

ANNA MARIA MAUGERI  
prof. ordinario di diritto penale  
nell'Università di Catania

## LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI: IL RUOLO DEL PROFITTO E DELLA SUA ABLAZIONE NELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. La rilevanza del profitto e della sua confisca nel d. lgs. n. 231/2001 tra obblighi europei e sovranazionali. - 2. La problematicità di una disciplina frastagliata: necessità politico criminale dell'applicabilità della confisca *ex art. 240 c.p. o 322 ter c.p. alle persone giuridiche?* - 2.1. Segue: l'esempio e le peculiarità della confisca contro i reati tributari. - 2.2. L'esigenza di razionalizzare la disciplina in materia. - 3. Le forme di confisca minori: *ex art. 6, comma 5, e art. 15.* - 4. La confisca *ex art. 19* come sanzione principale: il *fumus delicti* ai fini del sequestro e la natura giuridica. - 4.1. La confisca per equivalente e la sua natura «surrogatoria». - 5. La tutela dei danneggiati dal reato. - 5.1. La giurisprudenza sulla tutela dei danneggiati *ex art. 19, d. lgs. 231/2001.* - 6. La nozione di profitto confiscabile. - 7. La confiscabilità dei vantaggi immateriali (risparmi di spesa, vantaggi futuri). - 7.1. La confisca in materia di evasione fiscale: i rischi di applicare una «pena patrimoniale» di origine pretoria. - 7.2. La confisca dei vantaggi immateriali (continua). - 8. Profitto netto e profitto lordo: recenti orientamenti. - 9. La confisca nell'ambito del T.U. in materia di intermediazione finanziaria: pena patrimoniale. - 10. Patteggiamento. - 11. La restituzione del profitto *ex art. 17, d. lgs. 231/2001.* - 12. Conclusioni.

1. – Nel d. lgs. n. 231/2001 la confisca assume a fondamentale strumento sanzionatorio nei confronti degli enti responsabili della consumazione di reati, in quanto colpisce l'ente nel perseguimento del fine primario della sua azione sia lecita sia illecita: il profitto. Come evidenziato in dottrina quando il «ruolo di attore» è svolto dalla persona giuridica «la carica di disvalore si coagula nel profitto, dal momento che, nell'ambito dell'impresa lecita, il reato d'impresa è sempre strumentale ad un vantaggio economico». Nella Relazione al d. lgs. n. 231/2001 si riconosce ampiamente, infatti, il ruolo della confisca del profitto come impenscindibile strumento deterrente, nel senso che l'ente nel programmare la sua politica d'impresa e i suoi affari deve essere certo che il «crimine non paga»<sup>(1)</sup>. In questo contesto la confisca diventa, allora, lo «strumento privilegiato per la neutralizzazione

---

(1) Cfr. *Relazione schema di d.p.r. approvato l'11 aprile 2001*, in [http://www.giustizia.it/misc/testo9pg\\_rel.htm](http://www.giustizia.it/misc/testo9pg_rel.htm), 24. Favorevole all'utilizzo della confisca come strumento efficace per combattere i reati legati al mondo dell'impresa, BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1013 ss.

della carica criminogena rappresentata dall'accumulazione dei profitti illeciti da parte dell'ente» (2).

In tale direzione nella sentenza Fisia in materia di confisca le Sezioni Unite della Suprema Corte riconoscono in maniera interessante la finalità riparatoria del sistema sanzionatorio di cui al decreto n. 231/2001, evidenziando il disegno sotteso alle condotte riparatorie di cui all'art. 17, quale emerge anche dalla Relazione al decreto, e il ruolo svolto in tale contesto dalla messa a disposizione del profitto da parte dell'ente: «La *ratio* della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente... In definitiva le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa». Tale esplicito riferimento alla natura «compensativa» delle condotte riparatorie accredita, ad avviso delle Sezioni Unite, una funzione della confisca del profitto come strumento di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla consumazione del reato (3), che si inserisce in una più ampia finalità rieducativa di tutto il sistema sanzionatorio previsto dal d. lgs. n. 231/2001 (4).

A livello sovranazionale la necessità di sottrarre il profitto del crimine realizzato nell'interesse dell'ente emerge già nella Raccomandazione N.R. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che, in considerazione del crescente numero di reati connessi all'esercizio di attività d'impresa, riconosce «l'opportunità di attribuire la responsabilità proprio là dove si ottiene il beneficio derivante dall'esercizio dell'attività antigiuridica», e quindi la necessità di far rispondere le imprese come tali per le offese commesse nell'esercizio delle loro attività, anche quando l'offesa è estranea agli scopi dell'impresa; la Raccomandazione individua tra le sanzioni che ritiene appropriate per le imprese la confisca della proprietà di quanto è servito per commettere l'offesa o di ciò che rappresenta il guadagno derivante dall'attività illecita (5). Il secondo protocollo di attuazione della Convenzio-

(2) Così ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, 167.

(3) Cfr. anche Cass., 2.2.2012, n. 6248, in *www.dejure.it*; Cass., sez. II, 15.12.2011, n. 10822, sulla natura special-preventiva della disciplina dell'art. 17.

(4) PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti - Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano, 2010, 211 ss.

(5) *La responsabilità delle imprese con personalità giuridica per le offese commesse nel-*

ne dell'Unione Europea per la tutela degli interessi finanziari del 1995, nel prevedere la responsabilità delle persone giuridiche (della quale non si specifica la natura) per i reati di frode, corruzione attiva e riciclaggio commessi a loro beneficio (art. 3) (6), contempla la confisca all'art. 4 tra le possibili sanzioni (7).

La Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997 prevedeva all'art. 2 la responsabilizzazione degli enti anche in forma non penale e all'art. 3, n. 3 la necessità che «la "tangente" e i proventi derivanti dalla corruzione di un pubblico ufficiale straniero, o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi, siano soggetti a sequestro e a confisca o affinché sanzioni pecuniarie di simile effetto siano applicabili». In termini simili si pronuncia la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione del 1997 (artt. 18 e 19).

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000 impone agli Stati aderenti da una parte la previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche (art. 10), dall'altra l'adozione della confisca del profitto del reato nella misura più ampia possibile (art. 12).

La decisione quadro n. 2012/2005 GAI che disciplina i poteri allargati di confisca prevede all'art. 3, n. 3 anche la possibilità di adottare «le misure necessarie per poter procedere, conformemente alle condizioni di cui ai paragrafi 1 e 2, alla confisca totale o parziale... e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, che agisce da sola o in collegamento con persone con le quali essa ha le relazioni più strette, esercita un controllo. Questo si applica anche se la persona in questione riceve una parte rilevante del reddito della persona giuridica». Potrebbe sorgere il timore che tale norma consenta l'applicazione dei poteri estesi di confisca anche nei confronti di beni di proprietà dell'ente, in mancanza di intestazioni fittizie o reali, purché si tratti di beni di cui l'indiziato abbia la dispo-

*l'esercizio delle loro attività (Raccomandazione N.R. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa)*, traduzione a cura di MILITELLO, in questa *Rivista*, 1991, 653; in tale direzione cfr. *Programme of action against corruption-Part three: Detailed work programme 1996-2000*, in <http://www.greco.coe.int/docs/pac/pace3c.htm>, 13.

(6) Non è prevista nella convenzione la responsabilità penale delle imprese, ma nel secondo protocollo di attuazione, all'art. 3, un' indefinita forma di responsabilità (non si specifica il tipo) delle persone giuridiche per i reati di frode (corruzione attiva e riciclaggio) commessi a loro beneficio.

(7) Altre sanzioni, anche indirettamente patrimoniali, sono previste come le *misure di esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico*; o addirittura come il *provvedimento giudiziario di scioglimento*.

nibilità; anche in questa ipotesi, però, si dovrebbe presupporre, come richiesto dai precedenti commi dell'art. 3 della decisione quadro, che un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che i beni derivino dall'attività illecita del proposto.

L'art. 12, comma 3, della decisione quadro GAI 2006/783 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca precisa, poi, che «una decisione di confisca relativa a una persona giuridica è eseguita anche se lo Stato di esecuzione non riconosce il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche», mentre la decisione quadro richiede la condanna ai fini dell'applicazione della confisca, anche allargata, alle persone fisiche; emerge la necessità di garantire l'effettività della confisca contro gli enti anche se a scapito del rispetto dei principi penalistici, laddove si persegue l'obiettivo di incidere sulla politica d'impresa, superando *tout court* tutte le questioni relative al rispetto del principio di colpevolezza in materia penale<sup>(8)</sup>.

In adempimento della più risalente di tale normativa sovranazionale il d. lgs. n. 231/2001 (in attuazione della legge delega n. 300/2000) prevede diverse forme di confisca nell'ambito del sistema sanzionatorio nei confronti degli enti, forme di confisca che assumono, come si esaminerà, finalità e oggetti diversi, confermando in maniera emblematica che la confisca rappresenta un reticolo di meccanismi sanzionatori la cui natura nel caso concreto dipende dalla sua specifica disciplina, in conformità a quel polifunzionalismo o a quella natura «*proteiforme*» della confisca di cui ha parlato a più riprese la Corte Costituzionale e la Suprema Corte<sup>(9)</sup>.

La rilevanza del profitto nel decreto n. 231/2001 è confermata anche da previsioni ulteriori rispetto alle norme in materia di confisca: la realizzazione di un profitto di rilevante entità rappresenta un criterio per l'applicazione delle sanzioni interdittive (artt. 13-23), nonché un'aggravante dei reati commessi (artt. 24, comma 2, e 25, comma 3); il risarcimento integrale del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose (o l'efficace attività in tale direzione) insieme all'eliminazione delle 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) e alla « *messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca*» (art. 17) rappresentano una causa di esclusione dell'applicazione di sanzioni interdittive; la confisca del profitto, infine, è prevista come sanzione in caso di viola-

<sup>(8)</sup> MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001 (nel prosieguo MAUGERI, *op. cit.*), 587, cfr. 575 ss.

<sup>(9)</sup> Corte Cost., 9 giugno 1961, n. 29; Corte Cost., 16 giugno 1964, n. 46; Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, *Fisia Italimpianti Spa e altri*, Rv. 239923.

zione degli obblighi o dei divieti inerenti alle sanzioni interdittive, anche se applicate in via cautelare durante il processo (art. 23) (da ultimo il profitto sta assumendo ulteriore rilievo nella veste di «interesse o vantaggio» quali criteri di imputazione del reato all'ente<sup>(10)</sup>).

Tale riflessione sul ruolo del profitto e della sua confisca nel d. lgs. n. 231 del 2001 rappresenta anche l'occasione per una più ampia riflessione su un certo uso spregiudicato della confisca del profitto come strumento punitivo da parte della giurisprudenza, uso che finisce spesso per violare i principi fondamentali della materia penale ponendosi in contrasto con i principi di legalità, colpevolezza e proporzione.

2. – La Suprema Corte italiana consente di applicare la confisca *ex art.* 240 c.p. o 322 *ter* c.p. alle persone giuridiche cui sia pervenuto il profitto del reato consumato dalla persona fisica, sul presupposto che la confisca non sia una sanzione penale ma una misura di sicurezza patrimoniale, applicabile anche nei confronti di soggetti sforniti di capacità penale e, quindi, anche nei confronti delle persone giuridiche<sup>(11)</sup>, in base anche alla con-

<sup>(10)</sup> Ciò avviene in particolare in relazione ai reati colposi, sia in violazione della normativa per la sicurezza del lavoro sia per la tutela dell'ambientale. L'«interesse e vantaggio vanno letti, nella prospettiva patrimoniale dell'ente, come risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dello strumentario di sicurezza ovvero come incremento economico conseguente all'aumento della produttività non ostacolata dal pedissequo rispetto della normativa prevenzionale» (AMATO, *Osservazioni sulla rilevanza del vantaggio per l'ente e sulla «quantificazione» di tale vantaggio nella responsabilità amministrativa da reato colposo*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, n. 3, 2013, 187). Tali criteri potrebbero assumere un rilievo fondamentale in termini garantistici, evitando di cadere in forme di responsabilità oggettiva laddove si accoglie quella «tesi estrema secondo cui l'interesse o il vantaggio sarebbe *in re ipsa* nello stesso ciclo produttivo in cui si è realizzata la condotta colposa causalmente connessa all'infortunio» (Gip. Tribunale Novara, 10.10.2010, in *Corriere del merito*, 2011, 403; AMATO, *op. cit.*, 187, nota 6), fermo restando che in generale, ad avviso della Suprema Corte, ciò non vuol dire che si subordina la responsabilità per il delitto commesso nell'interesse, alla circostanza che questo abbia o non abbia portato un risultato positivo, Cass., 25.2.2013, n. 9079; cfr. Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 11.1.2010, in *Il Corriere del merito*, 2010, n. 6, 651; Tribunale Monza, 3.9.2012, in *www.dejuregiuffre.it*; SCARCELLA, *L'assenza per l'ente «corrotto» di un profitto di rilevante entità esclude l'applicazione di sanzioni interdittive e giustifica l'attenuazione della sanzione pecuniaria (commento a Cass. Pen., n. 9079, 25 febbraio 2013)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 3, 223. Tale profilo meriterebbe un particolare approfondimento, non possibile in questa sede.

<sup>(11)</sup> A tal fine la Corte precisa che per poter ordinare la confisca non è necessario che le cose appartengano al condannato, ma è sufficiente che dal procedimento penale risulti che le cose da confiscare non appartengano a terzi estranei al reato. La Corte ha, quindi, considerato non estranea al reato la società, il cui legale rappresentante sia stato condannato o sia indiziato per un reato realizzato nell'interesse dell'impresa, ritenendo che anche la persona giuridica può compiere «attività di concorso o altrimenti connesse, ancorché si tratti di persona non punibile perché priva di responsabilità penale» così Cass., 8.7.1991, *Capital Finanziaria Italiana*, in *Cass. pen.*, 1992, 3035; o ritenendo che gli stati soggettivi dei loro legali rappresen-

siderazione che non può ritenersi estraneo al reato il soggetto che ne abbia tratto vantaggi e utilità<sup>(12)</sup>.

In dottrina, tuttavia, emerge il timore che in tal modo si finisca per estendere la responsabilità da reato alla persona giuridica al di là dei limiti previsti dal d. lgs. 231 e cioè in relazione a reati per i quali non è prevista la responsabilità degli enti, in violazione del principio di legalità<sup>(13)</sup>, consen-

tanti debbano essere imputati, in forza dei principi di rappresentanza, alle persone giuridiche, Cass., 18.11.1992, Tappinari, in *Cass. pen.*, 1994, 1217. Cfr. Cass., 29.3.2001, Mingione, n. 17349; Cass., 11.4.2002, Fallimento S.I.T. A.a. in c.p. Bossi, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, n. 2, 213; Cass., 16.1.2004, n. 97, N.G., in *Impresa c.p.i.*, 2004, 1444; Cass., 3.12.2003, in *Impresa c.p.i.*, 2004, 315; Cass., 25.7.2006, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. VI, 5.5.2008, n. 35802, Rv. 241376; in tale direzione PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia «punitiva»*, a cura di DE FRANCESCO, Torino, 2004, 13 ss., ritiene che l'interesse e il vantaggio di cui all'art. 5 siano presupposti sufficienti per escludere normativamente che l'ente possa beneficiare della qualifica di «persona estranea al reato».

<sup>(12)</sup> Cass., sez. un., 28.4.1999, n. 9, in *Giust. Pen.*, 1999, II, 674; Cass., sez. I, 7.7.2011, Capital, n. 34722, Rv. 251174; Cass., sez. un., 24.5.2004, Focarelli, n. 29951, Rv. 228163; Cass., sez. II, 14.12.1992, Tassinari, Rv. 193422; cfr. POTETTI, *A proposito dei reati tributari*, cit., 489. La giurisprudenza richiede anche l'elemento soggettivo del terzo in termini di mancanza di buona fede e conoscibilità da parte sua del rapporto di derivazione del proprio vantaggio dal reato commesso; in tal senso Cass., sez. I, 17.6.2011, n. 29197, Italfondario ed altri, Rv. 250804; Cass., sez. III, 4.11.2008, n. 46012, Castellano, Rv. 241771; Cass., sez. I, 9.12.2004, n. 1927, Ambrono ed altro, Rv. 230904. In tale direzione Corte Cost., 20.11.1995, n. 487, in *Giur. cost.*, 1995, 4173. La stessa dottrina che riteneva che ciò non fosse possibile – perché, se si esclude una responsabilità penale della persona giuridica, non si vede a quale titolo se ne possa ammettere un'attività penalmente rilevante, anche al solo fine di fondare una sua «non estraneità» al reato (GRASSO, *Commento all'art. 240 c.p.*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 530 s.; ALESSANDRI, voce «Confisca nel diritto penale», in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino, 1989, 55) –, tende, in seguito all'entrata in vigore della disciplina sulla responsabilità da reato degli enti, a superare tale opinione in virtù del rapporto di immedesimazione organica, fondato sull'interesse o sul vantaggio, che consente di imputare l'attività criminale della persona fisica alla persona giuridica e ritiene che comunque «sarebbe indispensabile assicurare che nel caso di accertamento del fatto di reato almeno i profitti da illecito siano sempre e comunque sottratti all'autore ed alla persona giuridica», ALESSANDRI, *La confisca*, in *Il nuovo diritto penale delle società: D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 108-109; ID., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, III, Milano, 2006, 2149 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 247. Contra LUNGHINI, *La manipolazione dei mercati*, in *Corr. Mer.*, 2008, I, 93, osserva che il principio dell'autonomia dell'ente serve a corroborare l'estraneità dell'ente al reato alla luce della disciplina penale della confisca.

<sup>(13)</sup> Sembra considerare l'ente cui sia pervenuto il profitto come una sorta di concorrente Cass., 14.6.2006, n. 31989, con nota di BONZANO, in *Dir. e giust.*, 2006, 40, 65: «Il sequestro preventivo preordinato alla confisca dei beni per un valore equivalente al profitto del reato può essere emesso nei confronti della persona fisica che ha concorso nel reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche pur se il profitto sia stato interamente acquisito dalla società concorrente, dato che non vi è sussidiarietà nella confisca della responsabilità della persona fisica autore del reato e vige invece, data la natura sanzionatoria della confisca per equivalen-

tendo, addirittura, la confisca degli strumenti del reato<sup>(14)</sup>. Si parla di un fenomeno di agglutinazione (utilizzando un termine proprio della linguistica) per descrivere questo fenomeno di «aggregazione della responsabilità in capo all'ente in forza di una saldatura tra addebiti configurati a carico degli amministratori e coinvolgimento della società»<sup>(15)</sup>.

Si ritiene, per contro, auspicabile la sottrazione del profitto presso la persona giuridica che lo abbia percepito, indipendentemente dalla sua responsabilità penale, in base alla considerazione che la confisca del profitto è una forma di riequilibrio economico e non è una pena, e che il profitto del reato, – accertato ed effettivamente acquisito (un tale discorso non si può estendere alla confisca degli strumenti del reato che assume carattere sanzionatorio) – non può essere legittimamente detenuto da alcuno (anche un terzo) in quanto il crimine non costituisce un legittimo titolo di acquisto di diritti su beni, considerazione che in alcuni ordinamenti stranieri consente di sottrarre il profitto anche presso i terzi cui sia pervenuto, purché nel rispetto della loro buona fede (in tale direzione, infatti, in ordinamenti, che non prevedono la responsabilità penale delle persone giuridiche, si permette di sottrarre il profitto anche presso l'ente cui sia pervenuto; si pensi al *Verfall* o all'*Erweiterter Verfall* dell'ordinamento tedesco in virtù della *VertreterKlausel*, § 73, comma 3, o del comma 4 del § 73, che si riferisce ai terzi – quasi colpevoli<sup>(16)</sup>).

*te, il principio solidaristico secondo cui l'intera azione delittuosa e l'effetto conseguente sono imputati a ciascun concorrente». Non sembra accettabile tale orientamento che ritiene che anche nei rapporti tra persone fisiche e persone giuridiche, dovrebbe valere lo stesso principio applicabile a più concorrenti nel reato, «secondo il quale a ciascun concorrente nel reato devono imputarsi tutte le conseguenze dello stesso»; una simile ipotesi contrasta con il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica, in base al quale la confisca contro la persona giuridica e quella contro la persona fisica dovrebbero essere applicate entrambe e separatamente nella misura in cui sia pervenuto un distinto profitto ad entrambe. Cfr. LUNGHINI, op. cit., 93-94; VALLINI, *La confisca per equivalente nella sistemica sulla responsabilità amministrativa degli enti*, in *Riv. di giur. trib.*, 2012, n. 11, 858.*

<sup>(14)</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 2137.

<sup>(15)</sup> Cfr. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1500.

<sup>(16)</sup> Le persone giuridiche vengono trattate come se avessero loro colpevolmente realizzato i comportamenti dei loro organi sui quali si fonda l'applicazione della confisca, cfr. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte – Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Gießen 1993, 112-113. BGH, 19 ottobre 1999, 5 StR 336/99 (LG Kiel), in *Wistra*, 2000, 55. In base alla *VertreterKlausel* (§ 73, Abs. 3) il terzo che ha ricevuto la cosa confiscabile può essere una persona fisica o giuridica ed è sufficiente che il partecipante al fatto abbia agito per un altro; a differenza del § 75 *Sondervorschrift für Organe und Vertreter* (Disposizione speciale per organi e rappresentanti) in relazione all'*Einziehung*, che richiede quanto più possibile un rapporto di imputazione organica o almeno simile a quello, nel caso

2.1. – Da ultimo la Suprema Corte ha ammesso in diverse sentenze l'applicabilità alle persone giuridiche della confisca per equivalente del profitto dei reati tributari prevista dall'art. 1, comma 143, della l. n. 244/2007<sup>(17)</sup> –, in quanto l'amministratore ha agito nell'interesse dell'ente che ha percepito il profitto; i fatti costituenti reati tributari sono posti in essere dai e ascrivibili ai suoi rappresentanti, ossia a coloro che agiscono nell'ambito dei poteri e con le facoltà conferite loro dall'ente stesso, in considerazione del rapporto organico esistente tra il soggetto indagato e la persona giuridica, in grado di giustificare e legittimare il vincolo cautelare e anche se si tratta di reati in relazione ai quali non è prevista la responsabilità amministrativa da reato<sup>(18)</sup>: «Il reato è addebitabile allo 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 a sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001». «Sul punto, si deve rilevare che, nella specie, si procede in relazione al reato di occultamento e distrazione di documenti contabili e che la condotta ascritta allo indagato ha recato vantaggio alla società. I beni sequestrati fanno, comunque, parte del patrimonio sociale la cui consistenza si connette attualmente anche allo illecito di cui il F. deve rispondere; dei beni, l'indagato aveva la libera disponibilità in quanto li gestiva. Pertanto – come correttamente osservato dal Giudice di merito – la società ricorrente non può considerarsi terza estranea al reato perché partecipa alla utilizzazione degli incrementi economici che ne sono derivati». In tale direzione, del resto, la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto che non si può considerare estraneo al reato il beneficiario dello stesso: «in ogni altro caso l'art.

in esame è sufficiente ogni tipo di comportamento realizzato per colui che riceve il vantaggio del fatto. FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58ª ed., München, 2011, 687.

<sup>(17)</sup> Secondo cui «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».

<sup>(18)</sup> Cass., sez. III, 16.2.2010, n. 6288; Cass., sez. III, 1.12.2010, Cavana, in *Cass. pen.*, 2011, 3529; Cass., sez. III, 7.6.2011, Soc. Coop. P.R. Burlando S.r.l., n. 28731, in *Riv. di giur. trib.*, 2011, n. 11, 944, con nota di VALLINI, *Il coinvolgimento dell'ente nell'illecito penale-tributario in assenza del reato presupposto*; Cass., sez. III, 9.6.2011, n. 26389, Occhipinti; Cass., sez. IV, 4.10.2011, Tonelli, in *Arch. Pen.*, 2012, 693; Cass., sez. III, 11.4.2012, Maione, n. 17485; Cass., sez. III, 9.5.2012, n. 38740, Sgarbi; conforme GIP di Foggia, Trib. Foggia, 27.12.2010, decreto di sequestro preventivo, G.i.p. Protano, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di DELLA RAGIONE, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*; cfr. SANTORIELLO, *Confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Il fisco*, n. 7, 2011, 1104 ss.; DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

27, comma 1, Cost. non consente che si proceda a confisca di cose pertinenti a reato ove chi ne sia proprietario al momento in cui la confisca debba essere disposta non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto»<sup>(19)</sup>.

Il Tribunale del Riesame di Milano ha precisato, riprendendo la giurisprudenza della Suprema Corte, che il concetto di estraneità al reato non è limitato all'assenza di concorso nella commissione del reato ma si estende anche all'assenza di benefici derivanti dallo stesso, sicché non può ritenersi «estraneo» il soggetto che ne abbia comunque tratto vantaggio<sup>(20)</sup>. Si esclude la pretesa estraneità al reato dell'ente beneficiario del reato anche in base al dato normativo costituito dall'art. 1, lett. e), del d. lgs. n. 74 del 2000, secondo il quale riguardo ai fatti commessi da chi agisce in qualità di amministratore, liquidatore o rappresentante di società, enti o persone fisiche, il «fine di evadere le imposte» ed il «fine di sottrarsi al pagamento» si intendono riferiti alla società, all'ente o alla persona fisica per conto della quale si agisce<sup>(21)</sup>.

Da ultimo la Suprema Corte evidenzia, però, che «la persona giuridica beneficiaria delle irregolarità tributarie non risulta certamente persona «estranea al reato» e può essere destinataria di sequestro preventivo che aggredisca ex art. 321 cod. pen. il prezzo e il profitto del reato commesso dall'amministratore, ma non può esserlo in relazione ai beni diversi aggredibili con lo strumento del sequestro «per equivalente»<sup>(22)</sup>; la Corte ammette che si può sottrarre presso l'ente il diretto profitto del reato, ma in considerazione del riconosciuto carattere punitivo della confisca per equivalente non ritiene possibile applicare tale forma di confisca in mancanza dell'estensione della responsabilità ex d. lgs. 231/2001 per i reati tributari.

Anche in relazione a questa fattispecie, invece, la dottrina ritiene che, anche se «l'omessa inclusione degli illeciti tributari nel novero dei reati presupposto della responsabilità dell'ente rappresenta una discutibile scelta di politica criminale, al limite del criminogeno, garantendo alle società beneficiarie dell'evasione fiscale, *rectius* il vero contribuente, una inammissibile impunità «penale», tale vuoto normativo non può essere superato da interpretazioni ancora una volta *in malam partem*, seriamente eccepibili sotto il

<sup>(19)</sup> Così Corte cost., sent. 19.1.1987, n. 2.

<sup>(20)</sup> Trib. del riesame di Milano, caso Unicredit, sfociato in Cass., 10.1.2013, n. 1256; *contra* Cass., 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 464, con nota di D'AVIRRO.

<sup>(21)</sup> POTETTI, *A proposito dei reati tributari: l'estraneità al reato nella confisca per equivalente dei beni della società*, in *Riv. pen.*, 2013, 483.

<sup>(22)</sup> Cass., sez. III, 14.5.2013, n. 33182; conforme Trib. di Camerino, 10.4.2012, in *Giur. di mer.*, 2013, n. 5, 1126.

profilo costituzionale»<sup>(23)</sup>, l'applicazione della confisca legislativamente prevista per la persona fisica in capo alla persona giuridica rappresenterebbe un'applicazione analogica *in malam partem* in contrasto con il principio di legalità, in quanto in questo caso l'ente sarebbe un estraneo al reato, così come precedentemente osservato in relazione all'applicazione dell'art. 240 c.p. alle persone giuridiche<sup>(24)</sup>. In tale prospettiva nel settore tributario la dottrina auspica l'introduzione di una specifica disposizione che espressamente contempra il potere di colpire il patrimonio del fruitore dell'evasione fiscale in quanto estraneo al delitto, laddove si verifichi un divario tra *autore* (persona fisica) del fatto criminoso e mero *beneficiario* del profitto dell'illecito, sia essa una persona fisica sia essa una persona giuridica; nella prassi, del resto, gli inadempimenti tributari di maggiore spessore e consistenza, quali sono quelli che onerano le organizzazioni complesse strutturate in forma societaria, sono spesso la concretizzazione di ben precise scelte di politiche di impresa cui conseguono vantaggi indebiti soprattutto per l'ente; sembra irragionevole escludere la confisca per equivalente nei confronti dei «contribuenti che, producendo ricchezze significative, rappresentano i protagonisti principali del rapporto tributario e, al contrario, affatto riduttivo punire il solo autore/persona fisica»<sup>(25)</sup>.

La posizione della dottrina è sostanzialmente accolta da un diverso e ormai prevalente orientamento della Suprema Corte che nega l'applicabilità della confisca per equivalente alla società cui sia confluito il profitto dei reati tributari, non potendo disporre la confisca in questione nei confronti di una persona giuridica al di fuori delle fattispecie criminose previste dalla L. n. 231/2001: «Costituisce ormai consolidato principio di diritto che la confisca per equivalente assolve ad una funzione sostanzialmente ripristinato-

<sup>(23)</sup> MAZZA, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 gennaio 2012; 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*, in *Dir. Pen. Cont.*, 29 settembre 2011; TROYER-CAVALLINI, *Reati tributari commessi dagli amministratori e confisca per equivalente dei beni societari: stop and go della giurisprudenza di legittimità*, *ivi*, 19 marzo 2013.

<sup>(24)</sup> SANTORIELLO, *Reati tributari: sequestro (e confisca) per equivalente del profitto sui beni della società*, in *Il Fisco*, 2013, n. 8, 1151; VALLINI, *La confisca per equivalente nella sistematica sulla responsabilità amministrativa degli enti*, in *Riv. di giur. trib.*, 2012, n. 11, 858; MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, 207; ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 145 s.; SILVESTRI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti dell'ente nel caso di reati tributari nazionali: disparità di trattamento rispetto alla realtà transnazionale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, f. 4, 83 ss.

<sup>(25)</sup> Così MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 207; conforme ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 145 s.

ria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile. Tale misura ablatoria, pertanto, si connota per il carattere afflittivo e la consequenzialità con l'illecito proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza... Dalla natura di sanzione penale della confisca per equivalente deriva altresì la inapplicabilità dell'istituto nei confronti di un soggetto diverso dall'autore del reato *ex art. 27 Cost.*, comma 1, a nulla rilevando, con riferimento alle persone giuridiche, il cosiddetto rapporto di immedesimazione organica del reo con l'ente del quale con compiti o poteri vari fa parte»<sup>(26)</sup>. Eventualmente la confisca potrebbe essere disposta esclusivamente nell'«ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti»<sup>(27)</sup>. «L'art. 1, comma 143, l. n. 244/2007 non può costituire una base giuridica autonoma e sufficiente a giustificare l'applicazione della confisca in relazione ai reati tributari nei confronti delle persone giuridiche, mancando una espressa previsione legislativa della responsabilità dell'ente per illeciti penali tributari»; anche se gli illeciti tributari sono consumati dal rappresentante legale a vantaggio e nell'interesse della persona giuridica<sup>(28)</sup> e pur riconoscendo che tale situazione assume i «*profili di violazione al principio di uguaglianza e parità di trattamento*», la Suprema Corte ritiene che «*non è possibile percorrere un'interpretazione estensiva/creativa in palese violazione del principio di legalità*» e pertanto auspica un intervento legislativo che ponga rimedio all'evidente disparità<sup>(29)</sup>; «il sistema del diritto penale tributario deve essere letto ed interpretato nell'ambito del complessivo sistema del diritto penale e non può essere certo ritenuto un mero apparato sanzionatorio di disposizioni tributarie, aven-

<sup>(26)</sup> Cass., 29.8.2012, n. 33371. Conforme Cass., sez. III, 23.10.2013, n. 45951; Cass., sez. III, 17.10.2013, n. 42638; Cass., sez. III, 16.10.2013, n. 42476; Cass., sez. III, 16.10.2013, n. 42477; Cass., sez. III, 9.10.2013, n. 41694; Cass., sez. III, 25.9.2013, n. 39308; Cass., sez. III, 5.3.2013, n. 32799; Cass., 19.2.2012, n. 1693; Cass., sez. III, 28.2.2013, n. 9576; Cass., sez. III, 29.8.2012, n. 33371; Cass., sez. V, 10.11.2011, Mazziere, n. 1843, Rv. 251525; Cass., sez. VI, 1.12.2010, n. 42703.

<sup>(27)</sup> Cass., sez. III, 4.7.2013, n. 36927; Cass., sez. III, 5.3.2013, n. 32799; Cass., sez. III, 10.7.2013, n. 42350; Cass., sez. III, 9.5.2013, n. 22980; Cass., sez. III, 13.12.2012, n. 17610, in *Diritto e Giustizia* online, 18 aprile 2013; Cass., sez. III, 23.10.2012, n. 15349; Cass., sez. III, 14.6.2012, PM, in proc. Amoddio e altro, n. 25774, Rv. 253062, in *Riv. giur. trib.*, 2012, n. 11, 853, con nota adesiva di VALLINI, *La confisca per equivalente nella sistematica sulla responsabilità amministrativa degli enti*; Cass., sez. III, 19.9.2012, n. 1256, Unicredit, Rv. 254796; Cass., sez. III, 4.7.2012, Falli, n. 33371; Cass., sez. VI, 12.10.2010, n. 42703, Giani.

<sup>(28)</sup> Cass., 19.9.2012, n. 1256, Unicredit, Rv. 254796; Cass., 17.1.2013, n. 9576, *ivi*.

<sup>(29)</sup> Cass., sez. III, 19.9.2012, n. 1256, Unicredit, Rv. 254796.

te vita a se stante ed avulso dal generale sistema punitivo, quasi una sorta di sistema speciale»<sup>(30)</sup>.

In realtà, però, al di là dell'opportunità politico criminale di un'espressa disciplina garantendo adeguatamente il rispetto del principio di legalità-tassatività in materia sostanzialmente penale, nel settore in esame, come ribadito dalla Suprema Corte, si arriva a tali conclusioni partendo dal riconoscimento della «natura sanzionatoria della confisca di valore» che ne impone un'applicazione rigorosamente improntata al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Laddove si nega tale assunto di partenza e cioè la natura sanzionatoria-punitiva della confisca per equivalente<sup>(31)</sup>, come accennato, il discorso può atteggiarsi diversamente in quanto si tratterebbe di applicare una mera misura di riequilibrio economico conforme ad istanze di giustizia e ai principi civilistici: si tratterebbe di recuperare un ingiustificato arricchimento in capo alla persona giuridica, nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato in considerazione del principio che il reato non può essere una legittima fonte di arricchimento per alcuno e, quindi, nessuno ha il diritto di detenere il provento del crimine<sup>(32)</sup>. La persona fisica, del resto, avrà un patrimonio incapiante alle pretese erariali, ma soprattutto l'ablazione del profitto nei suoi confronti non dovrebbe essere consentita perché il profitto non è a lei pervenuto (tranne nell'ipotesi in cui la persona fisica ha trattenuto il denaro destinato al pagamento delle pretese erariali) e quindi nei suoi confronti un'eventuale confisca, in misura corrispondente ai vantaggi eco-

<sup>(30)</sup> Cass., sez. III, 5.3.2013, n. 32799; Cass., 19.9.2012, n. 1256, Unicredit, Rv. 254796.

