

Introduzione

Una delle tematiche di maggior interesse per il corretto funzionamento di uno Stato è costituito dal tema della tassazioni. L'importanza di tale sistema è preponderante al punto tale che il sistema di tassazione è disciplinato già dai primi articoli della nostra Costituzione (*ex art. 2, art. 23 ed art. 53 Cost.*).

Con questo mio elaborato ho voluto, però, focalizzarmi in un momento che si potrebbe definire come “eventuale” all'interno del sistema delle tassazioni, ovverosia quel momento in cui il contribuente, non adempiendo correttamente ovvero non adempiendo affatto, compie degli illeciti penali.

La mia tesi, infatti, si concentra principalmente nel connubio che si crea fra la disciplina penale e quella tributaria, nel momento in cui si cerca, attraverso le previsioni normative, di “rieducare” il soggetto ad adempiere secondo le corrette modalità.

Sin dal primo capitolo ho cercato di ripercorrere questa disciplina dalla sua nascita, analizzando una delle tematiche di maggior interesse, ovverosia il problema del c.d. “doppio binario”, ed analizzando le, attuali, soluzioni adottate dal legislatore.

Al fine di compiere una corretta disamina della tematica, inoltre, ho cercato di ricostruire una definizione quantomeno puntuale e precisa dei concetti di “profitto, prezzo e prodotto, analizzando i riflessi che questi hanno all'interno dell'ordinamento.

Successivamente mi sono concentrato sulla figura di quel contribuente

che, a causa del suo ruolo ovvero a causa degli illeciti che commette, riveste all'interno della società, notando, in particolare, come questa tipologia di soggetti siano quelli che in maggior specie provocano un nocumento nei confronti della società.

Di seguito, anche alla luce dei nuovi provvedimenti adottati a partire dai primi anni del novello millennio, mi sono concentrato sui concetti di "evasione" e di "elusione fiscale", considerando anche la rilevanza che questi rivestono all'interno dell'ordinamento anche alla luce della loro punibilità.

Ho deciso anche di affrontare secondo quale modalità possa operare la misura della confisca nel momento in cui questa debba essere disposta nei confronti di una persona giuridica, anche alla luce del brocardo di antica memoria secondo cui "*societas delinquere non potest*".

Infine, all'interno dell'ultimo capitolo, ho scelto di affrontare con una maggiore attenzione dapprima il D.lgs. n. 74/2000 e successivamente le nuove normative statuite a partire dall'anno 2015, completando la trattazione della tematica affrontando la trattazione dapprima della Sentenza "Dolce e Gabbana" e successivamente con la Sentenza "Taricco".

La scelta di trattare questa tematica è dovuta ad un forte interesse per la materia e a fronte della rilevanza che riveste all'interno dell'economia globale. È anche questa la motivazione per la quale, all'interno del mio scritto, ho cercato di inserire anche dei pareri di sociologi ed economisti statunitensi i quali, a partire dalla seconda metà del '900, hanno incominciato ad interessarsi della materia considerando anche gli influssi che questa riveste all'interno della società.

*A Marcella
e Giada*

I Tipi di confisca generati dall'art. 240 c.p. in cui si punta sulla confisca del profitto, del prezzo e del prodotto.

1. La c.d. “criminalità da profitto”. 2. Problema del c.d. “doppio binario”. 3. Art. 240 c.p. Le fattispecie di applicazione della confisca e la relazione con la “nuova” previsione di reato *ex art. 416 bis c.p.* 4. Che cosa sono il profitto, il prezzo ed il prodotto e le pronunce della Cassazione in merito. 5. Le casistiche in cui si applicano le due forme di confisca: facoltativa ed obbligatoria. Il giudice competente a decidere.

1. La c.d. “criminalità da profitto”.

La tesi che ho scelto di affrontare al termine del mio, attuale, percorso accademico tratta il tema della confisca.

Il reato in esame ha degli importanti riflessi all'interno delle economie nazionali ed internazionali, probabilmente anche a causa della globalizzazione e dello sviluppo sempre più frequente dei mercati nazionali, incidendo in maniera netta all'interno dell'economia mondiale.

Prima di iniziare la trattazione del tema mi sembra opportuno interrogarmi sulla motivazione che spinge un soggetto a delinquere, e, più in particolare, a compiere reati di tale natura.

Mi sovviene in aiuto il premio Nobel per l'economia Gary Becker¹, il quale elaborò una delle più note teorie economiche in merito alla criminalità. Essendo uno studioso dell'economia, il suo pensiero può partire dall'assunto secondo cui l'essere umano, in questo caso il criminale, può essere inquadrato nell'alveo di quegli esseri razionali che sono portati, per la loro stessa natura, a compiere atti in misura della ottimizzazione del proprio benessere.

L'economista, proseguendo i suoi studi, elaborò una teoria tale per cui è possibile trasmutare sul comportamento criminale il modello della scelta razionale del consumatore in condizioni di incertezza, determinando le fattispecie che stabiliscono il comportamento criminale: da tale teoria emerge il fatto che possono essere poste al primo posto la probabilità di essere scoperti e puniti, la severità delle sanzioni, il reddito disponibile per altre attività legali o illegali, la

¹ Becker, G.S., “Crime and punishment. An economic analysis, in "Journal of political economy", 1968, LXXVI, pp. 169-217. Estrapolato da “http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_2.pdf” un articolo di Ernesto U Savona dal titolo “Economia e criminalità”.

valutazione dei benefici ricavabili ed infine l'inclinazione personale a compiere reati in stretta correlazione con le circostanze ambientali.

Dall'idea di Becker emerge un presupposto fondamentale, tale per cui un individuo è portato a violare una norma nel momento in cui il vantaggio di tale trasgressione possa arrivare ad eccedere il grado di appagamento a cui egli potrebbe arrivare utilizzando il proprio tempo e risorse dedicandosi ad un'attività legale². In altre parole, il criminale è portato a compiere un'azione illecita nel momento in cui, soppesando il tempo impiegato nell'esecuzione di un fatto lecito e paragonandolo alle medesime tempistiche per cui lo stesso si dedica ad un fatto illecito, si possa giungere ad un guadagno che è possibile considerare maggiore in termini monetari.

Per comprendere al meglio questa teoria bisogna sempre tenere presente il fatto che, la teoria del premio Nobel, assume come presupposto il fatto che ogni criminale possa essere considerato come un essere razionale ed informato tanto sui costi quanto sui benefici che si ripercuoteranno sulle sue decisioni, ovvero che sia in grado di determinare le modalità tramite cui compiere un'azione criminale in contrapposizione ad un comportamento legale.

Secondo la teoria di Becker, il comportamento criminale, a meno che non sia dovuto a disturbi della personalità o causato da spinte emotive irrazionali, dovrebbe rispondere al precetto della razionalità. Il soggetto, nel momento in cui decide di compiere un crimine, quindi, sarebbe portato a soppesare, oltre ai benefici, anche le conseguenze che derivano dal suo comportamento, molte delle quali inquadabili nell'alveo del pericolo di punizione.

Quella riportata dallo studioso americano è una concezione della condizione di criminalità dal punto di vista economico, la quale non considera la parte "umana", fallibile, soggettiva e, soprattutto, le condizioni sociali che inducono un soggetto a delinquere.

Il lavoro in cui mi sono cimentato, però, parte da questa concezione per cercare di spiegare la stretta correlazione tra economia e criminalità.

Questo perché è la stessa scienza microeconomica che aiuta a spiegare determinati comportamenti criminali, fungendo da strumento per diminuirne lo sviluppo aiutando il dispiegarsi di politiche che diminuiscono i benefici legati a tali attività illecite. L'assunto appena descritto rappresenta una prima relazione tra economia e criminalità.

² http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_2.pdf di Ernesto U Savona, un articolo dal titolo "Economia e criminalità".

Un secondo collegamento è dato da quei comportamenti criminali definiti propriamente come “economici”. Possono essere, infatti, molte le situazioni criminali aventi come scopo ultimo il profitto, ma non tutte possono essere annoverate all’interno della categoria economica. Fanno parte della tipologia di criminalità economica la moltitudine di tutti quei comportamenti criminali che sono attribuibili a soggetti dalla “elevata caratura sociale” (coloro che rispondono al nome di colletti bianchi o *white collar crime*³ secondo la concezione americana) i quali rivestono una posizione economica legittima e che, proprio in relazione di questa, abusano della carica che ricoprono per compiere azioni illecite. Sono fattispecie di azioni inquadrabili in due categorie di attività illecite; la prima sono quelle attività compiute da professionisti o da responsabili di imprese al fine di aumentare con modalità illecite il profitto dell’impresa (criminalità societaria o *corporate crime* o *organizational crime*), ovvero di quelle azioni compiute dai responsabili o amministratori di un’impresa contro di essa (criminalità occupazionale)⁴. Si tratta di fattispecie individuate nelle differenti evoluzioni dei rapporti economici, in cui la discriminante tra la fattispecie lecita o illecita è dettata dalle norme giuridiche appartenenti ad un dato contesto spaziale e temporale, le quali possono variare, con riferimento al *genus* della pena, per ogni stato.

Ma, tornando ai nessi fra economia e criminalità, un’ulteriore relazione tra queste due categorie è rappresentata dalla connessione tra la condizione di criminalità e quella dei mercati. La disciplina della

³ “White collar crime” è il termine coniato dal criminologo americano Edwin H. Sutherland (Sutherland, E. H., “White collar criminality”, in “American sociological review”, 1940, V, pp. 1-12) per illustrare la criminalità economica, ponendo in luce la figura del soggetto che compie il reato, in particolare per quanto riguarda la sua posizione all’interno della composizione sociale e produttiva della quale fa parte. È, indubbiamente, un’importante modernizzazione nel pensiero criminologico del tempo, in cui si notava la predominanza della riduzione dei comportamenti criminali con esclusivo riferimento a quelli violenti ed appropriativi. Questa tendenza ha portato a considerare criminali solo coloro che venivano condannati al carcere, e che, il più delle volte, erano appartenenti delle classi sociali più disagiate (Sutherland, E. H., *Principles of criminology*, Chicago 1939 (tr. it.: *La criminalità dei colletti bianchi e altri scritti*, Milano 1986).

Gli stessi studi condotti dal criminologo riferiti a tipologie di raccolta di attività criminali in sé stesse discriminatorie, lamentavano la presenza di tale stereotipo, poiché riguardanti reati violenti e appropriativi posti in essere dalle classi sociali meno abiette non considerando quei crimini economici commessi da soggetti socialmente privilegiati.

⁴ Becker, G.S., “Crime and punishment. An economic analysis, in “Journal of political economy”, 1968, LXXVI, pp. 169-217. Estrapolato da “http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_2.pdf” un articolo di Ernesto U Savona dal titolo “Economia e criminalità”.

criminologia, coadiuvata dalla branca economica, sovviene in aiuto per facilitare la comprensione del collegamento tra ciclo economico e criminalità. Essa pone in essere gli elementi che portano alla modificazione dei differenti mercati, permettendo di risalire all'origine della grande quantità di ricchezza che compone il fenomeno del c.d. "riciclaggio". Il fenomeno in questione pone seri problemi nel momento in cui il denaro conseguito a seguito della perpetrazione di questo reato viene reinvestito all'interno "dell'economia legittima". La contaminazione prodotta da questa immissione modifica gli assetti dei mercati (dei prodotti, del lavoro, dei capitali) permettendo all'economia criminale un più agevole inserimento all'interno di quella legittima⁵.

Come ultima connessione, è opportuno menzionare la canonica distinzione tra criminalità violenta ed appropriativa composta dal rapporto mezzi-fini. Gli esempi più comprensibili, al fine di comprendere al meglio la relazione, sono tre; il primo riguarda il crimine dell'omicidio fine a sé stesso, che è inquadrabile nell'alveo della violenza, il secondo dalla rapina, la quale è violenza ma con fini appropriativi, ed infine il furto, il quale è considerato come una fattispecie di reato esclusivamente appropriativo, naturalmente in mancanza di elementi di violenza.

Tale premessa è utile per comprendere la nozione di criminalità economica, nozione che, come ho già riportato, è di derivazione criminologica. La definizione di questa categoria di reato viene fornita dal criminologo Herbert Edelhertz, il quale la stabilisce come "un atto illegale o una serie di atti illegali commessi in assenza di violenza fisica e attraverso dissimulazione o frode per ottenere denaro o proprietà, per evitare il pagamento o la perdita di denaro o proprietà o per ottenere vantaggi economici personali o per la propria attività"⁶. Il criminologo ha voluto racchiudere all'interno di questa categoria tutte quelle fattispecie che hanno in comune, oltre al contenuto economico, anche un'attinenza all'interno delle attività imprenditoriali o professionali.

⁵ Becker, G.S., "Crime and punishment. An economic analysis, in "Journal of political economy", 1968, LXXVI, pp. 169-217. Estrapolato da "http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_2.pdf" un articolo di Ernesto U Savona dal titolo "Economia e criminalità".

⁶ Estrapolato dal sito: http://www.bancheimprese.it/images/Rassegna_Economica_-_articolo_riccardo_achilli.pdf. Citazione presa dallo scritto di Edelhertz H. (1970), "The nature, impact and prosecution of white collar crime" Report No. ICR 70-1. Washington, DC: U.S. Department of Justice.

