 Le pronunce sopra citate sono incentrate sulla natura processuale del principio del *ne bis in idem* affermando che il divieto di doppio processo inerisce al divieto di processare e non solo di punire due volte il soggetto per lo stesso fatto. Va tuttavia evidenziato che in alcuni commenti alla sentenza *Grande Stevens* se ne individua espressamente l’oggetto nel *ne bis in idem* sostanziale.

429 G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.09.2014; anche R. BRICHETTI – P. VENEZIANI, *I reati tributari*, op. cit. pag. 583.

In questo solco, deve essere ricordata infine l'ordinanza di remissione del Tribunale di Monza⁴³⁰, la quale, prendendo atto dell'insufficiente riforma del 2015, ha avanzato questione di legittimità costituzionale chiedendo espressamente un intervento manipolativo della Corte Costituzionale sull'art. 649 c.p.p.

In merito a tale questione di legittimità, la Corte Costituzionale⁴³¹ ha deciso nel senso della restituzione degli atti al giudice remittente per una nuova valutazione della questione alla luce dello *ius superveniens* europeo ovvero la citata sentenza Corte EDU *A e B c. Norvegia*, la quale, come sopra già evidenziato, ha introdotto un nuovo parametro da tenere in considerazione nella valutazione circa il rispetto del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 prot. 7 CEDU. Infatti, afferma la Consulta, se prima la sentenza definitiva in uno dei due procedimenti segnava, in maniera automatica ed inequivocabile, il momento a partire dal quale il protrarsi del procedimento ancora pendente costituiva una violazione del *ne bis in idem* convenzionale, ora una tale violazione è meramente eventuale. Anzi, tale violazione sarà da escludere quando i due procedimenti pur procedendo separatamente risultino tra loro strettamente connessi sia dal punto di vista materiale che temporale, connessione da individuare in base agli indici offerti dalla stessa Corte di Strasburgo (sopra richiamati).

Pertanto, per la Consulta quello della Corte EDU è un vero e proprio *revirement* tale da mutare profondamente la natura del principio del *ne bis in idem* convenzionale. Ne consegue che la valutazione circa la stretta connessione dei procedimenti, la quale rende inoperante la garanzia di cui all'art. 4 prot. 7 CEDU, non può prescindere da un giudizio casistico rimesso all'autorità che procede.

In conclusione, afferma la Corte Costituzionale, per effetto della sentenza *A e B c. Norvegia* appare ora meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione della sanzione per il medesimo fatto, tanto

430 Tribunale di Monza, 30 giugno 2016, Giudice Cavallini, imp. C.S., in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, ivi, 5 dicembre 2016.

431 Corte Costituzionale, sent. 24 gennaio 2018, nr. 43, in *Diritto penale Contemporaneo*, con nota di A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, ivi, 13 marzo 2018.

in relazione agli illeciti tributari, quanto in altri rami dell'ordinamento. Ciò nondimeno, un intervento razionalizzatore della materia del *doppio binario sanzionatorio* da parte del legislatore resta quanto mai opportuno, per porre rimedio alle perduranti frizioni che dovessero determinarsi fra l'ordinamento nazionale e la CEDU.

CAPITOLO III

LA CONFISCA NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITA' DEGLI ENTI

SOMMARIO: 1. La logica economica come strumento di repressione del crimine societario. 2. Le confische previste e la loro natura. 3. (Segue) La confisca ex artt. 9 e 19 D.Lgs. 231/2001. 4. (Segue) La confisca ex art. 6, comma 5, D.Lgs. 231/2001. 5. Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di profitto confiscabile ex D.Lgs. 231/2001. 6. Gli effetti redistributivi della confisca: diritti dei terzi e del danneggiato.

1. LA LOGICA ECONOMICA COME STRUMENTO DI REPRESSIONE DEL CRIMINE SOCIETARIO.

E' ormai opinione condivisa quella secondo cui per prevenire e, dunque, efficacemente combattere la criminalità del profitto⁴³², in tutte le sue forme, occorra rendere il reato non più vantaggioso per colui che lo commette ovvero far sì, in una logica prettamente economica, che questo comporti maggiori svantaggi rispetto alle utilità (illecite) da esso ricavabili⁴³³. Questa è la filosofia che spiega il fondamentale ruolo che nel tempo ha acquisito il profitto e la confisca nell'ambito della responsabilità degli enti, ma non solo: l'ablazione del provento illecito, dunque, quale strumento di repressione del crimine in cui siano coinvolte strutture societarie.

Infatti, come è stato ben rilevato, la logica giuridica, intesa come valutazione etico - politica degli interessi in gioco risulta necessaria nella selezione dell'illecito e dei reati-presupposto che possono far scattare la responsabilità degli enti; su

432 Vedi F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale) – Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 febbraio 2015.

433 Cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, pag. 39 e ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, pag. 122 e ss.; AA.VV., *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011; approfonditi contributi in materia si possono leggere in *Diritto Penale contemporaneo – Riv. Trim.*, nr. 3-4, nella sezione dedicata a *Economia e diritto penale in Europa*.

questo piano, infatti, sono imprescindibili valutazioni di valore sugli interessi in gioco (quelli del singolo o dei singoli oppure quelli della persona giuridica) ed è su questo piano che la logica giuridica risulta più adeguata a fornire una risposta che tenga conto di tutti i fattori coinvolti.

Tuttavia, quando ci si sposta sul piano della selezione degli strumenti di reazione più adeguati ed efficaci contro i reati come sopra individuati non può non tenersi in conto il fine cui rispondono quei comportamenti che si intendono contrastare, ovvero i comportamenti propri della criminalità economica.

Ritenere diversamente significherebbe frustare le reali possibilità di incidere in maniera efficiente sui fenomeni criminali sia a livello di repressione che di prevenzione. E la finalità che muove detti comportanti con riferimento agli enti e alle società è prettamente economica, con la conseguenza che gli strumenti di repressione e prevenzione devono muoversi ed ispirarsi alla medesima logica.

Ebbene, occorre segnalare come prima della legge sulla responsabilità degli enti il reato costituiva, da un punto di vista economico, una mera “*esternalità*” per l’ente e più precisamente una “*diseconomia esterna*”. Si verifica un’*esternalità* quando un’impresa o un individuo nello svolgere la propria attività reca un beneficio senza compenso (cd. economia esterna) o un danno senza risarcimento (cd. *diseconomia esterna*). Di fatto, nessun individuo/impresa ha interesse a considerare le *esternalità* nei propri calcoli economici, pertanto il costo esterno (o *diseconomia*) viene scaricato sugli altri⁴³⁴. Pertanto, nel costo di produzione dell’impresa le *diseconomie esterne* non vengono considerate, così l’esercizio della produzione e dell’impresa si orienta su modalità e livelli non convenienti per la collettività.

434 Si segnala come il concetto di *esternalità* in campo economico vanti una estesa trattazione, che parte dalle considerazioni sviluppate già alla fine dell’800 dall’economista Sidgwick e che hanno poi trovato sviluppo nell’opera di altri, che hanno evidenziato come non esistendo in generale i mercati degli effetti esterni (cioè, la possibilità di acquistare il diritto a produrre l’effetto negativo), nel costo di produzione dell’impresa le *diseconomie esterne* non vengono considerate, di tal che la produzione e l’esercizio dell’impresa si orienta su modalità e livelli non convenienti per la collettività. Vedi, SIDWICK, *Principi di economia politica*, 1883. I primi sviluppi sono rappresentati da MARSHALL, *Principi di economia politica*, 1990; PIGOU, *Economia del benessere*, 1914; VINER, *Curve di costo e curve di offerta*, 1923; ARROW, *Valutazione politica ed economica degli effetti e diseconomie esterne*, 1969; HELLER – STARRET, *Sulla natura delle esternalità*, 1976.

Con riferimento ai reati, ciò significa che l'ente poteva avvantaggiarsi del risultato delle condotte criminali di una persona fisica che agisse al suo interno e nel suo interesse sfruttandone i relativi benefici, ma senza sostenerne i costi che ricadevano completamente sull'autore del reato e sulla collettività.

Il decreto legislativo sulla responsabilità degli enti, invece, attraverso il suo sistema sanzionatorio e cautelare, ha voluto trasformare il reato in un "costo" per l'ente, facendolo diventare da mera "esternalità" ad "internalità", cioè un fattore che rappresenta un costo di cui tenere conto nelle decisioni d'impresa.

Ciò spiega perché nel caso della responsabilità degli enti le ragioni del successo della confisca abbiano una valenza maggiore rispetto alle generiche ragioni che possono valere nel contrasto alla criminalità economica. Dette ragioni generali sono infatti genericamente collegate, innanzitutto, ad un maggiore efficacia di prevenzione generale e speciale che si ottiene attraverso l'ablazione di patrimoni nei reati a movente economico; ad una maggiore semplicità dei presupposti applicativi delle misure patrimoniali rispetto ad altri istituti maggiormente garantiti quali le misure e sanzioni di carattere personale; infine, alla possibilità di recuperare ingenti risorse con cui lo Stato può finanziare la stessa attività di contrasto.

Tali considerazioni di analisi economica del diritto valgono a maggior ragione per i cd. "*corporate's crimes*"⁴³⁵. Infatti, nel caso della responsabilità degli enti, non si tratta di applicare soluzioni normative ispirate a criteri di efficienza economica (basati su un calcolo di ricavi, costi e profitti) in ambiti estranei a detta logica. Si tratta, invece, di tener presente i criteri (appunto economici - razionali) del comportamento che si vuole controllare. Si contrasta sulla base della stessa logica con la quale agisce la società: rendere non economicamente conveniente il crimine sulla base di un calcolo costi/benefici.

Senza dubbio, si evidenzia in chiave critica, la commissione di un reato è legata altresì a fattori e componenti non sempre e non del tutto razionali e controllabili o comunque all'esistenza di una complessa eziologia non sempre e non soltanto

435 Criminalità d'impresa, intendendosi con questa espressione quei soggetti – in prevalenza società – che operano sul mercato in maniera del tutto lecita e che nel corso della loro attività pongono in essere crimini economici, eventuali e contingenti.

economica⁴³⁶. Tuttavia, si deve rilevare come appaia un dato del tutto pacifico che l'ente il quale opera sul mercato sia interessato al crimine per ragioni prettamente economiche. Infatti, quando ciò non si verifica e la società viene utilizzata come mero strumento per soddisfare interessi (anche irrazionali e non economici) di una persona fisica, ci troviamo di fronte alle cd. “*società – schermo*”, per le quali si applicano strumenti diversi che tengono conto del fatto che è il soggetto umano ad operare dietro lo *scudo fittizio* dell'ente, pertanto non viene neanche in rilievo la disciplina posta dal D.Lgs. nr. 231/2001.

