

LA CONFISCA APPLICATA IN AMBITO PENALE TRIBUTARIO: "IL CRIMINE NON [DEVE] PAGA[RE]"

Breve premessa (d'intenti).

La presente relazione ha lo scopo, senza ambizioni d'eshaustività, di analizzare – sviluppando un'argomentazione fluida e caratterizzata da continuità narrativa – l'istituto della confisca, così come applicata agli illeciti di matrice finanziaria (nel senso di illeciti, di rilevanza penale, che si innestano nell'ambito del diritto pubblico finanziario), nelle declinazioni che l'istituto ha assunto a seconda dell'ambito in cui l'ablazione ha luogo.

In particolare, attraverso una prima disamina dell'istituto generale previsto dall'art. 240 c.p., quale modello "ordinario" di confisca, si passerà a considerare la scelta, fatta con la Legge finanziaria per il 2008, di estendere la disciplina prevista dall'art. 322 *ter* c.p. alle fattispecie delittuose previste dal d.lgs. 74/2000 (ad esclusione dell'ipotesi di distruzione di documenti contabili di cui all'art. 10 d.lgs. cit.), dando conto del mutamento d'inquadramento – con riferimento alla sua natura giuridica – che dell'istituto *de quo* ha registrato la giurisprudenza di legittimità, la quale è giunta a considerare la confisca una misura avente natura più di sanzione accessoria, o comunque misura a carattere (prevalentemente)¹ afflittivo, che vocazione preventiva della pericolosità sociale (insita nel rapporto tra reo e *res*).

Brevemente, sarà poi analizzata la misura cautelare che costituisce il naturale antecedente della confisca, ossia il sequestro preventivo. Il riferimento andrà, dunque, alla confisca calata nel contesto della normativa sulla responsabilità degli enti e delle persone

¹ Sul punto, appare interessante rilevare l'inquadramento che certa dottrina (D. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Tribuna FOCUS*, 2013, www.latribuna.corriere.it), suffragata da un recente orientamento giurisprudenziale (v. Cass., Sez. II, 6 luglio 2006, n. 30729, Carere, in *C.E.D. Cass.*, n. 23849; Cass.,), il quale, dando conto della proteiforme ed ibrida natura della confisca, così come rilevato anche da C. Cost., sent. n. 29/1961 (in *Giur. Cost.*, 2001, p. 551), sottolinea la prevalenza della ragione restitutiva rispetto a quella afflittivo-sanzionatoria, poiché la confisca "penal-tributaria" per equivalente serve oggettivamente a recuperare all'Erario dei valori che non erano recuperabili con la confisca ordinaria, in ragione della difficoltà obiettiva di individuazione del profitto del reato; nonché in ragione della sua rigida quantificazione, essendo quest'ultima parametrata al «profitto del reato» e prescindendo dagli elementi del «grado della colpa» ex art. 133 c.p. e dal fine rieducativo considerato dalla Carta fondamentale all'art. 27 Cost.

giuridiche (d.lgs. n. 231/2001), mentre l'attenzione sarà infine posta sulla confisca quale misura di prevenzione ed alle prospettive applicative nei riguardi della figura del c.d. evasore socialmente pericoloso.

1. La figura generale di confisca; la confisca "ordinaria" di cui all'art. 240 c.p.

La scelta compiuta in merito alla confisca da parte del Codice penale del 1930 fu quella di mantenere² detta misura, consistente nell'ablazione da parte dello Stato dei beni appartenenti al reo quale efficacissima forma di reazione dell'ordinamento di fronte a crimini di natura economica, riconducendola alla nuova logica del c.d. doppio binario; nella specie, inquadrandola nell'ambito del Libro I- Titolo VIII ("*Delle misure amministrative di sicurezza*") e, segnatamente, nel suo Capo II, dedicato alle misure di sicurezza patrimoniali.

Detta opzione di inquadramento porta incontrovertibilmente a rilevare una volontà chiara, da parte dell'allora legislatore delegato, di porre la misura in analisi sul piano generale delle misure tendenti ad arginare la pericolosità sociale (oggettiva) della *res*³, piuttosto che nel porre una risposta di tipo afflittivo- sanzionatorio nei riguardi della condotta imputabile (e colpevole) del soggetto agente⁴.

2 Si lascia ad altra tipologia di trattazione (ed a storici del diritto molto più competenti) l'individuazione di misure ablative integranti forme (o prototipi) di confisca in epoche antecedenti al Codice Zanardelli del 1889, il quale ultimo, però, annoverava l'istituto *de quo* tra gli "effetti penali della condanna" (v. F. PANZUTO, *Effetti problematici della confisca*, 2010, in *Treccani.it*).

3 Resta invero del tutto svincolata dalla pericolosità sociale *del reo*, che è invece requisito tipico per l'applicazione delle misure di sicurezza personali di cui agli artt. 199 ss. c.p. (Capo I del summenzionato Titolo VIII).

4 V., in dottrina, R. GAROFOLI, *Le misure di sicurezza*, in *Manuale di diritto penale*, 2010, 1299; TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, IV, 1. Al riguardo, superata definitivamente la tesi tradizionale che voleva la confisca quale mezzo per neutralizzare la pericolosità intrinseca della cosa, in dottrina e giurisprudenza ci si è sempre più concentrati sul rapporto che i *producta sceleris* instaurano con colui che ne detiene la disponibilità. La Suprema corte ha infatti a più riprese chiarito come la confisca sia una misura patrimoniale tendente a prevenire la commissione di nuovi reati, mediante l'espropriazione a favore dello Stato di cose che, provenendo da illeciti penali o comunque collegati alla loro esecuzione, "*mantengono viva [nel reo ovvero in colui che ne abbia la disponibilità senza essere pienamente estraneo al fatto illecito] l'idea e l'attrattiva del reato*" (v. Cass., 22/01/1983, Costa, in *Giust. Pen.*, 1984, 35).

Ciò ha comportato, peraltro, quale effetto naturale dello slittamento del baricentro della misura sul crinale della pericolosità sociale, anziché quello della rimproverabilità dell'illecito commesso dall'agente (e dunque, funzione retributiva e tendenzialmente rieducativa che è propria della pena), l'applicabilità alla confisca – in ragione del richiamo espresso dalla disposizione di apertura del Capo II del Titolo VIII (art. 236 c.p.) – del dettato normativo di cui all'art. 200, co. 1 c.p.; ossia, di quella disposizione che consente l'apparente deroga al principio di irretroattività della risposta punitiva penale⁵, sancito dall'art. 25, co. 2 Cost. e codificato nell'art. 2 c.p. Recita infatti la prima parte del succitato art. 200 c.p.: «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione».

La disciplina generale dell'istituto *de quo* – non volendo indugiare oltremodo, per ragioni di economia della presente analisi – si rinviene nel dettato dell'art. 240 c.p., rubricato semplicemente (e significativamente) "Confisca".

5 L'antinomia è solo apparente, poiché il principio generale di legalità- irretroattività risulta salvaguardato in tutti i suoi effetti. L'istituto della "misura di sicurezza", difatti, non può comunque essere applicato a fatti che, al tempo della loro commissione, non costituivano comportamenti passibili di reazione (penale) da parte dell'ordinamento. I fatti suscettibili di provocare l'applicazione di una misura di sicurezza, infatti, integrano comportamenti qualificabili come reato o "quasi reato", ove quest'ultima tipologia di fattispecie penalmente rilevante altro non è che un fatto materiale, estrinsecatosi compiutamente nella propria dinamica fenomenica, astrattamente riconducibile al paradigma del reato, ma che non integra in tutto e per tutto questo modello per ragioni intrinseche al fatto materiale stesso (v., quali esempi, gli artt. 49 cpv. e 115 c.p.). Sul punto, infatti, pare importante soffermarsi sul dettato degli artt. 25, co. 3 Cost. e 199 c.p. ove stabiliscono che nessuno possa essere sottoposto a misura di sicurezza *fuori dei casi* per cui le stesse siano state previste. Palese è dunque il recupero che della legalità-irretroattività si ha con la presente considerazione: un fatto di reato – "caso" per cui è prevista la misura di sicurezza – deve esser stato considerato tale dalla legge penale in un momento antecedente alla condotta posta in essere dal soggetto agente; pena l'integrazione di un vero e proprio paradosso logico secondo cui si considera pericoloso per la società – dunque, degno di reazione neutralizzante da parte dell'ordinamento – un fatto che l'ordinamento stesso, al momento in cui detta condotta è stata realizzata, considerava pienamente lecito (si giungerebbe infatti all'assurda conclusione che un soggetto imputabile che avesse posto dolosamente in essere la condotta realizzatrice del modello compiuto dell'incriminando reato, prima della entrata in vigore della normativa che lo preveda come tale, andrebbe esente da pena; mentre, chi, contestualmente a questi, avesse agito per integrare lo stesso schema comportamentale, utilizzando però una condotta ontologicamente inidonea a realizzare il fatto tipico tenuto in considerazione dalla futura norma incriminatrice, sarebbe passibile di misura di sicurezza). La disciplina della misura, che è «regolat[a] dalla legge in vigore al tempo della [sua] applicazione», porta invece a concludere – così come la giurisprudenza da tempo sostiene – nel senso di ritenere retroattiva la futura disciplina che regola una particolare misura di sicurezza nei riguardi di fatti materiali che erano già considerati dalla legge come reato (o, quantomeno, come "paradigma di illecito penale").

La norma richiamata, nei passaggi più rilevanti, così dispone: «*Nel caso di condanna*, il giudice *può* ordinare la confisca delle cose che **servirono o furono destinate**⁶ **a commettere il reato**, e delle cose che ne sono il **prodotto o il profitto**» (comma primo); «*è sempre ordinata la confisca*: 1) delle cose che costituiscono il **prezzo del reato**; 1 *bis*) dei beni o strumenti informatici che risultano essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati [integranti la tipologia dei c.d. **Computer crimes**]; 2) delle cose, la **fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato**, anche se non è stata pronunciata condanna» (comma secondo); «le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1 *bis* del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato (...)» (comma terzo).

Volendo dunque tracciare una prima distinzione, già *ictu oculi* si coglie come la confisca possa essere suddivisa in due tipologie: una facoltativa, ove abbia ad oggetto mezzi impiegati nell'attuazione dell'illecito penale (anche ove l'*iter* di perfezionamento e consumazione del reato non sia perfezionato, come testimonia l'aver compreso nel novero delle ipotesi di confisca facoltativa le cose "che furono destinate a commettere il reato"), ovvero il prodotto (ciò che trae origine dal reato; quale esempio è possibile citare il caso delle banconote false nel delitto di cui al combinato disposto degli artt. 453 e 458 c.p.) o ciò che costituisce profitto del reato⁷; l'altra a carattere obbligatorio – addirittura ove il bene acquisito allo Stato sia ontologicamente pericoloso (cosa la cui fabbricazione, l'uso o il porto costituisca reato) l'ablazione prescinde la condanna nei confronti del reo (presupposto necessario, invece, in tutti gli altri casi di confisca *ex art. 240 c.p.*) – concernente quei beni che hanno natura intrinsecamente pericolosa, quali le surriferite "cos[e] pericolose in sé"⁸, il prezzo del reato⁹ ed i mezzi (particolarmente insidiosi ed

6 Nel caso di delitto tentato (art. 56 c.p.).

7 Sul concetto di profitto del reato v. *infra*.

8 L'espressione è mutuata da P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, XI Edizione, Giuffrè, Milano, 2010, p. 452, riferendosi, il quale, tuttavia, estende il suo riferimento all'ampio spettro di ipotesi considerate dal secondo comma dell'art. 321 c.p.p.

9 Costituisce "prezzo del reato" il «compenso dato o promesso ad una determinata persona come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito» (così V. ZINZIO, *Profili giuridici della confisca "ordinaria" e per equivalente*, giugno 2012, in *penale.it*). Non si fatica a cogliere il maggiore

incontrollabili) impiegati per commettere *computer crimes* considerati dagli artt. 615 *ter* ss. e 635 *bis* ss. c.p.

Premessa fondamentale per poter operare l'ablazione, salvo i casi succitati di cosa la cui fabbricazione, l'uso ovvero il porto costituiscano reato, è l'intervenuta condanna dell'imputato¹⁰. Non necessita, tuttavia, che la *res* confiscanda appartenga a quest'ultimo. La disposizione codicistica, infatti, in ragione della vocazione neutralizzatrice del pericolo reale che si vorrebbe impressa all'istituto, non pone limiti – correlati all'appartenenza dei beni al condannato – al diritto dello Stato di acquisire la cosa che sia stata impiegata nell'illecito, che ne costituisca il prodotto, il prezzo o il profitto, ovvero che sia considerabile come "cosa pericolosa in sé". L'unica limitazione (art. 240, co. 3 c.p.,

potenziale offensivo (dunque, il maggior pericolo) che detto corrispettivo detiene rispetto al "prodotto" (e financo rispetto al "profitto" del reato), in quanto il "prezzo" costituisce quell'elargizione che ha originato l'illecito che si è già consumato e che ha già perturbato l'ordinamento; non è semplicemente un effetto postumo del reato ("prodotto") o la causa di una probabile tentazione alla riproposizione del delitto ("profitto", secondo un'ottica eminentemente preventiva, che vuole la confisca- misura di sicurezza incentrata sulla pericolosità sociale della *res*).

- 10 Al tale riguardo giova rilevare come, l'art. 459, comma 5, c.p.p., nello stabilire il divieto di applicare misure di sicurezza personali col decreto penale di condanna, non fa nessun cenno a quelle di tipo patrimoniale. Si ritiene dunque, in dottrina, che, ai fini dell'irrogazione della confisca, alla sentenza di condanna possa equipararsi il decreto penale di condanna. Sul punto, tuttavia, sono stati rilevati alcuni aspetti critici (in particolare, riguardo alla confisca *ex* art. 240, co. 1 c.p.). La connotazione sommaria del rito pare infatti incompatibile con ogni forma di valutazione prognostica della pericolosità (del condannato come della sola *res*; salvo il caso della confisca obbligatoria per le ragioni d'ordine generale che saranno indicate nel prosieguo di questa relazione). V. al riguardo ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Artt. 150- 240, Giuffrè, Milano, 1994. È poi doveroso specificare come, ai sensi dell'art. 445, co. 1 c.p.p., modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a) l. 12 giugno 2003, n. 134 (che ha introdotto il c.d. patteggiamento allargato), la confisca, ora anche se facoltativa, può essere disposta pure nel caso di procedimento per l'applicazione della pena su richiesta delle parti, in ragione sia del richiamo generico alla confisca *tout court* nel (nuovo) testo della disposizione – cosa che invece non caratterizzava la previgente disciplina del patteggiamento, che prevedeva la sola confisca obbligatoria – che del nuovo comma 1 *bis* (ultima parte) dell'art. 445 c.p.p., a mente del quale: «salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna». A creare una sorta di antinomia interpretativa contribuisce, invero, il dettato del nuovo comma 3 dell'art. 240 c.p., così sostituito dall'art. 1, co. 1, lett. b) l. 15 febbraio 2012, n. 12, il quale dispone, in riferimento alla (sola) tipologia di beni riconducibili al dettato del n. 1 *bis* del comma 2 del medesimo articolo, che la confisca degli stessi abbia luogo anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p. La specificazione fatta dalla novella del 2012, ragionando in modo speculare rispetto al summenzionato intervento del 2003, mutando cioè le variabili ma mantenendo la costante del principio *ubi lex voluit dixit*, potrebbe infatti portare a concludere per una volontà del legislatore di escludere l'applicazione della misura *de qua*, fuori dal caso di condanna *strictu sensu*, per tutte le tipologie di bene che non siano coinvolte nella commissione di *computer crimes* ovvero non siano "pericolose in sé" (nel senso di cui al presente elaborato). La composizione del contrasto non può comunque essere oggetto del presente studio.

considerata dalla giurisprudenza prevalente espressione di un principio generale valevole per ogni tipologia di confisca, ove non espressamente derogata) si rinviene nel caso in cui detti beni siano di proprietà di soggetti terzi (rispetto al procedimento) che siano anche pienamente *estranei al reato*. La questione merita forse qualche breve approfondimento.

Al riguardo, già da tempo la Suprema corte si è espressa nel senso di considerare onere del terzo la dimostrazione dell'esistenza di fatti costitutivi del proprio diritto sulla cosa confiscanda¹¹, in applicazione del più generale principio di cui all'art. 2697 c.c., a mente del quale «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento». Il Supremo consesso individua, infatti, l'essenza della confisca nella acquisizione – si discute se a titolo originario oppure derivato, in ragione della necessaria correlazione che la confisca porta con l'esistenza di un previo rapporto tra il bene ed il suo precedente titolare, il quale rapporto è necessario rescindere per ragioni di prevenzione e/o di politica criminale¹²– del diritto (di proprietà) insistente sulla cosa da parte dello Stato, in forza del titolo giustificativo dell'apprensione al proprio patrimonio che la legge gli attribuisce nel caso di condanna di uno degli imputati, patteggiamento ovvero qualunque sia l'esito del procedimento penale (ove la cosa sia “pericolosa in sé”).