Gli esempi di un siffatto comportamento sono molto numerosi, e come spiega lo stesso Becker possono variare dall'imprenditore che falsifica il bilancio, all'impresa che inquina le acque di un fiume al fine di economizzare sullo smaltimento degli scarichi industriali, all'impiegato di banca che froda il proprio luogo di lavoro per arricchirsi, al funzionario pubblico che commette reato di peculato, o alla banca che permette di riciclare al proprio interno il denaro "sporco"⁷.

Emerge così una concezione nuova, tale per cui la spiegazione e la *ratio* del concetto di criminalità economica prendono spunto dal soggetto che le compie e ne è la causa, ossia il cd "*white collar*". Essa prende poco in considerazione i meccanismi organizzativi e strutturali che compongono odiernamente le fattispecie criminali di strutture societarie legali. La stessa definizione di *corporate crime* (ossia crimini societari⁸), non può essere considerata a tutt'oggi adeguata a

⁷ Becker, G.S., "Crime and punishment. An economic analysis, in "Journal of political economy", 1968, LXXVI, pp. 169-217. Estrapolato da "http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_2.pdf" un articolo di Ernesto U Savona dal titolo "Economia e criminalità".

⁸ Con questo termine non si fa riferimento esclusivamente all'area imprenditoriale, ma si comprende il maggior alveo di quelle categoria che possono essere ricomprese all'interno delle imprese collettive, ovverosia le società.

I reati societari sono inquadrabili nella categoria dei reati-presupposto i quali, in concomitanza di alcune condizioni, possono far derivare all'ente medesimo una responsabilità penale-amministrativa.

Un aspetto singolare che contraddistingue questi tipi di reati è dato dal fatto che essi siano racchiusi, non all'interno del codice penale né in una legge speciale, bensì all'interno del codice civile.

Tali reati sono valutati di particolare gravità per la società e, per questa ragione, la competenza a giudicare spetta al tribunale in composizione collegiale.

Possono essere compresi all'interno di questa categoria i reati di false comunicazioni sociali, riguardanti l'enunciazione di fatti materiali non rispondenti al vero, oppure omissioni di informazioni sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo, posti in essere in maniera tale da far cadere in errore i destinatari quanto gli agenti (amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori) operano con l'obiettivo di trarre inganno soci o pubblico, per poi conseguire, per sé stessi o altri, un ingiusto profitto.

Un gruppo di reati può essere commesso esclusivamente dagli amministratori, ossia:

- l'indebita restituzione dei conferimenti ai soci;
- l'illegale ripartizione degli utili e delle riserve;
- le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante;
- le riduzioni di capitale sociale o le fusioni o scissioni in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori (operazioni in pregiudizio dei creditori).

Sono inoltre colpevoli di infedeltà patrimoniale gli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali essendo legati da un rapporto con la società e avendo con questa un conflitto di interessi, per ottenere un ingiusto profitto o altro vantaggio, commettono (o

soddisfare appieno le modificazioni organizzative e strutturali che stanno interessando la materia in esame. Sono, infatti, numerosi gli studi che si soffermano sul rapporto di continuità tra criminalità organizzata e criminalità economica. Si tratta di scritti che spiegano il connubio ed i punti in comune tra il crimine organizzato concepibile in un'ottica tradizionale ed i crimini posto in essere da quei criminali dal colletto bianco. Il punto focale che emerge è costituito dal fatto che entrambe le tipologie di crimini perseguono il medesimo obiettivo, ed il fatto che i primi, grazie a questi ultimi, affinino sempre di più i mezzi e le tecniche per operare⁹.

Deve, pertanto, essere spiegato con maggior chiarezza il limite in cui il crimine organizzato ed il crimine economico si trovano ad operare in concomitanza. Si tratta di un territorio limite, in cui coloro che compiono attività illecite e le attività stesse si involuppano con attività le quali, di per sé, possono essere definite e rientrare nell'alveo di quelle attività definite come legali. All'aumento del territorio in comune fra queste due categorie, corrisponde un ampliamento del livello di corruzione, il che porta ad un progressivo inquinamento dei sistemi economici nazionali.

partecipano nel deliberare) atti di disposizione di beni sociali, portando così, con dolo, un danno di tipo patrimoniale alla società stessa.

Il reato di illecita influenza sull'assemblea è rappresentato mediante l'influenza sull'assemblea dei soci (al fine di riscuotere la maggioranza) tramite atti simulati o fraudolenti con lo scopo di assicurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

Infine, l'aggiotaggio, è il reato che prevede la diffusione di notizie false oppure la messa in atto di operazioni simulate o altri artifici tali da indurre una grave alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati oppure tale da gravare in maniera considerevole sull'affidamento del pubblico dei risparmiatori.

Nel caso in cui venga posta in essere una sentenza di condanna o di patteggiamento per tutti questi reati è prevista la confisca del prodotto o profitto del reato, oltretutto dei beni ipoteticamente adoperati al fine di porlo in essere o, al massimo, nel caso in cui non l'individuazione o l'apprensione dei beni sia difficoltosa, la confisca "per equivalente" di un importo di denaro o di altri beni.

Per quanto riguarda gli amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori o commissari è prevista l'aggiuntiva sanzione, la quale fa seguito alla sentenza penale, per quelle fattispecie poste in essere nell'esercizio o causa del loro ufficio e che consiste nella comunicazione (a cura della cancelleria dell'Autorità la quale ha emesso la sentenza di condanna) all'organo competente all'esercizio della funzione disciplinare sugli iscritti all'albo professionale di cui i condannati fanno parte. Estrapolato da https://www.studiolegaledelalla.it/per-le-aziende/reati_societar/.

⁹ Ernesto E. Savona, "Social change, organisation of crime and criminal justice systems, in Essays on crime and development" a cura di U. Zvekić, Roma 1990, pp. 103-117.

Numerosi autori, tra cui Nelken¹⁰, suggeriscono di approfondire lo studio dei rapporti che legano i c.d. “*white collar crimes*” con la criminalità organizzata, ponendo una particolare attenzione all’aumento progressivo dei fenomeni di transnazionalizzazione, specializzazione e professionalizzazione della criminalità organizzata, i quali comportano un connubio di servizi legali e non, erogati dalle associazioni criminali e fra di loro e a quelle imprese che operano nel settore legale dell’economia.

La relazione tra queste due categorie vede la criminalità organizzata, sotto un punto di vista, compiere con sempre maggior frequenza reati di natura economica, aventi lo scopo di aumentare esponenzialmente i guadagni dei consociati, dall’altro punto di vista i c.d. “*white collar criminals*” elaborano nuove soluzioni per specializzarsi ed organizzarsi, in modo tale da offrire il loro aiuto al crimine organizzato “tradizionalmente” concepito.

Bertoni¹¹ definì tale tipo di criminalità come impresa criminale. Egli voleva porre l’attenzione sul fatto che essa non solo potesse integrare una relazione con l’economia legale, le risorse e le dimensioni del nuovo crimine organizzato, ma che potesse innanzitutto comprendere la capacità di conferire al sistema stesso dell’organizzazione un ruolo strategico.

Non tutti gli studiosi sono dello stesso parere. Sono, infatti, di diverso avviso le opinioni di Smith e Alba¹², i quali collegano il crimine economico e la criminalità organizzata alla variante della “imprenditorialità, invece che a quella della “criminalità”. Essi sostengono che una concezione così pensata sia più idonea a giustificare le modalità illecite riferite alle meccaniche del mercato. Un’opinione così concepita, fa in modo che si accresca un parallelismo tra le attività economiche illegali e quelle legali in cui è penetrata la criminalità organizzata. Dello stesso avviso è lo studioso Bini il quale afferma “la criminalità organizzata prima ancora di

¹⁰ Becker, G.S., “Crime and punishment. An economic analysis, in “Journal of political economy”, 1968, LXXVI, pp. 169-217. Estrapolato da “http://www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_2.pdf” un articolo di Ernesto U Savona dal titolo “Economia e criminalità”. In particolare, per quanto riguarda Nelken, D. “White collar crime”, Dartmouth 1994. L’autore prende spunto da un nutrito numero di riflessioni in merito alle ambiguità del concetto di “white collar crime”, al fine di coniare una definizione di criminalità economica organizzata, che formi allo stesso tempo una sintesi ed un superamento delle tematiche che la compongono.

¹¹ Bertoni A., “La criminalità come impresa”, Milano 1997.

¹² Smith, D.C., Alba, R.D. “Organised crime and American life” in “Society”, 1979, XVI, pp. 32-38.

essere un'associazione fra persone con intenti criminali è una formula organizzativa che il più delle volte assume la forma d'impresa"¹³.

L'attenzione sempre maggiore che si pone in merito a questi reati è dovuta all'alto costo sociale ed economico che comportano all'interno della società, a cui non sempre corrisponde un congruo bilanciamento in tema di regole, sanzioni, capacità investigative e giudiziarie.

È quindi attraverso la trattazione del tema della confisca che mi è sembrato più opportuno soffermarmi sull'analisi di tutti quei reati che hanno conseguenze rilevanti sull'intera società. Come ho già cercato di fare intendere nelle mie precedenti parole, la società non è ancora improntata a considerare come "criminali altamente pericolosi" quella categoria di soggetti che risponde al nome di "colletti bianchi". Essi, non pongono in essere solo reati finalizzati all'arricchimento ed al conseguimento di profitti illeciti, ma procurano un danno di proporzioni inimmaginabili per la struttura della società di cui fanno parte. *In primis* distruggendo l'intero mercato della concorrenza, poiché operano in condizioni di vantaggio (illecito) rispetto ai loro *competitor*, *in secundis* evolvendosi con sempre maggiore velocità, il che permette ad essi di mascherare le operazioni illecite in operazioni "fittiziamente" lecite.

¹³ Bini, M., "Il polimorfismo dell'impresa criminale", in "La criminalità come impresa" (a cura di A. Bertoni), Milano 1997, pp. 1-14.

2. Problema del c.d. “doppio binario”.

Dopo aver descritto le teorie principali sulle motivazioni che spingono un soggetto a delinquere e dopo aver delineato i concetti di “criminalità da profitto” e “*white collar crime*”, passerò ora alla trattazione del tema della confisca e, più in generale, della disciplina penal-tributaria.

Si tratta, purtroppo, di una disciplina non completa e caratterizzata da profonde discrasie interne, le quali non permettono una agevole applicazione ed esecuzione da parte degli interpreti.

Il diritto penal-tributario ha l’obbligo di dover scontare le troppe limitazioni derivanti da una legislazione caratterizzata da compromessi e da un sempre maggior numero di logoranti tecnicismi nella formulazione delle norme. Il connubio tra questi due tipi di problematiche ha portato alla nascita, del problema del principio del c.d. “doppio binario”, complicazione di derivazione arcaica che ancora non ha trovato una soluzione, nonostante la formulazione di nuovi e correttivi interventi legislativi.

Il principio in questione trova fondamento ed esplicita menzione all’interno del Codice Rocco di derivazione fascista, il quale prevede che “accanto e in aggiunta alla pena tradizionale inflitta sul presupposto della colpevolezza, venga comminata una misura di sicurezza, vale a dire una misura fondata sulla pericolosità sociale del reo e finalizzata alla sua risocializzazione”¹⁴.

La base ed il fondamento della disposizione in esame prevede il fatto che attraverso e per mezzo di una stessa previsione vi sia la possibilità di perpetrare una duplicità di scopi e di funzioni; il legislatore ha deciso di affidare il primo tipo di funzione, che viene definita di prevenzione generale, alla pena; mentre la seconda tipologia, inquadrabile come di prevenzione speciale, viene definita come una previsione di misura di sicurezza. Queste ultime sono portatrici dello scopo fondamentale, e su cui si fonda il diritto penale, di essere costituite da quelle misure dirette a neutralizzare la “pericolosità sociale” del reo. Esse, data la loro natura, hanno infatti come scopo principale quello di evitare che un medesimo soggetto possa incorrere nella commissione di futuri reati.

Il “sistema del doppio binario” non è stato concepito dalla mente del legislatore con l’esclusivo scopo di esprimere la compresenza

¹⁴ G. Fiandaca E. Musco. Zanichelli Editore “Diritto penale parte generale” pag. 734 Settima edizione.

all'interno di uno stesso ordinamento di sanzioni penali di natura diversa. Al contrario è stato congegnato per indicare qualche cosa in più: esso è stato concepito, cioè, con l'idea di istituire la possibilità di applicare ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso "imputabile" e "socialmente pericoloso", tanto la pena quanto la misura di sicurezza.

È questa una delle ragioni che ha portato a ritenere che fosse necessaria l'applicazione di questo sistema anche alla disciplina penal-tributaria. Prima di questa concezione, lo scopo del processo penale si esauriva nella mera irrogazione della pena, mentre ciò per cui veniva posto in essere il processo tributario, ossia l'accertamento dell'imposta evasa ed il suo stesso recupero, veniva assicurato esclusivamente attraverso l'accertamento conseguente da quest'ultimo processo. È alla luce di questa problematica che appare necessaria la compresenza di entrambi i processi all'interno dell'ordinamento, nonostante il fatto che questa non possa essere priva di problemi interpretativi e procedurali.

