

La (ritenuta) legittimità costituzionale della confisca per equivalente nei reati tributari.

di *Giancarlo Della Volpe*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, 16 OTTOBRE 2018 (UD. 10 MAGGIO 2018), N. 46973
PRESIDENTE SAVANI, RELATORE DI NICOLA

Sommario: 1. Premessa. - 2. La questione “sollevata” dinanzi alla Corte di Cassazione. - 3. La soluzione della Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione. - 4. Alcune considerazioni preliminari. - 5. Conclusioni

1. Premessa.

La sentenza qui in commento analizza per la prima volta in maniera approfondita la compatibilità costituzionale della confisca per equivalente nei reati tributari, in relazione al principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.) e eguaglianza, per il tramite del giudizio di ragionevolezza intrinseca (art. 3 Cost.).

La pronuncia rappresenta, pertanto, un approdo destinato a far discutere (in dottrina e, a parere di chi scrive, anche in giurisprudenza). Per la prima volta sono state portate all’attenzione della Corte, in maniera esplicita, tutte le criticità e le tensioni costituzionali di un istituto a carattere sanzionatorio (penale) applicato laddove risulti impossibile la previa applicazione della confisca diretta, avente natura di misura di sicurezza patrimoniale.

La sentenza, nel risolvere la questione di legittimità costituzionale nel senso di una manifesta infondatezza, perviene a delle soluzioni che, tuttavia, non paiono fugare definitivamente il dubbio sulla compatibilità costituzionale della confisca per equivalente.

La sentenza condivide, peraltro, la premessa giuridica sottesa alla questione di legittimità costituzionale: la natura sanzionatoria (penale) della confisca per equivalente nei reati tributari.

2. La questione “sollevata” dinanzi alla Corte di Cassazione.

Il caso discusso dinanzi alla Suprema Corte riguardava un’ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente *ex art. 12bis* comma 1 d.lgs. 74/2000, ritenuta la impossibilità di poter applicare ed eseguire il sequestro

preventivo finalizzato alla confisca diretta, per reati di omesso versamento (art. 10bis e 10ter d.lgs. 74/2000) commessi in seno alla persona giuridica.

Il ricorrente impugnava la decisione del Tribunale sammaritano offrendo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 12bis comma 1 d.lgs. 74/2000. Punto di partenza della prospettazione del ricorrente è la natura giuridica della confisca per equivalente: questa sarebbe a tutti gli effetti una sanzione penale. *“Cosicché la qualificazione della confisca di valore come “pena” in senso tecnico avrebbe come corollario la necessità di accertare anche rispetto ad essa la sussistenza dei requisiti che legittimano il ricorso alla sanzione penale”*.

Non è accettabile, per il ricorrente, l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite Gubert e Lucci, in base alla quale per la confisca per equivalente sarebbe sufficiente la mera impossibilità di quella diretta. In tal modo, nei reati tributari con profitto in capo alla persona giuridica, la confisca così interpretata comporta *“la conseguenza per il rappresentante legale di vedersi applicata una sanzione “penale” in maniera del tutto casuale: se la società è capiente il rappresentante legale scampa al pericolo di una sanzione penale; se la società è incapiente, subirà la pena ulteriore”*. In tal modo la sanzione penale, secondo il ricorrente, sarebbe sganciata da un effettivo maggior disvalore riferibile alla condotta e sarebbe rimessa a circostanze casuali e del tutto sganciate dalla condotta dell'autore del reato e quindi dal rimprovero di colpevolezza. Da qui la tensione con la personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.).

Del pari la confisca per equivalente, subordinata alla mera impossibilità di quella diretta e non ad un fatto proprio del reo, contrasterebbe (secondo l'ottica del ricorrente) anche con l'art. 3 Cost., in quanto a condotte uguali, seguirebbero trattamenti sanzionatori irragionevolmente diversi: se due soggetti ponessero in essere la stessa identica condotta, gli stessi sarebbero comunque assoggettabili a sanzioni diverse per circostanze casuali (l'impossibilità della confisca diretta).

