



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
6/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

**CONFISCA DIRETTA DEL DENARO
E PROVA DELL'ASSENZA DI PERTINENZIALITÀ:
LA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ
ERIGE I PRIMI FRAGILI ARGINI ALLE SENTENZE GUBERT E LUCCI**

di Alessandro Keller

Abstract. È ormai considerato *ius receptum* il principio espresso dalle Sezioni Unite Gubert e Lucci secondo cui il denaro che costituisce profitto del reato, trattandosi di bene fungibile, può sempre essere attinto dalla confisca diretta ex art. 240, co. 1, c.p., a prescindere dall'esistenza di un nesso di derivazione dal reato contestato. Tuttavia, agli argomenti che evidenziano la censurabilità *tout court* di una tale impostazione ermeneutica si affiancano alcuni recenti arresti di legittimità che, pur dichiarando espressamente di conformarsi ai principi delle sentenze Gubert e Lucci (pronunce, peraltro, che non possono essere considerate gemelle), escludono la confisca diretta del denaro qualora l'interessato fornisca la prova della totale assenza di pertinenzialità tra la somma confiscata (o sequestrata) ed il reato commesso (o contestato, nell'ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta).

SOMMARIO: 1. La confisca diretta del valore del denaro che costituisce profitto del reato: un *tertium genus* tra pene e misure di sicurezza? – 2. Le Sezioni Unite Gubert. – 3. Le Sezioni Unite Lucci. – 4. Le sentenze Gubert e Lucci, in realtà, non sono sentenze gemelle. – 5. La tesi della confisca diretta del valore del denaro che prescinde dall'accertamento del nesso di pertinenzialità: critica. – 6. La sentenza Barletta (Cass. Pen., Sez. III, ud. 30 ottobre 2017, dep. 27 febbraio 2018, n. 8995). – 7. La sentenza Bagalà (Cass. Pen., Sez. VI, ud. 20 marzo 2018, dep. 20 aprile 2018, n. 17997). – 8. La sentenza Vincenzini (Cass. Pen., Sez. III, ud. 12 luglio 2018, dep. 24 settembre 2018, n. 41104). – 9. La sentenza Ratio S.r.l. (Cass. Pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2018, dep. 24 ottobre 2018, n. 48625). – 10. La sentenza Star Kamin s.r.l. (Cass. Pen., Sez. III, ud. 4 ottobre 2018, dep. 11 febbraio 2019, n. 6348). – 11. Note conclusive: la confisca diretta del valore del denaro vive di una presunzione *iuris tantum* vincibile a prova contraria.

1. La confisca diretta del valore del denaro che costituisce profitto del reato: un *tertium genus* tra pene e misure di sicurezza?

Contrariamente al Codice penale Zanardelli, in cui non era prevista una distinzione tra pene e misure di sicurezza e la confisca era contemplata tra gli effetti delle

condanne penali¹, il Codice Rocco individua, accanto alle *pene*, il *genus* delle *misure di sicurezza* e ne tratteggia caratteri peculiari, prevedendo che siano²: sottoposte al principio di legalità, come da espressa indicazione della Carta costituzionale, ma non al principio di irretroattività (art. 25, co. 2 e 3); regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione (art. 200, co. 1, e 236, co. 2, c.p.), non da quella in vigore al momento del fatto di reato (o “quasi reato”); ordinate dal giudice di cognizione in sentenza (art. 205, co. 1, e 236, co. 2, c.p.)³. Inoltre, che le sole misure personali e la misura patrimoniale della cauzione di buona condotta (artt. 202, 203 e 236, co. 3, c.p.) siano applicate: a seguito della commissione di un fatto di reato (o di un “quasi reato”) ed in caso di accertata pericolosità sociale del soggetto agente; in forza della legge in vigore al tempo dell’esecuzione, se differente da quella in vigore al momento dell’applicazione (art. 200, co. 2, e 236, co. 2, c.p.).

Il peculiare regime normativo delle misure di sicurezza, pur foriero di ambiguità interpretative, non giustifica la discrasia che si riscontra, con riferimento, in particolare, alla confisca, tra quanto espressamente è prescritto nel codice penale e quanto è applicato, e considerato *ius receptum*, nel diritto vivente in virtù di una significativa elaborazione giurisprudenziale, specie di legittimità⁴.