La disciplina attuale prevede che i rapporti tra i due procedimenti siano regolati dal principio di reciproca autonomia (c.d., appunto, del "doppio binario"), esso è "risultante, da un lato, dalla disposizione di cui all'art. 20 del D.lgs. 74/2000 che preclude la possibilità di sospendere il processo tributario in pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti, e, dall'altro, dagli artt. 3 e 479 c.p.p., che, a loro volta, vietano al giudice penale di sospendere il processo in pendenza di una controversia amministrativa ove la legge ponga limitazioni alla prova, com'è il caso del contenzioso tributario"¹⁵.

È quindi per merito dell'introduzione dell'art. 20 facente parte del disegno di legge di cui al D.lgs. 74/2000 che il legislatore ha potuto affermare la piena e completa autonomia tra processo penale e tributario. Percorso frutto del lavoro già iniziato in precedenza dal parlamento con la legge n. 516/82, la quale tramite l'art. 13 aveva abrogato la disciplina della c.d. "pregiudizialità tributaria", per mezzo della quale l'azione penale relativa ai reati in materia fiscale non risultava poter essere esercitata a meno che non vi fosse la precedente definizione del processo amministrativo¹⁶. Quest'ultimo menzionato è

¹⁵ A. Traversi. "I nuovi reati tributari" a cura di Ivo Caraccioli, *"Commento al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158"*.

¹⁶ A. Mancini: "Il nuovo diritto penale tributario". Laurus Robuffo.

un argomento che verrà trattato con maggiore approfondimento all'interno del capitolo III.

Il principio dell'autonomia dei procedimenti in merito alle diverse materie del diritto, penale, amministrativo e civile è il canone interpretativo ed il punto di riferimento per quanto riguarda i precedenti percorsi legislativi che hanno portato alla promulgazione dell'art. 20 del D.lgs. 74/2000. Al vertice del percorso intrapreso si trova l'art. 3 del codice di procedura penale, oggi vigente, il quale, regolando l'ipotesi inversa, circoscrive l'ambito delle c.d. "questioni pregiudiziali" rispetto al processo penale a quelle ipotesi di risoluzione delle dispute sullo stato di famiglia o di cittadinanza, a condizione che "la questione sia seria e l'azione "a norma delle leggi civili" sia già in corso¹⁷".

La storia e la *ratio legis* dell'art. 20 sono, però, ben diverse. In principio, esso è stato concepito come un espediente per l'Amministrazione finanziaria al fine di poter procedere all'accertamento ed alla riscossione in tempi maggiormente celeri. Questo anche perché lo scopo principale dell'ente è quello di percepire nel minor tempo possibile la differenza del gettito non versato dal contribuente, in modo tale da garantire i principi della certezza del diritto e della ragionevolezza dei tempi giudiziari. Il problema nacque in quanto ci furono numerosi ritardi e lungaggini burocratiche e procedurali che hanno caratterizzato i processi penali in Italia. L'Amministrazione finanziaria seguendo questa modalità, cercava di evitare di attendere le tempistiche che avrebbero formato il responso del, possibile, procedimento penale per reati tributari, posto in essere in parallelo.

Si rivelò uno strumento, oltre che vantaggioso ai fini della riscossione, anche per le tempistiche procedurali, in quanto il Fisco, seguendo questo sistema, sarebbe riuscito ad ottenere in tempi minori la somma richiesta, rendendo molto più agevoli, di conseguenza, le modalità di prelevamento dei tributi. Il legislatore ha voluto favorire la riscossione coattiva da parte dell'Erario facendo in modo che il contribuente che volesse definire la propria posizione in sede penale dovesse, prima del dibattimento, procedere al pagamento integrale di quanto dovuto al

¹⁷ A. Mancini, *Il nuovo diritto penale tributario*. Laurus Robuffò. Inoltre, l'art. 479 c.p.p. prevede il fatto che il giudice penale possa, nella fattispecie in cui la legge non ponga delle limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, disporre la sospensione del dibattimento fino al momento in cui la questione non venga essa stessa decisa con sentenza passata in giudicato. Egli, nel caso in cui il giudizio pregiudiziale non fosse stato definito entro il termine di un anno, si riserverà di revocare tale provvedimento.

fine di ottemperare al pagamento di imposte, relativi interessi ed eventuali sanzioni amministrative.

È questo il momento in cui emerge la principale pecca del sistema in esame. Poiché in conseguenza del pagamento integrale della somma, e quindi in conseguenza della “ammissione” della commissione reato, non era ancora stata posta in essere la sentenza di colpevolezza da parte di entrambi i giudici, penale e tributario. La conseguenza è che l’ordinamento, e nella fattispecie concreta la sentenza, ne risente dal punto di vista della certezza del diritto, in quanto, vi sono delle possibilità concrete che su di un medesimo fatto, dovendosi pronunciare giudici diversi, essi possano esprimere pareri differenti o addirittura, nella peggiore ipotesi, confliggenti. In quest’ultima ipotesi l’imputato avrebbe così proceduto al pagamento integrale della somma accertata dall’Amministrazione finanziaria, a fronte, però, di una sentenza di non colpevolezza del giudice penale. Situazione che, come ho già detto, costituirebbe una palese violazione al principio della certezza del diritto.

È questa la motivazione principale che porta a considerare il fatto che concepita con una tale modalità, la scelta del principio del c.d. “doppio binario” risulta non pienamente soddisfacente. In particolare, il principio in esame non può essere ritenuto congruo per la presenza di due ulteriori conseguenze negative. La prima di queste parte dalla considerazione del fatto che viene posta in essere una disparità di trattamento tra, da un lato, contribuenti dotati di disponibilità economica e, dall’altro, contribuenti che, al contrario, ne sono privi.

Dal punto di vista del principio di uguaglianza, si tratta di una conseguenza inaccettabile. Si andrebbe proprio a violare uno degli assiomi basilari su cui si fonda la Costituzione italiana, ossia l’art. 3 Cost. il quale concerne il principio di uguaglianza formale e sostanziale e che trova la sua principale applicazione all’interno della disciplina penale, nell’assunto presente in ogni aula dei tribunali italiani, secondo cui “la legge è uguale per tutti”.

La seconda conseguenza è rappresentata dal gravio, e molte delle volte dispendioso, del carico giudiziario in capo ai possibili rei, dato che questi dovranno difendersi in tutti i possibili gradi di giudizio.

È anche alla luce di queste motivazioni che la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi in merito. Essa tramite due pronunce ha disposto che il giudice penale, nonostante non sia vincolato alle determinazioni calcolate dall’Amministrazione finanziaria, avrà l’onere di motivare congruamente gli elementi di fatto secondo i quali, eventualmente, dovrà ritenere di potersi discostare dalla misura

dell'imposta evasa. In particolare, egli dovrà “fornire la motivazione in base alla quale non condivide la misura dell'imposta evasa, motivazione che dovrà risultare dall'accertamento con adesione¹⁸, ritenendo maggiormente attendibile l'iniziale quantificazione dell'imposta dovuta¹⁹”.

Ma è tramite la pronuncia n. 7615/2014, che la Cassazione ha stabilito un punto di svolta nella normativa in esame. Essa ha chiarito che “il superamento o meno della soglia di punibilità penale spetta esclusivamente al giudice penale, non essendo prevista alcuna forma di pregiudiziale tributaria”, il giudice per questo motivo “non può prescindere dalla pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria così come è venuta a consolidarsi in misura inferiore a quella iniziale nella sede propria, cosicché per discostarsi dal dato quantitativo risultante dall'accertamento con adesione o dal concordato fiscale occorre che risultino concreti elementi di fatto che rendano maggiormente attendibile l'iniziale quantificazione dell'imposta dovuta²⁰”.

La nuova configurazione dell'abuso del diritto²¹ contenuta nell'art. 10 *bis* del D.lgs. 128/2015, rappresenta un'eccezione alla regola del “doppio binario”. Il legislatore ha deciso che le operazioni abusive/elusive, di regola equiparate, rientrano nell'alveo degli illeciti tributari e quindi, per loro natura, possono essere assoggettabili a sanzioni. Si tratta di una chiarificazione tanto necessaria quanto fondamentale per l'interpretazione della disciplina penal-tributaria. È, inoltre, per mezzo di questa previsione che esso ha escluso che questo tipo di sanzioni possano avere rilevanza penale. Questa situazione si verifica anche se lo scostamento tra l'imposta dichiarata e quella effettivamente dovuta, dopo la riqualificazione delle operazioni effettuata dall'Amministrazione finanziaria, possa essere commisurata

¹⁸ L'accertamento con adesione è una figura giuridica che è stata introdotta a seguito del D.lgs. 19 giugno 1997, n. 218. Tale misura prevede un accordo tra Fisco e contribuente, in base al quale entrambi possano definire la somma pretesa dall'Erario tramite un accordo preventivo. Il vantaggio che spetta per entrambi è costituito dal fatto che vengono concordati vicendevoli vantaggi. L'Erario ha la possibilità sicura e celere di ottenere la maggior somma di imposta definita, il contribuente ha il vantaggio di una conclusione rapida e ad un costo inferiore, con l'ulteriore vantaggio di avere una diminuzione delle sanzioni pari ad 1/3 del minimo prefissato. Tale fattispecie viene utilizzata per tutte i redditi ed i tributi, poiché non è limitato ai soli redditi d'impresa e di lavoro autonomo.

¹⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 2 dicembre 2011 n. 5640; Cass. Pen., Sez. III, 2 aprile 2014 n. 19138.

²⁰ Sent. Corte di Cassazione 7615/2014.

²¹ Codificata dall'art. 10 bis L. 212/2000 introdotto a seguito della promulgazione del D.lgs 128/2015.

in maniera tale da determinare il superamento della nuova soglia di punibilità fissata dall'art. 4 del D. lgs 74/2000²².

Tramite questa pronuncia il legislatore ha optato per queste fattispecie a favore dell'adozione della via dell'unico binario, vale a dire quello tributario. Si tratta di una scelta che potrebbe sembrare contraddittoria, in quanto è stata posta in essere in modo tale da procedere in via principale all'accertamento ed al recupero dell'imposta evasa, ma allo stesso tempo anche all'irrogazione della sanzione amministrativa. Il vantaggio è posto in essere a favore del contribuente, in quanto è rappresentato dalla mancata necessità di ricorrere alla misura della sanzione, la quale potrebbe portare alla costituzione di un processo penale, fermo restando, il fatto che nell'eventualità in cui si presentassero dei casi di infedele dichiarazione, la soluzione da adottare continua ad essere quella disposta dalla precedente formula.

Trattata l'eccezione, posta in essere dal legislatore negli ultimi anni, bisogna anche considerare il fatto che ci sono anche delle motivazioni a sostegno e che ispirano l'adozione del principio del "doppio binario". *In primis* l'inaccettabile procrastinarsi dei tempi in base ai quali avviene l'intervento della decisione che il rapporto di pregiudizialità tende a generare (problema già affrontato in precedenza); *in secundis* in considerazione delle "diverse regole probatorie vevoli nei due processi, non esportabili *sic et simpliciter* dall'uno all'altro senza che ne derivino effetti penalizzanti per l'imputato o per l'amministrazione finanziaria"²³. Per un laico del diritto quest'ultima problematica potrebbe sembrare un tema di poco conto. Egli potrebbe pensare che i due procedimenti, trattando la stessa tematica, siano posti in essere secondo le medesime regole, dottrine e seguendo i medesimi termini. Così non è, in quanto ogni procedimento, non appartenente allo stesso ordinamento e disciplina, è caratterizzato da un proprio nucleo normativo e da una diversa composizione che sarà, poi, portata a giudicare. La possibile "esportazione delle diverse regole probatorie" tra i due processi, creerebbe una situazione di palese confusione normativa, da cui conseguirebbe la mancata attualizzazione del principio fondamentale della certezza del diritto.

²² A. Toppan: "Oltre il sistema del doppio binario". Contenuto in A.N.T.I. (Associazione Nazionale Tributaristi Italiana). <https://www.associazionetributaristi.eu/PDF/Neotepa20161.pdf>. In particolare ho estrapolato un contenuto riguardante il tentativo di superamento del sistema del doppio binario, in particolare a seguito della riforma provocata dal D. lgs. 74/2000.

²³ Relazione governativa, in "Guida al diritto", 2000, fasc. 14, p. 45.

Alla luce di quanto fino a qui riportato, la scelta di iniziare la trattazione del paragrafo con la parola “problema” non si è rivelata casuale. Gli stessi Fiandaca e Musco pervengono alla conclusione che “il meccanismo del doppio binario introdotto dal codice Rocco non è, in verità, riuscito a tradursi in un sistema di sanzioni organico e coerente: la sua natura eccessivamente compromissoria si evidenzia in alcune palesi contraddizioni teoriche ed in alcune incongruenze pratiche, già da tempo segnalate nell’ambito della nostra letteratura penalistica”²⁴.