L'unica soluzione per il ricorrente sarebbe quella di optare per una interpretazione costituzionalmente orientata della confisca per equivalente nei reati tributari con profitto in capo alla persona giuridica, in modo da esigere un contributo del reo al presupposto applicativo, vale a dire l'impossibilità della confisca diretta. Solo laddove vi sia un contributo dell'autore del reato nella impossibilità della confisca diretta (presupposto applicativo di quella per equivalente), allora la sanzione penale sarebbe ricondotta entro i parametri costituzionali.

Proprio le argomentazioni offerte in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, introducono la questione di legittimità costituzionale, subordinata al rigetto della predetta interpretazione.

Il ricorrente nel prospettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12bis comma 1 d.lgs. 74/2000 in relazione agli artt. 3, 27 Cost., riprende le medesime argomentazioni già avanzate in sede di interpretazione costituzionalmente orientata.

Punto di partenza rimane la natura di sanzione penale della confisca per equivalente. *“Una chiara conferma in tal senso si è avuta con le Sezioni Unite*

Lucci, che proprio dal presupposto della natura di sanzione “penale” della confisca per equivalente, hanno escluso l’applicazione della stessa in caso di reato prescritto”.

Il ricorrente ribadisce le censure della confisca per equivalente in relazione all’art. 3 Cost. Si creerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra soggetti che hanno posto in essere la stessa condotta (omesso versamento per un medesimo importo). Nel caso di società capiente l’autore del reato sfuggirebbe alla sanzione penale della confisca per equivalente; in caso contrario subirebbe una sanzione penale. Secondo il ricorrente *“l’irragionevolezza sarebbe ancor più manifesta qualora si consideri il dato cronologico: il momento cioè nel quale può intervenire la confisca per equivalente e il momento in cui si verifica e/o si accerta l’impossibilità di eseguire quella diretta sono rimesse a circostanze del tutto casuali (vale a dire: l’eventuale instaurazione del procedimento, la celerità delle indagini, la tempestività della richiesta del pubblico ministero)”*.

Del pari, il ricorrente ribadisce la violazione dell’art. 27 Cost. Il passaggio dalla misura di sicurezza (confisca diretta) alla sanzione penale (confisca per equivalente) sarebbe rimessa non ad un maggior disvalore insisto nella condotta, bensì ad una circostanza casuale (l’impossibilità della confisca diretta). In tal modo, la sanzione penale ulteriore (confisca per equivalente) sarebbe sganciata da un fatto del reo che rappresenti un maggior disvalore della condotta tale da meritare una sanzione penale ulteriore (confisca per equivalente).

Alla luce delle suesposte argomentazioni il ricorrente richiede di sollevarsi questione di legittimità costituzionale dell’art. 12bis comma 1 d.lgs. 74/2000 nella parte in cui non prevede *“per causa imputabile al reo”* dopo le parole *“non è possibile”*; di modo che la formulazione costituzionalmente necessitata sarebbe *“nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti nel presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile [per causa imputabile al reo], la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto”*.

3. La soluzione della Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione nel risolvere (nel senso della manifesta infondatezza) la questione di legittimità, definisce innanzitutto la natura giuridica della confisca per equivalente: *“Il Collegio, in linea con la giurisprudenza costituzionale¹ e di legittimità espressa in materia, non ha motivo di discostarsi dalla premessa argomentativa da cui muove il ricorrente, sul carattere prettamente sanzionatorio della confisca per equivalente”*.

¹ Il riferimento è a Corte Cost. ord. n. 301 del 2009.

E il carattere sanzionatorio è ciò che distingue la confisca per equivalente rispetto a quella diretta, avente quest'ultima natura di misura di sicurezza. Cosicché, secondo la Corte, *“mentre la confisca diretta assolve a una funzione essenzialmente preventiva, perché reagisce alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di beni che, derivando dal reato, ne costituiscono il prodotto, il prezzo o il profitto [...] la confisca per equivalente, invece, colpisce beni di altra natura, che non hanno alcun nesso pertinenziale con il reato, palesando una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura eminentemente sanzionatoria”*.

Secondo la Corte, le premesse argomentative del ricorrente sono condivisibili. Non le conclusioni che il ricorrente da esse trae.