L’art. 240, co. 1, c.p., disciplina la *confisca diretta* – misura di sicurezza patrimoniale, facoltativa, avente natura perpetua⁵ – che consiste nel potere dello Stato di espropriare le cose mobili o immobili di per loro criminose (“quelle che servirono o furono destinate a commettere il reato”) o che, in ogni caso, attengono al reato (“quelle che ne sono il prodotto o il profitto”), non potendo un fatto di rilievo penale costituire titolo o fonte legittima di acquisto della proprietà. In questa prospettiva, assumono valenza *nomologica* solo quei beni che si riferiscono alla commissione di un fatto di reato accertato con sentenza di condanna (o, per l’applicazione della misura cautelare reale, contestato nel decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca), così che possa considerarsi prodotto o profitto confiscabile *ex art. 240, co. 1, c.p.* meramente ciò che deriva “dal reato” o, meglio, per usare l’espressione del legislatore, meramente ciò che è “del reato”⁶.

¹ Il Codice penale Zanardelli, approvato il 30 giugno 1989 ed in vigore nel Regno d’Italia dal 1890 al 1930, attualmente vigente nello Stato della Città del Vaticano, prevedeva, all’art. 36, la misura della confisca, ricomprendendola nel Titolo III, del Libro I, intitolato “Degli effetti e dell’esecuzione delle condanne penali”.

² Il Codice penale Rocco disciplina le *pene* al Titolo II, del Libro I, artt. da 17 a 38, e le *misure amministrative di sicurezza* al Titolo VIII, del Libro I, artt. da 199 a 240.

³ Sui presupposti per l’applicabilità delle misure di sicurezza e, in generale, sulla disciplina della confisca e dei principali temi discussi in dottrina e giurisprudenza cfr., nella manualistica, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, VII ed., p. 777 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2013, VIII ed., p. 864 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2011, IV ed., p. 789 ss.

⁴ Il riferimento è, in particolare, ai principi espressi dalla Corte di cassazione nelle c.d. sentenze *Gubert e Lucci*, su cui vedi *infra*.

⁵ Cfr. G.L. GATTA, *Art. 236 c.p.* (commento), in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretta da), *Codice penale*, IV ed., Tomo I, Milano, 2015, p. 2723.

⁶ Per un’analisi dell’istituto della confisca cfr. F. MUCCIARELLI, *Art. 240 c.p.* (commento), in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, in *Le fonti del diritto italiano* (collana), Milano, 2018, p. 124 ss.; M. LANZI, *Art. 240 c.p.* (commento), in A. Cadoppi – S. Canestrari – P. Veneziani (diretto da), *Codice penale*,

A contrario, quindi, non esiste, e *non dovrebbe esistere*, a stretto rigore interpretativo, un prodotto o profitto confiscabile che non sia “del reato”. Pur tuttavia, è (tradizionalmente ritenuta) ammissibile la confisca di *quel* bene in cui il prodotto o il profitto del reato si sia *trasformato*, in presenza di una accertabile *catena di derivazione*: si consente l’ablazione in via diretta di *quei* beni che costituiscono la *trasformazione* del prodotto o profitto del reato e che, pertanto, anche dopo molteplici metamorfosi, possano essere ricollegati al (in quanto derivati dal) reato medesimo (per il quale è intervenuta condanna ovvero per il quale si procede, nell’ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta)⁷.

Torino, 2018, p. 1217; A. CALLAIOLI, *Art. 240 c.p.* (commento), in T. Padovani (a cura di), *Codice Penale*, V Ed., Milano, 2011, p. 1641; G. GRASSO, *Art. 240 c.p.* (commento), in M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, p. 615; A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale* (voce), in *Digesto Disc. Penalistiche*, III, 1989, p. 52; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* (aggiornato da P. Nuvolone e G.D. Pisapia), Torino, 1986, Vol. III, p. 383.