Essi analizzano i vari aspetti che emergono dall’analisi del principio in esame introdotto negli anni ‘30 dal Codice Rocco. Il primo di essi, analizzato dai due autori, riguarda le contraddizioni teoriche che portano a concepire l’essere umano come un soggetto “diviso in due parti”. Da un punto di vista esso viene concepito come un essere senziente, libero e responsabile, caratteristiche che fanno derivare in capo alla sua figura l’assoggettabilità a pena; secondo un ulteriore punto di vista egli può essere concepito come un essere determinato e pericoloso, e quindi, a causa della sua intrinseca condizione, soggetto a cui può essere imposta una misura di sicurezza.

L’art. 133 c.p., sovviene in aiuto per porre un rimedio a tale problematica. Si tratta di un articolo che disciplina la previsione tale per cui viene previsto un potere discrezionale spettante all’organo giudicante nella valutazione della pena. Secondo questa impostazione normativa viene stabilito il fatto che, al fine della determinazione della pena o della misura di sicurezza, si deve tenere conto anche della “capacità a delinquere del colpevole²⁵”. Si tratta di un concetto ricavabile da un insieme di caratteristiche riguardanti la personalità del reo ed il suo ambiente sociale di provenienza, nonché dalle esperienze maturate all’interno del suo percorso di vita, il più delle volte condizionate dal contesto sociale ed economico. Inoltre, l’art. 133 c.p., viene coadiuvato dalla previsione di cui all’art. 203 c.p., in cui si prevede l’accertamento sulla pericolosità quale condizione della misura di sicurezza. Esso individua l’accezione di persona socialmente pericolosa in base agli stessi canoni stabiliti dall’art. 133 c.p., il quale prevede, dunque, circostanze e modalità di applicazione. Leggendo le disposizioni di cui sono composti entrambi gli articoli, è logica la derivazione secondo la quale per la qualifica di soggetto

²⁴ G. Fiandaca E. Musco. Zanichelli Editore “Diritto penale parte generale” pag. 734 Settima edizione.

²⁵ Codice penale, pag. 1174, Edizione 2017, codici Altalex.

socialmente pericoloso, sono le medesime le caratteristiche necessarie per la quantificazione della pena in capo al reo. È questo il ragionamento di base che permette di poter arrivare alla conclusione di derivare come conseguenza dell'annullamento della diversità dei presupposti di applicazione tra pena e misura di sicurezza, con la conseguenza, inevitabile, che lo stesso principio del "doppio binario" risulta artificioso²⁶.

Fermo restando quanto appena descritto circa i limiti che il sistema del "doppio binario" ha portato nel nostro ordinamento, ad oggi si rivela il miglior strumento su cui basare il processo penal-tributario. Il legislatore aveva, infatti, già tentato con l'art. 12 della L. 516/82²⁷ di stabilire una separazione tra i due procedimenti. Tentativo poi successivamente superato per merito dell'art. 20 del D.lgs. 74/2000, tramite la previsione della fattispecie secondo la quale è posto il divieto in capo al giudice penale di sospendere il processo tributario in concomitanza con quello penale avente ad oggetto i medesimi fatti.

L'indipendenza dei due procedimenti fornisce la migliore soluzione per ottemperare all'autonoma valutazione del materiale probatorio acquisito secondo le regole dei rispettivi processi da parte di ciascun giudice, anche ed attraverso il divieto di sospensione del processo tributario, in attesa della definizione di quello penale così da non ritardarne il responso e pregiudicare il principio fondamentale della certezza del diritto.

Al fine di una completa disamina della materia, è opportuno affrontare anche la tematica della possibile questione riguardante gli eventuali effetti del giudicato penale nei confronti del procedimento amministrativo. Casistica che trova una disciplina puntuale e precisa

²⁶ A. Toppan: "Oltre il sistema del doppio binario". Contenuto in A.N.T.I. (Associazione Nazionale Tributaristi Italiana). <https://www.associazionetributaristi.eu/PDF/Neotepa20161.pdf>, inoltre gli autori scrivono che altri autori sono del medesimo parere, in quanto "nello stesso senso già 'De Marsico, Diritto penale, Parte generale, Napoli, 1935, 478; Delitala, 'Criteri direttivi del nuovo codice penale', in Riv.it di. Pen., 1935, 595.

²⁷ Essa prevedeva la mancata sospensione del processo tributario nella pendenza di un procedimento penale interessante lo stesso fatto. Veniva disposta, tuttavia, che la sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento decretata successivamente al giudizio sui reati riguardanti imposte sui redditi e imposte sul valore aggiunte, avesse autorità di cosa giudicata all'interno del processo tributario sulla base dei fatti materiali che costituivano oggetto del giudizio penale. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 349 del 15/10/1987 ne permise il superamento al vaglio della legittimità costituzionale. La Cassazione penale, tramite la pronuncia n. 189542 del 21/11/1991, ha avvalorato la costante giurisprudenziale per cui la sospensione del processo, sia agli effetti dell'art. 3 che dell'art. 479 cpp, si ponga come una mera facoltà e non come un obbligo.

all'interno dell'art. 12 della L. 516/82, la quale non viene invece prevista dall'art. 20 del D.lgs. 74/2000.

Il legislatore, al fine di risolvere la questione, rinvia alle disposizioni ordinarie del codice di procedura penale ed in particolare all'art. 654 c.p.p., la cui disciplina riguarda i possibili effetti del giudicato penale all'interno del giudizio civile o amministrativo. L'articolo in esame esclude la validità *erga omnes* dell'accertamento dei fatti operato in sede penale, nel momento in cui la legge in ambito civile stabilisca delle limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa²⁸.

Concludo dicendo che l'unica limitazione all'assoggettamento di uno stesso fatto e a sanzioni penali e a sanzioni tributarie è rappresentato da un obbligo intrinseco alla natura stessa della fattispecie in esame. Tale onere consiste nel soppesare la qualificazione giuridica della fattispecie delittuosa nel diritto nazionale e di valutare in base ad esso il grado paragonandolo con il grado di severità della sanzione che si vorrebbe porre in essere²⁹.

²⁸A. Mancini: "Il nuovo diritto penale tributario". Laurus Robuffo.

²⁹ <https://www.ecnews.it/il-punto-sul-doppio-binario-penale-tributario/>. In riferimento al limite di applicazione del principio del "doppio binario".

3. Art. 240 c.p. Le fattispecie di applicazione della confisca e la relazione con la “nuova” previsione di reato ex art. 416 bis c.p.

Il diritto penale ed il diritto tributario sono composti da fattispecie il più delle volte differenti, anche in considerazione delle diverse modalità attraverso cui vengono posti in essere i due procedimenti, con riferimento alle procedure tramite cui avviene l’instaurazione del contraddittorio fra le parti, oltreché in considerazione della caratura delle stesse parti, e, soprattutto, con riguardo alle tempistiche che andranno a comporre i due differenti gradi di giudizio.

Sono presenti, anche come già esposto nella trattazione del precedente paragrafo, delle situazioni in cui la compenetrazione di queste due discipline è fondamentale al fine di meglio garantire il fondamentale principio della certezza del diritto e per fornire al soggetto un’adeguata risposta, oltreché un adeguato grado di tutela, con riferimento alle problematiche da questo poste in essere.

Ecco che uno dei principali punti di incontro fra le due discipline, penale e tributaria, è rappresentato dal reato di confisca. La fattispecie in esame, seppur sia prevista all’interno dell’art. 240 c.p.³⁰, e quindi inquadrabile all’interno del codice penale, ha forti ed importanti

³⁰ Art. 240 c.p.: “Nel caso di condanna (442 c. 2, 533 c. 1, 605 c.p.p.), il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto (164 c. 3, 531-536 c. 1, 600 *septies*, 733 c. 2; 676 c.p.p.).

È sempre ordinata la confisca [416 *bis* c. 7, 446, 722]:

1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;

1-*bis*) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, 617 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 635 *quinquies*, 640 *ter* e 640 *quinquies* nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti .

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.

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. La disposizione del numero 1-*bis* del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

La disposizione del numero 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa (655 c.p.p.).

conseguenze anche con riguardo al giudizio tributario ed al regime di tutela del contribuente.

Il legislatore, nel disciplinare la fattispecie in esame, ha inteso dare con la statuizione di tale articolo un'accezione la quale potesse rappresentare un connubio, all'interno di una stessa previsione, di una figura di pena e una di misura di sicurezza. La sua intenzione era quella di realizzare appieno il principio del c.d. "doppio binario", concependo, appunto, l'essere umano come un individuo binomico. Alla luce di questa considerazione, tale articolo prevede una doppia forma di confisca; la prima è detta "facoltativa" mentre la seconda è definita come "necessaria". Le due categorie sono state create con lo scopo di rispecchiare una concezione della stessa fattispecie rispettivamente come misura di sicurezza e come funzione riparatrice del danno posto in essere dal reo, in modo tale da poter realizzare appieno il binomico principio.

Il primo comma dell'art. 240 del c.p. prevede la fattispecie per cui "nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto". Il dispositivo in esame è stato disposto al fine di disciplinare la prima forma di confisca, ossia la fattispecie di confisca c.d. "facoltativa" dei mezzi del reato. La *ratio legis* della disposizione è inquadrabile in una misura di sicurezza patrimoniale. Questo si può intendere anche alla luce della dicitura che recita "le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato", con la quale si intende quelle fattispecie le quali non possono essere correlate ad esso per mezzo di un semplice rapporto di occasionalità. La relazione tra di esse deve essere rappresentata dalla premessa fondamentale per cui l'azione criminosa viene posta in essere, in assenza della quale non sarebbe stata altrimenti attuabile, o almeno non lo potrebbe essere dal punto di vista del soggetto agente. È da questa concezione che deriva il fatto che gli oggetti della confisca devono essere rigorosamente sottoscritti e collegati alla fattispecie criminosa tramite una concreta correlazione strumentale. Con ciò si intende, come meglio verrà spiegato nel proseguo del paragrafo, che deve sussistere un rapporto causale, oltreché strumentale, tra il soggetto e la "cosa" oggetto di confisca. Tutto questo viene posto in essere per scongiurare l'ipotesi per cui dall'indeterminatezza dell'applicazione della misura della confisca possa derivare un nocimento eccessivamente espropriativo per il soggetto, con la conseguente ipotesi per cui debba essere posta in essere una riparazione al danno.

In ogni modo risulta fondamentale la premessa a tale articolo “nel caso di condanna”, dalla quale emerge il basilare assunto su cui è possibile basare l’intero procedimento penale, ovverosia la necessaria presenza di una condanna, e quindi la presunzione di non colpevolezza dell’imputato sino alla condanna definitiva. È anche alla luce di tale basilare principio che emerge, esigendo una risposta puntuale e precisa, la tematica trattata nel paragrafo precedente in merito alla necessaria separazione dei due procedimenti, penale e tributario.

Pertanto, utilizzando un esempio per meglio comprendere la tematica, ciò che potrebbe accadere in un processo parallelo, ad esempio come potrebbe essere quello tributario, seppur corretto ed idoneo in maniera astratta ad integrare una notizia di reato, non potrà in alcun modo assumere valore di prova nel giudizio penale, sino a che lo stesso processo non sia arrivato alla conclusione. Da questo deriva che il momento in cui il processo tributario potrebbe avere influenza ed importanza si trova in un periodo troppo distante per essere considerato rilevante.

Dopo questa breve digressione è opportuno tornare alla trattazione della disciplina di cui al primo comma dell’art. 240 c.p.

Si tratta di un articolo che delinea una fattispecie di confisca facoltativa per mezzo della quale è il giudice stesso ad essere dotato della possibilità di ablare le cose che servirono o furono destinate alla commissione del reato e di quelle cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto.

Il legislatore per mezzo di questo comma ha inteso creare una particolare concezione la quale possa far intravedere all’interno dell’istituto della confisca una stretta e contingente connessione rispetto alla funzione politico-criminale dell’istituto e lo stesso oggetto della ablazione. È questa la ragione per cui la dottrina maggioritaria, tenendo presente l’oggetto e la finalità perseguita dalla confisca, distingue tre tipi di categorie della misura in esame: le prime possono essere raggruppate all’interno di quelle casistiche che possono essere definite come a finalità preventiva maggiormente delineata. Esempi di questa categoria possono essere le confische delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato. Da esse non si discostano, in ogni caso, condotte repressive, che non facilitano la collocazione di queste categorie di reato dall’alveo delle misure di sicurezza. La seconda tipologia di categorie è composta da tutto quell’insieme di fattispecie di confisca, tale per cui è possibile caratterizzarle a seguito di una maggiore funzione repressiva. Esempi della seconda categoria

possono essere quelli della confisca del prodotto, del profitto e del prezzo del reato, oltre alle numerose forme previste dalla legislazione speciale. Infine, all'interno dell'alveo delle ultime tipologie di confisca, rientrano quelle ipotesi in cui "è estraneo lo stesso concetto di responsabilità penale", e dalle quale è possibile discernere "una proiezione del regime giuridico di una cosa". Esempi di quest'ultima tipologia possono essere rappresentate da quelle confische per le quali l'utilizzo, la detenzione, etc., sono vietate in modo assoluto. È tramite queste ultime ipotesi che il pensiero del legislatore è stato inteso con l'obiettivo di configurare una categoria particolare della fattispecie. La configurazione della confisca con queste modalità, tralascia quella valutazione assunta con riferimento all'atteggiamento del soggetto titolare, o che al limite possa essere detentore della cosa. Si tratta di una riflessione che comporta la considerazione per cui essa non potrà essere inquadrata nell'alveo delle sanzioni³¹, ma, al contrario, il fatto per cui la situazione dovrà essere a tutti gli effetti considerata come un vero e proprio reato.