Secondo poi l'indirizzo più rigoroso, di cui la Sentenza Bacherotti del 1999¹³ costituisce espressione, il quale muove dal tenore letterale della disposizione (e che – si ricorda – parla di «persona estranea al reato»), il terzo che pretenda di riottenere la cosa oggetto di sequestro preventivo (prima) o di confisca (in esito al procedimento), non potrà comunque limitarsi a provare l'esistenza di un proprio diritto di natura reale (esclusivo)¹⁴ insistente sul bene ed avente data certa anteriore alla costituzione del vincolo di indisponibilità *ex art. 321 c.p.p.*; dovrà, infatti, fornire l'ulteriore prova della propria estraneità all'illecito, ossia della mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa ovvero, nell'ipotesi in cui tale nesso sia ravvisabile, dell'affidamento

11 Cfr. Cass., Sez. un., 28/04/1999, Bacherotti, in *C.E.D. Cass.*, n. 213511.

12 Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 03/07/1997, n. 5988.

13 Cit., v. *supra*, nota 11.

14 Appare univoca in tal senso Cass. Pen., 16/07/2009, n. 2277.

incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva "scusabile" l'errore o l'ignoranza¹⁵.

Un tale ordine di argomentazioni, invero, ha suscitato forti critiche da parte di certa dottrina, la quale non ha mancato di rilevare come siffatto inquadramento comporti un grave sacrificio per il terzo, il quale si vede addossato un onere della prova per cui non dispone di mezzi adeguati a farvi fronte (l'incolpevole affidamento o la scusabilità dell'ignoranza costituiscono, in effetti, questioni di non facile soluzione). Inoltre, sempre secondo l'orientamento dottrinale in parola, detta ripartizione dell'onere probatorio porrebbe il terzo in una posizione addirittura peggiore rispetto a quella dell'imputato, il quale è presunto innocente *ex art. 27, co. 2 Cost.*, richiedendo infatti a colui che si ritiene terzo- estraneo al reato di fornire una vera e propria "discolpa" rispetto al fatto dell'imputato¹⁶.

I detrattori di tale linea più garantista – conformemente alle succitate conclusioni della Suprema corte – ribattono facendo rilevare come la posizione dell'imputato, a cui l'art. 27, co. 2 Cost. riconosce presunzione d'innocenza, è ben diversa rispetto a quella del terzo in questione. Il primo, infatti, vede "posta in gioco" la propria libertà personale, un diritto considerato inviolabile dalla Carta fondamentale e presidiato da una doppia riserva – di legge e giurisdizione – con riferimento alla possibile sua limitazione (art. 13 Cost.); la "proprietà" del terzo, invece, è tutelata dall'ordinamento *nella sua funzione sociale* (art. 42 Cost.), nonché – nella sua accezione di strumento di iniziativa economica – entro i limiti in cui *non rechi danno alla sicurezza, libertà e dignità umana* (art. 41 Cost.)¹⁷. Peraltro, continua questa dottrina, l'onere della prova rispetta la normale cadenza dell'art. 2697 c.c., in quanto *in primis* spetta alla Pubblica accusa dar prova della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura in parola¹⁸. Soltanto in seconda battuta spetterà al terzo

15 Si trova allineato a questo orientamento, in dottrina, D. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, cit., p. 6.

16 In tal senso EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, 2011, p. 170 ss.

17 V. in merito POTETTI, op. cit., p. 6.

18 Non sposta i termini del discorso la più problematica misura della confisca per equivalente, introdotta più di recente rispetto alla entrata in vigore del Codice penale (sia nel *corpus* normativo del codice, quale la disposizione dell'art. 322 *ter* c.p., sia nella legislazione speciale), e che consente l'ablazione

dimostrare che i beni su cui detto provvedimento andrà ad incidere appartengano a quest'ultimo e che non sussistono legami tra bene e reato (sotto il profilo oggettivo ovvero soggettivo, nel senso della esistenza di giustificabile ignoranza o affidamento comunque incolpevole al reo).

Concludendo sul punto, merita rilevare come al terzo che pretenda di far valere il proprio diritto sulla cosa confiscanda sia lasciata dall'ordinamento la strada procedimentale tracciata dal combinato disposto degli artt. 263 e 676 c.p.p. A detta chiosa si giunge in ragione del fatto che il terzo, affinché possa far valere il proprio diritto sul bene in questione, deve necessariamente qualificarsi come "estraneo" al reato; pertanto, egli non può esser stato "parte" del procedimento. Ai sensi dell'art. 568, co 3 c.p.p., infatti, «il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce. Se la legge non distingue tra le diverse parti, tale diritto spetta a ciascuna di esse». Dunque è preclusa al terzo la possibilità di impugnare (*ex art. 579 c.p.p.*) la sentenza che dispone la confisca del bene che questi pretende di far valere come proprio. Tuttavia, l'art. 263 c.p.p. considera la possibilità – al comma terzo – che riguardo alla *res* oggetto di sequestro (probatorio, anche se la disposizione ha valenza generale, così come testimonia il richiamo espresso nella norma dell'art. 676 c.p.p.) possa sorgere controversia, tra l'indagato/imputato ed altri soggetti estranei al procedimento ("colui a cui le cose son state sequestrate" o "colui a cui le cose debbono essere restituite", citati nelle disposizioni di cui all'art. 257 c.p.p. ed in quelle concernenti le impugnazioni delle misure cautelari reali, sono infatti termini neutrali che stanno ad indicare soggetti potenzialmente non coinvolti dal procedimento principale). Se tanto è vero, allora il richiamo a tale disposizione portato dall'art. 676 c.p.p. – che regola la cognizione del giudice dell'esecuzione (*ergo*, con riferimento a provvedimenti giudiziari passati in giudicato) – consente agevolmente di ritenere possibile per il terzo adire l'autorità giudiziaria penale al fine di veder revocata la confisca disposta in relazione al bene conteso¹⁹.

del *tantundem* – presente nella disponibilità del reo – rispetto a quanto costituisce prezzo o profitto del reato, sempre che le cose su cui tale provvedimento ricade non appartengono a persona estranea al reato. *V. infra*.

19 Per un inquadramento più dettagliato sull'argomento v. POTETTI, op. cit.

Tornando all'analisi della norma generale di cui all'art. 240 c.p., è doveroso specificare come la *summa divisio* tra confisca facoltativa ed obbligatoria si fondi – in linea di principio, volendo seguire la logica che permea la scelta sistematica – sul dovere, riservato al giudice, di operare una valutazione prognostica circa la pericolosità della *res* (la quale, infatti, potrebbe non sortire – in concreto – quell'effetto di rendere il detentore proclive al reato), ovvero sia la stessa legge ad esprimere detto vaglio, senza residuare margini alla discrezionalità giudiziale.

Peraltro, come è implicito nella necessità che a monte della comminazione della misura di sicurezza in discorso ci sia una condanna di (almeno) un imputato²⁰, per applicare la confisca è necessario che intervenga, "cristallizzato" in una sentenza, l'accertamento della sussistenza di un reato. Fondamentale è dunque – ai fini dell'applicazione della misura *de qua* – il collegamento tra il mezzo (impiegato nella commissione dell'illecito), il prezzo, prodotto o profitto ed il reato.

Orbene, venendo a quanto è più attinente con il comparto delle fattispecie illecite di cui al d.lgs. n. 74/2000, quel che più interessa è il concetto di "profitto del reato"; posto che non è ravvisabile un "prezzo" (corrispettivo per indurre alla commissione dell'illecito) nei reati tributari, il cui bene giuridico tutelato è infatti riconducibile, così come autorevole dottrina ha individuato, all'interesse dello Stato alla regolare percezione del tributo (bene che è strumentale alla realizzazione – si pensi a tutte le politiche di "spesa pubblica" – dei fini di eguaglianza sociale impressi dall'art. 3, co. 2 Cost. alla Repubblica)²¹.

Lasciando al seguito della trattazione l'approfondimento sul tema, appare opportuno rilevare come siffatta entità, che scaturisce dall'illecito, sia stata da tempo descritta compiutamente dalla giurisprudenza della Suprema corte. Per costante orientamento, infatti, "profitto del reato" è considerato «*il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato*»²². Detta definizione esprime dunque – come sopra più

20 Sull'ampiezza effettiva del presupposto della intervenuta condanna v. *supra*, nota 10.

21 E. MUSCO- F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Ed. II, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 37- 45.

22 La definizione, che comunque si rileva costantemente riproposta in termini pedissequi nella manualistica e saggistica sull'argomento è tratta da ZINZIO, *Profili giuridici della confisca "ordinaria" e per equivalente*, cit.

genericamente accennato – la diretta derivazione causale del vantaggio economico dalla condotta dell'agente.

Sebbene sia ormai acclarato che detto “nesso di pertinenzialità” sia rilevabile anche con riferimento a quanto costituisce trasformazione ovvero reimpiego di quanto è profitto del reato in senso stretto (c.d. profitto mediato)²³, la difficoltà di individuare nelle fattispecie di cui al d.lgs. n. 74/2000 un “profitto del reato” nel senso anzidetto, avendo i reati tributari la peculiarità di connotarsi prevalentemente²⁴ per il fatto di consentire al reo, più che un indebito arricchimento²⁵, la possibilità di mantenere inalterata la consistenza patrimoniale esistente *ante delictum* (sottraendosi infatti l'agente all'esatta quantificazione e pagamento del debito tributario), ha portato il legislatore ad optare per l'estensione a questa branca del diritto penale della misura ablativa c.d. per equivalente, imperniata sull'impossibilità di individuare esattamente quei beni che costituiscono “profitto del reato” ed attribuendo al giudice la possibilità di sottoporre a vincolo di indisponibilità (col sequestro preventivo *ex art. 321, co. 2 c.p.p.*) e, successivamente, allo spossessamento di un complesso di beni di valore equivalente (*tantundem*) al profitto del reato (di cui si deve comunque dimostrare l'esistenza oggettiva).

23 Cfr. Cass., Sez. un., n. 10280/2007, Miragliotta, la quale, dopo aver ribadito l'imprescindibilità del nesso di derivazione diretta della *res* dal reato, nega fermamente che l'autore del reato possa sottrarre il profitto alla misura ablativa attraverso l'*escamotage* di trasformare l'“identità storica” del provento; il *fructum sceleris*, seguendo l'economia del ragionamento della Corte, rimarrebbe comunque individuabile nell'entità derivante dal reimpiego del introito (primario) del reato. Non bisogna, tuttavia, cedere a tentazioni di dilatazione oltremisura del nesso di causalità in parola, tali perciò da ricomprendervi qualsiasi vantaggio di natura patrimoniale che sia comunque ricollegabile al reato. Il Giudice di legittimità, sempre nel suo più autorevole consenso, è stato perentorio nel ribadire l'imprescindibilità della immediatezza del rapporto bene patrimoniale- reato ai fini dell'applicazione della confisca “ordinaria” (cfr. Cass., Sez. Un., n. 26654/2008, Fisia italimpianti).

24 L'assunto è valevole in linea generale, eccezion fatta per singole fattispecie delittuose previste dal d.lgs. 74/2000, quali l'indebito versamento di ritenute certificate, omesso versamento IVA e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, ove il *quantum* del debito tributario è già puntualmente individuato dall'Amministrazione finanziaria e se ne impedisce – attraverso condotte artate di distrazione, dispersione o alienazione – l'acquisizione da parte dell'Erario.

25 L'espressione “arricchimento” cui si fa riferimento va intesa quale acquisizione al patrimonio preesistente di un *quid nupum* da parte del reo, ovvero quale trattenimento indebito al patrimonio del predetto di ricchezza che *ab origine* appartiene invece ad altri.

Resta comunque che, ove detto profitto "basico" sia individuabile, la confisca ex art. 240 c.p. può dal giudice essere disposta anche con riferimento agli illeciti di matrice finanziaria.

2. La confisca per equivalente (art. 1, comma 143 legge n. 244/2007).

Con la Legge finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), è stata introdotta nel sistema penale tributario, con riferimento alle ipotesi previste e punite dagli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 *bis*, 10 *ter*, 10 *quater* e 11 d.lgs. n. 74/2000, la c.d. confisca per equivalente. La tecnica legislativa utilizzata è stata quella dell'estensione *per relationem* della disciplina di cui all'art. 322 *ter* c.p., il quale recita: «Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto» (comma primo, come modificato dalla l. n. 190/2012); «Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322 *bis*, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono il profitto salvo che appartengano a persone estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, secondo comma» (comma secondo).

L'istituto *de quo*, invero, è stato introdotto per la prima volta con riferimento al reato di usura, ad opera della legge n. 108/1996, la quale ha modificato l'art. 644 c.p.,

prevedendo – al comma sesto – la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto di somme di denaro, beni ovvero altre utilità di cui il reo avesse disponibilità, anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi usurari (fatti salvi i diritti dell'offeso alle restituzioni ed al risarcimento del danno).

Il secondo innesto è avvenuto con disciplina coeva a quella che ha riformato il diritto penale tributario, ossia con legge n. 300/2000, la quale ha introdotto le fattispecie di cui allo stesso art. 322 *ter* c.p., nonché – ipotesi che richiama l'applicazione della norma appena citata ai delitti di truffa aggravata e frode informatica; e che, anche per questo, pare assumere (allo stato della legislazione) la valenza di vera e propria fattispecie generale di “confisca per equivalente” – all'art. 640 *quater* c.p.

In dottrina²⁶ si è rilevato, a tal riguardo, come la confisca per equivalente nasca quale strumento volto a scongiurare manovre dispersive dell'originario ricavo del crimine, il quale – così come si è avuto modo di rilevare sopra – deve tuttavia essere riscontrato nella esistenza. Il fatto per cui la norma fa comunque riferimento ad un prezzo o ad un profitto derivante dal reato, quale ipotesi residuale, esperibile nel caso in cui si versi nell'impossibilità di carpire direttamente il provento (basico o mediato) del reato, non può infatti lasciare dubbi circa l'imprescindibilità del fatto che un “prezzo” o un “profitto” debba necessariamente esserci, vada dunque provato (a seconda della fase del procedimento, con un grado maggiore o minore di intensità della prova) e che tale riscontro debba essere raggiunto secondo i principi generali sulla prova di cui al libro III del codice di rito (in quanto elementi costituenti “oggetto di prova” *ex art.* 187 c.p.p.).

Se dunque tale prezzo o profitto, ai fini della confisca “ordinaria”, può essere – si è rilevato in precedenza – anche mediato, ovverosia il risultato del reimpiego o della trasformazione “tracciabile” del provento in questione, affinché possa parlarsi di confisca del *tantundem* la mistificazione dell'introito deve portare in sé un *quid pluris*, tale da rendere impossibile l'individuazione dello stesso *fructum sceleris*; in altri termini, deve essere esistente ma non (più) individuabile.

26 A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322 ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 836.

La confisca *ex art. 322 ter c.p.* si caratterizza, poi, per essere esclusivamente di tipo obbligatorio. Inequivocabile è il dettato letterale della disposizione: «è sempre ordinata la confisca».

Lo schema applicativo della misura *de qua* ricalca il larga misura quello di cui al paradigma generale di cui all'art. 240 c.p. I presupposti applicativi sono infatti i seguenti:

- A) la pronuncia di una sentenza di condanna ovvero di "patteggiamento"²⁷;
- B) mancato rinvenimento dei beni costituenti il prezzo o il profitto del reato (v. *supra*), in quanto la regola, espressa nella clausola di residualità dettata al comma primo della medesima disposizione, è la prevalenza della confisca c.d. diretta del provento illecito;
- C) individuazione di un complesso di beni di valore equivalente che sia *nella disponibilità* del reo.

A tale ultimo proposito, è doveroso precisare – non volendo affatto ripetere quanto già riferito, al più aggiungere per maggiore chiarezza – come il concetto di disponibilità quivi richiamato, il quale esclude ontologicamente la sussistenza di un contrapposto diritto del terzo insistente sulla medesima cosa, non deve identificarsi con il concetto di proprietà (in senso civilistico). Tale legame, esistente tra reo e *res*, deve più correttamente essere paragonato al possesso civilistico, ossia a quella situazione fattuale di signoria sulla cosa – ancorché formalmente intestata ad altri – che disvela un atteggiamento psichico di tipo "padronale" da parte di questi; il reo si atteggia, rispetto alla cosa formalmente altrui, come il vero proprietario, e ciò fa prevalere – al fine di garantire l'efficacia pratica della sentenza che dispone la misura della confisca – la sostanza del rapporto in questione sulla formalità giuridica che i privati gli hanno dato.