In relazione all'art. 27 Cost., la Corte, richiamando a sostegno un precedente², non condivide le censure di legittimità da parte del ricorrente, poiché anche la confisca per equivalente deriverebbe dal disvalore insito nella condotta delittuosa commessa dal legale rappresentante in seno alla società. Il complessivo disvalore della condotta di omesso versamento, e la conseguente risposta sanzionatoria dello Stato, derivano non soltanto dalla norma penale incriminatrice dell'omesso versamento, ma da questa considerata unitamente alla confisca per equivalente. Prendendo le parole della Corte, *“il conseguimento da parte dell'ente collettivo di un vantaggio illecito presuppone non soltanto la responsabilità penale individuale [...] ma presuppone la responsabilità penale individuale in tutta la portata della norma penale violata (precetto e sanzione), che non può pertanto radicare, per la sua inscindibilità, esoneri di responsabilità sull'intero e complessivo versante sanzionatorio, compresa quindi la confisca di valore, perché ogni norma penale tributaria, che prevede fatti di reato tipizzati nel d.lgs. 74/2000, deve essere integrata, proprio per la natura sanzionatoria della confisca, dalla disposizione dell'articolo 12-bis, comma primo, d.lgs. n. 74 del 2000 e, quindi, riguardata nei suoi elementi essenziali, precetto e sanzione, spettando all'interprete di ricostruire la disposizione normativa nella sua unità”*.

Il disvalore della condotta, secondo la Corte, è poi integrato anche dal cosiddetto rapporto organico che lega l'autore del reato all'ente nel quale si realizza il profitto. Il profitto del reato in capo all'ente si realizza proprio in virtù della condotta delittuosa del legale rappresentante, che *“costituisce imprescindibile punto di partenza della complessiva vicenda criminosa, nel senso che è proprio il fatto di reato, nelle sue componenti oggettive e soggettive e nel quale interamente si sostanzia la condotta della persona fisica realizzata nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che produce il beneficio a favore della persona giuridica facendole incamerare il profitto del reato, anche se, per taluni delitti tributari, sotto forma di risparmio di imposta”*.

In altri termini, già dal momento in cui l'agente pone in essere il reato tributario, in virtù del rapporto organico che lo lega alla Società, è già consapevole che la sua

² Cass. Pen. Sez. III, ud. 23/03/2016, n. 38732, imp. Chiarolanza.

condotta è destinata a produrre un vantaggio illecito in capo alla società; in relazione al fatto così complessivamente considerato l'ordinamento appresta una reazione composta da una pluralità di sanzioni *“eziologicamente collegate al suo comportamento illecito ed unitariamente incorporate nella norma incriminatrice, di cui una (la confisca per equivalente) soltanto eventuale perché subordinata all'impraticabilità della confisca in forma specifica, che costituisce la prima opzione”*.

L'assetto sanzionatorio complessivamente considerato trova fondamento nella *ratio* di disincentivare le condotte delittuose in base al principio per cui *“il crimine non paga”*.

Da questa valutazione discende logicamente, secondo la Corte, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale anche in relazione alla ragionevolezza intrinseca di cui all'art. 3 Cost. La previsione di una sanzione (confisca per equivalente) affiancata alla sanzione penale principale (ancorché quale alternativa residuale alla confisca diretta) derivante dal disvalore insito nella condotta del reo che ha generato il profitto in capo alla società, compone un assetto normativo *“privo di profili di irragionevolezza, coerente con la ratio legis della disposizione censurata e pienamente allineato rispetto alla scopo della disposizione finalizzata a rafforzare, con la confisca – sanzione, l'interesse dello Stato alla regolare percezione dei tributi in modo che la Repubblica persegua gli obiettivi socio -politico – economici necessari al fine di adempiere agli obblighi di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione”*.

4. Alcune considerazioni preliminari.

All'indomani delle motivazioni della Suprema Corte su un tema così importante, in questa sede è possibile fare soltanto poche considerazioni che sono, necessariamente, preliminari. Il tema, invero, meriterebbe uno studio, un approfondimento e un ragionamento ben più ampi.