⁷ Con riferimento alle trasformazioni confiscabili del profitto del reato – i c.d. surrogati – deve tenersi conto di due differenti interpretazioni (per una dettagliata panoramica cfr. F. MUCCIARELLI, *Art. 240 c.p.*, cit., p. 141). Una prima, più restrittiva, ritiene si possa procedere all’ablazione delle sole utilità economiche *direttamente e immediatamente* ricavate dal reato commesso. In questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. II, ud. 5 ottobre 2016, dep. 16 dicembre 2016, n. 53650, Pres. Cammino, Rel. Recchione, Ric. P.M. in proc. *Maiorano*, in *CED Rv.* 268854, la cui massima afferma: «[i]l profitto del reato si identifica con il vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell’illecito»; cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. VI, ud. 22 aprile 2016, dep. 31 maggio 2016, n. 23013, Pres. Conti, Rel. Corbo, Ric. *Gigli*, in *CED Rv.* 267065; Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, n. 26654, Pres. Gemelli, Rel. Milo, Ric. *Fisia Impianti S.p.A.*, in *CED Rv.* 239924. In questo senso parrebbe porsi anche la sentenza *Lucci*, secondo cui «...il profitto del reato si identifica con il vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell’illecito», così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26 giugno 2015, dep. 21 luglio 2015, n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. *Lucci*, in *CED Rv.* 264437. In questo senso, in dottrina, cfr. A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., p. 52; G. GRASSO, *Art. 240 c.p.*, cit., p. 615. Secondo una differente impostazione, più estensiva, invece, è possibile procedere con l’ablazione di *tutte le utilità economiche successive collegabili* al profitto o prodotto. Tale ultimo orientamento sembrerebbe suffragato dalla *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, secondo la quale «...non può limitarsi, nel caso di condanna, la confisca alle cose che sono il prodotto del reato, sussistendo uguale motivo di applicabilità del provvedimento riguardo al profitto, ottenuto mediante l’azione criminosa. Le utili trasformazioni dell’immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente obbietto del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni», così i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli On. Alfredo Rocco*, p. 280. L’interpretazione più estensiva è stata fatta propria dalle Sezioni Unite *Miragliotta*, secondo cui «...qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato – il danaro – conseguito e sia soggettivamente attribuibile all’autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto. Una diversa e più restrittiva interpretazione non sembra, infatti, compatibile con la finalità dell’istituto che è quella di rendere l’illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti. La funzione general-preventiva che la confisca, quale misura di sicurezza, sta sempre più assumendo nella legislazione italiana e comunitaria non può, infatti, essere frustrata da una interpretazione restrittiva dell’art. 240 c.p., che renderebbe difficilmente aggredibile il bene oggetto della trasformazione del danaro frutto dell’illecito commesso», così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 25 ottobre 2007, dep. 6 marzo 2008, n. 10208, Pres. Battisti, Rel. Marasca, Imp. *Miragliotta*, in *CED Rv.* 238700. Nel medesimo senso, con riferimento al profitto confiscabile *ex art.* 19 D.Lgs. 231/2001 in tema di responsabilità degli enti, cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 24 aprile 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, Ric.

Accanto al rigore dell'art. 240, co. 1, c.p., che non consente di *confiscare in via diretta* beni differenti da quelli riferibili al commesso reato, l'ordinamento prevede e disciplina la *confisca per equivalente*, finalizzata a privare il reo dei beni di cui abbia la disponibilità per un valore corrispondente a quello del prodotto o profitto⁸. Venendo meno il rapporto di dipendenza con il reato commesso (c.d. nesso di pertinenzialità), non trattandosi più di beni "del reato", come previsto dall'art. 240, co. 1, c.p., ma, più banalmente, di beni "dell'autore", la confisca per equivalente, di cui all'art. 322 *ter* c.p., esorbita dal *genus* delle *misure di sicurezza* ed entra, a pieno diritto e ad ogni effetto, nella categoria delle *pene*. Trattandosi di sanzione penale caratterizzata dalla totale assenza del nesso di pertinenzialità tra *res* e *crimen* – tanto che, in ipotesi, è possibile attingere i beni entrati nella disponibilità del reo anche in epoca precedente la commissione del fatto, in assenza di quel requisito cronologico che costituisce il *prius* del nesso di pertinenzialità che caratterizza la confisca diretta⁹ – la confisca per equivalente permette al legislatore di perseguire efficacemente esigenze punitive e di prevenzione generale.