<sup>(31)</sup> Da ultimo Cass., 29.8.2012, n. 33371, in *Corr. trib.*, n. 38, 2012, 2944, ribadisce «la funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile», il carattere afflittivo e la consequenzialità con l'illecito proprie della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza; a favore della natura punitiva della confisca per equivalente da ultimo MAGRO, *In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria)*, in *Arch. Pen.*, 2013, 190.

<sup>(32)</sup> Parte della dottrina osserva che non pare comunque difficile – in via interpretativa – applicare la confisca per equivalente anche ai beni della società beneficiata dall'evasione fiscale, realizzata dal suo amministratore, atteso che di tali beni il reo ha comunque la disponibilità proprio in quanto amministratore (al limite, anche solo *di fatto*) o rappresentante della società-contribuente; peraltro tali beni neppure apparrebbero, in siffatte circostanze, ad un soggetto qualificabile come «estraneo al reato», tenuto conto che il reato tributario verrebbe commesso nell'interesse della società beneficiaria dell'evasione, cfr. SALCUNI, *I reati tributari. Parte generale*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 493; PERINI, voce «Reati tributari», in *Dig. disc. pen.*, 2008, 943 ss.; POTETTI, *Sulla compatibilità della confisca tributaria (per equivalente) del bene sociale con l'art. 27, comma 1, in Cass. pen.*, 2013, 314; GIOVANNIELLO, *Confisca (e sequestro) per equivalente: recenti sviluppi giurisprudenziali e problematiche applicative*, in *Giur. Merito*, 2011, 2505 e ss.

nomici dell'illecito conseguiti dalla persona giuridica, assumerebbe il significato e i contenuti di una pena patrimoniale.

Da ultimo la terza Sezione della Corte di cassazione, con ordinanza depositata il 22 novembre 2013, ha rimesso alle Sezioni Unite la soluzione del problema in esame<sup>(33)</sup>. Queste ultime, dopo avere nettamente distinto la confisca diretta (di proprietà) e la confisca per equivalente, hanno negato l'applicabilità della confisca per equivalente *ex art. 1, comma 143, l. n. 244/2007* alle persone giuridiche per conto delle quali la persona fisica ha realizzato gli illeciti tributari in considerazione della natura punitiva di tale forma di confisca, nonché l'applicabilità della confisca *ex art. 19 d. lgs. n. 231/2001* in quanto la responsabilità da reato degli enti non è stata estesa ai reati tributari, pur evidenziando l'irrazionalità di tale scelta legislativa che rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007. La Corte ribadisce, riprendendo la precedente giurisprudenza, che il rapporto organico che esiste tra persona fisica e società non è di per sé idoneo a giustificare l'estensione dell'ambito di applicazione della confisca per equivalente, e che la persona giuridica non può essere considerata concorrente nel reato e, quindi, non è possibile applicare il principio per cui a ciascun concorrente devono imputarsi le conseguenze del reato, in quanto a carico dell'ente non è prevista la responsabilità penale, ma solo quella amministrativa da reato e, comunque, anche tale responsabilità non è prevista per i reati tributari ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001. La sentenza appare molto interessante, però, laddove riconduce nella confisca diretta la sottrazione del profitto, ampiamente inteso comprensivo degli eventuali risparmi di spesa, come quelli derivanti dal mancato pagamento di un tributo, e precisa che il profitto diretto debba essere recuperato anche presso i terzi cui sia pervenuto, comprese le persone giuridiche. Ne deriva che la confisca diretta, *ex art. 240 c.p. e 322 ter*, sarà applicabile anche 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<sup>(34)</sup>. Si riprende sostanzialmente quella posizione intermedia, già affermata dalla Suprema Corte, che consente di applicare la confisca diretta nei confronti degli enti cui sia pervenuto il profitto, ma non la confisca per equivalente in considerazione della sua natura

<sup>(33)</sup> Cass., sez. III, ord. 30.10.2013 (dep. 22.11.2013), n. 46726, Gubert, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 12 dicembre.

<sup>(34)</sup> Cass., sez. un., 30.1.2014 (dep. 5.3.2014), n. 10561, Gubert, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 12 marzo 2014.

punitiva<sup>(35)</sup>, precisando, però, che nella nozione di profitto diretto rientra, oltre ai surrogati e alle utilità, anche il risparmio dell'imposta dovuta. Anche se si continua a ribadire la natura punitiva della confisca per equivalente e, quindi, la sua inapplicabilità a carico di terzi, sembra assolutamente apprezzabile l'affermazione da parte delle Sezioni Unite del principio di diritto in base al quale il profitto del reato debba essere recuperato presso il terzo cui sia pervenuto, anche se si tratta di una persona giuridica, proprio in considerazione della natura compensativa della confisca del profitto accertato, come sopra esaminato.

Più in generale si ritiene, inoltre, che prima di prevedere la responsabilità amministrativa da reato nei confronti degli enti per i reati tributari, come propone un disegno di legge recentemente presentato (d.d.l. S-19)<sup>(36)</sup> (e ancora prima di applicare all'ente la confisca del profitto prevista per la persona fisica) bisognerebbe razionalizzare l'intervento penale in materia, perché è necessario coordinare la disciplina penale con quella sanzionatoria tributaria; in questo settore l'ordinamento prevede una specifica disciplina che consente di privare l'ente del vantaggio economico ottenuto tramite l'evasione tributaria, laddove si accerta la responsabilità penale della persona fisica – dipendente, rappresentante, amministratore anche di fatto – e la responsabilità dell'ente in sede amministrativa tributaria, consentendo non solo di conseguire le somme originariamente dovute al fisco maggiorate dagli interessi, ma anche un ulteriore importo a titolo di sanzione *ex art. 11*, comma 1, d. lgs. n. 472 del 1997: a questo punto ogni ulteriore applicazione di forme di confisca nei confronti dell'ente sembra assolutamente ingiustificata e sproporzionata. Addirittura la responsabilità dell'ente prevista dalla disciplina tributaria è oggettiva, si applica automaticamente anche in mancanza di una colpa di organizzazione e anche se la persona fisica si sia fraudolentemente impossessata delle somme che andavano versate al fisco (art. 19, d. lgs. n. 74/2000)<sup>(37)</sup>. L'art. 7 del d.l. 269/2003 prevede, poi, la riferibilità esclusivamente alle società o enti con personalità giuridica delle sanzioni amministrative tributarie; le persone giuridiche diventano destinatarie dirette delle sanzioni tributarie<sup>(38)</sup>. Il principio di *extrema ratio* dello stru-

<sup>(35)</sup> Cass., sez. III, 14.5.2013, n. 33182; conforme Trib. di Camerino, 10.4.2012, in *Giur. di mer.*, 2013, n. 5, 1126.

<sup>(36)</sup> Il Ddl S-19, Grasso e a., in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio, presentato l'8.5.2013, con l'assegnazione alla Seconda Commissione permanente (Giustizia) del Senato prevede, tra l'altro, l'introduzione della responsabilità dell'ente *ex d. lgs. 231/2001* per i reati tributari di cui al d. lgs. 74/2000. Cfr. BONETTI, *op. cit.*, 3404.

<sup>(37)</sup> SANTORIELLO, *Reati tributari*, cit., 1156.

<sup>(38)</sup> Cfr. LANZI-ALDROVANDI, *L'illecito tributario*, Padova, 2005, 3ª ed., 6 ss.; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 3ª ed., Bologna, 2012, 431.

mento penale dovrebbe distogliere il legislatore dalla criminalizzazione laddove la tutela degli interessi in gioco, la lotta contro l'evasione fiscale e la tutela degli interessi finanziari, può essere sufficientemente perseguita con altri strumenti sufficientemente efficienti e meno pervasivi (lesivi di interessi fondamentali). Si dovrebbe a monte recuperare il rapporto di specialità tra penale e illecito amministrativo punitivo nel settore in esame<sup>(39)</sup>. In ogni caso gli argomenti che sembrano interessanti nella direzione dell'estensione della responsabilità amministrativa da reato agli enti per i reati tributari, – a parte l'inefficacia del sistema sanzionatorio tributario, che andrebbe reso efficiente piuttosto che ricorrere sempre al penale –, riguarda la logica preventiva di tale forma di responsabilità volta alla prevenzione del rischio reato attraverso l'adozione di idonei modelli organizzativi, in una logica non meramente punitiva ma piuttosto volta alla prevenzione e rieducazione<sup>(40)</sup>, e la disponibilità delle sanzioni interdittive. In conclusione, laddove il legislatore decidesse di estendere la responsabilità amministrativa da reato degli enti rispetto agli illeciti tributari considerati particolarmente offensivi e meritevoli dell'intervento penale, si dovrebbero prevedere dei meccanismi che consentano il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale, perlomeno sotto il profilo punitivo: lo scopo del legislatore deve essere quello di prevenire e reprimere gli illeciti tributari, non di arricchire il fisco con pene sproporzionate, stroncando economicamente gli enti.

Il problema specifico, inoltre, che emerge dalla sentenza n. 28731 esaminata, che ammette l'applicazione della confisca *ex art. 1*, comma 143, della l. n. 244/2007, in relazione alle persone giuridiche, è determinato dal fatto che anche laddove sia possibile ammettere che laddove l'ordinamento consenta la confisca nei confronti della persona fisica e il profitto sia stato percepito dalla persona giuridica per conto e nell'interesse della quale si è agito, sia possibile sottrarre il profitto alla persona giuridica, *in ogni caso si deve trattare perlomeno di una forma di confisca prevista dall'ordinamento giuridico per la persona fisica*: con la sentenza in questione la Suprema Corte ha applicato la confisca per equivalente pur in mancanza della sua previsione per il reato in questione, un reato finanziario previsto dall'art. 10 del d.lg. n. 74 del 2000 (occultamento di documenti contabili) non rientrante nella previsione del summenzionato art. 1, comma 143, della l. n.

<sup>(39)</sup> Cfr. AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *op. cit.*, 431.

<sup>(40)</sup> Cfr. SORBELLO, *Reati tributari, confisca per equivalente e società quale persona non estranea al reato*, in *Giur. di mer.*, 2013, n. 5, 1138; DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 13.11.2013 evidenzia l'opportunità di applicare la confisca e le sanzioni interdittive.



espressione con cui si indicano condotte criminose poste in essere da più persone che – oltre a realizzare le fattispecie di cui agli artt. 2 ed 8 del d. lgs. n. 74 del 2000 – pongono in essere una associazione a delinquere ex art. 416 c.p., imputabile ai sensi dell'art. 24 *ter* o che può assumere le caratteristiche della transnazionalità ex all'art. 3, l. n. 146 del 2006<sup>(46)</sup>: «*La responsabilità amministrativa degli enti si applica anche ai reati tributari se sono il fine dell'associazione per delinquere, con la conseguenza che deve ritenersi legittimo il sequestro operato nei confronti di una società i cui vertici sono imputati di associazione per delinquere finalizzata all'emissione e all'utilizzazione di fatture false*»<sup>(47)</sup>.

3. – L'art. 6, comma 5, sancisce che «è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente» anche nell'ipotesi in cui l'ente non risulti responsabile in applicazione della clausola di esonero prevista dallo stesso art. 6, comma 1, nel senso che l'ente riesce a dimostrare che il soggetto apicale ha agito nel suo esclusivo interesse, eludendo fraudolentemente i modelli organizzativi, pur in presenza dell'attività di controllo dell'organismo di vigilanza.

La possibilità di applicare la confisca in mancanza della responsabilità dell'ente riflette chiaramente la natura non punitiva della confisca del profitto accertato; la confisca viene considerata, insomma, uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato, una misura che non as-

<sup>(46)</sup> Cass., sez. III, 24.2.2011, Rossetti, n. 11969, Rv. 249760, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 106; Cass., sez. III, 6.6.2013, n. 24841; SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Il Fisco*, n. 11, 2011, 1590; TOMA, *Confisca per equivalente e responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni a margine di una condivisibile pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Riv. di dir. trib.*, 2010, n. 9, 131; in materia SALCUNI, *I reati tributari. Parte generale*, in MANNA (a cura), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, 493; MARTINI, *Reati in materia di Finanze e Tributi*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, 207; PERINI, voce «Reati tributari», cit., 943; ID., *Brevi considerazioni il merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2006, 2, 79; DI SABATO-QUINTAVALLE CECERE, *Sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per reati tributari commessi a suo vantaggio*, in *Il Fisco*, 2012, n. 21, 3276; VANNINI, *Il coinvolgimento dell'ente nell'illecito penale tributario in assenza del reato presupposto*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2011, 944.

<sup>(47)</sup> Cass., sez. III, 6.6.2013, n. 24841, Veneta Trafili Spa. Cfr. Cass., sez. III, n. 11969/2011, in *Guida al diritto*, n. 37/2011, 83: «nel reato di cui all'art. 416 c.p., ai fini della confisca per equivalente prevista in caso di organizzazione criminale transnazionale (cfr. art. 11, l. 16 marzo 2006, n. 146), il profitto, inteso come l'insieme dei benefici tratti dall'illecito e a questo intimamente attinenti, può consistere nel complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati fine, dai quali il reato associativo è del tutto autonomo, la cui esecuzione è agevolata proprio dall'esistenza di una stabile struttura organizzata e da un comune progetto».

sume un carattere punitivo e pertanto può essere applicata indipendentemente dalla responsabilità dell'ente<sup>(48)</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene che l'applicazione della forma di confisca in questione dimostrerebbe come nonostante l'ente riesca a provare le condizioni di cui all'art. 6, l'esonero di responsabilità sia solo parziale, o comunque dimostrerebbe che la clausola di esonero inciderebbe solo sulla sanzione e non sulla responsabilità<sup>(49)</sup>; tale interpretazione, pur possibile, sembra discutibile se vuole fondare una valutazione di responsabilità dell'ente sul presunto carattere punitivo di una tale forma di confisca<sup>(50)</sup>.

Le Sezioni Unite nella sentenza sul caso Fisia hanno riconosciuto il carattere non punitivo di tale forma di confisca, destinata ad una mera finalità di riequilibrio economico: «*In questa ipotesi, riesce 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. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una fi-*

<sup>(48)</sup> Con riferimento a quest'ipotesi, parla di forma di riequilibrio economico MAUGERI, *op. cit.*, 156; ANTOLISEI, *op. cit.*, 876; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002, 168; Cass., 14.6.2006, n. 31989, cit. Cfr. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, spec., 96, la quale ritiene che «questa confisca vive in una dimensione squisitamente preventiva e si lega al concetto di pericolosità reale, a sua volta desunta dalla provenienza criminale della cosa»; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna, 2007, 328 – cfr. 325 ss. la quale, invece, parla di «funzione lato sensu sanzionatoria».

<sup>(49)</sup> PULITANO, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 429; ID., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. D. Agg.*, VI, 2002, 960; ID., *Diritto penale*, Torino, 2013, 639; cfr. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale*, cit., 398, il quale attribuisce comunque natura sanzionatoria a tale forma di confisca. *Contra* definisce la clausola di esonero come una scusante DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, a cura di GARUTI, *Responsabilità degli enti*, cit., 14; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, *ivi*, 107; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA-SEMINARA, Padova, 2002, 76.

<sup>(50)</sup> La limitazione dell'ambito di applicazione della confisca al profitto effettivamente conseguito, al netto delle spese realizzate per attività lecite, sembra in questo caso indispensabile perché la persona giuridica non è responsabile; la confisca del profitto si giustifica solo in quanto sia limitata alla mera ablazione di quanto la persona giuridica non ha diritto a detenere in quanto ottenuto tramite il reato (che non è un legittimo titolo di acquisto di beni). Cfr. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, 28; BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, d. lgs. 231/2001: commento alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11.11.2011 n. 331*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 172.

nalità 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. Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6/5°, 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»<sup>(51)</sup>.

In tale direzione, del resto, nella stessa Relazione allo schema del d.lgs. 300/2000 si legge che «in definitiva, le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di repressione ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»<sup>(52)</sup>.

La confisca, invece, sembra assumere un carattere punitivo laddove colpisce «il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività», che andrebbe sottoposta ad una sanzione interdittiva, ma trattandosi di «un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività», il giudice ne dispone la prosecuzione da parte di un commissario (art. 15) (è lo stesso commissario giudiziale che nella sua relazione finale determina l'entità dell'ammontare del profitto da confiscare). In quest'ipotesi, infatti, non si tratta di sottrarre un profitto di carattere illecito, né ci si limita a sottrarre il profitto nella misura necessaria a sostenere le spese del commissariamento; si vuole, invece, punire l'ente, che non deve trarre un profitto dalla continuazione dell'attività per esigenze di interesse pubblico<sup>(53)</sup>. Si sottrae all'ente qualcosa di lecitamente guadagnato durante il commissariamento, quindi si tratta di una *deminutio pa-*

*trimoni* avente carattere afflittivo, nonché finalità di prevenzione generale e speciale, volta a rinforzare il carattere punitivo del commissariamento.

La confisca del profitto *lecito* conseguito durante il commissariamento è una vera e propria pena che dovrebbe essere delimitata al profitto netto, se non si vuole violare il principio di proporzionalità e provocare il fallimento dell'impresa che oltre a non conseguire profitti, non potrebbe neanche recuperare le spese (magari l'impresa è già in difficoltà a causa della gestione commissariale, che potrebbe non rivelarsi positiva sotto un profilo manageriale)<sup>(54)</sup>. Trattandosi, insomma, di profitto che non deriva da alcuna condotta illecita, ma unicamente da attività svolta a seguito dell'autorizzazione giudiziale con la supervisione del commissario, il calcolo del profitto dovrebbe tenere in considerazione unicamente l'utile netto percepito, altrimenti si tradurrebbe «in un depauperamento del tutto privo di giustificazione, con effetti devastanti per la vita dell'ente e l'intera platea degli *stakeholders*, cioè dei lavoratori, azionisti, risparmiatori, creditori, clienti, fornitori ed, in genere, di tutti i terzi di buona fede»<sup>(55)</sup>.

4. – L'art. 19 del decreto contempla la confisca obbligatoria del profitto del reato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente come sanzione principale, obbligatoria e autonoma<sup>(56)</sup>, nonché la confisca per equivalente. La confisca del valore equivalente è prevista in termini interessanti, perché la norma non si limita a consentire la condanna al pagamento di una somma di denaro di valore equivalente (che potrebbe comportare i problemi di esecuzione della pena pecuniaria), ma, in maniera più efficace, consente di sottrarre direttamente denaro o beni di valore equivalente (in termini simili alla confisca dei *substitute assets* nordamericana), qualora non sia possibile l'esecuzione della confisca del prezzo o del profitto.

Il legislatore ha innanzitutto previsto il carattere obbligatorio della confisca del profitto come ampiamente previsto in molte forme di confisca speciale. La Suprema Corte ha evidenziato tale carattere obbligatorio della

<sup>(51)</sup> Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, cit.; conforme Cass., 14.6.2006, n. 31989 («l'art. 6, comma 5, d.lg. n. 231 del 2001, disponendo la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato commesso da soggetto in posizione apicale, anche se l'ente stesso non sia stato ritenuto responsabile dell'illecito, disciplina un istituto privo di contrassegni punitivi e finalizzato esclusivamente al ristoro dell'equilibrio economico, tanto è vero che in relazione ad esso non è utilizzabile il sequestro preventivo»), con nota di BONZANO, *Sull'inapplicabilità del sequestro preventivo al profitto che l'ente ha tratto dal reato*, in *Cass. pen.*, 2007, 2887.

<sup>(52)</sup> Cfr. in tale direzione TUTINELLI, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 96.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*, 22.

<sup>(54)</sup> Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 156; MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 2526; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2134; LOTTINI, voce «Responsabilità delle persone giuridiche», art. 15, in *Commentario breve alle Leggi penali complementari*, 2ª ed., Padova, 2007, 2334; COMPAGNA, *Commento a Trib. Napoli*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1644; EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio cautelare*, in EPIDENDIO-BASSI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 310-311, 314, il quale parla in questo caso di sanzione sostitutiva; *contra* AMATO, *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 42, 71.

<sup>(55)</sup> BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile*, cit., 178.

<sup>(56)</sup> Cass., sez. VI, 22.5.2013, n. 24559.

confisca in esame, anche per equivalente, valorizzando l'uso da parte del legislatore dell'avverbio «sempre» nell'art. 19<sup>(57)</sup>: «Dalla lettura della norma, e in particolare dall'uso dell'avverbio "sempre" nel citato art. 19, emerge chiaramente che la sanzione della confisca è poi obbligatoria, nei confronti dell'ente; lo stesso dicasi per la possibilità di confisca per equivalente (prevista per i casi in cui non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, e che fa venir meno ogni rapporto diretto tra il reato e i beni oggetto della misura)»<sup>(58)</sup>. Si deve sottolineare l'efficacia deterrente della previsione dell'obbligatorietà della confisca del profitto che dovrebbe garantire l'applicazione del principio che il «crimine non paga».

La Suprema Corte, inoltre, ha sottolineato come nella disciplina in esame, l'art. 19, «appare chiara la configurazione della confisca come sanzione principale, e autonoma rispetto alle altre pure previste nella normativa in esame»<sup>(59)</sup>.

A tal proposito si può citare una recente sentenza della Suprema Corte<sup>(60)</sup> che, accogliendo un orientamento dottrinario più risalente e garantista in base al quale le misure cautelari reali debbano sottostare ai limiti im-

<sup>(57)</sup> Cass., sez. II, 4.2.2011, n. 20046.

<sup>(58)</sup> Cass., sez. II, 4.2.2011, n. 20046; Cass., sez. II, 9.7.2010, n. 28683, Rv. 247670; Cass., 18.3.2009, n. 14973, Azzano, in *Cass. pen.*, 2009, n. 4833.

<sup>(59)</sup> Cass., sez. II, 4.2.2011, n. 20046; conforme Cass., sez. VI, 10.1.2013, n. 19051; Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, cit.

<sup>(60)</sup> Cass., sez. VI, 31.5.2012, n. 34505, Codelfa s.p.a., in *Cass. pen.*, 2013, 3667; cfr. RAPETTI-TORRI, *La prova del fumus delicti nel sequestro preventivo ex artt. 19 e 53 d.l.vo 231/2001 - Nota a Cass. Sez. III, 14 novembre 2012, n. 11029 (dep. 8.3.2013)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013. Cfr. *contra* Cass., 6.2.2006, n. 9829, in Rv. 23337; Cass., sez. un., 25.3.1993, Gifuni, in *Cass. Pen.*, 1003, 1669 in cui si afferma che «le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'art. 273 cod. proc. pen., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali; ne consegue che ai fini della doverosa verifica della legittimità del provvedimento con il quale sia stato ordinato il sequestro preventivo di un bene pertinente ad uno o più reati, è preclusa ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi, [non dovendo il giudice decidere], in relazione alle misure cautelari reali, la concreta fondatezza di un'accusa, ma deve limitarsi all'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato»; cfr. Cass., sez. III, 27.1.2000, Covagnuoli, in *Arch. N. Proc. Pen.*, 2000, 271, in cui si precisa che nell'art. 321 c.p.p. non si fa menzione degli indizi di colpevolezza ai fini dell'adozione del sequestro preventivo, né l'art. 273 c.p.p., dettato specificamente per le misure cautelari personali, può considerarsi estensibile a quelle reali, non essendo, peraltro, espressamente richiamato dalle norme che disciplinano quest'ultimo.

La Corte Costituzionale - Corte Cost., 17.2.1994, n. 98, in *Cass. Pen.*, 1994, 1455 -, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 321, 324 c.p.p. sollevata in riferimento agli artt. 24, 42, 27, 111 Cost., ha rilevato come al tribunale investito del gravame circa l'applicazione di misure cautelari reali sia preclusa la valutazione sulla sussistenza e gravità degli indizi di colpevolezza. In particolare, si è sostenuto che «la scelta legislativa di non riprodurre per le misure cautelari reali i presupposti stabiliti dall'art. 273 c.p.p. per le misure cautelari personali non contrasta con l'art. 24 Cost., essendo

posti dall'art. 273 c.p.p. richiedendo l'accertamento dei «gravi indizi di colpevolezza»<sup>(61)</sup>, pretende ai fini del sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto, ai sensi dell'art. 53 del d. lgs. 231 del 2001, la verifica di un *fumus delicti* «allargato», cioè la ricorrenza di gravi indizi della responsabilità dell'ente, come accade per le misure cautelari interdittive ai sensi dell'art. 45; la Corte non ritiene possibile la trasposizione del regime dei presupposti legittimanti il sequestro preventivo previsto dall'art. 321 c.p.p. e quindi non ritiene opportuno far coincidere il *fumus delicti* con l'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto ad una determinata ipotesi di reato, come ha stabilito la giurisprudenza consolidata in relazione al sequestro ex art. 321 c.p.p. ritenendo sufficiente la mera confiscabilità del bene<sup>(62)</sup> (con i connessi rischi come evidenziato in dottrina di affidarsi all'arbitrio giudiziario e di violare i beni costituzionali pregiudicati dal sequestro<sup>(63)</sup>). La Corte osserva che «nel caso dell'art. 53 d. lgs. 231/2001 il sequestro è direttamente funzionale ad anticipare, in via cautelare, la confisca di cui all'art. 19 d. lgs. cit. che è sanzione principale, obbligatoria e autonoma (così, sez. un., 27.3.2008, n. 26654, Impregilo ed altri) e che come tale si differenzia non solo dalle altre ipotesi di confisca disciplinate dal codice penale e da leggi speciali, ma anche dalle altre tipologie di confisca cui si riferisce lo stesso d. lgs. 231/2001 (ad esempio, negli artt. 6, comma 5, e 15, comma 4)». La Corte precisa che nel D.Lgs. n. 231 del 2001 il duplice sistema cautelare, il primo relativo alle misure interdittive, l'altro riferito al sequestro preventivo, non si differenziano per i beni che mirano a tutelare e che sono sostanzialmente omogenei, come l'attività dell'ente, nel caso delle misure cautelari interdittive, ovvero le «cose» che in qualche modo sono riferibili all'ente, come il profitto (o il prezzo) derivante dal reato soggetti al sequestro preventivo; tale omogeneità dei beni dovreb-

graduabili tra loro i valori (libertà personale, da un lato, e libera disponibilità dei beni, dall'altro) che l'ordinamento prende in considerazione».

<sup>(61)</sup> Cfr. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel codice del 1988*, Milano, 1991, 143; cfr. RAPETTI-TORRI, *op. cit.*, 12 e il dibattito ivi richiamato.

<sup>(62)</sup> Cass., 23.4.1993, n. 4, Gifuni; in tale direzione Cass., sez. II, 6.11.2012, n. 46295, B.S., in *Diritto & Giustizia*, 2012, 29 novembre: «il "periculum" coincide con la confiscabilità del bene»; Cass., sez. II, 11.12.2007, n. 1454, Rv. 239433; Cass., sez. III, 11.5.2011, n. 24169, Rv. 251002; da ultimo in relazione alla confisca ex art. 240 c.p. Cass., sez. II, 6.11.2013, n. 47433, in *Dir. & Giust.*, 2013, 29 novembre. Cfr. Cass., 23.1.2013, n. 7078, Piccolo, in cui si afferma il principio che le presunzioni tributarie sono sufficienti a legittimare l'applicazione di una misura cautelare reale nei confronti del contribuente-indagato (nella specie, sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente), in quanto la misura cautelare non richiede un compendio indiziario grave, ma la semplice prospettazione del *fumus* del reato.

<sup>(63)</sup> Cfr. CERESA GASTALDO, *Garanzie insufficienti*, in *Cass. pen.*, 2010, 4439 ss.; GUIDO, *Fumus commissi delicti «allargato» per il sequestro preventivo destinato all'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 3, 250.

be portare ad escludere ogni differenziazione dei presupposti applicativi delle due tipologie di misure cautelari, diversamente da quanto previsto per le misure cautelari personali e reali nel sistema del codice<sup>(64)</sup>. Entrambe le misure cautelari, allora, «sono destinate ad anticipare l'applicazione di sanzioni principali e obbligatorie, sanzioni subordinate all'accertamento della responsabilità dell'ente... Ne consegue che..., ai fini dell'applicazione del sequestro, il profilo della colpevolezza rientra nella valutazione del *fumus delicti*, in quanto la funzione preventiva riguarda direttamente l'ente quale autore del fatto illecito e non solo il bene (profitto o prezzo) la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo... In sostanza, in questa materia un controllo dei presupposti del sequestro limitato alla sola sussumibilità della fattispecie concreta nell'ipotesi delittuosa individuata dal pubblico ministero appare del tutto inadeguato proprio in quanto la misura cautelare è diretta ad anticipare gli effetti di una sanzione principale»<sup>(65)</sup>.

In questa direzione la dottrina ritiene che la definizione dei presupposti del sequestro preventivo finalizzato alla confisca andrebbe effettuata considerando la stretta strumentalità che lega tale strumento alla stessa sanzione della confisca, in quanto destinato a garantirne la fruttuosità, evitando il rischio di dispersione del prezzo e del profitto dell'illecito che renderebbe vana la punizione dell'ente, una volta accertatane la responsabilità<sup>(66)</sup>. Si fonda, insomma, tale posizione sulla presunta natura punitiva della confisca in esame, che perseguirebbe una funzione general-preventiva, in quanto «*il rischio di perdere il vantaggio economico conseguito dal reato, che spesso costituisce lo scopo principale dell'agire dell'ente, rappresenta – in una prospettiva di analisi economica del diritto – una forte contropinta all'illecito, incidendo proprio sulla propensione della persona giuridica ad orientare le proprie scelte sulla base di un'analisi costi/benefici*»<sup>(67)</sup>.

<sup>(64)</sup> Cfr. su tale equiparazione GUIDO, *op. cit.*, 255 ss.

<sup>(65)</sup> Cass., sez. VI, 31.5.2012, n. 34505, cit. Conforme BASSI, *Osservazioni a prima lettura* (Cass., sez. VI, n. 34505 del 10.9.2012 (c.c. 31 maggio 2012)), in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 3, 169.

<sup>(66)</sup> PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato*, Torino, 2005, 144; LATTANZI, *Misure cautelari. Sezione II. Sequestri*, in AA.VV., *Reati e responsabilità*, a cura di LATTANZI, Milano, 2005, 529; PERONI, *Il sistema delle cautele*, in a cura di GARUTI, *Responsabilità degli enti*, cit., 266; PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 181-185; GAITO, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008, 672; GARUTI, *Responsabilità delle persone giuridiche: II Profili processuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Treccani, Roma, 2004, 6; BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti: restano incerti i confini per l'applicazione delle norme in tema di sequestro preventivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 945; ID., *Sull'inapplicabilità del sequestro preventivo*, cit., 2887.

<sup>(67)</sup> PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giusti-*

Questa ricostruzione potrebbe essere *in sé apprezzabile laddove conduce ad una maggiore cautela nell'applicazione del sequestro ex art. 53* richiedendosi non la mera «confiscabilità» del bene ma, come esaminato, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza che inducono il giudice ad una fondata prognosi di responsabilità<sup>(68)</sup>, anche in considerazione dell'effetto afflittivo che può assumere il sequestro nell'ambito dell'attività di un ente e in particolare di un'impresa, effetto spesso moltiplicato nei sequestri preventivi finalizzati alla confisca per equivalente, applicati in seguito alla notizia di reato in base al mero *fumus* risultante dall'astratta configurabilità dello stesso reato<sup>(69)</sup>.

Per contro, però, tale posizione della Suprema Corte suscita qualche perplessità laddove fonda il suo ragionamento su un assunto discutibile e cioè la natura «punitiva» della confisca *ex art. 19*<sup>(70)</sup>; la confisca del profitto accertato che deriva dalla consumazione di un reato non assume carattere punitivo innanzitutto perché non assume alcun carattere afflittivo, non comportando la limitazione di un diritto o di un bene giuridico del soggetto sottoposto a pena, e cioè non comporta una *deminutio patrimonii*, una sottrazione di beni legittimamente detenuti dal reo, ma piuttosto si limita a restituire alla collettività dei beni che le sono stati illecitamente sottratti perseguendo una mera finalità di riequilibrio economico, una sorta di equivalente penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa.

Se si affermasse la sua natura punitiva si finirebbe per sostenere che il crimine diventa un legittimo titolo di acquisto di beni, fonte di arricchimento, per cui l'ablazione pubblica degli stessi beni attraverso la confisca assume un carattere afflittivo, rappresentando una *deminutio* del bene «patrimonio» del destinatario. Se poi la confisca del profitto possa anche perseguire una qualche finalità di prevenzione generale, in quanto rappresenta un disincentivo alla consumazione del crimine garantendo la concretizzazione del principio che «il crimine non paga», non comporta comunque

zia penale, Giuffrè, 2009, 279; ID., *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336; BELLINA, *La confisca del profitto a carico dell'ente: una sanzione «poli-dimensionale»*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4836; BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile*, cit., 172.

<sup>(68)</sup> In termini corrispondenti per le sanzioni interdittive Cass., 2.10.2006, n. 32627, in *Cass. pen.*, 2007, 80. Più articolata ed interessante appare la motivazione della seconda sentenza Cass. pen., sez. VI, 2.10.2006, n. 32626.

<sup>(69)</sup> Cfr. criticamente BRICCHETTI, *Ma davvero servono i gravi indizi di responsabilità dell'ente per disporre il sequestro preventivo?* (commento a Cass. pen., n. 34505, 10.9.2012), in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, f. 4, 209.

<sup>(70)</sup> Cfr. in tale direzione Cass., sez. VI, 14.11.2012, n. 11029, che parla di natura sanzionatoria; in dottrina EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio cautelare*, cit., 305-308; LUNGUINI, *op. cit.*, 90; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 149.

che si tratti di una pena, – tranne laddove la concreta disciplina ne faccia emergere dei profili punitivi –.