Tuttavia, dalla sentenza si possono trarre alcune considerazioni di non poco rilievo. In primo luogo. La Corte di Cassazione conferma la natura sanzionatoria della confisca per equivalente. E la sanzione deve essere qualificata come *“penale”*³. Questo approdo è conforme all'indirizzo maggioritario della Cassazione⁴ e a quello pacifico della Corte Costituzionale⁵.

³ Nella parte motiva della sentenza, la Corte fa riferimento sempre a sanzione senza addentrarsi nella qualificazione offerta dal ricorrente quale *“sanzione penale”*. Tuttavia, tutto il ragionamento volto ad identificare un disvalore ed un rimprovero sottesi alla condotta, ha senso soltanto nella misura in cui si qualifichi la sanzione come penale.

⁴ Cass. Pen. Sez. U., 26/06/2015, n. 31617, imp. Lucci, in cui si afferma che la confisca per equivalente è *“connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza”*. In termini più espliciti l'Ufficio del Massimario - Settore Penale della Corte di Cassazione, nella *Relazione n. 41/14 del 17 giugno 2014*, ad oggetto *“La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”*, p. 2: *“Alla espansione*

Altra considerazione preliminare che svolge la Corte in sentenza: la irragionevolezza dell'esclusione dei reati tributari dal novero dei reati presupposto per la responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*. Secondo la Corte, alcune delle criticità comunque rilevate dai ricorrenti ed enucleabili dal sistema sanzionatorio previsto per i reati tributari, sono in parte riconducibili alla "irragionevole" esclusione dei reati tributari dal novero dei reati che fondano la responsabilità amministrativa dell'ente. La irragionevolezza deriva dal fatto che, nei reati tributari, il reato produce ricchezza in capo e nell'interesse della persona giuridica. In tal modo sarebbe ostacolata la confisca per equivalente in capo all'ente; laddove fosse prevista la responsabilità dell'ente, invece, si allontanerebbe o si attenuerebbe lo spettro di una sanzione in capo alla persona fisica (proprio perché sarebbe possibile la confisca per equivalente in capo all'ente). Le argomentazioni della Corte sul punto sono condivisibili. Va, in realtà, osservato come, almeno per il denaro, la Corte di Cassazione⁶ (salvo un recente approdo contrario, ritenuto preferibile da chi scrive⁷) abbia esteso così tanto la confisca diretta, ritenendo irrilevante qualsiasi nesso di pertinenzialità con il reato, tanto da formare in via giurisprudenziale una "confisca" in capo all'ente avente i tratti di una vera e propria confisca per equivalente, anche al di là dei reati rientranti nel novero del d.lgs. 231/2001⁸. Anzi,

della confisca diretta conseguirebbe una inevitabile riduzione di operatività della confisca cd per equivalente, la cui natura sanzionatoria di pena impedisce di colpire beni che sono nella disponibilità di soggetti, quali ad esempio le persone giuridiche, che, in relazione a determinati reati, non possono essere chiamate a rispondere nemmeno ai sensi del d.lgs. 231/2001". La dottrina è numerosa. Per un approfondimento cfr. P. VENEZIANI, *La confisca obbligatoria nel settore penale tributario*, in *Cass. Pen.*, 4, 2017, p. 1694 e ss.; A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. Pen.*, 7-8, 2016, pag. 2719 e ss.; G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?* In *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 5, 2017, p. 51 e ss.; L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 novembre 2010; P. AURIEMMA, *La confisca per equivalente*, in *Archivio Penale*, 1, 2014; F. PALAZZO, in *Cass. Pen.*, 2, 2018, p. 461 e ss.; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. It. Dir e Proc. Pen.*, 4, 2015, pag. 1674 e ss.

⁵ Cfr. Cort Cost. Ord. 97/2009 nella parte in cui si afferma "che il secondo comma dell'art. 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente".

⁶ Cass. Pen. Sez. U., 26/06/2015, n. 31617, imp. Lucci; Cass. Pen. Sez. U., 30/01/2014, n. 10561, imp. Gubert.

⁷ Perché idoneo a dare il giusto rilievo al nesso di pertinenzialità; Cass. Pen. Sez. III, 30/10/2017, n. 8995. Sia consentito il richiamo a G. DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *questa rivista*, 4, 2018.