Pur tuttavia, nonostante le nitide disposizioni codicistiche in tema di confisca diretta del prodotto o profitto del reato (art. 240, co. 1, c.p.) e di confisca di valore (art. 322 *ter* e 240 *bis*, co. 2, c.p.¹⁰), il *formante giurisprudenziale* si è manifestato con significativa intensità sul perimetro della confiscabilità del denaro che costituisce profitto del reato, al punto da coniare lo strumento, ibrido, della *confisca diretta del valore del denaro*.

Espenhahn, in *CED Rv.* 261116, secondo cui «...il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa»; cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. II, ud. 9 febbraio 2016, dep. 17 marzo 2016, n. 11209, Pres. Diotallevi, Rel. Ariolli, Ric. P.M. in proc. *Rosi*, in *CED Rv.* 266427. In questo ultimo senso, in dottrina, cfr. A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 122.

⁸ La confisca per equivalente è stata dapprima introdotta nell'ordinamento dalla L. 108/1996 limitatamente al delitto di usura (art. 644, co. 6, c.p.); successivamente, per i reati contro la pubblica amministrazione, è stato inserito l'art. 322 *ter* c.p. dalla L. 300/2000, in attuazione della Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997. Attualmente è prevista in innumerevoli ipotesi, in continua espansione. Per un elenco cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 817.

⁹ La fiducia riposta dal legislatore nello strumento della confisca per equivalente trova conferma nelle modifiche recentemente introdotte con la legge c.d. *Spazzacorrotti* (L. n. 3/2019 pubblicata sulla G.U. n. 13 del 16 gennaio 2019), con la quale è stato modificato l'art. 578 *bis* c.p.p. (introdotto dal D.Lgs. 21/2018) ed i relativi poteri del giudice dell'impugnazione di provvedere sulla confisca – disposta anche nella forma *per equivalente* – nonostante l'intervenuta causa di estinzione del reato. Per un commento alle recenti modifiche cfr. G. VARRASO, [La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 \(c.d. "spazzacorrotti"\) trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine"](#), in questa *Rivista*, 4 febbraio 2019.

¹⁰ Per un approfondimento della confisca per equivalente cfr. A. MACCHIA, *Art. 322 ter c.p.* (commento), in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, cit., p. 735 ss.; A. M. BONANNO, *Art. 322 ter c.p.* (commento), in *Codice penale*, A. Cadoppi – S. Canestrari – P. Veneziani (diretto da), Torino, 2018, p. 1217. Per un approfondimento in tema di confisca "allargata" o "per sproporzione" di cui all'art. 240 *bis* c.p., disposizione introdotta dall'art. 6, co. 1, D.Lgs. 21/2018, che prevede, al secondo comma, l'ablazione del denaro, dei beni e di altre utilità di provenienza lecita per un valore equivalente nell'ipotesi in cui sia impossibile procedere alla confisca dei "beni sproporzionati" di cui al primo comma, cfr. M. LANZI, *Art. 240 bis c.p.*, cit., p. 941.

Se, in generale, è da sempre controversa la collocazione sistematica, voluta dal legislatore, della confisca tra le *misure di sicurezza*¹¹, a maggior ragione, in particolare, è discutibile la classificazione della misura, di genesi giurisprudenziale, della *confisca diretta del valore denaro* che costituisce profitto del reato, per mezzo della quale il giudice procede a confiscare il denaro in via diretta a prescindere dall'accertamento del nesso di pertinenzialità tra *res* e *crimen*, nonostante il disposto, inequivocabile, di cui all'art. 240, co. 1, c.p.¹².