Tanto è vero, del resto, che lo stesso d. n. 231/2001 prevede, come accennato, la possibilità di applicare la confisca del profitto anche laddove l'ente non risulti colpevole ex art. 6, comma 5; ipotesi in cui la confisca non potrebbe chiaramente assumere carattere punitivo, come confermato dalla stessa Suprema Corte (71). In tale ottica la Suprema Corte ha bene evidenziato, infatti, che il perseguimento della finalità di prevenzione speciale attraverso l'adozione di modelli organizzativi può giustificare la mancata applicazione di sanzioni interdittive, ma non della confisca del profitto accertato conseguente alla consumazione del reato (72).

Ciò non toglie che la considerazione della confisca ex art. 19 come sanzione autonoma possa giustificare l'applicazione delle garanzie della materia penale, a partire dal principio di irretroattività, espressamente previste dal d. lgs. n. 231/2001 e di cui la giurisprudenza della Suprema Corte riconosce la valenza costituzionale ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost. (finendo per ammettere il carattere «penale» della disciplina in esame), anche se pur sempre in considerazione della discutibile «natura punitiva» della sanzione in questione (73). Anche nella Proposta di Direttiva in materia di confisca si auspica l'applicazione delle garanzie della materia penale previste dalla CEDU, alla luce della giurisprudenza della relativa Corte europea, alla confisca del profitto (anche laddove se ne ammette l'applicazione senza condanna), lo stesso prevede la Direttiva nella versione approvata dal Parlamento, al 38° considerando.

In questo settore, in ogni caso, non è possibile negare che la confisca del profitto, pur non avendo carattere punitivo, persegue un'intrinseca finalità di prevenzione generale laddove impedisce all'ente di raggiungere il fondamentale scopo perseguito con il crimine, e cioè come già evidenziato, il profitto; «l'ente, soggetto paradigmatico del "delinquente economico", orienta sempre la sua condotta verso il conseguimento di un profitto» (74). E allora si può affermare che rispetto al modello d'attore rappresentato dall'ente «sembra atteggiarsi particolarmente bene, perché razionalmente fondato, il paradigma della prevenzione generale» considerato che «la criminalità economica, tipicamente abbraccia una sfera di (soli) *Bereicherungsdelikte*, di delitti di "arricchimento", o di profitto, ma forse addirittura di *Begierdelikte*,

(71) In tale direzione cfr. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 95.

(72) Cass., sez. II, 27.6.2012, n. 29397.

(73) Cass., sez. VI, 18.1.2011, n. 14564.

(74) BELLINA, *op. cit.*, 4844.

di delitti di cupidigia», espressione di una patologica deviazione del concetto di profitto che «"istituzionalmente" una società commerciale o un'impresa perseguono» (75).

4.1. – In base ad un orientamento piuttosto prevalente della Suprema Corte si riconosce la natura punitiva della confisca per equivalente anche ai sensi dell'art. 19, d. lgs. n. 231/2001 (76), e proprio in base a tale natura «punitiva» la Suprema Corte, anche a sezioni unite, con una notevole disinvoltura nell'ipotesi di concorso di persone applica la confisca *per intero* nei confronti di ciascun concorrente, trasformandola in una vera e propria pena patrimoniale in palese disprezzo dei principi di legalità, colpevolezza e proporzione (77); oppure ritiene che il sequestro e poi anche la confisca può attingere uno qualsiasi dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, anche se poi la confisca complessivamente disposta non può eccedere l'ammontare del profitto (78).

(75) PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, cit., 279; cfr. ID., *L'economia della pena*, cit., 1336 ss.

(76) Tra le altre da ultimo Cass., 26.5.2010, n. 29724; Trib. Milano, 20.4.2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass., sez. I, 28.2.2012, n. 11768, B., in *Riv. pen.*, 2012, 7-8, 754; Cass., sez. III, 23.10.2013, n. 45951; in relazione alla confisca in materia di reati tributari Cass., sez. III, 4.7.2013, n. 36927. In tale direzione FONDAROLI, *op. cit.*, 118; ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 251; PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2075; FURFARO, voce «Confisca», in *Dig. Disc. Pen. Agg.*, Tomo I, Torino, 2005, 208 ss; MAZZA, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 gennaio 2012; CORSO, *La confisca per equivalente non è «retroattiva»*, in *Corr. Trib.*, 2009, 1775; AMISANO, voce «La confisca per equivalente», in *Dig. Disc. Pen. Agg.*, Tomo I, Torino, 2008, 204. Proprio in virtù di tale natura punitiva se ne nega l'applicazione in caso di estinzione del reato, Cass., sez. VI, 6.12.2012, n. 18799.

(77) Cass., 28.7.2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.*, 2009, 3102: «in caso di concorso di persone nel reato, la confisca "per equivalente" prevista dall'art. 648 quater può essere disposta per ciascun concorrente per l'intera entità del profitto», «non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi, ma alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito»; conforme Cass., 13.5.2010, n. 21027. Cfr. criticamente MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322 ter tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 826 ss.; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 102.

(78) Cass., sez. un., 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri. Da ultimo Cass., sez. II, 16.11.2012, n. 8740; Cass., sez. II, 6.7.2012, n. 35999; Cass., sez. II, 31.5.2012, n. 20976; Cass., sez. III, 16.5.2012, n. 30140, De Ferrari; Cass., sez. V, 10.1.2012, n. 13562, Bocci; Cass., sez. III, 12.10.2011, n. 1893, Manfellotto, Rv. 251797; Cass., sez. III, 24.2.2011, Rossetti, n. 11969, Rv. 249760, in *Riv. dir. trib.*, 2011, 106; Cass., sez. V, 24.1.2011, n. 13277,

Non solo ma la Suprema Corte sempre in applicazione del principio di solidarietà passiva applica il sequestro per intero ai fini della confisca contemporaneamente nei confronti dell'ente e delle persone fisiche responsabili del reato, in una sorta di «concorso di persone» tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti. «Nel caso di concorso fra la responsabilità individuale dell'autore e quella ex d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, questa Corte ha chiarito che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato di corruzione può incidere contemporaneamente od indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso (sez. 6, 5/3/2009 n. 26611 Rv. 244254)»<sup>(79)</sup>, fermo restando che in realtà la Corte applica la confisca ex art. 322 *ter* nei confronti della persona fisica ed ex art. 19 e 53, d. 231/2001 nei confronti dell'ente<sup>(80)</sup>.

Tale orientamento sembra, in realtà, discutibile perché la confisca per equivalente, pur rappresentando il primo fondamentale modello che consente di sottrarre i profitti illeciti senza dover accertare il nesso di pertinenzialità con uno specifico reato, dovrebbe costituire una mera modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato, connesso al reato<sup>(81)</sup>, ri-

Farioli, Rv. 249839; Cass., sez. V, 3.2.2010, n. 10810, Perrottelli, Rv. 246364. Cfr. POTETTI, *Confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p., sequestro preventivo e reato plurisoggettivo*, in *Riv. pen.*, 2013, 608; BIANCHI, *Sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del reato*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2012, f. 4, 149; *contra* TUTINELLI, *op. cit.*; BUCCISANO-INGRAO, *Confisca per equivalente e reati tributari: limiti di applicazione e coinvolgimento del professionista*, in *Dialoghi Tributari*, 2012, n. 4, 429 ss.; MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, 16 ss.; MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 117; DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, cit.

<sup>(79)</sup> Cass., sez. III, 12.7.2012, n. 10567, in *Guida al Diritto*, 2013, n. 15, 55; Cass., sez. II, 31.5.2012, n. 20976; Cass., sez. II, 20.4.2012, A.S., in *www.leggiditalia.it*. *Contra* FURFARO, *Confisca per equivalente, responsabilità enti e parametri operativi*, in *Giur. It.*, 2007, 973, il quale sostiene che in base al rapporto di specialità, che legherebbe la confisca prevista dall'art. 322 *ter* c.p. e quella prevista nel D.Lgs. n. 231/2001, è necessaria la preventiva escussione del patrimonio dell'ente e si giustifica un intervento diretto nei confronti dei beni dell'autore solo in caso di esito negativo di questo primo provvedimento.

<sup>(80)</sup> In particolare, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente sui beni della persona fisica non richiede, per la sua legittimità, la preventiva escussione del patrimonio della persona giuridica nell'interesse della quale il reato è stato commesso (sez. III, 27.1.2011, n. 7138, Rv. 249398; sez. II, 20.12.2006, n. 10838/2007, Rv. 235827). Ed infatti, nessuna norma impone di perseguire il patrimonio della persona giuridica beneficiaria dell'utile determinato dal reato, prima di aggredire il patrimonio del soggetto concorrente nel reato medesimo.

<sup>(81)</sup> Cass., 16.1.2004, n. 15455, Napolitano G., 685; Cass., 3.7.2002, n. 32797, Silletti.

manendo una forma di riequilibrio economico<sup>(82)</sup>. Non ha la capacità di infliggere un *quid pluris* di afflittivo laddove si limita a privare l'ente, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato; e, in ogni caso, dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che consente di applicare nella forma equivalente<sup>(83)</sup>. Chiaramente tutto ciò presuppone che venga correttamente applicata.

D'altronde si osserva correttamente in dottrina che anche quando si accolga la teoria che individua un concorso di persone tra l'ente e la persona fisica, o tra più persone giuridiche, nella commisurazione della confisca ci si dovrebbe strettamente attenere alla misura del profitto effettivamente conseguito dal destinatario della misura o alla quota di profitto personalmente conseguita da ciascun concorrente altrimenti la finalità di riequilibrio economico e di prevenzione generale della confisca verrebbe compromessa in quanto l'effettivo percettore del profitto illecito potrebbe continuare ad usufruirne<sup>(84)</sup>, tranne che si applichi per intero nei confronti di ciascun concorrente assumendo la natura di una pena patrimoniale.

Tanto è vero che la confisca per equivalente non può colpire dei beni di valore superiore a quello del profitto, che non siano separabili senza diminuirne il valore complessivo, così da poter agevolmente procedere ad una loro ablazione o sequestro parziali, anche perché l'art. 19, comma 2, d. lgs. 231/2001, non prevede la possibilità di infliggere al soggetto passivo un sacrificio ulteriore, come invece accadrebbe in caso di deprezzamento dell'intero dopo la suddivisione necessaria per separare il bene ovvero in caso di

<sup>(82)</sup> MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 489 ss.; conforme MONGILLO, *Art. 322-ter*, in *Codice penale - Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2010, 256 s.; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione - I delitti dei pubblici ufficiali*, *Commentario sistematico*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 254. Cfr. AMISANO, *op. cit.*, 198 ss., sul significato di «equivalenza» anche attraverso il confronto con il diritto civile; TUTINELLI, *op. cit.*, 96, il quale accentua l'obbligo restitutorio imposto con la confisca ex art. 19, d. lgs. n. 231/2001, equiparata alla sanzione civile ex artt. 185-187 c.p.

<sup>(83)</sup> In quanto si tratta di sottrarre il profitto del reato, qualcosa che non si ha diritto di detenere non rappresentando il reato un legittimo titolo di acquisto di beni, cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 489 ss.; ID., *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter*, cit., 826 ss.; conforme MONGILLO, *Art. 322-ter*, in *Codice penale - Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, 256; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione - I delitti dei pubblici ufficiali*, *Commentario sistematico*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 254, parla di misura che mira «ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività», pur riconoscendo che l'aspetto (generalpreventivo -) repressivo già presente nella confisca tradizionale, si chiarisce e si accentua con l'espressa previsione della confisca di valore (p. 248).

<sup>(84)</sup> SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Torino, 2011, 863.

provvedimento ablativo che colpisse beni di valore superiore<sup>(85)</sup>. In tal senso appare più corretto quell'orientamento della Suprema Corte che sottolinea che nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto, per evitare un'ingiustificata compressione dei diritti già nella fase cautelare<sup>(86)</sup>; il vincolo cautelare d'indisponibilità non dovrebbe essere esorbitante, eccedendo il valore del profitto, e non dovrebbe determinare ingiustificate duplicazioni, in quanto «dall'unicità del reato non può che derivare l'unicità del profitto»<sup>(87)</sup>.

Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena affermando il principio della solidarietà correa in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità afflittiva, dall'altra si applica il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti e tra ente e persone fisiche, proprio delle misure riparatorie e affermato per le sanzioni amministrative (art. 6, l. 689/1981) e civilistiche<sup>(88)</sup>: «Mentre il principio di solidarietà nell'obbligazione è diretto essenzialmente ad ottenere che l'infrazione (nella sua entità oggettiva) non resti (oggettivamente) impunita, senza che per questo rilevi l'effettiva incidenza della pena su ciascuno degli autori della lesione e soprattutto senza possibilità di modificare l'entità unitaria della pena, moltiplicandola per il numero dei colpevoli, in termini del tutto antitetici, la regola della responsabilità correa ha di mira l'afflizione dei soggetti cui la violazione è giuridicamente imputabile, afflizione che, proprio perché prescinde da una, corrispettiva, soddisfazione del soggetto leso, non può considerarsi come un *quid* astrattamente ed unitariamente individuato. Per cui la solvenza di uno dei trasgressori è di per sé in grado di far venir meno l'obbligazione degli altri, sebbene deve inderogabil-

<sup>(85)</sup> Cfr. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo*, cit., 97; SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni*, cit., 875.

<sup>(86)</sup> Cass., sez. VI, 17.3.2009, Paggiaro; Cass., sez. VI, 6.2.2009, Ramponi e altro; Cass., sez. IV, 7.12.2011, Valsecchi; Cass., sez. III, 23.1.2013, Piccolo, n. 7078.

<sup>(87)</sup> AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione* – Nota a Corte Costituzionale (sent.), ud. 5.11.2012 (dep. 15.11.2012), n. 252, in *Dir. Pen. Contemp.* – *Riv. Trim.*, 2013, n. 2, 151.

<sup>(88)</sup> Cfr. TUTINELLI, *op. cit.*, 89 ss.; cfr. GAITO, *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2068, il quale evidenzia che si applicano così in materia penale le categorie civilistiche: si fa confusione tra l'obbligazione solidale di contenuto restitutorio e risarcitorio (art. 185 c.p.) di «ristoro del danno» di stampo civilistico, e la confisca quale misura ablatoria tesa ad assicurare al patrimonio dello Stato il prezzo-profitto del delitto. In materia critico nei confronti della natura punitiva della confisca cfr. RAGGI, *La pace con il Fisco blocca il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente?*, in *Corriere Tributario*, n. 40, 2012, 3130.

mente colpire, in tutta sua portata, ciascuno dei responsabili dell'illecito»<sup>(89)</sup>.

Tale contraddizione è stata messa in evidenza dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, ha sostanzialmente messo in discussione la natura sanzionatoria della confisca per equivalente precisando non si può «affatto... trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese», innanzitutto per la sua «natura surrogatoria» rispetto alla confisca di proprietà essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato «rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza»: «non può certo presupporre una sorta di *novatio della misura*, tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale. È del tutto evidente, infatti, che *risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali*, la possibilità di far discendere l'applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità rappresentata dalla impossibilità di rinvenire – e conseguentemente aggredire – il profitto o il prezzo del reato» (corsivo agg.). Non solo, ma evidenzia ancora la Suprema Corte che «ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato L. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale»<sup>(90)</sup>. La Suprema Corte, insomma, nega espressamente la riconducibilità della confisca per equivalente alla categoria delle pene.

Anche in più recenti sentenze della Suprema Corte si conferma tale orientamento evidenziando che la confisca per equivalente si può applicare solo laddove non sia possibile la confisca diretta, come una sorta di suo surrogato, e nella misura strettamente corrispondente al profitto accertato<sup>(91)</sup>; il tutto in base ad un «principio risultante dall'art. 19 del citato decreto legislativo secondo cui la confisca del prezzo o del profitto del reato (nel caso, il denaro) ha un carattere prioritario e indispensabile, tanto che può essere disposta la confisca per equivalente solo se non sia possibile eseguire la misura patrimoniale sul prezzo o sul profitto»<sup>(92)</sup>. La confisca per equivalenten-

<sup>(89)</sup> SANDULLI, voce «Sanzioni Amministrative», in *Enc. del Dir.*, Roma, 1992, vol. XXVIII, 1 ss.

<sup>(90)</sup> Cass., 6.7.2006, n. 30729, Carere; cfr. POTETTI, *Confisca per equivalente*, cit., 612.

<sup>(91)</sup> Cass., sez. III, 11.5.2011, Gargiulo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 235356.

<sup>(92)</sup> Cass., sez. VI, 2.2.2012, n. 6248; Cass., sez. II, 27.6.2012, n. 39840. In tale direzione in relazione ad altre ipotesi di confisca per equivalente Cass., 3.7.2002, n. 32797, Silletti, *Rv.* 222741; Cass., 16.1.2004, n. 15445; Cass., 14.6.2006, n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, 966,

te, implicando una «modificazione dinamica e non meramente ipotetica del patrimonio del soggetto agente» come emerge anche dalla Relazione al d.lg. n. 231 del 2001, è azionabile solo nei casi d'impossibilità sopravvenuta di procedere alla confisca o al sequestro di proprietà, evitando che «l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato *ormai indisponibili* per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria»<sup>(93)</sup>. Da ultimo si precisa che «per disporre la confisca per equivalente devono ricorrere i seguenti presupposti: a) l'impossibilità di procedere alla confisca diretta del prezzo o del profitto; b) l'equivalenza di valore tra i beni confiscati e il prezzo o il profitto derivante dal reato... Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla *res*, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa. Scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca "tradizionale", rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività-sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati... In sostanza, 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 svicolati dal collegamento fisico con il reato stesso» (corsivo aggiunto)<sup>(94)</sup>.

Tali precisazioni della Suprema Corte sul carattere residuale e sussidiario della confisca per equivalente appaiono assolutamente importanti per prevenire quell'uso spregiudicato, prima esaminato, di tale strumento, qua-

con nota di SANTORIELLO e FURFARO; conforme Cass., 1.7.2008, n. 31339, in *Dir. e giust.*, 2008; Cass., 16.5.2012, n. 25677.

<sup>(93)</sup> Cass., sez. VI, 2.2.2012, n. 6248; Cass., sez. II, 6.11.2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al diritto*, 2013, 7, 63.

<sup>(94)</sup> Cass., sez. VI, 10.1.2013, n. 19051, su *Guida al Dir.*, 2013, n. 22, 67, con nota di AMATO, *Non serve dimostrare il «nesso di pertinenzialità» tra reato e cose da sottoporre alla misura ablatoria*; conforme Cass., sez. II, 6.11.2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al dir.*, 2013, 7, 63.

le escamotage per applicare sostanzialmente una pena patrimoniale ai concorrenti o quale escamotage utilizzata dall'accusa per sottrarre un presunto profitto in mancanza di un previo e valido accertamento, – conforme allo *standard* della prova imposto dalla presunzione d'innocenza –, dell'originario profitto; ma soprattutto la Suprema Corte sembra sostanzialmente superare quella posizione che attribuisce natura sanzionatoria alla confisca per equivalente, – che imporrebbe la commisurazione alla gravità del reato e alla colpevolezza –. Una misura surrogatoria dovrebbe avere la stessa natura della confisca diretta, di proprietà, di cui assume carattere sussidiario; nella misura in cui, allora, si ritiene di attribuire carattere di riequilibrio economico alla confisca di proprietà del profitto accertato, si ritiene che possa essere attribuita una corrispondente natura alla confisca per equivalente.

L'adozione del principio solidaristico, inoltre, tra ente e persona fisica affermato dalla Suprema Corte, per cui è possibile sottrarre il profitto indifferentemente all'ente o alla persona fisica<sup>(95)</sup>, non solo non tiene conto del carattere autonomo della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica ai sensi dell'art. 8 del d. lgs. n. 231<sup>(96)</sup>, ma inoltre finisce per violare, come osservato in dottrina, la *ratio* ispiratrice della stessa introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche destinata, tra l'altro, a porre fine o limitare il fenomeno «della sovraresponsabilizzazione della persona fisica, dipendente dell'azienda, che commetteva un *corporate crime*», fenomeno in base al quale la persona fisica diventava il capro espiatorio interno, tramite il quale – grazie al principio *societas delinquere non potest* – era il singolo *manager* a farsi carico di tutte le conseguenze di un reato, nonostante quest'ultimo fosse concretizzazione della politica d'impresa (fermo restando che il capro espiatorio veniva poi lautamente ricompensato economicamente o con un incarico dirigenziale presso un'altra azienda del gruppo). La stessa clausola, del resto, che consente l'esonero di responsabilità in capo all'ente nell'ipotesi della elusione fraudolenta dei protocolli organizzativi (art. 6, comma 2, lett. c), fa «si riemergere la centralità dell'agire umano ma solo nella peculiare prospettiva del (necessario) impiego di mezzi decettivi, intesi ad aggirare il sistema di controlli di cui l'ente si è dotato». L'orientamento della Cassazione criticato «tende – inve-

<sup>(95)</sup> Cass., sez. VI, 6.2.2009, Ramponi, in *Cass. pen.*, 2010, 1957; affermazioni peraltro ribadite da Cass., sez. VI, 5.3.2009, Betteo, 4275, nonché da Cass., sez. II, 14.6.2006, Troso, *ivi*, 2007, 2886, con nota di BONZANO, *Sull'inapplicabilità del sequestro preventivo al profitto che l'ente ha tratto dal reato*.

<sup>(96)</sup> Cfr. LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, in *Cass. pen.*, 2010, 4281 s.; GUIDO, *op. cit.*, 258.

ce – ad attingere ad un passato, normativo e di prassi giudiziarie, nel quale la persona del *manager* era, comunque, il parafulmine sul quale scaricare gli incerti esiti dell'azione penale; in questo modo, il *dernier pensée* della Suprema corte finisce tuttavia per annullare la *ratio* ispiratrice della normativa del 2001»<sup>(97)</sup>.

5. – L'art. 19 prevede, da una parte, la tutela dei danneggiati dal reato, stabilendo che la confisca non si applica «per la parte che può essere restituita al danneggiato».

Una previsione simile a tutela delle vittime del reato era stata proposta nei lavori preparatori del codice Rocco<sup>(98)</sup>, ma non era stata inserita perché era stata considerata superflua in quanto la confisca del profitto non si applica a persona estranea al reato e «la cosa non cessa di appartenere a colui al quale delittuosamente fu tolta, solo perché essa abbia subito una specificazione o altra modificazione, derivante dal suo impiego da parte del colpevole»<sup>(99)</sup>. Oggi una simile clausola è stata introdotta in alcune forme di confisca speciale, come nel comma 6 dell'art. 644 c.p., che prevede la confisca dei compensi usurari, facendo espressamente salvi «i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni»; la l. del 13 febbraio 2001, n. 45, in tema di collaboratori di giustizia e testimoni, ha introdotto tale clausola nell'art. 12 *sexies*<sup>(100)</sup>. Anche in altri ordinamenti si prevede tale tutela, in conformità del resto alle indicazioni derivanti dagli strumenti sovranazionali – dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio e confisca, alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione<sup>(101)</sup>, fino alla decisione quadro 783/2006 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca e alla Direttiva in materia, nella versione approvata dal Parlamento sopra citata, che ha accolto l'emendamento – n. 50 – proposto dalla Commissione LIBE (per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni) che introduce un nuovo comma al-

<sup>(97)</sup> BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2011, 3, 217.

<sup>(98)</sup> Il Presidente della Commissione parlamentare, D'Amelio proponeva l'introduzione della clausola «salvo i diritti della parte lesa nel caso che il profitto derivi dall'impiego della cosa sottratta», cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, volume VI, *Atti della Commissione Parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma, 1930, 247.

<sup>(99)</sup> *Relazione*, op. cit., n. 116.

<sup>(100)</sup> Art. 24, lett. b), «restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno».

<sup>(101)</sup> FRA Opinion, cit., § 3.1 (39) e (44).

l'art. 8 (comma 10 nella versione approvata) che garantisce il diritto di difesa dei danneggiati<sup>(102)</sup>: la possibilità che il «il diritto europeo in materia di confisca» «possa vanificare i diritti delle parti lese» sarebbe in contraddizione con l'approccio di norma seguito dalla Commissione LIBE in relazione alla «tutela delle vittime»<sup>(103)</sup>; nella FRA Opinion («*Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*») si richiede non solo la tutela dei diritti delle vittime del reato, ma anche la tutela del loro diritto a partecipare al procedimento nel rispetto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>(104)</sup>.

L'utilizzazione del patrimonio del reo per la soddisfazione delle pretese di coloro che sono stati danneggiati dal reato, costituisce un limite legittimo all'applicazione delle misure in esame, e, del resto, si realizza così ugualmente lo scopo ad esse sotteso, e cioè la sottrazione dei profitti del reato al delinquente. La problematicità, però, della disciplina in questione deriva dal fatto che la sua applicazione concreta viene spesso paralizzata dall'esistenza solo virtuale di pretese dei danneggiati del reato, anche nell'ipotesi in cui questi diritti non siano esercitati, o anche a favore di un'assicurazione, che ha pagato al posto del reo<sup>(105)</sup>; la tutela dei danneggiati rischia di realizzare quel rischio di paralisi, almeno parziale, della confisca verificatosi in Germania, perché si prevede la non confiscabilità parziale dei beni anche qualora sussista solo la possibilità di risarcire i danneggiati, indipendentemente dal fatto che tale possibilità si realizzi effettivamente. La dottrina tedesca, infatti, per superare tale problema, interpreta la norma in maniera

<sup>(102)</sup> “Where, as a result of a criminal offence, victims have claims against the person who is subject to a confiscation measure provided for under this Directive, Member States shall take the necessary measures to ensure that the confiscation measure does not prevent those victims from seeking compensation for their claims”.

<sup>(103)</sup> Richiede l'inserimento di una simile disposizione l'ECBA, op. cit., 4. Sulla tutela delle vittime nell'ambito dell'Unione Europea CGUE, 9.10.2008, Katz, C-404/07, §§ 46-50; CGUE, 28.6.2007, Dell'Orto, C-467/05, §§ 53-60; la famosa CGUE, 16.6.2005, Pupino, C-105/03, §§ 19-38.

<sup>(104)</sup> FRA Opinion, cit., § 3.3 (43) - (45): «To effectively safeguard rights of victims of crimes under Article 47 of the Charter, consideration could be given to include in Article 8 of the proposal a clear reference to the need to safeguard fair trial rights of victims of crimes».

<sup>(105)</sup> Cfr. BGH, in NSTZ 84, 409; BGH 30 agosto 1985, 3StR 339/85; BGH 25 marzo 1986, in 2 StR 34/86; BGH 25 aprile 1986, in 2 StR 85/86; cfr. ALBRECHT, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Wiesbaden, 1989, 36 ss.; WEISLAU, *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? – Vermögensstrafe, Beweislastumkehr, in Strafverteidiger*, 1991, 226; EBERBACH, *Zwischen Sanktion und Prävention*, in NSTZ 1987, 491; FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, § 73, cit., 687; KAISER, *Strafrechtliche Gewinnabschöpfung im Dilemma zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effektivität*, in ZRP, 1999, 147; KILCHLING, *Unrechtmäßige Gewinne und ihre Bekämpfung in Deutschland*, in MILITELLO, ARNOLD, PAOLI (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität als Grenzüberschreitendes Phänomen*, Freiburg-Milano, 2000, 275.

restrittiva ritenendo applicabile il *Verfall* ogni qual volta per qualsiasi motivo, i diritti dei terzi non vengano esercitati<sup>(106)</sup>. Nell'ordinamento svizzero, in tale direzione, si prevede che la confisca dei profitti deve essere applicata anche in relazione a delitti contro interessi individuali, laddove la restituzione del valore patrimoniale al danneggiato non è avvenuta in maniera definitiva o per lo meno non è ancora avvenuta nel momento della pronuncia della sentenza (art. 70, comma 1)<sup>(107)</sup>.

Tale questione è stata affrontata dalla Suprema Corte la quale ha correttamente stabilito che per l'efficacia della confisca, non basta l'esistenza della pretesa del danneggiato<sup>(108)</sup>: «In tema di responsabilità da reato degli enti, la legittimità del sequestro preventivo di beni equivalenti al profitto del reato non è esclusa dalla astratta possibilità che le somme sequestrate, anziché essere confiscate, debbano essere restituite al danneggiato».

5.1. – Una prima questione problematica affrontata dalla giurisprudenza nell'applicazione della disciplina in materia di tutela dei danneggiati attiene alla possibilità di tenere conto delle eventuali pretese dei danneggiati anche nella fase del sequestro.

Il Tribunale di Napoli ha negato tale possibilità sostenendo che la disposizione in questione regolerebbe «solo la fase della successiva confisca» e non anche il sequestro ad essa funzionale, in quanto quest'ultimo «è uno strumento del tutto diverso dalla confisca della quale costituisce solo il pre-

<sup>(106)</sup> ESER, § 73 (*Voraussetzungen des Verfalls*), in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER, 28ª ed., 2010, § 26, 1122; LACKNER-KÜHL, § 73, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27ª ed., 2011, 531, § 6; NK/Herzog, StGB, 3ª ed. 2010, § 73, 23; RÜBENSTAHN, *Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien*, in *Dir. pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2012, II fasc., 11; LANGER, *Vermögensstrafe* (§ 43a StGB). *Die neue Rechtsfolge zur Bekämpfung organisierter Kriminalität unter Berücksichtigung des erweiterten Verfalls* (§ 73d StGB), Göttingen, 1997, 30; BENSELER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, 35-36; DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg, 1992, 24; OLG Karlsruhe, in *Wistra*, 2004, 478; BGH, NSZ-RR 2002, 366; BGH, JR 2002, 296, 297; BayObLG, 27.4.2000 - 3 ObOWi 16/2000, in *Wistra* 2000; BGH 12.7.2000 - 2 StR 43/00 (LG Frankfurt/Main), in *Wistra* 2000, 379.

<sup>(107)</sup> Ad esempio quando: il danneggiato è sconosciuto (non se ne conosce il domicilio, ...); non è chiaro, chi tra più danneggiati in relazione al valore patrimoniale da confiscare è realmente il danneggiato; o il danneggiato rinuncia definitivamente o per il momento al risarcimento, cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht*, 1995, 340; PIETH-NATTERER, *Relazione per la Svizzera*, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich - Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 105-106; KAISER, *Strafrechtliche Gewinnabschöpfung*, op. cit., 150.

<sup>(108)</sup> Cass., sez. II, 16.12.2010, n. 6459, M. e altro; cfr. Cass., sez. II, 16.11.2011, n. 45054, B. e altro; Cass., sez. II, 27.6.2012, n. 39840.

supposto»<sup>(109)</sup>; la Suprema Corte ha stabilito, invece, la piena applicabilità anche nella fase cautelare della regola sull'impossibilità di espropriare la porzione di profitto da restituire al danneggiato evidenziando che la natura strumentale del provvedimento cautelare, che viene emesso in funzione della futura confisca, impedisce che esso «possa avere una maggiore capacità di ablazione dei beni costituenti il profitto» (47): quindi, il suo ambito, o in altre parole «il suo perimetro di azione», non può non coincidere con quello della sanzione finale, compresi i limiti cui essa è *ex lege* sottoposta<sup>(110)</sup>. Anche sotto un profilo letterale l'art. 53, nel prevedere che il «giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca», «rinvia integralmente all'art. 19 d.lg. cit. ricomprendendo nel rinvio anche il limite costituito dal profitto che può essere restituito»<sup>(111)</sup>.

Come correttamente osservato in dottrina, però, «un uso del sequestro preventivo *ex art. 53* in funzione della salvaguardia di diritti civilistici (restitutori) ne distorce la funzione tipica, annettendo al suo statuto teleologico una finalità conservativa avulsa dal dettato»; il soggetto danneggiato che intenda mettere al riparo le proprie pretese civilistiche, potrà piuttosto richiedere il sequestro conservativo dei beni suscettibili di restituzione, «ove sussista un apprezzabilmente fondato timore di dispersione, *ex art. 316*, comma 2, c.p.p.»<sup>(112)</sup>. Impedire *tout court* il sequestro in considerazione della tutela dei diritti dei danneggiati potrebbe esercitare concretamente quell'effetto paralizzante della confisca in base alla mera esistenza di diritti delle parti lese, indipendentemente dal loro effettivo esercizio.

La giurisprudenza ha poi chiarito che l'art. 19, d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 eccettua dalla confiscabilità nei confronti dell'ente soltanto quella parte del prezzo o del profitto del reato nei cui confronti il danneggiato possa vantare una pretesa restitutiva, e non genericamente una pretesa risarcitoria<sup>(113)</sup>, e cioè quella parte del prezzo o del profitto del reato «che può esse-

<sup>(109)</sup> Trib. Napoli, sez. ries., 20.10.2009, n. 156; Trib. Napoli, sez. ries., 24.7.2007.

<sup>(110)</sup> Cass., sez. VI, 17.6.(5.10.)2010, n. 35748, P. e altro.

<sup>(111)</sup> Nel caso di specie si trattava di beni, secondo l'accusa illecitamente percepiti dall'A.T.I. aggiudicataria, a titolo di tariffa di smaltimento (*rectius*, dei crediti aventi ad oggetto tale tariffa essendo già stati in precedenza dissequestrati gli importi effettivamente riscossi); si tratta di somme percepite in modo truffaldino, che dovrebbero essere restituite al danneggiato ai sensi dell'art. 19, comma 1, d.lg. n. 231/2001, e non avocate coattivamente al patrimonio dello Stato.

<sup>(112)</sup> Conforme MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, 2347; ID., *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo a fini di confisca*, in *Resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2009, 174.

<sup>(113)</sup> Cass., sez. VI, 21.1.2010, n. 16526, Soc. Total, in *Guida al diritto*, 2010, 23, 83.

re restituita al danneggiato», ossia quei beni o la parte di beni su cui il danneggiato può accampare una specifica pretesa restitutoria, ossia una pretesa relativa alla restituzione di un bene in forza del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento o di garanzia ovvero del possesso o della detenzione, pur se derivanti da un negozio produttivo di effetti obbligatori<sup>(114)</sup>. Nel caso Total, la Suprema Corte precisa che gli eventuali danneggiati non sono titolari di pretesa restitutoria sulla somma di danaro «risparmiato» dalla Total per effetto delle condotte concessive, e quindi legittimati ad azione restitutoria, ma sono titolari di pretesa risarcitoria e, quindi, legittimati ad esercitare azione di risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illecito penale<sup>(115)</sup>.

