

LA CONFISCA PER EQUIVALENTE NEI CONFRONTI DEGLI ENTI E DEI RESPONSABILI DELLE PERSONE GIURIDICHE

(Incontro di studio in sede di formazione decentrata del 4 febbraio 2014)

(Alberto MACCHIA)

Le confische: identica denominazione per una pluralità di istituti

Una ormai lontana sentenza della Corte costituzionale, avvertiva che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica», dal momento che, pur consistendo il suo contenuto sempre nella «privazione di beni economici», la stessa assume connotazioni funzionali quanto mai variegate, dal momento che essa «può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile o amministrativa» (Corte cost., sentenza n. 29 del 1961). Questi connotati “proteiformi,” rispetto alla varietà dei quali la *reductio ad unitatem* finisce per coagularsi esclusivamente attorno ad un *nomen*, tanto sono differenti fra loro, ad esempio, la confisca come misura di prevenzione dalle ormai innumerevoli confische “atipiche,” introdotte, con varia fortuna, dalle numerose leggi speciali, o, ancora, dalla confisca “generale” prevista come misura di sicurezza dall’art. 240 cod. pen., o della particolare figura di confisca detta “per equivalente” valgono a definire istituti ciascuno dei quali vive, assai spesso, di “luce propria”, difficilmente generalizzabile ed “esportabile” in altri campi, e connotati da regimi giuridici sovente differenziati. E’ ovvio che a tale varietà di “fini” debba corrispondere, anche, una coordinata modulazione delle relative discipline e presupposti, i quali – al di là del comune (e più appariscente) fenomeno “ablatorio” che scaturisce dal provvedimento – calibrino il concreto atteggiarsi del provvedimento nonchè la “destinazione” e “gestione” delle cose sequestrate, secondo la “causa” normativa che assiste la misura.

Per altro verso, va pure rammentato che sempre la Corte costituzionale, nella sentenza n. 196 del 2010 ha puntualmente rammentato come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia costantemente messo in luce la preoccupazione di evitare che le singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell’escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all’ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 della Convenzione riservano alla materia penale, spiegandosi in tal modo la scelta di quella Corte di elaborare criteri propri, aggiuntivi rispetto a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. Più in particolare, la Corte europea ha attribuito alternativamente rilievo, a questo fine, o alla natura stessa dell’illecito – da determinare, a sua volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall’ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione – ovvero dalla gravità, o meglio dal grado di severità, della sanzione irrogata.

Tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo (come ben può essere il provvedimento di confisca) devono quindi essere assoggettate alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Un approdo, questo – sottolineò ancora la Corte costituzionale – del tutto in linea con l'art. 25, secondo comma, Cost., l'ampiezza della cui formulazione è tale («Nessuno può essere punito...») da poter essere interpretata nel senso che «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato».

La necessità di identificare le effettive “sembianze” della confisca

La “truffa delle etichette”, in tema di misure reali e/o patrimoniali, viene ad essere, dunque, decisamente bandita, dando così adito ad una duplice e concorrente esigenza: da un lato, occorrerà infatti interrogarsi sulla effettiva natura (ma soprattutto, funzione) che quella determinata misura assume nell'ordinamento; una volta, poi, scrutinatane positivamente l'”essenza” penale, e dunque la riconducibilità al *genus* delle sanzioni penali, non possono non trarsene le relative conseguenze sul piano delle garanzie che devono presiedere alla applicazione di quel tipo di misure.

Le implicazioni che possono trarsi da tale quadro di riferimento sono, dunque, tutt'altro che trascurabili. Sempre in materia di applicazione della confisca, infatti, la Corte EDU ha evidenziato che la disposizione dettata dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, in tema di protezione della proprietà, consente una diminuzione patrimoniale del soggetto solo nelle condizioni previste dalla legge, per cui anche l'applicazione di una misura che comporta un pregiudizio patrimoniale, al di fuori delle previsioni normative, configura una illecita ingerenza nella sfera giuridica ed economica del singolo. Ma v'è di più. Ove venga in discorso l'art. 7 della CEDU, lo stesso esige che per la applicazione di una pena, e quindi anche della misura della confisca, è necessario che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che si rendono applicabili. La nozione di «dritto» («law») utilizzata dall'art. 7 della Convenzione, corrisponde infatti a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende – ha puntualizzato la Corte EDU – il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra le quali quelle «della accessibilità e della prevedibilità». Per quanto chiaro, infatti, possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione. Del resto – ha ancora puntualizzato la Corte di Strasburgo – è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*).

Per altro verso, ancorchè l'art. 7 della Convenzione non faccia testuale riferimento al principio di colpevolezza, in quanto non menziona espressamente «il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore», tuttavia una siffatta correlazione deve ritenersi insita nella tavola dei valori tracciati dalla Convenzione stessa. Infatti – ha puntualizzato la Corte EDU - «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario – ha soggiunto la Corte di Strasburgo – la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui che ne è vittima» (da ultimo, e fra le tante, Corte EDU 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia; Corte EDU, 17 dicembre 2009, M. c. Germania. Sulla esigenza del rispetto del principio di colpevolezza anche in tema di confisca, ove questa abbia – come nel caso della confisca urbanistica – natura penale, v. da ultimo e nella stessa linea dell'*affaire* Sud Fondi, Corte EDU, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia).