Dunque, fuori dalle ipotesi di società quale mero schermo fittizio, l'ente, che si muove su spinte e ragioni prettamente economiche, guardo al reato come *fattore di rischio*, che la costringe (cioè, la induce secondo la sua stessa logica) a prendere delle decisioni di prevenzione che dipendono dall'*entità del costo* (ovvero l'entità delle sanzioni e delle misure cautelari che potrebbero essere inflitte) e dalla *probabilità* del suo verificarsi.

Al fine di comprendere meglio le variabili di cui sopra, occorre mettere in rilievo la caratteristiche del sistema cautelare e sanzionatorio approntato dal D.Lgs. nr. 231/2001.

Innanzitutto, si può rilevare come la sanzione applicabile sia influenzata dal reato-presupposto dell'illecito sia per quanto riguarda il tipo di sanzione che l'afflittività della stessa. Precisamente, il condizionamento del tipo di sanzione può derivare o da limiti espressamente posti dal legislatore (così, le misure e le sanzioni interdittive possono applicarsi soltanto per gli illeciti dipendenti da reati-presupposto per i quali sono espressamente previste) o per la natura del reato commesso (così, se non si è in concreto conseguito un profitto chiaramente non è possibile la sua confisca).

Anche il grado di afflittività della sanzione dipende dal tipo di reato-presupposto, ciò soprattutto perché determinati reati-presupposto generano profitti illeciti comparativamente maggiori rispetto all'entità massima delle sanzioni pecuniarie previste, ne consegue allora in questi casi che la risposta maggiormente afflittiva

436 Sulle varie teorie criminologiche vedi: WILLIAMS III, - McSHANE, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002.

per l'ente non è tanto l'applicazione della sanzione pecuniaria, ma la confisca del profitto; il caso contrario accade in quei casi di reati-presupposto che invece generano modesti profitti, ma elevati danni per la collettività, con conseguente minore rilevanza comparativa della confisca rispetto alla sanzione pecuniaria.

Ancora, i diversi tipi di sanzione si calibrano in modo diverso con riguardo al tipo di attività dell'ente e alla concreta gravità del reato-presupposto: ad esempio, la mancanza di impatto occupazionale rilevante e il fatto che l'attività non sia di interesse pubblico, impedisce la sanzione e misura sostitutiva del commissariamento; nel calcolo della sanzione pecuniaria assumono rilevanza le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente per il calcolo dell'importo della quota, ovvero la gravità del fatto per il calcolo del numero delle quote, elementi invece irrilevanti per determinare l'entità delle sanzioni o misure interdittive, ovvero per la confisca del profitto, etc. Infine, la probabile inflizione delle sanzioni o delle misure è sensibile alla complessità della fattispecie base di illecito che ne costituisce il presupposto: così, la maggior complessità delle condizioni richieste per l'applicazione di misure e sanzioni interdittive comporta una minore probabilità di inflizione rispetto alla sanzione pecuniaria o alla confisca.

Il complessivo apparato sanzionatorio che si è sopra richiamato assegna alla confisca la funzione di annullare del tutto il profitto conseguito dal reato, introducendo così una significativa diseconomicità e costituendo per l'ente, insieme agli altri strumenti sanzionatori, una consistente contropinta economica al reato, il quale si traduce in un costo tale da superare in modo netto i benefici che possono derivare all'ente dall'illecito medesimo.

In conclusione, si può affermare come un istituto appartenente da sempre alla nostra tradizione giuridica, come la confisca, stia dimostrando una vitalità e una duttilità tali da renderlo oggi lo strumento forse più efficace per fronteggiare la criminalità del profitto ed in particolar modo contrastare e prevenire la criminalità di impresa.

2. LE CONFISCHE PREVISTE E LA LORO NATURA.

Nel D.Lgs. nr. 231/2001 l'istituto della confisca viene richiamato in diverse disposizioni normative nell'ambito delle quali, tuttavia, esso (nel suo generico significato di ablazione coattiva di beni sottratti alla disponibilità dell'avente diritto) si specifica in modo diverso a seconda del contesto in cui è chiamato ad operare⁴³⁷.

Nel dettaglio, la confisca è prevista nel decreto sulla responsabilità degli enti nelle seguenti disposizioni:

- dall'art. 6, comma 5, secondo cui è disposta la confisca anche per equivalente del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nel caso di esenzione da responsabilità dell'ente per l'efficace adozione e implementazione di modelli organizzativi idonei;
- in caso di sentenza di condanna nei confronti dell'ente *ex* artt. 9 e 19, commi 1 e 2, secondo cui è disposta la confisca anche per equivalente del prezzo o del profitto del reato, salvo per la parte che può essere restituita al danneggiato e salvi i diritti dei terzi di buona fede;
- nei casi di condotte riparatorie *ex* art. 17 (che consentono all'ente di evitare sanzioni interdittive), ove è previsto che l'ente metta a disposizione il profitto del reato per la confisca (art. 17, comma 1, lett. c);
- in caso di illecito dipendente dal reato di inosservanza delle sanzioni

437 Il decreto contempla diversi tipi di confisca: accanto a provvedimenti di carattere squisitamente afflittivo, il legislatore predispone ablazioni tendenti a riparare le conseguenze dannose derivanti dal reato ovvero a ristabilire l'equilibrio economico sconvolto a causa dell'illecito stesso. In argomento, si deve anche segnalare che il D.Lgs. nr. 231/2001 ha introdotto la prima ipotesi di confisca del profitto a carico dell'ente. La confisca amministrativa di cui agli artt. 20 e 21 Legge nr. 689/1981, infatti, consegue pur sempre all'illecito amministrativo della persona fisica. Ed anche il meccanismo di solidarietà nell'obbligazione previsto dall'art. 6, comma 3, legge cit., il quale consente la confisca di cose appartenenti a persone cui è ingiunto il pagamento, invero risulta parametrato sulla pena pecuniaria e non sul profitto e si lega in termini di responsabilità al destino della persona fisica. Per questa ragione non sembra assimilabile alla confisca in esame che costituisce una conseguenza sanzionatoria dell'autonomo illecito dell'ente. Perciò, l'unico precedente di confisca che poteva colpire l'ente risultava essere quello della confisca dei beni appartenenti alle associazioni fasciste ed alle associazioni segrete (art. 3 legge nr. 645/1952 e art. 3 legge nr. 17/1982), con evidenti caratteri di pena patrimoniale, estesa al complesso dei beni della persona giuridica e, quindi, con finalità e natura radicalmente distinti rispetto alla confisca oggetto di esame.

interdittive ai sensi dell'art. 23, comma 2, secondo cui si applica la confisca del profitto a norma dell'art. 19;

- ai sensi degli artt. 15, comma 4, e 79, comma 2, secondo cui a seguito della gestione commissariale disposta dal giudice in sostituzione della misura o della sanzione dell'interdizione dall'attività, viene confiscato il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività medesima, la cui entità è indicata nel rendiconto commissariale sulla gestione.

La questione relativa all'individuazione della natura giuridica delle misure ablatorie previste dal D.Lgs. 231/2001 ha chiaramente risentito del vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di natura giuridica della responsabilità da reato degli enti, qualificata espressamente dal legislatore come “*amministrativa*”, ma che deve essere considerata secondo parte della dottrina come *sostanzialmente penale* o per altri ancora riconducibile ad un *tertium genus*⁴³⁸. Pertanto, la soluzione relativa alla natura giuridica delle confische previste nel suddetto decreto deve invero essere trattata in maniera differenziata a seconda delle diverse ipotesi di ablazione ivi individuate; rimane in ogni caso fermo il punto che la misura ablatoria della confisca risulti senza dubbio finalizzata a sottrarre all'ente ogni tipo di vantaggio economico derivante dall'illecito commesso⁴³⁹.

3. (Segue). LA CONFISCA EX ARTT. 9 E 19 D.LGS. 231/2001.

Dalle disposizioni normative sopra richiamate, emerge innanzitutto un dato importante ovvero l'espressa qualificazione della confisca *ex artt. 9 e 19* decr. cit.

438 Per una completa ricostruzione si rinvia a R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, XIII Ed., 2016/2017, pag. 392 e ss.

439 Vedi D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, nella *Collana Seminario Giuridico Univ. di Bologna*, 2007, pag. 316, ove l'Autrice sottolinea come il tema della effettiva natura della responsabilità degli enti, oggetto di dibattito non ancora sopito a causa della discrasia tra tenore letterale e contenuto sostanziale dell'ordito normativo, rappresenta ancora oggi un punto fondamentale della riflessione penalistica a causa della sua biunivoca connessione con l'intera struttura e disciplina delle conseguenze sanzionatorie; pertanto, l'incidenza della soluzione ermeneutica adottata si ripercuote sull'apparato sanzionatorio e, soprattutto, sulla confisca. Per un quadro dei principali orientamenti vedi anche G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 151 e ss.

in termini di “*sanzione*”. Infatti, con l’art. 9 la confisca viene collocata tra le “*sanzioni amministrative*” per gli illeciti dipendenti da reato insieme alle sanzioni pecuniarie, alle sanzioni interdittive e alla pubblicazione della sentenza di condanna; e con l’art. 19 la sua disciplina è introdotta nella Sezione II intitolata “*sanzioni in generale*” ed in modo coerente a tale qualificazione la disposizione in oggetto prevede che “*nei confronti dell’ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato ...*”⁴⁴⁰.

Sulla scorta di questo argomento testuale, la dottrina maggioritaria, afferma che l’istituto contemplato da queste disposizioni sia stato il frutto di una precisa scelta del legislatore nel senso di ricondurlo ad una *natura sanzionatoria*⁴⁴¹.

A sostegno di questa conclusione si afferma anche che le espressioni terminologiche usate dal legislatore del 2001, in punto di qualificazioni giuridiche, non possano non ritenersi vincolanti per l’interprete, questo alla luce del dato che, nella legge sulla responsabilità degli enti, alla qualificazione formale della misura data, il legislatore ha accompagnato elementi di disciplina positiva del tutto coerenti con detta qualificazione. Inoltre, secondo detta tesi dottrinale, ulteriore conferma della natura sanzionatoria della misura prevista dagli artt. 9 e 19 cit. si trae dal fatto che quando il legislatore ha inteso che si procedesse ugualmente alla confisca, pur in assenza di condanna o di responsabilità dell’ente, lo ha stabilito espressamente con eccezioni alla suddetta regola generale, in tal modo indirettamente ribadita.

Occorre, tuttavia, sottolineare come non manchino voci in dottrina⁴⁴² che sottolineano nella confisca in esame la mancanza delle caratteristiche afflittive tipiche della pena, ma proprie della misura di sicurezza. A sostegno di questa ricostruzione viene evidenziata la similitudine dei presupposti richiesti dall’art. 19

440 Vedi *funditus*, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., pag. 315 e ss.

441 Invero, l’attribuzione di una natura sanzionatoria alla confisca non è una novità per le codificazioni dell’Italia post-unitaria, posto che già storicamente la confisca era stata caratterizzata in questo modo nel Codice Zanardelli del 1889, in riferimento al quale la dottrina lo aveva ritenuto un istituto affine a quello della pena. Vedi, ad esempio, PESSINA, *Manuale di Diritto Penale Italiano*, Napoli, 1899.