2. Le Sezioni Unite Gubert.

Il primo approdo verso l'istituzione della misura della *confisca diretta del valore del denaro* è tradizionalmente rappresentato dalla nota sentenza *Gubert*. L'esistenza di un pregresso contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità di aggredire con sequestro preventivo finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa¹³ aveva portato, infatti, la terza sezione penale della Corte di cassazione ad adire

¹¹ In estrema sintesi, un primo orientamento ritiene discutibile che la confisca possa essere classificata tra le misure di sicurezza, le quali annoverano tra i presupposti applicativi (tutte, tranne la confisca, in considerazione dell'omesso richiamo nell'art. 236 c.p.) l'accertata pericolosità sociale del reo. In questo senso, in dottrina, cfr. G. GRASSO, *Art. 240 c.p.*, cit., p. 607. Un secondo orientamento, invece, ritiene la collocazione della confisca tra le misure di sicurezza coerente con le finalità dell'istituto, che consiste nel «...prevenire la commissione di nuovi reati, mediante l'espropriazione a favore dello Stato di cose che, provenendo da illeciti penali o comunque collegate alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato», così Cass. Pen., Sez. VI, ud. 19 marzo 1986, dep. 26 settembre 1986, n. 9903, Pres. Mainieri, Rel. Pisanti, Ric. *Tedeschi*, in *CED Rv. 173822*. In questo senso, in dottrina, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 810.

¹² Sulla natura della confisca e, più in generale, delle *confische*, cfr. F. MUCCIARELLI, *Art. 240 c.p.*, cit., p. 163.

¹³ In estrema sintesi, un primo orientamento riteneva ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni della persona giuridica per le violazioni penali-tributarie commesse nell'interesse della società che, beneficiando degli incrementi patrimoniali derivanti dalla condotta penalmente rilevante posta in essere dal legale rappresentante, non poteva ritenersi terza estranea al reato, nonostante la mancata inclusione dei delitti tributari nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente ex D.Lgs. 231/01 (in questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 7 giugno 2011, dep. 19 luglio 2011, n. 28731, Pres. Ferrua, Rel. Squassoni, Ric. *Soc. Coop. P.R. Burlando R.L.*, in questa *Rivista*, 29 settembre 2011, con nota di L. DELLA RAGIONE, [La Suprema Corte ammette il sequestro preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse dal legale rappresentante](#); in relazione alla vicenda Unicredit, cfr. Trib. Milano, Sez. del Riesame, ud. 28 novembre 2011, dep. 15 dicembre 2011, in questa *Rivista*, 23 gennaio 2012, con nota di O. MAZZA, [La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente \(in margine al caso Unicredit\)](#). Secondo un antitetico indirizzo, invece, era da ritenersi non ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni appartenenti alla persona giuridica, salvo nel caso in cui la *legal entity* rappresentasse un mero schermo fittizio utilizzato dal legale rappresentante all'esclusivo scopo di farvi confluire i profitti illeciti derivanti dai reati tributari (in questo senso, sempre in relazione alla vicenda Unicredit, cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 19 settembre 2012, dep. 10 gennaio 2013, n. 1256, Pres. Mannino, Rel. Rosi, Ric. P.M. in proc. *Unicredit S.p.a.*, in questa *Rivista*, 25 gennaio 2013, con nota di O. MAZZA, [Il caso Unicredit al vaglio della Cassazione: il patrimonio dell'ente non è confiscabile per equivalente in caso di reati tributari commessi dagli amministratori a vantaggio della società](#)).

le Sezioni Unite¹⁴, le quali, oltre a dirimere la questione e fissare alcuni principi di diritto in materia, confermavano ed argomentavano¹⁵ – icasticamente – la possibilità di procedere sempre alla confisca diretta, *ex art. 240 c.p.*, del profitto del reato costituito da denaro (Cass. Pen., Sezioni Unite *Gubert*)¹⁶.