A tal proposito si deve ricordare che in relazione all'art. 185 c.p. che disciplina le obbligazioni civili nascenti dal reato («Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui»), la dottrina prevalente ritiene che l'obbligo delle «restituzioni, a norma delle leggi civili» va inteso in senso lato, ricollegandosi alla «reintegrazione in forma specifica» di cui al comma 1 dell'art. 2058 c.c.; diversamente, il capoverso dell'art. 185 c.p. riguarderebbe il risarcimento «per equivalente contemplato dal comma 2 dell'art. 2058 c.c. In quest'ottica, la restituzione ex art. 185, comma 1, c.p. andrebbe concepita come *restitutio in integrum*, vale a dire come «reintegrazione dello stato di cose preesistente alla commissione del reato», che, in quanto tale, «abbraccia non solo la riconsegna reale o simbolica delle cose mobili sottratte e delle cose immobili di cui si è venuti in possesso, ma più in generale il ripristino della situazione originaria» e quindi, in sostanza, anche il risarcimento del danno. Si *contrappone* a tale tesi una posizione *più restrittiva*, che muove dall'assunto secondo cui la previsione civilistica avrebbe configurato la «reintegrazione in forma specifica» come «una modalità della medesima, unitaria obbligazione risarcitoria, accanto al normale risarcimento del danno per equivalente». In tal senso, il concetto di «restituzione» andrebbe confinato alla ripetizione del «tolto», e cioè alla «tradizione materiale o simbolica della cosa mobile o immobile su cui ha insistito l'azione criminosa» (ad. es. riconsegna del denaro carpito con una truffa); quest'ultima posizione è quella accolta dalla Suprema Corte, come esaminato, nel senso che non incidono sull'ambito del profitto confiscabile le ulteriori pretese risarcitorie azionabili, alla stre-

<sup>(114)</sup> Cass., sez. VI, 21.1.2010, n. 16526, cit.

<sup>(115)</sup> Cass., sez. VI, 21.1.2010, n. 16526, cit.

gua delle leggi civili, tanto dall'avente diritto alle restituzioni quanto da ulteriori danneggiati (es. imprese concorrenti di quelle avvantaggiate dall'accordo corruttivo).

Tale posizione sembra la più conforme alla natura della confisca del profitto del reato, nel senso che essa sarà paralizzata solo nell'ipotesi in cui sarà il danneggiato ad avere diritto alla restituzione del profitto, alla restituzione di quel bene che da una parte rappresenta il profitto del reato, essendo ad esso causalmente connesso, dall'altra ciò che è stato sottratto al danneggiato attraverso il reato; la restituzione del bene al danneggiato garantirà comunque che il reo non goda del profitto del reato e si eviterà di applicare al reo la confisca del profitto, che in questo caso finirebbe per assumere il carattere di una pena patrimoniale che si aggiunge alla sottrazione del profitto garantita attraverso la restituzione del bene al danneggiato. Il discorso sarà diverso in relazione al risarcimento degli eventuali danni realizzati attraverso il reato che non rappresentano l'altra faccia della medaglia del profitto e che dovranno essere accertati ed eventualmente pretesi attraverso le normali azioni civilistiche, altrimenti il rischio sarebbe di paralizzare la confisca in presenza di azioni civilistiche di risarcimento dei danni, magari difficilmente calcolabili, ma soprattutto si finirebbe per garantire al responsabile di non dovere rispondere con il suo patrimonio dei danni arrecati con il crimine, potendo utilizzare il profitto del reato a tal fine. Naturalmente tutto ciò che rientra nel concetto di profitto ai fini della confisca potrà rientrare nella pretesa restitutoria del danneggiato.

Ferme restando tali considerazioni *nulla esclude una chiara scelta di politica criminale del legislatore in direzione opposta*, dando la prevalenza alle esigenze di risarcimento dei danneggiati dal reato sulla confisca; pur ritenendo che il profitto non è legittimamente detenuto dal reo e quindi non dovrebbe costituire lo strumento per risarcire i danneggiati, il legislatore potrebbe decidere di garantire il soddisfacimento delle pretese delle vittime e dei danneggiati al punto da considerarle prevalenti sull'esigenze, innanzitutto di prevenzione generale, della confisca. Del resto, come accennato, in alcune ipotesi il legislatore fa chiaramente riferimento non al diritto alle restituzioni ma anche al risarcimento dei danni (art. 600 *septies*, c.p., art. 644 c.p., art. 474 *bis* c.p., art. 12 *sexies* l. 356/1992). Tale opzione potrebbe essere preferita in un Stato sociale di diritto in cui la confisca del profitto non deve rappresentare uno strumento di arricchimento dello Stato, ma piuttosto deve svolgere la sua funzione di prevenzione generale e speciale, ancillari a quelle perseguite con la pena principale, attraverso il riequilibrio economico – garantendo che il crimine non paga –; tali funzioni possono essere perseguite, in ogni caso, assicurando comunque la sottrazione del profitto per poi destinarlo innanzitutto al risarcimento dei danneggiati, piuttosto

che ad altre funzioni sociali. Il tutto, però, dovrebbe essere accompagnato da meccanismi giuridici che, nel garantire il risarcimento dei danneggiati, assicurino, comunque, la sottrazione dell'intero profitto.

Un ultimo aspetto problematico attiene alla possibilità di applicare tale clausola di salvaguardia dei diritti dei danneggiati anche in relazione alla confisca per equivalente. La mancata previsione di tale clausola al secondo comma dell'art. 19, che disciplina la confisca per equivalente, ha indotto qualche autore a restringere la sua portata applicativa esclusivamente alla confisca diretta o di proprietà *ex* comma 1 dell'art. 19, e cioè solo rispetto a beni del danneggiato pertinentialmente legati al reato, specificamente individuati e non confusi con altri; e ciò varrebbe anche nei casi in cui il profitto del reato sia rappresentato da una somma di denaro (73). In mancanza di tali presupposti, «occorrerà procedere alla confisca per equivalente, fermo restando il credito risarcitorio del danneggiato nei confronti dell'autore del reato o del responsabile, azionabile in sede civile per ottenere, non appunto la restituzione, ma il risarcimento del danno» (74).

Si osserva contro tale limitazione che in tal modo si finirebbe per consentire l'applicazione di una doppia sanzione, rappresentata dalla stessa confisca per equivalente oltre alle pretese risarcitorie, in palese violazione del principio di proporzionalità. Contro un simile assunto si osserva che «in altre ipotesi speciali di confisca, il legislatore abbia declinato in un unico capoverso le due modalità di ablazione (es... 600 *septies* c.p. dove pure si fanno salve tutte le pretese civilistiche della persona offesa), confermando da un lato come non sussista alcuna incompatibilità ontologica tra la salvaguardia dei diritti del soggetto danneggiato dal reato e la confisca per equivalente, e dall'altro che semplici soluzioni di estetica legislativa non potrebbero intaccare la necessaria coincidenza quantitativa tra confisca diretta e quella di valore» (116).

6. – Nella determinazione della nozione di profitto confiscabile vige una certa confusione in giurisprudenza nel senso che si tende a dilatare a dismisura tale nozione finendo ancora una volta per fare assumere alla confisca del profitto un'indebita natura punitiva o comunque finalità proprie di altri istituti di carattere civilistico, come il risarcimento dei danni, e ancora peggio trasformandolo in una sorta di mostro onnivoro.

Alla luce della giurisprudenza prevalente, confermata dalle sez. un. (26654/2008), il profitto del reato confiscabile ai sensi dell'art. 19 d. lgs. n. 231/2001, in conformità a quanto stabilito del resto anche in altri contesti, è

(116) MONGILLO, *Ulteriori questioni*, cit., 2347.

costituito da qualsiasi «vantaggio economico» che costituisca un «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale», «pertinente al reato» secondo un rapporto «causa-effetto», nel senso che il profitto deve essere «una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato».

Nella nozione di profitto la giurisprudenza fa rientrare pacificamente anche i surrogati, cioè dei beni in cui l'originario profitto, di diretta derivazione causale dal reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità che, invece, sembravano ricomprese nella nozione di profitto nella sentenza Miragliotta del 2008 (117) (importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato) (118); la sentenza a sezioni unite Caruso del 2009 ha raggiunto tale sintesi tra i due opposti orientamenti che si contendevano la scena, quello più restrittivo richiedente una stretta correlazione tra il profitto e il reato (l'«immediata conseguenza materiale» del reato o l'«utilità economica immediatamente ricavata dal fatto di reato» (119), richiedendo una diretta correlazione col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, mentre è irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato (120)) e quello più ampio in base al quale nel «concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca...», deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa» (sentenza Giacalone (121)). In realtà l'orientamento della sentenza Miragliotta sembra apprezzabile

(117) Cass., sez. un., 6.3.2008, n. 10280, Miragliotta, Rv. 238700; critici MONGILLO, *Art. 322-ter*, cit., 272.

(118) Così EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, n. 10, 1272; cfr. Cass., 4.11.2003, n. 46780, Falci, Rv. 227326.

(119) Cfr. ALESSANDRI, voce «Confisca nel diritto penale», cit., 52; FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 569; cfr. TRAPANI, voce «Confisca - Diritto penale», in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, 2; cfr. Cass., 25.1.1984, Mazzotta e altro, in *Giur. it.*, 1985, II, 482; Cass., 30.6.1980, 3.12.1980, Cirelli, in *Cass. pen.*, 1981, 1863; Cass., 24.9.1998, Asselitti, Rv. 211662.

(120) Cass., 2.4.1979, n. 1815, Cipriani, in *Riv. pen.*, 1979, 867; conforme Cass., 2.4.1979, n. 9091, Milanesio, Rv. 143304; Cass., 23.6.2006, n. 32627, La Fiorita società cooperativa srl, Rv. 235636 e in *Guida al dir.*, 2006, 42, 61.

(121) Cass., 25 gennaio 1995, Giacalone, in *Riv. pen.*, 1995, 1531. In tale direzione Cass., 21.10.1994, n. 4114, Giacalone, in Rv. 200855; Cass., S.U., 3.7.1996, n. 9149, Chabruì, Rv. 205707; Cass., 6.11.2008 n. 45389, Perino Gelsomino, in *Cass. pen.*, 2010, 2714: il provvedimento di sequestro ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa.

laddove estendendo il concetto di profitto alle ulteriori utilità, in linea con le indicazioni provenienti dagli strumenti internazionali in materia (dalle Convenzioni delle Nazioni Unite del 2000 contro il crimine organizzato alla decisione quadro n. 212/2005, fino alla Proposta di direttiva in materia di confisca nella versione approvata dal Parlamento del 2014), richiede un rigoroso accertamento del nesso di derivazione causale degli utili con il reato e con il profitto «immediato» dello stesso, fermo restando che la confiscabilità degli utili può comportare dei problemi di delimitazione dell'ammontare confiscabile, nonché l'opportunità di rinunciare alla loro confisca quando derivano dall'investimento dell'originario profitto illecito in un'attività lecita (come previsto ad esempio dalla giurisprudenza nell'ordinamento tedesco)<sup>(122)</sup>; in tale direzione, del resto, si è da ultimo pronunciata la sentenza Gubert delle Sezioni Unite del 2014 precisando che rientrano nella nozione di profitto non solo i beni appresi per effetto diretto e immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità comunque ottenuta dal reato, anche in via indiretta o mediata, come l'utile derivante dall'investimento del denaro di provenienza criminosa<sup>(123)</sup>.

Il profitto del resto, come ricordato, deve essere rappresentato da un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, – «sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l'interesse o il movente alla commissione del reato ma non l'adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito» –<sup>(124)</sup>.

In tale direzione per esempio la Suprema Corte nell'ultima sentenza relativa al caso Impregilo ha precisato che non rientra nella nozione di profitto ciò che è oggetto solo di pretese risarcitorie<sup>(125)</sup>, sottolineando la necessità di non confondere i profili di danno cagionati dal delitto, che attengono al problema del risarcimento a favore della parte offesa, da quelli afferenti la determinazione del profitto ricavato, essendo solo quest'ultimo confiscabile. La Corte esclude la confiscabilità della somma di Euro 51.645.689,90 in quanto il ritardo eventualmente determinato dalle condotte truffaldine

<sup>(122)</sup> Cfr. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., 799 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>(123)</sup> Cass., sez. un., 30.1.2014 (dep. 5.3.2014), n. 10561, Gubert., in *Dir. pen. cont.*, 2014, 12 marzo 2014.

<sup>(124)</sup> Cass., sez. un., 2.7.2008, n. 26654; BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di «profitto» confiscabile/sequestrabile. Nota a Cassazione penale, sez. VI, 18.2.2010 n. 27746 – Cassazione penale, sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748 – Tribunale di Milano, 3.11.2010, G.u.p. D'Arcangelo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 1, 133.

<sup>(125)</sup> Cass., sez. VI, 17.6.2010, n. 35748.

nell'escussione delle garanzie fideiussorie prestate non costituisce profitto confiscabile, posto che ciò non determina un incremento patrimoniale dell'ente di diretta e immediata derivazione dal reato, ma esporrebbe soltanto l'ente, ove si ammettesse la confisca per equivalente di importi corrispondenti alle fideiussioni prestate, ad una ingiustificata duplicazione del sacrificio economico a carico dell'ente medesimo, esposto sia agli obblighi risarcitori sia alla confisca. «In altri termini, i giudici di merito assumono che la condotta truffaldina delle società avrebbe determinato un ritardo nella interruzione del rapporto contrattuale per la mancata cognizione dell'inadempimento, con l'indiretta conseguenza di impedire una escussione immediata delle fideiussioni. Ma in questo modo si opera una confusione tra quello che potrebbe essere un danno indiretto arrecato alla pubblica amministrazione, peraltro oggetto di una pretesa risarcitoria, e il profitto del reato: infatti, anche a voler ritenere che il ritardo nell'acquisizione delle garanzie personali sia collegabile in qualche modo al reato presupposto, appare evidente che le società ricorrenti non hanno acquisito alcun incremento patrimoniale in conseguenza della ritardata escussione delle garanzie fideiussorie, sicché deve escludersi che la somma in questione costituisca profitto nei termini indicati dalle Sezioni unite». «Le conseguenze di tali ipotizzabili situazioni sarebbero nel senso di produrre una duplicazione del sacrificio economico a carico delle società, esposte sia agli obblighi risarcitori, sia all'ablazione conseguente alla futura confisca. Deve, in conclusione, escludersi che l'importo corrispondente alla fideiussione possa qualificarsi come profitto del reato, non costituendo vantaggio patrimoniale di immediata e diretta derivazione dal reato».

Analogamente si è precisato che le spese sostenute dalla pubblica amministrazione appaltante, anche sotto forma di anticipazioni, a seguito di inadempimenti connessi a condotte truffaldine, rappresentano voci di danno determinato dal reato che, ai sensi dell'art. 185 c.p., obbliga il colpevole al risarcimento, con la conseguenza che quando il danno non si sia tradotto anche in un vantaggio patrimoniale direttamente scaturito dal reato, esso non compone il profitto confiscabile all'ente medesimo. La Suprema Corte esclude la confiscabilità della somma di Euro 99.092.457, 23, corrispondente alle spese sostenute dal Commissariato di Governo, a seguito dei verificatisi inadempimenti, per lo smaltimento fuori regione di rifiuti solidi urbani (RSU)<sup>(126)</sup>. La VI Sezione evidenzia correttamente che anche in

<sup>(126)</sup> Il Tribunale, partendo dalla considerazione che si tratta di spese che per contratto avrebbe dovuto sostenere l'A.T.I., ritiene che si sia configurato «un inadempimento contrattuale realizzato attraverso condotte truffaldine che hanno determinato la spesa non dovuta da

questo caso il Tribunale del riesame ha operato «una indebita equiparazione tra pretesa risarcitoria e profitto di reato», inteso nel senso indicato dalle Sezioni unite, in quanto la somma in questione rappresenta «l'eventuale danno che la condotta delle società ricorrenti ha cagionato all'amministrazione nel campo dello smaltimento dei rifiuti, rendendo necessario l'intervento straordinario del Commissariato di Governo, ma non può sostenersi che corrisponda al profitto del reato, in quanto il pregiudizio economico cagionato alla controparte contrattuale non equivale ad un incremento patrimoniale conseguito dalle società ricorrenti quale diretta e immediata conseguenza del reato presupposto».

Il caso in esame è emblematico della confusione e approssimazione che regna nella determinazione della nozione di profitto confiscabile, il Tribunale vuole farvi rientrare anche ciò che può costituire solo eventuale oggetto di risarcimento per danni, qualcosa che non rappresenta un incremento patrimoniale in capo all'autore del reato causalmente connesso allo stesso reato.

Nella stessa sentenza la Suprema Corte ha escluso la sequestrabilità della somma di € 53 milioni che era stata «anticipata» dal Commissariato di Governo «per la costruzione degli impianti di produzione di combustibile derivato dai rifiuti (CDR)» in quanto doveva ritenersi insussistente un «profitto del reato» poiché, come sottolineato dal Tribunale, «l'intera somma ricevuta è poi stata effettivamente utilizzata e investita nel piano di smaltimento dei rifiuti, sicché deve ritenersi [che] non vi è stato alcun incremento o vantaggio patrimoniale conseguito dalle società indagate da porre in rapporto di causalità immediata con il reato, con l'ovvia conseguenza di dover escludere che la somma in questione possa considerarsi profitto del reato»<sup>(127)</sup>. Anche in questa ipotesi, insomma, mancava un risultato positivo, un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale.

In base a tali principi la Suprema Corte ha stabilito in un'altra pronuncia di non considerare come profitto confiscabile/sequestrabile un vantaggio meramente finanziario e non patrimoniale, conseguito dalla società grazie a condotte illecite di propri esponenti; il «*“profitto” consiste in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito e non nella semplice esistenza di un credito non riscosso. Nel reato di frode nelle pubbliche forniture è pertanto illegittimo il sequestro preventivo a fini di confisca del credito vantato dall'imputato nei confronti della p.a. frodata (nel caso deciso il credito verso la p.a.*

parte del Commissariato di Governo per assicurare lo smaltimento dei rifiuti. In altri termini, secondo i giudici di merito, il profitto del reato sarebbe costituito in questo caso dalla spesa sostenuta dal Commissariato di Governo, in luogo del Gruppo Impregilo, per lo smaltimento dei rifiuti nel periodo dell'emergenza».

<sup>(127)</sup> Cass., 17.6.2010, n. 35748, P. e altro.

*era stato ceduto pro-solvendo alla banca finanziatrice quale garanzia del prestito fatto dalla banca»*<sup>(128)</sup>. La Corte ha ritenuto non sequestrabile la disponibilità di somme ottenuta con una «*cessione pro-solvendo di crediti vantati dalla società aggiudicataria dell'appalto nei confronti della P.A. in forza del contratto di fornitura di beni, inquinato nella sua esecuzione da frode»*, in quanto «*Il profitto è individuabile soltanto in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito e non nella semplice esistenza di un credito»*. Nella specie, come rileva la Cassazione, il credito derivante dalla cessione pro-solvendo era poi stato ceduto a una banca «*a garanzia di una linea di affidamento accordata alla cedente dalla banca e che, pur concretandosi in una temporanea anticipazione di liquidità, comporta comunque contestualmente l'assunzione di un debito di corrispondente importo»*.

Insomma, secondo le due ultime pronunce esaminate della Cassazione la mera disponibilità di somme (anche se conseguita dalla società mediante un «*reato presupposto*» del Decreto 231) non costituisce profitto confiscabile/sequestrabile perché di per sé non rappresenta un «*arricchimento*» o «*incremento*» patrimoniale. Le somme di cui le società imputate avevano conseguito la disponibilità – essendo sottoposte a un obbligo di impiego per spese destinate alla collettività (prima decisione)<sup>(129)</sup> o di restituzione (seconda decisione)<sup>(130)</sup> – non hanno rappresentato un incremento o arricchimento, sicché non potevano costituire un «*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*»<sup>(131)</sup>.

Si accoglie, ancora, una nozione ampia di profitto da parte della Corte d'Appello di Milano in relazione alla confisca ex art. 19, d. lgs. 231/2001, laddove, rigetta i rilievi difensivi, – secondo cui il profitto confiscabile dovrebbe essere caratterizzato dalla «*esternalità*» (dovendo concretizzare l'acquisizione di un «*effettivo arricchimento patrimoniale*») e, pertanto, non potrebbe essere prodotto da una mera falsità contabile –, per aderire ad un'interpretazione estensiva della portata della confisca, che, anche in base al criterio ermeneutico dell'interpretazione conforme al diritto europeo, individua il profitto confiscabile in ogni utilità economica che sia anche meramente «*pertinente*» alla commissione del reato. In questa prospettiva, l'incremento del «*patrimonio disponibile*» (cioè libero dal vincolo di riserve legali), ottenuto grazie alle falsità contabili (consistenti nell'aver sottostimato lo stanziamento a copertura del rischio di credito) costituisce profitto del reato (di false comunicazioni sociali) legittimamente confiscabile, in quanto

<sup>(128)</sup> Cass., sez. VI, 18.2.2010, n. 27746.

<sup>(129)</sup> Cass., 17.6.2010, n. 35748, P. e altro.

<sup>(130)</sup> Cass., sez. VI, 18.2.2010, n. 27746.

<sup>(131)</sup> BONELLI, *op. cit.*, 133.

pone a disposizione dell'ente bancario una maggiore dotazione di mezzi patrimoniali da impiegare nell'attività corrente<sup>(132)</sup>. La Corte d'Appello accoglie così l'orientamento sancito dal Tribunale di Milano che ha ritenuto che il reato di *false comunicazioni sociali*, precisamente l'omissione di accantonamenti a bilancio che ha consentito di occultare una perdita di € 62,4 milioni, avrebbe fatto conseguire alla Banca la disponibilità di una somma di pari importo che «sarebbe risultata vincolata ex lege e non altrimenti disponibile per l'ente»; l'ammontare di questa somma ha costituito, ad avviso del Tribunale, il profitto derivante dal reato di falso in bilancio<sup>(133)</sup>. La Corte non ritiene che il profitto debba avere il carattere dell'externalità (solo gli «*incomes*») perché tale nozione non corrisponderebbe né alla *ratio* della legge né all'intento del legislatore, e non troverebbe appiglio sul piano normativo e lessicale; bisogna piuttosto verificare in concreto se e quali differenze si siano prodotte in conseguenza dell'alterazione (quantitativa o qualitativa) delle poste contabili in quanto molteplici indici depongono a favore dell'ampliamento del significato del termine e di un'estensione della portata della confisca. La Corte d'Appello ha, però, limitato l'ammontare da confiscare a € 54.100.000 in quanto, stabilito che il profitto delle false comunicazioni consiste nell'effettivo incremento patrimoniale derivante dall'insufficiente stanziamento per il rischio di credito rilevato, la sua quantificazione non può coincidere con l'ammontare dell'intera posta rettificativa ritenuta congrua, ma deve essere calcolata nella differenza tra quella e la posta iscritta in bilancio.

Come correttamente osservato in dottrina tale posizione non è condivisibile perché contrasta con i principi sopra esaminati per cui il profitto confiscabile deve rappresentare un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale e

<sup>(132)</sup> Corte d'Appello di Milano, sez. II, sent. 25.1.2012, Banca Italease S.p.A., in *Dir. Pen. Cont.* 11.4.2012, con nota di SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente per reati societari e profitto confiscabile*.

<sup>(133)</sup> Tribunale di Milano, 3.11.2010/3.1.2011. «Il Tribunale non specifica per quale ragione le somme in questione sarebbero risultate vincolate ex lege se fossero state correttamente esposte in bilancio le perdite dei "contratti derivati". I riferimenti della sentenza alla necessità di "garantire l'adeguatezza patrimoniale della banca" e a una "alterazione dei coefficienti normativamente imposti di adeguatezza patrimoniale" fanno tuttavia pensare ad un rinvio alle disposizioni regolamentari sul c.d. "patrimonio di vigilanza". In particolare, i riferimenti della sentenza sembrano collegati alla fondamentale regola per cui ogni Banca, indipendentemente dalla liquidità di cui dispone (derivante dai depositi e da altre forme di "raccolta"), può impiegare questa liquidità solo fino a che il suo c.d. "patrimonio di vigilanza" sia superiore o comunque almeno pari all'8% dell'ammontare complessivo della liquidità impiegata. In sostanza, l'occultamento in bilancio delle perdite subite dalla Banca dall'operatività in derivati, poiché ha permesso di far risultare in bilancio un patrimonio maggiore di quello reale, può aver consentito alla Banca di impiegare nella sua attività un ammontare maggiore di quello consentito dal suo reale patrimonio di vigilanza».

deve costituire una conseguenza del reato in rapporto di derivazione causale dallo stesso. Nell'ipotesi in esame il falso in bilancio che dovrebbe essere *condicio sine qua non* del profitto, dell'incremento patrimoniale, consiste nella qualificazione scorretta «di poste di bilancio, cioè di cespiti già presenti nel patrimonio sociale (e quindi come tali, né tecnicamente, né "semanticamente" definibili come *incomes*) "qualificazione contabile di somme già presenti nel patrimonio della Società"»<sup>(134)</sup> e quindi «il falso in bilancio non è stato contingentemente necessario (come vuole il paradigma della causalità penale) rispetto al sotto-evento (lo "svincolo") dei cespiti destinati a garanzia, ritenuto dalla sentenza eziologicamente determinante per l'evento-finale "profitto"»<sup>(135)</sup>. Nel caso in esame il falso in bilancio non rappresenta la causa del profitto, inteso come beneficio aggiunto di tipo patrimoniale.

Si osserva correttamente che non si può ammettere la confisca dell'ammontare corrispondente alla *perdita occultata* in bilancio, ma eventualmente solo del profitto che la banca abbia conseguito per effetto del falso in bilancio; «poteva essere confiscato (non già l'ammontare di € 62,4 milioni che – lungi dall'essere un *profitto* – è stata una *perdita* che avrebbe dovuto essere iscritta quale voce passiva del bilancio), ma "l'effettivo beneficio patrimoniale" eventualmente conseguito dalla Banca mediante l'impiego delle maggiori somme che il falso in bilancio ha reso possibile facendo risultare un patrimonio di vigilanza maggiore di quello reale»<sup>(136)</sup>.

Nel caso in esame, insomma, il falso in bilancio non produce un profitto confiscabile, pur non mancando nella prassi dei casi concreti in cui il falso in bilancio costituisce la fonte di un incremento patrimoniale confiscabile<sup>(137)</sup>.

<sup>(134)</sup> Così PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le Società*, 2012, 77-78, il quale precisa che «somme facenti parti del patrimonio societario non hanno avuto, sul piano della rappresentazione contabile, la corretta collocazione "a copertura" di potenziali rischi finanziari derivanti dai contratti derivati, risultando in questo senso "svincolate" (è questo il preciso termine utilizzato dalla sentenza). Il profitto sarebbe dunque derivato dalla mera rappresentazione di una "disponibilità economica" (intesa come "utilizzo potenziale" del denaro) in relazione a somme che comunque erano già nella "disponibilità materiale" (e, dunque, attuale) della società, ma che giuridicamente ("per legge") avrebbero dovuto essere "bloccate" (e quindi inutilizzabili) in quanto finalizzate a preservare il capitale sociale in caso di insolvenza di crediti altamente rischiosi».

<sup>(135)</sup> PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile*, cit., 79; *contra* TUTINELLI, *Responsabilità per falso in bilancio e determinazione del profitto confiscabile alla luce della recente sentenza del Tribunale di Milano sul caso Italease*, in *Resp. amm. soc. enti*, 151 ss.

<sup>(136)</sup> Così BONELLI, *op. cit.*, 136.

<sup>(137)</sup> Cfr. PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile*, cit., 80, nell'ipotesi in cui grazie «ad una rappresentazione distorta e ingannevole della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della Società si aumentino realmente le disponibilità economiche (ad esempio attraverso la concessione di finanziamenti, apertura di crediti etc.), oppure si eviti un de-

Se si allarga così il concetto di profitto confiscabile si giustifica sicuramente l'attribuzione di un carattere punitivo alla confisca del profitto, ma si finisce per violare il principio di legalità e di proporzione perché si introduce surrrettizamente, in via pretoria, una pena patrimoniale la cui commisurazione è affidata alla mera discrezionalità giudiziaria con l'evidente rischio di infliggere sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza.

Tale posizione è stata accolta dalla Suprema Corte, V sezione, che ha – con dispositivo depositato il 29 novembre 2013 – «annullato senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla confisca di euro 54.100.000, che elimina» e «rigettato nel resto il ricorso».

7. – Sarebbe auspicabile, inoltre, che il legislatore chiarisse e limitasse la possibilità di far rientrare nella nozione di profitto anche i vantaggi immateriali<sup>(138)</sup> e gli ancor più incerti e vaghi, vantaggi futuri; si tratta di capire, inoltre, se i vantaggi immateriali possono essere confiscati attraverso la confisca diretta o attraverso la confisca per equivalente.

A tal proposito occorre, innanzitutto, chiarire che in talune ipotesi la previsione della confisca comporta necessariamente il riferimento ai risparmi di spesa per la stessa natura del reato, basti pensare ai reati in materia tributaria. Si potrebbe ritenere che in simili ipotesi l'espressa previsione legislativa della confisca del profitto implica necessariamente la sua concreta esecuzione nella forma per equivalente in virtù della natura del profitto; la confisca per equivalente non interviene sussidiariamente quando non è possibile la confisca diretta, ma rappresenta in sé la forma in cui si attingerà in prima battuta la confisca del profitto-risparmio.

O addirittura, invece, come affermato recentemente dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, si potrebbe ritenere che nella nozione di profitto confiscabile con la confisca diretta (di proprietà) e non con la confisca per

pauperamento patrimoniale (ad esempio in ragione della mancata distribuzione di utili), la falsità nel bilancio integrerà senza dubbio un antecedente causale necessario del vantaggio patrimoniale perseguito ed ottenuto dall'ente. E lo stesso ovviamente potrà dirsi nel caso in cui (la casistica non manca nella prassi), il falso in bilancio determini valori distorti della Società e delle sue azioni, in vicende societarie connesse a cessioni di quote, fusioni o incorporazioni, determinando (a favore della Società-autore del reato-presupposto) falsati valori di concambio o comunque incidendo sul prezzo di acquisto delle azioni stesse. Ovvero, ancora, nel caso in cui il falso in bilancio sia "reato-satellite" strumentale alla realizzazione di un reato-finale di *market abuse*. Conforme ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 172.

<sup>(138)</sup> Cfr. GIP Trib. Milano, ord. 27.4.2004, Siemens AG, in *Foro it.*, 2004, II, 434; GIP Trib. Salerno, ord. 28.3.2003, *ivi*, 449, che estendono la nozione di profitto confiscabile ai profitti immateriali. Cass., sez. un., 25.10.2005, Muci, n. 41936, cit., limita il campo ai vantaggi patrimoniali come utile ottenuto in seguito alla commissione del reato. Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, op. cit., 514.

equivalente rientra anche il risparmio, che consiste nel tributo non pagato<sup>(139)</sup>, attraverso un ragionamento in base al quale la Corte ritiene sostanzialmente che il denaro che il soggetto ha risparmiato, in quanto tributo non versato, rappresenti il profitto direttamente confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta *ex art. 240 c.p. o 322 ter c.p.* perché la «confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta».

Prima di procedere, allora, alla disamina della confiscabilità dei vantaggi immateriali in virtù dell'art. 19, d. lgs. n. 231/2001, si ritiene opportuna una particolare riflessione sulla confisca in materia tributaria, avente per oggetto necessariamente un risparmio di spesa, e cioè l'imposta evasa; anche se, come esaminato, non si tratta di un reato direttamente imputabile agli enti *ex d. lgs. n. 231/2001*, potrebbe comunque essere addebitato come reato scopo dell'associazione a delinquere o come reato transazionale, e, in ogni caso, la riflessione in materia sembra utile per meglio comprendere le dinamiche connesse alla confisca del risparmio di spesa e la tendenza della giurisprudenza ad un uso distorto della confisca per equivalente.

7.1. – La pronuncia delle Sezioni Unite, sopra esaminata, allora, riconduce sostanzialmente alla confisca diretta *ex art. 240 c.p. e 322 ter* la confisca del profitto risparmio coincidente con il tributo evaso, ferma restando la necessità di dovere applicare la confisca per equivalente laddove non sia rintracciabile il denaro risparmiato nel patrimonio dell'evasore, precisando che il denaro è in sé un bene fungibile che non deve e non può, si potrebbe precisare nel caso di profitto-risparmio, essere identificato nell'*eadem res* proveniente dal reato<sup>(140)</sup>.

Prima di tale pronuncia, in realtà, la giurisprudenza non riteneva confiscabile il profitto risparmio con la confisca diretta, tanto è vero che la confisca per equivalente, – art. 1, comma 143, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 –, per compensare la pratica inoperatività delle ordinarie ipotesi di confisca ai reati tributari; sia la confisca facoltativa, sia quella obbligatoria, nel postulare la ricorrenza di un necessario rapporto di pertinenzialità tra «prodotto, profitto e prezzo», da un lato, e «reato», dall'altro, non sono apparse applicabili alla generalità dei reati tributari, perlomeno in tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute a ti-

<sup>(139)</sup> Cass., sez. un., 30.1.2014 (dep. 5.3.2014), n. 10561, Gubert., in *Dir. pen. cont.*, 2014, 12 marzo 2014.

<sup>(140)</sup> Cass., sez. un., 30.1.2014 (dep. 5.3.2014), n. 10561, Gubert., in *Dir. pen. cont.*, 2014, 12 marzo 2014.

tolo di mancato versamento (nella maggior parte dei casi), ovvero di rimborso, qualora, ad esempio, nella dichiarazione fraudolenta sia esposto un credito in tutto o in parte inesistente. Tale genere di profitti, infatti, non possono adattarsi al concetto di «provenienza da reato» dal momento che coincidono con beni già presenti nel patrimonio del reo; non sarebbe possibile dimostrare il rapporto di pertinenzialità intercorrente tra profitto e reato, come sottolineato anche dalle Sezioni Unite<sup>(141)</sup>, e la necessità di individuare in concreto il denaro risparmiato per effetto del reato darebbe inevitabilmente spazio a «collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari (...) dovendo al contrario essere tenuta ferma l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita». In questo settore la confisca veniva ammessa solo nelle limitate ipotesi in cui il profitto derivasse dal conseguimento di un indebito rimborso, come ad esempio, qualora nella dichiarazione fraudolenta fosse esposto un credito d'imposta in tutto o in parte inesistente, fraudolentemente maturato e non compensato<sup>(142)</sup>; fermo restando che la confisca per equivalente poteva essere applicata nei confronti degli enti per reati tributari transnazionali a partire dall'entrata in vigore della l. 16 marzo 2006, n. 146, che all'art. 11 contempla la confisca anche per equivalente e all'art. 10 la responsabilità amministrativa da reato degli enti.