442 A. NOCETI, M. PIERSIMONI, *Confisca ed altre misure ablatorie patrimoniali*, Giappichelli, 2011, pag. 162 e ss.

cit. e quelli previsti nell'art. 240 c.p. ed, in particolare, tra questi, la sentenza di condanna a carico degli enti. Si tratta di una previsione che, laddove si trattasse di una sanzione vera e propria, non troverebbe ragione di esistere, posto che l'irrogazione di una sanzione è ammessa soltanto a seguito di una sentenza definitiva di condanna. In questa prospettiva di similitudine con la misura di sicurezza *ex art. 240 cit.*, viene anche sottolineata la disciplina prevista a tutela dei terzi contenuta nell'art. 19, di cui sono fatti salvi i diritti. Anche in questo caso si tratterebbe di una previsione ultronea laddove si intendesse qualificare la misura come sanzione, in ossequio al principio di colpevolezza.

In punto di disciplina, va ancora sottolineato come l'art. 19 cit. faccia riferimento all'applicazione obbligatoria della confisca solo in caso di condanna dell'ente, senza equiparare a questa la pena applicata su richiesta delle parti (come avviene in relazione ad altre ipotesi speciali) né rinviare all'art. 240 c.p.⁴⁴³. Ora, atteso il disposto dell'art. 6, comma 5, sul quale si tornerà *infra*, rispetto ai fatti di reato attribuiti ai soggetti apicali, si osserva che costituirebbe un paradosso giuridico consentire la confisca nei casi di esclusione della responsabilità dell'ente e invece negarla nell'ipotesi di cd. patteggiamento: l'ente, infatti, avrebbe maggior interesse a patteggiare, evitando l'ablazione, piuttosto che ad ottenere una pronuncia assolutoria⁴⁴⁴.

L'ipotesi di confisca *ex art. 19 cit.*, in quanto sanzione principale, soggiace alla disciplina della prescrizione di cui all'art. 22; non prevista, invece, la prescrizione dell'illecito ascrivibile all'ente⁴⁴⁵. La medesima risente altresì delle conseguenze

443 Sottolinea questo aspetto D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., pag. 319 e 320.

444 In questo senso D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, op. cit. pag. 320, secondo la quale *“peraltro, il patteggiamento potrebbe rientrare autonomamente nella previsione ex art. 6, comma 5, secondo cui è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente”*.

445 Il legislatore della legge delega ha imposto per l'illecito amministrativo una prescrizione quinquennale e di disciplinarne l'interruzione secondo le norme del codice civile (art. 11, comma 1, lett. r) Legge nr. 300/2000. Invero, l'art. 11, comma 1, lett. r) della legge delega – come del resto lo stesso art. 22 D.Lgs. 231/2001 – si esprime in termini di (prescrizioni delle) sanzioni amministrative (tra le quali è esplicitamente richiamata la confisca: art. 1 lett. i) della legge delega ed art. 9 D.Lgs. 231/2001), non di (prescrizione dell') illecito. Il termine è di cinque anni dalla commissione del reato presupposto; si aggiunge che l'interruzione della prescrizione è regolata dalle orme del codice civile. tali previsioni sono simmetriche a quelle di

del verificarsi di talune cause estintive della punibilità. L'art. 8, comma 2, del decreto esclude la procedibilità nei confronti dell'ente quando l'amnistia sia concessa per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua operatività (salvo che la legge disponga diversamente); il comma 3 estende all'ente la facoltà di rinuncia all'amnistia, salvaguardando il suo diritto all'accertamento processuale nel merito. La disciplina non distingue tra amnistia propria e impropria: si ritiene, quindi, che anche la seconda, estintiva della pena, sia applicabile nei confronti dell'ente. Alla luce di detta considerazione, si afferma che non vi sono ragioni per escludere a priori che anche in relazione all'indulto possa ragionarsi in termini analoghi, rimettendo, tuttavia, l'estensione del beneficio ai presupposti contenuti nel provvedimento clemenziale.

Infine, ulteriore profilo problematico inerente la disciplina della confisca in oggetto risulta essere la previsione secondo cui essa (insieme alla restituzione delle cose sequestrate), a norma dell'art. 74, comma 2, lett. d) D.Lgs. 231/2001, può essere disposta dal giudice dell'esecuzione: si afferma, infatti, che avendo la confisca natura obbligatoria, questa, laddove non disposta nel giudizio di cognizione, debba essere applicata in sede di esecuzione. Si tratta di una norma che suscita alcuni dubbi poiché consente a quest'ultimo di modificare il giudicato "aggiungendo" – non una misura di sicurezza, ma – una sanzione principale obbligatoria non irrogata dal giudice della cognizione⁴⁴⁶.

Secondo l'opinione prevalente, espressiva di una funzione tipicamente sanzionatoria risulta essere, al pari di quella prevista dall'art. 19 cit., la confisca di cui all'art. 23 D.Lgs. nr. 231/2001, posto che la medesima si connota solo per la

cui all'art. 28 Legge nr. 689/1981, secondo cui *"il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive ne termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione. L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile"*. Riferisce la prescrizione alla "sanzione" e non all' "illecito" amministrativo T.E. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, pag. 76. L'art. 60 D.Lgs. 231/2001 precisa che non può procedersi alla contestazione del reato ex art. 59 quando il reato da cui dipende l'illecito amministrativo è estinto per prescrizione.

⁴⁴⁶ Queste riflessioni sono di D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., pag. 321.

peculiarità dell'illecito di cui è responsabile l'ente⁴⁴⁷: la violazione degli obblighi o dei divieti inerenti una sanzione o una misura cautelare interdittiva comporta anche la sanzione della confisca del profitto derivante dalla loro violazione.

Tale misura restrittiva, dunque, richiamando espressamente la disposizione di cui all'art. 19, si presenta quale sanzione principale a presidio dell'illecito previsto a carico dell'ente per l'inosservanza dei divieti imposti dalla misura interdittiva.

L'art. 17, comma 1, lett. c) introduce poi una ipotesi di confisca riparatoria delle conseguenze del danno. La disposizione citata prevede, infatti, che la messa a disposizione, ai fini di confisca, del profitto conseguito consente all'ente, al ricorrere di ulteriori condizioni, di evitare sanzioni interdittive⁴⁴⁸. Al riguardo, si è sottolineato in dottrina⁴⁴⁹ come l'art. 17, prevedendo che laddove l'ente metta a disposizione il profitto del reato venga evitata l'applicazione delle sanzioni interdittive, porti a ritenere che simile condotte riparatorie, non comportino l'esenzione di responsabilità, ma limitino solamente lo spettro delle sanzioni applicabili e ciò confermerebbe la natura sanzionatoria della confisca in esame.

Ulteriore ipotesi di confisca contemplata dal decreto legislativo istitutivo della responsabilità amministrativa dell'ente è descritta dall'art. 15, comma 4, il quale prevede la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività degli enti svolgenti un pubblico servizio affidata al commissario giudiziale⁴⁵⁰. Il profitto,

447 In dottrina vedi T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit., pag. 398. In giurisprudenza vedi Cass. Pen., S.U., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri.

448 Le ulteriori condizioni (sub art. 17), che devono ricorrere prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, sono: a) che l'ente abbia risarcito integralmente il danno ed abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) che l'ente abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

449 Vedi T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit., 398.

450 La Relazione allo schema del D.Lgs. nr. 231/2001, al punto 6 (Le sanzioni interdittive), così definisce la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione commissariale dell'attività: *“Egli (il giudice) provvederà, infine, alla confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività. Quest'ultima disposizione è intimamente collegata alla natura comunque sanzionatoria del provvedimento adottato dal giudice: la confisca del profitto serve proprio ad enfatizzare questo aspetto, nel senso che la prosecuzione dell'attività è pur sempre legata alla sostituzione di una sanzione, sì che l'ente non deve essere messo nella condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di una attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe interditta”*.

dunque, della gestione commissariale è oggetto di confisca. Il provvedimento di confisca accede così non più al profitto derivante dal reato, dal quale perde, dunque, ogni collegamento, ma a quello conseguito in epoca successiva al reato medesimo e derivante dalla gestione commissariale.

Il disposto dell'art. 15 cit. si discosta così dalla struttura sanzionatoria tipica del provvedimento obbligatorio, rispondendo la confisca ivi prevista ad un'ottica compensativo – riparatoria. Nel caso della confisca del profitto da gestione commissariale non può, infatti, esservi alcun dubbio che si tratti di profitto derivante da attività lecita, non solo perché si tratta di attività d'impresa⁴⁵¹, ma anche perché si tratta di attività ordinata dal giudice, compiuta sotto il suo diretto controllo da un organo da lui stesso nominato, in condizioni legittimanti l'attività, che il legislatore ha ritenuto meritevoli di particolare tutela⁴⁵².

La misura in oggetto mantiene, tuttavia, anche finalità punitiva seppur in ragione ed in misura derivata dalla mancata applicazione della sanzione interdittiva dell'interruzione dall'esercizio dell'attività. Il legislatore ha infatti previsto una sorta di confisca obbligatoria *in sostituzione* di un provvedimento che, sussistendone i presupposti applicativi, darebbe luogo all'interruzione delle attività lavorative di un ente che svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività (art. 15 lett. *a*) o di un ente la cui interruzione dell'attività potrebbe provocare, tenuto conto delle dimensioni o condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione (art. 15 lett. *b*).

Da quanto sopra detto, infine, emerge come la natura lecita o illecita dell'attività da cui deriva il profitto da confiscare non sia invero priva di rilievo, in quanto pone l'esigenza di differenziare le modalità di determinazione del profitto oggetto di confisca e valutare l'estensione delle disposizioni previste per un tipo di confisca all'altro, con particolare riguardo alla stessa possibilità di ricorrere a

451 L'esercizio di attività di impresa in sé considerato può diventare illecito quando avvenga in violazione di una sanzione o di una misura cautelare interdittiva, costituendo in tal caso reato di cui all'art. 23, comma 1 e 2, D.Lgs. nr. 231/2001.

452 In questi termini vedi, T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit., 400.

sequestro preventivo speciale, posto che questo è previsto dall'art. 53 solo per assicurare la confisca di cui all'art. 19, cioè la confisca-sanzione conseguente alla condanna dell'ente in relazione ad un illecito dipendente da reato.

4. (Segue). LA CONFISCA EX ART. 6, COMMA 5, D.LGS. 231/2001.

Differente rispetto all'ipotesi di confisca sopra esaminata appare la misura descritta dall'art. 6, comma 5, D.Lgs. 231/2001⁴⁵³, il quale prevede l'applicabilità della confisca del profitto anche nel caso in cui l'ente vada esente da responsabilità per aver adottato un efficace e idoneo modello di organizzazione e gestione.