La responsabilità degli enti da reato e la confisca

Tutto ciò non vuole certo indurre a risolvere la *vexata quaestio* se la responsabilità degli enti per “gli illeciti amministrativi dipendenti da reato” – come quasi pudicamente recita l'art. 1 della legge n. 231 del 2001 - abbia davvero natura amministrativa, o se si tratti di una responsabilità “affine” a quella penale ovvero ancora se si tratti di un *tertium genus*; ma intende soltanto sottolineare come la fenomenologia “confisca-sanzione”, espressamente tracciata dall'art. 9, non necessariamente è schiava dell'attributo “amministrativa” che pure la qualifica nella rubrica, se alcuni tratti che ne individuano le sembianze valgono a contrassegnarne i profili della “pena”.

Ciò, evidentemente, agli effetti di alcune garanzie che, pur nella evidente peculiarità che contraddistingue la posizione degli enti agli effetti della responsabilità da reato, devono assistere la applicabilità di una misura ablatoria, di sicura portata afflittiva e indubbiamente “atipica” (basti pensare all'organo che la applica ed al relativo procedimento) rispetto alla ordinaria platea delle sanzioni amministrative propriamente intese.

La fonte normativa di riferimento è offerta, anzitutto, dall'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, il quale stabilisce che: «Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede». Prevede, poi, il comma 2 dello stesso articolo che: «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». Coordinando tale disposizione con quanto previsto dall'art. 9, comma 1, ne deriva con chiarezza che la confisca è identificata dal legislatore come sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre, patrimoniali e interdittive, pure previste nel medesimo decreto

Le Sezioni Unite, in una nota pronuncia (Sez. un., n. 26654 del 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti ed altri, conosciuta, in genere, come sentenza Impregilo), hanno scandagliato la portata di tale disposizione. Nella richiamata pronuncia, infatti, il Collegio allargato, dopo aver rammentato la genesi del decreto sulla responsabilità degli enti per gli illeciti dipendenti da reato e la natura, come si è già evidenziato, “proteiforme” della confisca, ha innanzi tutto messo in evidenza che la confisca-sanzione disciplinata dall'art. 19 del decreto è misura diversa da quella disciplinata dall'art. 6, comma 5, che prevede la confisca del profitto del reato, commesso da persone che rivestono posizioni apicali nell'ente, nella ipotesi particolare in cui l'ente sia ritenuto esente da responsabilità, per avere adottato e attuato i modelli di organizzazione e gestione – i cosiddetti *compliance programs* – previsti dalla norma per prevenire la commissione di reati della specie di quello cui il profitto tratto dallo stesso ente si riferisce. In questa ipotesi, infatti, non può intravedersi alcun profilo di carattere sanzionatorio, proprio perché l'ente è privo di responsabilità.

La Corte, nel frangente, dopo aver escluso che tale confisca possa giustificarsi – come pure opinato in dottrina – in base alla pericolosità del “profitto” in sé, tali non essendo le cose che ne costituiscono l'oggetto, ha affermato che il provvedimento ablatorio «assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito». E ciò sarebbe tanto vero che per questa particolare ipotesi di confisca obbligatoria – anche per equivalente – non può essere disposto il sequestro preventivo, considerato che l'art. 53 del decreto richiama soltanto la confisca di cui all'art. 19.

L'esigenza però – a noi sembra – di ripristinare l'ordine economico perturbato, può forse spiegare la scelta “politica” di stabilire la confisca del profitto “senza responsabilità,” ma non ci sembra ne chiarisca la natura. Il provvedimento è sempre di tipo coercitivo e, dunque, l'ente lo subisce: non potendosi però evocare un fenomeno di tipo genericamente “espropriativo”, sembrerebbe più plausibile assegnare alla misura la natura sempre di sanzione, ma in questo caso di sanzione “senza colpa”; vale a dire, una ipotesi di responsabilità oggettiva, giustificabile proprio col fatto che l'ente viene privato di ciò che costituirebbe comunque un arricchimento “oggettivamente indebito”. Per altro verso, ci sembra ragionevole ritenere che anche per tale particolare ipotesi di confisca debba valere la “riserva” prevista dall'art. 19 in merito al fatto che la confisca non può aver luogo per quella parte del profitto che possa essere restituita all'eventuale danneggiato dal reato.

Altra ipotesi di confisca, anch'essa diversa da quella prevista dall'art. 19, è la confisca di cui parla l'art. 15, comma 4, del decreto, il quale stabilisce che, in caso di commissariamento dell'ente, «il profitto derivante dalla prosecuzione della attività debba essere confiscato». Il commissariamento, infatti, viene disposto in sostituzione della sanzione interdittiva la cui applicazione determinerebbe la paralisi nella attività dell'ente, che ben può determinare gravi effetti negativi sul piano economico e sociale. Al tempo stesso, è però evidente che se il profitto derivante dalla gestione commissariale restasse nel patrimonio dell'ente, il provvedimento, anziché “sostitutivo” di una sanzione interdittiva, produrrebbe effetti positivi per l'ente (il ricavo di un profitto), con evidente vanificazione dell'intero apparato sanzionatorio. Da qui la natura comunque sanzionatoria di tale ipotesi di confisca, essendo essa, come precisato dalla Relazione allo schema del decreto legislativo, «intimamente collegata alla natura comunque sanzionatoria del provvedimento adottato dal giudice».