Orbene, siffatto concetto di *disponibilità* del prezzo, profitto o del *tantundem* di prezzo o profitto, da parte del reo, ha sollevato non poche questioni circa gli effettivi limiti di estensibilità del legame autore-provento. E se la terminologia adoperata dal legislatore –

27 Il legislatore della legge n. 300/2000 ha cura, nel dettato della disposizione in parola, di specificarne *expressis verbis* anche l'applicabilità all'ipotesi di cui all'art. 444 c.p.p. A ben vedere, ciò potrebbe fondare la tesi secondo cui la confisca "ordinaria" di tipo facoltativo non sia applicabile – allo stato della evoluzione legislativa – in caso di patteggiamento. Si rinvia comunque a quanto osservato *supra*.

«disponibilità a qualsiasi titolo», in luogo di espressioni giuridicamente più puntuali – contiene in sé, pacificamente, la volontà di superare lo schermo della mera interposizione personale fittizia, non altrettanto indubbio può dirsi sia stato il caso dell'interposizione personale reale (quale esempio può citarsi un *trust*), ovvero il caso di reati commessi da un soggetto posto al vertice di una società (di capitali) ed il cui beneficio economico viene di fatto collocato più nel patrimonio sociale che in quello dell'agente- persona fisica (si pensi anche a quelle ipotesi di reato commesse al fine di agevolare la vitalità economica dell'impresa).

Per quel che concerne la prima delle due questioni predette, il Giudice di legittimità ha ormai ben chiarito come, ai fini dell'individuazione dei beni che possono essere sottoposti a confisca, assumano rilievo, «non soltanto i casi in cui l'intestazione in capo all'interposto sia solo apparente (interposizione fittizia), ma anche le ipotesi in cui l'interposto è effettivo titolare *erga omnes*, purché costui sia legato da un rapporto fiduciario con l'interponente (interposizione reale fiduciaria)»²⁸.

La questione che però ha originato numerose pronunce provenienti dal Palazzaccio, anche nella composizione più autorevole della stessa Suprema corte, riguarda invero la controversa osmosi che talvolta si crea tra fatto – segnatamente, illecito fiscale – del soggetto che riveste ruoli dirigenziali e vantaggio (economico) per la società. Il nodo gordiano appare difatti costituito dall'interrogativo seguente: nel caso di illecito fiscale commesso da persona che riveste il ruolo di amministratore di una società di capitali, è possibile sottoporre a misura cautelare reale – finalizzata alla confisca *ex art. 1, co. 143 legge n. 244/2007* (dunque, si ribadisce, fuori da ipotesi riconducibili alla normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001, disciplinante la responsabilità propria degli enti) – beni che siano appartenenti formalmente a quest'ultima?

Appare opportuno – così come fa la stessa Cassazione nelle sue più recenti sentenze²⁹ – discernere, preliminarmente, tra il caso in cui la società in questione sia

28 Cfr. Cass., sez. II, 26/10/2011, n. 41051, Ferrara, in *C.E.D. Cass.*, n. 251542; D. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca (...)*, cit.

29 Cfr. Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561; Cass., sez. III, 5 maggio 2014 (ud. 06/03/2014), n. 18311.

precostituita al fine di sfruttare lo "schermo" della differente soggettività giuridica (società di comodo), in maniera tale da farvi confluire i profitti dell'illecito fiscale, dal caso in cui la società in questione sia attiva nella realtà economica e l'illecito sia una parentesi "patologica" della strategia imprenditoriale adottata dall'amministrazione sociale.

Relativamente alle "società di comodo", la giurisprudenza sembra ormai consolidata nel ritenere assolutamente vincibile lo "schermo giuridico" costituito dall'ente, di talché – proprio in ragione della fittizia vitalità della persona giuridica – il bene in questione appare pacificamente riconducibile alla signoria di fatto del reo.

Per quanto riguarda invece la seconda questione posta sul piatto, la soluzione appare più articolata e passa dal dover fendere³⁰ un ulteriore nodo avente carattere propedeutico: la natura giuridica della confisca per equivalente.

Invero, proprio la possibilità di acquisire al patrimonio dello Stato un compendio di beni che, solo ed esclusivamente per il loro valore equivalente al *fructum sceleris*, sono accostati al reato, ha portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi a più riprese sulla effettiva natura giuridica della confisca del *tantundem*.

Se il modello della misura di sicurezza appariva infatti pacificamente non riconducibile alla confisca per equivalente, in ragione del fatto che il nesso di pertinenzialità tra bene e reato viene ad essere edulcorato del tutto, fino a residuare esclusivamente quale parametro per stabilire il *quantum* da sottoporre a spossessamento coattivo, il dibattito si è invece acceso sul carattere esclusivo o sussidiario (assieme ad altra funzione, quale quella recuperatoria) della finalità afflittivo- sanzionatoria che è stata impressa alla confisca.

Detta diatriba è peraltro finita sui tavoli della Consulta, la quale ha inoltre contribuito a fugare i dubbi circa la questione collaterale dell'applicabilità retroattiva³¹ della misura (quesito intimamente correlato alla natura giuridica dell'istituto). Con ordinanza del

30 Il riferimento è alla "soluzione alessandrina" con cui venne sciolto, dal sovrano macedone, il "nodo gordiano" di cui alla tradizione leggendaria greca.

31 Caratteristica delle misure di sicurezza (tutte) è la loro disciplina in rapporto col fattore temporale: «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore *al tempo della loro applicazione*» (art. 200, co. 1 c.p.). Ciò comporta il configurarsi di un contrasto (apparente, come si è avuto modo di chiarire ad inizio della presente relazione) con il principio di legalità- irretroattività, che invece informa la pena.

12 febbraio 2008, infatti, il G.U.P. di Trento aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117 Cost.³², degli artt. 200 e 322 *ter* c.p. e 1, co. 143 legge n. 244/2007, nella parte in cui prevedono la confisca obbligatoria di beni di cui il reo abbia la disponibilità, per un valore corrispondente a quello del profitto, in relazione a reati finanziari commessi antecedentemente all'entrata in vigore della Legge finanziaria per il 2008. Il giudice *a quo* da infatti contezza della discrasia esistente tra il paradigma della confisca, costituito dalla misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. che – in quanto tale – è incentrata sulla pericolosità sociale della *res*, ed una sostanziale portata afflittiva della confisca per equivalente, divenuta tangibile in ragione dello sganciamento dal principio di necessaria derivazione dal reato che interessa il compendio su cui costituire il vincolo di indisponibilità. La tesi della natura prevalentemente sanzionatoria della confisca era stata, peraltro, già paventata dal Supremo consesso³³ e vi si intravedeva, ormai, una forma di reazione dell'ordinamento avverso i proventi illecitamente conseguiti col reato; una vera e propria "pena", in linea con la definizione che di essa ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte E.D.U.), la quale utilizzando l'approccio sostanzialistico, tipico della tradizione giuridica europea, impone l'individuazione di quanto costituisce "sanzione penale" prescindendo dal mero dato formale- sistematico, bensì avendo riguardo alla «*natura e [allo] scopo della misura in questione; [alla] sua qualificazione nel diritto interno; [alle] procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione*»³⁴.

32 Il parametro in base a cui verificare la legittimità costituzionale degli articoli concernenti la confisca per equivalente, applicata alle fattispecie penal-tributarie, veniva individuato nell'art. 117 Cost. in ragione del ritenuto contrasto con l'art. 7 C.E.D.U. e – più in generale – nel principio di legalità-irretroattività così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; pertanto la violazione sarebbe stata da imputare con riferimento alla disposizione costituzionale che subordina la funzione legislativa ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

33 Cass., Sez. Un., 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, in www.fisco.it/fisconline, la quale ha affermato che, pur a fronte di un'evoluzione normativa dell'istituto, il quale ha assunto una fisionomia ibrida e polivalente, la confisca aderisce ad una logica sanzionatoria, in chiave di prevenzione e di strumento strategico di politica criminale, volto a contrastare fenomeni sistemici di criminalità economica e di criminalità organizzata. Nel "fissarne" l'essenza, le Sezioni Unite hanno poi aggiunto che «*costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti, la confisca per equivalente assume preminente carattere sanzionatorio*».

34 V. Corte E.D.U., n. 307A/1995, Welch c./ Regno Unito.

In esito alla predetta questione, sollevata dal G.U.P. di Trento nel 2008, la Corte costituzionale ha emesso l'ordinanza 2 aprile 2009, n. 97³⁵. La Consulta, pur dichiarando manifestamente infondata la questione, ha ritenuto corretto il ragionamento del giudice rimettente nella parte in cui individua nella confisca per equivalente una misura di natura (prevalentemente) sanzionatoria. Da ciò, il Giudice delle leggi trae spunto per risolvere in senso negativo la questione interpretativa circa la possibile applicazione della misura *de qua* a fatti commessi antecedentemente alla entrata in vigore della legge 244/2007. In altri termini, la Corte costituzionale, con l'ordinanza del 2009, afferma a gran voce l'impossibilità di un'applicazione retroattiva della confisca per equivalente (nei riguardi, cioè, di fattispecie delittuose p. e p. dal d.lgs. n. 74/2000 e perfezionatesi antecedentemente alla entrata in vigore della Finanziaria per il 2008), in ragione del fatto che la stessa possiede un'eminente vocazione – e, perciò, natura giuridica – sanzionatoria³⁶.

Al riguardo, tuttavia, si segnala un orientamento della Suprema corte di Cassazione³⁷ che, sebbene pregresso rispetto alla pronuncia del Giudice delle leggi appena citata, mostra una interessante confutazione dell'assunto circa la natura prevalentemente sanzionatoria della confisca per equivalente.

A seguire tale pronuncia, che pure sposa l'argomentazione della natura giuridica “ibrida” della confisca per equivalente, la misura in parola assolverebbe una predominante

35 C. Cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, in www.giurcost.org.

36 Invero, la confisca per equivalente potrebbe comunque essere applicata ai delitti di natura fiscale posti in essere antecedentemente alla legge n. 244/2007. Ciò diverrebbe possibile, infatti, laddove il reato tributario fosse annoverabile tra i c.d. reati- fine di un'associazione per delinquere a carattere transnazionale. Recita infatti l'art. 11 legge n. 146/2006: «*Per i reati di cui all'articolo 3 della presente legge, qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo*»; ove, il richiamato art. 3 legge 146/2006, ha cura di precisare i requisiti necessari affinché possa essere applicata la disposizione summenzionata: «*Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato*». In tal senso, v. Cass., 24 marzo 2011, n. 11969, in *Leggi d'It. prof.*)

37 Cass., sez. II, 6 luglio 2006, n. 30729, Carere, cit.

funzione recuperatoria, in quanto deputata a recuperare all'erario valori di cui non sarebbe possibile l'acquisizione attraverso la confisca "ordinaria" poiché impossibili da individuare. La riprova di quanto appena esposto viene infatti individuata nel carattere "residuale" della confisca per equivalente: essa non va disposta ove sia possibile procedere all'ablazione diretta del profitto (o del prezzo) del reato³⁸.

Le argomentazioni spese dalla Seconda sezione del 2006, inoltre, considerano una serie di fattori idonei ad impedire l'equiparazione (*sic et simpliciter*) della confisca per equivalente alla pena. Anzitutto, l'anzidetto carattere surrogatorio della confisca per equivalente non collimerebbe affatto con l'essenza della pena criminale; eccentrica sarebbe una pena la cui applicazione rimane subordinata al casuale mancato rinvenimento dell'effettivo prezzo o profitto del reato. Inoltre, non di poco momento appare la determinazione "rigida" del *quantum* assoggettabile a confisca (pari al profitto del reato), a fronte di principi generali relativi alla pena che la vogliono imprescindibilmente correlata al grado di colpevolezza dell'autore ed alla finalità rieducativa a cui la stessa dovrebbe tendere (v. artt. 27 Cost. e 133 c.p.). Infine, conclude la Corte, la pretesa natura (prevalentemente) sanzionatoria della confisca del *tantundem* non spiegherebbe la ragione per cui nella legge n. 300/2000 – che ha introdotto la misura *ex art.* 322 *ter* c.p. – sia stata inserita la disposizione dell'art. 15, che prevede espressamente l'irretroattività della misura; sarebbe infatti bastato il disposto degli artt. 25, co. 2 Cost. e 2 c.p. ad impedire l'applicazione retroattiva di una misura che si pretende esser "sanzione" in senso stretto.

Indubbiamente, l'approccio adottato dalla Seconda sezione nella sentenza Carere si rileva affascinante, soprattutto per le potenzialità risolutive della discrasia presente nel settore penal- tributario. Il riferimento va al controverso rapporto che si crea tra la confisca *ex art.* 1, co. 143 della Legge finanziaria per il 2008, la circostanza attenuante prevista dall'art. 13, commi 1 e 2 d.lgs. n. 74/2000 e la condizione cui è – ad oggi, in seguito all'introduzione del comma 2 *bis* nell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 ad opera dell'art. 2, co. 36

38 Parte della dottrina, condividendo tale assunto, riferisce al riguardo che l'afflittività della confisca per equivalente, che pur connota la misura, altro non sarebbe che detta azione di recupero forzoso del debito tributario vista dalla prospettiva dell'escusso; conseguenza, cioè, della primaria funzione recuperatoria (v. D. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente*, cit.).

vices semel d.l. n. 138/2011 (conv. in legge n. 148/2011) – subordinato l'accesso all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti³⁹.

Al fine di poter accedere al patteggiamento (ma lo stesso dicasi con riferimento al beneficio dell'attenuante ad effetto speciale di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000; v. al riguardo la nota immediatamente precedente), infatti, l'indagato/ imputato deve aver prima estinto l'obbligazione tributaria originata dai medesimi fatti che hanno integrato l'ipotesi delittuosa a questi ascritta.

Orbene, tale impostazione sortisce – se combinata all'idea della confisca quale misura eminentemente sanzionatoria, che prescinde (seppur non del tutto) dallo scopo di azzerare il vantaggio economico raggiunto con l'illecito e rimane diretta precipuamente a punire il reo per la condotta antisociale posta in essere – l'effetto pratico di far acquisire allo Stato somme che, alla luce dell'avvenuto pagamento del *quantum debeatur* prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, rimarrebbero prive di giustificazione giuridica. A ben vedere, infatti, il pagamento del debito tributario da parte del contribuente fa venir meno in maniera ineludibile la sussistenza (quantomeno, attuale) di un "profitto del reato", inteso quale indebito risparmio d'imposta o rimborso. Se tale premessa è corretta, allora la confisca- pena, in quanto parametrata proprio al profitto del reato (che non v'è più!), altro non farebbe che consentire allo Stato di vincolare, peraltro anticipatamente rispetto al momento procedimentale in cui viene accertata la sussistenza stessa del fatto di reato (il riferimento è alle misure cautelari, irrogabili sin dalla fase delle Indagini preliminari), somme di denaro o beni fungibili che siano comunque riconducibili al contribuente e che si presumono equivalenti ad un elemento che ormai è divenuto soltanto ipotetico, in quanto non più esistente *in rerum natura*. Imbarazzo che si acuisce

39 A mente della disposizione da ultimo citata «*per i delitti di cui al presente decreto l'applicazione della pena di cui all'art. 444 [c.p.p.] può essere richiesta dalle parti solo qualora ricorra la circostanza attenuante di cui ai commi 1 e 2*». Dal canto proprio, il primo ed il secondo comma della medesima disposizione così recitano: «*Le pene previste per i delitti di cui al presente decreto sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'articolo 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie*» (comma primo); «*(...) il pagamento deve riguardare anche le sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme tributarie, sebbene non applicabili all'imputato a norma dell'articolo 19, comma 1*» (comma secondo).

ove si consideri l'astratta impossibilità per il giudice (dettata dal carattere obbligatorio della confisca per equivalente) di disporre il dissequestro del *tantundem* in ragione del pagamento del debito tributario, avendo infatti – sulla base del ragionamento anzidetto – la confisca- pena e l'istanza di recupero del debito tributario finalità differenti e infungibili.