La seconda fattispecie in cui viene configurata la previsione della confisca da parte dell'articolo in esame, disciplina la fattispecie in cui nei confronti del reo, a seguito ed in conseguenza della condanna, possa essere inflitta la pena della misura di sicurezza, o per meglio specificare la misura della confisca dei beni che hanno composto il profitto ovvero il prodotto del reato. In specie la confisca consiste "nell'espropriazione forzata e gratuita a favore dello Stato e, in materia urbanistica a favore del patrimonio del Comune, di tutte le cose che costituiscono il prezzo del reato, che sono servite a commettere il reato, di quelle che ne sono il prodotto e il profitto, nonché di quelle che sono di per sé criminose. Tale misura può essere facoltativa o obbligatoria³²".

La previsione facoltativa è stata già trattata in precedenza, ora passerò all'esame delle casistiche in cui la misura è considerata obbligatoria. Secondo il legislatore è possibile configurare la fattispecie di confisca obbligatoria nel momento in cui la situazione di pericolosità, dalla quale è possibile configurare la fattispecie stessa della misura, è intrinsecamente collegata alla *res* stessa. Si tratta di una valutazione che ha come conseguenza la circostanza secondo la quale il giudice

³¹ Grasso, in Romano, Grasso e Padovani, "Commentario sistematico del codice penale", cit., *sub* art. 240, 610; C. cost. 17 luglio 1974, n. 229, in Giur. cost., 1974, 2297; C. cost. 29 dicembre 1976, n. 259, *ivi*, 1976, 1917; C. cost. 19 gennaio 1987, n. 2. Contenuti in *Confisca nel diritto penale*, 2015, di Maugeri A. M.

³² <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primi/titolo-viii/capo-ii/art240.html>.

non abbia il potere di potersi pronunciare in merito. In contrapposizione alle fattispecie di cui alla confisca facoltativa, in base alla quale il fatto di poter porre in essere un giudizio³³ è una condizione necessaria. Si tratta di un tipo di confisca che, così come concepita, e se applicata in maniera idonea, anziché ricoprire un ruolo ed una funzione repressiva, si trova ad assumere una funzione di “compensazione” o di “riequilibrio dell’ordine economico violato”. In tal modo la *ratio legis* della misura è quella di ripristinare la situazione economica del soggetto allo *status* precedente rispetto alla situazione per la quale il reato è stato consumato. Si tratta di una concezione posta in essere per merito della regola fondamentale su cui si fonda ogni società moderna e presente in ogni stato di diritto, ossia la concezione secondo la quale il crimine non può mai rappresentare una legittima causa di acquisto di beni. È anche in considerazione di una fattispecie così delineata che la misura della confisca non verrebbe più a costituirebbe una funzione repressiva, in quanto non porterebbe ad un sacrificio patrimoniale o ad una limitazione del diritto di proprietà per il colpevole, bensì essa sarebbe inquadrabile nell’alveo di quelle misure intese a fornire un completo ripristino delle condizioni già esistenti³⁴, in un momento antecedente alla commissione del reato. Il legislatore tramite la formulazione dell’articolo 240 c.p., ha inteso attribuire alla misura un’accezione che rientra maggiormente in quelle misure volte alla prevenzione criminale. Anche in considerazione del fatto che la mancata disponibilità dei mezzi che costituiscono lo stesso strumento, il profitto ed il prodotto, porti a dissuadere il reo alla commissione di un nuovo illecito penale della stessa natura³⁵. Una concezione ed un pensiero di questa natura si intravede anche nella Relazione al progetto del codice penale³⁶, la quale afferma che la confisca “consiste nell’eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l’idea o l’attrazione del reato”. Si intravede il fatto che il legislatore abbia voluto instaurare all’interno nei confronti della figura del possibile reo, un effetto di deterrenza alla futura

³³ Tale giudizio è condotto sulla base del grado di pericolosità che il giudice dovrà valutare in base all’effetto induttivo determinato nel colpevole a seguito della valutazione in merito alla disponibilità del bene.

³⁴<https://www.iusexplorer.it/Enciclopedia/Enciclopedia?idDocMaster=4687503&idDataBanks=38&idUnitDoc=27550109&nVigUnitDoc=1&pagina=0&NavId=1802200285>. Di Maugeri A. M., Confisca nel diritto penale, 2015.

³⁵ Maugeri A. M. Confisca nel diritto penale, 2015.

³⁶ Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale, I, Roma, 1930, 245. Sempre contenuta in Maugeri A. M. Confisca nel diritto penale, 2015.

commissione di reati. Questa situazione avviene, inoltre, tramite la forma principale di deterrenza alla commissione di reati economici, ossia per mezzo della condizione primaria di eliminare, sequestrando, la *res* tramite la quale si commette il reato.

All'interno dell'art. 240 c.p., si può notare come nei confronti dell'istituto della confisca sia stata attribuita una qualità di misura di sicurezza. Essa, per meglio rappresentare la sua mansione, ricopre all'interno dell'istituto una doppia funzione: *in primis* emerge una posizione che la concepisce in chiave repressiva, per mezzo della quale è possibile ricercare all'interno della sottrazione con riferimento a ciò per cui è stato posto in essere il reato un modo per distogliere il reo dal commettere nuovamente lo stesso crimine; *in secundis* la conseguenza necessaria, ma non per questo meno utile, dalla quale è possibile notare all'interno della sottrazione al soggetto del risultato dell'azione criminosa commessa, il mancato godimento dei frutti del proprio crimine³⁷.

Il legislatore ha voluto affidare ad ambedue le concezioni di sottrazione un ruolo tale per cui esse risultino essere intrinsecamente collegate tra di loro. Emerge, infatti, la considerazione per cui entrambe puntino, secondo due modalità che possono essere differenti nei mezzi, a due obiettivi ben precisi. Il primo corrisponde con lo scopo di distogliere il reo dal commettere il medesimo crimine, con l'ulteriore condizione necessaria per cui allo stesso tempo ci sia il permesso di poter ripristinare la situazione posta in essere dal reo in conseguenza della commissione del reato. La base di un pensiero così delineato è il concetto di pericolosità stessa del soggetto, in base al quale la dottrina varia tra la figura della persona (intesa come soggetto socialmente pericoloso) e quella della *res*, con l'utilizzo di opinioni che trovano un punto in comune nel momento in cui è possibile parlare di "pericolosità anche della persona, ma in senso relativo perché essa riposa in un'osmosi con la cosa: basterà interrompere questa perché cessi la situazione di pericolo"³⁸. Gli autori intendono con il concetto di "cosa", uno stimolo a commettere ulteriori reati³⁹. È

³⁷ Cfr. Cacciavillani e Giustozzi, "Sulla confisca", in *Giust. pen.*, 1974, II, 463; Cass. 29 marzo 1995, Gianquinto, in *Riv. pen.*, 1996, 245. Tutti contenuti in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

³⁸ Cfr. Fornari, "Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie", Padova, 1997, 23; Massa, "Confisca (diritto e procedura penale)", in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>, VIII, 1961, 981. Tutti contenuti in

<http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

³⁹ Caraccioli, "I problemi generali delle misure di sicurezza", Milano, 1970, 148.

a seguito del pensiero di questa dottrina che emerge la nozione stessa di pericolosità, la quale può essere divisa tra, da una parte la pericolosità della *res* e dall'altra della persona (concetto con cui si fa riferimento alla pericolosità sociale del soggetto). Posizioni che trovano, appunto, un punto di interesse nelle parole di Fornari.

La dottrina fa emergere, inoltre, una ulteriore concezione della confisca. Alcuni studiosi osservano che la figura di cui all'art. 240 c.p., così come viene concepita dal codice Rocco è vista "come un ibrido istituto di repressione penale e prevenzione amministrativa"⁴⁰.

Dello stesso parere è la stessa Suprema Corte, la quale non accoglie pienamente il ruolo di misura meramente preventiva della confisca in questo senso. Questo fatto è supportato dall'intrinseco contrasto posto in essere tra il carattere della definitività e quello della preventività della misura stessa, ravvisando in essi, ad ogni modo, la ragione del motivo nella derubricazione dal circuito economico di "beni e proventi di natura presuntivamente illeciti"⁴¹.

Nonostante le discrasie presenti in dottrina riguardo alla collocazione della confisca all'interno dell'art. 240 c.p., in quanto secondo alcuni autori può essere inquadrata all'interno dell'alveo delle pene accessorie, la finalità che compete alla misura è sicuramente di tipo preventivo.

Questa considerazione emerge anche nonostante il fatto che la stessa misura è destinata ad eliminare la situazione di pericolo cagionata dalla cosa. Si tratta di una funzione contraria alle altre misure di sicurezza, le quali, invece, si devono tutte fondare con riferimento alla pericolosità del soggetto. Lo stesso Mantovani⁴², adduce il fatto che il possesso in capo al reo delle *res* di cui all'art. 240 c.p. possa comportare in capo allo stesso soggetto un elemento a favore alla commissione di nuovi reati.

Parte della dottrina, infine, concepisce la misura di cui all'art. 240 c.p. secondo una differente concezione. Gli appartenenti a questa corrente contestano il fatto secondo cui la finalità preventiva della previsione stessa⁴³, anche alla luce della lettura del dispositivo mediante una

⁴⁰ Cfr. Iaccarino, "Confisca (Diritto amministrativo)", in Nss. D.I., IV, 1959, 36; Trapani, "Confisca: II) Diritto penale", in Enc. giur., VIII, 1988, 4.

⁴¹ Cass. 3 luglio 1996, cit., 3609; conf. tra le altre Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O.

⁴² Mantovani, "Diritto penale", Pt. Gen., Padova, 837 ss.

⁴³ De Marsico "Il codice penale illustrato articolo per articolo", sotto la direzione di Conti, I Milano, 1934, 963; Santoro, "Manuale di diritto penale", I Torino, 1958, 622; Manzini "Trattato di diritto penale italiano", cit. 384. Tutti contenuti in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

concezione che la vede nascere come una norma dalla natura prettamente punitiva⁴⁴ ovvero espropriativa⁴⁵, non potrebbe concepire, di conseguenza, anche quella funzione inquadrabile in un carattere prettamente preventivo.

In base a tutte queste considerazioni comunque venga concepito, questo istituto costituisce, soprattutto alla luce delle recenti manifestazioni di criminalità economica e di crimine organizzato, un valido strumento di repressione al preponderante e oramai sempre più soverchiante problema della criminalità organizzata.

È anche per cercare di porre un rimedio a questa importantissima problematica che nasce la correlazione tra il sopracitato articolo 240 c.p. ed il settimo comma dell'art. 416 *bis* del codice penale, il quale specifica che “nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego”.

Questo articolo è stato introdotto a seguito dell'art. 1 della l. 13 settembre 1982 n. 646, la quale è stata concepita con il fine di disciplinare, all'interno del nostro ordinamento, il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso.

Si tratta di un articolo che disciplina innanzitutto, come del resto fa il precedente articolo avente come oggetto le associazioni per delinquere che possono definirsi “semplici”, una tutela nei confronti dell'ordine pubblico. Il legislatore ha voluto fornire una lettura della norma in chiave prevenzionistica, nel senso che tramite questo articolo viene concepita una salvaguardia anticipata dei beni giuridici di uno o più soggetti, attraverso l'utilizzazione di un bene giuridico che può essere definito come strumentale. L'interprete deve sempre tenere in considerazione il fatto che l'utilizzo che il giudice fornisce a questa misura, d'altra parte, è quello dell'utilizzo di tale misura tale per far sì che venga arrecato un danno a quelle attività criminose provviste di un

⁴⁴ Cfr. Alessandri, “Confisca nel diritto penale”, cit., 44; Dalia, “Una prospettiva da recuperare: il sequestro penale in funzione della confisca”, in Cass. pen., 1982, 1881; Chiarotti, “Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca”, in Giust. pen., 1956, 637; Baiocchi, “La confisca: sanzione amministrativa o misura di sicurezza”, in Arch. pen., 1985, 549. Tutti contenuti in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

⁴⁵ Cfr. Di Lorenzo, “Dal procedimento di impugnazione alla natura giuridica della confisca”, in Temi, 1957, 144-145. Tutti contenuti in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

elevato potenziale di lesività e per i soggetti che compongono l'associazione e per l'intera collettività⁴⁶.