Torna, infine, ad essere sanzione principale, la confisca prevista dall'art. 23, comma 2, del decreto, nel caso in cui dal reato di inosservanza delle sanzioni interdittive sia stato desunto un profitto per l'ente, posto che di tale profitto viene disposta la confisca «a norma dell'art. 19», e, dunque, proprio come sanzione principale e autonoma.

La confisca-sanzione

La confisca è, pertanto, una sanzione a tutti gli effetti, con la relativa carica afflittiva e la sua funzione di deterrenza, in vista della prevenzione generale e speciale. Ed è evidente la portata fortemente innovativa di tale categoria sanzionatoria, essendo la stessa chiaramente orientata – secondo quelli che erano gli auspici dei vari strumenti convenzionali che avevano assecondato l'introduzione del sistema della responsabilità degli enti (Convenzione OCSE del 17.12.1997 sulla lotta alla corruzione dei funzionari pubblici stranieri e Convenzione PIF) per i reati commessi dai responsabili dell'ente in favore o a vantaggio degli enti stessi – a consentire una efficace azione di contrasto contro i patrimoni accumulati illecitamente dalla cosiddetta criminalità del profitto (tale è la definizione che compare nel § 7 della *Relazione* al d. lgs. N. 231 del 2001), distanziandosi dalla misura di sicurezza prevista dal codice penale e assumendo connotazioni autonome anche rispetto a tutte le altre forme di confisca “speciale,” disseminate nelle varie leggi.

La confisca prevista dall'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, infatti, non opera in ragione di un paradigma di pericolosità intrinseca del relativo oggetto o in funzione di una pericolosità per così dire funzionale, collegata alla relativa disponibilità in capo ad un determinato soggetto ed in funzione della origine o natura dei beni, ma è volta ad eliminare dal circuito economico una determinata “attività” (intesa come utile, suscettibile di valutazione monetaria) che proviene da un reato commesso in favore dello stesso ente. E' quest'ultimo, dunque, a rispondere “soggettivamente” di quella

disponibilità economica, a prescindere dalla responsabilità personale dell'autore del reato e dalla eventuale "incolpevolezza" dei suoi azionisti, quotisti o titolari. Il titolo della responsabilità dell'ente lo si ricava, in "negativo," dall'art. 6 del decreto, vale a dire nella mancata prova di aver adottato ed efficacemente attuato i modelli di organizzazione dell'ente normativamente previsti per impedire le condotte illecite, altrimenti "trasferibili" sull'ente, proprio perché compiute nel suo interesse o a suo vantaggio.

Si tratta, quindi, di una responsabilità "particolare" che genera una misura sanzionatoria anch'essa "particolare", perché operante nei confronti di una "soggettività" diversa da quella cui il reato-presupposto si riferisce. Il collegamento tra l'ente ed il reato è "costruito" dal suo autore, nel senso che l'ente è il beneficiario, in tutto o in parte, del prezzo o del profitto del reato. Si realizzano, quindi, ad un tempo, due forme di prevenzione: da un lato, una prevenzione per così dire "indiretta" nei confronti degli autori del reato-presupposto, che vedono vanificato, attraverso la confisca, il profitto volutamente "trasferito" in capo all'ente; ed una "diretta," tesa ad impedire la locupletazione dell'ente (e la conseguente immissione nel mercato di quel profitto), stimolando al tempo stesso l'approntamento dei richiamati modelli preventivi di organizzazione. I connotati "apersonalistici" della responsabilità dell'ente, d'altra parte, sono segnalati anche dalla indifferenza che a quegli effetti assume l'eventuale mutamento della compagine sociale e dei relativi rappresentanti, dal momento che, ai fini della confisca del profitto del reato-presupposto è irrilevante che, dopo la sua consumazione, si sia provveduto alla sostituzione degli amministratori che lo hanno commesso (Cass., Sez. II, n. 29397 del 27 giugno 2012, Gussio).

L'oggetto della confisca

A differenza, poi, delle altre varie forme di confisca, quella prevista dall'art. 19 circoscrive la platea dei relativi oggetti soltanto al prezzo ed al profitto del reato, individuando, quindi, un vincolo di "pertinenzialità" qualificato e tassativo: qualsiasi altro tipo di collegamento tra bene e reato renderebbe quel bene se del caso aggredibile con altri strumenti ablatori, ma non con la confisca di cui stiamo trattando. Sembra ragionevole ritenere, però, che la confisca a carico degli enti possa essere disposta anche per ciò che rientra nella nozione di "prodotto" del reato, in particolare per la ipotesi della merce contraffatta, posto che fra i delitti-presupposto sono annoverati dall'art. 25-*bis* anche quelli in tema di falsità e in particolare i reati di cui agli artt. 473 e 474 cod. pen. Ci limitiamo a ricordare a questo riguardo che, per le Sezioni Unite, ai fini della confisca, il prodotto del reato rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il profitto, a sua volta, è costituito dal lucro, e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il prezzo, infine, rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce, quindi, un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto

l'interessato a commettere il reato. (Sez. U, n. 9149 del 03/07/1996 - dep. 17/10/1996, Chabni Samir, Rv. 205707. V. anche Sez. U., n. 9 del 28 aprile 1999, Becherotti). Sempre le Sezioni Unite hanno anche puntualizzato che, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 322 *ter* cod. pen., costituisce "profitto" del reato anche il bene immobile acquistato con somme di danaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo. (Fattispecie in tema di concussione nella quale il danaro era stato richiesto da un ufficiale di P.G. per l'acquisto di un immobile). (Sez. U, n. 10280 del 25/10/2007 - dep. 06/03/2008, Miragliotta, Rv. 238700. V. anche Cass., Sez. II, n. 45389 del 6 novembre 2008, Perino Gelsomino. Si è pure ritenuto che è ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro che costituiscono profitto di reato sia nel caso in cui la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia quando sussistono indizi per i quali il denaro di provenienza illecita risulti depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare cio'che proviene dal reato e che si è cercato di occultare. (Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004 - dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 228166)).

Affermazioni, queste ultime, che ci sembra possano valere anche agli effetti della confisca a carico degli enti. Ciò che comunque appare consolidato nella giurisprudenza di legittimità, è che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. Il paradigma, dunque, del nesso di pertinenzialità che il profitto deve presentare rispetto al reato costituisce l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato, appunto a quel titolo: occorre, cioè, una correlazione diretta del profitto col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso di causalità, dall'illecito (v. la già citata sentenza Sez. u. n. 26654 del 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti e la giurisprudenza ivi citata). Il profitto del reato va dunque inteso come complesso di vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a questa nozione, l'impiego di parametri valutativi di tipo aziendalistico, quali, ad esempio, il risultato di esercizio individuato tramite il confronto tra le voci positive e quelle negative del reddito d'impresa.

La "identificazione" del profitto del reato agli effetti della confisca

E' evidente che, in questa prospettiva, il profitto integra un "valore" aggiunto economicamente quantificabile, anche se al di fuori di qualsiasi schematismo di tipo "ragioneristico" che necessariamente ne imputi la consistenza all'interno di uno specifico "tassello" del bilancio aziendale. Ma deve pur sempre consistere in una entità patrimoniale, suscettibile di formare oggetto di un provvedimento di confisca e quindi presentare i caratteri della concretezza ed attualità. Pertanto, mentre si ritiene che il sequestro preventivo funzionale alla confisca possa essere disposto anche sui

crediti vantati dalla persona giuridica quando questi costituiscano effettivamente il profitto del reato presupposto e siano certi, liquidi ed esigibili (Cass., Sez. VI, n. 35748 del 17 giugno 2010), deve invece escludersi che i crediti, ancorchè liquidi ed esigibili, possano formare oggetto di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, trattandosi di utilità non ancora percepite e non ancora sottratte al soggetto danneggiato (Cass., Sez. V, n. 3238 del 14 dicembre 2011; Cass., Sez. V, n. 7718 del 13 gennaio 2009; Sez. U., n. 26654 del 27 marzo 2008, cit.).

Più composito si fa il ragionamento nella ipotesi in cui il reato induca la stipula per l'ente di un contratto a prestazioni corrispettive, come nella ipotesi, tutt'altro che rara, di appalto di servizi. In tale ipotesi, lo stretto nesso di pertinenzialità che deve sussistere tra profitto e reato e la necessità di assegnare al concetto di profitto una portata "penalistica" (la prospettiva è, infatti, quella del relativo assoggettamento a confisca), e tale da rendere inoperante un qualsiasi riferimento ai concetti di "utile di esercizio", guadagno "netto" o guadagno "lordo" e simili, impone di esaminare quel concetto alla luce del tipo di derivazione "causale" dell'utile economico. Ove quella utilità derivi, e cioè provenga direttamente, dal reato, la confisca avrà la sua "causa" (staremmo per dire, secondo l'accezione civilistica della "funzione" economico-sociale dell'istituto) nell'illecito: dunque, l'arricchimento per l'ente (responsabile *ex art. 19*, o "irresponsabile" *ex art. 6*, ultimo comma), risulta privo di un titolo legittimo e dunque tale da rendere "causalmente" giustificato il provvedimento ablatorio. Diverso è invece il discorso nella ipotesi in cui quel profitto (o una arte dello stesso) si configuri quale «corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*, non può costituire una componente del profitto da reato, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi *sine causa* o *sine titulo*». «Diversamente opinando – hanno puntualizzato le Sezioni Unite nella più volte richiamata sentenza Fisia Italmimpianti – vi sarebbe un'irragionevole duplicazione del sacrificio economico imposto al soggetto coinvolto nell'illecito penale, che si vedrebbe privato sia della prestazione legittimamente eseguita e comunque accettata dalla controparte, sia del giusto corrispettivo ricevuto, dal che peraltro conseguirebbe, ove la controparte fosse l'Amministrazione statale, un ingiustificato arricchimento di questa» (v. nel medesimo senso, Cass., Sez. II, n. 20506 del 16 aprile 2009, P.M. in proc. Impregilo; Cass., Sez. VI, n. 42300 del 26 giugno 2008, P.M. in proc. Finanziaria Tosinvest).