In base a questo orientamento, la confisca per equivalente, allora, consentirà di confiscare le «somme sottratte dal pagamento dell'imposta dovuta, e, pertanto, si connota come profitto-risparmio»<sup>(143)</sup>, come stabilito anche dalle Sezioni Unite nel caso Adami<sup>(144)</sup>; l'istituto si applica, infatti, ai reati fiscali che determinano l'insorgere di un debito tributario<sup>(145)</sup>. «Il se-

<sup>(141)</sup> Cass. Pen., sez. un., 9.7.2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il fisco*, 43/2004, 7355.

<sup>(142)</sup> Cfr. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 597; MAGRO, *op. cit.*, 189; FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca per equivalente nei reati tributari «nazionali» e «transnazionali» e la schermatura dei patrimoni*, in *Riv. pen.*, 2013, 141 ss.

<sup>(143)</sup> Trib. Milano, 20.4.2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass., 9.10.2012, n. 42120, S.R., in *Diritto & Giustizia*, 2012, 31 ottobre (con nota di DI GIACOMO): «È confiscabile qualunque illecito risparmio di imposta tra cui è ricompresa anche l'elusione del pagamento degli interessi e delle sanzioni amministrative sul debito tributario»; Cass., sez. III, 18.12.2012, Bofanti.

<sup>(144)</sup> Cass., sez. un., 31.1.2013, n. 18374, Adami e altro; Cass., sez. III, 5.3.2013, n. 32799; Cass., sez. VI, 14.11.2012, n. 11029.

<sup>(145)</sup> L'art. 1, comma 143, della l. n. 244/2007 si applica ai soli reati previsti dagli artt. 2,

*questo finalizzato alla confisca per equivalente va riferito nei reati tributari all'ammontare dell'imposta evasa, che costituisce un indubbio vantaggio patrimoniale direttamente derivante dalla condotta illecita e, in quanto tale, riconducibile alla nozione di profitto, costituito dal risparmio economico da cui consegue la effettiva sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale»*<sup>(146)</sup>; anzi la Suprema Corte sottolinea che nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto, per evitare un'ingiustificata compressione dei diritti già nella fase cautelare<sup>(147)</sup>. Il profitto corrisponde all'imposta evasa come nel caso di frode fiscale attuata mediante presentazione di una dichiarazione annuale in cui erano stati indicati elementi passivi fittizi derivanti da annotazione in contabilità di operazioni oggettivamente inesistenti, con sottrazione al Fisco del pagamento dell'IVA dovuta<sup>(148)</sup>.

Tale divergenza tra la posizione delle Sezioni Unite espressa nella sentenza Gubert, n. 10561/2014, e la posizione della giurisprudenza che ritiene confiscabile il profitto risparmio dei reati tributari solo attraverso la confisca per equivalente *ex art. 1, comma 143, della l. 24 dicembre 2007, n. 244*, non assume un eccessivo rilievo pratico ai fini della sottrazione di tale profitto nei confronti della persona fisica, essendo comunque previste entrambe le forme di confisca nei suoi confronti, – l'unica questione rilevante attiene all'irretroattività della confisca per equivalente –, assume, invece, come sopra esaminato, un notevole rilievo laddove si tratta di sottrarre il profitto risparmio nei confronti degli enti cui sia pervenuto, non essendo applicabile la confisca per equivalente in esame nei confronti degli enti né la confisca *ex art. 19 d. lgs. n. 231/2001*.

La Suprema Corte, inoltre, sempre sulla scia del suo recente entusiasmo nell'applicazione della confisca, è arrivata ad affermare che *la quantificazione di detto risparmio è comprensiva non solo del mancato pagamento degli interessi, ma anche «delle sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario»; si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equi-*

3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 quater e 11 del d. lgs. n. 74/2000. Cfr. RAGGI, *op. cit.*, 3124; BUCCISANO-INGRAO, *op. cit.*, 427.

<sup>(146)</sup> Cass., III sez., 23.10.2012, n. 45849, Chierico, in *Guida al diritto*, 2013, 1, 81; conforme Cass., sez. III, 23.1.2013, n. 7078, Piccolo, con nota di AMATO, *Reati tributari: nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 12, 38.

<sup>(147)</sup> Cass., sez. VI, 17.3.2009, Paggiaro; Cass., sez. VI, 6.2.2009, Ramponi e altro.

<sup>(148)</sup> Cass., 26.5.2010, n. 25890, Molon, Rv. 248058; cfr. Cass., sez. III, 16.5.2012, n. 25677; Cass., sez. V, 10.11.2011, n. 1843, Mazzieri, Rv. 251525; Cass., sez. III, 7.7.2010, n. 35807, Bellonzi e altri, Rv. 248618; Cass., sez. III, 3.5.2013 (c.c. 6.3.2013), n. 19099, Ric. D.V.M., in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1468, con nota di PORCU, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale?*.

valente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario<sup>(149)</sup>: l'ammontare di tale sanzione non rappresenta in maniera lapalissiana un profitto per il reo derivante dalla commissione del delitto, ma piuttosto, al contrario, una perdita economica imposta dallo Stato per sanzionare l'illecito. Attraverso la confisca per equivalente del corrispondente della sanzione in questione, si finisce per applicare due volte tale sanzione in evidente violazione del principio del *ne bis in idem*, si trasforma la confisca per equivalente in una sorta di pena patrimoniale in mancanza di alcuna previsione legislativa e in palese violazione del principio di legalità<sup>(150)</sup>.

La violazione del principio di legalità, proporzione e colpevolezza (quale principio che fonda la pena e la delimita in sede di commisurazione) diventa ancora più lampante nell'ipotesi in cui il contribuente ai sensi del comma 2 dell'art. 13, d. lgs. n. 74 del 2000, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, estingue il debito tributario anche a seguito di speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, così ottenendo l'applicazione di una circostanza attenuante ad effetto speciale; per beneficiare dell'attenuante suddetta, il pagamento deve riguardare anche le sanzioni tributarie previste per la violazione delle norme tributarie, sebbene non applicabili all'imputato. Ne consegue che in questo caso pur avendo il contribuente/imputato provveduto al pagamento dell'imposta evasa e della relativa sanzione tributaria (viene considerata un'ipotesi normativamente prevista di risarcimento del danno conseguente a reato tributario, commisurato all'entità della sanzione, che può anche non essere integrale), sarà comunque possibile applicare la confisca per equivalente del profitto *ex art. 322 ter* in misura corrispondente all'imposta evasa nonché alla sanzione tributaria («qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione dell'illecito e 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»<sup>(151)</sup>), facendo assumere ancora una volta alla confisca per equivalente l'evidente natura di una pena patrimoniale in

<sup>(149)</sup> Cass., sez. III, 4.7.2012, n. 11836, in *De Jure*; Cass., sez. III, 23.10.2012, n. 45849, C., in *Guida al diritto*, 2013, 1, 81; Cass., sez. III, 19.9.2012, n. 1256 e Cass., sez. V, 10.11.2011, Mazzieri, n. 1843, Rv. 253480: «il profitto confiscabile, anche nella forma per equivalente, nel caso di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, è costituito "da qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione dell'illecito e 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"».

<sup>(150)</sup> Cfr. MAGRO, *op. cit.*, 190.

<sup>(151)</sup> Cass., 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass., sez. V, 10.11.2011, n. 1843, dep. 17.2.2012, Mazzieri, Rv. 253480.

violazione del principio di *legalità*, di *proporzione*, di *colpevolezza* e del *ne bis in idem* sostanziale perché il soggetto finirà per pagare due volte le imposte evase e addirittura anche la sanzione tributaria; si realizza un indebito arricchimento dell'Erario.

Un simile perverso circuito punitivo dovrebbe, tra l'altro, distogliere l'evasore dal ricorso al meccanismo di cui all'art. 13, comma 2, destinato, invece, a sollecitare comportamenti collaborativi nella definizione delle vertenze con l'Erario al fine di ottenere benefici sul piano penale<sup>(152)</sup>. Correttamente si osserva in dottrina che «Tale antinomia sollecita una correzione in via interpretativa del combinato disposto, che "passa" attraverso la valorizzazione dell'inciso "in quanto compatibili" previsto nel richiamo all'art. 322 *ter* c.p.: la figura della confisca per equivalente sarebbe applicabile ai reati tributari in quanto compatibile con la normativa prevista, con la conseguenza che il giudice può esimersi dal pronunciare la confisca in caso di adempimento del debito tributario»<sup>(153)</sup>. In tale direzione la Suprema Corte, invero, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 322 *ter* cod. pen. ed 1, comma 143, l. n. 244/2007, per la parte in cui, nel prevedere la confisca per equivalente anche per i reati tributari, «contrasterebbero, nel caso di sanatoria della posizione debitoria con l'Amministrazione finanziaria, con gli artt. 23 e 25 Cost., in quanto la restituzione all'Erario del profitto del reato fa venir meno lo scopo principale perseguito con la confisca, escludendo la temuta duplicazione sanzionatoria»; la Corte precisa, infatti, che «la confisca per equivalente – quale che sia la sua natura giuridica – ha la finalità di impedire che l'impiego economico dei beni di provenienza delittuosa possa consentire al colpevole di garantirsi il vantaggio che era oggetto specifico del disegno criminoso. La determinazione del profitto suscettibile di confisca coincide, quindi, con l'ammontare dell'imposta evasa. Pertanto, la sanatoria della posizione debitoria con l'amministrazione finanziaria fa venir meno lo scopo principale che si intende perseguire con la confisca. Ne consegue che la restitui-

<sup>(152)</sup> Conforme MAGRO, *op. cit.*, 198; anche se l'autrice attribuisce natura punitiva alla confisca per equivalente ritiene che in questo caso «la confisca cesserebbe di essere una forma di prelievo pubblico a "compensazione di profitti illeciti", venendo meno il presupposto da compensare, cioè il profitto, con conseguente prevalenza della esclusiva finalità sanzionatoria repressiva su quella compensativa-risarcitoria».

<sup>(153)</sup> MAGRO, *op. cit.*, 198; BUCCISANO-INGRAO, *op. cit.*, 429; ROMEO, *La confisca per equivalente in ambito tributario*, in *Fiscalitax*, 2009, 395; CANTONE-TARTAGLIA, *Reati tributari*, in, a cura di TARTAGLIA, *Codice delle confische e dei sequestri*, 2012, 806; PORCU, *op. cit.*, 1482; ACQUAROLI, *Crisi della legalità penale e ragione fiscale. Il caso paradigmatico della confisca per equivalente nei reati tributari*, in, a cura di, BORSARI, *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, 283 ss.

zione all'erario del profitto derivante dal reato elimina in radice lo stesso oggetto sul quale dovrebbe incidere la confisca. In caso contrario si avrebbe appunto un'inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato dal reato»<sup>(154)</sup>. La Corte, quindi, esclude correttamente l'applicazione obbligatoria della confisca del profitto in caso di ravvedimento del contribuente e di pagamento del debito tributario a seguito di procedura conciliativa o di ravvedimento, adottando una soluzione analoga a quella prevista dall'art. 8, comma 6, lett. c), della l. n. 289/2002 per i casi di condono fiscale, in cui si prevede espressamente una causa di esclusione della punibilità. In tale direzione la giurisprudenza di merito valorizza l'inciso «*in quanto compatibili*» contenuto nell'art. 1, comma 143, d.lg. n. 244/2007, ritenendo appunto non compatibile l'applicazione della confisca nell'ipotesi di accertato intervenuto successivo pagamento delle imposte<sup>(155)</sup>. Una soluzione simile dovrebbe essere accolta anche nel caso di c.d. ravvedimento operoso e cioè laddove il contribuente ai sensi dell'art. 13, d. lgs. 472/1997, presenti prima che sia constatata la violazione ovvero che siano iniziate ispezioni o altre attività di accertamento – una nuova dichiarazione che, sostituendosi alla precedente, rimuova i profili di frodolenzia o di infedeltà di quest'ultima, anche perché a tale ravvedimento dichiarativo segue il pagamento dell'imposta dovuta che rivelerà, se effettuato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, sempre ai sensi dell'art. 13, come sopra esaminato, o addirittura, in base ad un'altra interpretazione, ai sensi dell'art. 14, l. 408/1990, comma 5, il ravvedimento dovrebbe escludere la punibilità e quindi mancherebbe il presupposto della confisca, la sentenza di condanna<sup>(156)</sup>.

Nonostante la pronuncia sopra esaminata, però, la stessa Suprema Corte continua a ribadire la possibilità di procedere alla confisca per equivalente anche in seguito alla definizione della posizione tributaria attraverso la procedura dell'accertamento per adesione, con pagamento integrale degli importi quantificati dall'Agenzia delle Entrate, in considerazione della piena autonomia del procedimento penale per l'accertamento dei reati tributari rispetto al processo tributario ed all'accertamento tributario, caratteriz-

<sup>(154)</sup> Cass., sez. III, 1.12.2010, Provenzale, n. 10120, in *Mass. Uff.*, n. 249752; conforme Cass., 23.10.2012, n. 45847; G. AMATI, *op. cit.*, 41; D'AVIRRO, *op. cit.*, 471.

<sup>(155)</sup> Trib. Camerino, 10.4.2012, in *Giur. di mer.*, 2013, 5, 1126.

<sup>(156)</sup> La norma prevederebbe una clausola di rinvio formale estensibile alla nuova disciplina sopravvenuta a quella prevista dalla precedente l. n. 516/1982; così CANTONE-TARTAGLIA, *op. cit.*, 806-807; ARDITO, *Qualche considerazione sul momento consumativo del reato di dichiarazione fraudolenta e sull'efficacia penale del nuovo ravvedimento operoso*, in *Rass. trib.*, 2003, 1837 ss.

zati dalla negoziabilità della pretesa tributaria finale<sup>(157)</sup>, nonché della mancanza di «coincidenza tra due nozioni, quella di profitto dei reati contestati e quella di pretesa tributaria»<sup>(158)</sup>; si consideri che, inoltre, il giudice non è vincolato nella determinazione dell'imposta evasa all'imposta risultante a seguito dell'accertamento con adesione o del concordato fiscale tra Amministrazione finanziaria ed il contribuente (anche se il giudice deve tenere conto dell'esito dell'accertamento e dell'eventuale accordo sul *quantum debeatur*, potendo discostarsene soltanto qualora risultino concreti elementi di fatto)<sup>(159)</sup>. O, comunque, anche se in principio si riconosce che la restituzione all'erario del profitto derivante dal reato fiscale, a seguito di procedura di definizione, elimina in radice lo stesso oggetto sul quale dovrebbe incidere la confisca per equivalente, la Suprema Corte ritiene ammissibile il sequestro per equivalente in un caso dove il pagamento del debito tributario era stato concordato a rate in sede di accertamento con adesione, fondandosi sulla ritenuta natura sanzionatoria della confisca per equivalente, finendo per duplicare, se non moltiplicare in caso di una pluralità di agenti, l'ablazione; «le ragioni del sequestro possono venir meno solo con il completamento del pagamento rateale concordato»<sup>(160)</sup>.

<sup>(157)</sup> La Corte, – Cass., 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Cass. pen.*, 2013, 3386, – con nota di BONETTI, *L'inapplicabilità del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica in caso di reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Cass. pen.*, 2013, 3390 – si riferisce ad una serie di istituti che hanno sempre più accentuato la determinazione concordata dello stesso (il riferimento è alla mediazione tributaria introdotta dal d.l. 6.7.2011, n. 98, art. 39, comma 9), ovvero l'adempimento spontaneo della pretesa a definizione del rapporto tributario (D.Lgs. 19 giugno 1997, n. 218, Disposizioni in materia di accertamento per adesione e di conciliazione giudiziale), per cui la debenza tributaria conclusiva spesso diverge dalla pretesa originaria. Inoltre lo stesso contenzioso tributario tende proprio ad una decisione di merito sul rapporto tributario previa quantificazione dell'oggetto dell'obbligazione tributaria (cfr. Cass. civ., sez. V, 20.10.2011, n. 21759, Rv. 619743); Cass. sez. III, 19.1.2012, n. 4956, DPS s.r.l.; Cass., 16.11.2011, n. 45054, B.C.A.; Cass., sez. V, 10.11.2011, n. 1843.

<sup>(158)</sup> Cass., 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass., sez. III, 14.2.2012, n. 5640, in *Il Fisco*, 2012, n. 10, 1, 1489; Cass., sez. III, 12.12.2011, n. 5640, Manco, Rv. 251892. Gli autori che ammettono la confisca in quest'ipotesi ritengono che comunque dovrebbe essere limitata all'extra profitto, rappresentato dalla differenza tra quanto accertato dal giudice penale e quanto riscosso dal Fisco a seguito della procedura «transattiva», cfr. GOLINO, *Confisca per equivalente in materia di reati tributari. Una sentenza chiarificatrice della Cassazione*, in *Il Fisco*, 2013, 6, 836.

<sup>(159)</sup> Cass., sez. III, 14.2.2012, n. 5640, Manco, in questa *Rivista*, 2012, 585; Cass., 19.9.2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass., sez. III, 14.2.2012, n. 5640, in *Il Fisco*, 2012, n. 10, 1, 1489; cfr. GOLINO, *op. cit.*, 835, il quale osserva che tale accertamento è particolarmente importante in un reato dove sono previste soglie quantitative.

<sup>(160)</sup> Cass., sez. III, 31.8.2012, n. 33587; Cass., 24.7.2012, n. 30140, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA; Cass., sez. III, 16.5.2012, De Ferrari; Cass., sez. III, 23.10.2012, Zampieri. Cfr. criticamente PORCU, *op. cit.*, 1484, il quale osserva che così si finisce per attribuire «al sequestro preventivo non tanto una funzione di vincolare i beni al fine di renderne ineludibile una

La pretesa e discutibile natura sanzionatoria diventa fonte di un accanimento distorto nell'uso di questo strumento facendole assumere quel carattere punitivo che non dovrebbe avere <sup>(161)</sup>; si dovrebbe, inoltre, affermare un principio di unitarietà e coerenza dell'ordinamento giuridico che dovrebbe impedire l'applicazione dello strumento penale, concepito come accessorio alla tutela degli interessi tributari, laddove lo stesso ordinamento tributario ritiene tali interessi soddisfatti, anche se in via transattiva.

In un'altra decisione, addirittura, la Suprema Corte ha stabilito che «con riguardo in particolare al reato di cui all'art. 11 cit., il profitto va individuato nella riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio su cui il fisco ha diritto di soddisfarsi e, quindi, nella somma di denaro la cui sottrazione all'Erario viene perseguita, non importa se con esito favorevole o meno, attesa la struttura di pericolo della fattispecie, attraverso l'atto di vendita simulata o gli atti fraudolenti posti in essere, somma che, nella specie, viene a coincidere, pur non identificandosi con essa (di talché il sequestro disposto conserva, pur sempre, la natura di sequestro finalizzato alla confisca "per equivalente"), con la somma di Euro 1.745.300,00 portata dagli assegni circolari in oggetto» <sup>(162)</sup>. Ancora una volta si trasforma la confisca in una pericolosissima pena patrimoniale affidata alla pura «fantasia giurisprudenziale», la corretta e ineliminabile discrezionalità della giurisprudenza viene trasformata in mero arbitrio. In questa pronuncia prima la Suprema Corte sembra affermare che sia possibile confiscare la parte di patrimonio di origine lecita che si vuole sottrarre all'imposizione fiscale («il profitto va individuato nella riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio su cui il fisco ha diritto di soddisfarsi»): si tratterebbe evidentemente di una pena patrimoniale perché si confiscerebbe non il profitto del reato di evasione fiscale nella misura dell'imposta evasa, ma addirittura il patrimonio lecitamente conseguito dall'evasore. Ma la Suprema Corte, poi, continua precisando che la «riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio su cui il fisco ha diritto di soddisfarsi» coincide («e, quindi,») «nella somma di denaro la cui sottrazione all'Erario viene perseguita, non importa se con esito favorevole o meno, attesa la struttura di pericolo della fattispecie»: si chiarisce che il profitto che deriverebbe dall'evasione fiscale corrisponde all'imposta evasa, ma si pretende di applicare tale forma di confisca anche se tale profitto non è stato conseguito! Tale posizio-

loro *eventuale e futura* confisca, quanto la funzione di costituire un vincolo a garanzia di un diritto di credito certo (in quanto riconosciuto dallo stesso contribuente) e *attuale* dello Stato».

<sup>(161)</sup> Cfr. RAGGI, *op. cit.*, 3124.

<sup>(162)</sup> Cass., sez. III, 3.7.2012, n. 25677.

ne è stata addirittura confermata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite <sup>(163)</sup>. Per non dire altro, si dimentica la giurisprudenza della Suprema Corte sulla nozione di profitto inteso come «una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato», «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale», «pertinente al reato» secondo un rapporto «causa-effetto»; la confisca presuppone che il profitto sia stato conseguito, altrimenti diventa una mera pena patrimoniale.

Si consenta di esprimere il timore che proprio l'attribuzione di natura punitiva alla confisca per equivalente ha scatenato questi usi distorti della confisca trasformandola da strumento di riequilibrio economico in un pericoloso strumento punitivo, applicato al di fuori del rispetto dei principi garantistici del sistema penale.

In realtà poi in materia si poneva anche la questione circa l'effettiva applicabilità della confisca per equivalente al profitto del reato in quanto il legislatore richiama l'art. 322 *ter* che prevedeva al comma 1 la confisca per equivalente del prezzo e al comma 2 del profitto solo in relazione al profitto del privato corruttore, ragione per cui la dottrina riteneva che non fosse possibile la confisca per equivalente del profitto neanche attraverso un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, posto che si tratterebbe di interpretazione additiva *contra reum* e, quindi, *in malam partem* in violazione del divieto di analogia e del principio di legalità <sup>(164)</sup>; per contro la giurisprudenza, in maniera simile a quanto già deciso in materia di truffa *ex art. 644 ter*, riteneva la confisca per equivalente del profitto possibile in virtù dell'integrale rinvio dell'art. 1 l., comma 143, l. 244/2007 al combinato disposto del comma 1 e 2 dell'art. 322 *ter* <sup>(165)</sup>. Tale diatriba è stata risolta con la riforma dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione introdotta dalla l. n. 190 del 2012, che ha riformato la disposizione dell'art. 322 *ter*, comma 1, prevedendo espressamente la confisca per equivalente non solo del prezzo ma anche del profitto in conformità agli obblighi di fonte europea e internazionale; tale disposizione chiaramente non sarà applicabile retroattivamente <sup>(166)</sup>.

<sup>(163)</sup> Cass., sez. un., 30.1.2014 (dep. 5.3.2014), n. 10561, Gubert., in *Dir. pen. cont.*, 2014, 12 marzo 2014.

<sup>(164)</sup> MAZZA, *op. cit.*; DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, cit.

<sup>(165)</sup> Cass., sez. III, 5.3.2013, n. 32799; Cass., sez. III, 7.7.2010, n. 35807, Bellonzi e altri, Rv. 248618. Cfr. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 13.11.2013.

<sup>(166)</sup> CHIARAVIGLIO, *L'applicabilità della confisca obbligatoria per equivalente del profitto nei reati tributari: le incoerenze della misura*, in *Riv. dei dott. comm.*, 2013, 2, 439.

7.2. – Al di là delle ipotesi in cui il legislatore prevede espressamente la confisca del profitto risparmio, perlomeno nel senso che si tratti di reati in cui l'unico profitto confiscabile è rappresentato dal risparmio di spesa, il problema che si pone in generale è se sia possibile confiscare *ex art.* 19, d. 231/2001, almeno nella forma per equivalente, l'eventuale beneficio patrimoniale determinato da un risparmio di spese doverose, nelle ipotesi chiaramente in cui il risparmio di spese è intrinsecamente connesso alla consumazione del reato, addirittura rappresenta il fine della condotta, come può avvenire in relazione a taluni reati a tutela dell'ambiente, ad esempio l'inquinamento doloso (art. 8, comma 2) o colposo (art. 8, comma 1, e 9, comma 2) previsti dal d. lgs. 207/2007<sup>(167)</sup>, o in relazione ai reati di omicidio e lesioni realizzati con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro. Si pensi, ad esempio, alla società che tratti sostanze ozono-lesive e che abbia fughe negli impianti non sottoposti a periodici controlli, oppure all'ipotesi in cui una nave dolosamente inquina il mare per liberarsi di un carico che sarebbe smaltibile legittimamente solo in maniera particolarmente esosa.

Chiaramente ammettere una tale estensione dell'ambito di applicazione della confisca diretta, se si ritiene come affermano le Sezioni Unite nella sentenza Gubert, n. 10561/2014, che il risparmio rientra nel concetto di profitto diretto, o della confisca per equivalente, nel senso che quest'ultima sarebbe solo un meccanismo sussidiario e sostitutivo della confisca diretta, ma anche una forma di confisca «principale» del profitto risparmio<sup>(168)</sup>, comporta complessi problemi di calcolo di un simile profitto, e soprattutto sorge il dubbio che rappresenti una violazione del principio di legalità, comportando un'incostituzionale interpretazione in *malam partem*, che estende l'ambito di applicazione della confisca al di là dell'espressa volontà legislativa; in ogni caso, tale interpretazione pone tali problemi di accertamento dell'ammontare confiscabile da comportare la violazione del principio di tassatività, affidando alla mera discrezionalità giudiziaria tale stima<sup>(169)</sup>. La stessa sentenza Gubert estende la nozione di profitto al rispar-

<sup>(167)</sup> Il d.lgs. 7.7.2011, n. 1221, attuativo di due importanti direttive europee sulla tutela dell'ambiente (1008/99/CE) e sull'inquinamento provocato da navi (2009/123/CE), ha introdotto nel corpo del d. lgs. n. 231/2011, l'art. 25 *undecies* che estende la responsabilità degli enti a taluni reati ambientali.

<sup>(168)</sup> In tale direzione LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, op. cit., 170. Cfr. STICCHI, *Strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa e nozione di profitto confiscabile. Le indicazioni delle Sezioni Unite nel caso Impregilo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 101; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., 887.

<sup>(169)</sup> MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., 807 s.; FORNARI, *La confisca del profitto*, cit., 90; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2123-2155; STICCHI, op. cit., 115; MONGILLO, *La confisca del profitto*, cit., 1765; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*,

mio in relazione a una fattispecie in cui l'ammontare risparmiato è sufficientemente determinabile, in quanto corrisponde all'ammontare dell'imposta evasa, e in cui la stessa previsione della confisca del profitto esprime una chiara scelta legislativa di confiscabilità del profitto risparmio.

In giurisprudenza non sono mancate sentenze che hanno riconosciuto la confiscabilità dei risparmi di spesa<sup>(170)</sup>, affermando, ad esempio, che il profitto può consistere nella riduzione dei costi aziendali in un caso di illecita gestione dei rifiuti<sup>(171)</sup>.

Nel caso Fisia Impregilo il Tribunale di Napoli aveva ricompreso nella sua ordinanza di sequestro del profitto ogni vantaggio patrimoniale comprensivo del mero risparmio (si riprende la posizione delle sez. un. n. 299952 del 2004), ottenuto senza averne diritto, ovvero senza che trovi giustificazione in un valido titolo giuridico; e addirittura gli eventuali vantaggi futuri, ricomprendendo il profitto «che è possibile che non assuma un attuale profilo di patrimonialità, potendo consistere anche in un'altra situazione di utile, eventualmente propedeutica al conseguimento di un vantaggio economico»<sup>(172)</sup>.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte nella citata sentenza Fisia hanno escluso, invece, a scanso di equivoci – si potrebbe dire –, la riconducibilità delle somme considerate dal Tribunale di Napoli nella nozione di profitto in qualità di «risparmio di spesa», in quanto tale concetto presuppone un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere; come ribadito successivamente dalla Suprema Corte «secondo questa interpretazione per poter parlare di profitto come risparmio di spesa conseguito sarebbe stato necessario individuare un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta di truffa, situazione che non si riscontra nella specie, in cui non vi è stato alcun introito da parte delle società indagate»<sup>(173)</sup>. Si dovrebbe tratta-

cit., 888; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 251; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 247.

<sup>(170)</sup> Cfr. Cass., 7 novembre 1991, Cerciello, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce «Truffa», n. 8, 3481.

<sup>(171)</sup> Corte d'appello Palermo, sez. IV, 4.3.2011, n. 889, in cui si afferma che il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti, idoneo ad integrare il delitto di cui all'art. 53 *bis* del d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, ora art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006, si riferisce anche a quelle attività che, per le loro concrete modalità, risultino totalmente difformi da quanto autorizzato (Cass., sez. III, 20.11.2007, n. 358); Cass., sez. IV, 2.7.2007, in *Mass. uff.*, 236007, in relazione alla gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti in cui il profitto viene individuato anche nella semplice riduzione dei costi aziendali.

<sup>(172)</sup> Trib. Napoli, sez. riesame, ord., 6.10.2007, ud. 24.7.2007, I. S.p.a. ed altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1638-1640.

<sup>(173)</sup> Cass., 17.6.2010, n. 35748, P. e altro.

re, insomma, di un profitto materialmente conseguito, benché superiore a quello che sarebbe stato ottenuto senza omettere le spese dovute<sup>(174)</sup>; non sarebbe, invece, possibile considerare i risparmi in termini assoluti, quando cioè non venga in essere, a cagione dell'illecito, una diminuzione del passivo<sup>(175)</sup>. In base a tali indicazioni della Suprema Corte perché possa parlarsi di profitto confiscabile/sequestrabile ai sensi degli artt. 19 e 53 si richiede, quale conseguenza del reato (causalmente connesso), un reale spostamento di risorse economiche, vale a dire una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente; di conseguenza la Suprema Corte mette in guardia da superficiali assimilazioni tra meri danni risarcibili (in ipotesi correlati a risparmi di spesa indebitamente conseguiti dall'ente) e vero e proprio profitto del reato (quale reale accrescimento del suo patrimonio)<sup>(176)</sup>.

Tale posizione della Corte conferma e presuppone una visione della confisca per equivalente non come autonoma forma di confisca o sanzione, – come autonomo istituto sanzionatorio, sganciato, anche in astratto e *ab origine*, dalla confisca «diretta» di cui al comma 1, – ma come mera forma di applicazione della confisca diretta, suo surrogato laddove non sia possibile applicare la prima, richiedendo, quindi, la possibilità di individuare un vantaggio materialmente affluito al patrimonio dell'ente quale profitto storico del reato<sup>(177)</sup>.

Il principio di legalità delle sanzioni (nel senso che devono essere espressamente previste) e di tassatività (devono essere previste in maniera precisa e determinabile, fornendo chiari criteri di accertamento o commisurazione)<sup>(178)</sup> impone di escludere la possibilità di confiscare per equiva-

<sup>(174)</sup> MONGILLO, *La confisca del profitto*, cit., 109; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., 888.

<sup>(175)</sup> SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., 888.

<sup>(176)</sup> MONGILLO, *Ulteriori questioni*, cit., 2340; PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile*, cit., 74. Ad esempio nel caso Total il risparmio ottenuto dalla società indagata era parte integrante di un effettivo incremento della ricchezza a disposizione dell'ente indagato, derivante dall'acquisizione al suo patrimonio di un terreno di valore reale ben superiore al corrispettivo versato; il risparmio confiscabile consiste nella differenza tra il prezzo di mercato e quello corrisposto, senza pregiudizio delle azioni risarcitorie del proprietario del terreno in relazione alla mancata percezione della giusta misura dell'indennità di esproprio, per la svalutazione dei propri beni dovuta alla condotta concessiva, cfr. Cass., sez. VI, 28.4.2010, n. 16526, Total Italia s.p.a. Rv. 246727; MONGILLO, *I limiti del sequestro preventivo e della confisca del profitto del reato*, nota a Cass., sez. VI, 17.6.2010, n. 35748, in *Cass. Pen.*, 2011, 2323.

<sup>(177)</sup> PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile*, cit., 76.

<sup>(178)</sup> Cfr. BRICOLA, *Teoria generale*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, 18; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2011, 73 ss.; FIAN-DACA, *Controllo sull'uso degli additivi alimentari e principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 637 ss.; PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto aggravato*, in *Studi per E. Graziani*, 1974, 489; PAPA, *Considerazioni sul controllo di legittimità relativamente alla mi-*

lente il valore dei costi illecitamente non sostenuti, in assenza di un effettivo introito. L'orientamento esaminato della Suprema Corte nella sentenza Fisia conferma, insomma, l'opportunità e la necessità di un'espressa previsione da parte del legislatore per ammettere l'ablazione di meri risparmi di spesa, nonché la necessità di una chiara determinazione dei criteri di «stima» di tale forma di profitto, pur evidenziando che la quantificazione concreta di un simile profitto «raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività»<sup>(179)</sup>.

In tale direzione correttamente il Tribunale di Monza ha negato la confisca del profitto risparmio in seguito ad un reato di omicidio colposo con violazione delle norme sulla sicurezza nel lavoro per la genericità della richiesta dell'accusa, la quale non è riuscita a dimostrare la sussistenza di tale profitto; la Corte osserva che «con riguardo, infine, alla richiesta avanzata dal P.M. di disporre la confisca per equivalente del profitto conseguito dalla società GES.CO.MONT. s.r.l., pari al prezzo nell'anno 2007 di un'autogru con marcatura CE corrispondente a quella che ha cagionato l'incidento, il Tribunale ritiene di non poterla accogliere, in quanto la richiesta appare generica, laddove avrebbe dovuto essere dimostrata l'entità del profitto conseguito dalla società in conseguenza del reato commesso nel suo interesse e vantaggio. Anche a voler ritenere che la nozione di profitto, suscettibile di confisca per equivalente, si riferisca non al reato presupposto (l'omicidio colposo), ma alle violazioni della normativa prevenzionistica, dall'istruttoria è emerso che la società aveva l'alternativa di acquistare un'autogru nuova o seminuova ovvero di adeguare quella in suo possesso alla normativa vigente all'epoca del fatto, installando sulla stessa alcuni dispositivi di sicurezza attiva: ebbene nessun elemento concreto è emerso dall'istruttoria per quantificare, almeno in linea di massima, il costo delle due opzioni e, conseguentemente, il risparmio di spesa conseguito dalla società. In ragione di ciò, non essendo stati forniti al Tribunale specifici dati circostanziali che consentano la quantificazione del profitto conseguito, confiscabile per equivalente ai sensi dell'art. 19 D. L.vo 231/2001 – tanto più che

*sura edittale della pena in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 726 ss.; PULITANO, *Diritto penale*, cit., 161; GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, nota a Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1468 ss.; MOCCIA, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 87 ss.; VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna* (2006), in *Id.*, *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 212 ss. Corte Cost., sent. n. 6 del 1966, in *Giur. cost.*, 1966, 274.