⁸ In dottrina, sono molte le voci che hanno sottolineato la "truffa delle etichette" in relazione alla confisca diretta di denaro, ormai sganciata da un nesso di pertinenzialità con il reato e, pertanto, sempre più assimilabile, nella sostanza, ad una confisca per equivalente: cfr. P. VENEZIANI, *La confisca obbligatoria nel settore penale tributario*, in *Cass. Pen.*, 4, 2017, p. 1694 e ss.; parte della dottrina ha sostenuto che, partendo dal carattere fungibile del denaro, si sarebbe potuto sostenere l'esatto contrario, vale a dire la natura di confisca per equivalente del denaro. Se il denaro è bene fungibile, allora si presta "meglio di altri beni a fungere da efficace strumento di equalizzazione del valore dei proventi del reato non

la recente sentenza sul caso “Lega”⁹ ha riconosciuto la possibilità di operare il sequestro finalizzato alla confisca diretta anche in relazione a somme percepite dopo il decreto di sequestro¹⁰ (e quindi evidentemente estranee al reato). Di modo che nella confisca diretta di denaro è ancora più evidente la irrilevanza del nesso di pertinenzialità e la sua natura sostanziale di “confisca per equivalente”.

Passando al merito della questione di legittimità costituzionale, la soluzione offerta dalla Corte di Cassazione non sembra fugare tutti i dubbi connessi alla compatibilità costituzionale della confisca per equivalente, come viene oggi interpretata e applicata. E non potrebbe essere diversamente per chi scrive, considerato che già in un precedente contributo su questa Rivista¹¹ avevo evidenziato alcune delle “tensioni costituzionali” eccpite dal ricorrente e già prospettate da dottrina autorevole¹²

È vero che l’assetto sanzionatorio connesso ai reati tributari è composto dalla pena principale e dalla confisca per equivalente (la cui applicazione è comunque subordinata alla impossibilità della confisca diretta). È altrettanto vero che nella condotta del legale rappresentante vi è tanto il disvalore legato alla mancata percezione del tributo in capo allo Stato, quanto il disvalore legato alla creazione del profitto illecito in capo alla società. Ma ciò non risolve il problema di fondo.

più attingibili dalla confisca diretta”, cfr. M. ROMANO, Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari, in Riv. It. Dir e Proc. Pen., 4, 2015, pag. 1674 e ss. sub par. 2.

⁹ Cass. Pen. Sez. II, ud. 12/04/2018, n. 29923: “*La richiesta avanzata in corso di esecuzione dal Pubblico Ministero di estendere l’originario provvedimento cautelare, che era finalizzato alla confisca diretta della somma di € 48.696.617,00, anche alle somme affluite in un momento successivo alla data di esecuzione del decreto di sequestro del 4.9.2017 sui conti e depositi riferibili alla Lega Nord, nei limiti del quantum del provvedimento ablatorio originario, non comporta novazione, stante l’irrilevanza della fonte del sequestro perché l’oggetto della misura cautelare è sempre quella del decreto originario, che tra l’altro non è stata oggetto di contestazione, e cioè l’esistenza di disponibilità monetarie della percipiente Lega Nord che si sono accresciute del profitto del reato, legittimando così la confisca diretta del relativo importo, ovunque e presso chiunque custodito e quindi anche di quello pervenuto sui conti e/o depositi in data successiva all’esecuzione del provvedimento genetico*”.

¹⁰ Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 12/04/2018, n. 29923 nella parte in cui afferma che “*La richiesta avanzata in corso di esecuzione dal Pubblico Ministero di estendere l’originario provvedimento cautelare, che era finalizzato alla confisca diretta della somma di C 48.696.617,00, anche alle somme affluite in un momento successivo alla data di esecuzione del decreto di sequestro del 4.9.2017 sui conti e depositi riferibili alla Lega Nord, nei limiti del quantum del provvedimento ablatorio originario, non comporta novazione, stante l’irrilevanza della fonte del sequestro perché l’oggetto della misura cautelare è sempre quella del decreto originario, che tra l’altro non è stata oggetto di contestazione, e cioè l’esistenza di disponibilità monetarie della percipiente Lega Nord che si sono accresciute del profitto del reato, legittimando così la confisca diretta del relativo importo, ovunque e presso chiunque custodito e quindi anche di quello pervenuto sui conti e/o depositi in data successiva all’esecuzione del provvedimento genetico*”.