La dicitura di cui al comma 7 “estende – in chiave repressiva – la confisca obbligatoria a tutte le cose comunque pertinenti al reato, che, secondo la disciplina generale dell'art. 240 cp comma 2°, darebbero luogo solo alla confisca facoltativa”⁴⁷. Si tratta, *in primis*, di una misura di sicurezza (la quale può però assumere, nel medesimo tempo, una condotta di tipo punitivo) scaturente da una condanna ad associazione di tipo mafioso *ex art. 416-bis*. Si tratta di una disposizione che introduce due novità rispetto all'art. 240 c.p. La prima è in conseguenza della previsione per cui la circostanza dell'obbligatorietà dell'ablazione, in base alla quale viene compreso il prodotto ed il profitto⁴⁸, e la manifesta previsione della confisca dei proventi economici illeciti in cui sia mutato l'originario prezzo, prodotto, profitto derivante dall'attività illecita⁴⁹. La previsione normativa in esame è stata introdotta a seguito della legge Rognoni – La Torre del 1982. L'assunto di base della norma è costituito dal fatto

⁴⁶ <http://ildirittopenale.blogspot.it/2012/03/il-reato-di-associazione-mafiosa-art.html>. In merito alla *ratio* dell'art. 416 *bis* c.p.

⁴⁷ “Le fondi del diritto italiano”, “I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza”, Codice Penale a cura di Tullio Padovani, Tomo II (Artt. 414-734 bis) con il coordinamento di Giovannangelo De Francesco – Giorgio Fidelbo, V edizione. Giuffrè editore, p. 3118.

⁴⁸ Riguardo a questo aspetto la dottrina è unanime nel marcare come la obbligatorietà della confisca, nonostante le limitazioni imposte dall'art. 240 c.p., ponga in luce il carattere afflittivo e la finalità general-preventiva della misura stessa. Questa viene, appunto, contemplata come pena accessoria invece che misura di sicurezza, in quanto svincolata da una riflessione sulla pericolosità della cosa per le conseguenze che essa ha su di un soggetto, obbligatoria nel momento in cui si voglia rispettare il compito spettante alla confisca, ossia di prevenzione speciale, manifestabile esclusivamente mediante una valutazione del giudice *ex art. 202, 203 cp*. <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/tesi%20completa.pdf>, pag. 37-38. Autori che si sono occupati di quest'ipotesi di confisca in particolare, dal momento che analoghi rilievi sono svolti da altri autori riferendosi ad altre ipotesi o in generale: Fiandaca G., “Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646”, in *Leg. pen.*, 1983, p. 267; Giannella A., “Patrimoni di mafia”, Napoli, 1998, p. 38; Insolera G., “Diritto penale e criminalità organizzata”, Bologna, 1996, p. 89; Maugeri A.M., “Le moderne sanzioni”, cit., p. 446; Palazzo F., “La recente legislazione penale”, Padova, 1985, p. 232; Spagnolo G., “L'associazione di tipo mafioso”, Padova, 1997, p. 187; Turone G., “Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose”, in *Quaderni del csm*, I, 1999, p. 8, in www.csm.it.

⁴⁹ Questa nuova fattispecie, è stata invece introdotta per contrastare quell'ipotesi di circostanza aggravante ad effetto speciale prevista dal comma 6 dell'art. 416-*bis*, ossia l'attività di riciclaggio. Essa è stata introdotta al fine di evitare che il riutilizzo in altra attività, o ad ogni modo, la trasformazione in altra utilità economica, non permettano di porre in essere la confisca, elidendo il nesso di derivazione della cosa dall'illecito. <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/tesi%20completa.pdf>, pag. 38.

per cui venga posta in essere una condanna del soggetto ad associazione di tipo mafioso *ex art. 416 bis c.p.* A seguito dell'applicazione di una misura di tale natura fa obbligatoriamente seguito la confisca obbligatoria di tutte quelle cose che comunque costituirono o furono il mezzo per conseguire il reato. Il legislatore ha inteso non far derivare necessariamente la canonica distinzione tra le previsioni di confisca obbligatoria o facoltativa di cui all'art. 240 c.p. La sua intenzione può essere individuabile in quella di sottolineare la situazione di gravità causata dal conseguimento di una condizione di controllo di attività economiche in maniera illecita. Il legislatore, d'altronde, al 6° comma dell'art. 416-*bis* ha statuito una misura che dovrebbe distogliere maggiormente il reo dal commettere un reato di questa natura. Esso ha, infatti, normativizzato la previsione tramite la quale il nucleo di pene stabilite nei commi precedenti è stato aumentato da un terzo alla metà⁵⁰.

Nella trattazione della tematica della confisca di cui all'art. 240 c.p., sono emerse, con grande intensità, le parole profitto, prodotto e prezzo. Ho scelto di non dare una definizione di questi vocaboli all'interno di questo paragrafo, in quanto tali assunti sono stati oggetto di pronunce da parte della Corte di Cassazione e la loro definizione è alquanto controversa. Mi pare opportuno, dunque, al fine di esporre una disamina corretta della tematica, dedicare un paragrafo alla definizione di questi tre vocaboli.

⁵⁰ Il 1° comma prevede il fatto che “chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da dieci e quindici anni.

2° comma: “coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da dieci a quindici anni”.

4° comma: “se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma”.

4. Che cosa sono il profitto, il prodotto ed il prezzo. Le pronunce della Cassazione in merito.

Come ho già accennato, i tre vocaboli oggetto di trattazione possono assumere un significato alquanto controverso, ed alle volte limite, all'interno della giurisprudenza italiana.

Nella lingua italiana il profitto, il prodotto ed il prezzo sono, al contrario, concetti precisi e ben definiti. In quanto il primo è definito come la differenza tra i ricavi, i costi di produzione e di vendita rispetto ad una data attività. Il secondo può essere rappresentato come l'oggetto che va a costituire il risultato di un processo naturale o di un'operazione umana, ed infine il terzo è posto come il significato rispetto ad una quantità di moneta necessaria all'acquisto di un bene o all'utilizzazione di un determinato servizio⁵¹.

La differenza rispetto a queste tre categorie si può considerare ben delineata nel linguaggio comune, in quanto i tre concetti possono essere applicati ad un insieme determinato di casistiche. Lo stesso non può essere applicato per quanto riguarda l'ambito giuridico.

Emerge fin da subito la considerazione per cui gli ambiti della dottrina e della giurisprudenza si sono spesso e a lungo interrogati sulla tematica rappresentata da tali termini dal punto di vista del diritto. Questo in quanto il legislatore, compiendo una scelta alquanto discutibile, non ha voluto fornire una definizione completa ed esaustiva delle tre categorie.

Per non lasciare l'interprete completamente sguarnito rispetto all'ambito applicativo di queste tre categorie, sovviene in aiuto il già citato art. 240 c.p. Tramite la medesima disposizione è possibile ricavare la nozione di profitto confiscabile, la quale è stata storicamente elaborata a partendo dalla lettura di tale disposizione, nell'ambito della quale, poi, è anche possibile distinguere le nozioni di prezzo, prodotto e, infine, di profitto del reato.

La norma in esame prevede il fatto per cui sia possibile inquadrare la nozione di prodotto con riferimento all'oggetto materiale derivante dalla realizzazione dell'illecito. Il prezzo, al contrario, consiste nell'utilità data al reo al fine di commettere il reato. Con riferimento

⁵¹ Dizionario di italiano "Garzanti" edizione 2004. Per la nozione di profitto, vedi pag. 889, per la nozione di prodotto, vedi pag. 887, per la nozione di prezzo, vedi pag. 882.

alla terza categoria, ossia il profitto, esso è rappresentato dall'utilità economica ottenuta a seguito della commissione del reato⁵².

L'art. 240 c.p. ha voluto inoltre fornire una nozione per così dire "economica" della tematica in esame. Il problema interpretativo si ripropone, però, nel momento in cui si voglia, come in questo caso, analizzare le tre categorie dal punto di vista penale.

Per quanto riguarda la definizione di "prodotto", non sorgono stringenti dubbi, in quanto la definizione fornita dal legislatore si rileva piuttosto precisa e puntuale.

Le vere problematiche interpretative si manifestano, in particolare, nel momento in cui l'interprete si trovi ad analizzare la differenza tra le due categorie del profitto e del prezzo. Il giurista si accorge immediatamente come la differenza rispetto a queste due categorie sia molto labile e di difficile scissione e come dottrina e giurisprudenza siano divise rispetto alle loro rispettive qualificazioni.

La vendita di stupefacenti rappresenta un chiaro esempio di come la distinzione tra queste due categorie sia difficile, ed ora andrò ad analizzarne la motivazione. Per spiegare al meglio la differenza può essere preso ad esempio l'accademico modello dello spacciatore. Egli, solitamente, si dedica alla vendita di sostanze stupefacenti per riuscire a giungere ad una *plus valenza* rispetto al suo capitale iniziale. Ora, la somma ricavata dalla vendita di tali sostanze viene comunemente definita dalla giurisprudenza come "prezzo". La dottrina non è concorde su questo punto, infatti ritiene che questa somma debba essere invece qualificata con la nozione di profitto, poiché essa rappresenta "l'utilità economica data dal reato", ossia guadagno economico che lo spacciatore riesce a conseguire in proporzione alla sostanza stupefacente che riesce a vendere. Si potrebbe correttamente parlare di prezzo, al contrario, solo con riferimento ad un'eventuale somma corrisposta allo spacciatore affinché egli stesso ponga in essere la condotta illecita⁵³, ovvero senza che egli guadagni una somma di denaro sulla sostanza stupefacente venduta.

Sulla tematica è intervenuta la stessa Cassazione, anche a Sezioni Unite, la quale ha cercato di chiarire il problema. I giudici hanno inquadrato sostanzialmente il profitto di cui all'art. 240 c.p. con il sinonimo di "vantaggio economico" tratto dal reato. Mediante questa definizione si è cercato di comprendere tutto ciò che il soggetto abbia

⁵² http://www.aodv231.it/documentazione_descrizione.php?id=1619&La-nozione-di-profitto-fra-diritto-penale-#.

⁵³ http://www.aodv231.it/documentazione_descrizione.php?id=1619&La-nozione-di-profitto-fra-diritto-penale-#.

ricavato in conseguenza della commissione di un fatto illecito, tuttavia senza operare alcuna distinzione fra i concetti di "profitto lordo" e di "profitto netto"⁵⁴.

Tornando al precedente esempio, l'agente (ossia lo spacciatore), è "costretto" a sostenere dei costi immediati al fine di raggiungere lo scopo finale dello "spaccio" in senso proprio, in quanto egli stesso dovrà inizialmente procurarsi, comprando, la materia prima ed in un momento successivo adoperarsi per porre in essere la vera e propria vendita. Deve, pertanto, impegnare ingenti risorse (monetarie e temporali) per l'acquisto di sostanze stupefacenti in modo tale da poi rivenderle ad un prezzo maggiorato e quindi ricavare quel *surplus* di denaro di cui si parlava poc'anzi. È a seguito di questo ultimo passaggio che sorge il problema legato alla concezione di profitto.

Infatti, secondo una fattispecie delineata in questo modo, esso deve essere inteso in un'accezione, per così dire, "naturalistica", ossia identificabile in qualsiasi vantaggio tratto dal reato, ovvero in un'accezione tecnico-aziendalistica, coincidente con l'utile netto, ossia mediante quel *quid* scaturente dalla scorporazione rispetto ai costi sostenuti dal reo ed i ricavi conseguiti.

La risoluzione del problema diventa fondamentale nei casi di confisca per equivalente⁵⁵ la quale, "in mancanza di un'attenta opera di delimitazione della nozione di profitto, si potrebbe tramutare in una misura a carattere esiziale per il soggetto, sia esso persona fisica o persona giuridica⁵⁶".

La Suprema Corte, tramite la pronuncia a sezioni unite del 9 luglio 2004, n. 29952, chiarisce come la fattispecie della confisca di cui all'art. 240 c.p., possa essere inserita nell'alveo delle misure di sicurezza di tipo reale. I giudici adducono il fatto che "con il termine profitto si debba intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito; vantaggio economico che, secondo questa interpretazione,

⁵⁴ Le pronunce della Cassazione sono state numerose, in particolare: Cass. pen., ss. uu., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabni; Cass. pen., ss. uu., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, al link; Cass. pen., ss. uu., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci.

⁵⁵ Si tratta di un istituto che consente di "confiscare beni diversi dal 'provento' del reato, non richiedendo l'accertamento del 'rapporto di pertinenzialità', ma di valore equivalente all'originario profitto, prezzo o prodotto del reato". Maugeri, "La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte di organizzazioni criminali: recenti orientamenti", in Riv. trim. dir. pen. econ., 2007, 487; in merito si è anche pronunciata la Corte di Cassazione tramite nelle pronunce, Cass. 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., in Foro it., 2004, II, 685; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, cit., 52. Contenuti in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

⁵⁶ N. Madia: "Confisca e nozione di profitto" Rivista telematica di diritto. Contenuta in: diritto.it. <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=4607#.Wi5mgLah0dU>.

non significa utile netto né reddito ma sta ad indicare un beneficio aggiuntivo di tipo patrimoniale⁵⁷”.

L'esempio sopra riportato riguarda il conseguimento di un profitto a seguito della commissione di un'attività illecita. Ma cosa succede se l'attività non è, come nell'esempio sopra citato, frutto di un agire intrinsecamente illecito, ma sia una mera appendice dell'attività stessa? In particolare, facendo un ulteriore esempio, cosa succederebbe nell'ipotesi in cui la truffa realizzata dai vertici di una società di costruzioni per aggiudicarsi un appalto rappresentasse esclusivamente un episodio da inserirsi in un più articolato contesto assolutamente conforme a diritto?