<sup>(179)</sup> Così MONGILLO, *Ulteriori questioni*, cit., 2342; GIAVAZZI, sub art. 19, in *Responsabilità «penale» delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO, 2007, 176.

esso «si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto» – la sanzione di cui agli artt. 9 comma 1 lett. c) e 19 D. L.vo 231/01 non appare in concreto applicabile»<sup>(180)</sup>. L'orientamento della Corte sembra assolutamente corretto facendo emergere l'impossibilità nel caso di specie di calcolare il profitto – risparmio legato a valutazioni ipotetiche e discrezionali («la società aveva l'alternativa di acquistare un'autogru nuova o seminuova ovvero di adeguare quella in suo possesso alla normativa vigente all'epoca del fatto»), ribadendo che l'applicazione della confisca del profitto impone l'accertamento della derivazione di un profitto dal reato e la determinazione del suo ammontare, altrimenti si trasforma in una sorta di pena patrimoniale indeterminata.

Addirittura, però, in talune pronunce con discutibile fantasia la giurisprudenza ha fatto rientrare nella nozione di profitto confiscabile anche i *vantaggi futuri*; ad esempio laddove la giurisprudenza ha affermato che l'ingiusto profitto derivante da reato può individuarsi in «qualsiasi vantaggio non solo di tipo economico che l'autore intenda conseguire»<sup>(181)</sup>, anche un «vantaggio personale futuro» rappresentato dal rafforzamento della posizione apicale dell'imputato nell'azienda<sup>(182)</sup> o laddove precisa che il profitto dell'attività corruttrice non è costituito solo da componenti materiali, ma anche «nell'altissimo valore del monopolio raggiunto a discapito dei concorrenti, monopolio destinato a proiettarsi nel tempo con ingenti profitti»<sup>(183)</sup> (o parla di ogni conseguenza vantaggiosa collegabile all'attività illecita<sup>(184)</sup>).

Per contro nella sentenza delle Sezioni Unite nel caso Fisia-Impregilo si precisa che sicuramente non rientrano nella definizione di profitto confiscabile il vantaggio solo futuro; in tale direzione la Suprema Corte non ritiene possibile la confisca per equivalente dei crediti, anche se certi, liquidi ed esigibili, in quanto in ogni caso si tratta di introiti ancora non pervenuti, di utilità non ancora effettivamente conseguite ma solo attese, ma ammette la confisca diretta dei crediti, laddove chiaramente ritiene che ciò di cui l'ente risulti creditore rappresenterebbe un illecito profitto, causalmente connesso a un reato per il quale è prevista la responsabilità amministrativa ex d. lgs. n. 231/2001 «il provvedimento di confisca dovrebbe ricadere sui crediti stessi (confisca diretta), considerato che la confisca di questi per equivalen-

<sup>(180)</sup> Trib. Monza, 3.9.2012.

<sup>(181)</sup> Cass., sez. II, 17.11.2005, Calabrese, in *Mass. uff.*, 234963.

<sup>(182)</sup> Cass., sez. III, 6.10.2005, Fradella, in *Mass. uff.*, 232351 in relazione al traffico illecito di rifiuti.

<sup>(183)</sup> Cfr. Trib. Milano, 27.4.2004, S.

<sup>(184)</sup> Trib. Milano, 11.12.2006; Cass., 23.6.2006, n. 32627, La Fiorita.

te porrebbe il destinatario nella condizione di vedersi privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata»<sup>(185)</sup>.

In ogni caso la Corte precisa, poi, che «il sequestro preventivo diretto, funzionale alla confisca D.Lgs. n. 231 del 2001, ex art. 19 del profitto del reato costituito da crediti è ammesso a condizione che questi siano certi, liquidi ed esigibili, cioè non contestati e determinati con precisione nel loro ammontare. Infatti, solo un credito che abbia tali caratteristiche potrebbe essere considerato alla pari di un incremento patrimoniale ovvero di un vantaggio direttamente e immediatamente derivante da reato; mancando tali caratteri si tratterebbe di una utilità futura e incerta, che mai assumerebbe i connotati e la natura di profitto come sopra inteso»<sup>(186)</sup>.

Sempre in relazione alla confisca di vantaggi futuri, la Suprema Corte ha correttamente escluso la confiscabilità dell'aggio per la riscossione, in assenza della dimostrazione dell'effettivo incasso delle somme da parte dell'ente, ovvero il valore delle opere oggetto di contratti risolti *ex lege*, in assenza della prova del rimborso del loro valore all'ente a seguito della risoluzione<sup>(187)</sup>.

Per contro è assolutamente condivisibile la posizione assunta dalla Suprema Corte nell'ammettere una valutazione più ampia del profitto ricomprensivo anche dei vantaggi immateriali, come le eventuali future posizioni di monopolio, laddove, ai fini dell'art. 13 e, quindi, dell'applicazione delle più gravi sanzioni interdittive, non si tratta di commisurare il profitto da confiscare, ma di valutare l'importanza dell'operazione economica nell'ambito della quale si realizza il crimine e quindi anche l'impatto sul bene tutelato<sup>(188)</sup>. Tale posizione è stata confermata dalle Sezioni unite che hanno sottolineato che «Il profitto di rilevante entità richiamato nell'art. 13 (ma an-

<sup>(185)</sup> Cass., sez. un., 2.7.2008, n. 26654, cit., § 7; Cass., 20.2.2009, n. 7718, Fondazione S. Raffaele, 1733; Cass., sez. V, 14.12.2011, n. 3238, Soc. Valore S.p.a.; Cass., sez. VI, 17.6.2010, n. 35748, P. e altro, cit. Cfr. NICODEMO-NICODEMO, *Responsabilità amministrativa degli enti: crediti sociali confiscabili*, in *Il Sole* 24, 2011, 68.

<sup>(186)</sup> Cass., sez. un., 2.7.2008, n. 26654, cit. Conf. Cass., sez. II, 16.11.2012, n. 8740; cfr. Cass., sez. V, 20.2.2009, n. 7718, Fondazione S. Raffaele.

<sup>(187)</sup> Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, cit.

<sup>(188)</sup> Cass., 23.6.2006, n. 32627, La Fiorita, Rv. 235636, cit.: «Ai fini dell'applicazione delle misure interdittive nei confronti di società di capitali, previste dall'art. 13 d.lg. 231/01, il requisito di cui all'art. 13, lett. a) (e cioè l'aver la società tratto dall'illecito un profitto di rilevante entità), va inteso in senso ampio, come comprensivo non solo dell'utile netto dell'ente, ma anche dei vantaggi economici, anche non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito». In questo caso il giudice del riesame ha precisato che per calcolare il profitto occorre fare riferimento anche al vantaggio di posizione sul mercato che le due società hanno acquisito facendo ricorso a condotte illecite, fino ad assumere un ruolo di sostanziale monopolio.

che negli artt. 16, 24/2°, 25/3°, 25 ter/2°, 25 sexies/2°, che ha tradotto il criterio di delega ("casi di particolare gravità") contenuto nella direttiva di cui all'art. 11 lett. L) della legge 29/9/2000 n. 300, evoca un concetto di profitto "dinamico", che è rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa e ricomprende vantaggi economici anche non immediati (cfr. Cass. sez. VI 23/6/2006 n. 32627, *La Fiorita*) ma, per così dire, di prospettiva in relazione alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi»<sup>(189)</sup>. Da ultimo ha ribadito tale posizione, precisando che nell'art. 13 al profitto deve essere riconosciuta, allora, l'originaria funzione di selezionare i casi più gravi da punire con le sanzioni maggiormente afflittive per l'ente e che non si può pretendere nella fase cautelare, di riferirsi all'utile netto lucrato, cioè ad un valore che richiede calcoli e verifiche precisi in un raffronto tra ricavi e costi, e si può, quindi, ritenere corretta l'opzione adottata dal giudice della cautela, di determinare in via indiziaria il profitto riveniente alla Società dagli illeciti (una ragionevole percentuale del valore della commessa illecitamente acquisita), precisando, però, che «deve comunque trattarsi di profitto che la Società abbia, sia pure a livello di gravità indiziaria, concretamente "tratto" dal reato»<sup>(190)</sup> (non si possono fare rientrare «anche i crediti maturati a favore della Società» in quanto «la legge fa infatti chiaro riferimento a qualcosa che sia stato già concretamente incamerato dalla Società») (191).

Fermo restando che anche ai fini della determinazione del carattere rilevante del profitto ai sensi dell'art. 13 si rileva una certa approssimazione *in malam partem*, come quando la giurisprudenza ha ritenuto in maniera assolutamente approssimativa che «la rilevante entità (*del profitto*) può essere legittimamente dedotta dalla natura e dal volume dell'attività d'impresa, non occorrendo che i singoli introiti che l'ente ha conseguito dall'attività illecita posta in essere siano specificamente individuati, né che se ne conoscano gli importi liquidati», non richiedendo, quindi, l'esatta quantificazione degli introiti, ma piuttosto solo la considerazione delle dimensioni dell'ente e dell'elevato numero di appalti pubblici da questo aggiudicatisi<sup>(192)</sup>; o, peggio, fa rientrare nel profitto di rilevante entità il risparmio di spesa in termini di imposta da pagare determinato da un accordo corruttivo (un

<sup>(189)</sup> Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 26654, cit., che cita Cass., 20.9.2007, n. 41499, cit.

<sup>(190)</sup> Cass., sez. VI, 19.3.2013, 13061.

<sup>(191)</sup> Cfr. RIZZARDI, *Il concetto di profitto di rilevante entità ai fini dell'applicazione delle misure interdittive in fase cautelare* (Trib. Gorizia, ord. 22.7.2013), in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, f. 4, 223.

<sup>(192)</sup> Cass., sez. VI, 7.12.2005, n. 44992.

profitto di rilevante entità, misurato in base alla differenza tra quanto pagato a seguito dell'accordo transattivo e l'originaria richiesta della Agenzia delle entrate), salvo poi a verificare che nel caso concreto non vi è stato un profitto<sup>(193)</sup> in quanto l'accertamento fiscale era erroneo e, anzi, la scelta della conciliazione, in seguito all'accordo corruttivo, è risultata più conveniente per l'Amministrazione<sup>(194)</sup>.

In conclusione come precisato nella relazione al d.d.l. n. 231/2001 e confermato dalla giurisprudenza prevalente, il profitto confiscabile deve avere il carattere della: patrimonialità in senso «materiale»; attualità concretizzata attraverso un reale «*income*» reddituale nella sfera economica della *corporation* (deve rappresentare un risultato conseguito e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito); connessione causale diretta fra la condotta (l'integrazione del reato-presupposto) e l'evento (il materializzarsi dell'utile: *id est*, la «conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato») (195).

«Rispetto ad alcuni reati-presupposto, quali, per tutti, le "originarie" figure di *corporate crimes* – corruzione e truffa in sovvenzioni – il profitto è, per così dire, connaturato al fatto, è il fine tipico che muove l'azione delittuosa; in queste ipotesi, un profitto confiscabile, non solo sarà di regola attualmente presente e ben individuabile, ma neppure darà luogo a problemi interpretativi (o re-interpretativi) di sorta» e «lo stesso varrà per alcune *new entries* come, per tutte, viene agevole ricordare l'insider trading o le frodi in commercio (artt. 25 *sexies* e 25 *bis*). Per altri reati-presupposto, invece, il discorso è, in concreto, diverso, e l'analisi, in punto di "profitto" e di "confiscabilità", dovrà esser svolta caso per caso, ancorandola saldamente alle peculiarità fattuali dell'episodio criminoso di volta in volta giunto alla considerazione dei giudicanti» (196) (basti pensare alla difficoltà di calcolare il profitto del reato di manipolazione di mercato) (197).

<sup>(193)</sup> SCARCELLA, *op. cit.*, 223.

<sup>(194)</sup> Cass., sez. VI, 24.1.2013, n. 9079: «il presupposto del profitto di rilevante entità previsto dall'art. 13, co. 1, L. cit.» consistente nel «rilevante risparmio conseguito grazie alla conciliazione, a fronte di quanto dovuto in caso di esito sfavorevole del contenzioso tributario». «Fermo restando quanto già detto in ordine alla diversa situazione al momento dell'accordo corruttivo, non è né giustificata la affermazione dell'esservi stato un profitto di rilevante entità, misurato in base alla differenza tra quanto pagato a seguito dell'accordo transattivo e l'originaria richiesta della Agenzia delle Entrate, né giustificata l'esclusione della condizione di danno patrimoniale di particolare tenuità».

<sup>(195)</sup> Così PALIERO, *op. cit.*, 74.

<sup>(196)</sup> Così PALIERO, *op. cit.*, 77.

<sup>(197)</sup> TUTINELLI, *Responsabilità per falso in bilancio*, cit., 156.

8. – Una delle questioni più dibattuta dalla recente giurisprudenza in relazione alla nozione di profitto confiscabile *ex art.* 19, d. lgs. 231/2001, è quella relativa al carattere lordo o netto del profitto da confiscare<sup>(198)</sup>. Pur affermando la generale legittimità della confiscabilità del profitto lordo, senza considerare i costi connessi ad attività illecite, si è confermata l'opportunità di limitare la nozione di profitto laddove l'ente realizzi delle prestazioni a favore della collettività (ad esempio i servizi resi o le opere eseguite in base ad un appalto ottenuto attraverso la corruzione), tenendo conto, in conformità al principio di proporzione, delle spese a tal fine realizzate in un contesto lecito<sup>(199)</sup>.

Le Sezioni Unite, come ormai ben noto, sono invece intervenute nel celebre caso Fisia, accogliendo innanzitutto il principio del lordo in considerazione, tra l'altro, degli Atti internazionali ai quali la l. delega n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione<sup>(200)</sup>, per poi affermare che laddove si svolga un'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 o netto, ma tra profitto illecito e lecito<sup>(201)</sup>. Anche se poi, tale drastica soluzione, che comporterebbe addirittura la non confiscabilità *tout court* del profitto del reato in contratto, viene mitigata dall'affermazione dell'enigmatico principio in base al quale il profitto confiscabile è rappresentato 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*»<sup>(202)</sup>; si richiama uno schema sostanzialmente corrispondente all'«*arricchimento senza causa*» di cui all'art.

<sup>(198)</sup> Cfr. tra gli altri MAUGERI, *op. cit.*, 153 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 244 ss.

<sup>(199)</sup> Parla di profitto netto Cass., sez. un., 25.10.-22.11.2005, Muci, n. 41936, cit.; Cass., 23.6.2006, n. 32627, La Fiorita, Rv. 235636; Trib. Milano, 20.3.2007, My Chef, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2008; *contra* Cass., sez. un., 24.5.2004, n. 299952, *Curatela del Fallimento della Srl Cgp*, Rv. 228166; Cass., 6.7.2006, n. 30729, Carere.

<sup>(200)</sup> Convenzione 26/7/1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli; Convenzione 26/5/1997 relativa alla lotta contro la corruzione; Convenzione OCSE 17/12/1997.

<sup>(201)</sup> PISTORELLI, *Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 148, che aderisce all'orientamento delle sez. un.; BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1732-1733.

<sup>(202)</sup> Cfr. Dichiarazione dell'Avv. Prof. Stile, in *Processo rifiuti. Impregilo, la Cassazione allenta il sequestro*, in <http://www.lanuovaecologia.it/rifiuti/ecoreati/9511.php>. Conforme da ultimo Cass., sez. VI, 8.4.2013, n. 24277.

2041 cod. civ.<sup>(203)</sup>. Sono ben noti i motivi che inducono a non ritenere accettabile tale orientamento che richiama il criterio dell'effettiva utilità in considerazione dell'ambiguità di tale nozione di «*effettiva utilità*», difficilmente calcolabile<sup>(204)</sup>, al punto da rischiare di rendere impossibile la confisca del profitto derivante dal c.d. reato in contratto a prestazioni sinallagmatiche o comunque per rendere assolutamente oscura l'interpretazione della nozione di profitto confiscabile<sup>(205)</sup>; come, del resto, emerge nella prassi laddove la giurisprudenza di merito rinuncia a calcolare il profitto perché «*In assenza di precisi e documentati elementi inerenti al vantaggio patrimoniale conseguito dal soggetto privato, al netto dei parametri sopra indicati e nel limite di importo sopra stabilito, è preclusa, in sede di riesame, una operazione di quantificazione del profitto, che, non supportata da dati certi, risulterebbe del tutto discrezionale se non arbitraria*»<sup>(206)</sup>. Per contro «*la posizione dottrina che in base ad una concezione strutturale di profitto (per componenti)*»<sup>(207)</sup>, accolta da una prima giurisprudenza, che consentiva la deducibilità solo dei costi realizzati per prestazioni leci-

<sup>(203)</sup> Da ultimo Cass., sez. VI, 8.4.2013, n. 24277.

<sup>(204)</sup> LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1795.

<sup>(205)</sup> Cfr. BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 149, il quale precisa: «*Si esemplifici considerando il caso in cui l'appaltatore spenda 50 per aggiudicarsi un appalto che frutti, come corrispettivo, 100 e che generi, come utilità per il committente, 120. In vista della possibile conclusione di ulteriori contratti, il privato potrebbe avere interesse economico ad aggiudicarsi l'appalto per l'esecuzione di un'opera a favore dell'ente pubblico, tenendo basso, rispetto alla concorrenza, il corrispettivo della prestazione fornita; inoltre, potrebbe avere investito ingenti risorse per accreditarsi alla pubblica amministrazione, come contraente credibile, sul piano della qualità della prestazione fornita. In questo contesto, la corruzione potrebbe avere avuto un'influenza determinante (vale a dire rilevanza causale) ai fini della determinazione del prezzo dell'appalto e, dunque, potrebbe avere creato un profitto pari a 100, nell'ottica della teoria del "profitto lordo", un profitto pari a 50, nell'ottica della teoria, per così dire, "tradizionale" del "profitto netto", un profitto inesistente, nell'ottica fatta propria dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2008.*»

<sup>(206)</sup> Cass., sez. VI, 8.4.2013, n. 24277, annulla e rinvia al Tribunale di Roma, la sentenza citata del Tribunale del riesame che non aveva ritenuto di poter calcolare il profitto: «*Ma nel provvedimento impugnato, pur se nella elencazione di massime di questa Corte rilevanti nella materia del sequestro finalizzato alla confisca per equivalente è indicata anche tale regola, la stessa non viene poi applicata, concludendosi che "In assenza di precisi e documentati..."*». Ma che in sede di riesame sia preclusa ogni attività di verifica del profitto confiscabile per desumerne la sequestrabilità o meno è affermazione erronea, equivalendo ad una interpretazione abrogante lo stesso istituto del riesame in materia di sequestro. È invece vero il contrario; a fronte delle chiare eccezioni era compito del Tribunale del Riesame verificare la corretta determinazione del profitto. Si impone quindi l'annullamento con rinvio della ordinanza impugnata per nuovo esame che tenga conto delle regole sopra richiamate e venga condotto valutando le specifiche deduzioni della difesa».

<sup>(207)</sup> Per tale definizione EPIDENDIO, *La nozione di profitto*, cit., 1267-1278 ss.

te, non solo sembrava giuridicamente fondata e facilmente applicabile, trattandosi di costi contabilizzati (il cui onere di allegazione può ricadere in capo al soggetto o all'ente), ma finiva per mettere d'accordo le opposte posizioni, e cioè sia chi partendo dal principio del lordo ammette la deducibilità delle sole spese lecite (realizzate per prestazioni lecite a favore della vittima o di terzi <sup>(208)</sup>, "i costi eziologicamente e funzionalmente correlati all'attività lecita", come i costi per l'esecuzione dell'opera appaltata <sup>(209)</sup> o le tasse pagate <sup>(210)</sup>), sia di chi, anche se accoglie il principio del prelievo netto, nega la deducibilità delle spese c.d. illecite <sup>(211)</sup> (i costi necessari per l'acquisto di beni strumentali all'attività illecita ovvero intrinsecamente illeciti)».

Tale orientamento inaugurato dalle sez. un. nella sentenza Impregilo è

<sup>(208)</sup> Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *op. cit.*, 564 ss.; ID., *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 506 ss.; conforme EPIDENDIO, *La nozione di profitto*, cit., 1267 ss.; AMATO, *Precisati i requisiti*, cit., 69; FUSCO, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, I, 65; STICCHI, *op. cit.*, 112.

<sup>(209)</sup> BOTTALICO, *op. cit.*, 1760.

<sup>(210)</sup> L'art. 14, comma 4, della l. n. 537/1993, affinché operi la causa di esclusione dell'imponibilità richiede che i proventi risultino già sottoposti a sequestro o confisca penale; laddove, allora, il provvedimento ablativo non sia intervenuto entro lo stesso periodo d'imposta cui il profitto si riferisce, il provento sarà tassato, cfr. BOTTALICO, *op. cit.*, 1761; MAUGERI, *op. cit.*, 619 ss.; ID., *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 557, nota 228; CAPOLUPO, voce «Proventi illeciti (tassazione dei)», in *Enc. del dir. Aggiornamento*, vol. I, Varese, 1997, 872.

<sup>(211)</sup> FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in questa *Rivista*, 2005, 83; ID., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in questa *Rivista*, 2005, 72 ss.; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2153; MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti*, cit., 174; 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, 170-171; LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato*, cit., 366 ss.; LUNGHINI, *op. cit.*, 90; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milano, 2012, 689; BENUSSI, in *DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), Codice Penale Commentato*, vol. II, 3ª ed., Milano, 2011, art. 322-ter, 3160; BONTEMPELLI, *op. cit.*, 147; ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1289; COMPAGNA, *Dal ricavato dell'attività imprenditoriale vanno sottratte le spese estranee al reato*, in *Guida al dir.*, 2008, n. 10, 88; GIAVAZZI, sub art. 19, cit., 7093; VIZZARDI, sub art. 8 giugno 2001, n. 231, in AA.VV., *La responsabilità degli enti*, cit., 233; SANTORIELLO, *La confisca per equivalente e la determinazione del valore dei beni oggetto del provvedimento*, in *Il Fisco*, 2008, n. 24-1, 4337; LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem*, cit., 1795; BOTTALICO, *op. cit.*, 1751 ss.; VERGINE, *op. cit.*, 69 ss.-125 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 244; cfr. PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2079. Cfr. GRASSO, *Art. 240 c.p.*, 618, il quale ritiene che eventualmente, per tenere conto delle preoccupazioni espresse dall'orientamento delle Sezioni Unite, si potrebbe limitare la detraibilità dei costi leciti alla misura in cui essi corrispondono a un'utilità conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto contrattuale instaurato, escludendo la detraibilità di quelli del tutto inutili nella prospettiva della controparte.

stato pedissequamente seguito dalla giurisprudenza successiva, sino ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte che invece ritornano al criterio dell'«utile netto» laddove si tratti di un'attività d'impresa lecita in occasione della quale si realizzi un reato in contratto, precisando che le disposizioni in materia di confisca, quali, ad esempio, d. lgs. n. 231 del 2001, art. 19, art. 15, comma 4, art. 17, comma 1, lett. c), «sebbene in maniera diversa, si preoccupano di assicurare allo Stato quanto illecitamente e concretamente conseguito dalla società attraverso la commissione degli illeciti, e oggetto del provvedimento ablativo non può che essere il profitto inteso in senso stretto, cioè come immediata ed effettiva conseguenza economica dell'azione criminosa, corrispondente tendenzialmente all'utile netto ricavato» <sup>(212)</sup>.

Nel caso Angelucci <sup>(213)</sup>, in seguito ad una corruzione propria aggravata, un'azienda sanitaria otteneva un appalto di gestione per sette anni delle residenze sanitarie assistenziali della Regione Puglia, conseguendo un utile netto di gestione di circa 7 milioni di euro, che veniva sequestrato sia alla società che al suo amministratore, in applicazione del c.d. principio di solidarietà passiva sopra esaminato. La Suprema Corte aderisce solo formalmente all'orientamento espresso nella sentenza Impregilo; applicando i principi espressi dalle sez. un., non avrebbe dovuto confiscare il profitto conseguito in seguito all'esecuzione di prestazioni lecite da parte di chi aveva conseguito illecitamente l'appalto, o lo avrebbe dovuto confiscare al netto dell'utilità conseguita dal danneggiato. La Seconda Sezione, invece, ritiene confiscabile il profitto conseguito, ma solo al netto delle spese realizzate per l'adempimento dell'appalto: «se il fatto penalmente rilevante (ad esempio, una corruzione) ha inciso sulla fase di individuazione dell'aggiudicatario di un pubblico appalto, ma poi l'appaltatore ha regolarmente adempiuto alle prestazioni nascenti dal contratto (in sé lecito), il profitto del reato per il corruttore non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica». «Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa» <sup>(214)</sup>, «rilevato che il delitto per cui si procede è un'ipotesi di corruzione propria e che questa si configura chiaramente come un "reato in contratto", è corretto aver limitato l'oggetto del sequestro preventivo ai fini della confisca per equivalente al solo profitto netto del contratto posto a valle dell'attività corruttiva»; «il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato unicamente dal guadagno conseguito in esito all'esecu-

<sup>(212)</sup> Cass., sez. VI, 19.3.2013, 13061.

<sup>(213)</sup> Cass., sez. II, 20.12.2011 (29.3.2012), *Angelucci*, n. 11808.

<sup>(214)</sup> Cfr. 62; BONTEMPELLI, *op. cit.*, 143.

zione dello scambio sinallagmatico, al netto dei costi sostenuti per l'effettuazione della prestazione di cui ha fruito la p.a.».

Si ritorna sostanzialmente al criterio che impone di tenere conto delle spese effettuate dal reo per realizzare delle prestazioni lecite a favore della collettività e, in particolare, della vittima. La Corte parla di utile netto, ma il risultato non sarebbe cambiato se avesse parlato di utile lordo salva la deduzione dei costi leciti.

Si deve evidenziare che la Corte, però, reintroduce il criterio in questione solo con riferimento ai «reati in contratto», mantenendo quella distinzione, introdotta dalle S.U., tra reati contratto e reati in contratto ai fini della determinazione della nozione di profitto confiscabile<sup>(215)</sup>; la delimitazione al profitto netto in seguito a spese lecite dovrebbe valere solo per i reati in contratto e non per i reati contratto. La Corte sostiene, infatti, che nelle situazioni di «reato contratto» non è possibile distinguere fra il profitto e il c.d. «utile netto», con la conseguenza di dover confiscare (e sequestrare) tutto quanto costituisce «una conseguenza economica immediata» del reato. Tale distinzione è accettabile nella misura in cui con il termine reati contratto si fa riferimento ad ipotesi in cui la stessa stipula del contratto concretizza il reato da cui consegue il profitto illecito, in mancanza di prestazioni lecite a favore della collettività o della vittima, ad esempio la truffa ai danni dello Stato volta ad ottenere finanziamenti non dovuti; per il resto tale distinzione sembra discutibile laddove in ogni caso chi realizza l'illecito esegue delle prestazioni lecite a favore della vittima o della collettività, a parte l'ambiguità della distinzione tra reati contratto e reati in contratto. Come bene evidenziato la giurisprudenza civilistica riconduce alla nozione di reato contratto, infatti, anche la corruzione<sup>(216)</sup>, con la conseguenza che si dovrebbe escludere la deducibilità dei costi connessi alle prestazioni a favore della collettività nel caso in cui l'appalto sia stato ottenuto grazie a tale reato (diversamente da quanto sostenuto dalla Suprema Corte nella sentenza in esame, Angelucci): conseguenza non condivisibile per le stesse ragioni esaminate laddove l'appalto sia stato ottenuto in seguito ad una truffa, a parte la violazione del principio di uguaglianza che ne deriverebbe<sup>(217)</sup>.

Il Problema che rimane, inoltre, è quello di stabilire, come correttamente precisato in dottrina, la *base di calcolo* dell'utile netto; sono possibili diverse opzioni, come emerge dal recente dibattito dottrinario: tutti i costi o

<sup>(215)</sup> Per tale distinzione cfr. 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; PERINI, *La progressiva estensione*, cit., 204.

<sup>(216)</sup> Cass., sez. I, 5.5.2008, Rv. 603446.

<sup>(217)</sup> Cfr. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale*, cit., 124.

spese sostenuti nell'ambito dell'operazione economica, insomma l'utile netto in senso aziendalistico; tutti i costi lecitamente sostenuti per l'esecuzione del contratto (i costi *leciti*); oppure più restrittivamente, «i soli costi funzionali alla "regolare" esecuzione del contratto, *scilicet* quelli congrui e strumentali all'attuazione del programma negoziale, con esclusione delle spese lecite ma del tutto inutili nella prospettiva della controparte negoziale: deduzione dei soli costi utili»<sup>(218)</sup>.

Il primo criterio è sicuramente non adottabile per le stesse ragioni per le quali non si accoglie il criterio dell'utile netto (o utile netto a base totale<sup>(219)</sup>) in quanto, come evidenziato anche dalla giurisprudenza italiana, si garantirebbe al reo di recuperare le spese illecite realizzate per la consumazione del crimine, con evidenti effetti negativi in chiave general-preventiva. Il Tribunale di Milano ha precisato che il profitto confiscabile non può essere il profitto netto calcolato detraendo «anche quelle [le spese compiute] a fronte di attività illecite», perché così si consente di fatto «all'autore del reato di trarre vantaggio (dal momento che ottiene uno sconto sul profitto confiscabile) da un'attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali»<sup>(220)</sup>; ciò risulta contrario alla *ratio* sottesa alla confisca, che «è volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità... da un'attività in contrasto con l'ordine pubblico e con le norme penali dell'ordinamento». Si evidenzia, inoltre, che tali spese non sono documentabili in modo certo e sono spesso sottaciute da parte dello stesso autore. La Corte esclude, inoltre, la possibilità di considerare detraibili i costi che siano sostenuti a fronte di attività di per sé lecite che, in concreto, siano state dispiegate e finalizzate alla realizzazione del reato. Si può, invece, tenere conto dei «costi sostenuti dall'impresa per dare attuazione all'appalto che abbia ottenuto dietro il pagamento di tangenti»; «se il profitto si sostanzia nel guadagno conseguito dal reo attraverso la condotta illecita, esso non può che commisurarsi al valore del contratto, cioè *al ricavo meno i costi d'impresa sostenuti per l'attuazione della commessa*: solo rispetto a tale differenza è possibile affermare che il reo abbia tratto una utilità economicamente valutabile costituente conseguenza immediata e diretta del reato» (nel caso di specie vengono decurtati gli oneri fiscali già trattenuti alla fonte)<sup>(221)</sup>. Sempre in tale direzione la Suprema Corte, sezione II, dinanzi alla

<sup>(218)</sup> MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 3-4, 63.

<sup>(219)</sup> *Idem*; GRASSO, art. 240 c.p., in ROMANO-GRASSO-PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, 618.

<sup>(220)</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. riesame, 22.10.2007, P., in *Il Corr. del merito*, 2008, 84.

<sup>(221)</sup> Corsivo aggiunto. *Ibidem*, in cui si ritiene che sono scomputabili gli oneri fiscali, in

quale sono stati presentati i ricorsi degli imputati contro la sentenza del Tribunale di Napoli nel caso Impregilo, che ha ritenuto opportuno rimettere la questione di diritto alle Sezioni Unite, ritiene inaccettabile la deduzione dei costi realizzati per l'attività intrinsecamente illecita, così come avviene, afferma la Corte, per la confisca *ex art. 240 c.p.*, ad esempio «*se si accetta la tesi secondo la quale il profitto di reato ex art. 19 D.Lgs. 231/2001 coincide con l'utile netto del reato, si perviene all'azzeramento di rischi economici conseguenti alla perpetrazione di illeciti penali, dal momento che in ipotesi di confisca l'ente si limiterà a non guadagnare nulla (salve le sanzioni ed il risarcimento dei danni)*».

Nella vicenda «Angelucci», poi, i *criteria* dei costi leciti e dei costi utili tendono a coincidere, ma la differenza tra tali criteri emerge in casi di parziale o inesatto adempimento: nell'ipotesi, ad esempio, in cui «una società abbia assunto l'obbligo di costruire due edifici e che, in fase esecutiva, abbia realizzato a regola d'arte il primo immobile e con numerosi difetti il secondo, tanto da ridurre il valore effettivo della metà, avuto riguardo al prezzo di mercato e/o a quello pattuito negozialmente. Applicando il parametro dei "costi leciti", tutti gli esborsi effettuati al fine di adempiere al contratto, in quanto *non* intrinsecamente illeciti o strumentalmente diretti alla realizzazione del reato genetico, andrebbero detratti dal corrispettivo ricevuto. Invece, facendo riferimento al criterio dei costi utili, rileverebbero in chiave riduttiva del *quantum* confiscabile solo le somme impegnate per realizzare una prestazione rispondente alle attese della controparte» (222).

In realtà si ritiene che si dovrebbe tenere conto dei costi leciti che rappresentano comunque uno spostamento economico dal reo alla collettività o alla vittima; il criterio dei costi utili comporta nuovamente dei calcoli di difficile e, magari, talora soggettiva determinazione, con il rischio di ricadere nelle problematiche sollevate dalla difficoltà di calcolare «l'effettiva utilità» conseguita dalla vittima cui facevano riferimento le sez. un. nella sentenza Impregilo. L'eventuale considerazione della mancata soddisfazione delle attese della controparte attiene ai profili civilistici dell'adempimento delle prestazioni contrattuali e potranno rilevare ai fini di eventuali azioni risarcitorie, restitutorie o di inadempimento contrattuale, ma non ai fini penalistici (223).

In ogni caso anche in tale ambito l'ordinamento penale deve sempre

quanto la loro confisca si tradurrebbe in una doppia ablazione (nel caso di specie è stato ammesso il sequestro di interessi e commissioni bancarie, ma non delle somme già trattenute alla fonte ai sensi della l. n. 461/1997); cfr. LUNGHINI, *op. cit.*, 88.

(222) MONGILLO, *I mobili confini*, cit., 63.

(223) Conforme MONGILLO, *I mobili confini*, cit., 64.

coordinarsi con il resto dell'ordinamento e, in particolare, con quello tributario, tenendo conto della disciplina fiscale laddove stabilisce i costi indeducibili (comma 4 *bis* dell'art. 14, l. 537/1993); sarebbe contraddittorio che l'ordinamento possa da una parte tenere conto dei costi sostenuti per la produzione del reddito, in base al principio fiscale dell'inerenza, e, dall'altra non tenerne conto quando si tratta di applicare la confisca alla stessa sezione di ricchezza prodotta (224).