In sostanza, il vizio che affligge il contratto non si riverbera, agli effetti della confisca, sulla relativa esecuzione, ove questa si sia correttamente modulata in funzione del relativo sinallagma. Riecheggia, vagamente, la disciplina dettata dall'ultimo comma dell'art. 644 cod. pen. in tema di confisca, ove il provvedimento ablatorio è circoscritto ai soli interessi o vantaggi usurari, senza estendersi al capitale mutuato, in linea, d'altra parte, con l'art. 1815, secondo comma, cod. civ. in ragione del quale se sono convenuti interessi usurari è nulla la relativa clausola – ma non l'intero contratto – e non sono quindi dovuti interessi.

In dottrina, invece, ove è forte la polemica che si fonda sulla adesione al cosiddetto *Bruttoprinzip* o al *Nettoprinzip*, regna una significativa diversità di accenti ricostruttivi in ordine ai parametri di identificazione e soprattutto quantificazione del profitto confiscabile e anche dopo la sentenza Impregilo le diversità di opinioni e le critiche non si sono del tutto sopite: l' stesso esito successivo della sentenza Impregilo ha dato luogo ad altre pronunce della Cassazione (in particolare, Cass., Sez. II, 16 aprile 2009, soc. Impregilo, in *Cass. Pen.*, 2010, 1944) le quali hanno fornito numerose puntualizzazioni (soprattutto in tema di benefici "collaterali" derivanti dal reato) circa la quantificazione dei profitti suscettibili di confisca e quindi di sequestro preventivo ad essa funzionale a norma dell'art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001.

Profitto e reato: nesso di derivazione e peculiarità

A proposito, poi, delle peculiarità che possono caratterizzare il profitto in ragione del tipo di reato cui esso accede, si è affermato, in giurisprudenza, che per il reato di corruzione in atti giudiziari, il profitto oggetto del sequestro preventivo funzionale alla confisca, non si identifica necessariamente con l'utilità riconosciuta o attribuita dal provvedimento del giudice, in quanto l'accordo corruttivo di cui all'art. 319-ter, cod. pen. può anche avere ad oggetto un atto di ufficio e non implica, quindi, un danno o un favore ingiusto per una delle parti. Principio, questo, in applicazione del quale la Corte di cassazione ha escluso che il risparmio d'imposta derivante dalla sentenza del giudice tributario oggetto di accordo corruttivo costituisca di per sé profitto del reato, indipendentemente dall'accertamento della fondatezza della pretesa erariale (Cass., Sez. VI, n. 11029 del 14 novembre 2012, Ingrassia/Levante). Affermazioni, queste, che si collocano, a ben guardare, in linea con quanto si è osservato a proposito del fatto che il profitto confiscabile è solo quello che deriva direttamente dal reato commesso in favore dell'ente, e che assume, quindi, ontologicamente, i connotati della "ingiustizia". Ogni altro profitto "indiretto" sarebbe quindi privo di tale predicato e, come tale, non aggredibile attraverso la sanzione della confisca. D'altra parte, ove così non fosse, non si coglierebbe la ragione per la quale la confisca non opera per quella parte del profitto da "restituire" al danneggiato: reato-danno-profitto-restituzione, rappresentano, infatti, una catena unitaria per la quale la derivazione dell'un termine dall'altro che lo presuppone è intima e consequenziale. Pertanto, l'utilità economica ricavata dalla persona giuridica a seguito della consumazione di una truffa, non può essere confiscata come profitto del reato, nemmeno per equivalente, quando la stessa sia stata già restituita al soggetto danneggiato (Cass., Sez. II, n. 45054 del 16 novembre 2011, Benzoni). Analogamente, non può procedersi al sequestro preventivo a fini di confisca dei beni dell'ente che, corrispondenti al profitto del reato presupposto, siano oggetto di una possibile pretesa restitutoria del danneggiato dal reato stesso (Cass., Sez. VI, n. 16526 del 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Total Iitalia s.p.a.; Cass., Sez. VI, n. 35748 del 17 giugno 2010, P.M. e Impregilo).

Si è osservato, in dottrina, come il criterio del profitto appare essere orientato esclusivamente verso la sanzione come oggetto della stessa, a differenza, invece, dei parametri dell' "interesse" o del "vantaggio" di cui parla l'art. 5, che svolgono la funzione di criteri ascrittivi della responsabilità dell'ente per i reati commessi dalle persone che si trovino in posizione "qualificata" rispetto all'ente stesso. Criteri diversi, quindi, non soltanto per la funzione che svolgono, ma anche per la diversa portata per così dire "economica", giacché mentre il "profitto" confiscabile non può non avere una sua consistenza di natura patrimoniale, l'interesse o il vantaggio che correlano il reato all'ente non deve necessariamente presentare questo requisito. Si è pure osservato che la confisca nel sistema delle sanzioni assumerebbe una connotazione *sui generis*, in quanto non commisurata secondo i criteri di proporzionalità validi per le altre sanzioni. Ma a tale rilievo potrebbe forse replicarsi che la "proporzionalità" (e dunque l'adeguatezza rispetto alle finalità special preventive) è requisito che appare essere insito nella "struttura" della sanzione, essendo la stessa ontologicamente "modulata" proprio sulla falsariga del *quantum* di profitto che l'ente ha desunto dal reato. D'altra parte, nel caso della confisca "diretta," è proprio quel "bene" che costituisce il profitto a formare oggetto della "sanzione" ablatoria, con la conseguenza che la "proporzionalità" è addirittura "perfetta" identificando perfettamente il *quantum* di responsabilità al *quantum* di sanzione.