Più nel dettaglio, con riferimento al denaro, così motivavano le – notissime – Sezioni Unite *Gubert*: «... va anzitutto sottolineato che la confisca diretta del profitto di reato è istituito ben distinto dalla confisca per equivalente. Deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta. La giurisprudenza di legittimità ha infatti affermato che, nel caso in cui il profitto del reato di concussione sia costituito da denaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'art. 322 ter c.p., comma 1, il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato. (Sez. 6, n. 30966

¹⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 30 ottobre 2013, dep. 22 novembre 2013, ordinanza n. 46726, in questa *Rivista*, 12 dicembre 2013, con nota di T. TRINCHERA, [Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reati tributari: la parola passa alle Sezioni Unite](#), nonché con nota di L. DELLA RAGIONE, [La confiscabilità per equivalente dei beni dell'ente per i reati tributari commessi dal legale rappresentante: in attesa delle Sezioni Unite](#), *ivi*, 27 gennaio 2014, e di T. EPIDENDIO, [Reati tributari e sequestro a fini di confisca di beni societari: un appunto a futura memoria, in attesa delle Sezioni Unite](#), *ivi*, 28 gennaio 2014.

¹⁵ In precedenza si erano espresse in questo senso Cass. Pen., Sez. III, ud. 25 settembre 2012, dep. 10 ottobre 2013, n. 1261, Pres. Lombardi, Rel. Franco, Ric. *Marseglia*, in *CED Rv.* 254175, la cui massima afferma: «[q]ualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare. (Fattispecie in tema di reati tributari)». Nello stesso senso cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. VI, ud. 25 marzo 2003, dep. 29 maggio 2003, n. 23773, Pres. Romano, Rel. Leonasi, Ric. *Madaffari*, in *CED Rv.* 225757.

¹⁶ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. Un., ud. 30 gennaio 2014, dep. 5 marzo 2014, n. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Ric. *Gubert*, in *CED Rv.* 258647. Per completezza, si riportano tutti i principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite *Gubert* – chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale di cui si è dato conto sommariamente *supra* – nella parte motiva della sentenza: «[è] consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica. Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio. Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato. La impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria, senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato», così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 30 gennaio 2014, dep. 5 marzo 2014, n. 10561, *cit.* Per un commento alla sentenza *Gubert* cfr. T. TRINCHERA, [La sentenza delle Sezioni unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali](#), in questa *Rivista*, 12 marzo 2014; F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, [Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche](#), in questa *Rivista*, 20 aprile 2015; G. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari.*, in *Cass. pen.*, 9, 2014, p. 2826.

del 14/06/2007, Puliga, Rv. 236984). Qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare. (Sez. 3, n. 1261 del 25/09/2012, dep. 2013, Marseglia, Rv. 254175. Fattispecie in tema di reati tributari). È pertanto ammissibile il sequestro preventivo, ex art. 321 c.p.p., qualora sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di nascondere con il più semplice degli artifici. (Sez. 6, n. 23773 del 25/03/2003, Madaffari, Rv. 225757). Infatti, in tema di sequestro preventivo, nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa. (Sez. 2, n. 45389 del 06/11/2008, Perino, Rv. 241973). La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., comma 2, il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. (Sez. 6, n. 4114 del 21/10/1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200855. Affermando siffatto principio la cassazione ha ritenuto che legittimamente fosse stato disposto dal g.i.p. il sequestro preventivo di un appartamento che, in base ad elementi allo stato apprezzabili, era risultato acquistato con i proventi del reato di concussione)»¹⁷.

La Corte di legittimità giungeva così ad affermare che il denaro e gli altri beni fungibili che costituiscono il profitto del reato sono sempre beni confiscabili in via diretta ex art. 240, co. 1, c.p.¹⁸.

¹⁷ Così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 30 gennaio 2014, dep. 5 marzo 2014, n. 10561, *cit.*

¹⁸ Per un commento analitico alla sentenza cfr. G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle sezioni unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, p. 2806, secondo il quale «...non si comprendono appieno i successivi passaggi argomentativi utilizzati dalle Sezioni unite per introdurre a livello definitorio e, ancora una volta, in via pregiudiziale alla soluzione del contrasto un distinguo tra confisca diretta e indiretta, che non pare condivisibile e che contrasta con i precedenti arresti delle stesse Sezioni unite proprio in ambito fiscale. In modo perentorio e generale si afferma: «deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta» e dopo aver citato in particolare un primo precedente e un principio di diritto che riguarda la fattispecie ben diversa della concussione e un secondo precedente in materia di reati tributari estraneo alla confisca di cui alla prima parte dell'art. 322-ter, comma 1, c.p., si aggiunge, senza "rinnegare" il criterio di pertinenzialità immancabile nella confisca diretta e in modo sempre perentorio e generale, «che nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa» e che ancora «la trasformazione che il