Da ultimo la Suprema Corte, tuttavia, ritorna al criterio delle spese lecite e illecite nel calcolare il profitto netto, ma nel richiamare tale criterio o ancora più a monte nel decidere se bisogna calcolare il profitto al lordo o al netto delle spese, richiama un criterio che si ritiene essere fonte di indebiti fraintendimenti, in quanto la Corte afferma il «principio che l'identificazione del profitto cui ancorare il giudizio circa l'entità del profitto e della confisca, diretta o per equivalente, muta a seconda che mediante la condotta fraudolenta sia stata prospettata all'ente erogante una realtà difforme dal vero che ha consentito il perfezionamento del contratto e le successive erogazioni, oppure sia stata prospettata una realtà che ha permesso alla società di ottenere in modo indebito erogazioni maggiori di quelle cui avrebbe avuto diritto» (225): il «profitto del reato previsto dall'art. 640 *bis* c.p., ai fini dell'applicazione della confisca per equivalente, coincide con l'intero ammontare del finanziamento qualora il rapporto contrattuale non si sarebbe perfezionato ed il progetto non sarebbe stato approvato senza le caratteristiche falsamente attestate dal percettore, mentre corrisponde alla maggiore quota dei fondi non dovuti nel caso in cui siano rappresentati dal beneficiario operazioni o costi riportati in fatture o relazioni ideologicamente false, per cui in realtà il finanziamento sarebbe stato ottenuto anche in mancanza della truffa ma per un ammontare inferiore» (226).

(224) Così ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 171.

(225) Cass., 4.4.2012, n. 17451, Mastro Birraio di Calabria S.r.l.

(226) Cass., sez. III, 4.4.2012, n. 17451, Mastro Birraio e altro: «Occorre, in altri termini, verificare in primo luogo se il progetto di finanziamento presentato dalla società non sarebbe stato approvato e non avrebbe avuto esecuzione in assenza delle caratteristiche falsamente prospettate e attestate; in tal caso, appare evidente, il profitto per il privato e il danno per l'ente erogante coinciderebbero con l'intero ammontare del finanziamento erogato, posto che in assenza delle attività di frode il rapporto contrattuale non si sarebbe perfezionato. A diversa conclusione deve giungersi ove si accerti che il progetto, per la parte di operazioni effettivamente poste in essere, risulta conforme al dettato della legge e ai criteri di approvazione dell'ente erogante; in tal caso la condotta illecita avrebbe dato causa a erogazioni "indebite" esclusivamente per la quota di operazioni o di costi supportati dalle fatture per operazioni inesistenti e dalle relazioni ideologicamente false presentate dalla sig.ra M. in corso di esecuzione del contratto al fine di ottenere l'erogazione dei fondi in parte non dovuti. Con la conseguenza che il profitto del reato coinciderebbe con la sola parte dei fondi non dovuti, restan-

In realtà si ritiene che la Corte sia caduta in un equivoco: la determinazione del tipo di operazione truffaldina, nel senso di accertare se la truffa abbia inciso sulla stessa stipula del contratto (senza di essa il contratto non si sarebbe concluso), oppure sul mero ammontare del beneficio patrimoniale conseguito (nel senso che ad esempio la sovvenzione si sarebbe comunque ottenuta, ma la truffa ha consentito di ottenerla in misura maggiore) è un'operazione di mero calcolo del profitto, – nel primo caso l'intero ricavo, nel secondo caso solo «la plusvalenza impropriamente lucrata: differenza tra prezzo pattuito e prezzo di mercato»<sup>(227)</sup> –, che non può incidere nella scelta di tenere conto delle eventuali spese lecite; sembra errato il ragionamento della Corte che fa dipendere la scelta di decurtare le spese lecite dal tipo di operazione compiuta: nel primo caso non si potrebbe tenere conto delle spese, nel secondo caso sì.

Alla base della scelta di applicare il principio del lordo o del netto, o comunque di tenere conto delle spese lecite si devono porre delle valutazioni di politica criminale e di giustizia; la possibilità di decurtare le spese lecite risponde a quelle istanze di giustizia in base alle quali per garantire la funzione di «compensazione» dell'istituto della confisca del profitto – quale corrispondente pubblicistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa o nell'ordinamento tedesco dell'ingiustificato arricchimento, § 812 I BGB, così garantendo l'unità dell'ordinamento giuridico<sup>(228)</sup> – si deve sottrarre al reo solo una somma o delle cose corrispondenti al valore dello spostamento patrimoniale che si è avuto, a causa dell'illecito, dalla collettività al reo (la collettività viene considerata il titolare del bene giuridico pregiudicato, in relazione alla quale gli organi statali devono garantire la compensazione dei pregiudizi subiti), e non vengono, invece, in rilievo gli spostamenti patrimoniali in senso inverso, realizzati dal reo in favore della collettività e, quindi, le eventuali spese lecite del reo<sup>(229)</sup>.

do lecitamente percepiti da parte della società quelli corrispondenti alle prestazioni effettive che la società stessa ha retribuito ai fornitori».

<sup>(227)</sup> Cass., sez. II, 13.4.2007, n. 15082, Rv. 236468; Cass., sez. VI, 13.11.2008, n. 44995, Rv. 242136; Cass., sez. VI, 14.10.2009, n. 46215, Rv. 246495.

<sup>(228)</sup> WOLTERS, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, Baden-Baden 1995, 65 ss.

<sup>(229)</sup> WOLTERS, *op. cit.*, 65 ss. - 72 ss. Il principio della compensazione degli interessi costituisce un principio fondamentale nel diritto civile tedesco. Il *Bereicherungsrecht* (diritto d'arricchimento) nell'ordinamento tedesco svolge la funzione di sottrarre gli oggetti o i valori, pervenuti in seguito ad un illecito nel patrimonio di un soggetto colpevolmente arricchito, per restituirli a colui al quale spettano in base ad una valutazione complessiva dell'ordinamento giuridico; il *Bereicherungsrecht* rappresenta un ordine di compensazione correttivo, che attacca un «avere illecito». Si vuole così ottenere il risultato che l'aumento patrimoniale dell'arricchito, corrispondente alla diminuzione patrimoniale verificatasi nel patrimonio del-

Il rispetto del principio di proporzione, del resto, induce a tenere conto di tali spese perché altrimenti la confisca si tradurrebbe in una sorta di pena patrimoniale, in quanto oltre alla sottrazione del profitto effettivamente tratto dal reato, si imporrebbe al reo per evidenti ragioni punitive di non recuperare le spese per le prestazioni lecite realizzate, la strada appaltata ad esempio (sarebbe come imporgli di «regalare» la prestazione realizzata), facendo assumere alla confisca il carattere di una pena patrimoniale; si potrebbe trattare di una scelta di politica criminale ma si finirebbe per prevedere una pena non tassativa, perché non sarebbe possibile predeterminare i parametri di commisurazione, con l'evidente rischio di violare il principio di proporzione. Tali ragioni sussistono qualunque sia l'ammontare del profitto confiscabile, purché il reo abbia comunque realizzato delle prestazioni lecite<sup>(230)</sup>.

La Suprema Corte ritorna al criterio *dell'utilità* della vittima per calcolare il profitto confiscabile in una recente pronuncia in materia di corruzione, in cui ha motivato il dissequestro parziale spiegando che il profitto confiscabile, pur non essendo il profitto «aziendale», ovvero l'importo ottenuto sottraendo ai ricavi i costi, deve comunque essere computato detraendovi la effettiva utilità percepita dall'ente pubblico in ragione della esecuzione del contratto, secondo uno schema sostanzialmente corrispondente «all'arricchimento senza causa» di cui all'art. 2041 cod. civ.; pur criticando il ritorno al problematico criterio dell'effettiva utilità, si deve apprezzare la sentenza laddove precisa che la nozione di profitto confiscabile «non può essere dilatata fino a determinare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto, che pure ha trovato la sua genesi nell'illecito, pone in essere un'attività i cui risultati economici non possono essere posti in collegamento diretto e immediato con il reato»<sup>(231)</sup>.

Tale dibattito sulla nozione del profitto confiscabile e in particolare sull'applicazione del principio del lordo o del netto continua ad interessare anche l'ordinamento tedesco. Al momento dell'introduzione del *Bruttoprinzip*, con la legge per la lotta al traffico di stupefacenti e alle altre forme di criminalità organizzata del 15 luglio 1992, si era acceso un vivace dibattito tra gli autori favorevoli, trattandosi dell'equivalente penalistico dell'isti-

l'impovertito, compensi questa diminuzione. Anche nell'ambito del diritto penale emerge una funzione di compensazione, e pur nella diversità di questi due *Ausgleichsordnungen*, emerge un nucleo comune, rappresentato dal fatto che entrambi perseguono lo scopo di compensare il danno subito da un bene giuridico a causa dell'ingerenza altrui.

<sup>(230)</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 5.11.2012, n. 42530, in *Dir. Trib.*, 2013, 208.

<sup>(231)</sup> Cass., 4.6.2013, n. 24277.

tuto civilistico dell'*Ausgleichung* (una sorta di indebito arricchimento) e quelli contrari a tale principio, che avrebbe snaturato la natura dell'ablazione pubblica del profitto (*Verfall*) facendole assumere il carattere di una vera e propria pena<sup>(232)</sup>. Il reo, si osserva a tal proposito, avrà a sua disposizione solo le entrate nette del reato, che sono inferiori al ricavato lordo, con la conseguenza che per soddisfare l'ordine di confisca dovranno essere colpiti beni, che non sono connessi con il reato<sup>(233)</sup>. Per contro sin dall'introduzione della riforma la *BVerfG* ha ritenuto che non fosse cambiata la natura del *Verfall* di «misura di tipo particolare»<sup>(234)</sup>.

La giurisprudenza ha assunto posizioni divergenti proprio sull'applicazione del principio del lordo in due recenti decisioni dimostrando la complessità della questione anche in un ordinamento che ha assunto una chiara posizione a livello legislativo<sup>(235)</sup>.

<sup>(232)</sup> Cfr. tra gli altri DANNECKER, *Anmerkung a BGH 16. Maggio 2006 (LG Karlsruhe)*, 1 StR 46/06, NSZ, 2006, 68, ritenendo che si finisce così per applicare una presunzione in contrasto con la presunzione d'innocenza; DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg, 1992, 14, il quale precisa che le difficoltà di calcolo, connesse all'adozione del principio del netto, sarebbero facilmente superabili attraverso la possibilità di valutare l'entità e il valore del profitto da parte del giudice, offerta ad esempio nell'ordinamento tedesco dall'art. 73 b StGB in adempimento al normale obbligo di motivazione del pubblico ufficiale ex § 244 II StPO.

<sup>(233)</sup> Così WALTHER, *Landesberichte: Vereinigte Staaten von Amerika*, in *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Wiesbaden, 1989, 419. Sostanzialmente conforme, per lo meno, quando si deve applicare la confisca alle persone giuridiche FURNARI, *op. cit.*, 74-76, il quale ritiene che l'accoglimento del principio del lordo potrebbe costituire una «riversazione in chiave punitiva dei limiti della confisca del profitto, consistente nel superamento della tradizionale connotazione riequilibratrice della misura».

<sup>(234)</sup> BVerfG, 14.1.2004, 2 BvR 564/95, in particolare § 49 ss. - 55; cfr. BGH 16.5.2006 (LG Karlsruhe), 1 StR 46/06, NSZ, 2006, 683, in cui si sottolinea che il principio del lordo consente di meglio perseguire lo scopo general-preventivo e l'effettività della misura; BGH, 14.9.2004, 1 StR 202/04, *Wistra*, 2004, 227; BGH 18.2.2004, 1 StR 296/03; BGH, 10.10.2002, 4 StR 233/02, NSZ 2003, 257; BGHSt 47, 369; BVerfGE 23.1.1990, 81, 228, NJW 1990, 1900; BGH NSZ 1994, 123; BGH NSZ 2000, 480; BGH NSZ-RR 2000, 57; BGH *Wistra* 2001, 388-389; BGH, 21.8.2002, 1 StR 115/02 che fa rientrare nell'arricchimento da confiscare tutto ciò che ha ottenuto dal crimine e ciò che ha risparmiato, si precisa che non essendo il *Verfall* una pena non si applica il principio di colpevolezza (art. 1, comma 1, GG), né di conseguenza il principio di proporzione strettamente connesso laddove richiede che la pena sia proporzionata alla gravità del fatto, e in particolare alla colpevolezza, né il diritto di proprietà costituzionalmente garantito (art. 14, comma 1, GG); si afferma che tale misura può essere applicata anche nei confronti di una persona giuridica (cui sia pervenuto il profitto, anche se i suoi organi non hanno compiuto alcun crimine); la confisca della parte in esubero rispetto al profitto netto svolge una primaria funzione preventiva, sottolineando che se non si applica il *Bruttoprinzip* si consente al reo di perseguire il suo interesse economico senza alcun rischio e ciò rappresenterebbe un incentivo a delinquere, cfr. commento in *Kriminalistik* 2004, 422; BGH 22.3.2002, 5 StR 138/01 (LG Hildesheim), NSZ 2002, 477 in relazione alla fattispecie di corruzione.

<sup>(235)</sup> Per un esame delle due sentenze cfr. RÜBENSTAHL, *Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, II, 12 ss.

In un caso di corruzione che aveva consentito a un'impresa di aggiudicarsi un appalto con la pubblica amministrazione relativo alla costruzione di un impianto inceneritore di rifiuti del valore di circa 792 milioni di euro, il *Bundesgerichtshof* ha stabilito il principio secondo cui in casi siffatti ciò che l'impresa «ricava dal» fatto anti-giuridico (la corruzione) è lo stesso *ottenimento dell'appalto*, e non già il *prezzo concordato per la sua esecuzione*<sup>(236)</sup>; è confiscabile il *valore economico complessivo dell'appalto al momento della conclusione del contratto*, valore che deve essere stimato in relazione al *profitto che l'impresa si attendeva in quel momento*, secondo i propri calcoli di guadagno<sup>(237)</sup>. Non si ritiene confiscabile il ricavo che deriva dall'esecuzione del contratto perché non deriva più direttamente dal reato; nell'ipotesi di corruzione si considerano penalmente rilevante le modalità di conclusione del contratto e non la sua esecuzione. Non saranno confiscabili, allora, i 792 milioni di euro, ma solo il profitto in senso stretto (*Gewinn*). Nel caso di specie, l'impresa aveva calcolato di ricavare dal contratto un profitto di 8-9 milioni di euro, profitto che è stato in effetti conseguito in via provvisoria dall'impresa; essendo tuttavia stata costretta a prestare una serie di garanzie supplementari nel corso dei lavori, l'impresa finì in concreto per sopportare *costi addirittura superiori, seppur di poco, ai 792 milioni di euro complessivamente percepiti* quale corrispettivo dell'appalto. In queste condizioni, il *Bundesgerichtshof* ritenne che non vi fossero i presupposti per procedere ad alcuna confisca ex § 73 ss. StGB, se non già per mancanza di un *quantum* confiscabile, almeno per evitare un'iniqua asprezza della confisca nel caso concreto (§ 73c StGB) nei confronti di un'impresa che nel frattempo era addirittura fallita. Emerge in questo caso come la Corte, anche se con una motivazione discutibile in alcuni passaggi, – laddove fa riferimento al profitto che l'impresa si attendeva al momento della conclusione del contratto, piuttosto che al profitto effettivamente conseguito –, in realtà poi nell'applicazione concreta correttamente tiene conto del profitto quale vantaggio economico realmente conseguente al reato, negando nel caso di specie la possibilità di applicare la confisca. Chiaramente un simile orientamento si fonda sulla corretta considerazione della confisca quale misura di compensazione e non quale «pena»; la Corte applica poi nel caso di specie la clausola del-

<sup>(236)</sup> BGH NJW 2006, 925; BGHSt 50, 299 ff.; da ultimo RÜBENSTAHL, *op. cit.*, 12 ss.

<sup>(237)</sup> «Durch Bestechung (im geschäftlichen Verkehr) erlangt i.S.v. § 73 Absatz 1 S. 1 StGB... bei der korruptiven Manipulation einer Auftragsvergabe nicht der vereinbarte Preis, sondern der gesamte wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt des Vertragsschlusses... Der wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt der Auftragserlangung bemisst sich vorrangig nach dem zu erwartenden Gewinn. Aussagekräftiges Indiz hierfür wird regelmäßig die Gewinnspanne sein, die der Auftragnehmer in die Kalkulation des Werklohn hat einfließen lassen».

l'onerosità (§ 73 c *Härtevorschrift*), – regola che deriva dal § 818 BGB<sup>(238)</sup> –, che consente al giudice di diminuire l'ammontare del profitto confiscabile in considerazione degli effetti sproporzionati che ne conseguirebbero, determinando un'eccessiva sofferenza in contrasto con l'*Übermaßverbot* (divieto di eccessi – il principio di proporzione in senso stretto). In tale direzione il giudice può tenere conto delle spese sostenute dal reo<sup>(239)</sup>.

Tale istituto rappresenta un utile strumento, pur se fondato su una sorta di principio di giustizia salomonica poco conforme ad esigenze di tassatività, che consente però al giudice di evitare il c.d. effetto strangolamento dell'impresa, cioè effetti sproporzionati in considerazione del principio per cui la confisca non deve punire, ma deve impedire esclusivamente che il reato costituisca uno strumento di illecito arricchimento.

Nella seconda pronuncia, relativa a un caso di pubblicità ingannevole tramite cataloghi inviati via posta a clienti anziani, i quali avevano poi effettivamente ordinato merci contro bonifici per un valore complessivo di circa 54 milioni di euro – di cui rispettivamente 32 milioni, 1,7 milioni e 670.000 euro circa confluiti sui conti delle tre società coinvolte nel processo penale celebratosi in Germania contro le persone fisiche che avevano commesso il fatto –, il *Bundesgerichtshof* ha affermato il principio secondo cui ciò che le società in questione avevano «ricavato dal fatto antigiuridico» non era stata semplicemente la *conclusione dei contratti*, ma anche le *somme effettivamente corrisposte dai clienti in esecuzione degli stessi*, somme che pertanto – nella misura in cui effettivamente erano pervenute alle varie società coinvolte – furono *integralmente sottoposte a confisca*. Nonostante i tentativi compiuti dalla prima sezione per negare l'esistenza di un contrasto con la precedente pronuncia della quinta sezione e per sottrarsi, conseguentemente, all'obbligo di sottoporre la questione alle sezioni unite del *Bundesgerichtshof*, le due sentenze appaiono, come osservato dalla dottrina tedesca, difficilmente conciliabili in quanto in questa seconda ipotesi si applica il criterio del lordo senza alcun correttivo e, quindi, senza tenere conto delle spese lecite sostenute per produrre la merce effettivamente spedita.

Emerge probabilmente la necessità, una volta accolto il *Bruttoprinzip*, di un intervento legislativo che stabilisca in quali casi applicare la clausola dell'onerosità o, comunque, se si vuole tenere conto delle esigenze di rispetto del principio di proporzione e della stessa natura non punitiva del *Verfall*, sarebbe necessario che il legislatore imponga la decurtazione delle spese lecite, evitando di affidarsi alla mera buona volontà dei giudici.

<sup>(238)</sup> WOLTERS, *op. cit.*, 84-85.

<sup>(239)</sup> *Ibidem*.

9. – Un'altra decisione indicativa del furore punitivo che talora invade la giurisprudenza nell'utilizzo della confisca contro gli enti riguarda la confisca prevista dall'art. 187 del d. lgs. n. 58/1998, che prevede la confisca speciale obbligatoria, e anche per equivalente, non solo del profitto, ma anche del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato (abuso di informazioni privilegiate – art. 184 t.u.f. – o di manipolazione del mercato – art. 185 t.u.f. –<sup>(240)</sup>); analoghi problemi si pongono per la confisca prevista dall'art. 187 *sexies*, commi 1 e 2 (che, in termini analoghi all'art. 187 t.u.f., disciplina la confisca in relazione agli illeciti amministrativi di abuso di mercato).

La confisca del profitto e cioè delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita<sup>(241)</sup> mantiene un carattere di riequilibrio economico, salva la rilevanza punitiva che assume laddove viene sottratta l'intera plusvalenza senza considerare oneri tributari e finanziari; la Suprema Corte è intervenuta ritenendo che il profitto del reato in questione dovrebbe essere considerato pari alla plusvalenza scaturente dall'operazione censurata *al netto delle imposte ma al lordo degli interessi passivi*<sup>(242)</sup>. Non si ritiene condivisibile l'opinione in base alla quale dovrebbe essere confiscabile soltanto il *quid pluris* che emergerebbe dal confronto tra la redditività dell'operazione borsistica e la redditività normale di un'analogo operazione depurata dai profili di illiceità<sup>(243)</sup>, perché in questo caso l'intera plusvalenza rappresenta il profitto del delitto, dell'abuso di informazioni o della manipolazione del mercato che ha reso l'operazione in borsa redditizia<sup>(244)</sup>, e non sono state realizzate spese lecite a favore della collettività (a parte il fatto che si finirebbe per pretendere una sorta di prova diabolica – il confronto tra la redditività dell'operazione borsistica e la redditività normale – fondata su ineludibili elementi ipotetici).

La confisca del prodotto consiste, invece, nella confisca degli strumenti

<sup>(240)</sup> Art. 187. 1. In caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è disposta la confisca del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo.

<sup>(241)</sup> La Suprema Corte ritiene che esso debba essere determinato al netto delle imposte pagate sulla plusvalenza ma al lordo dei costi connessi agli oneri finanziari (interessi passivi), Cass., 25.11.2008, n. 44032.

<sup>(242)</sup> Cass., 25.11.2008, n. 44032; Trib. Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, in *Corr. del merito*, 2008, 84, con nota di LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, 88 ss.; critico PERINI, *La progressiva estensione*, cit., 212, contesta che un'applicazione integrale del principio affermato dalle Sezioni Unite avrebbe dovuto condurre a riconoscere la confiscabilità della sola plusvalenza netta, riconoscendo l'incidenza non dei soli oneri fiscali ma, altresì, degli oneri finanziari; conforme AMATI, *La confisca nel sistema sanzionatorio degli abusi di mercato: aspetti problematici ed esigenze di riforma*, in *Giur. comm.*, 2013, 2, 217, in base alla considerazione che si tratta di reati in contratto.

<sup>(243)</sup> Cfr. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 131.

<sup>(244)</sup> Conforme PERINI, *La progressiva estensione*, cit., 212.

finanziari acquistati comportando la confisca sia del profitto sia della parte di patrimonio investita nell'acquisto, lo stesso risultato si realizza con la confisca dei beni utilizzati per commettere il reato e cioè dell'ammontare di capitale investito: in entrambi i casi la confisca assume un carattere assolutamente punitivo, rappresentando una vera e propria pena patrimoniale; carattere ancor più accentuato laddove si tratta della confisca di valore.

In relazione ai beni utilizzati per commettere l'illecito si deve osservare, in particolare, che laddove non si tratta di strumenti in sé pericolosi (come ad esempio un arma o il macchinario per produrre cartamoneta falsa), ma piuttosto di beni in sé di origine lecita e non pericolosi, la confisca riveste più che un carattere interdittivo o accanto ad un carattere interdittivo, un prevalente carattere afflittivo e, pertanto, dovrebbe essere valutato il suo impatto punitivo nella più generale opera di commisurazione della pena, se non si vuole violare il principio di proporzione. Emerge il timore che una simile «pena patrimoniale» rischi di violare i principi della materia penale, essendo il suo ammontare determinato dal caso concreto e non essendo commisurabile in base ai normali criteri previsti in materia, quali la gravità del fatto e, in particolare, la colpevolezza del reo; tali timori si accentuano ulteriormente in relazione alla confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato. In questo caso la confisca per equivalente perde del tutto la sua originale funzione; tale strumento è previsto in molti ordinamenti solo in relazione al profitto o al prodotto del reato, al fine di rendere vani i tentativi del reo di impedire la confisca di ciò che rappresenta un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dal reato, garantendo così che «il crimine non paga», e quindi la funzione della confisca del profitto. La confisca degli strumenti del reato dovrebbe, invece, normalmente assumere un carattere interdittivo, nel senso che si vuole sottrarre al reo la disponibilità dei mezzi indispensabili per consumare il crimine; laddove tali strumenti non sono più disponibili per il reo, la confisca degli stessi non sarà più necessaria e, invece, la confisca del valore corrispondente degli strumenti rappresenta esclusivamente una pena patrimoniale con funzione retributiva e di prevenzione generale.

La Suprema Corte ha recentemente superato simili obiezioni non negando tale natura punitiva della confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato, ma anzi riconoscendola e giustificandola per esigenze di prevenzione generale e tutela del mercato e dell'economia nazionale, sorvolando per il resto sulla censura di incostituzionalità avanzata dalla difesa per violazione del principio di proporzione laddove non è possibile graduare una simile pena (nel caso di specie la somma assoggettata a sequestro era costituita dall'equivalente non solo delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita, ma anche dell'ammontare del capitale investi-

to) <sup>(245)</sup>: «È correttamente disposto il sequestro preventivo – finalizzato alla confisca per equivalente – di una somma di denaro o di beni equivalenti all'intero patrimonio utilizzato per commettere il delitto di abuso di informazioni privilegiate sui mercati finanziari». «Sull'assunto della natura sostanzialmente conservativa del sequestro per equivalente in esame è basata anche l'eccezione di incostituzionalità del secondo comma dell'art. 187 D.Lgs. 58/1998, nella parte che consente la confisca, in funzione sanzionatoria, dell'equivalente dei beni strumentali utilizzati per la consumazione del reato, al di fuori di ogni possibilità di sua graduazione, di modo che a fronte della realizzazione di profitti di ammontare anche modesto è possibile il sequestro e la confisca di somme ingenti. L'argomento, ancorché suggestivo, è destituito di fondamento. Come si è già detto, infatti, non v'è dubbio alcuno che il sequestro per equivalente oggetto della presente disamina, adottato – si ripete – nel rigoroso rispetto della normativa vigente, sia preventivo, ed era stato disposto in presenza di tutti i presupposti necessari. L'eccezione di incostituzionalità proposta è pertanto manifestamente infondata, sia perché lo scopo della norma, che traspare con assoluta chiarezza dal suo dettato, è quello di impedire che operatori finanziari di pochi scrupoli e particolarmente qualificati, possano porre in essere avventure economiche che si traducono in turbative del mercato cui conseguirebbe corrispondente danno all'economia nazionale, risultato conseguibile solo sottraendo loro le risorse economiche relative, sia per la ragione che costituisce fuor d'opera parlare di rigidità della confisca, per ciò stesso asseritamente incostituzionale, in quanto l'entità del sequestro è determinata dallo stesso autore dell'illecito» <sup>(246)</sup>.

Gli stessi problemi si pongono in relazione alla confisca contemplata dall'art. 187 *sexies*, commi 1 e 2, del T.U. nella parte in cui impongono la confisca degli strumenti finanziari «movimentati» attraverso l'operazione compiuta in violazione dell'art. 187 *bis* (*insider trading*-illecito amministrativo), o del loro controvalore, senza consentire all'autorità amministrativa

<sup>(245)</sup> «Proprio in virtù della natura sanzionatoria della confisca per equivalente, ne appariva evidente l'iniquità per l'impossibilità di graduarne l'applicazione secondo la gravità del reato, di modo che poteva verificarsi che alla percezione di un profitto assai modesto potesse far seguito il sequestro di somme ingentissime, come era avvenuto nel caso di specie. Si imponeva perciò la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, escludendo dalla confisca l'equivalente delle somme investite, e limitandola solo alle plusvalenze realizzate; sul punto il ricorrente prospetta in subordine eccezione di incostituzionalità della norma di cui all'art. 187 comma secondo D.Lgs. 58/1998 nella parte in cui non esclude dalla confisca i beni strumentali utilizzati per commettere il reato».

<sup>(246)</sup> Cass., sez. V, 13.3.(16.7.)2012, n. 28486, in *Giur. comm.*, 2013, II, 210, con nota di AMATI, *La confisca nel sistema sanzionatorio degli abusi di mercato: aspetti problematici ed esigenze di riforma*. Cfr. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita*, cit., 173.

prima, e al giudice investito dell'opposizione poi, di graduare la misura in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa.

Proprio in relazione a tale ultima fattispecie è stata mossa per ben due volte la questione di legittimità costituzionale per contrasto tanto con l'art. 3 Cost. per la palese *irragionevolezza* della sanzione in tal modo comminata, quanto con l'art. 27 Cost., per violazione del principio di *proporzionalità*, da reputare riferibile anche alle sanzioni amministrative. Sotto il primo profilo si contesta il carattere obbligatorio della confisca dei beni utilizzati per commettere l'illecito, che comporta un regime più severo per gli illeciti amministrativi di abuso di mercato rispetto a quello previsto per i corrispondenti delitti (ove solo nell'art. 187 *sexies* del d. lgs. n. 58 del 1998, e non anche nel precedente art. 187, si prevede che la confisca debba essere «sempre» disposta); si prevede come obbligatoria la confisca dei beni strumentali in rapporto a semplici illeciti amministrativi, quando invece le cose utilizzate per commettere i reati sono soggette, in via generale, a confisca solo facoltativa, ai sensi dell'art. 240 c.p. In relazione ad entrambe le censure di incostituzionalità, poi, il giudice remittente osserva che, in assenza di limiti prestabiliti, il divario fra il valore del profitto (che può essere «non particolarmente ingente») e quello dei mezzi economici utilizzati (e, dunque, di valori da confiscare obbligatoriamente) potrebbe essere notevolmente ampio<sup>(247)</sup>. L'abuso verrebbe realizzato, di regola, tramite l'impiego di valori economici molto superiori, privi di un rapporto di «proporzionalità» con la

<sup>(247)</sup> Corte di Appello di Torino, sez. I civile, ordinanza del 5.10.2010: «Operazioni di abuso di informazioni privilegiate o di manipolazione del mercato produttive di profitti assai ridotti (o – si potrebbe aggiungere – di nessun profitto, se non addirittura risoltesi in perdita a causa di fattori sopravvenuti) e in rapporto alle quali venga inflitta, per queste o altre ragioni, una sanzione amministrativa pecuniaria prossima ai minimi edittali, potrebbero dare luogo alla confisca obbligatoria di beni per un valore elevatissimo – posseduti in modo pienamente legittimo dall'agente (o dall'ente nel cui interesse o a cui vantaggio l'illecito è stato commesso) – solo perché estremamente ingente è stato l'importo dell'«investimento» operato». 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 App. Milano, 11.2.2009, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 3, 605, con nota di CHIARAVIGLIO, *La natura sanzionatoria della confisca per equivalente: quali gli effetti?*; Corte App. Milano, 30.1.2009, in *Foro Ambr.*, 2009, I, 88. Per altri riferimenti giurisprudenziali si veda DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2011, I, 2433). Nel senso della natura sostanzialmente «penale» dell'ipotesi di confisca in questione, SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 12; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali*, cit., 131; MUCCIARELLI, *Art. 187 - Confisca*, cit., 2421, il quale peraltro sottolinea come «tutte le volte nelle quali è prevista la confisca per valore, l'istituto ha natura di sanzione». Quanto all'ipotesi di confisca di cui all'art. 187 *sexies*, sottolinea la «funzione in senso punitivo» della di-

gravità della violazione, anzi si precisa che proprio perché i profitti di borsa conseguono alle variazioni marginali dei prezzi degli strumenti finanziari negoziati, l'utile illecito corrisponde solo ad una frazione assai esigua dei valori investiti nell'operazione; né, d'altra parte – secondo la Corte remittente – si potrebbe ritenere che detti valori abbiano un significato negativo intrinseco, in termini di prevenzione generale o speciale, tale da renderli meritevoli di ablazione per il solo fatto di trovarsi nel patrimonio e nella disponibilità del responsabile della violazione. «La confisca dei valori considerati, o del loro equivalente, si tradurrebbe, pertanto, in una vera e propria sanzione, che, affiancandosi alla sanzione amministrativa pecuniaria, non può, tuttavia, a differenza di questa, essere graduata in rapporto alla gravità in concreto dell'illecito commesso»<sup>(248)</sup>.

La censura di incostituzionalità attiene esclusivamente, quindi, alla confisca dei beni utilizzati e non alla confisca del profitto. «Secondo le espresse affermazioni della Corte torinese, infatti, la previsione della confisca obbligatoria, anche per equivalente, del profitto non genererebbe alcuna perplessità di ordine costituzionale, riferendosi il denunciato *vulnus* ai soli «valori [...] impiegati per commettere l'operazione inquinata dall'abuso informativo», non legati da un rapporto proporzionale predefinito col primo»; «la pronuncia richiesta dal giudice *a quo* dovrebbe riguardare gli «strumenti finanziari movimentati» nei limiti in cui il relativo valore rifletta quello dei beni impiegati nell'operazione, con esclusione della parte di esso corrispondente alla plusvalenza realizzata». Anche se la Corte Costituzionale osserva che in realtà gli strumenti finanziari acquisiti sfruttando l'informazione privilegiata non rientrerebbero tra i beni utilizzati per commettere l'illecito, trattandosi, semmai, del «prodotto» di esso e proprio in tale qualità essendo stati confiscati per equivalente dalla CONSOB nel caso di specie<sup>(249)</sup>.

La prima volta la Corte Costituzionale ha ritenuto l'eccezione inammissibile per oscurità e indeterminatezza del *petitum*, non essendo chiaro quale tipo di intervento fosse richiesto alla Corte Costituzionale<sup>(250)</sup>; la se-

sposizione FRATINI, *Art. 187-sexies - Confisca*, in FRATINI-GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, III, Torino, 2012, 2533.

<sup>(248)</sup> Corte di Appello di Torino, ordinanza del 27.1.2012.

<sup>(249)</sup> Corte Cost., 5.11.2012 (dep. 15.11.2012), n. 252, § 3. Cfr. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione* - Nota a Corte Costituzionale (sent.), ud. 5.11.2012 (dep. 15.11.2012), n. 252, in *Diritto penale contemporaneo - Riv. trim.*, 2013, III, 151.