Deroghe alla obbligatorietà della confisca

Il carattere obbligatorio della confisca (anche se disposta, pure nella forma per equivalente, con la sentenza di patteggiamento di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 231 del 2001: Cass., Sez. II, n. 20046 del 4 febbraio 2011, Marone; il tema, peraltro, è estremamente controverso in dottrina) deriva direttamente dalla sua natura di sanzione principale ed autonoma, secondo la rassegna tipizzata dall'art. 9 del decreto, e la relativa obbligatorietà risulta cedevole solo in presenza di due evenienze. La prima, se n'è già fatto cenno, è rappresentata dalla parte del profitto che può essere restituita al danneggiato: trattandosi di una "restituzione" – va rammentato che la giurisprudenza è costante nell'escludere per il danneggiato la facoltà di costituirsi parte civile nel procedimento a carico dell'ente: tra le varie, Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, Fenu, in *dir. pen. e proc.*, 2011, p. 431, con nota di MUCCIARELLI - pare ragionevole dedurre che deve trattarsi della identica utilità economica che ha rappresentato per il danneggiato l'esborso derivante dal reato e quindi il corrispondente danno economico; non sembrano invece compresi nella riserva normativa gli eventuali elementi di tipo risarcitorio, anche perché questi comprendono danno morali che sono riconducibili al reato, e non al solo al profitto che l'ente ne ha desunto.

L'altra "riserva" alla confiscabilità è ovviamente rappresentata – analogamente a quanto prevede l'ultimo comma dell'art. 240 cod. pen. - dalla esistenza di diritti acquisiti dai terzi in buona fede, cui, in ipotesi, il profitto sia stato nel frattempo

trasferito. Anche sul concetto di buona fede, in mancanza di sicuri indici normativi, non ci è certezza definitoria. Accanto alla opinione di chi ritiene che il presupposto vada fatto coincidere con l'assenza di dolo, inteso come consapevolezza circa la provenienza illecita dei beni, vi è chi ritiene applicabile l'orientamento della giurisprudenza secondo il quale la buona fede coinciderebbe con una condizione di affidamento incolpevole, nel senso che al terzo non possa muoversi alcun addebito, neppure di semplice negligenza, in ordine alla conoscenza della origine dei beni (Cass., Sez. U., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Foro it.*, 1999, II, 571; Cass., Sez. I, 13 giugno 2001, Carlà, in *Cass., pen.*, 2003, 237).

La confisca per equivalente

Parliamo, ovviamente, della confisca diretta, giacchè, quando la stessa non può essere eseguita, il comma 2 dell'art. 19 prevede che possa essere attuata la cosiddetta confisca di valore o per equivalente. La circostanza che la norma usi l'espressione "può" nel disciplinare la confisca di valore, non significa affatto che questa particolare forma di confisca, a differenza di quella diretta, non sia obbligatoria ma facoltativa, ma significa solo, secondo la giurisprudenza di legittimità, che il giudice è chiamato a verificare la contemporanea presenza di due condizioni per la relativa applicabilità, e cioè che sia impossibile procedere alla confisca diretta del prezzo o del profitto e che sussista equivalenza di valore tra i beni confiscati e il valore" del prezzo o del profitto. Non vi sarebbe dunque alcuna differenza rispetto a tutte le altre ipotesi di confisca per equivalente previste dal codice penale (artt. 322-ter, 640-*quater*, 644, 648-*quater*) e da varie altre disposizioni poste nelle leggi speciali, mutuandone dunque la *ratio essendi* che è quella di superare gli angusti confini entro i quali potava trovare applicazione la confisca "ordinaria", attraverso la estensione del provvedimento ablatorio alle utilità patrimoniali equivalenti a quelle – costituenti il prezzo o il profitto del reato – non più rinvenibili per le più varie ragioni (occultamento, alienazione ecc.). Il nesso di pertinenza dal reato, pertanto, finisce in tale ipotesi di confisca per dissolversi totalmente. «In sostanza - puntualizza la Cassazione – caratteristica comune della confisca per equivalente, nelle varie ipotesi previste, è che "può" essere adottata solo se, per una qualsivoglia ragione, i proventi dell'attività illecita, di cui pure sia certa l'esistenza, non siano rinvenuti nella sfera giuridico-patrimoniale dell'autore del reato, perché consumati, confusi o trasformati, in tali casi intervenendo l'ablazione su beni svincolati dal collegamento fisico con il reato stesso» (Cass., Sez. VI, n. 19051 del 10 gennaio 2013, fallimento Tecno Hospital). Spiegazione, quella testè offerta, alla quale può sovrapporsi l'altra, sintatticamente forse preferibile, per la quale l'uso del potestativo ben potrebbe correlarsi esclusivamente alla pluralità degli "oggetti" aggredibili (denaro, beni o altre utilità) fino alla concorrenza del valore del prezzo o del profitto, senza coinvolgere affatto la confisca in sé, sempre obbligatoria.

La confisca per equivalente ha dunque una natura chiaramente sussidiaria, e comporta la previa verifica negativa circa la confiscabilità dei beni nelle forme

ordinarie e la giustificazione della relativa necessità da parte della autorità giudiziaria. Si ritiene poi generalmente – sulla base di un riferimento contenuto nel § 7 della *Relazione* al decreto – che la impossibilità di eseguire la confisca nella forma ordinaria debba essere sopravvenuta, come avviene nel caso in cui i beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato si siano consumati, o i siano confusi con altri beni dell'ente o siano stati trasformati o ceduti a terzi in buona fede.