3. Le Sezioni Unite *Lucci*.

I principi enucleati dalla sentenza *Gubert* erano sostanzialmente ribaditi (salvo quanto si dirà *infra*) dalle – altrettanto note – Sezioni Unite *Lucci*, che confermavano la legittimità della confisca diretta (nonché del sequestro preventivo finalizzato alla confisca in via diretta) del denaro a prescindere dall'accertamento del vincolo di derivazione con il reato contestato¹⁹.

Anche se celebre, si richiama per linearità espositiva la parte motiva della sentenza *Lucci*: «...ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragion d'essere – né sul piano economico né su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro sorge la eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l'imputato e per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, giacché, in tal caso, si avrebbe quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore (l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore). Né è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della

denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento». La cripticità dei passaggi impone, *in primis*, una corretta lettura della sentenza “Miragliotta”, la quale in effetti, nell'allargare il profitto ai c.d. surrogati, ha ritenuto profitto confiscabile il bene immobile acquistato con il denaro causalmente riconducibile in via immediata e diretta al fatto di reato con riguardo, però, sempre al delitto di concussione e senza, in ogni caso, scalfire il “criterio di selezione” della pertinenzialità. La sentenza “Miragliotta”, in più punti, richiede «che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna (*rectius* condotta) penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi». La definizione di “surrogati” conferma il risultato: si tratta di beni acquistati con denaro di cui risulti accertata la concreta provenienza dal reato. È solo la certa provenienza delittuosa del denaro, possibile nelle fattispecie di natura sinallagmatica quale la concussione ma non nei reati tributari, a consentire il sequestro del surrogato medesimo».

¹⁹ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26 giugno 2015, dep. 21 luglio 2015, n. 31617, Pres. Santacroce, Rel. Macchia, Ric. *Lucci*, in *CED Rv.* 264437. Per un commento cfr. F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, p. 1384.

confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario»²⁰.

In conclusione, secondo la sentenza *Lucci*: «...qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato»²¹.

Ecco, quindi, che la confisca del denaro, secondo tali principi, espressi dalle Sezioni Unite *Gubert* e ribaditi dalle Sezioni Unite *Lucci*, andrebbe operato sempre in via diretta *ex art. 240 c.p.* (o di cui all'*art. 322 ter, comma 1, prima parte, c.p.*, in cui il riferimento è alla confisca diretta e non alla confisca di valore).

4. Le sentenze *Gubert* e *Lucci*, in realtà, non sono sentenze gemelle.

Un'attenta lettura delle motivazioni della sentenza *Gubert* e della sentenza *Lucci* consente di coglierne i tratti di autonomia ed i profili di dissonanza, nonostante siano tradizionalmente citate insieme, come *due sentenze gemelle*.

In occasione della sentenza *Gubert*, la Corte di legittimità era stata chiamata a decidere sul ricorso dell'indagato, Leone Gubert, presentato avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che, in accoglimento dell'appello presentato dal procuratore della Repubblica avverso l'ordinanza di rigetto del giudice per le indagini preliminari, aveva disposto il sequestro preventivo di un immobile di proprietà della persona sottoposta ad indagini per il reato di *omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto* di cui all'*art. 10 ter D.Lgs. 74/2000*.

In una prospettiva del tutto differente, invece, la Corte di legittimità era stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito della vicenda *Lucci*, ricorrente avverso la sentenza emessa dalla Corte d'appello che, nel riformare la sentenza di condanna di primo grado, aveva dichiarato, previa riqualificazione della originaria imputazione di concussione nel delitto di *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, *ex art. 319 c.p.*, il reato estinto per intervenuta prescrizione, tuttavia disponendo, ai sensi degli *artt. 240, co. 2, e 322 ter c.p.*, la confisca delle somme sottoposte a sequestro preventivo.