Invero, anche con riferimento alla natura della confisca in oggetto non vi è unanimità di vedute.

La dottrina maggioritaria osserva come la norma, disponendo la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche ove sia esclusa la responsabilità amministrativa dell'ente, più che una funzione sanzionatoria, assuma una funzione ripristinatoria, volta a ricreare l'equilibrio economico dell'ente e a neutralizzare ogni alterazione economica che il reato presupposto ha causato⁴⁵⁴.

Altra parte della dottrina⁴⁵⁵, invece, ne sostiene la natura sanzionatoria, rilevando che così, come l'ente si avvantaggia materialmente di illeciti penali commessi da persone fisiche operanti nel suo ambito, altrettanto deve subire le conseguenze sfavorevoli in conseguenza della commissione di quel reato. In altri termini, ove

453 L'inserimento della previsione nel corpo dell'art. 6 decr. induce a delimitare l'ambito di operatività della confisca ai profitti derivanti da reati commessi da soggetti apicali, mentre la mancata introduzione di una analoga norma all'interno dell'art. 7 vale ad escluderla per gli illeciti commessi dai sottoposti. Sul tema vedi approfonditamente D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., pag. 325 e ss.

454 Vedi R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, cit., pag. 11. Nella Relazione governativa di legge che "la circostanza che, nel caso di elusione fraudolenta del modello senza colpa dell'ente, non sia ravvisabile alcuna responsabilità dello stesso, nulla toglie all'inopportunità che la persona giuridica si giovi dei profitti economici che comunque abbia tratto dall'operato del cd. amministratore infedele".

455 T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, op. cit., 397 e ss.

si intende premiare l'ente mandandolo esente da conseguenze per essersi correttamente attivato al fine di prevenire l'illecito, ove questo sia ugualmente commesso e l'ente ne abbia tratto profitto non può ammettersi che l'ente medesimo se ne avvantaggi. Ciò nondimeno la previsione espressa di tale confisca era necessaria in quanto la presenza dell'elemento impeditivo (cioè l'adozione del modello organizzativo idoneo a prevenire reati) imponeva di specificare se e quali conseguenze dell'illecito verificatosi esso producesse ugualmente, ciò in quanto gli elementi impeditivi non necessariamente bloccano tutti gli effetti connessi all'illecito⁴⁵⁶.

Secondo altro orientamento la natura giuridica di questa ipotesi di confisca è assimilabile a quella di una misura di sicurezza, sostenendosi come l'art. 6 presenti una eminente connotazione preventiva⁴⁵⁷: in tale prospettiva la tipologia di confisca in commento si legherebbe al concetto di *pericolosità reale*, a sua volta desunta dalla provenienza criminale della cosa e che potrebbe, dunque, essere ricondotta alla lettura della obbligatorietà della confisca come operante anche nei casi di assoluzione. Al riguardo, occorre richiamare quanto contenuto nella Relazione governativa, nella quale si legge *“la circostanza che, nel caso di elusione fraudolenta del modello senza colpa dell'ente, non sia ravvisabile alcuna responsabilità dello stesso, nulla toglie all'inopportunità che la persona*

456 In questi esatti termini si esprime T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, cit., pag. 398.

457 Cfr. S. GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, nr. 231*, in Collana *Teoria e pratica dr. III: dir. proc. pen.*, 2001, pag. 126. In senso critico vedi D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., pag. 326 e 327, la quale sottolinea che *“quello in esame costituirebbe, tuttavia, uno strumento di prevenzione che appare decisamente sui generis, proprio perché operante nei confronti di un soggetto del quale l'ordinamento presume iuris tantum la responsabilità (art. 5), ma che ha superato tale presunzione, fornendo le prove (contrarie) dell'osservanza dei parametri indicati dall'art. 6: a differenza che nel caso dell'art. 12 sexies Legge nr. 356/1992, dove la sospetta (e non confutata) origine illecita di parte del patrimonio è invocata a ragione della disciplina, nel caso de quo il soggetto cui vengono appresi i beni ha dimostrato la liceità del proprio comportamento, e cioè ha fornito la prova positiva del fatto di aver posto in essere tutti gli accorgimenti richiesti dalla legge per prevenire e impedire la commissione del reato”*. Vedi anche G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti di precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pag. 754 e ss. in ordine all'approfondimento di un nuovo modello di responsabilità dell'ente che costituisca una sintesi di due profili: da un lato, la qualità di garante; dall'altro destinatario diretto di precetti e direttive.

giuridica si giovi dei profitti economici che dunque abbia tratto dall'operato del cd. amministratore infedele”.

La giurisprudenza⁴⁵⁸ sostiene come in questa ipotesi riesca difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. Secondo le S.U., in questo specifico caso, dovendosi, di norma, escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di *uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto*, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire – sia pur incolpevolmente – un profitto genericamente illecito. Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6, comma 5, cit. non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto, che richiama esclusivamente l'art. 19.

Siffatta impostazione è stata ribadita dalle S.U. con la nota sentenza *Gubert*⁴⁵⁹ le quali affermano: *“si tratta, come è evidente, di una previsione di carattere generale che impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la irresponsabilità dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad obiettivo vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante”.*

Tale conclusione è stata criticata da una voce autorevole della dottrina⁴⁶⁰ la quale evidenzia come la confisca di cui all'art. 6, quinto comma, non solo presuppone la commissione del reato da parte del soggetto posto in posizione apicale, ma esige, altresì, l'apertura di un procedimento a carico della società conclusosi senza una condanna. La suddetta norma, infatti, risulta inserita all'interno del sotto-sistema

458 Cass. Pen., S.U., 2 luglio 2008, nr. 26654.

459 Cass. Pen., S.U., 30 maggio 2014, nr. 10561 cit.

460 ROMANO M., *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2016, pag. 1689.

relativo alla responsabilità degli enti e, pertanto, ne mutua la ratio e il fondamento, tanto da far affermare all'Autore: *“la confisca diretta deve a mio avviso ritenersi ammissibile, non perché si tratti di denaro bene fungibile, ma perché la società non può dirsi in questi casi persona estranea al reato (...). A fronte di chi ritiene non estraneo, oltre all'autore del reato, il solo concorrente, non sono pochi coloro che considerano chi abbia partecipato all'utilizzazione dei profitti del reato; (...) insomma: misura comunque sui generis, nell'ordinamento, la confisca ha la funzione originaria di colpire il profitto là dove il reato lo ha posto, sino a che colui che lo detiene non sia, rispetto al reato che l'ha prodotto, del tutto estraneo”*⁴⁶¹.

Tuttavia la giurisprudenza⁴⁶² sul punto si è allineata sull'interpretazione data dalle S.U. alla confisca prevista dall'art. 6, comma 5 e, dunque, ribadisce che la confisca diretta del profitto di reato è sempre possibile nei confronti della persona giuridica, anche se le violazioni siano state commesse dal legale rappresentante o da altro soggetto nell'interesse della società. Ciò in quanto il profitto o i beni ad esso direttamente riconducibili siano rimasti nella disponibilità della società e costituiscano anche il risparmio di spesa corrispondente alla somma non versata: in definitiva, l'impossibilità di procedere a confisca diretta del profitto costituirebbe il presupposto per procedere a quella di valore.

Infine, occorre sottolineare come il profilo dell'individuazione della natura giuridica della confisca condizioni il regime di disciplina applicabile: ci si interroga, in particolare, sui limiti di applicabilità degli artt. 25, comma 2, Cost. e 2 c.p. E' indubbio, infatti, che il tema del regime normativo applicabile in materia di successione di leggi nel tempo sia un profilo particolarmente problematico soprattutto in relazione alle figure di incerta collocazione sistematica⁴⁶³.

Ebbene, vero è che gli artt. 2 e 3 D.Lgs. 231/2001 ripropongono per gli illeciti

461 Ibidem.

462 Cass. Pen., Sez. III, 22 marzo 2016, nr. 20763; Cass. Pen., Sez. VI, 14 luglio 2015, nr. 33226.

463 Ad esempio, l'art. 15 Legge 29 settembre 2000, nr. 300 che ha introdotto l'art. 322 ter c.p., stabilisce l'irretroattività della disposizione la quale impone una ipotesi di confisca obbligatoria, anche nella forma per equivalente, per i fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge stessa.

amministrativi da reato e per le relative sanzioni i principi di legalità e di successione di legge di cui all'art. 1 c.p., ma si tratta di norme di legge ordinaria privi della copertura costituzionale di cui all'art. 25. Chiaramente ad esiti interpretativi opposti si perviene accogliendo la tesi che sostiene la natura sostanzialmente penale delle sanzioni in esame. Invece, riconducendo l'ablazione del profitto alla tipologia delle condotte riparatorie e risarcitorie, non comprese nel novero delle sanzioni di cui all'art. 9 D.Lgs. 231/2001, viene esclusa l'applicabilità dell'art. 2 del decreto.

Al riguardo, si è affermato in dottrina⁴⁶⁴ di superare la questione della reale natura della responsabilità dell'ente e della indagine sulla colpevolezza, per rintracciare un diverso fondamento dell'art. 6, comma 5, recuperando la *ratio* dell'art. 240, comma 2, nr. 2, c.p. Sulla scorta dell'orientamento prevalente - si è detto - soltanto i beni che sono *oggetto del reato*, ovvero cose *in sé pericolose*, possono essere oggetto di provvedimenti ablativi "*anche se non è stata pronunciata condanna*", in quanto la loro fabbricazione, porto, detenzione o alienazione di per sé costituisce reato. La disciplina in materia di responsabilità degli enti sembra ispirarsi a tale modello, stabilendo che il profitto debba comunque essere appreso dallo Stato: se le ragioni di tale scelta vadano ricercate nella intrinseca pericolosità del profitto sebbene incolpevolmente tratto dal reato, oppure nella illiceità della sua origine, è questione che rimane aperta. Un autorevole orientamento dottrinale⁴⁶⁵ propugna che, in caso di accertamento del reato, almeno i profitti da illecito siano sempre e comunque sottratti all'autore e alla persona giuridica, posto che la *controspinta* esercitata da una sanzione commisurata al profitto presenta una importante efficacia dissuasiva: la confisca, infatti, va ad incidere negativamente sullo scopo tipico dell'impresa ovvero il profitto.

In conclusione, se la disciplina (in particolare, la regolamentazione sanzionatoria)

464 D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit.

465 Cfr. F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzione*, in *Ind. Pen.*, 1992, pag. 228, il quale osserva che la sanzione commisurata al profitto può attingere a livelli di severità sproporzionati per eccesso alla gravità oggettiva della violazione, mentre talvolta il profitto non è agevolmente quantificabile e rende necessaria la valutazione discrezionale del giudice.

predisposta dal D.lgs. 231/2001 costituisce un sottosistema autonomo del “sistema punitivo”, comprendente sia il diritto penale che il diritto amministrativo punitivo, non meno rilevante risulta stabilire quali conseguenze da tale presupposto derivino ovvero quale sia il *regime di garanzie costituzionali* che al *sistema punitivo* siano e debbano essere riconosciute⁴⁶⁶.

5. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI PROFITTO CONFISCABILE EX D.LGS. 231/2001.

Delineato il quadro delle “*confische*” previste dal decreto, misure destinate ad atteggiarsi – come abbiamo visto – in modo diverso a seconda del concreto contesto in cui sono chiamate ad operare, se ne impone ora una breve ricognizione in punto di giurisprudenza, prima di volgere lo sguardo alla nozione di *profitto* e alla sua consistenza.

La Suprema Corte di Cassazione riconosce come sulla base della disciplina positiva e dell’espressa qualificazione legislativa, la confisca di cui agli artt. 9, comma 1, e 19, comma 1, del decreto si presenti quale “*sanzione principale, obbligatoria e autonoma rispetto alle altre pure previste dal decreto in esame*”⁴⁶⁷. Riconosce altresì natura sanzionatoria alla confisca posta dall’art. 23, comma 2: anch’essa definita come “*sanzione principale*”⁴⁶⁸.

La stessa giurisprudenza rileva, invece, come alla confisca di cui all’art. 6, comma 5, non possa essere attribuita natura sanzionatoria, difettando la responsabilità dell’ente, ma nemmeno la finalità preventiva tipica delle misure di sicurezza, mancando un profilo di intrinseca pericolosità del bene oggetto di espropriazione. Afferma, infatti, la S.C. “*in questa ipotesi riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di*

466 In questi esatti termini si esprime D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, cit., pag. 339 e 340.

467 Cass. Pen. S.U., 27 marzo 2008 - 2 luglio 2008, nr. 26654, Fisia Italimpianti Srl, in *CED* nr. 239925.

468 Cass. Pen. S.U., nr. 26654/2008, cit. in motivazione.

cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una finalità squisitamente preventiva, collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale. Ritiene la Corte che, in questo specifico caso, dovendosi di norma escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della res oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito”; ed aggiunge la Corte “ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6, comma 5, non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto, che richiama esclusivamente l'art. 19”⁴⁶⁹.

In relazione alla confisca di cui all'art. 15, comma 4, si riconosce invece “*natura di sanzione sostitutiva*”. In questo senso, la Cassazione fa espresso richiamo alla *Relazione* allo schema del decreto legislativo, nel quale si precisa che, in tale ipotesi, la confisca del profitto serve proprio a che l'ente non sia messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di una attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta. Tuttavia, proprio la natura lecita dell'attività produttiva del profitto, porta la Cassazione a definire precisamente quale sia nell'ambito dell'ipotesi di confisca in esame la nozione di profitto confiscabile. Si è così precisato che nella confisca del profitto oggetto di gestione commissariale “*il profitto si identifica con l'utile netto poiché in questo caso la confisca è collegata ad una attività lecita che viene proseguita - sotto il controllo del giudice - da un commissario giudiziale nell'interesse della collettività (garantire un servizio pubblico o di pubblica necessità ovvero i livelli occupazionali) e non può che avere ad oggetto, proprio per il venir meno di ogni nesso causale con l'illecito, la grandezza contabile residuale, da assicurare comunque alla sfera statale, non potendo l'ente beneficiare degli esiti di una attività dalla quale, in luogo dell'applicazione della*

469 Cass. Pen., S.U. nr. 26654/2008 cit. in motivazione.

corrispondente sanzione interdittiva, è stato estromesso”⁴⁷⁰.

L’argomentazione di cui sopra spiega perché, invece, con riferimento alla confisca del profitto del reato di cui agli artt. 9 e 19 cit., da qualificarsi come sanzione autonoma e principale, il profitto confiscabile viene inteso come il vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato ovvero il complesso dei vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendo invece escludersi con riferimento ad esso qualsiasi utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico quali quelli di “*profitto netto*” o “*profitto lordo*”⁴⁷¹. Sulla nozione di profitto si tornerà approfonditamente nel prosieguo.

La rilevante incidenza della natura dell’attività produttiva del profitto, che può avere connotati di liceità e illiceità nella stessa attività di impresa, sottolinea dunque il ruolo che il profitto e la confisca possono assumere nel sistema della responsabilità degli enti ma, forse, anche più in generale, come sopra si è avuto già modo di evidenziare⁴⁷².

Ebbene, illustrato l’articolato ventaglio di ipotesi di confisca prese in considerazione dalla disciplina sulla responsabilità degli enti, occorre ora esaminare *funditus* la nozione di profitto (e la *consistenza* del profitto confiscabile), in primo luogo inteso come oggetto su cui le confische possono esplicitare gli effetti ablatori⁴⁷³.

Tale profilo è stata affrontato dalle Sezioni Unite⁴⁷⁴, intervenute a dirimere il

470 Cass. Pen., S.U. nr. 26654/2008 cit. in motivazione.

471 Cass. Pen., S.U. nr. 26654/2008 cit. in motivazione. Le Sezioni Unite introducono tuttavia un correttivo volto proprio a tener conto anche in questi casi dell’incidenza che l’attività lecita di impresa può avere, precisando infatti che il vantaggio economico derivante dal reato deve essere calcolato “*al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente*”.

472 Vedi sub *par.* 1. Del resto la strategia internazionale, in maniera sempre più esponenziale, affida alla confisca dei proventi del reato, intesi in senso sempre più ampio e onnicomprensivo, il ruolo di contrasto alla criminalità economica e a quella organizzata e, a tal fine, elabora strumenti funzionali alla promozione dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia.

473 Per un’accurata disamina sul tema si rinvia a R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale – Parte Generale*, cit. pag. 384 e ss.

474 Cass. Pen., S.U., 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, nr. 26654, cit., la quale sancisce che il profitto del reato oggetto di confisca ai sensi dell’art. 19 d.lgs. 231/2001 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto; inoltre

contrasto interpretativo emerso in merito alla nozione di profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca disposto nei confronti di una società indagata per un illecito amministrativo dipendente da reato.

Preme, preliminarmente, precisare che il D.Lgs. 231/2001 effettua diversi riferimenti alla nozione di profitto: richiama la nozione in esame, innanzitutto, nell'art. 13, nel quale si parla di "*profitto di rilevante entità*" quale condizione per l'applicazione di una sanzione interdittiva. Come si evidenzierà meglio *infra*, in detta disposizione il profitto è da intendersi non solo come vantaggio effettivamente conseguito, ma anche di *prospettiva*, cioè ottenibile in virtù della posizione di privilegio nel mercato di cui l'ente gode grazie alla sua attività illecita.

Il termine profitto è richiamato, altresì, nell'art. 15, comma 4, con cui si disciplina la confisca del profitto della gestione commissariale: poiché, in tale ipotesi, la confisca è connessa, come sopra abbiamo già rilevato, ad una attività lecita dell'ente, proseguita sotto il controllo di un commissario giudiziale, il profitto viene identificato con l'utile netto.

Le Sezioni Unite si sono soffermate poi, in particolare, sulla nozione di profitto di cui all'art. 19, che prevede la confisca del profitto del reato nei confronti dell'ente. Ebbene, la Corte, richiamando precedente giurisprudenza sempre a Sezioni Unite⁴⁷⁵, la quale, con riferimento alla confisca/misura di sicurezza del profitto della concussione, ha privilegiato una nozione di profitto in senso estensivo - ricomprendendovi il bene acquistato con il denaro illecitamente conseguito attraverso il reato, sottolineando tuttavia la necessità di un rapporto diretto tra profitto e reato – si domanda se tale approdo interpretativo, maturato nell'ambito della previsione di cui all'art. 240 c.p. e riferito al profitto tratto da condotte totalmente illecite, sia valido anche in relazione alle previsioni di cui al D.Lgs. 231/2001. Premettono le S.U. che il termine profitto viene menzionato in diverse

la Corte chiarisce la nozione di profitto oggetto di confisca, precisando che essa non possa essere estesa fino ad arrivare ad una duplicazione della sanzione, quando l'ente, in adempimento del contratto, abbia posto in essere una attività, per i cui risultati economici manchi un nesso diretto ed immediato con il reato.

475 Il riferimento è a Cass. Pen., S.U., 25 ottobre 2007, nr. 10280.

disposizioni del decreto, che disciplinano situazioni eterogenee: in assenza, anche nel sistema delineato dal decreto, di una definizione di profitto confiscabile, è indubbio che essa assuma significati diversi in relazione ai differenti contesti normativi in cui è inserita. Quanto al profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto ex artt. 19 e 53 D.lgs. 231/2001 nei confronti dell'ente, lo stesso è in via di principio costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente. La confisca del profitto di cui all'art. 19 cit., concepita come misura afflittiva, risponde ad esigenze di giustizia ed, al contempo, di prevenzione generale e speciale. Il crimine non rappresenta in nessun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rientrare dei costi affrontati per la realizzazione del reato. Il diverso criterio del *profitto netto* - si sostiene - finirebbe per riversare sullo Stato il rischio di esito negativo del reato ed il reo e l'ente di riferimento si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica. Osservano ancora le S.U. come sussistano, tuttavia, ipotesi in cui l'applicazione del principio relativo all'individuazione del profitto del reato (come sopra individuato) può subire una deroga o un ridimensionamento. In sostanza, vi è secondo le S.U. l'esigenza di differenziare il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito (profitto non confiscabile). E' necessario, dunque, sottrarre alla confisca quest'ultimo corrispettivo che è estraneo all'attività criminosa a monte. In termini più concreti ciò significa che, ad esempio, in un appalto pubblico di opere, pur acquisito a seguito di una aggiudicazione illecita (in ipotesi per effetto di truffa), l'appaltatore che, nel dare esecuzione agli obblighi contrattuali assunti, adempie le proprie prestazioni ha diritto al relativo corrispettivo, il quale non può essere considerato profitto del reato, in quanto l'iniziativa lecitamente assunta interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita. Il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla

controparte che ne trae comunque una concreta utilità non può costituire una componente del profitto da reato, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale.

Occorre, infine, esaminare un ulteriore profilo della nozione di profitto di cui al decreto in esame: come sopra anticipato, l'art. 13 D.Lgs. 231/2001 fa espressamente riferimento alla nozione di “*profitto di rilevante entità*”, quale condizione per l'applicazione di una sanzione interdittiva.

Nell'interpretare questa nozione, la giurisprudenza prevalente pare seguire coordinate ermeneutiche differenti rispetto a quelle tracciate nel chiarire la consistenza del profitto inteso quale oggetto del provvedimento di confisca⁴⁷⁶.