L'approdo cui giungeva la sentenza Carere avrebbe infatti consentito di bypassare l'antinomia, in ragione dello spostamento di baricentro da confisca intesa come pena a confisca quale misura volta, *in primis*, al recupero allo Stato (in senso ampio)⁴⁰ della debenza tributaria e, soltanto in via subordinata, a sanzionare il reo per la propria condotta anti-giuridica. Seguendo siffatto ragionamento si è facilmente portati a concludere nel senso di una sorta di fungibilità tra pagamento spontaneo da parte del reo – finalizzato ad ottenere il beneficio dell'attenuante di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 ovvero l'accesso al rito speciale di cui all'art. 444 c.p.p. – e l'acquisizione tramite provvedimento ablativo emesso in esito al processo; l'autorità giudiziaria, allora, non troverebbe ostacoli nel concedere il dissequestro dei beni del reo precedentemente sottoposti a vincolo di indisponibilità finalizzato alla confisca, e la giustificazione del relativo decreto sarebbe fondata sulla mancanza sopravvenuta di un "profitto" riconducibile al reato, il quale rimarrebbe infatti azzerato dal ristoro dell'obbligazione tributaria evasa.

La questione meriterebbe un approfondimento maggiore che, tuttavia, non può essere oggetto del presente studio⁴¹.

40 Per dovere di chiarezza si tiene a precisare che l'art. 86 delle disposizioni attuative del c.p.p. (d'ora in poi, disp. att. c.p.p.) prevede che i beni oggetto di confisca siano destinati alla vendita (ovviamente, ove la confisca non ricada già sopra somme di denaro). Le modalità di tale vendita sono contenute nel T.U. Spese di giustizia (d'ora in poi, T.U.S.G.) contenuto nel d.P.R. n. 115/2002. Il trasferimento è eseguito anche a mezzo degli istituti di vendite giudiziarie (art. 152 T.U.S.G.) e le somme ricavate sono devolute alla cassa delle ammende (art. 154 T.U.S.G.), dedotte le spese sostenute nella procedura di alienazione (art. 156 T.U.S.G.). L'articolo 149 T.U.S.G. stabilisce che sia disposta la vendita tranne nel caso in cui non sia previsto diversamente da norme speciali. Tale clausola fa salve tutte le norme che prevedono destinazioni diverse dei beni confiscati a seguito di condanna per i delitti tassativamente indicati nelle legislazioni speciali di riferimento.

41 In tema si segnala un recente approdo della Corte di Cassazione (sent. 24 luglio 2012, n. 30140, in *Banca dati del commercialista- il Sole 24 Ore*), la quale, partendo dall'assunto che la confisca sia funzionale a colpire l'accrescimento indebito del patrimonio del contribuente – che sia il frutto del reato tributario – e non il patrimonio del reo in quanto tale, giunge ad affermare che, nell'ipotesi di mancato versamento IVA di cui all'art. 10 *ter* d.lgs. n. 74/2000, «*le ragioni del sequestro preventivo, finalizzato alla successiva confisca, vengono meno con il pagamento rateale concordato*» del *quantum* dovuto in sede tributaria.

Tornando alla questione principale della confiscabilità dei beni – denaro ovvero altre cose fungibili – appartenenti alla società (non di comodo) per gli illeciti fiscali dell'amministratore, v'è da rilevare che l'orientamento espresso dalle recentissime Sezioni unite⁴² interviene a far chiarezza dopo prese di posizione di segno opposto da parte dello stesso Giudice di legittimità.

Un primo orientamento considerava, infatti, positivamente esperibile la confisca di beni sociali (di una società vitale nella realtà economica, non mero "schermo giuridico" del reo) in ragione dell'illecito del proprio amministratore, fondando tale assunto su argomentazioni che fanno leva, da una parte, sull'identificazione della persona giuridica col soggetto che realmente ha beneficiato – dunque, mancanza di estraneità rispetto al fatto – dell'illecito; dall'altra parte, sull'estensione interpretativa del concetto di "disponibilità" dei beni (da parte del reo), tale da ricomprendervi il semplice vincolo di soggezione della *res* all'agente giustificato della posizione assunta da questi all'interno della struttura sociale («l'indagato aveva la libera disponibilità in quanto li gestiva»; con riferimento ai beni sottoposti a sequestro "per equivalente")⁴³.

Altro orientamento, invece, facendo leva sul principio di personalità della responsabilità penale – pertanto, sull'impossibilità del concorso tra società e persona fisica autore del reato (*societas delinquere non potest*), nonché sulla specifica previsione di un tipo di responsabilità, diversa da quella penale "comune", che è propria delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231/2001) – denegava l'applicabilità della confisca del *tantundem* per ipotesi quali quella oggetto del discorso⁴⁴.

42 Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, cit.

43 Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n. 28731, Società cooperativa Burlando. In dottrina si era osservato, in modo critico, come l'orientamento indicato non fosse pienamente allineato con la realtà d'impresa, specialmente se di rilevanti dimensioni. L'istituto della delega di funzioni, ad esempio, può consentire grande autonomia gestionale da parte del delegato, senza tuttavia comportare l'abbandono di sistemi di controllo dell'operato di questi da parte di organi od altri soggetti sovraordinati; dunque, senza che si crei una commistione tra i beni del reo e quelli della società, neppure laddove lo stesso rivesta il ruolo di legale rappresentante della persona giuridica in questione (v. sul tema TRAVERSI *Confisca sui beni sociali per il reato tributario contestato al legale rappresentante*, in *Corr. Trib.*, 2011, n. 35, pp. 2885-2886; POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente*, cit.).

44 Cfr. Cass., sez. III, 14 giugno 2012, n. 23774.

Le Sezioni unite del 2014 intervengono in modo deciso sul punto, optando per una natura giuridica della confisca per equivalente di tipo (eminentemente) sanzionatorio e giungendo a formulare il seguente principio di diritto:

«I.) È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica./ II.) Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio./ III.) Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato./ IV.) La impossibilità del sequestro del profitto del reato può essere anche solo transitoria, senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti profitto del reato».

Le Sezioni unite, dunque, facendo propri i risvolti cui è giunta recentemente la Consulta (ord. cost. n. 97/2009; v. *supra*), discriminano nettamente il caso in cui siano individuabili i beni costituenti profitto (basico oppure mediato) del reato tributario commesso dall'amministratore, per cui viene sempre riconosciuta la possibilità di applicare – in via principale⁴⁵ – la confisca *ex art. 240 c.p.* nei confronti (anche) della società⁴⁶, dal

45 La Cassazione esprime chiaramente il rapporto che tra le due ipotesi di confisca (confisca- misura di sicurezza e confisca- pena) si instaura. Trattasi, appunto, di rapporto di sussidiarietà: ove è possibile l'applicazione della confisca *ex art. 240 c.p.* (confisca- misura di sicurezza) non può disporsi la confisca- pena di cui all'art. 1, co. 143 legge n. 244/2007; per converso, come espresso dalla clausola di riserva contenuta nell'art. 322 *ter c.p.* (disposizione richiamata dall'art. 1, co. 143 Legge finanziaria per il 2008), la confisca- pena trova applicazione solo ove non sia possibile l'individuazione del profitto diretto (basico o mediato che sia) del reato.

46 Confisca che ha natura, in questo caso, di misura di sicurezza, pertanto ben si giustifica un'ablazione

caso in cui detto profitto non sia rinvenibile materialmente (ma comprovata ne sia, comunque, la sussistenza). In tale ultimo caso, la Suprema corte opta incontrovertibilmente per una sostanziale "incomunicabilità dei vasi (patrimoniali)" tra amministratore e società, salvo il caso di mera società- schermo costituita *ad hoc* per occultare e rendere difficoltoso l'accertamento degli illeciti fiscali commessi dalle persone fisiche. Esclusa quest'ultima ipotesi, tuttavia, non è possibile sottoporre a vincolo di indisponibilità (ed a confisca) i beni sociali in ragione del mancato rinvenimento, nel patrimonio del reo- amministratore, del profitto del reato.

Prima di affrontare l'ultimo *punctum pruriens* che si pone con riferimento alla misura in commento, e che riguarda la problematica del concorso di persone nel reato, appare opportuno soffermarsi brevemente sulla questione che ha interessato lungamente il profilo applicativo dell'istituto *de quo*, ossia la questione dell'applicabilità della confisca per equivalente al profitto del reato nella vigenza della pregressa formulazione dell'art. 322 *ter*, co. 1 c.p. (modificato poi dalla legge n. 190/2012), la quale prevedeva la confisca del *tantundem* solo con riferimento al "prezzo del reato".

Si è già avuto modo di rilevare come l'art. 322 *ter* c.p., cui fa esplicito rinvio l'art. 1, co. 143 l. n. 244/2007, stabilisca al comma primo, considerato da opinione dominante la parte che detta la disciplina generale dell'istituto *de quo*⁴⁷, che «nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, *ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto*». La formulazione attuale, invero, è frutto di una modifica apportata con la legge n. 190/2012, la quale ha

che sia svincolata da quanto è nella disponibilità dell'agente nonché il fatto che detta misura sia irrogata a prescindere – nei limiti del concetto di "non estraneità al reato" – la responsabilità penale del soggetto terzo che subisce la confisca (si rammenti, infatti, il brocardo *societas delinquere non potest*).

47 Il comma secondo dell'art. 322 *ter* c.p. viene difatti considerato da parte della dottrina, in ragione del rimando espresso alla sola fattispecie di cui all'art. 321 c.p., "disposizione speciale" e, come tale, non applicabile fuori dei casi in essa considerati.

inserito il riferimento anche al "profitto" tra i parametri rispetto a cui è possibile procedere alla confisca per equivalente, ed ha decorrenza dal 28/11/2012⁴⁸. Prima di tale novella, la norma *de qua* consentiva la confisca del *tantundem* solo ed esclusivamente rispetto al "prezzo del reato".

L'opinione dominante⁴⁹ ha sempre ritenuto invalicabile il tenore letterale dell'art. 322 *ter*, co. 1 c.p., se non passando attraverso l'analogia *in malam partem*, volta ad assimilare i concetti di "prezzo" e "profitto" del reato ed a ritenere il riferimento fatto nella disposizione in parola frutto di mera dimenticanza dovuta al travagliato iter di approvazione della legge n. 300/2000.

Dal canto proprio, i sostenitori della tesi opposta, ancorché minoritaria, si prefissavano di superare lo stallo applicativo che siffatta formulazione comportava⁵⁰ attingendo gli strumenti interpretativi dal panorama comunitario; una scelta argomentativa che, in seguito all'estensione del c.d. obbligo di interpretazione conforme, avvenuto con la Sentenza Pupino del 2005⁵¹, appariva quantomai razionale. La decisione-quadro del Consiglio 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, relativa alla "Confisca dei beni, strumenti e proventi del reato", infatti, all'art. 2 imponeva a ciascun stato membro l'adozione di « *misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*»; mentre l'art. 1 della decisione citata ornava una definizione compiuta di "provento del reato", nel senso di considerare tale «*ogni vantaggio economico derivante da reato*», ossia un concetto che in tutto e per tutto è

48 La questione, dunque, si presenta sempre attuale con riferimento alle ipotesi di reato consumate prima del dicembre 2012, in ragione della natura sanzionatoria riconosciuta alla confisca per equivalente.

49 V., in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 12 marzo 2006, Tortici, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 234505; Cass., sez. VI, 5 novembre 2008, Marzetti, in *Guida al dir.*, 2009, 22, p. 69. Per contributi dottrinali v. BENUSSI, Sub art. 322 *ter*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI- DOLCINI, Milano, 2006, II, p. 2319.

50 Si consideri che alcuni reati cui fa riferimento l'art. 322 *ter* c.p., reati quali la concussione di cui all'art. 317 c.p., nonché gli stessi reati tributari, a cui invece si applica la disposizione in parola, non prevedono un "prezzo" (in senso proprio) per la loro commissione, bensì un "profitto" che l'autore trae a posteriori dall'illecito.

51 Corte di giustizia delle comunità europee (C.G.C.E., oggi C.G.U.E.), Grande sezione, 16 giugno 2005, C- 105/03, Pupino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3167.

sovrapponibile al "nostrano" concetto (*rectius*, ingloba in sé il significato) di profitto del reato.

Sulla questione sono infine intervenute le Sezioni unite con la nota Sentenza Caruso del 2009⁵², le quali hanno sostanzialmente aderito all'orientamento più rigoroso. Muovendo dalla mancanza di chiari appigli normativi, funzionali ad attribuire al termine "prezzo" un significato differente rispetto a quello comune, nonché dalla piena consapevolezza dei limiti che la tecnica dell'interpretazione estensiva incontra per non trasmodare nell'analogia (peraltro, *in malam partem*, pertanto vietata dal principio generale di legalità- tassatività), il Supremo consesso ha infatti concluso nel senso di ritenere «*inconfutabile la previsione della inoperatività della confisca per equivalente per profitti derivanti dalle fattispecie di reato previste al comma 1 [dell'art. 322 ter], diverse dalla corruzione attiva, nelle quali il vantaggio ottenuto dal reato non è qualificabile come "prezzo"»*.

Con riferimento ai reati tributari, invero, la questione è stata affrontata e risolta da giurisprudenza costante in termini diversi. L'inquadramento veniva fornito da una ulteriore (e più risalente) pronuncia delle Sezioni unite, ossia la Sentenza Muci del 2005⁵³.

Detta pronuncia si occupava dell'applicabilità della confisca per equivalente, disciplinata *per relationem* dall'art. 640 *quater* c.p. (che, appunto, richiama l'art. 322 *ter* cp), in relazione alle ipotesi aggravate di truffa, ossia con riferimento a delitti ove non è ontologicamente possibile individuare un "prezzo del reato".

L'antinomia veniva però portata a composizione dalle Sezioni unite Muci sulla base, anzitutto, dei termini del rinvio fatto dall'art. 640 *quater* all'art. 322 *ter* c.p. La norma del Titolo XIII del Libro II, infatti, limita – o, forse più correttamente, amplia – l'estensione delle disposizioni contenute nell'art. 322 *ter* c.p. a quelle che si prestano ad essere considerate «applicabili» alle ipotesi delittuose in essa annoverate. Da ciò, la Suprema corte traeva prova della volontà, da parte del legislatore, di riferirsi al completo dettato dell'art. 322 *ter* c.p. e non soltanto a quanto disposto nel suo primo comma, in quanto,

52 Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, Caruso, in *Cass. pen.*, 2010, p.101.

53 Cass., Sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1382.

come evidenzerebbero anche i lavori preparatori della legge n. 300/2000 (introduttiva delle due disposizioni succitate), «tra la figura del funzionario pubblico corrotto o concussore», considerata al comma primo dell'art. 322 *ter* c.p., «e quella del privato corruttore», considerata invece dal comma secondo, «fosse quest'ultima, per la qualità dell'agente e la natura del vantaggio illecito derivante dal reato, quella maggiormente assimilabile ai responsabili di truffe ai danni di soggetto pubblico»⁵⁴. L'estensione del richiamo ad entrambe le ipotesi considerate dall'art. 322 *ter* c.p., dunque, ha permesso alla Cassazione di bypassare il problema del riferimento al solo "prezzo del reato" contenuto nel succitato comma primo; in tal maniera, ha sostanzialmente reso applicabile la confisca del *tantundem* alle ipotesi aggravate di truffa, ove più che il "prezzo del reato" ne è riscontrabile un "profitto" da parte dell'autore.

Come accennato, le linee tracciate dalle Sezioni unite Muci sono state seguite dalla pressoché costante giurisprudenza in materia di reati tributari, in virtù della medesima tecnica legislativa di rinvio condizionato all'art. 322 *ter* c.p. utilizzata nel comma 143 dell'art. 1 legge n. 244/2007. Ciò ha fatto sì che la problematica in parola non tangesse, sostanzialmente, questa branca del diritto penale; un approccio che, invero, non è andato esente da critiche in ambito dottrinale.

L'ultima questione che resta da analizzare in questa parte è quella relativa al concorso di persone nel reato tributario in rapporto all'applicazione della misura cautelare reale (prima) ed ablativa della confisca (poi). La questione appare interessante soprattutto se esaminata sotto il profilo del nuovo inquadramento – confisca come misura prevalentemente sanzionatoria⁵⁵ – dato all'istituto da ultimo citato.

Il paradigma della confisca- pena ha difatti portato la giurisprudenza di legittimità ad avanzare schemi argomentativi tesi ad estendere la parificazione punitiva ("tutti rispondono per il medesimo fatto di reato"), tipica del concorso di persone nel reato, anche sotto il profilo relativo alla misura in parola. È stato infatti sostenuto che, in ragione del principio solidaristico ricavabile dall'art. 110 c.p., il quale implica – come anticipato

54 Cass., Sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, cit.

55 Cfr. C. cost., sent. n. 97/2009, cit.; Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, cit.

poc'anzi – l'imputazione dell'intero fatto di reato e delle conseguenze sanzionatorie in capo a ciascun concorrente, la confisca per equivalente ben può interessare ogni singolo partecipe per l'intero ammontare del profitto del reato, salvo l'eventuale riparto *pro quota*, che tuttavia è questione interna al rapporto tra i concorrenti medesimi e che, perciò, rimane estranea al diritto penale. Logica conseguenza è che, già in sede cautelare, dunque col sequestro preventivo, potrà essere costituito un vincolo di indisponibilità sui beni del singolo per un importo pari al profitto complessivo del reato; e ciò, anche nel caso in cui il concorrente costretto a sopportare la misura abbia fornito un contributo minimo alla realizzazione del reato, abbia beneficiato solo in parte ovvero non abbia beneficiato affatto dei proventi derivanti dal delitto⁵⁶.