¹¹ G. DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in questa rivista, 4, 2018.

¹² A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d’autore*, in Cass. Pen., 7-8, 2016, pag. 2719 e ss; sub. par. 11.

Vale a dire la circostanza che l'applicazione della sanzione penale è subordinata alla casuale impossibilità di una misura di sicurezza patrimoniale. Nella sentenza, la Corte di Cassazione ammette pure che il passaggio dalla misura di sicurezza (confisca diretta) alla sanzione penale (confisca per equivalente) sia del tutto casuale. Ma ciò, sostiene la Corte, è intrinsecamente legato al modo di essere della confisca. A ben vedere, tuttavia, è proprio la casualità dell'applicazione della sanzione penale a venire in rilievo in relazione al principio di personalità della responsabilità penale¹³. In tal caso non basterebbe parlare del disvalore sotteso alla condotta e al profitto creato in capo alla società, per giustificare la compatibilità della confisca per equivalente con il principio di personalità della responsabilità penale (comprensivo di una sanzione penale proporzionata idonea a garantire la finalità rieducativa)¹⁴. Infatti vi è un dato ineliminabile: la confisca per equivalente va applicata solo in caso di (casuale) impossibilità di quella diretta. Ciò che veramente rileva, in ultima analisi, per l'applicazione della sanzione penale non è un modo di essere della condotta, bensì un dato ad essa esterno: la impossibilità della confisca diretta.

Vi è di più. Nella interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione si cerca di ricostruire in maniera unitaria l'apparato sanzionatorio (comprensivo della confisca per equivalente) a fronte della unica condotta delittuosa causale rispetto al profitto illecito. Tuttavia, vi è una ineliminabile complicazione nel ragionamento così costruito. Quella di costruire l'assetto sanzionatorio in base ad un nesso tra due

¹³ In dottrina, cfr. A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. Pen.*, 7-8, 2016, pag. 2719 e ss; sub. par. 11: "È ovvio che, sfumando totalmente nella confisca di valore qualsiasi nesso di pertinenzialità col reato – dal momento che la incisione patrimoniale assume connotati sanzionatori, solo quantitativamente "proporzionate" al "valore" dell'illecito rappresentato dal relativo profitto – diviene essenziale intendersi su ciò che costituisce "oggetto" del profitto, dal momento che è solo la impossibilità della aggressione "diretta" che legittima la traslazione del titolo ablatorio nella forma di confisca per equivalente. Il che, a ben guardare, offre spazio a possibili dubbi di compatibilità costituzionale, dal momento che si fa dipendere il "passaggio" da misura di sicurezza a pena in ragione del fatto (del tutto casuale) della permanenza o meno dell'oggetto diretto di confisca nel patrimonio dell'accipiens".

¹⁴ Cfr. Corte Cost., sent. 10/11/2016, n. 236: "A ciò si aggiunge che, alla luce dell'art. 27 Cost., il principio della finalità rieducativa della pena costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sentenza n. 313 del 1990; si vedano anche le sentenze n. 183 del 2011 e n. 129 del 2008). Esso, pertanto, non vale per la sola fase esecutiva, ma obbliga tanto il legislatore quanto i giudici della cognizione (sentenza n. 313 del 1990). Anche la finalità rieducativa della pena, nell'illuminare l'astratta previsione normativa, richiede «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 251 del 2012 e, ancora, sentenza n. 341 del 1994), mentre la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale produce «una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione» (sentenza n. 343 del 1993).

istituti ontologicamente diversi: vale a dire la confisca diretta da un lato (misura di sicurezza) e la confisca per equivalente dall'altro (sanzione penale). Ciò che veramente unisce il reato alla confisca per equivalente è, infatti, la confisca diretta: dal reato si può pervenire alla confisca per equivalente solo passando dalla impossibilità dalla confisca diretta la quale, avendo natura di misura di sicurezza, nulla ha che vedere con il disvalore della condotta e, quindi, con l'art. 27 comma primo della Costituzione. Anzi, la misura di sicurezza si concentra sulla *res* in quanto pericolosa, poiché *provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, manterrebbe viva l'idea e l'attrattiva del delitto*¹⁵.