Si è, infatti, sostenuto che l'entità del “*profitto rilevante*” non va riferita al solo profitto inteso come margine netto di guadagno, in quanto la valutazione che il giudice è chiamato a compiere non va operata alla stregua di criteri strettamente economico-aziendalistici, ma deve tener conto di tutti gli elementi che connotano in termini di valore economico l'operazione negoziale. Segnatamente, la nozione di profitto rilevante ex art. 13 cit. va intesa innanzitutto come entità comprensiva dell'intero importo del contratto di appalto (il quale è stato ottenuto mediante la commissione del reato-presupposto); ma tale valore non esaurisce l'ambito di tale nozione, dovendosi considerare anche altri “*indicatori*” idonei a ricostruire il complessivo profitto realizzato dall'ente, comprensivo dei vantaggi economici anche non immediati, ma per così dire di “prospettiva”, in relazione alla posizione di privilegio acquisita sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dagli organi apicali o dalle persone sottoposte alla direzione o vigilanza dell'ente medesimo. Secondo la S.C. il profitto così concepito consentirebbe di “*valutare in tutta la sua portata il disvalore del reato e dell'illecito amministrativo*” in grado di giustificare l'applicazione della più severa delle

476 Vedi Cass. Pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, dep. 17 marzo 2016, nr. 11209, in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di M. RIVERDITI, *Esigenze di effettività e funzione preventiva condizionano (sempre in positivo?) l'applicazione del D.Lgs. 231/2001: a proposito del profitto di rilevante entità e delle condotte riparatorie nelle dinamiche applicative delle misure interdittive*, ivi, 9 maggio 2016.

sanzioni previste dal D.Lgs. 231/2001⁴⁷⁷.

Da ultimo, ma non per importanza, non può non evidenziarsi come la confisca di una somma di denaro, nonostante la natura di bene fungibile, debba essere disposta in via diretta⁴⁷⁸. Secondo la Suprema Corte, dunque, la somma di denaro si confonderebbe automaticamente con tutte le disponibilità economiche dell'autore del reato perdendo, così, ogni connotato di autonomia. Siffatta impostazione si pone in aperto contrasto con quanto precedentemente sostenuto in seno alla giurisprudenza laddove, come evidenziato nel paragrafo 9), affermava che la natura giuridica del denaro non fa venir messo il nesso di pertinenzialità con il reato commesso, con la conseguenza che il denaro potrà essere oggetto di confisca di valore solo all'esito dell'infruttuosa ricerca dell'esatto profitto e della sua indisponibilità attuale. Pertanto, ad avviso di una più risalente impostazione, solo in questi casi potrà intervenire l'ablazione della somma, quale tantundem del profitto originario, non rinvenuto⁴⁷⁹.

6. GLI EFFETTI REDISTRIBUTIVI DELLA CONFISCA: DIRITTI DEI TERZI E DEL DANNEGGIATO.

L'art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001 nel prevedere, in caso di condanna, l'obbligatorietà della confisca del prezzo e del profitto del reato a carico dell'ente, prende espressamente in considerazione i *“terzi estranei”* all'illecito e i *“soggetti danneggiati”*, stabilendo appunto che detta misura venga disposta *“salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato”* e facendo altresì salvi *“i diritti*

477 Cass. Pen., Sez. II, 9 febbraio 2016, nr. 11209 cit., in motivazione. Nell'esemplificare i criteri di giudizio a quali sarebbe possibile fare riferimento per conferire concretezza a questa indicazione interpretativa, la S.C. enuclea: a) gli ulteriori lavori direttamente acquisiti dall'impresa in occasione della pregressa aggiudicazione illecita; b) l'assunzione dei requisiti per la qualificazione dell'impresa ai fini della partecipazione a gare di affidamento di lavori pubblici (cd. attestazione SOA); c) l'incremento del merito di credito dell'impresa presso gli istituti bancari e finanziari; d) l'aumento del potere contrattuale nei confronti dei fornitori e subappaltatori; e) l'ottimizzazione dell'utilizzo delle risorse aziendali; f) un maggiore accesso ad appalti, concorrendo in proprio, o acquisendo, in virtù delle aggiudicazioni illecite, una specializzazione di settore o attestazioni di lavori eseguiti anche ai fini di ipotesi consorziali.

478 Corte Cass., Sez. Un., n. 10651/2014; Corte Cass., Sez. Un., n. 31617/2015.

479 Corte Cass., n. 42300/2008.

acquisiti dai terzi in buona fede”.

Dunque, specifico limite alla confisca *ex art. 19 cit.* è costituito dalla tutela delle due suddette categorie, di cui occorre precisarne la portata.

Il citato art. 19, nel far salvi i diritti dei terzi di buona fede, non specifica la natura di questi diritti che impedirebbero la confisca, il che almeno *prima facie* porterebbe a ritenere che essi possano consistere in qualsiasi diritto, di proprietà o altro diritto reale (di godimento o di garanzia) o anche personale o obbligatorio. E su questa interpretazione risulta, infatti, attestata la dottrina⁴⁸⁰. La giurisprudenza tuttavia appare di contrario avviso, tendendo a restringere la clausola di salvezza posta a favore dei terzi. Ed invero, in una recente pronuncia le S.U. nell'esaminare l'art. 19 cit. hanno affermato che *“l'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema, che vuole salvaguardare, dal sequestro prima e dalla confisca poi, provvedimenti che intendono ristabilire l'ordine economico turbato dalla illecita attività dell'ente, soltanto i diritti dei terzi gravanti sui beni oggetto dell'apprensione da parte dello Stato, rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano. Del resto, la norma non parla di salvaguardia di diritti di credito eventualmente vantati da terzi, proprio perché si intendono salvaguardare soltanto i beni che, seppure siano provento di illecito, appartengano - cose appartenenti, secondo l'espressione usata dall'art. 240, comma 3, c.p. - a terzi estranei al reato, o meglio all'illecito commesso dall'ente”*⁴⁸¹. Dunque, secondo le S.U. poiché la norma parla solo di diritti, senza specificare che si tratta di *“diritti di credito”*, essa deve intendersi circoscritta ai soli diritti reali. Al riguardo, non si è mancato di obiettare lo stravolgimento da parte di questa giurisprudenza del principio secondo cui il legislatore *ubi voluit ibi dixit*: in forza di esso, qualora una norma intenda circoscrivere l'applicazione ad una limitata sfera di diritti, ciò deve essere esplicitamente previsto, dovendosi in

480 In questo senso, vedi T. E. EPIDENDIO, *La confisca la confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, 2011, op. cit. pag.411 e 412.

481 Cass. Pen., S.U., 17 marzo 2015 (25 settembre 2015), nr. 11170, Uniland S.p.a.: con questa pronuncia la S.C. è intervenuta su alcune articolate questioni relative ai limiti di opponibilità della confisca e ai rapporti tra sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente prevista dal D.Lgs. nr. 231/2001 e procedura fallimentare.

manca di tale specificazione, ritenere la disciplina ovviamente estesa a tutti i diritti (di credito e di carattere reale). Secondo l'interpretazione offerta dalla suddetta giurisprudenza, l'art. 19 cit. deve, invece, intendersi limitato ai soli diritti reali.

Ciò precisato in ordine alla natura dei diritti del terzo idonei ad impedire la confisca, ulteriore questione è quella dei presupposti per riconoscere la terzietà del soggetto titolare dei diritti sui beni: al riguardo, ci si limita a richiamare quanto già sopra esposto sul problema della *interposizione societaria* (cfr. Cap. I, par. 16). Merita, invece, in questa sede affrontare le tematiche afferenti la possibilità di identificare l'ente responsabile dell'illecito con quello titolare dei beni al momento della confisca, a causa di trasformazioni o modificazioni dell'ente medesimo, anche con riguardo all'eventualità che lo stesso sia dichiarato fallito o sottoposto ad altra procedura concorsuale.

Ebbene, a tal riguardo, si deve evidenziare come per le trasformazioni riconducibili alle modifiche della forma societaria ovvero a fusione, scissione o cessione d'azienda, l'ente modificato risponde dell'illecito dipendente da reato nei limiti ed alle condizioni espressamente previste dalle disposizioni contemplate nella Sezione II del Capo II ("*Vicende modificative dell'ente*" – artt. 28 - 33) del decreto, con la conseguenza che, in tal caso, restando ferma la responsabilità dell'ente modificato ciò comporta anche l'aggregabilità dei beni dell'ente così trasformato negli stessi limiti e alle stesse condizioni.

Il decreto, invece, nulla dispone con riferimento al caso in cui l'ente responsabile dell'illecito in precedenza compiuto sia assoggettato a fallimento o ad altre procedure concorsuali⁴⁸².

In argomento, la giurisprudenza⁴⁸³ sostiene che la sentenza dichiarativa di

482 Si rinvia anche al Cap. I par. 15.

483 Il riferimento è alla nota pronuncia Cass. Pen., S.U. 25 settembre 2014, nr. 11170, Uniland s.p.a., in *Diritto Penale Contemporaneo*, con nota di M. RIVERDITI, *Le sezioni Unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex D.Lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito*, ivi, 3 aprile 2015. Il quesito su cui era stato chiamato a pronunciarsi il Supremo Collegio è stato da quest'ultimo così riassunto: "*se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma dell'art. 19, comma 2, D.Lgs. nr. 231/2001, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in*

fallimento priva la società interessata dell'amministrazione e della disponibilità dei beni assoggettandoli alla procedura esecutiva concorsuale finalizzata al soddisfacimento dei creditori, tuttavia, il conseguente effetto di spossessamento non si traduce in una perdita della proprietà e, invero, la società resta titolare dei beni fino al momento della vendita fallimentare. Da ciò se ne fa conseguire che la permanente appartenenza dei beni all'ente ne giustifica la confisca.

E', infatti, pacifico che il fallimento della società non determini l'estinzione dell'illecito previsto dal D.Lgs. nr. 231/2001, non essendo ciò normativamente previsto: una società in stato di dissesto, per la quale si apra la procedura fallimentare, non può dirsi estinta tanto è vero che il curatore ha esclusivamente poteri di gestione del patrimonio al fine di evitare il depauperamento dello stesso e garantire la *par condicio creditorum*, mentre la proprietà del patrimonio compete ancora alla società⁴⁸⁴. Si afferma, dunque, l'insensibilità della confisca al fallimento, nel senso che non vi è alcuna norma che vieti l'apposizione di più vincoli sugli stessi beni; inoltre, il vincolo derivante dal sequestro finalizzato alla confisca e quello derivante dalla procedura concorsuale perseguono finalità diverse, consentendo la coesistenza dei due vincoli. Con riferimento alla posizione dei terzi/creditori concorsuali si afferma che in caso di apertura della procedura fallimentare, l'esistenza e il contenuto di un diritto da parte di un soggetto terzo sui beni acquisti alla massa fallimentare è riconosciuto soltanto al momento della chiusura della procedura fallimentare, si precisa infatti che *“coloro che si insinuano nel fallimento, vantando un diritto di credito, non possono essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art 19 del decreto, perché sarà proprio con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi*

considerazione le esigete tutelate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori di buona fede e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato e, in quest'ultimo caso, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV dl d.lgs. nr. 159/2011(cd. codice antimafia).