Ma la giurisprudenza è giunta ad ulteriori approdi, ammettendo finanche la reiterazione delle misure cautelari, divenendo così sequestrabili i beni di tutti i concorrenti, ciascuno fino a concorrenza del profitto globale ricavato dal reato. La giustificazione fa perno, da una parte, sulla funzione ontologica delle misure cautelari, ossia assicurare l'efficacia pratica della sentenza di condanna (c.d. strumentalità rispetto all'accertamento); dall'altra, sulla provvisorietà e sul "giudizio allo stato degli atti" quali connotati tipici di tali misure, che simboleggiano l'assoluta impossibilità di statuire con certezza sul *quantum* effettivo di profitto conseguito con l'illecito nonché sul personale contributo dato da ciascun concorrente. Detto orientamento si preoccupa, infatti, di prevenire effetti squalificanti rispetto alla misura in parola possibili in quei casi in cui, di tutti i concorrenti, uno solo venga riconosciuto colpevole e verso costui non sia stato compiuto lo spossessamento funzionale alla successiva confisca per equivalente⁵⁷.

In dottrina si registrano però forti critiche alle argomentazioni portate avanti dalla giurisprudenza, *in primis* perché, consentendo il sequestro per l'intero nei confronti di tutti i concorrenti, si introducevano impropriamente nel settore penale categorie mutate dal diritto civile, confondendo le obbligazioni solidali di contenuto restitutorio e risarcitorio (artt. 185 e 187 c.p.) con la misura ablativa della confisca, che invece è diretta a

56 Cfr. Cass., sez. V, 16 gennaio 2004, Napolitano.

57 Cfr. Cass., sez. II, 6 luglio 2006, Carere, cit.

neutralizzare il vantaggio economico di derivazione illecita. In secondo luogo, l'impostazione giurisprudenziale viene attaccata sotto il profilo della erronea applicazione della disciplina generale sul concorso di persone nel reato. Se è pur vero, infatti, che ciascun concorrente risponde per il fatto (complessivamente) realizzato, il *quantum* di pena rimane sempre e comunque parametrato all'effettivo contributo che questi ha dato alla realizzazione del reato⁵⁸; riprova ne è il disposto dell'art. 114 c.p., che prevede la possibilità di irrogare una pena più mite nei confronti del concorrente che ha fornito un apporto minimo. Infine, viene rilevato come, il relegare l'individuazione dell'effettivo vantaggio attribuibile a ciascun concorrente ai meri rapporti interni tra questi, ovvero sia allo strumento civilistico della rivalsa verso i coobbligati in solido, come tale limitato ai beni su cui insiste un diritto di proprietà da parte di questi ultimi (anziché il più ampio nesso di "disponibilità", sulla cui base è operata l'ablazione da parte dello Stato), comporterebbe l'ammissibilità di un trattamento deteriore rispetto agli altri concorrenti rimasti esenti dallo spossessamento coattivo e – successivamente – dalla confisca.

Da parte della giurisprudenza, invero, si è prospettato anche un orientamento "mediano", che conciliasse le esigenze di efficacia della misura ablativa e quelle connesse ad un'equa ripartizione (*pro quota*) dell'effettivo vantaggio tratto dal singolo attraverso la propria partecipazione al delitto.

Le Sezioni unite Fisia Italimpianti del 2008⁵⁹ hanno infatti sposato detta linea, sostenendo la possibilità che il sequestro preventivo (finalizzato alla confisca per equivalente) possa interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti, anche per l'intero (senza tuttavia eccessi o duplicazioni), solo «*ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta d'individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione*». Sebbene, dunque, le Sezioni unite succitate respingano la duplicazione nell'imposizione del vincolo finalizzato alla futura confisca per equivalente, non si rinviene una vera cesura rispetto all'orientamento più sedimentato che pretende il sequestro –

58 La regola generale rimane, infatti, quella di cui all'art. 133 c.p.

59 Cass., Sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), Fisia Italimpianti e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1738 ss.

rispetto al singolo concorrente – del complessivo profitto (*rectius*, di quanto corrisponde al profitto globale tratto dal reato), in ragione della mera impossibilità fisiologica (nel giudizio cautelare) di accertare la quota effettiva attribuibile al correo.

3. Parentesi procedurale: il sequestro e la sua funzione rispetto alla confisca.

Il vigente Codice di procedura penale conosce tre diverse forme di sequestro, due delle quali sono considerate e disciplinate dal Libro IV del codice, ossia rientrano nell'ambito delle c.d. Misure cautelari; l'ultima, invece, annoverata tra i mezzi di ricerca della prova di cui al Titolo III del Libro III. Si tratta, rispettivamente, del sequestro conservativo (art. 316 c.p.p.), del sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) e del sequestro probatorio (art. 253 c.p.p.).

Caratteristica comune a tutte e tre le tipologie di sequestro è quella di creare un vincolo di indisponibilità su una cosa mobile o immobile, attraverso lo spossessamento coattivo della stessa, differenziandosi tra loro, oltreché per il dato sistematico, per le differenti finalità a cui sono preposte.

Il sequestro conservativo, disciplinato dagli artt. 316 ss. c.p.p., pone infatti un vincolo di indisponibilità su un bene mobile o immobile allo scopo di garantire l'adempimento delle obbligazioni civili sorte in conseguenza sia del compimento del reato, sia del costo del procedimento penale. Il legislatore delegato ha voluto, con esso, impedire che le garanzie patrimoniali di proprietà dell'imputato e/o del responsabile civile, funzionali ad assolvere al risarcimento del danno e ad onorare le c.d. Spese di Giustizia, possano andare disperse o diminuite nell'attesa della condanna definitiva.

Il sequestro preventivo, invece, è volto ad impedire che «*la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati*» (art. 321, comma 1 c.p.p.); finalità di prevenzione generale al cui denominatore comune possono ben essere ricondotte anche le ipotesi di cui ai commi 2 e 2 *bis* della medesima disposizione, ossia, rispettivamente, il sequestro della

“cosa pericolosa in sé”⁶⁰ – di cui è consentita ovvero imposta la confisca – e l'ipotesi di sequestro “obbligatorio” relativo a beni provenienti da reati commessi da pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione.

Il sequestro probatorio, infine, quale mezzo di ricerca della prova, assurge alla finalità di assicurare al procedimento penale una cosa (mobile o immobile), rilevante per l'accertamento dei fatti, di cui è necessario conservare immutate le caratteristiche.

Restringendo il campo della presente analisi – per ovvie ragioni di inerenza – alle tipologie di sequestri considerate dal Libro IV del codice di rito, v'è da specificare che la finalità cautelare, che contrassegna i sequestri conservativo e preventivo, lega le predette misure non soltanto al bene oggetto del provvedimento inibitorio, bensì anche alla prevedibile condotta che andrà assumendo il possessore della cosa stessa. Si rammenti, infatti, che la fattispecie prevista dagli artt. 316 ss. c.p.p. è diretta a preservare le garanzie patrimoniali funzionali all'assolvimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato contro le eventuali condotte depauperanti intraprese dall'imputato o dal responsabile civile; mentre il sequestro preventivo ha la finalità di impedire che, attraverso l'uso (in senso lato) di quel determinato bene, il reato venga portato a più gravi conseguenze, ovvero vengano commessi ulteriori reati. Tipica di ambedue le misure è – come pure si è accennato sopra, con riferimento alla problematica del concorso di persone nel reato – la funzione cautelare di evitare che il passaggio del tempo possa pregiudicare irrimediabilmente l'efficacia pratica della sentenza (irrevocabile) di condanna.

Quanto alle caratteristiche che le due figure assumono singolarmente, preme anzitutto rilevare come il sequestro c.d. conservativo si fonda sui requisiti civilistici del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare come, per quanto riguarda il requisito del *fumus*, esso vada individuato, non tanto nella probabilità di una condanna dell'imputato, quanto nella sussistenza di un processo penale⁶¹; mentre il *periculum in mora* viene identificato col timore di un'insufficienza del patrimonio dell'imputato o del responsabile civile a soddisfare le

60 Si rammenta che utilizza quest'espressione TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, cit., p. 452, riferendosi, appunto, all'ipotesi considerata dal secondo comma dell'art. 321 c.p.p.

61 Cass., sez. III, 7 novembre 1990, Lo Bianco, in *C.E.D. Cass.* n. 186134.

obbligazioni nascenti dal reato (e dal procedimento), unitamente ad una prognosi di condotta che faccia presumere la dispersione o sottrazione dello stesso⁶².

La richiesta di sequestro *ex art. 316 c.p.p.* è dunque avanzata dal Pubblico Ministero «*in ogni stato e grado del processo di merito*», allo scopo di garantire le risorse necessarie al pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'Erario dello Stato⁶³; ed è diretta verso i beni mobili o immobili dell'imputato, ovvero somme o cose a questi dovute, «*nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento*» (comma primo). Inoltre, qualora vi sia fondato motivo di ritenere che le garanzie delle obbligazioni civili derivanti da reato possano essere disperse, anche la parte civile potrà domandare il sequestro conservativo dei beni dell'imputato (oppure del responsabile civile, in questo caso; art. 316, co. 2 c.p.p.). La *littera legis*, peraltro, richiamando da una parte le figure processuali della "parte civile", dell' "imputato" e del "responsabile civile", e riferendosi dall'altra, non genericamente al procedimento penale, ma esplicitamente al "*processo di merito*", evidenzia con chiarezza quale sia il momento esatto in cui detta misura potrà essere domandata da parte del P.M. o dal danneggiato dal reato: soltanto dopo che l'azione penale è stata esercitata. Se ne deduce che non potrà esser chiesto il sequestro conservativo dei beni dell'imputato (ad es., di un saldo di conto corrente) già nel corso delle indagini preliminari.

62 Cass., sez. II, 23 gennaio 1998, Araldi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 243.

63 Interessanti sono i profili di possibile connessione della misura in parola con quella del sequestro preventivo, rilevabili in virtù del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 323, co. 4 e 316 c.p.p. Come sarà riportato anche *infra*, il sequestro preventivo (inteso quale provvedimento autonomo, slegato dalla confisca) decade in seguito all'emanazione della sentenza di primo grado, sia essa di proscioglimento – oppure di non luogo a procedere, se emessa in Udienza preliminare – che di condanna; in tale ultimo caso, i commi 1 e 3 dell'art. 321 c.p.p. sono chiari nello stabilire che ciò che perdura non è il sequestro preventivo come misura cautelare propriamente intesa, bensì *gli effetti di questo relativamente a quei beni sui quali viene disposta la confisca (ex art. 240 c.p. o per equivalente)*. Il comma quarto dell'art. 323 consente di impedire l'effetto "automatico" della restituzione dei beni sottoposti a sequestro preventivo nel caso in cui venga avanzata richiesta di conversione della misura da parte del P.M. a garanzia dei crediti di cui all'art. 316 c.p.p. La norma da ultimo citata consente, appunto, come si avrà modo di specificare nel corpo della presente relazione, di sequestrare i beni dell'imputato a garanzia del pagamento di «*ogni (...) somma dovuta all'erario dello Stato*»; espressione che, peraltro, ben potrebbe comprendere in sé il c.d. debito tributario.

Il sequestro conservativo è disposto dal giudice⁶⁴ *inaudita altera parte*, valutando se la pretesa del richiedente è fondata e se sussistono le summenzionate esigenze cautelari. L'ordinanza predetta verrà dunque eseguita dall'ufficiale giudiziario secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per l'esecuzione del sequestro conservativo sui beni mobili o immobili (ossia, attraverso il pignoramento dei beni mobili e la trascrizione del provvedimento nei registri immobiliari).

Il provvedimento di sequestro può essere revocato – ovvero può il giudice disporre con decreto che non si proceda allo stesso – qualora l'imputato o il responsabile civile offrano idonea cauzione (art. 319 c.p.p.); può altresì essere revocato qualora vengano meno i presupposti che giustificano l'adozione del provvedimento cautelare.

È doveroso sottolineare come «*gli effetti del sequestro cessano quando la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere non è più soggetta ad impugnazione*» (art. 317, co. 4 c.p.p.); i beni sottoposti a sequestro conservativo rimangono dunque sottratti alla disponibilità dell'imputato o del responsabile civile fino a quando la sentenza di proscioglimento non diventa irrevocabile, salve le predette ipotesi di revoca intervenute nel corso del procedimento. In caso di condanna (definitiva) il sequestro conservativo si converte invece in pignoramento (art. 320 c.p.p.). Sul prezzo ricavato dalla vendita dei beni – e sulle somme depositate a titolo di cauzione (non devolute alla cassa delle ammende) – sono pagate, nell'ordine: i) somme dovute alla parte civile a titolo di risarcimento del danno e di spese processuali; ii) pene pecuniarie; iii) spese di procedimento; iv) ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato (art. 320, co. 2 c.p.p.).

L'altro tipo di misura cautelare reale previsto dal nostro codice di rito – peraltro, quella che interessa direttamente l'oggetto della presente relazione – è il c.d. sequestro preventivo. Come già anticipato, detta misura è improntata al fine di interrompere il compimento di un reato, ovvero impedire che se ne commettano di nuovi. La finalità tipica

64 Il testo dell'art. 317, commi 1 e 2 c.p.p. è chiaro nell'indicare che competente ad emettere l'ordinanza di sequestro conservativo è il «*giudice che procede*». Nel periodo che corre tra l'emissione del provvedimento che dispone il giudizio e la trasmissione degli atti al giudice competente, è invero compito del G.I.P. pronunciarsi in merito al sequestro conservativo. Nel caso in cui sia stata pronunciata sentenza soggetta ad impugnazione, il sequestro conservativo sarà ordinato, prima che gli atti siano trasmessi, dal giudice che l'ha pronunciata; successivamente sarà invece il giudice che dovrà decidere sull'impugnazione.

di prevenzione dell'illecito comporta che, sotto il profilo dei soggetti legittimati, solo il Pubblico ministero possa domandarne al giudice l'applicazione (art. 321, comma 1 c.p.p.)⁶⁵. Il giudice⁶⁶ dispone il sequestro con decreto motivato *inaudita altera parte*.

Sempre con riferimento alla finalità per cui è previsto, il sequestro preventivo trova frequente applicazione nelle fasi iniziali del procedimento penale, specialmente durante le indagini preliminari dove competente ad emettere il provvedimento in parola è il Giudice per le Indagini Preliminari. Qualora si versi in condizioni di urgenza, tali da non consentire l'attesa del provvedimento del G.I.P., il sequestro sarà invece disposto dal Pubblico ministero (sempre con decreto motivato); prima dell'intervento di quest'ultimo, invece, saranno gli stessi ufficiali di P.G. a provvedere al riguardo, curando di trasmettere il relativo verbale entro quarantotto ore al P.M. del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. In ogni caso, salva restituzione disposta dal P.M. in esito alla predetta trasmissione del verbale da parte della P.G, la procedura *ex abrupto* necessita della convalida del Giudice per le Indagini Preliminari, la quale avviene con ordinanza e deve necessariamente intervenire entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta inoltrata dal magistrato requirente, pena la perdita di efficacia del sequestro stesso⁶⁷. È doveroso rilevare come gli atti che il giudice è chiamato ad emettere in questo caso sono due: ordinanza di convalida e decreto di sequestro. A tal proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che contro l'ordinanza di convalida non è ammessa impugnazione⁶⁸; il decreto di sequestro

65 Si segnala al riguardo la normativa di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 106/2006, la quale prevede, in linea generale, che per le richieste avanzate dal Sostituto Procuratore sia necessario l'assenso scritto del Procuratore della Repubblica (comma 2). Il comma terzo della medesima disposizione consente tuttavia a quest'ultimo di emanare apposita direttiva d'ordine generale con cui si dispensa dall'assenso scritto le ipotesi di richiesta di sequestro preventivo, avuto riguardo al valore del bene oggetto della richiesta ovvero alla rilevanza del fatto per il quale si procede.

L'assenso scritto del Procuratore della Repubblica non è invece necessario nel caso di richiesta di convalida *ex art. 321, co. 3 bis c.p.p.* avanzata dal Sostituto Procuratore (art. 3, co. 4 D.Lgs. cit.).

66 Ad emettere il decreto di sequestro preventivo è il «*giudice competente a pronunciarsi nel merito*» (art. 321, comma 1 c.p.p.).