La concorrenza tra più titoli di confisca e l'illecito plurisoggettivo

Considerato che la responsabilità in capo agli enti scaturisce comunque dalla commissione di un reato consumato in suo favore da un determinato soggetto legato all'ente da un rapporto qualificato, e poiché permane la responsabilità penale personale dell'autore del fatto illecito, ne deriva che può determinarsi una duplicazione di titoli di ablazione del profitto, l'uno riconducibile al titolo di reato commesso dalla persona fisica, l'altro a carico dell'ente, a norma dell'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001. In tal caso, in giurisprudenza si è affermato che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato può incidere contemporaneamente o indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso, con l'unico limite per cui il vincolo cautelare non può eccedere il valore complessivo del profitto medesimo (Cass., Sez. II, n. 20976 del 22 febbraio 2012; Cass., Sez. II, n. 6288 del 9 maggio 2012). L'autonomia dei due titoli di ablazione determina quindi l'effetto che la persona fisica non fruisce di una sorta di beneficio della previa escussione dell'ente a vantaggio del quale il reato è stato commesso; così come, all'inverso, l'ente non può opporre la mancata preventiva “aggressione” diretta del patrimonio dell'autore del reato, l'unico limite essendo rappresentato dal *quantum* del profitto assoggettabile a confisca: profitto che, essendo economicamente e strutturalmente unitario, indica il limite complessivo che può essere assoggettato a confisca (per equivalente), a prescindere dal relativo titolo di ablazione e di responsabilità – penale o amministrativa – dei soggetti che vi sono sottoposti.

Va poi rammentato che la giurisprudenza ha avuto modo di puntualizzare che in tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel *quantum* l'ammontare complessivo dello stesso. (Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008 - dep. 02/07/2008, Fisia Italmobiliare Spa e altri, Rv. 239926. Il medesimo principio è stato riaffermato più volte: v. Cass., Sez. II, n. 8740 del 16 novembre 2012; Cass., Sez. V, n. 13562 del 10 gennaio 2012; Cass., Sez. V, n. 13277 del 24 gennaio 2011).

La dottrina si è espressa in termini prevalentemente critici rispetto alle impostazioni di cui si è detto. Si osserva, infatti, in linea generale che l'applicazione del principio solidaristico proprio del concorso di persone nel reato – già in sè ritenuto distonico rispetto ai principi di colpevolezza e proporzionalità – non sarebbe replicabile per la responsabilità degli enti, posto che in tale materia prevale il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, sancito dall'art. 8 del d. lgs. n. 231 del 2001, il quale orienterebbe anche la scelta in ordine al tipo di confisca attivabile, nel senso che per recuperare il profitto percepito dalla persona e dall'ente andrebbero attivate le diverse forme di confisca previste dall'art. 240 cod. pen. e dall'art. 19 del decreto sugli enti, senza possibilità di confondere sequestri per equivalente. Si è anche osservato che introdurre un principio di solidarietà tra persona fisica ed ente sarebbe *contra legem*, giacchè una tale relazione è prevista solo nella ipotesi di scissione a norma dell'art. 30 del citato decreto. Si contesta, poi, la possibilità di fare applicazione del principio solidaristico fra enti, posto che nel d.lgs. n. 231 non si rinvencono tracce che richiama la disciplina del concorso nei reati e non potendosi ravvisare i relativi elementi strutturali, quali il nesso causale tra autore e reato, e l'elemento psicologico, in capo agli enti collettivi. Il particolare tipo di imputazione proprio dello schema concorsuale avrebbe dovuto comportare dunque una espressa previsione, così come è stato fatto dall'art. 26 del decreto in tema di tentativo. Si tratta di problemi ancora aperti, perché se è pur vero che responsabilità personale e responsabilità amministrativa appaiono concettualmente distinguibili, la unicità del reato e la saldatura che le responsabilità ricevono proprio sul versante della destinazione del profitto, tracciano una forte assonanza proprio col tema del concorso, evocando per diversi aspetti (e quello della confisca rappresenta certo un momento centrale) un fenomeno strutturalmente unitario.

Alcune vicende dell'ente agli effetti della confisca

A proposito, poi, delle vicende che possono riguardare l'ente della cui responsabilità si tratta, si è affermato in giurisprudenza che in tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile il sequestro preventivo a fini di confisca di beni in misura equivalente al profitto derivante dal reato anche quando la società cui gli stessi appartengono sia fallita, ma spetta al giudice dare conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare. (Sez. 5, n. 33425 del 08/07/2008 - dep. 13/08/2008, P.M. in proc. Fazzalari e altro, Rv. 240559). Si è pure ritenuto che il sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto derivante dal reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche può riguardare beni che siano oggetto di una procedura fallimentare, e, quindi, può comportare il sacrificio delle ragioni dei creditori, trattandosi di beni intrinsecamente ed oggettivamente pericolosi per la loro pertinenza al reato, ma, ove tali beni siano sequestrati per equivalente, spetta al giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dare conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela

dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare. (Sez. 2, n. 31990 del 14/06/2006 - dep. 27/09/2006, Italinvest Srl e altro, Rv. 235129).