484 Cass. Pen. Sez. V, 16 novembre 2012, nr. 4335, Franza, Rv. 254326; Cass. Pen., Sez. V, 2 ottobre 2010, nr. 4771, Vanuzzo; Cass. Pen., Sez. V, 26 settembre 2012, nr. 44824, Magiste International s.a, Rv. 253482.

conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa essere o meno ammesso al passivo fallimentare. Il curatore nel contempo individuerà tutti i beni che debbono formare la massa attiva del fallimento, arricchendola degli eventuali esiti favorevoli di azioni revocatorie e soltanto alla fine la procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere all'assegnazione dei beni ai creditori. E' soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate". Pertanto, l'orientamento pretorio più recente sembra superare l'orientamento tradizionale⁴⁸⁵ secondo cui la confiscabilità dei beni del fallito è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice sulla base di un confronto comparativo degli interessi coinvolti e, segnatamente, della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare. L'art. 19 cit. pone poi, come sopra detto, una espressa clausola di salvezza a favore del danneggiato in ordine alla possibilità di restituzione.

Preme rilevare come detta riserva a favore del danneggiato sia oggetto di interpretazioni contrastanti sia in dottrina che in giurisprudenza. Più precisamente, si discute sulla latitudine applicativa di questa formula, soprattutto con riferimento alla valenza del termine "restituzione".

Segnatamente, l'orientamento prevalente in giurisprudenza ne propugna una esegesi restrittiva, ritenendo che non siano assoggettabili a confisca e, dunque, al prodromico sequestro, solo i beni o la parte di essi "*su cui il danneggiato può accampare una specifica pretesa restitutoria ossia una pretesa relativa alla restituzione in forza del diritto di proprietà o di un diritto di godimento o di una garanzia ovvero del possesso o della detenzione, pur se derivati da un negozio produttivo di effetti obbligatori*"⁴⁸⁶. Pertanto, i terzi danneggiati devono essere

485 Cass. Pen., S.U., 24 maggio 2004, nr. 29951, Focarelli, in *CED* nr. 228164: con cui è stata sancita la prevalenza della confisca (e del precedente sequestro) nei confronti della procedura fallimentare solo allorquando la stessa riguardi beni intrinsecamente pericolosi; diversamente, in difetto di tale requisito, la sua operatività è stata rimessa alla valutazione del giudice circa la prevalenza delle ragioni ad essa sottese rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori.

486 Cass. Pen., Sez. VI, 28 aprile 2010, nr. 16526. Si tratta (a quanto risulta) della prima

titolari di una specifica pretesa “restitutoria” sul patrimonio della società (*rectius* sulla parte di esso sequestrata), non essendo sufficiente al fine di evitare la confisca ed il prodromico sequestro, che siano esclusivamente legittimati ad esperire azioni risarcitorie nei confronti dell’ente.

Il suddetto orientamento pretorio è sostenuto anche dalla dottrina maggioritaria⁴⁸⁷, la quale afferma che la possibilità di restituzione ricorre soltanto quando il prezzo o il profitto del reato sia individuato in beni determinati e non sia confuso con altri beni. Tale conclusione deriva dall’utilizzo nel testo normativo del termine “restituzione”, poiché questo implica un bene individuato e specifico e non un semplice risarcimento mediante il pagamento del *tantundem*.

In particolare, quanto al denaro (che è il bene che più frequentemente rappresenterà l’oggetto del profitto), si afferma che può essere senz’altro oggetto di restituzione, ma solo a condizione che *“la somma possa essere individuata come quella, non già confusa, che ha costituito il prezzo o il profitto del reato, così che la stessa possa appunto essere restituita al danneggiato e non semplicemente pagata o corrisposta a quel soggetto a titolo di risarcimento danni”*⁴⁸⁸.

La scelta di utilizzare questo specifico termine – secondo la tesi in commento – sarebbe frutto di una precisa volontà del legislatore volta ad evitare che il proliferare delle richieste di risarcimento nei confronti dell’ente possa paralizzare

pronuncia che si è interrogata sulla portata della clausola di salvezza a favore del danneggiato di cui all’art. 19, comma 1, del decreto. In effetti, sul punto, risulta una precedente sentenza della Cass. Pen., Sez. VI, 18 marzo 2009, nr. 628, in www.cassazione.net, che pur interrogata su detta clausola si è, però, limitata a bollare il rilievo come meramente fattuale, affermando che *“eventuali limiti quantitativi alla confisca, e al correlato sequestro, in discussione non vengono direttamente in rilievo in questa sede e saranno oggetto dello scrutinio del giudice di merito”*.

487 T. E. EPIDENDIO, *La confisca la confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, 2011, op. cit. pag. 411 e ss; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007, pag. 423; M. VIZZARDI, *Commento sub art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, 2008, pag. 236; R. LOTTINI, *Commento sub art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007, pag. 2339; S. GIAVAZZI, *Commento sub art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001*, in A. GIARDA – E. MANCUSO G. SPHANGER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, 2007, pag. 177.

488 T. E. EPIDENDIO, *La confisca la confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, 2011, op. cit. pag. 415.

l'applicazione dei provvedimenti ablatori. E' evidente, infatti, che la categoria dei soggetti potenzialmente danneggiati e titolari di un diritto al risarcimento è decisamente più ampio di quella cui appartengono i titolari di una pretesa giuridicamente tutelata su uno specifico bene. Secondo la dottrina maggioritaria in commento, sarebbe la stessa collocazione della clausola di salvezza (nel primo comma dell'art. 19, invece che nel successivo comma dedicato alla confisca per equivalente) a confermare l'interpretazione restrittiva della limitazione. Si afferma, infatti, che tale collocazione *“aiuta a comprendere in quale senso debba essere interpretata la <<la possibilità di restituzione al danneggiato>>, posto che nel caso di confisca per equivalente sempre sarebbe possibile la restituzione al danneggiato, sempre potendosi restituire il tantundem, cioè un importo equivalente al danno subito dal reato”*⁴⁸⁹.

Parte della dottrina ha però criticato tale ricostruzione interpretativa, sostenendo come questa postuli una prelazione della confisca rispetto ai diritti del danneggiato, priva però di alcun fondamento normativo⁴⁹⁰. Anzi, si rileva, invero, come l'art. 19 cit. sembri attestare proprio il contrario prevedendo che sia fatta salva la parte che può essere restituita al soggetto pregiudicato. Questo orientamento minoritario, in sostanza, equiparando *“restituzione e risarcimento”*, conclude che il profitto illecito debba essere prima oggetto di restituzione o risarcimento a favore del danneggiato e, solo successivamente, possa venire confiscato per intero. Questa interpretazione, volta a dare priorità alle istanze di ristoro del danneggiato rispetto a quelle punitive dello Stato, nasce dalla considerazione che in ogni caso la devoluzione a favore delle vittime produce nei confronti del reo gli stessi effetti dell'ablazione a favore dello Stato permettendo, però, al contempo, anche il soddisfacimento di esigenze compensative – riparatorie.

489 T. E. EPIDENDIO, *La confisca la confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, 2011, op. cit. pag. 415.

490 Vedi G. CHIARAVIGLIO, *La natura sanzionatoria della confisca per equivalente: quali gli effetti?*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, pag. 606 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza di "origine illecita"*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di ACQUAROLI, Macerata, 2007.
- ALDOVRANDI, *Commento sub art. 12 bis D.Lgs. 74/2000*, in A. LANZI (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Dike, 2016.
- ALESSANDRI, *La confisca*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano 2002.
- ALESSANDRI, *Voce confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1989, vol. III.
- ALESSANDRI, *voce Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1989, vol. III.
- AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- AMATO, *La Suprema Corte individua i punti fermi sulla misura per equivalente in campo fiscale*, in *Guida Dir.*, nr. 19/2011.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, a cura di Conti, Giuffrè, Milano, 2002.

- ARDIZZONE, *Considerazioni in tema di confisca obbligatoria*, in *La giustizia penale*, 1947, II.
- ARROW, *Valutazione politica ed economica degli effetti e diseconomie esterne*, 1969.
- BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011.
- BALSAMO – CONTRAFFATTO – NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010.
- BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo di insieme*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.*, nr. 1/2018.
- BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5.5., 2017.
- BONELLI, *D.lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto” confiscabile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, nr. 1/2012.
- BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee*, in *Arch. Pen. Web*, 2015.
- BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012.

- BORSARI, *Reati tributarie confisca di beni societari. Ovvero di un'occasione perduta delle Sezioni Unite*, in *Società*, 2014.
- BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009.
- BRASIELLO, voce *Confisca in diritto romano*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1937.
- BRICCHETTI – VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli Ed., Torino, 2017.
- CACCIAVILLANI – GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in *Giur. Pen.*, 1974, 459.
- CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18.05.2015.
- CAPOROTUNDO, *Estinzione per condotte riparatorie e “confisca senza condanna”: problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 3.
- CARACCIOLI, *Reati tributari e confisca per equivalente*, in *Riv. Dir. Trib.* nr. 2/2012, pt. III.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1953.
- CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1998.

- CAVALLA, *La confisca di cose appartenenti all'estraneo al reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato*, in *Giustizia Penale*, 1964.
- CAVALLINI, *Osservazioni “di prima lettura” allo schema di decreto legislativo in materia penal tributaria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 luglio 2015.
- CHIARAVIGLIO, *La natura sanzionatoria della confisca per equivalente: quali gli effetti?*, in *Riv. dott. comm.*, 2009.
- CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *La giustizia penale*, 1956, II.
- CHINÈ, FRATINI, ZOPPINI, *Manuale di Diritto Civile*, IX ed.2017-2018, Roma.
- CIVOLI, *Confisca (Diritto Penale)*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1893.
- CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.
- CORSO, *La confisca per equivalente non è retroattiva*, in *Corr. Trib.*, nr. 22/2009.
- D'ARCANGELO, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari dopo le SS.UU. 1235/2010*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, nr. 4/2011.
- DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.

- DE FRANCESCHI, *Ne bis in idem e reati tributari: nel dialogo tra Corti trionfa il criterio della “sufficiently close and connection in substance and time”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell’illecito o garanti di precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005.
- DELL’OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. tri. dir. pen. ec.*, 2014.
- DELL’OSSO, *Diritto Penale dei mercati finanziari e sequestro dei proventi illeciti: confini della confisca*, 2, 2015.
- DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Diritto penale Contemporaneo*.
- DELLA RAGIONE, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse (nota a Trib. Foggia 27.12.2010)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 febbraio 2011.
- DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.
- DI BIASE, *Ne bis in idem, doppio binario sanzionatorio nei reati tributari, principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione. Il ne bis in idem come punto di frizione tra il diritto italiano e gli ordinamenti sovranazionali: la questione resta aperta a seguito della*

pronuncia Corte Cost. 102/2016, in attesa della Corte UE, in Nel Diritto, Riv. Tel., 24.05.2018.