67 Il Pubblico Ministero dovrà dunque avanzare al G.I.P., entro le quarantotto successive all'emissione «*motu proprio*» del provvedimento ovvero dalla trasmissione del verbale da parte degli ufficiali di P.G., richiesta di convalida del sequestro eseguito *ex abrupto* e contestuale emissione del decreto motivato *ex art. 321, co. 1 c.p.p.* Il sequestro, infatti, perde la propria efficacia qualora non siano rispettate le tempistiche indicate dal comma 3 *bis* della medesima disposizione (art. 321, co. 3 *ter* c.p.p.).

68 Cass., Sez. Un., 31 maggio- 7 giugno 2005, n. 21334, Napoletano.

preventivo è invece passibile di riesame innanzi al tribunale del capoluogo di provincia ex artt. 322 e 324 c.p.p. (v. *infra*).

È doveroso specificare, avendo accennato all'ipotesi di sequestro effettuato di propria iniziativa dalla P.G., che la norma di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. specifica che «nel procedere agli atti indicati nell'art. 356 del codice, la Polizia Giudiziaria avverte la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia». L'indagato ha dunque il diritto di farsi assistere dal proprio difensore nel caso in cui la P.G. compia attività ai sensi degli artt. 352, 353 comma 2 e 354 c.p.p., configurandosi, nel caso in cui la polizia ometta di darne avviso, un'ipotesi di nullità c.d. a regime intermedio (ossia ex art. 180 c.p.p., in riferimento all'art. 178, lett. c) c.p.p.)⁶⁹.

Il sequestro preventivo è eseguito con le forme del pignoramento presso il debitore e presso i terzi di beni mobili o di crediti; della trascrizione del provvedimento per i beni immobili o mobili registrati; dell'annotazione nei libri sociali ed iscrizione nel registro delle imprese per azioni e quote sociali. Relativamente, invece, al regime di custodia dei beni sequestrati appare stimolante rilevare come la legge n. 23/2014 (c.d. delega fiscale) all'art. 8 – rubricato, nell'insieme, "*Revisione del sistema sanzionatorio*" – preveda, tra le direttive per l'esercizio della funzione legislativa delegata, «l'estensione della possibilità, per l'autorità giudiziaria, di affidare in custodia giudiziale i beni sequestrati nell'ambito di procedimenti penali relativi ai delitti tributari agli organi dell'amministrazione finanziaria che ne facciano richiesta al fine di utilizzarli direttamente per le proprie esigenze operative».

Il sequestro preventivo è immediatamente revocato, a richiesta del P.M. o di chi ne abbia interesse, qualora siano venute meno le esigenze preventive considerate dalla legge. Durante la fase delle indagini, competente a disporre il dissequestro è il Pubblico Ministero che provvede con decreto motivato, notificato a coloro aventi diritto di proporre impugnazione; qualora ritenga che la richiesta pervenutagli da parte dell'interessato sia anche parzialmente da respingere, questi trasmette gli atti al G.I.P. presentando le proprie richieste specifiche e gli elementi sui quali dette valutazioni si fondano. La restituzione può

69 V. Cass., sez. III, 3 aprile- 11 maggio 2007, Piras, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 203.

comunque essere subordinata al rispetto da parte dell'interessato di specifiche prescrizioni atte ad elidere le esigenze cautelari per cui è disposta la misura, imponendo inoltre idonea cauzione a garanzia dell'adempimento delle prescrizioni nel termine stabilito⁷⁰.

Qualora non sia intervenuta revoca del provvedimento, detta tipologia di sequestro incontra il suo limite massimo di efficacia nella sentenza che conclude il primo grado del giudizio, ancorché impugnabile. Da quel momento, infatti, gli effetti della misura cautelare decadono e dei beni soggetti al vincolo di indisponibilità dovrà essere disposta la restituzione, salvo appunto ne venga ordinata la confisca (art. 323, commi 1 e 3 c.p.p.)⁷¹.

Prima di dedicarsi brevemente al regime delle impugnazioni, si reputa opportuno specificare che l'ampio riferimento fatto nel comma secondo della disposizione in parola consente una versatile applicazione della misura del sequestro preventivo, idonea pertanto ad apprendere beni che siano direttamente collegati al reato (confisca "ordinaria" del profitto basico o mediato) ovvero beni che siano nella disponibilità del reo e che posseggano valore equivalente al prezzo od al profitto del reato, ove appunto si versi nell'impossibilità di identificare compiutamente il *fructum scleris* (artt. 322 *ter* c.p. e 1, co. 143 legge n. 244/2007).

Comuni ad ambedue le predette misure cautelari sono i principali mezzi di impugnazione. Difatti, gli artt. 318 e 322 del codice di rito ammettono, per entrambe le tipologie di sequestro, la possibilità di esperire il procedimento di riesame così come disciplinato dall'art. 324 c.p.p. L'eventuale richiesta di riesame – giova premettere – non possiede comunque efficacia sospensiva del provvedimento di sequestro.

Legittimati a domandare il riesame del decreto di sequestro preventivo sono «*l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione*» (art. 322, co. 1 c.p.p.); mentre, per quanto riguarda la misura di tipo conservativo, la norma fa generico riferimento a «*chiunque vi abbia interesse*» (art. 318, co. 1 c.p.p.).

70 Arg. ex art. 85 disp. att. c.p.p.

71 V. *supra*, nota 63.

Competente a decidere dell'impugnazione è il c.d. Tribunale del riesame, ossia il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento, il quale decide in composizione collegiale. La richiesta di riesame, motivata o meno⁷², deve essere depositata nella cancelleria del tribunale predetto entro dieci giorni dall'esecuzione, ovvero decorrenti dalla diversa data in cui l'interessato abbia avuto conoscenza del provvedimento. Il difensore dell'indagato ha comunque il potere di impugnare la misura *ex* dell'art. 99, comma 1 c.p.p., tuttavia, i dieci giorni consentiti dalla legge per spiegare la propria istanza avranno decorso dall'esecuzione del provvedimento ovvero dall'avvenuta conoscenza da parte del proprio assistito, non essendo questi titolare di un obbligo di notifica nei propri confronti⁷³.

Il procedimento si svolge in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p.; della fissazione dell'udienza dev'essere dato avviso, almeno tre giorni prima, al P.M. mediante comunicazione e notificato al difensore e a chi ha proposto l'istanza. Il Tribunale del riesame decide nei dieci giorni successivi alla ricezione degli atti. Avendo l'art. 324 espressamente richiamato le disposizioni dei commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p., si evince che il Giudice del riesame non è, al pari di quello competente per le misure cautelari personali, vincolato ai motivi enunciati dall'istante. In secondo luogo, detto esplicito rinvio fa sì che, qualora non vengano rispettate le tempistiche scandite dalla disposizione in parola, anche la misura reale perda la propria efficacia.

Contro l'ordinanza di diniego del sequestro preventivo (il P.M.), contro l'ordinanza che respinge l'istanza di revoca proposta dall'imputato e contro il decreto di revoca emesso dal Pubblico Ministero (l'imputato il difensore, colui al quale le cose sono state sequestrate e l'avente diritto alla restituzione), può essere proposto appello al tribunale collegiale del capoluogo della provincia in cui ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento, «*enunciandone contestualmente i motivi*» (art. 322 *bis* e 310, co. 1 c.p.p.); l'appello non sospende l'esecuzione del provvedimento. Il procedimento si svolge anch'esso in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.).

72 Chi ha spiegato istanza di riesame può infatti enunciare i motivi, ovvero avanzarne di nuovi, davanti al giudice «*prima dell'inizio della discussione*», facendone dare atto a verbale (art. 324, co. 4 c.p.p.).

73 V. Cass., Sez. Un., 3 agosto 2006 (dep.), n. 27777.

Infine, ai sensi dell'art. 325 c.p.p., «contro le ordinanze emesse a norma dell'art. 322 bis e 324 [del codice di rito], il Pubblico Ministero, l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre ricorso per cassazione per violazione di legge», ossia ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) c.p.p.: per «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale». Il ricorso alla Suprema corte può inoltre avvenire *per saltum*, entro dieci giorni dall'emissione del provvedimento di sequestro, la quale rende inammissibile la richiesta di riesame. Si esperisce l'impugnazione di legittimità depositando ricorso, corredato dei motivi, nella cancelleria del giudice che ha emesso l'ordinanza impugnata; il ricorrente ha comunque facoltà di enunciare nuovi motivi davanti alla Corte, prima dell'inizio della discussione (art. 311, co. 4 c.p.p., richiamato dallo stesso art. 325).

4. La confisca nel regime della responsabilità degli enti ed il rapporto con i reati tributari.

Ai sensi dell'art. 27 Cost. «la responsabilità penale è personale». L'assunto, nella sua essenzialità, è ricolmo di significati. "Personalità" della responsabilità richiama, *prima facie*, la persona umana nei tratti essenziali che la connotano, cioè un corpo ed una mente. Il fatto di reato è – per dirla con un'espressione classica del diritto penale – un "fatto umano, antiggiuridico e colpevole", ossia un comportamento che, disapprovato dall'ordinamento, abbia trovato estrinsecazione nella realtà fattuale e si presenti legato al suo autore sia sotto il profilo della derivazione materiale che sotto quello dell'appartenza psicologica.

Se tanto è corretto, le persone giuridiche e gli organismi collettivi (più in generale), i quali non possono ontologicamente esprimere una volontà personale poiché fatti di persone fisiche che imprimono ad essi un proprio indirizzo (sia questo univoco o "di maggioranza"), non possono dunque esser mai considerati soggetti (attivi) del reato. Detta conclusione è infatti ben resa dal tradizionale brocardo "*societas delinquere non potest*".

Per ovviare a detta zona di immunità, con il d.lgs. n. 231/2001, attuativo della delega presente nella succitata legge n. 300/2000, l'ordinamento è stato dotato della possibilità di riconoscere in capo all'ente una diversa forma di responsabilità "da reato". L'antico adagio sopra menzionato ha infatti ceduto il posto ad un nuovo principio, a mente del quale "*societas puniuri potest*".

La normativa in parola è volta dunque a disciplinare «la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato» ed è rivolta agli enti forniti di personalità giuridica nonché alle società e associazioni anche prive di tale personalità, esclusi lo Stato, gli enti territoriali, enti pubblici non economici ed enti che «svolgono funzioni di rilievo costituzionale» (art. 1 d.lgs. n. 231/2001).

Come anticipato, la responsabilità "da reato" degli organismi collettivi è di tipo amministrativo, ancorché i caratteri che la connotano e lo stesso procedimento applicativo seguano il modello proprio della responsabilità di tipo penalistico. Riprova di tale ultima asserzione si trae, per quanto riguarda il lato procedimentale, dall'esplicito rimando effettuato dagli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231/2001⁷⁴; mentre, per quel che concerne l'ambito punitivo, la sostanza penalistica della responsabilità "da reato" degli enti si ricava, anzitutto, dal chiaro riferimento alla necessaria integrazione di una fattispecie di reato affinché possa scattare il meccanismo punitivo del d.lgs. n. 231/2001 (art. 5 d.lgs. 231/2001: «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio»); peraltro, il combinato disposto degli artt. 2 e 3 d.lgs. in parola chiaramente appalesa l'acquisizione nel comparto *de quo* del principio di legalità tipico del diritto penale "tradizionale" – in tutte le declinazioni che ad esso sono riconosciute: legalità- riserva di legge, determinatezza/ tassatività ed irretroattività – nonché di quelle regole che sono tipiche del fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo⁷⁵. La natura contemporaneamente amministrativa di siffatto tipo di responsabilità è invece dimostrata dal novero delle sanzioni che all'ente sono applicabili. Esse sono infatti annoverate nel

74 V. inoltre l'art. 44 d.lgs. cit., che estende l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, sul modello del beneficio accordato dal codice di procedura penale all'imputato (ribadita nella lett. A della disposizione in parola), alla persona che nel processo rappresenta l'ente. Ma gli esempi di omogeneità di sostanza tra la responsabilità di tipo penale "tradizionale" e quella prevista per gli enti sono innumerevoli.

75 Cfr. infatti gli artt. 2 c.p. e 3 d.lgs. n. 231/2001.

comma primo dell'art. 9 d.lgs. in parola e sono: a) sanzioni pecuniarie; b) sanzioni interdittive; c) la confisca (che qui assume la natura esplicita di sanzione principale, dunque "patteggiabile" – se non nell'*an*, in ragione del dettato letterale dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, il quale afferma che la misura della confisca «è sempre ordinata» – nel *quantum*, secondo lo schema di cui agli artt. 62 d.lgs. n. 231/2001 e 444 ss. c.p.p.); d) la pubblicazione della sentenza di condanna.

Il brocardo summenzionato tuttavia resta valido sotto il profilo della configurabilità del reato: l'organismo collettivo non può porre in essere una condotta che sia cosciente e volontaria nella direzione all'illecito penalmente rilevante. Pertanto il legislatore delegato del 2001 ha considerato una forma di responsabilità per certi versi "indiretta", in quanto riferita all'illecito commesso da persone fisiche che rivestono – nell'organigramma aziendale – un ruolo apicale ovvero sono a queste gerarchicamente subordinate, di cui l'ente abbia effettivamente beneficiato o, comunque, avrebbe dovuto beneficiare⁷⁶.

Tuttavia, poiché non può sussistere in diritto penale una responsabilità che sia (esclusivamente) per fatto altrui, l'assoggettabilità dell'ente a sanzione viene collegata ad un comportamento negligente di tipo omissivo che sia a questi direttamente ascrivibile (c.d. colpa di organizzazione). Gli artt. 6 (con riferimento all'illecito commesso da chi sta ai vertici dell'organismo collettivo) e 7 (disciplinante, invece, il caso in cui il reato venga commesso da persone poste in posizione subordinata) del decreto in parola, infatti, fanno riferimento ad un *deficit* organizzativo e gestionale esistente – al momento del fatto – internamente all'ente, il quale abbia consentito (o agevolato) la condotta criminosa del dipendente.

Emergono tuttavia differenze, relativamente alle due ipotesi suddette, nel concreto atteggiarsi di tale *deficit* organizzativo. L'art. 6 d.lgs. n. 231/2001, infatti, pone a carico dell'ente – al fine di escludere la propria responsabilità – la prova della previa adozione di validi modelli organizzativi e sistemi di vigilanza idonei a prevenire condotte criminose da parte dei soggetti rivestenti cariche di vertice; la responsabilità rimane esclusa, dunque,

76 Per usare i medesimi termini della norma di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/2001, per i reati che sono stati commessi, rispettivamente, «a vantaggio [dell'ente]» ovvero «nel suo interesse».

qualora il reato sia stato possibile esclusivamente attraverso un abile aggiramento degli schemi predetti da parte dei singoli concorrenti⁷⁷. Ove l'agente sia un subordinato, invece, la responsabilità dell'ente viene ricollegata alla prova, posta a carico dell'accusa, del fatto che da parte dei soggetti posti in posizione apicale non siano stati rispettati i relativi doveri di direzione e vigilanza; una responsabilità che viene comunque esclusa, *ex lege*, qualora siano stati predisposti i summenzionati modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello poi effettivamente verificatosi (art. 7, commi 1 e 2 d.lgs. n. 231/2001).

Prima di passare all'analisi della confisca *ex art.* 19 d.lgs. n. 231/2001, merita rilevare che il modello di responsabilità tracciato dal legislatore delegato di inizio secolo appare connotato da una fondata consapevolezza circa la natura "patologica" della criminalità d'impresa. L'ente avuto a riferimento nel d.lgs. n. 231/2001 è infatti l'organismo che opera lecitamente nella realtà economica e che, sovente al fine di incrementare la propria competitività sul mercato, cede all'illecito di rilevanza penale; niente a che vedere, dunque, con "l'impresa fisiologicamente criminale", vale a dire quella tipologia di sodalizio – di cui fanno parte tre o più individui – il cui "oggetto sociale" si identifica con la (esclusiva) commissione di reati e da cui i partecipanti traggono un profitto (anche) di natura economica (ad esempio, il fenomeno associativo contemplato dall'art. 74 d.P.R. n. 309/1990).

Come rilevato sopra, il d.lgs. n. 231/2001 prevede, quale sanzione principale *ex art.* 9, la confisca. L'art. 19 del decreto in parola dispone infatti: *«Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede»* (comma primo); *«Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato»* (comma secondo).

77 Va invero rammentato che *«l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 [ossia le persone fisiche inserite nell'organigramma della società (intesa in senso ampio), siano essi dirigenti o subordinati] hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»* (art. 5, co. 2 d.lgs. n. 231/2001).