La risposta rispetto a tale quesito viene fornita proprio dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

L'occasione si è presentata nel momento in cui la Procura della Repubblica di Napoli ha chiesto ed ottenuto “il sequestro preventivo finalizzato alla futura confisca per equivalente, ex artt. 53 e 19 decreto legislativo n. 231 del 2001, di denaro e di beni di smisurato valore a carico di una serie di società, costituite in A.T.I.⁵⁸, accusate di avere commesso una truffa in danno dello Stato volta all'aggiudicazione di un appalto avente ad oggetto lo smaltimenti dei rifiuti nella zona di Napoli”⁵⁹.

Le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi in merito, chiariscono il fatto che per determinare il profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, occorre necessariamente disgiungere i costi dai ricavi. Questo avviene, seguendo la prospettiva del d.lgv. n. 231 del 2001, discendendo rispetto alla responsabilità dell'ente da un fatto illecito commesso da un soggetto distinto (persona fisica autrice della condotta tipica) e innestando la fattispecie di reato nella dinamica di un'attività d'impresa intrinsecamente lecita.

Da questo punto di vista, ed alla luce di questa concezione, sarebbe iniquo defraudare l'ente del risultato lordo della sua azione. Naturalmente senza considerare i costi derivanti dall'esercizio della legittima attività d'impresa. Questo perché è infatti ben diverso commettere un reato per ottenere un appalto, dall'adoperarsi con modalità di gestione assolutamente regolari per la sua attuazione.

⁵⁷ C. Vitiello, “Sui limiti del giudicato cautelare”, in Cass. Pen., 2005, p. 3934 ss.

⁵⁸ Con questo acronimo si intendono quelle Associazioni Temporanee di Imprese o Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI).

⁵⁹ N. Madia: “Confisca e nozione di profitto”. Rivista telematica di diritto. Contenuta in: diritto.it. <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=4607#.Wi5mgLah0dU>.

La conseguenza fondante della pronuncia della Corte di Cassazione consiste nella conseguenza per cui la natura sanzionatoria della misura forgiata a seguito dell'art. 19 è idonea a rendere necessaria la distinzione tra la categoria dei costi e quella dei ricavi⁶⁰. Secondo alcuna dottrina, infatti, tra la moltitudine delle finalità assunte da una sanzione, quella in discussione sarebbe volta, più che a punire l'ente in ossequio a logiche principalmente afflittive, idonea e sufficiente a garantire il riequilibrio della situazione economica violata dal reato su cui si basa la pronuncia giudiziale. La conseguenza porta alla considerazione del fatto che un'interpretazione omnicomprensiva del profitto "conferirebbe alla confisca una funzione principalmente repressiva, tradendone la vocazione ripristinatoria che, sotto questo profilo, pretende l'espropriazione solo di quel *surplus* patrimoniale, conseguente all'alterazione della normale dialettica economica tra gli operatori di mercato determinata dall'attività criminosa, e non della totalità dei proventi"⁶¹.

I giudici, analizzando il processo di formazione del d.lgv. n. 231 del 2001 ed in conseguenza dell'analisi dell'istituto della misura della confisca, pongono in luce la nozione di profitto. Essi arrivano alla conclusione che lo stesso concetto non possa essere concepito in una dimensione unitaria, potendo esso variare a seconda della funzione di volta in volta assoluta all'interno dell'istituto e del frangente esaminato. In particolare, i giudici della Cassazione riscontrano come nel caso della confisca-sanzione di cui all'art. 19, si ricusi il parere che concepisce nella nozione di profitto una fattispecie di utile netto.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione pongono in luce il fatto che il crimine non possa e non debba mai rappresentare una soluzione idonea per divenire titolari di diritti. Questo assunto ha come la conseguenza il fatto che, il possibile o meno, reo non possa essere mai vincolato a riparare i costi per la consumazione del reato.

Si tratta di una pronuncia che allarga il concetto di attività illecita ad ogni circostanza causalmente connessa con il reato, senza dare estrema rilevanza alla sua intrinseca liceità.

⁶⁰ Compagna, L'interpretazione della nozione, in *Dir. Pen, Proc.*, 2007, pag. 1644.

⁶¹ N. Madia: "Confisca e nozione di profitto". In particolare, Mongillo, *La confisca del profitto cit.*, 1772 ss. secondo cui "la "giustizia retributiva" o del "giusto merito" non può essere ritenuta idonea a ritenere meritato un arricchimento, tale per cui possa essere considerato come il frutto di un agire *contra ius*. In questi termini la confisca di cui all'art. 19 non può essere idonea a costituire la protezione politico-criminale di un principio di prevenzione attraverso una misura punitiva, sebbene anche l'applicazione del modello della giustizia retributiva possa ottenere significativi risultati sul piano preventivo.

Da tutto ciò può derivare il fatto che ogni ritorno economico derivante da attività collegate per qualsivoglia ragione ad un agire criminoso, non possa essere suscettibile, “ai fini della nozione di profitto rilevante a titolo di confisca, secondo la sanzione *ex art.* 19, di venire artificiosamente distinto in “utile lordo” e “utile netto”⁶².

Il legislatore non fornendo una definizione puntuale ed esaustiva delle categorie di “profitto e prezzo” ha lasciato un largo margine di discrezionalità al giurista, arricchendone il bagaglio culturale di possibilità interpretative.

La Cassazione, però, cerca di porre un rimedio tramite le pronunce n. 10280 e 26654, rispettivamente del 2007 e del 2008. Il tribunale chiamato a dirimere le questioni interpretative, sovviene alla suddetta pecca arrivando a dare una definizione di prezzo e profitto nell’ambito penalistico. Il prezzo viene definito come il “corrispettivo pattuito e conseguito o promesso ad una persona come corrispettivo per la commissione di un reato”, mentre il profitto come il “vantaggio economico o beneficio patrimoniale direttamente e causalmente derivante dall’attività illecita⁶³”.

Le Sezioni Unite penali della Cassazione, inoltre, fanno un ulteriore passo in avanti fornendo anche una interpretazione estensiva della nozione di profitto, in base alla quale “essa ricomprende, non solo i beni o il denaro ottenuto per effetto diretto ed immediato dell’attività criminosa, ma ogni utilità economica indirettamente derivante dal loro reimpiego purché causalmente riconducibile, anche in indiretta e mediata, al comportamento illecito⁶⁴”.

Infine, per completezza della nozione, è opportuno tenere presente che la confisca presuppone la condizione per cui il condannato, a seguito della commissione di un reato tributario, ovvero l’imputato, nell’ipotesi di sequestro preventivo, abbia percepito un vantaggio economico che possa essere collegato al comportamento delittuoso. Si tratta di un vantaggio che dovrà essere quantificato in misura ed in riferimento agli introiti generati dal soggetto.

Dottrina e giurisprudenza dominante, sono concordi sul fatto che tale vantaggio possa essere costituito dalla differenza tra l’imposta versata e l’imposta effettivamente dovuta.

⁶² N. Madia: “Confisca e nozione di profitto”. Per ulteriore chiarimenti in merito alla vicenda, è possibile consultare il sito <https://www.rivista231.it/Pagine/Pagina.asp?Id=402>. È inoltre consultabile in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 1630, con nota di Compagna.

⁶³ Cfr. Cass., sez. un. Pen., 25 ottobre 2007, n. 10280; id., 2 luglio 2008, n. 26654.

⁶⁴ Dott. G. Giangrande: “la confisca per equivalente nei reati tributari: tra legalità ed effettività”, Cfr. Cass., sez. un. Pen., 25 ottobre 2007, n. 10280; id., 2 luglio 2008, n. 26654.

In conclusione, è opportuno trattare la definizione della nozione di profitto confiscabile.

Si tratta di una disciplina caratterizzata da numerose divergenze derivante dalle diverse e alle volte contrarie opinioni che contraddistinguono la giurisprudenza in materia, rendendo la categoria in esame una ulteriore fattispecie alquanto controversa.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente la nozione di "profitto del reato" (e di conseguenza il profitto confiscabile) può essere assimilato ad un "beneficio aggiunto di natura patrimoniale", "pertinente al reato" secondo un rapporto "causa-effetto". Questo significato fa emergere il fatto che il profitto deve essere "una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato"⁶⁵: "sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l'interesse o il movente alla commissione del reato ma non l'adozione di una misura reale) e deve essere considerato come un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente conseguito tramite l'illecito"⁶⁶.

Possono essere, inoltre, confiscabili direttamente (e quindi non per equivalente) i "crediti, purché certi, liquidi ed esigibili"⁶⁷.

Anche la Corte di Cassazione⁶⁸ si è pronunciata sulla materia, stabilendo il fatto che non possa rientrare nella fattispecie del profitto tutto ciò che sia esclusivo oggetto di fattispecie risarcitorie, mettendo in rilievo il fatto che è necessario distinguere tra i casi di "danno" cagionati dal delitto, i quali riguardano e si riflettono sulla tematica del risarcimento a favore della parte offesa, rispetto a quelli riguardanti la specificazione del profitto ricavato, data la circostanza per cui esclusivamente quest'ultimo può essere considerato come un profitto confiscabile. Se tali condizioni venissero a mancare si porrebbe in essere una non motivata duplicazione del sacrificio

⁶⁵ Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Curatela Fall. in proc. p. Focarelli, in *Il Fisco*, 2004, n. 43, 7355; Conf. Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *Guida al diritto*, 2005, fasc. 47, 54. Si tratta di scritti tutti contenuti all'interno di <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

⁶⁶ Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654; Bonelli, D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2012, n. 1, 133. Tutti contenuti in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

⁶⁷ La terminologia appena citata è stata fornita dalla Cassazione tramite la pronuncia, Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654; Conf. Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740.

⁶⁸ Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748. Contenuto in <http://www.lex.unict.it/sites/default/files/files/Dottorato/eventi/confisca.pdf>.

economico spettante al soggetto stesso, a cui si imporrebbe una misura eccessiva consistente e in obblighi risarcitori e nella confisca.

I giudici della Suprema Corte, infine, ha inoltre statuito un ulteriore principio per cui non possono essere considerati come profitti confiscabili/sequestrabili tutti quei vantaggi esclusivamente “finanziari e non patrimoniali” posti in essere dalla società tramite condotte illecite conseguite dai propri collaboratori. La conseguenza derivante da questa pronuncia non può essere confiscata la somma derivante dalla “perdita occulta” in bilancio⁶⁹, poiché essa non riproduce un *surplus* rientrante nella fattispecie patrimoniale, bensì rappresenta esclusivamente il beneficio che la banca può aver conseguito in conseguenza del falso in bilancio⁷⁰.

La tematica in esame rimane alquanto controversa e di non facile ed immediata chiarificazione. Il dubbio in merito alla problematica non concerne le “definizioni” delle tre categorie, bensì l’ambito di applicazione che le stesse rivestono all’interno della realtà. Il legislatore non si è ancora pienamente e puntualmente pronunciato in merito, contribuendo a creare una situazione di *empasse* dalla quale deriva una condizione di incertezza dalla quale può scaturire una incertezza nel diritto.

⁶⁹ Così, invece, “App.Milano, sez.II, 25gennaio2012, Banca Italease S.p.A.”, in “Diritto penale contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it, 11 aprile 2012”, con nota di Scoletta, In tema di “responsabilità dell’ente per reati societari e profitto confiscabile”.

⁷⁰ Così Bonelli “D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto” confiscabile/sequestrabile”, cit., 136; Paliero, “False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?”, in Soc., 2012, 80.

5. Le casistiche in cui si applicano le due forme di confisca: facoltativa ed obbligatoria. Il giudice competente a decidere.

L'art. 240 c.p., come ho già ben delineato nei paragrafi precedenti, disciplinando la fattispecie della confisca, prevede la casistica in base alla quale sono canonizzate in essa due previsioni per quanto riguarda il medesimo istituto: si può parlare da un lato di confisca facoltativa, mentre dall'altro di confisca necessaria.

È la legge che fornisce il carattere distintivo principale rispetto a queste due categorie. Essa prevede, in maniera espressa, il fatto per cui la confisca facoltativa possa essere applicata esclusivamente con riferimento ed in concomitanza con una sentenza penale di condanna. A seguito di questa previsione, è conseguenza necessaria la derivazione del fatto che la misura in esame non possa trovare applicazione nella fattispecie in cui vi sia la misura dell'assoluzione del soggetto, ovvero nel caso di formula dubitativa *ex art. 530 c.p.v. c.p.p.*, ovvero a seguito della formula di proscioglimento per estinzione del reato, o, infine, con riguardo alla disciplina dell'applicazione del perdono giudiziale.

La legge ammette una sola ipotesi in cui la sentenza di condanna non può essere posta come requisito necessario a fondamento dell'applicazione della misura. L'ipotesi in esame è contemplata nel momento in cui il giudice emetta un decreto penale di condanna. Questo in quanto esso, secondo la legge, viene equiparato ad una vera e propria sentenza di condanna. Nell'eventualità in cui venisse applicata la misura anzidetta, anche alla luce della inequivocabilmente prevista di cui all'art. 460 comma 2° c.p.p., viene disposto il fatto per cui è consentita esclusivamente l'applicazione della misura la quale prevede l'ipotesi della confisca obbligatoria.