E allora ben si comprende quale sia la tensione di fondo con il principio di personalità della responsabilità penale: la confisca per equivalente deriva da una vicenda del tutto casuale legata ad una misura di sicurezza che, in quanto tale, non deve rispettare l'art. 27 Cost. Quindi, non si può recuperare il disvalore sotteso alla confisca per equivalente nella unica condotta delittuosa produttiva del profitto illecito, perché alla stessa conseguirebbe in primo luogo, accanto alla pena principale, non una (ulteriore) sanzione penale, bensì una misura di sicurezza completamente sganciata dal disvalore della condotta e legata alla pericolosità della *res*¹⁶. Non a caso le misure di sicurezza patrimoniali sono disciplinate sotto il Titolo VIII del libro I, intitolato "*misure amministrative di sicurezza*".

Anche in relazione all'art. 3 Cost si producono delle tensioni solo in parte eliminabili con l'interpretazione offerta dalla Corte. Infatti, accogliendo la interpretazione della Corte volta a ricondurre in un unico schema sanzione – precetto sia la condotta delittuosa causativa del profitto (con la pena principale) che la confisca per equivalente (subordinata alla casuale impossibilità di quella diretta), non vi sarebbe un sistema sanzionatorio "necessariamente" proporzionato e intrinsecamente ragionevole. Se infatti il disvalore è correlato al reato tributario che genera un profitto in capo all'ente, allora sia il soggetto che non subisce la confisca per equivalente, perché la società è capiente rendendo applicabile la confisca diretta, sia il soggetto che subisce la confisca per equivalente, per essere la società incapiente, porrebbero in essere una condotta del medesimo disvalore, e ciononostante punita in modo diverso (più severamente per chi subisce la confisca per equivalente). Questa disparità di trattamento¹⁷ non sarebbe riconducibile ad una scelta logica, ragionevole del legislatore (come richiesto dalla Corte

¹⁵ *Lavori preparatori del codice penale con la Relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco, Volume V, Parte I - Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, p. 245.

¹⁶ Cfr. in tal senso D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2013, p. 543, nella parte in cui afferma che "*le misure di sicurezza costituiscono una risposta a un commesso reato, ma fuoriescono dallo schema della pena retributiva, proporzionata alla colpevolezza per il fatto. Sono state introdotte nell'ordinamento italiano dal Codice Rocco, quali strumenti di controllo della pericolosità di persone autori di reato.*"

¹⁷ Sulla irragionevole disparità di trattamento quale violazione dell'art. 3 Cost., fr. Corte Costituzionale n. 15/1960.

Costituzionale)¹⁸, bensì ad una circostanza del tutto casuale costituita dalla impossibilità della confisca diretta, come pure riconosciuto dalla Corte di Cassazione. Come ricorda la Corte Costituzionale, argomentando sul principio di proporzionalità nel diritto penale, “*in questo delicato settore dell’ordinamento, il principio di proporzionalità esige un’articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l’adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale (sentenza n. 50 del 1980)*”¹⁹. Nel caso della confisca per equivalente il legislatore rinuncia *a priori* ad prevedere un’articolazione del sistema sanzionatorio che renda possibile l’adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, proprio perché la confisca per equivalente è applicata non in virtù di una discrezionale valutazione del giudice in sede di apprezzamento sanzionatorio, bensì in virtù di meccanismi casuali che prescindono da un maggiore o minore disvalore della condotta.

Nemmeno potrebbe parlarsi di proporzionalità²⁰ dei mezzi sanzionatori rispetto al fatto, avendo riguardo alla *ratio* per cui il *crimine non paga*. Infatti, si è di fronte ad un sistema che, per uno stesso fatto, fa discendere, in maniera del tutto casuale, o una misura di sicurezza o una sanzione penale che si va ad aggiungere alla pena principale o (*melius*) contribuisce a costituire l’unico trattamento sanzionatorio. Si tratta di due istituti completamente diversi tra loro, motivo per il quale resta il dubbio che un sistema afflittivo – sanzionatorio così pensato possa ritenersi rispettoso del principio di eguaglianza e di intrinseca ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost²¹, soprattutto alla luce dei recenti arresti della giurisprudenza costituzionale, che riconoscono la sindacabilità della proporzionalità della pena ai sensi dell’art. 3 Cost²².