La norma prevede due tipologie di confisca, ambedue obbligatorie in seguito all'emanazione di una sentenza di condanna. La prima di tipo diretto, indirizzata alle cose che costituiscono "prezzo" o "profitto" del reato, fatta salva la parte che può comunque essere restituita al danneggiato dal reato. Quella contemplata al comma secondo è invece di tipo residuale – ove non fosse possibile procedere in via diretta – e "per equivalente". Ambedue i tipi di confisca- sanzione incontrano il proprio provvedimento propedeutico nel sequestro preventivo *ex art. 53 d.lgs. cit.*; norma che ripropone l'espreso rimando alle disposizioni di cui al codice di rito penale, in quanto applicabili.

L'inquadramento della confisca tra le misure sanzionatorie principali comporta, anzitutto, che essa sia inscindibilmente legata all'affermazione della responsabilità "da reato" dell'ente. Ancorché l'art. 8 del medesimo decreto ne sancisca la (parziale) autonomia⁷⁸ rispetto all'intervenuta condanna per il reato presupposto, la responsabilità dell'ente è pur sempre una responsabilità dipendente da reato. Qualora il reato si estingua per intervenuta prescrizione, infatti, la contestazione dell'illecito amministrativo (omologo corrispondente all'esercizio dell'azione penale) non può essere avanzata ovvero non può procedere oltre (art. 60 d.lgs. n. 231/2001); lo stesso ove intervenga un provvedimento di amnistia non rinunciato da parte dell'ente (v. art. 8, commi 1 e 3 d.lgs. cit.). Inoltre, la confisca *ex art. 19 d.lgs. cit.*, in quanto sanzione amministrativa, subisce la prescrizione della pena di cui all'art. 22 del medesimo decreto. L'art. 74 d.lgs. cit, inoltre, prevede l'obbligo per il giudice dell'esecuzione di ordinare la restituzione della cose confiscate ove intervenga l'abrogazione dell'ipotesi di reato presupposto ovvero della fattispecie che prevede l'illecito amministrativo dipendente da reato (arg. *ex artt. 3, co. 1 e 74 d.lgs. n. 231/2001*).

Invero, con riferimento alla misura prevista dall'art. 19 d.lgs. cit. si sono riproposti i dubbi interpretativi circa l'applicabilità della confisca *de qua* in caso di patteggiamento *ex art. 63 d.lgs. cit.* Da una parte, infatti, l'espreso dettato normativo dell'art. 19, unamente ad un generale rinvio alle norme previste dal codice di rito per il patteggiamento (ivi

78 «La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia» (comma primo).

compreso il comma primo dell'art. 445 c.p.p., il quale limita il beneficio dell'esclusione dall'applicazione delle pene accessorie e misure di sicurezza solo ed esclusivamente alla confisca *ex art. 240 c.p.*), ha portato parte della dottrina a sostenere l'esclusione dell'applicabilità della misura *de qua* alle ipotesi di patteggiamento dell'ente. *Ubi lex voluit dixit*, come per l'art. 322 *ter* c.p., ed un'applicazione oltre l'espreso dettato normativo costituirebbe semplicemente – seguendo questa logica – l'applicazione analogica *in malam partem* di una sanzione.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, propende per la soluzione opposta; e lo fa, utilizzando un argomento di tipo sistematico ed uno di tipo logico. A livello sistematico, il rinvio alla disciplina del patteggiamento si rileva sia (anch'esso) di tipo "dinamico", ovvero sia le norme del Titolo II del libro VI sono utilizzabili «in quanto applicabili». Pertanto, anche alla luce del novellato comma 1 *bis* della disposizione di cui all'art. 445 c.p.p., secondo cui la sentenza di patteggiamento è equiparata ad una pronuncia di condanna (salvo diverse ed esplicite indicazioni normative), l'esplicito riferimento alla sola disposizione di cui all'art. 240 c.p. appare assolutamente vincibile. Dal punto di vista logico, invece, i sostenitori della tesi dell'obbligatorietà della confisca anche in sede di patteggiamento – tesi sposata, paeraltro, dalla prassi giurisprudenziale – fanno mente allo squilibrio di posizioni che si creerebbe, con riferimento al medesimo fatto storico, tra ente ed imputato- persona fisica. Quest'ultimo sarebbe sempre assoggettato a confisca (diretta o per equivalente) in caso di accesso all'istituto deflattivo in questione, mentre l'ente, ossia il soggetto che avrebbe beneficiato economicamente dell'illecito e che è statisticamente dotato di maggiori possibilità finanziarie rispetto al singolo individuo, avrebbe riconosciuto il privilegio di difendersi negoziando anche *l'an* della misura ablatoria.

L'efficacissima misura *de qua*, la quale assurge alla fondamentale funzione di annullare il vantaggio derivante dal reato, facendo sì che le altre sanzioni contemplate dal decreto n. 231/2001 possano effettivamente arrecare un pregiudizio punitivo nei confronti dell'organismo collettivo (il quale, altrimenti, ben potrebbe scaricare il costo della sanzione pecuniaria, compensandolo col vantaggio indebito), incontra un limite applicativo nel novero dei reati per cui è prevista l'applicazione del tipo di responsabilità "da reato" degli

enti. Il legislatore delegato ha infatti previsto che l'organismo collettivo venga direttamente chiamato a rispondere per (l'omissione di misure idonee ad impedire) il fatto di reato del proprio dipendente esclusivamente nei casi elencati nella Sezione III del Capo I del decreto in parola (artt. 24 ss. d.lgs. n. 231/2001); e tra di essi non vi si trovano annoverati i reati di cui al d.lgs. n. 74/2000 (quantomeno, espressamente).

Alla luce di tale limitazione, i canali attraverso cui si è – ad oggi – fatta valere la responsabilità dell'ente per gli illeciti di matrice fiscale sono stati individuati, da una parte, nell'ipotesi in cui l'organismo collettivo costituisca appendice, operante nel settore dell'economia lecita, di un sodalizio criminale integrante una delle ipotesi di cui all'art. 24 *ter*, commi 1 e 2 d.lgs. n. 231/2001. L'altra strada battuta dalla giurisprudenza è invece quella di colpire l'ente, non tanto attraverso la normativa del decreto n. 231/2001, bensì riconducendo l'evasione fiscale a schemi delittuosi di natura transnazionale, previsti e puntiti secondo le disposizioni di cui alla legge n. 146/2006.

Come infatti si è avuto modo di accennare *supra*, la norma di cui all'art. 11 della legge da ultimo citata, «qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile», consente al giudice di «ordina[re] la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo [abbia] la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo». Laddove l'art. 3 legge n. 146/2006 – che non contempla un'elencazione nominale delle fattispecie di reato attratte alla propria regolamentazione, bensì unisce ad un discrimine edittale ed alla previsione di una natura necessariamente plurisoggettiva di tutti gli illeciti oggetto di disciplina l'esplicazione dei caratteri distintivi della transnazionalità – considera reato transnazionale «il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un

altro Stato». I delitti tributari di cui agli artt. 2, 3, 8 e 11 d.lgs. n. 74/2000, posti in essere attraverso una struttura organizzativa plurisoggettiva e connotati dal carattere della "transnazionalità" (nel senso anzidetto), consentirebbero comunque – ove fosse preclusa l'ablazione diretta del *fructum scleris* tratto dall'ente quale beneficio del reato commesso dall'amministratore – l'ablazione dei beni sociali che fossero riconducibili ad un'ipotesi di interposizione personale della società rispetto al reo.

Riguardo la confisca nel sistema della responsabilità degli enti rimane ancora da sottolineare come la normativa *de qua* abbia previsto un'ulteriore ipotesi di misura ablativa del patrimonio dell'ente, riconducibile – questa volta – alla scelta "più tradizionale" di considerare la confisca quale misura a carattere preventivo (confisca come misura di sicurezza, in base al modello "ordianrio" *ex art. 240 c.p.*) ovvero ibrido (sanzione accessoria in uno con la funzione ripristinatoria dello *status quo ante*, qual è la confisca considerata dall'art. 322 *ter c.p.*). Si fa riferimento, infatti, alla disposizione di cui al comma quinto dell'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 ed a quel tipo di confisca che è obbligatoriamente disposta, nei confronti dell'ente, per il caso in cui venga accertata la commissione di un reato – che sia presupposto di responsabilità dell'ente, *ex artt. 24 ss. d.lgs. n. 231/2001* – da parte di soggetti che ricoprono funzioni di vertice all'interno dell'organizzazione societaria; e ciò, anche qualora l'ente andasse comunque esente da sanzione per effetto della comprovata adozione (preventiva) di quei sistemi di vigilanza e controllo (c.d. *compliance programs*) previsti e disciplinati dalla medesima norma. La disposizione dell'art. 6, co. 5 d.lgs. cit. prevede infatti che «[sia] comunque ordinata la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, *anche nella forma per equivalente*». È nondimeno importante specificare che, relativamente alla misura da ultimo considerata, non potrà essere disposto il sequestro preventivo di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001, in quanto la norma che regola la misura cautelare reale richiama espressamente la sola figura di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231/2001⁷⁹.

Rimane infine da segnalare una questione che lungamente ha alimentato dibattiti in dottrina e giurisprudenza, ossia la questione relativa all'identificazione – nel caso della

⁷⁹ In questo senso Cass., Sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), Fisia Italimpianti e altri, cit.

responsabilità "da reato" degli enti – del profitto derivante dall'illecito. La questione, invero, travalica il ristretto tema delle misure abilitative applicabili agli illeciti fiscali e meglio si attaglia a trattazioni mirate ad un'analisi puntuale della normativa di cui al decreto n. 231/2001 ed alle problematiche ad essa connesse. Poiché, tuttavia, la questione involge la determinazione del "profitto del reato", all'interno di quella stessa logica che da conto della natura "patologica" del crimine nel contesto imprenditoriale tenuto a mente dal legislatore delegato del 2001, merita qui evidenziare la conclusione cui è giunto il Supremo consesso nel 2008, la quale ha elaborato e chiarito il concetto di *utilitas* del danneggiato (nel contesto contrattuale in cui si è prodotto l'illecito di rilevanza penale).

La questione di fondo potrebbe esprimersi nei termini seguenti: l'ambito è quello dei c.d. "reati in contratto"⁸⁰, ove la commissione di un reato nella fase prodromica alla stipula, da parte della dirigenza di un organismo collettivo, ha comportato la conclusione di un contratto a determinate condizioni; si tratta di stabilire se il "profitto del reato" sia identificabile con l'intera somma corrisposta a titolo di compenso ovvero soltanto con la parte di essa direttamente imputabile all'illecito (in altri termini, decurtate le somme percepite in esito alla compiuta esecuzione delle obbligazioni contrattuali di cui era onerato l'ente responsabile per il fatto di reato).

Le due opinioni appena esposte coincidono, infatti, con le opposte teorie del "profitto *lordo* del reato" e del "profitto *netto* del reato". La Suprema corte, nella sua più autorevole composizione, con la Sentenza Fisia Italmobiliari del 2008 ha, nel silenzio della normativa di cui al decreto legislativo n. 231/2001, optato per una soluzione di compromesso. Pertanto, alla luce di detta pronuncia, il "profitto del reato (in contratto)", confiscabile ai sensi dell'art. 19 e 53 d.lgs. cit., dovrà dunque identificarsi nel «*vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale [rispetto al] reato presupposto (...)*

80 La definizione risale alla distinzione elaborata dal MANTOVANI tra "reato- contratto" e "reato in contratto", il primo ravvisabile nell'ipotesi in cui la legge sanziona direttamente il regolamento contrattuale e coincide con le ipotesi di nullità civilistica del negozio giuridico per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c., per illiceità dell'oggetto, della causa o dei motivi; l'ipotesi di "reato in contratto", invece, si individua nel caso in cui illecito non sia il vincolo contrattuale in sé considerato, bensì il comportamento di una delle parti posto in essere nella fase delle trattative ovvero in quella dell'esecuzione delle obbligazioni nascenti dal contratto.

[.] determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato»⁸¹.

Si rileva, quindi, che dalla confisca dovrà rimanere escluso il corrispettivo ricevuto dall'ente per lo svolgimento delle attività lecite eseguite in ossequio agli impegni contrattuali assunti col negozio giuridico in questione; detta esclusione incontra comunque il limite dell'effettiva utilità che, dalle succitate attività lecite, il danneggiato abbia tratto.

4. La confisca "allargata" come misura applicabile ai reati tributari.

La consapevolezza dell'impossibilità di arginare i grandi fenomeni criminali (si pensi alla criminalità di stampo mafioso che, consentendo l'accumulazione illecita di ingenti capitali, sortisce drastici effetti distorsivi rispetto all'economia "sana" del Paese e garantisce il raggiungimento di posizioni di potere da parte degli appartenenti al sodalizio criminoso) attraverso l'ablazione patrimoniale rapportata al singolo fatto di reato, ha mosso il legislatore ad escogitare forme di spossessamento diversificate rispetto alle "tradizionali" ipotesi di confisca, facendo sì che l'isolata epifania dell'illecito divenga semplicemente il tratto "sintomatico" di una condotta di vita gravemente proclive al crimine.

Le tecniche all'uopo adottate dal legislatore fanno, pertanto, ampio ricorso a meccanismi presuntivi (indizi della commissione di un reato o di appartenenza all'associazione criminale) e semplificatori (riguardo l'onere probatorio di cui è gravata l'accusa), venendo nella prassi accomunate sotto l'omnicomprensiva denominazione di confisca "allargata".

Per quel che inerisce direttamente l'argomento oggetto della presente relazione, si reputa opportuno rilevare come le due misure che comunemente vengono ricondotte alla succitata etichetta, ossia la misura prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 (conv. legge n. 356/1992)⁸² e quella regolata dagli artt. 20, 24 e 25 d.lgs. n. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione)⁸³, involgono il comparto del diritto penale

81 Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti, cit.

82 Anche detta confisca "per sproporzione" (in senso proprio).

83 In passato la confisca- misura di prevenzione, anche detta confisca "antimafia", era prevista dall'art. 2 *ter* legge n. 575/1965, introdotto nel predetto corpo normativo dall'art. 14 legge n. 646/1982 (c.d. Legge Rognoni-La Torre).

tributario sotto un profilo comune, ancorché declinato secondo le rispettive peculiarità. Ambedue le misure, infatti, consentono l'ablazione di beni, riconducibili alla persona del condannato per una delle ipotesi di reato che sia presupposto della misura *ex art. 12 sexies* d.l. n. 306/1992 ovvero del prevenuto (nella confisca- misura di prevenzione), che posseggano il carattere della "sproporzione" rispetto al reddito dichiarato ai fini delle imposte sui redditi oppure rispetto all'attività economica svolta dal medesimo soggetto.

Invero, le due misure differiscono sotto punti di vista sostanziali, quali i soggetti destinatari e taluni presupposti applicativi (diversamente, infatti, non si sarebbe trattato di ipotesi distinte di confisca), tuttavia la forte similitudine, ricondotta per lo più alla comune *ratio* di aggressione dei grandi patrimoni frutto della reiterazione di condotte criminose, nonché la condivisione della valenza presuntivo- sintomatica attribuita alla "sproporzione" tra beni posseduti e reddito legittimo, ha fatto sì che le due misure anzidette venissero portate "in blocco" dinanzi alle Sezioni unite della Corte di cassazione⁸⁴, al fine di veder risolta l'annosa questione della rilevanza, a fini giustificatori, di redditi oggetto di evasione fiscale.

Procedendo con ordine, si deve anzitutto specificare che, per quanto riguarda la misura di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, essa si applica (essendo dotata del carattere dell'obbligatorietà) nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p. per taluna delle fattispecie delittuose contemplate nel corpo della medesima disposizione (possono citarsi, quali esempi non esaustivi, delitti di associazione per delinquere, associazione per delinquere di stampo mafioso, peculato, corruzione, riciclaggio di denaro, reimpiego di denaro "sporco" e trasferimento fraudolento di valori⁸⁵), quando il condannato (in senso lato) non possa dar conto della legittima

84 Cass., sez. I, ord. 12 dicembre 2013 (dep. 14 febbraio 2014), n. 7289, con commento di A.M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*.

85 Originariamente, l'ipotesi di confisca "allargata" oggi contenuta nell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 era contemplata nel dettato dell'art. 12 *quinquies* d.l. cit., rubricato appunto "trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori" (testo del 1992). In seguito alla declaratoria di parziale incostituzionalità del 1994 (C. cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48) – che rilevava incostituzionale il comma secondo della disposizione da ultimo citata, in quanto dispositivo della confisca dei beni in sproporzione rispetto al reddito relativamente al soggetto che avesse assunto la qualifica di mero "indagato" per uno dei delitti- presupposto (come tale, la norma del 1992 si poneva in attrito con la

titolarità dei beni che si pretende di sottoporre a confisca e che posseggono carattere "sproporzionato" rispetto al reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, od alla attività economica svolta. Si tratta – è bene precisare – di una confisca "penale", applicata cioè dal giudice del procedimento principale in esito al medesimo.