Trattando l'istituto della confisca, come ho già riportato all'interno di questo capitolo, questa misura è stata oggetto di numerose riforme legislative.

Una di queste è la l. 12 giugno 2003 n. 134. In base a tale disposizione è stata posta in essere una modifica dell'art. 455 c.p.p. La nuova formulazione dell'istituto ha comportato il fatto che, nell'eventualità in cui venisse scelta l'ipotesi della misura alternativa del patteggiamento, in particolare con riguardo ad una sentenza la quale fosse chiamata a rispondere in merito all'applicazione della misura della confisca, essa avrà la possibilità di trovare applicazione con

riguardo a tutte le casistiche di cui all'art. 240 c.p. Da questo consegue che tale misura potrà trovare applicazione anche con riferimento alla fattispecie della confisca facoltativa. La quale indicherebbe una misura che, precedentemente, poteva essere applicata con esclusivo riferimento alla casistica delle misure di tipo obbligatorio.

Chiarito questo punto attraverso questa breve digressione, le differenze che contraddistinguono i due istituti in esame sono fornite da una pronuncia della Cassazione. Essa ha infatti statuito, tramite la pronuncia n. 883/2003, il presupposto per l'applicazione della confisca facoltativa, rinvenendolo all'interno della pericolosità insita all'interno della *res* confiscabile.

La Suprema Corte, però, non si ferma con la previsione di questo assunto, ma fa qualcosa in più. I giudici, infatti, giungono a sostenere il fatto per cui l'accezione di pericolosità debba essere intesa non nel senso di pericolosità intrinseca della cosa, in quanto una situazione così delineata comporterebbe l'applicazione della misura della confisca obbligatoria, bensì nella condizione per cui se la *res* venisse lasciata nella disponibilità del reo, essa potrebbe costituire un'agevolazione alla commissione di futuri reati. In altre parole, la scriminante disposta dai giudici consisterebbe nella valutazione delle caratteristiche del soggetto in relazione all'uso che potrebbe fare del bene. Peculiarità che rende necessaria, in conseguenza della sua stessa natura, la pronuncia da parte di un organo giudicante.

L'accezione di cui all'art. 240 c.p. riguarda anche "le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato". In relazione a questi tipi di fattispecie, la situazione di pericolosità deve essere intesa tramite una ulteriore modalità, in quanto essa sottintende una connessione di tipo strumentale, e non occasionale, tra l'illecito ed il bene. In particolare, l'occasione o la situazione che viene a provocare la situazione dell'illecito ha la necessità di essere verificata in concreto. Si tratta di un esame che concerne un'analisi che ha come riferimento tanto il ruolo realmente rivestito dalla cosa nella realizzazione del fatto, quanto la situazione o le circostanze che hanno portato al compimento del fatto stesso⁷¹.

Una ulteriore condizione, in questo caso necessaria, perché la confisca possa trovare applicazione, consiste nel fatto che la *res* oggetto della misura non possa categoricamente appartenere ad una persona estranea al reato.

⁷¹ La Cassazione si è pronunciata in merito mediante la sentenza: Cass. VI, n. 3711/2013.

Il legislatore stabilendo una situazione di questo tipo ha voluto salvaguardare la preponderante necessità della tutela del diritto di proprietà del terzo. Si tratta di una condizione che si verifica non solo con riferimento all'eventualità in cui la cosa sia di proprietà del soggetto nel momento in cui il reato venga posto in essere, bensì anche in un'ulteriore eventualità; essa stessa consistente nell'ipotesi in cui il soggetto terzo avesse acquistato il bene oggetto di confisca in un secondo momento, non avendone intuito l'illecita provenienza, ovvero nei casi di ricettazione, incauto acquisto o favoreggiamento⁷².

La misura in esame prevede il fatto per cui il requisito, al fine di trovare applicazione, debba essere considerato in un periodo di tempo ben definito, ossia quello in cui viene applicata la misura ablatoria e non con riferimento al tempo in cui avvenne la commissione del fatto.

Il legislatore con la previsione di un insieme di casistiche di tale natura ha voluto porre in essere una tutela piena, completa ed esaustiva con riferimento al terzo acquirente in buona fede.

Il primo comma dell'art. 240 c.p., finora trattato, disciplina la fattispecie della confisca facoltativa.

Il secondo comma dello stesso articolo, al contrario, disciplina la seconda previsione di confisca, la quale viene appunto chiamata obbligatoria.

Il comma in esame statuisce il fatto per cui sia prevista la confisca obbligatoria di tutte quelle cose che "costituiscono il prezzo del reato e delle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, o l'alienazione delle quali concorrono a formare la fattispecie di reato, anche nell'eventualità in cui non sia stata pronunciata una sentenza di condanna". Mediante queste ultime accezioni si intendono quelle cose che siano obiettivamente criminose.

La scriminante pregnante tra i due tipi di confisca è dettata anche dal fatto che in questa previsione al giudice non è consentito sindacare in merito alla sua applicazione.

Per porre un rimedio a questa previsione, il legislatore ha stabilito che questa forma di misura di sicurezza fosse oggetto dei limiti di cui al terzo e quarto comma dell'art. 240 c.p.⁷³

⁷² Sul punto Manzini V.: "Trattato di diritto penale", Utet 1986, volume III, p. 289 s.

⁷³ È questo il motivo per cui il terzo comma dell'art. 240 c.p. recita il fatto che "la confisca non si applica se le cose che costituiscono il prezzo del reato, o i beni o gli strumenti informatici o telematici indicati nel numero 1-*bis*), appartengono a persona estranea al reato.

Il quarto comma prevede la differente ipotesi in cui la confisca delle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, non si possa

Il legislatore stabilisce inoltre i presupposti applicativi della misura della confisca obbligatoria, indicandoli in tre. La caratteristica comune a tutti e tre le tipologie di presupposti è il fatto che essi operino senza che vi sia la presenza della figura dell'organo giudicante.

Il primo riguarda un provvedimento del giudice il quale sia volto alla definizione del procedimento per il quale la stessa condanna è destinata ad operare. Questo non implica la necessaria presenza di una sentenza di condanna⁷⁴; il secondo dei presupposti, prevede il fatto che l'oggetto della confisca sia necessariamente costituito dal prezzo del reato, ovvero dal fatto che la sua fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possano essere inquadrabili nell'alveo dei reati; ed infine la terza condizione, come già esposto, riguarda il fatto per cui la *res* con riferimento alla quale opera la misura della confisca non sia appartenente ad un soggetto estraneo al reato. Quest'ultima fattispecie prevede la specificazione per cui, nel momento in cui l'insieme dei beni possano essere inquadrati come nella disponibilità del terzo, ci sia la condizione essenziale per cui la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione di questi siano passibili di autorizzazione amministrativa.

La giurisprudenza ha provveduto a definire, mediante disposizioni precise e puntuali, anche i profili processuali della fattispecie della confisca. Essa trova generalmente maggiore applicabilità nel momento in cui viene disposto un precedente sequestro *ex art.* 321, comma 2°, c.p.p. Questo fatto, però, non prescinde dalla autonoma ed indipendente applicazione della misura in esame. In questo ultimo caso, però, il soggetto a cui viene applicata la misura non avrà l'obbligo della consegna del bene o a pagarne il valore.

La disciplina dei profili processuali ha però subito alcuni cambiamenti applicativi nel corso degli anni, aumentando i profili applicativi della misura.

Successivamente alla promulgazione della l. 12 giugno 2003, n. 134, è stato modificato il primo comma dell'art. 455 c.p.p. La modifica in oggetto ha portato alla conseguenza per cui sono stati, appunto, ampliate le casistiche di attuazione della confisca. In particolare, la

applicare, nell'ipotesi in cui la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

⁷⁴ Infatti può essere disposta anche nel caso di sentenza di patteggiamento, con la presenza delle misure del decreto di condanna, dell'archiviazione, dell'assoluzione e/o proscioglimento, dell'estinzione del reato per prescrizione, dell'amnistia, per la morte del soggetto, nell'ipotesi di perdono giudiziale ed, infine, per la fattispecie dell'oblazione.

modifica si è riflessa con specifico riferimento all'istituto del patteggiamento, il quale oggi arriva a comprendere tutte le casistiche di cui all'art. 240 c.p. in esse contenute, riguardando, dunque, anche le fattispecie di confisca facoltativa.

In merito alla casistica di applicazione facoltativa della misura, la giurisprudenza è concorde nell'affermare che al giudice spetti un puntuale onore motivazionale. Egli dovrà manifestare le ragioni che lo hanno indotto a confiscare quei particolari beni oggetto della misura di sequestro, o, al contrario, le motivazioni per le quali non ritiene opportuno applicare le misure, adducendo il fatto che le spiegazioni che le parti possono aver prodotto sulla derivazione dei beni o della quantità di denaro confiscata non siano sufficienti a determinare l'applicazione della misura.

La Cassazione sostiene inoltre che la peculiarità nella sinteticità della motivazione non può riguardare l'applicazione della misura di sicurezza⁷⁵.

La legge stabilisce, inoltre, i giudici a cui spetta pronunciarsi in merito alla confisca.

Il giudice competente a pronunciarsi in merito alla misura della confisca è stato *in primis* designato nella figura del giudice della cognizione. Il momento in cui la misura trova applicazione, può avvenire o in concomitanza alla sentenza di condanna, nelle due ipotesi di confisca facoltativa o obbligatoria, oppure nel caso in cui siano presenti ulteriori tipi di sentenza; con riferimento a quest'ultima ipotesi la giurisprudenza prevede il fatto che essa possa avvenire esclusivamente nel caso della confisca obbligatoria. Anche in questo caso si è pronunciata la giurisprudenza. Essa ha stabilito il fatto che è ritenuto di eccessiva gravità, nei confronti del soggetto, quel provvedimento mediante il quale il giudice della cognizione dispone la confisca in un periodo posteriore a quello della pronuncia della sentenza.

Il motivo di una condizione di gravame è dettato dal fatto che in merito alle possibili dimenticanze di questa è esperibile un unico rimedio, ossia l'impugnazione.

Con riferimento a determinati casi limite, nella fattispecie della formazione del giudicato, può essere disposta la modalità di cui all'art. 676 c.p.p. la quale disciplina l'ipotesi di beni oggetto di ablazione obbligatoria⁷⁶.

⁷⁵ La pronuncia della Cassazione in merito è: Cass. II, n. 6618/2014.

⁷⁶ La pronuncia della Cassazione in merito è: Cass. VI, n. 10623/2014.

I soggetti a cui fa stato la sentenza di confisca sono esclusivamente coloro i quali hanno partecipato al giudizio di cognizione.

Il legislatore, però, non lascia sguarniti di tutela quei soggetti che non hanno partecipato a tale grado di giudizio ma che nonostante tutto volessero, comunque, vantare dei legittimi diritti sul bene confiscato. Ad essi, per far valere i propri i diritti, è stata data la possibilità di rivolgersi al giudice dell'esecuzione al fine di ottenere la misura richiesta.

È prevista anche la possibilità che sia il giudice delle indagini preliminari a disporre la confisca, esclusivamente obbligatoria, per mezzo del decreto penale di condanna. In questo caso opera la sentenza di patteggiamento *ex art. 447 c.p.p.* e, con riferimento ad una ulteriore ipotesi, il decreto di archiviazione.

La caratteristica che contraddistingue tale modalità è data dal fatto che non è possibile impugnare il provvedimento mediante il ricorso per cassazione, bensì, esclusivamente, tramite l'incidente di esecuzione⁷⁷.

La confisca può essere disposta anche d'ufficio dal giudice della cognizione, ovvero, in difetto di tale pronuncia e su esclusivo impulso di parte, anche da parte del giudice dell'esecuzione. Questa modalità può avvenire nel momento in cui il provvedimento ipoteticamente adottato d'ufficio sia affetto da nullità assoluta⁷⁸.

Con riguardo all'ipotesi di confisca del profitto del reato, data la sua mancata natura di pena accessoria, ma di misura ablatoria con lo scopo di costituire una finalità ripristinatoria, nel caso in cui vi sia un'istanza di applicazione della misura essa viene concordata nel momento in cui ha luogo la fase esecutiva. L'organo giudicante competente all'esecuzione, a questo punto, si pronuncerà in base all'art. 676 c.p.p. L'ordinanza scaturente per mezzo di questa modalità giudicante sarà esclusivamente impugnabile mediante opposizione *ex art. 667, comma 4 c.p.p.* Da questo consegue il fatto che nell'eventualità di un ricorso per cassazione erroneamente proposto, questo non dovrà essere dichiarato inammissibile, ma spetterà ad esso la qualifica di opposizione e sarà trasmesso al giudice competente⁷⁹.

⁷⁷ La pronuncia della Cassazione in merito è: Cass. I, n. 9826/2009.

⁷⁸ La pronuncia della Cassazione in merito è: Cass. I, n. 2939/2013.

⁷⁹ La pronuncia della Cassazione in merito è: Cass. III, n. 43397/2015.