Il problema di fondo è che solo dietro la verifica di una circostanza casuale si realizza il passaggio da un istituto ad un altro avente funzioni e natura diversi; un passaggio del tutto sganciato da valutazioni attinenti alla condotta delittuosa, che resta identica, o comunque sganciato da qualsivoglia valutazione rimessa al giudice²³.

¹⁸ Cfr. Corte Cost. 14/1964, ove l’irragionevolezza intrinseca è stata legata a criteri di illogicità, arbitrarietà e contraddittorietà in relazione all’apprezzamento degli scopi sottesi alla norma e ai mezzi per raggiungerli.

¹⁹ Cfr. Corte Cost. sent. 236/2016.

²⁰ Cfr. Corte Cost. sent. 236/2016: “È costante, nella giurisprudenza costituzionale, la considerazione secondo cui l’art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali”.

²¹ Se non altro, l’apprezzamento dei mezzi per raggiungere la finalità sottesa alla incriminazione del reato tributario è inficiato da criteri illogici.

²² Il riferimento è ancora a Corte Cost. n. 236/2016.

²³ Che è obbligato ad applicare la confisca per equivalente al solo verificarsi della impossibilità di quella diretta.

I dubbi circa la compatibilità costituzionale con gli artt. 3 e 27 Cost di un sistema così interpretato ed applicato restano²⁴.

5. Conclusioni.

Quali le soluzioni alle questioni poste? Sicuramente la strada più semplice sarebbe quella di investire il legislatore del compito di “risolutore”. Ad esempio, si potrebbero introdurre i reati tributari nel novero dei reati di cui al d.lgs. 231/2001 in modo da consentire la confisca per equivalente in capo alla società. Accanto alla confisca per equivalente dell’ente, si potrebbe mantenere la confisca per equivalente in capo alla persona fisica, a patto che sia consentito al giudice di applicarla da un minimo ad un massimo e non necessariamente per l’intero valore del profitto. In tal modo, la confisca per equivalente potrebbe svolgere un effettivo ruolo di sanzione penale, proporzionata al disvalore del fatto concretamente posto in essere.

La stessa soluzione “interpretativa” individuata dal ricorrente meriterebbe di essere approfondita. Collegare il presupposto della confisca per equivalente, *i.e.* l’impossibilità di quella diretta, ad una condotta quantomeno colposa dell’agente e senza oneri probatori particolarmente stringenti per l’accusa, forse aiuterebbe ad individuare una adeguata soluzione interpretativa.

Al di là di queste brevi riflessioni *de iure condendo*, occorre innanzitutto (ri)partire dalla natura giuridica e dalla funzione della confisca per equivalente. Come ha notato autorevole dottrina, individuare la effettiva natura giuridica di un istituto “è ormai un compito ineludibile” al fine di “*impostare in modo coerente, e scientificamente più consapevole, il problema dell’individuazione dello statuto di garanzie, costituzionali e convenzionali applicabili*”²⁵.

Il problema di fondo è sempre lo stesso. Il legislatore per rispondere in maniera demagogica alle istanze sociali “inventa” istituti senza calarli all’interno del sistema e dei principi che lo informano. Così è stato per la confisca per equivalente nei reati tributari.

E risolvere tutte le criticità dell’istituto (soltanto) in via interpretativa sconta evidenti difficoltà.

²⁴ La Corte Costituzionale nella sentenza 15/1960 ha affermato che “*il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni*”.

²⁵ F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca di prevenzione nell’ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2, 2018, p. 641. Seppur il riferimento era alla confisca di “prevenzione”, la necessità di individuare la natura giuridica dell’istituto al fine di delimitare il conseguente statuto costituzionale e convenzionale è esigenza comune a tutte le forme di confisca.