<sup>(250)</sup> Corte Cost., 10.6.2011, n. 186, in *Giur. cost.*, 2011, 2411 e in *Cass. pen.*, 2012, 89 s., con nota di PETRONI, *La confisca negli abusi di mercato: profili di (il)legittimità costituzionale*; cfr. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, 11 s., in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011.

conda volta <sup>(251)</sup> la Corte Costituzionale rigetta nuovamente la questione in quanto la pronuncia invocata esorbiterebbe i poteri della Corte stessa, richiedendosi un intervento creativo, e cioè una pronuncia additivo-manipolativa, che – in surroga dell'attuale obbligo di confisca integrale, anche per equivalente, previsto dalla norma censurata – riconosca all'autorità amministrativa (in sede di irrogazione) e al giudice (nell'ambito del giudizio di opposizione) il potere di «graduare» la misura «in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa». Infatti, si precisa nella decisione, «la confisca – sia penale che amministrativa – è sempre e soltanto una misura fissa»; nel nostro ordinamento l'alternativa al regime dell'obbligatorietà è quella della facoltatività. La Corte torinese «chiede, invece, di introdurre un innovativo “terzo regime”, a carattere intermedio (la “graduabilità”), a fronte del quale la discrezionalità amministrativa o giudiziale si esplicherebbe in relazione al *quantum*: la CONSOB e il giudice dell'opposizione stabilirebbero, infatti, per quale parte i predetti strumenti finanziari, o il relativo controvalore, debbano essere assoggettati alla misura ablativa, sulla base del parametro costituito dalla gravità in concreto della violazione». «Per questo verso, l'intervento richiesto assume, dunque, il carattere di una “novità di sistema”: circostanza che lo colloca al di fuori dell'area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore» <sup>(252)</sup>.

In tale settore si registra, infatti, una «curva evolutiva delle pene criminali principali» verso «un inarrestabile moto ascensionale» fino a mostrare una «muscolarità iperprotezionistica» <sup>(253)</sup>, nell'ambito del quale la confisca assume un peso decisivo trattandosi, appunto, di una pena patrimoniale non commisurabile, irrazionale e sproporzionata, che dovrebbe essere abrogata.

In un'ottica riformatrice, peraltro, la stessa Consob suggerisce di limitare la confisca di cui all'art. 187 *sexies* al solo «profitto» riveniente dall'illecito, eliminando la confisca dei «beni utilizzati per commetterlo» <sup>(254)</sup>, che assume un evidente carattere punitivo che, anche volendo, sarebbe difficilmente commisurabile ai normali parametri di commisurazione della san-

<sup>(251)</sup> Corte Cost. n. 252/2012, cit., § 4.

<sup>(252)</sup> Corte Cost. n. 252/2012, cit., § 4, la quale cita sulla inammissibilità delle questioni che sollecitano interventi «creativi» della Corte, la sentenza n. 33 del 2007, e le ordinanze n. 77 del 2010, n. 243 del 2009 e n. 83 del 2007.

<sup>(253)</sup> NAPOLEONI, *L'insider trading*, in SANTORIELLO (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, I, Torino, Giappichelli, 2008, 740 s.; AMATI, *La confisca nel sistema sanzionatorio degli abusi di mercato*, cit., 224; MENARDO, *Sulla confisca del capitale impiegato nell'abuso di informazioni privilegiate*, in *Giur. it.*, 2013, 1182.

<sup>(254)</sup> Relazione Consob per l'anno 2010, 53, in *www.consob.it*.

zione e, quindi, riconducibile al rispetto dei principi della materia penale, a partire dal principio di proporzionalità e di colpevolezza.

10. – Parte della dottrina nega l'applicabilità della confisca *ex art.* 19, d. lgs. 231/2001, in caso di patteggiamento in considerazione dell'art. 63 del *decr.* e del fatto che l'art. 445 prevede espressamente l'applicazione in caso di patteggiamento solo della confisca obbligatoria prevista dall'art. 240, comma 2, c.p., che in ogni caso è obbligatoria solo in relazione alla confisca del prezzo e non del profitto; in difetto di indicazioni normative espresse proprio il richiamo effettuato alla disciplina generale sul patteggiamento conforterebbe questa soluzione. Il tenore letterale dell'art. 19 non consentirebbe al giudice di applicare la confisca in questione in sede di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., in quanto la norma menziona unicamente la sentenza di condanna e alla sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. non può riconoscersi natura di sentenza di condanna, se non attraverso un'interpretazione estensiva *in malam partem*. Si precisa, infine, che nelle ipotesi in cui il legislatore ha voluto equiparare – ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale della confisca – la sentenza di condanna a quella di applicazione della pena, lo ha fatto espressamente, così come, ad esempio, nell'art. 322 *ter* c.p. <sup>(255)</sup>.

Per contro si contesta che una simile soluzione renderebbe inoperativa la confisca nel caso di patteggiamento laddove, come esaminato, la disciplina in esame consente di applicare la confisca anche in caso di sentenza assolutoria; si tratterebbe di un'evidente incongruenza <sup>(256)</sup>, ferma restando l'opportunità di un intervento legislativo chiarificatore perlomeno per esigenze di tassatività proprio in considerazione della circostanza che in talune ipotesi l'applicazione della confisca in caso di patteggiamento è espressamente prevista.

La questione viene risolta dalla Suprema Corte consentendo l'applicazione della confisca *ex art.* 19, anche nella forma per equivalente, nell'ipotesi di patteggiamento, pur in mancanza di espressa previsione <sup>(257)</sup> in quanto la sentenza di applicazione della pena su richiesta, a norma dell'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p., «salve diverse disposizioni di legge, è equiparata a una

<sup>(255)</sup> AMATO, *La confisca per «equivalente» del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2009, 3, 147; BRICCHETTI, *La confisca*, cit., 9; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, cit., 866 ss.; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., 31.

<sup>(256)</sup> Cfr. in tale direzione BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità*, cit., 304; FUSCO, *op. cit.*, 63; CERQUA, *L'applicazione della sanzione su richiesta: profili sistematici*, in *Giur. Mer.*, 2007, 2694.

<sup>(257)</sup> Cass., sez. II, 4.2.2011, n. 20046.

pronuncia di condanna»<sup>(258)</sup>: «*in considerazione della natura della sentenza in questione, e in assenza di diverse disposizioni di legge in materia, ben può affermarsi che il termine "condanna" sta – nella norma citata – a indicare, con formula ellittica, sia la sentenza di condanna in senso stretto sia quella con la quale sia stata applicata la pena su richiesta ex art. 444 c.p.p.*». Il riferimento alla sentenza di condanna contenuto nell'art. 19 viene così interpretato in maniera compatibile con il patteggiamento, accogliendo un'interpretazione che, sotto un profilo sistematico, meglio si concilia con la disciplina della confisca nel decreto n. 231/2001.

Non sembra, del resto, rilevante il problema avanzato in dottrina circa l'impossibilità di diminuire l'ammontare della confisca nell'ambito dell'accordo poiché l'art. 63, comma 2, d.lgs. 231/2001, prevede la possibilità di ridurre la pena ex art. 444, comma 1, c.p. solo in relazione all'ammontare delle sanzioni pecuniarie e alla durata delle sanzioni interdittive, anche se, si afferma in dottrina, pure la confisca ex art. 19 è una sanzione principale che dovrebbe essere oggetto del patteggiamento. In realtà la confisca in esame, come già precisato, assume comunque una natura non punitiva ma di mero riequilibrio economico, che rende assolutamente coerente la sua applicazione anche in caso di patteggiamento e la sottrazione della sua applicazione ad un accordo, nonché l'impossibilità di diminuirne l'ammontare, trattandosi appunto di garantire la sottrazione del profitto del reato, di qualcosa che il reo non ha diritto a detenere perché acquisito illecitamente.

La Suprema Corte, infatti, ritiene del tutto irrilevante la circostanza che la confisca non avesse formato oggetto dell'accordo tra le parti, «*essendo certa la determinazione dei beni profitto da reato destinati all'ablazione. Trattasi poi di confisca obbligatoria, e quindi di un atto dovuto per il giudice, sottratto alla disponibilità delle parti, e di cui l'imputato deve comunque tenere conto nell'operare la scelta del "patteggiamento"*»<sup>(259)</sup>.

«Ne consegue che la confisca disciplinata dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 19 è sicuramente applicabile anche in caso di "patteggiamento" (cfr., in tal senso, Cass., sez. VI, sent. n. 35802/2008, Rv. 241376)»<sup>(260)</sup>.

Può essere, allora, solo in parte accolta la posizione assunta dalla Suprema Corte laddove ha affermato che il giudice non può accogliere la richiesta di applicazione della pena se l'accordo intervenuto tra le parti non comprenda anche l'oggetto della confisca prevista per il reato cui il patteggia-

<sup>(258)</sup> Cass., sez. un., 29.11.2005, n. 17781, Diop e n. 17782, Duduman.

<sup>(259)</sup> Cfr. in argomento BELTRANI, *Confisca del profitto del reato e patteggiamento* (commento a Cass. Pen., sez. II, 4.2.-20.5.2011, n. 20046), in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 165.

<sup>(260)</sup> Cass., sez. II, 4.2.2011, n. 20046.

mento si riferisce o comunque non consenta la determinazione certa dei beni destinati all'ablazione<sup>(261)</sup>, nel senso che può essere accolta solo laddove, come osservato in dottrina, «vista la disgiuntiva che lega le due alternative delineate dalla Corte», si possa ritenere che, ai fini dell'applicazione della confisca in caso di sentenza ex artt. 444 e seguenti, non sia necessario un accordo fra le parti sul punto, a condizione che il giudice, sulla base degli atti a sua disposizione, possa *ex officio* tracciare esattamente il perimetro del profitto confiscabile, anche per valore equivalente, giacché l'individuazione specifica di ciò che va confiscato costituisce presupposto strutturale di ogni provvedimento ablativo<sup>(262)</sup>. Laddove il profitto «non sia certo o di immediata evidenza», considerando che la determinazione del profitto confiscabile presenta elementi di complessità, in relazione ai quali giudice può non avere a disposizione elementi sufficienti per determinarlo in sede di patteggiamento, l'unica soluzione è quella di respingere il patteggiamento proprio in considerazione dell'impossibilità di determinare il profitto da confiscare obbligatoriamente.

A tal proposito si deve precisare, infatti, che poiché la confisca non incide su un diritto o un bene giuridico del reo, nel senso che non comporta una *deminutio patrimonii* ma semplicemente la sottrazione di quanto non si ha diritto a detenere – il profitto del reato –, si deve ritenere che l'ammontare da confiscare non può essere oggetto di una trattativa, ma si potrebbe al limite introdurre nel nostro ordinamento la clausola dell'onerosità, richiesta del resto da ultimo nella Direttiva in materia di confisca, nella versione approvata dal Parlamento, al considerando n. 18, in accoglimento di un emendamento proposto dalla Commissione LIBE<sup>(263)</sup>.

<sup>(261)</sup> Cass., sez. VI, 11.3.2010, n. 12508, Rv. 246731, in *Cass. Pen.*, 2011, 2661, con nota di FABBRETTI, *Patteggiamento e confisca: la corte estende l'oggetto dell'accordo tra le parti*, la quale ritiene che a tal fine si può valorizzare anche in materia di misura di sicurezza, il vaglio del giudice fondato sul criterio – per vero assai generico – della congruità, e parla, alla luce della sentenza annotata, di vero e proprio obbligo delle parti del patteggiamento di formulare una proposta congiunta anche sullo strumento ablativo.

<sup>(262)</sup> Cass., sez. II, 4.2.2011, n. 20046, già sopra ricordata, nella motivazione della quale si è chiarito che, nel caso di specie, risultava «*certa la determinazione dei beni profitto da reato destinati all'ablazione*», richiamando sul punto proprio il proprio precedente arresto n. 12508/2010; BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile*, cit., 175.

<sup>(263)</sup> «*When implementing this Directive, Member States may provide that, in exceptional circumstances, confiscation should not be ordered, insofar as it would, in accordance with national law, represent undue hardship for the affected person, on the basis of the circumstances of the respective individual case which should be decisive. Member States should make a very restricted use of this possibility, and should only be allowed to provide that confiscation is not to be ordered in cases where it would put the person concerned in a situation in which it would be very difficult for him to survive*». Cfr. MAUGERI, *L'Actio in rem*, cit., 291.

11. – L'art. 17 disciplina il caso in cui l'azienda coinvolta opera una sorta di ravvedimento operoso in corso di causa allo scopo di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, subordinando la mancata applicazione di tali sanzioni alla realizzazione, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, di tre condizioni (risarcimento del danno o eliminazione delle conseguenze, eliminazione delle carenze organizzative), tra cui la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca: «[...] le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima dell'apertura del dibattimento [...] l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca». La Suprema Corte sottolinea, innanzitutto, che le tre condizioni devono concorrere, come si desume dall'espressione utilizzata nell'art. 17 (lo stesso ai fini della revoca delle misure cautelari, rinviando l'art. 50 all'art. 17) <sup>(264)</sup>; si tratta, infatti, di tre autonomi comportamenti da cui desumere l'effettiva volontà di riparare le conseguenze derivanti dalla consumazione del reato e, soprattutto, il ravvedimento dell'ente in chiave di prevenzione speciale attraverso l'introduzione o l'adeguamento di idonei modelli organizzativi al fine di prevenire futuri reati, o meglio al fine di prevenire quelle spinte criminogene o quei gap organizzativi che stanno alla base della consumazione di reati in una realtà organizzativa complessa. La restituzione del profitto illecito, insieme ai comportamenti volti a risarcire il danno o eliminare le conseguenze dannose dell'illecito, viene così valorizzata come strumento di *riparazione (Reparation)* da parte dell'ente, in un'ottica nuova in cui la sanzione si deve inserire in un meccanismo socialmente costruttivo di superamento del conflitto sociale provocato dal fatto illecito; un'ottica decisamente specialpreventiva, funzione espressamente riconosciuta dalla Suprema Corte a tale istituto <sup>(265)</sup>, volta ad attivare comportamenti «*funzionali al conseguimento di risultati utili per la tutela dei beni tutelati*». In particolare, poi, nella relazione al d. lgs. n. 231/2001 la restituzione del profitto viene giustificata in considerazione del fatto che proprio il profitto rappresenta «il movente che ispira la consumazione dei reati» <sup>(266)</sup>.

<sup>(264)</sup> Cass., sez. VI, 2.2.2012, n. 6248: «8. È stato affermato che dette condizioni devono peraltro necessariamente concorrere sia al fine di evitare la stessa applicazione delle sanzioni interdittive, che per giustificare la revoca. Con riguardo alla non applicazione, ciò si desume chiaramente dall'espressione "concorrono" usata nell'art. 17, comma 1; con riferimento alla revoca delle misure interdittive già applicate, la necessaria concorrenza di tutte le condizioni è ugualmente desumibile dal riferimento "cumulativo" dell'art. 50 "alle ipotesi" previste dall'art. 17».

<sup>(265)</sup> Cass., sez. II, 15.12.2011, n. 10822.

<sup>(266)</sup> *Relazione schema di d.p.r., op. cit.*, 23. Cfr. Trib. Monza, 3.9.2012, in *www.dejure.it*, per un caso in cui non si applicano le sanzioni interdittive non solo perché «non sussistono le

In considerazione della *ratio* di prevenzione speciale che anima l'istituto in esame suscita non poche perplessità un recente orientamento della Suprema Corte in base al quale la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca non possa essere realizzata con la messa a disposizione dell'equivalente <sup>(267)</sup>.

La Corte ritiene che «In tema di responsabilità da reato degli enti, la messa a disposizione del profitto del reato, per risultare eventualmente ostativa all'emissione di una misura cautelare interdittiva nei confronti della persona giuridica, deve avere ad oggetto i beni direttamente percepiti da quest'ultima a seguito della consumazione del reato e non il loro equivalente, ovvero i beni che costituiscono il reimpiego del profitto originariamente conseguito».

La Corte osserva che la nozione di profitto deve intendersi in modo rigoroso quale vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale e quindi non poteva considerarsi misura riparatoria e adeguata la messa a disposizione del compendio immobiliare realizzato in parte con l'acquisizione fraudolenta del contributo statale, «perché il profitto è costituito dal denaro indebitamente percepito e solo mettendo a disposizione il denaro poteva ritenersi realizzata la prima delle condizioni anzidette, e non già offrendo il bene che rappresenta l'impiego del profitto stesso» <sup>(268)</sup>.

Tali argomenti della Suprema Corte appaiono piuttosto deboli in quanto viene violata la *ratio* della misura in esame che è quella di favorire in qualunque modo l'ablazione del profitto, innanzitutto, e la specialprevenzione in termini di rieducazione dell'ente, inducendolo a comportamenti che esprimano il riacquistato rispetto per i valori violati, nonché l'applicazione del principio del *favor rei*.

Ciò che piuttosto sembra corretto nell'atteggiamento della Suprema Corte è la prudenza nel verificare l'effettiva congruenza tra i beni messi a disposizione e l'originario profitto confiscabile, nonché la verifica dell'effettiva impossibilità di restituire l'originario profitto in applicazione del

condizioni di cui all'art. 13, non essendo stata provata la rilevante entità del profitto conseguito né la reiterazione degli illeciti», ma vieppiù perché «l'ente ha provato di avere risarcito integralmente il danno alle persone offese prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, realizzando una delle condizioni ostative all'applicazione di misure interdittive ai sensi dell'art. 17». L'indirizzo seguito dalla Procura di Milano per ritenere soddisfatto questo requisito (accanto agli altri due previsti dalla norma) è quello di richiedere l'apertura di una fidejussione bancaria dell'importo complessivo della somma indicata nel capo di imputazione come profitto da confiscare (così in un procedimento pendente di fronte al Tribunale di Milano, sez. I, per un'ipotesi di truffa aggravata).

<sup>(267)</sup> Cass., sez. VI, 22.6.2010, n. 27760, P. e altro; Cass., sez. VI, 1 ottobre 2009, n. 40749, Rv. 244850; Cass. 2.2.2012, n. 6248.

<sup>(268)</sup> Cass., 2.2.2012, n. 6248.

principio, espressamente menzionato dalla Corte, «risultante dall'art. 19 del citato decreto legislativo secondo cui la confisca del prezzo o del profitto del reato (nel caso, il denaro) ha un carattere prioritario e indispensabile, tanto che può essere disposta la confisca per equivalente solo se non sia possibile eseguire la misura patrimoniale sul prezzo o sul profitto»).

12. – L'attenzione riservata dal legislatore del d. lgs. n. 231/2001 alla confisca del profitto del reato si inserisce, come esaminato, in una più ampia presa di coscienza del legislatore europeo e internazionale sull'importanza di tale strumento nella lotta contro la criminalità economica, colpendo l'ente nel fine primario del suo agire criminale, impedendogli di conseguire il profitto illecito; se si consentisse all'ente di conservare il profitto del reato la minaccia della sanzione perderebbe, perlomeno in parte, la sua capacità deterrente e in termini di analisi costi-benefici il crimine potrebbe risultare ancora vantaggioso, nonostante l'applicazione della pena pecuniaria (e interdittiva) prevista per il reato consumato, pena che potrebbe essere ricondotta dall'ente a un costo calcolabile, magari da trasferire sul cliente<sup>(269)</sup>. La confisca del profitto, inoltre, garantendo l'applicazione del principio che il crimine non paga, soddisfa una primaria esigenza di giustizia, assicurando che il crimine non diventi una fonte di arricchimento, in conformità all'art. 42 Cost. che limita la garanzia costituzionale della proprietà alle forme di esercizio di tale diritto volte al perseguimento di una «funzione sociale» e sancisce l'obbligo del legislatore di stabilire i *limiti* della proprietà privata al fine di garantire tale funzione. La commissione di un reato costituisce un uso del diritto di proprietà non conforme alla sua «funzione sociale» e tale, quindi, da giustificare la perdita. Non solo, ma la garanzia costituzionale della proprietà non si può estendere al prodotto, al profitto, o al prezzo del reato, perché l'art. 42 della Costituzione stabilisce che i modi di acquisto della proprietà devono essere legislativamente prefissati, e nel nostro ordinamento il reato non viene riconosciuto come «modo di acquisto» di tale diritto<sup>(270)</sup>.

Anche nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata la confisca contro gli enti assume un particolare rilievo per perseguire la finalità di incapacitazione dell'organizzazione criminale o di lotta contro l'infiltrazione criminale nell'economia. Laddove la confisca viene configurata come una tipologia sanzionatoria direttamente applicabile alla persona giuridica, essa

<sup>(269)</sup> Cfr. EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 21.

<sup>(270)</sup> MAUGERI, *op. cit.*, 669.

rappresenta l'interessante espressione di un sistema punitivo che in un'ottica di prevenzione generale, ai fini di un'efficace lotta contro la criminalità organizzata, deve responsabilizzare la persona giuridica, in quanto la persecuzione di carattere personale, finisce per «trascurare... l'ambito complessivo delle cointeressenze che gravitano sull'ente e che dalla violazione di determinate regole traggono vantaggio», e «non si comprende perché l'investimento economico attuato attraverso lo strumento della persona giuridica dovrebbe essere reso sostanzialmente immune dal rischio inerente alle attività illecite realizzate dall'ente»<sup>(271)</sup>; non solo ma concentrare la lotta contro l'infiltrazione nell'economia della criminalità sulla persona fisica, rischia di essere scarsamente efficace in termini di prevenzione generale, in quanto si consentirebbe alle organizzazioni criminali di continuare ad operare attraverso la persona giuridica, sacrificando, quali capri espiatori, le singole persone fisiche e i loro patrimoni personali. Anzi in termini di prevenzione generale si è giustamente individuato nelle misure contro le persone giuridiche un forte stimolo al controllo sulla liceità delle iniziative economiche da parte di categorie, come soci di minoranza o sindacati, i quali non trarrebbero significativi vantaggi dagli illeciti, ma sono interessati al «buon andamento» dell'impresa<sup>(272)</sup>. Ciò è tanto più vero quanto più si evidenzia il carattere autonomo della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001<sup>(273)</sup>.

Nonostante tali considerazioni circa la necessità e l'opportunità dell'impiego della confisca del profitto nei confronti degli enti responsabili di reati, l'esame della prassi applicativa fa emergere non pochi timori per l'eccessiva disinvoltura con cui la giurisprudenza rischia di utilizzare tale strumento, pur indispensabile per neutralizzare la criminalità d'impresa e più in generale la criminalità economica, in violazione dei principi della materia penale.

Come emerge dall'analisi compiuta la giurisprudenza finisce spesso per trasformare la confisca del profitto, che dovrebbe rimanere, anche laddove prevista come sanzione autonoma *ex art.* 19 del d. lgs. n. 231/2001, uno strumento di riequilibrio economico privo di autentico carattere afflittivo, – anche se non scevro da finalità di prevenzione generale e speciale –, in una vera e propria «pena patrimoniale» che non sottrae il profitto derivante dal reato, ma piuttosto è commisurata a tale profitto, oppure comporta

<sup>(271)</sup> Così EUSEBI, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica*, in questa *Rivista*, 1995, 751.

<sup>(272)</sup> *Ibidem.*

<sup>(273)</sup> Sul carattere autonomo della responsabilità degli enti Cass., sez. V, 4.4.2013, n. 20060.

l'ablazione di beni legittimamente posseduti: come quando la confisca per equivalente viene applicata per intero a ciascuno dei concorrenti o al concorrente che non ha percepito il profitto, o la confisca, in particolare «di valore», viene utilizzata per sottrarre beni di valore corrispondente al danno risarcibile, a risparmi di spese non determinabili, a vantaggi futuri, o comunque laddove si applica la confisca del profitto a reati che non hanno prodotto alcun beneficio aggiunto di tipo patrimoniale nel caso di specie (ad esempio in materia di falso in bilancio); come quando si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario o si ritiene applicabile anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo; o come quando la confisca degli strumenti del reato viene applicata agli strumenti finanziari utilizzati per le manipolazioni di mercato (art. 187 del d. lgs. n. 58/1998).

In questi casi, come evidenziato, si viola il principio di legalità laddove si applica la confisca in casi non previsti e disciplinati dal legislatore, in mancanza di un «profitto» o considerando profitto ciò che non è tale (ad esempio il danno risarcibile); si finisce per violare il principio di colpevolezza, perché se la confisca di beni acquista carattere punitivo dovrebbe rientrare nella più ampia commisurazione della pena alla colpevolezza per il fatto; si viola il principio di proporzione perché la confisca-pena, che si cumula con le altre pene previste, rischia di determinare un sacrificio non proporzionato. Il tutto aggravato dagli effetti perversi per l'economia che può suscitare tale uso disinvolto della confisca nei confronti di enti, che pur essendo occasionalmente responsabili per dei reati, operano normalmente sul mercato in un contesto geneticamente sano e in maniera lecita; tanto è vero che proprio in questo settore è emerso in Italia il dibattito sull'applicazione del principio del lordo o del netto nella determinazione del profitto confiscabile, trattandosi spesso di reati consumati nello svolgimento di attività economiche lecite.

La pretesa, poi, di rendere «commisurabile» la «pena» della confisca, – come emerge dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti della confisca *ex art. 187 ter* del d. lgs. n. 58/1998, una forma di confisca che sicuramente assume carattere punitivo –, rende palese l'illusione in cui cade la giurisprudenza che vuole utilizzare come pena uno strumento rigido come la confisca. Come esaminato, la pena prevista dall'art. 187 *ter* T.U.F. diventa arbitraria e sproporzionata laddove la sua misura è determinata dal valore degli strumenti finanziari utilizzati per la consumazione del reato, indipendentemente dalla gravità del reato e dalla colpevolezza del reo (nonché dal profitto conseguito).

Se si dovesse utilizzare la confisca dei beni come pena si dovrebbe ri-

spettare, poi, l'art. 23 della Costituzione, che stabilisce che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» e, quindi, se non si vuole svuotare di contenuto tale norma, è chiaro che il legislatore deve anche predeterminare la misura della prestazione patrimoniale.

È emblematico l'esempio della *Vermögensstrafe*, § 43a StGB, dichiarata incostituzionale dalla sentenza del *BverfGE* 105, 135, proprio in quanto pena patrimoniale commisurata all'entità, peraltro da valutare, del patrimonio del reo, piuttosto che ai normali indici di commisurazione della pena – a partire dalla colpevolezza espressa nel fatto di reato (il cumulo, poi, di pena detentiva non sospensibile e di pena patrimoniale sembrava in contrasto con il principio di colpevolezza per il singolo fatto <sup>(274)</sup>) –, in contrasto con il principio di tassatività (art. 103, comma 2, GG), che richiede che sia chiaramente determinata la cornice edittale della pena <sup>(275)</sup>; era stabilita solo la soglia superiore, il valore del patrimonio che poteva essere oggetto di apprezzamento giudiziale, attribuendo al giudice il ruolo di creatore del diritto <sup>(276)</sup>. Anche in relazione al *criminal forfeiture* è stata contestata la violazione dell'ottavo emendamento, che vieta le pene «inusuali» e «crudeli» <sup>(277)</sup>, non tanto in riferimento alla confisca dei proventi del reato, che non viene considerata «pena» dalla giurisprudenza e quindi non sottostà all'ottavo emendamento, ma in relazione alla confisca dei beni che hanno facilitato o permesso di esercitare un'influenza sull'impresa illecita, che invece deve rispettare il principio di proporzione <sup>(278)</sup>. Anche nell'ordinamento francese che conosce la *confiscation* parziale o totale dei beni del condannato (*La confiscation de tout ou partie des biens du condamné*) come pena com-

<sup>(274)</sup> Cfr. KÖHLER-BECK, *Gerechte Geldstrafe statt Konfiskatorischer Vermögenssanktionen*, in *Juristenzeitung*, 1991, 797 ss.

<sup>(275)</sup> Cfr. BGH, 15.11.2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), § 74 ss. - 87.

<sup>(276)</sup> Cfr. MEYER, *Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1990, 86; MITSCH, *Die Vermögensstrafe*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1994, 431; cfr. LG BAD Kreuznach, *Urt. v. 10 settembre 1993 - 3 Js 5877/93 KLs*, in *StV*, 1994, 140.

<sup>(277)</sup> Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 710 ss. Una pena è considerata crudele qualora sia eccessivamente sproporzionata, tale da sembrare ingiustificatamente severa; mentre una sanzione è inusuale quando è talmente originale da non garantire che venga accettata da parte dei cittadini o, comunque, considerata aderente alla concezione prevalente della «giusta punizione», cfr. NEVARES-MUNIZ, *The eighth amendment revisited: a model of weighted punishments*, in *Jour. Crim. L. & Crimin.*, 1984, I, 272 ss.; VAN CLEAVE, «Death is different», is money different? *Criminal punishments, forfeitures, and punitive damages. Shifting constitutional paradigms for assessing proportionality*, in *Southern California Interd. Law Journ.*, 2003, 12, 217, 245 ss.

<sup>(278)</sup> *United States Court of Appeals for the Eighth Circuit 108 F.3d853, United States v. Alexander, Plaintiff - Appellee, v. Ferris Alexander, Defendant-Appellant*, N. 90-5417, *Certiorari denied* October 6, 1997, in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, IV, 1998. Cfr. VAN CLEAVE, *op. cit.*, 217.

plementare (ad esempio art. 324-7 modificato dalla LOI n°2013-907), anche contro gli enti (art. 131-39), emerge la difficoltà di garantire la personalizzazione, o meglio l'individualizzazione laddove si riferisce alle persone giuridiche<sup>(279)</sup>, di una simile pena ai sensi dell'art. 132-24 del *Code pénal*<sup>(280)</sup>; il legislatore francese stabilisce i criteri che dovrebbero presiedere la decisione del giudice circa l'*an* dell'applicazione della confisca, ma non disciplina, però, in alcun modo la possibilità di commisurare il *quantum* della confisca<sup>(281)</sup> (nell'ordinamento francese emerge, del resto, una notevole discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, ci si affida all'*indulgence du juge*<sup>(282)</sup>).

In conclusione non si può non auspicare, innanzitutto, un uso oculato di questo strumento fondamentale ma delicato, rappresentato dalla confisca del profitto nell'ambito della responsabilità da reato degli enti, che dovrebbe essere ricondotto nei suoi limiti funzionali senza attribuirgli pericolose finalità punitive e senza, soprattutto, strumentalizzarne la presunta finalità punitiva per un uso spregiudicato in violazione del principio di legalità; nonché un opportuno intervento legislativo che chiarisca i limiti del profitto confiscabile e preveda tassativamente quando i risparmi di spesa siano confiscabili, e, infine, la delimitazione dell'uso della confisca degli strumenti per concrete finalità interdittive. In questa logica è auspicabile l'introduzione nell'ordinamento italiano di una clausola dell'onerosità, sul modello di quella tedesca, considerando che il § 73 c (*Härtevorschrift*) nell'ordinamento tedesco non esprime tanto la pretesa di rendere conforme al principio di proporzione in senso stretto la confisca del profitto, che non rappresentando una pena non è commisurabile, ma risponde piuttosto all'esigenza di tenere conto di situazioni concrete in cui la stessa confisca del profitto, tanto più in relazione a degli operatori economici, può comportare il c.d. effetto strangolamento, una sofferenza eccessiva, come il fallimento dell'impresa che contava sull'appalto oggetto di corruzione o truffa, rendendo la misura conforme alla proporzione in senso ampio.

Laddove il legislatore volesse realmente utilizzare la confisca per finalità punitive, come avviene ad esempio ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. n. 231/2001, lo dovrebbe fare in maniera assolutamente tassativa valutando l'im-

<sup>(279)</sup> Cfr. DESPORTES-LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, Tome I, *Droit pénal général*, Paris, 1996, 677.

<sup>(280)</sup> MATSOPOULOU, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, 309; ROBERT, *L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires*, in LARGUIER, *Droit pénal Procédure pénale*, Grenoble, 1993, 248.

<sup>(281)</sup> Così STEFANI-LEVASSEUR-BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2005, 358; definisce la confisca come «*mesure fixe*» PRADEL, *Droit pénal général*, 1995, 713.

<sup>(282)</sup> Cfr. PRADEL, *op. cit.*, 717 ss.

patto di tale sanzione nella complessiva previsione sanzionatoria, anche alla luce delle esperienze che emergono nel diritto comparato.

#### ZUSAMMENFASSUNG

*Die Abhandlung untersucht Bedeutung, Natur und problematische Aspekte des Mittels der Einziehung des Profits, geregelt im gesetzvertretenden Dekret Nr. 231/2001, welches die strafrechtliche Haftung der juristischen Person sowie die Möglichkeit der Anwendung der Einziehung, die gegenüber dem Täter vorgesehen ist, auch gegenüber die juristische Person, der der Profit zugekommen ist, vorsieht, und dies insbesondere im Bereich der Steuerdelikte.*

*Es werden der Begriff des Profits und alle damit verbundenen Interpretationsprobleme (Brutto- oder Nettoprofit, Ersparnis-Profit, immaterielle und zukünftige Vorteile) sowie auch andere Rechtsinstitute analysiert, die dem Profitbegriff, so wie ihn das gesetzvertretende Dekret Nr. 231/2001 verwendet, Besonderheit verleihen, wie z.B. die Strafzumessung und die Zurverfügungstellung des Profits gemäß Artikel 17.*

*Die Überprüfung findet anhand einer sorgfältigen Analyse der Rechtsprechung zu diesem Thema statt, der man eine gewissermaßen hemmungslose Verwendung des Strafmittels der Einziehung des Profits entnehmen kann, die nicht selten einer Verletzung von Grundprinzipien des Strafrechts gleichkommt, da sie dem Verhältnis- und dem Schuldgrundsatz bei der Strafzumessung und sogar dem Legalitätsprinzip widerspricht, wenn die Verwendung der Einziehung als Strafmittel nicht nur Ausdruck von fragwürdigen kriminalpolitischen Entscheidungen ist, wie dies im Bereich des Missbrauchs von vertraulichen Informationen der Fall ist.*

*Gerade gewisse Verzerrungen, wenn nicht gar mißbräuchliche Interpretationen erfordern eine Intervention des Gesetzgebers zum Zwecke der Rationalisierung der Materie, insbesondere auch angesichts der supranationalen Verpflichtungen und insbesondere solcher europäischer Herkunft.*

#### ABSTRACT

*This paper examines the importance, the nature and the problematic aspects of confiscation of proceeds in the discipline of Legislative Decree no. N. 231/2001, which provides for the liability for offenses of the legal persons, as well as the possibility of applying the confiscation, expected against the offender, to the entity that receives the profit, particularly in the field of tax*

*crimes. It will analyze the concept of profit and all the related problems of interpretation (gross or net profit, savings, intangible and future benefits), and also other provisions that give importance to the proceed in the discipline of Legislative Decree no. N. 231/2001, as the plea agreement and the return of profit ex art. 17. Everything will be examined through the careful analysis of the case law on the subject, which shows a certain unprejudiced use of the confiscation of profits as a tool of punishment. Often this use violates the basic principles of criminal matter, as in particular the principles of proportion and guilt, as a criterion for applying the appropriate sentence by the judge, and the same rule of law, when the use of forfeiture as a tool of punishment is not already expression of questionable choices of criminal policy, as it is the case in the field of abuse of privileged information. Certain distortions of interpretation make unavoidable the intervention of the legislator in order to rationalize the rules on this subject, especially in order to comply with the requirements provided for in the supranational and European law.*