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZA (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010.

DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale, l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, DPP, 2007.

DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Ed. 2011.

FABIANI, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1998.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, VI ed., Milano, 2009.

FINOCCHIARO, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.12.2015;

FINOCCHIARO, *La confisca "condizionalmente sospesa" in caso di impegno a pagare il debito tributario e la permanenza del sequestro preventivo anche dopo la condanna*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14.11.2016.

FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al D.Lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 9 ottobre 2015.

- FINOCCHIARO, *Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello "schema" di decreto legislativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 luglio 2015.
- FLICK, NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte E.D.U., 4 marzo 2014, in *Rivista AIC*, 2014.
- FOFFANI, sub. art. 2641, in PALAZZO – PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2° ed., Padova, 2007.
- FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione di beni e interdizione di fatto*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press, 2007.
- FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008.
- FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, Vol. 4 *I diritti reali, le successioni e la famiglia*, ed. Dike, 2016.
- FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

- GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 gennaio 2016.
- GAMBOGI, *Il D.Lgs. 202/2016: la confisca europea dei beni strumentali e dei proventi da reato trova ingresso nel nostro ordinamento*, in www.ilpenalista.it
- GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Ed. 2017/2018, Roma.
- GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale*, Tomo III, IV Edizione, Roma, 2017.
- GARTESTEIN – WARGANZ, *RICO's "Pattern" Requirement: Voi for Vagueness?* in *Columbia Law Review*, Vi, 90, nr. 2.
- GATTA, in *Codice Penale Commentato*, a cura di DOLCINI e MARINUCCI, II ed., Milano, 2006.
- GENNAI – TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, nr. 231*, in *Collana Teoria e pratica dr. III: dir. proc. pen.*, 2001.
- GIAVAZZI, *Commento all'art. 19 D.Lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA, MANCUSO, SPANGHER, e VARRASO, Milano, 2007.
- GIAVAZZI, *Commento sub art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001*, in A. GIARDA – E. MANCUSO G. SPHANGER – G. VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, 2007.

- GIORDANO, *In tema di confisca per equivalente di beni "futuri"*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 14 marzo 2016.
- GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 1994.
- GUARNIERI, *Voce confisca (diritto penale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, vol. IV.
- GULLO, *La confisca*, in *Giust. Pen.*, 1981.
- HELLER – STARRET, *Sulla natura delle esternalità*, 1976.
- IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935.
- INGRASSIA, *Ragione fiscale vs "illecito penale personale". Il sistema penale tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- LASCO-VELIA- LORIA-MORGANTE, *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino 2017.
- LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1952; TRIPODI, *Ne bis in idem: "sostanziale" e "processuale" in una recente pronuncia del Tribunale di Roma*, in *Riv. pen.*, 2015.
- LIBERATI, *Contratto e reato. Interferenza tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, Giuffrè, 2004.
- LIPARI, *Gli abusi di mercato*, collana Teoria e Prassi della Giustizia Penale, Aracne editrice, I ed. luglio 2017.

- LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei contro limiti*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 4, 2017.
- LOTTINI, *Commento sub art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 2007.
- LUGHINI, *La manipolazione dei mercati*, in *Corr. Mer.*, 2008, 1.
- MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur. it.*, 2014.
- MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in GIARDA, PERINI, VARRASCO (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, Milano, 2016.
- MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2007.
- MANTOVANI, *Le misure di sicurezza*, in AA.VV., *Codice penale. Parte Generale*, vol. III, Torino, 1996.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di NOVOLONE e PISAPIA, Torino, 1985 -1986.
- MARINES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in MANTOVANI, CURCI, TORDINI CAGLI, TORRE, CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016.

MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2009.

MARSHALL, *Principi di economia politica*, 1990.

MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. GROSSO – T. PADOVANI - A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010.

MARTUSCELLI, *La lottizzazione abusiva*, Giuffrè, Milano, 2012.

MARUCCIA, *La confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Il diritto in Europa oggi*, collana diretta da F. BUFFA, maggio 2017.

MASSA, *Confisca (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. VIII, 1961.

MAUGERI, *Confisca (Diritto Penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, ed. Giuffrè.

MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato, Relazione per l'incontro di studio sul tema: "i patrimoni illeciti: strumenti investigativi e processuali. Il coordinamento tra il processo penale e di prevenzione"*, organizzato dal CSM a Roma nei giorni 4-6 marzo 2009, in www.csm.it.

MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statale o utile strumento di politica criminale?*, in *Punire l'autoriciclaggio. Come quando e perché*, a cura di E. MEZZETTI – D. PIVA, Torino, 2016.

MAUGERI, *La confisca per equivalente ex art. 322 ter tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, vol. 54, 2011.

- MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.9.2014.
- MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale dell'economia, Riv. Trim.*, 2013.
- MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.
- MAZZA, *La confisca per equivalente tra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2012.
- MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015.
- MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale e internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in AA.VV., *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) A. BARGI, A. CISTRENA, Utet, Torino, 2011.
- MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.
- MELCHIONDA, *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977.

- MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale) – Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 febbraio 2015.
- MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- MENDITTO, *Verso lo statuto della confisca di prevenzione: natura giuridica, retroattività e correlazione temporale*, in *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma.
- MODONA, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966.
- MONGILLO, *Confisca per (equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
- MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Riv. Trim.,4, 2015.
- MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010.
- NAPOLETANO, *Note critiche in tema di confisca per equivalente a carico della società per l'illecito tributario del legale rappresentante*, in *Riv. pen.*, 2012.
- NOCETI, PIERSIMONI, *Confisca ed altre misure ablatorie patrimoniali*, Giappichelli, 2011.

- NUNZIATA, *Linee evolutive della confisca penale: progetti di riforma e tendenze di politica criminale*, in *L'indice penale*, 2004.
- NUVOLONE, *Voce misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, vol. XXVI, Milano, 1976.
- OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I.
- PADOVANI, *Diritto Penale*, VIII ed., Milano, 2008.
- PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzione*, in *Ind. Pen.*, 1992
- PELLISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di GROSSO, Milano, 2007.
- PERINI, voce “*Reati tributari*”, in *Dig. Disc. Pen.*, IV ed., 2012
- PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. V, *Storia del diritto penale*, Torino, 1892.
- PESSINA, *Manuale di Diritto Penale Italiano*, Napoli, 1899
- PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente*, in *Criminalità*, 2015.
- PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano 2010.
- PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014.
- PIGOU, *Economia del benessere*, 1914.

- PISANI N., *Le ipotesi di confisca nel D.Lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa ex crimine dell'ente: profili sostanziali*, in *Relazione tenuta all'incontro del CSM, Criminalità organizzata e pubblica amministrazione*, 9/11/2005.
- POLETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. proc. pen.*, 2012.
- POTETTI, *Il nuovo art. 12 bis, comma 2, D.Lgs., nr. 74 del 2000: un enigma in materia di confisca tributaria*, in *Cass. Pen*, 2016.
- PULITANÒ, *Diritto Penale*, II ed., Torino, 2007.
- ROMANELLI, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. Pen. proc.*, 2008.
- ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano, 2004.
- ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole adempimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015.
- ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2016, pag. 1689.
- ROMANO, *Il rapporto tra norme penali*, Milano, 1996.
- ROMEIO, *Alle Sezioni Unite la questione della confisca di somme di denaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto (nota a Cass. Pen., Sez. IV, 19.11. 2014, dep. 26.03.2015, nr. 12924, ric. Lucci)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 aprile 2015.

- RONCO – ARDIZZONE, *Codice Penale Iperestuale*, II ed., Torino, 2007.
- RUFFINO, *Ricerche sulla condizione giuridica degli eretici nel pensiero dei glossatori*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1973, Volume XLVI.
- SACCONE, *La confisca obbligatoria in ambito penale*, in *Diritto Penale dell'Impresa*, 14 ottobre 2014.
- SALCUINI, *I reati tributari. Parte generale*, in A. MANNA (a cura di) *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010.
- SALTELLI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1937.
- SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in *Giust. Amm.*, 2012.
- SANTISE – ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, terza edizione, Torino, 2017.
- SAVONA, *Processi di globalizzazione e criminalità organizzata transnazionale*, Napoli, 1998.
- SCAROINA, *La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015.
- SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente per reati societari e profitto confiscabile*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 aprile 2012.

- SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017.
- SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17.11.2014.
- SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute di imposta e violazione del ne bis in idem, la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 08.05.2015.
- SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016.
- SIDWICK, *Principi di economia politica*, 1883.
- SOANA, *Introdotta la confisca per equivalente anche nel diritto penale tributario*, in *Giust. Trib., Riv. Tem.* nr. 1/2008.
- SOLDI, *Rassegna di giurisprudenza sul tema del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, con particolare riferimento al concetto di "disponibilità" dei beni da parte dell'autore del reato: il caso Unicredit e altri*, in *Riv. trib.*, nr. 9/2012, pt. III.
- SPIZUOCO, *Rilievi sulla confisca obbligatoria*, in *La giustizia penale*, 1971, k II, 767.
- STAGNO, *Art. 20. Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in PUTINATI, NOCERINO (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità introdotte dal d.lgs. nr. 158/2015*, Torino, 2015.

- STEA, *Diritto penale e processo tributario. Vecchie problematiche e recenti soluzioni*, in *Riv. Pen.*, nr. 6/2011.
- SVETONIO, *De vita caesarum* (121 d.c.).
- TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. Pen.*, 2014.
- TOMA, *Confisca per equivalente e responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni a margine di una condivisibile pronuncia della Corte di Cassazione (nota a Cass. Pen., Sez. II, nr. 41488/2009)*, in *Riv. dir. trib.*, nr. 9/2010.
- TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- TRIPODI, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014.
- TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in materia di manipolazione di mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2014.
- TROYER – S. CAVALLINI, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza della legittimità (nota a Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012, dep. 10 gennaio 2013, nr. 1256)*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- TRUCANO, *Sulla confisca dell'equivalente in caso di reato tributario commesso nell'interesse o vantaggio di una società per azioni*, in *Giur. it.* 2013.

- VALENTINI, *I provvedimenti ablativi*, in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni. Estratto*, a cura di RUGGIERI F., Giappichelli Editore, 2017.
- VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni “inespresse” delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014.
- VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dogmatici*, Padova, 1951.
- VASSALLI, *Reato complesso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.
- VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009.
- VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.
- VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. Trim.*, , nr. 3-4/2014.
- VIGANO', *Le conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 settembre 2017.
- VINER, *Curve di costo e curve di offerta*, 1923.

VIZZARDI, *Commento sub art. 19 D.Lgs. nr. 231/2001*, in A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*, 2008.

ZAPPULLA, *Il sequestro preventivo di quote societarie o dell'azienda commerciale appartenenti a persone estranee al reato perseguito*, in *Cass. Pen.*, 2003.