Quanto alla cessione di azienda, si è affermato che in tale ipotesi, i beni dell'ente cessionario non possono essere sottoposti alla confisca per equivalente del profitto del reato commesso, prima della cessione, dagli amministratori dell'ente cedente, atteso che, ai sensi dell'art. 33, d. lgs. n. 231 del 2001, l'ente cessionario risponde in solido con quello cedente esclusivamente del pagamento della sanzione pecuniaria irrogata per l'illecito a quest'ultimo addebitabile. (Sez. 6, n. 30001 del 11/06/2008 - dep. 17/07/2008, Holiday Residence Srl e altri, Rv. 240168).

Responsabilità degli enti e reati tributari

Una tematica assai delicata sulla quale sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite il 30 gennaio 2014 ha riguardato il quesito «se sia possibile o meno il sequestro preventivo funzionale alla confisca nei confronti dei beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa». Come messo in luce, infatti, dalla ordinanza pronunciata il 30 ottobre 2013 dalla Sezione III penale della Corte di cassazione, con la quale la questione è stata rimessa alle sezioni Unite, in alcune pronunce si è ritenuto possibile, con riferimento ai reati tributari, applicare il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente sui beni della persona giuridica anche in casi in cui la sua creazione non sia soltanto frutto della volontà di creare una “società schermo” per farvi confluire i profitti degli illeciti fiscali. Si è ritenuto infatti che il reato tributario ancorchè sia addebitabile all'indagato, le relative conseguenze patrimoniali ricadono sulla società a favore della quale egli ha agito, salvo che si sia interrotto il relativo rapporto organico. Si è osservato anche che la confisca del profitto del reato è consentita indipendentemente dalla qualifica di concorrente del soggetto nella cui disponibilità è pervenuto il profitto e, nel caso della società, prescindendo dalla relativa responsabilità amministrativa, puntualizzandosi come la società in favore della quale si stato commesso l'illecito tributario e nelle cui casse sia affluito il relativo vantaggio economico, non può considerarsi estranea al reato. Di contro, si è però osservato che il d. lgs. n. 231 del 2001 non prevede i reati fiscali tra quelli in grado di giustificare l'adozione della confisca, tranne nella ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti, tanto che ogni cosa che sia fittiziamente intestata alla società è immediatamente riconducibile alla disponibilità dell'autore del reato. Non senza sottolinearsi, peraltro, in alcune occasioni, la irragionevolezza del sistema, posto che, fra l'altro, ove il reato tributario – si è osservato - assuma i connotati del reato transazionale, è possibile far insorgere la responsabilità dell'ente, a norma dell'art. 10 della legge n. 146 del 2006. Va comunque rammentato che, proprio in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche nella forma per equivalente, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui all'art. 11 del d.lgs n. 74 del 2000, è costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione del reato e può,

dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario. (Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013 - dep. 23/04/2013, Adami e altro, Rv. 255036). Se però è coerente identificare come profitto anche il “risparmio” derivante dal reato, è più arduo pensare che la confisca di beni possa essere in tal caso qualificata come confisca “diretta” del profitto, quando in realtà si aggredisce null’altro che un “valore” semplicemente corrispondente a quello del mancato esborso: in sostanza, ci sembra che in tal caso la confisca diretta sia ontologicamente impossibile, per mancanza, *in rerum natura*, del relativo oggetto, con la conseguenza di imporre l’adozione *ab origine* della confisca “per equivalente”. Il che equivale ad esaltare il profilo della confisca-sanzione di cui abbiamo già detto.

Solo una postilla dell’ultima ora: come è tradizione, le Sezioni Unite hanno diramato un annuncio di decisione sul tema loro devoluto e il relativo tenore è il seguente: «E’ consentito nei confronti della persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni comunque direttamente riconducibili al profitto del reato, mentre non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di ulteriori beni della persona giuridica». A fronte di un quesito chiaro e, per così dire, a “schema binario”, la risposta (provvisoria) è articolata e non del tutto chiara. Parrebbe che la confisca “consentita” non sia quella prevista dall’art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001, ma quella “ordinaria” in tema di reati tributari: confisca che, però, non può che essere essa stessa per equivalente, per le ragioni che si sono dette (il profitto non corrisponde, infatti, ad un “incremento” economico, ma ad un mancato “decremento;” quindi, oggetto della ablazione non potrà che essere il *tantundem*). Ma se così è, emerge la problematica della confisca per equivalente “presso terzi”, rappresentati, nella specie, da un ente dotato di autonoma soggettività, e rispetto al quale c’è da chiedersi se possa o meno porsi un problema di “persona estranea o meno al reato”; con tutto ciò che ne consegue sul versante della tassatività della relativa previsione, trattandosi di un provvedimento sicuramente riconducibile al *genus* delle sanzioni. Inutile, comunque, spingersi in ardite “interpretazioni” dei futuri *dicta* della Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione. Occorrerà attendere la motivazione che – c’è da augurarsi – fornirà lumi su un tema rispetto al quale è auspicabile la massima chiarezza, se non, addirittura, un (da molti caldeggiato) intervento legislativo che riconduca a modello unitario – si parla, anche alla luce del progetto di direttiva comunitaria in tema di confisca dei proventi da reato, di una specifica *actio in rem* - le varie figure di confisca, ormai davvero troppo sfilacciate.