Dal canto proprio, invece, la confisca- misura di prevenzione⁸⁶ i cui all'art. 24 d.lgs. n. 159/2011 è «dispo[sta] [nei riguardi] dei beni sequestrati [ex art. 20 d.lgs. n. 159/2011] di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»; laddove l'art. 20 d.lgs. cit. fa espresso riferimento ad un sequestro di beni "ingiustificati" o risultanti essere derivati da attività illecite che è obbligatorio e passibile di disposizione d'ufficio da parte del tribunale. La misura da ultimo citata è inoltre diretta ad una platea più ampia di soggetti, che – in seguito agli interventi normativi relativi agli anni 2008/ 2009, modificativi della previgente disciplina di cui alla legge n. 575/1965, nonché a mente del nuovo (ed attualmente vigente) Codice antimafia – viene riferita, oltre a colori che sono raggiunti da indizi di pericolosità sociale "specificata", legata cioè ad appartenenza ad associazioni criminose di stampo mafioso, terroristico o comunque eversivo, anche a coloro che «debb[ono] ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi [ovvero a coloro che] vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» (arg. ex artt. 16 lett. a), 4, lett. c) e 1 d.lgs. n. 159/2011).

Se dunque, in ragione del fatto che i reati tributari non rientrano nel novero di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, il problema che è legato a detto tipo di misura ablatoria e

presunzione di innocenza di cui all'art. 27 Cost. e se ne proponeva, pertanto, la separazione dalla fattispecie incriminatrice dell'art. 12 *quinquies*) – il decreto legge veniva modificato nel senso attuale con d.l. n. 399/1994 (conv. legge n. 501/1994).

86 In quanto misura di prevenzione, sarà applicata dalla relativa sezione del Tribunale nel cui circondario vive il soggetto sottoposto al procedimento (c.d. Prevenuto), nell'ambito di un procedimento autonomo e distinto rispetto a quello concernente le eventuali ipotesi di reato- presupposto per l'accertamento della pericolosità sociale.

che può concernere l'oggetto della presente analisi riguarda principalmente la compiuta definizione del concetto di "sproporzione" (sia sotto il profilo temporale del giudizio di sproporzione che relativamente al merito del raffronto, ossia rispetto alla prova di liceità del provento richiesta da parte del reo), di modo che sia fatta chiarezza sulla rilevanza indiretta, ai fini della confisca "allargata", dell'evasione fiscale⁸⁷; dall'altro lato, con riferimento cioè alla confisca- misura di prevenzione ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011, il settore dei delitti tributari è invece chiamato in causa sotto il duplice aspetto della "sproporzione patrimoniale" quale requisito imprescindibile che deve sussistere in capo al prevenuto ai fini dell'applicazione (anche) della misura in commento, nonché sotto il profilo – di gran lunga più interessante – della criminalità fiscale quale fenomeno tipico di pericolosità sociale (generica), passibile dunque, in via autonoma, di misura di prevenzione patrimoniale⁸⁸.

Con riferimento alla prima delle questioni introdotte, si deve anzitutto riferire che il parametro con cui confrontare "denaro, beni o altre utilità"⁸⁹ presenti nella disponibilità del reo/ prevenuto, al fine di verificarne la sproporzione (indice a sua volta di illecita provenienza della *res*), è costituito dal «reddito, dichiarato al fine delle imposte sul reddito, o [d]alla propria attività economica»⁹⁰ (nel senso di attività avente carattere remunerativo, lecita, che sia svolta da reo/ prevenuto).

87 Si rammenti che, ove si accedesse a quella tesi – perorata da certa giurisprudenza – secondo cui il concetto di "sproporzione patrimoniale ingiustificata" (ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992) sarebbe in realtà un concetto che travalica l'ambito criminale di cui costituiscono manifestazione i singoli reati-presupposto ascrivibili al reo, per cui il bene acquisito legittimamente ma nascosto al fisco – compiendo condotte rilevanti dal punto di vista amministrativo ex d.lgs. n. 497/1997 ovvero anche penale ex d.lgs. n. 74/2000 – consentirebbe comunque la sua acquisizione al patrimonio dello Stato (in quanto connotato da illiceità), porterebbe infatti ad attribuire alla misura in commento, non solo funzione di aggressione diretta verso accumulazioni patrimoniali frutto di determinate forme di carriera criminale (segnatamente, criminalità organizzata di tipo mafioso o simili), ma anche la valenza sanzionatoria della "pura" evasione fiscale commessa *a latere* da tali soggetti. Cfr. Cass., sez. II, 27 marzo 2012 (dep. 10 luglio 2012), n. 27037, Bini.

88 Come si avrà modo di accennare nel corpo della relazione, il punto di maggiore criticità (ed interesse) appare integrato dalla possibilità che, in concreto, la sproporzione patrimoniale finisca per assumere una duplice valenza: indizio dell'origine illecita dei cespiti, da una parte; sintomo della pericolosità sociale generica del prevenuto, quale persona che vive abitualmente – anche in parte – con i proventi di attività delittuose.

89 Elementi, quelli menzionati nel testo, che sono comunemente considerati come identificativi dell'unitario concetto di "patrimonio".

90 Citazione del testo riportato nell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992.

Uno dei nodi da sciogliere al riguardo si connette, infatti, alla delimitazione temporale del giudizio *de quo*, posto che il dato letterale dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 non pone riferimenti cronologici all'indagine patrimoniale, con l'effettivo rischio che la delibazione venga estesa all'intero patrimonio del reo, passato e presente. Lo stesso vale per gli artt. 20 e 24 d.lgs. n. 159/2011, ove si decida di non riconoscere valore dirimente all'argomento lessicale secondo cui le lettere *a)* e *b)* dell'art. 1 Codice antimafia utilizzano il tempo verbale presente («sia dedito», «viva abitualmente»), di per sé incompatibile con un giudizio di sproporzione – ovvero di derivazione⁹¹ – che rapporti redditi attuali a cespiti risalenti nel tempo (acquisiti in ragione di una diversa capacità economica).

La prassi giurisprudenziale sembrerebbe infatti orientata nel considerare irrilevante (o, quantomeno, secondario) il fattore temporale correlato all'acquisizione del bene da parte del reo, mostrando di concepire la “sproporzione” quale indizio dell'illecita provenienza dell'intero patrimonio⁹². Da tempo, tuttavia, dottrina e parte della giurisprudenza sembrano avviate – specialmente con riferimento alla misura di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 – verso un deciso recupero dell'elemento della “ragionevolezza temporale”, tale da disvelare una correlazione tra il bene da apprendere ed il delitto (ovvero il complesso di attività delinquenziale posta in essere dal reo) da cui si presume derivato l'accrescimento patrimoniale illecito.

Al riguardo – e con specifico riferimento all'ipotesi contemplata dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 – sono infine intervenute le Sezioni unite della Cassazione⁹³, le quali, pur escludendo la necessità di ricostruire il nesso di derivazione tra il reato- presupposto (o la generica attività criminale) ed il bene da assoggettare a confisca, si sono tuttavia assunte l'onere di specificare che il concetto di “sproporzione” *«rimanda non a qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma ad un incongruo squilibrio tra questi, da valutarsi*

91 Non si dimentichi che gli artt. 20 e 24 Codice antimafia considerano passibile di ablazione non soltanto i beni che appaiono sproporzionati rispetto al reddito dichiarato o alla attività economica esercitata, ma anche i beni che «si ha motivo di ritenere (...) siano il *frutto* di attività illecite o ne costituiscano il *reimpiego*».

92 Cfr. Cass., Sez. VI, 26 marzo 1998, Bosetti, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3551; Cass., Sez. VI, 15 aprile 1996 (dep. 28 maggio 1996), Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3649.

93 Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003(dep. 19 gennaio 2004), n. 920, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182.

secondo le comuni regole di esperienza». Detta sproporzione, pertanto, dovrà essere riferita «non al patrimonio come complesso unitario, ma alla somma dei singoli beni, con la conseguenza che i termini di raffronto dello squilibrio (...) non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti».

Per quanto concerne, invece, il merito dell'accertamento relativo alla "sproporzione", ossia l'interrogativo che si pone riguardo alla possibilità di considerare giustificati redditi legittimamente formati in testa al reo ma non dichiarati – o, comunque, sottratti – al Fisco, si deve dar rilievo al fatto che, proprio nei giorni in cui si redige la presente relazione, la questione è stata affrontata in camera di consiglio dalle Sezioni unite della Cassazione⁹⁴, in seguito alla rimessione fatta dalla Prima sezione con ordinanza datata 12 dicembre 2014⁹⁵.

Ripercorrendo brevemente gli orientamenti che si sono contrapposti sul punto (e che hanno portato alla rimessione alle Sezioni unite), si deve infatti segnalare come l'orientamento tradizionale e più risalente – di recente, peraltro, recuperato dal Giudice di legittimità – avesse sposato la linea più rigida, negando recisamente qualsiasi rilievo, ai fini del calcolo della sproporzione⁹⁶, ad allegazioni di redditi oggetto di evasione fiscale, ancorché scaturiti da attività economiche lecite. I parametri legislativi del reddito dichiarato e dell'attività economica svolta debbono considerarsi, seguendo la logica argomentativa espressa da tale orientamento, come rigorosamente alternativi. Pertanto, laddove il giudice riscontri una discrepanza tra rilevazione fattuale e dato formale della dichiarazione dei redditi, non dovrà procedere ad accertamenti complessi circa l'effettivo

94 Cass., Sez. un., c.c. 29 maggio 2014, Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Ric. Repaci (informazione provvisoria fornita dal Servizio novità della Corte e pubblicata per riassunto in *dirittopenalecontemporaneo.it*).

95 Cass., Sez. I, ord. 12 dicembre 2013 (dep. 14 febbraio 2014), n. 7289, cit.

96 Il ragionamento è valido per entrambi i tipi di confisca, ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 ovvero ex art. 24 d.lgs. n. 159/2011, in virtù della condivisione del requisito della "sproporzione" quale presupposto applicativo della misura.

arricchimento derivante al reo dall'attività economica esercitata; la non lecita provenienza del bene sarà dunque (e comunque) deducibile dall'evasione fiscale⁹⁷.

L'altro orientamento, formatosi in tempi più prossimi e maggiormente proteso verso le istanze della dottrina più attenta⁹⁸, considera invece l'evasione fiscale – ove non assuma i connotati della reiterazione sistematica, tale da far rientrare il reo nella categoria di nuovo conio del c.d. evasore socialmente pericoloso⁹⁹ – come un fenomeno diverso dalla manifestazione criminale che ha permesso l'accumulazione illecita passibile di confisca: «Se il presupposto di operatività dell'istituto di cui al D.L. n. 306 del 1992, art. 12 sexies, è la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali di un dato soggetto, appare evidente che ove le fonti di produzione del patrimonio siano identificabili, siano lecite, e ne giustifichino la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante che tali fonti siano identificabili nei redditi dichiarati ai fini fiscali piuttosto che nel valore delle attività economiche che tali entità patrimoniali producano, pur in assenza o incompletezza di una dichiarazione dei redditi»¹⁰⁰.

La camera di consiglio del 29 maggio 2014¹⁰¹, tuttavia, parrebbe prospettare una decisa riaffermazione del percorso più battuto. Secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, al quesito "se, ai fini della confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (attualmente art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), per individuare il presupposto della sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del soggetto, titolare diretto o indiretto dei beni, debba tenersi conto o meno dei proventi dell'evasione fiscale" è stata data la seguente soluzione: «Negativa». Il 30 maggio 2014 è stata inoltre

97 Cfr. Cass., sez. I, 14 ottobre 1996, Scarcella, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2718; Cass., 26 gennaio 1998, Corsa, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1133; Cass., Sez. VI, 5 luglio 2012 (dep. 25 luglio 2012), n. 30449, Di Giorgio e altri, in banca dati informatica *Dejure*; Cass., Sez. II, 27 marzo 2012 (dep. 10 luglio 2012), n. 27037, Bini, cit.

98 V. al riguardo LOCATELLI, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato*, in *Il fisco*, 1996, p. 8304; in posizione mediana MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali – La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012.

99 In tal caso potrebbe infatti porsi la questione del concorso delle due misure, penale ex art. 12 sexies d.l. cit. e di sicurezza. V., per approfondimenti sul tema, R. CANTONE, Rel. 39/13, 12 novembre 2013, in *cortedicassazione.it*.

100 In questi termini Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011 (dep. 26 luglio 2014) n. 29926, Tarabugi e altri, con nota di MENDITTO, in *Dir. pen. Cont.*, 15 dicembre 2011.

101 Cass., Sez. un. c.c. 29 maggio 2014, cit.

distribuita una versione corretta dell'informazione, che specifica ulteriormente il senso della risposta data al summenzionato quesito: «Negativa: non rilevano per giustificare la sproporzione i proventi dell'evasione fiscale».

Avviandosi alla conclusione della presente relazione, si reputa opportuno concentrarsi adesso sulla suaccennata figura dell'evasore fiscale socialmente pericoloso e sulla problematica dell'insidiosa ridondanza del requisito della "sproporzione patrimoniale" ai fini della misura di prevenzione patrimoniale in commento.

Gli artt. 20 e 24 d.lgs. n. 159/2011 richiedono, infatti, ai fini dell'applicazione della misura *de qua*, sia un la sussistenza di un requisito di tipo "soggettivo", e cioè un giudizio – basato su elementi di fatto – circa la pericolosità sociale generica del soggetto prevenuto (la Sezione misure di prevenzione del Tribunale competente dovrà pertanto motivare circa la sussistenza di riscontri fattuali che facciano ritenere che il soggetto sia dedito a traffici delittuosi, ovvero viva abitualmente – in tutto o in parte – dei proventi derivanti da attività delittuose), sia un requisito di tipo "obiettivo", qual è la sproporzione patrimoniale ovvero la derivazione delittuosa (anche indiretta, sotto forma di reimpiego).

Orbene, la pregnante versatilità dell'elemento della sproporzione tra patrimonio e reddito ha portato la giurisprudenza, talvolta, a valutazioni bivalenti del requisito *de quo*: da una parte come usuale prova dell'illecita provenienza del provento; dall'altra, come surrettizio riscontro della pericolosità sociale del prevenuto¹⁰². Per cui, il prevenuto ha accumulato redditi da evasione fiscale perché vi è sproporzione ingiustificata tra reddito e patrimonio (*rectius*, sommatoria di beni singolarmente acquisiti, al momento in cui essi entrano a far parte del patrimonio del prevenuto; v. *supra*) ed al contempo il prevenuto è socialmente pericoloso, ovvero sia vive dei proventi derivanti dall'evasione fiscale perpetrata o deve considerarsi dedito a traffici delittuosi, proprio perché possiede un patrimonio sproporzionato rispetto al reddito dichiarato od alla attività economica svolta. Non v'è chi non veda come un ragionamento siffatto comporti un sostanziale e pericoloso appiattimento delle garanzie connesse ai requisiti applicativi della misura di prevenzione di

102 Cfr. Cass., 24 novembre 1986, Bontade, in *Cass. pen.*, 1988, p. 926.

cui agli artt. 20 e 24 Codice antimafia, la quale diverrebbe applicabile esclusivamente sulla base della predetta incongruità patrimoniale.

A tale riguardo, tuttavia, vanno anche segnalate le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in materia di misure di prevenzione con i recenti decreti dei Tribunali di Cremona (23 gennaio 2013) e Chieti (12 luglio 2012)¹⁰³. Detta giurisprudenza ha infatti fornito una definizione della figura dell'evasore fiscale socialmente pericoloso, intendo detto soggetto come *«colui che manifest[i] una personalità dedita all'evasione fiscale, continua e ripetuta, come vero e proprio stile di vita (...)[; una persona che pone in essere condotte connotate dalla] sistematicità delle operazioni truffaldine ed elusive, che [costituiscono] il filo conduttore che consente di giungere ad un giudizio di pericolosità sociale»*. Le considerazioni fornite dai due Tribunali consentono invero di affermare come, a discapito delle potenzialità lesive insite nella conglobazione dei requisiti applicativi ex artt. 20 e 24 d.lgs. n. 159/2011 nell'unico elemento tangibile della "sproporzione patrimoniale", l'attuale prassi si auto-limiti nell'applicazione della misura, giudicandola opportuna solo laddove sia possibile ravvisare schemi delittuosi ripetuti e complessi, tali da far ingenerare un positivo convincimento circa l'effettiva pericolosità sociale del prevenuto.

Siena- Roma, 12 giugno 2014.

Alessandro Paoletti
e-mail: dr.alessandropaoletti@gmail.com

¹⁰³ In *dirittopenalecontemporaneo.it*, con commento di F. RAPINO.