Trattandosi di reati strutturalmente ed ontologicamente differenti, la Corte era indotta ad individuare differenti presupposti applicativi per giustificare la confiscabilità diretta del profitto del reato costituito dal denaro riversato sul conto corrente.

²⁰ Così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26 giugno 2015, dep. 21 luglio 2015, n. 31617, cit.

²¹ Così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 26 giugno 2015, dep. 21 luglio 2015, n. 31617, cit.

Ed infatti, il profitto ottenuto dalla commissione dei reati tributari è rintracciabile nel risparmio di imposta, cioè nell'importo di valore equivalente alla somma di denaro (quindi, all'imposta) che il contribuente ha omesso di versare all'Erario, sia a seguito di fraudolenta, decettiva od omessa dichiarazione (il riferimento è ai reati di dichiarazione, *ex artt. 2, 3, 4 e 5 D.Lgs. 74/2000*), sia a seguito di mero omesso versamento (il riferimento è ai reati di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* D.Lgs. 74/2000)²². In queste ipotesi non vi è alcun tangibile accrescimento del patrimonio, in quanto il risparmio di imposta ottenuto dall'autore del reato consente, al più, di mantenere inalterate – al momento del dovuto pagamento – le disponibilità patrimoniali. Nella sentenza *Gubert* non vi è, infatti, a ben vedere, alcun riferimento al concetto di "accrescimento", enucleato solo (a partire) dalla sentenza *Lucci*, in cui il profitto confiscabile era rappresentato dalle tangenti corrisposte dal privato al pubblico funzionario e che avevano consentito a quest'ultimo di accrescere, in modo tangibile, le proprie disponibilità economiche-patrimoniali.

La vicenda *Gubert* sarebbe quindi stata destinata a conclusioni opposte – come nei paradossi di Zenone – rispetto a quelle adottate dalle Sezioni Unite se fosse stato applicato il principio espresso nella (successiva) sentenza *Lucci*, secondo cui il profitto costituito da denaro è sempre oggetto di confisca facoltativa e diretta, *ex art. 240, co. 1, c.p.*, quando abbia determinato un accrescimento del patrimonio. In assenza di tale requisito, dovrebbe escludersi l'automatismo che consente di applicare la c.d. *confisca diretta del valore del denaro*.

Nonostante lo scollamento che la *Lucci* opera rispetto alla *Gubert*, richiedendo il requisito dell'accrescimento patrimoniale, la circostanza che le due sentenze siano costantemente richiamate insieme, come due sentenze gemelle, conferma il pericolo in cui si incorre quando a rango di fonte del diritto si ritenga di poter assurgere il *formante giurisprudenziale*, che trova origine nella casistica ed è vincolato, per definizione, alle specificità del caso concreto. La coerenza che deve caratterizzare il percorso logico-motivazionale seguito dal giudice per l'applicazione della legge secondo il suo libero convincimento, diverge, infatti, dalle finalità che il legislatore persegue attraverso la previsione delle disposizioni di legge, generali ed astratte per definizione.

5. La tesi della *confisca diretta del valore del denaro* che prescinde dall'accertamento del nesso di pertinenzialità: critica.

I principi espressi nelle sentenze *Gubert* e *Lucci* – non perfettamente sovrapponibili – sono ormai trattati come un *unicum* e costituiscono *ius receptum*,

²² Con riferimento al concetto di profitto nei reati tributari cfr. G. ANDREAZZA, *Art. 12 bis D.Lgs. 74/2000* (commento), in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, cit., p. 637 ss.; R. BRICCHETTI – P. VENEZIANI, *La confisca*, in R. Bricchetti – P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, di F. Palazzo – C. E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2017, p. 480; A. LANZI – P. ALDROVANI, *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, p. 243; E. D'IPPOLITO, *La confisca*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, *Trattato di diritto penale dell'economia*, Vol. II, Milano, 2017, p. 1072; S. DELSIGNORE, *Confisca. Commento all'art. 12 bis D.Lgs. 74/2000*, in C. Nocerino – S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. 158/2015*, Torino, 2015, p. 296.

essendo tradizionalmente ripresi e trascritti, e in sede di merito, e in sede di legittimità, ogni qual volta sia necessario disporre ed argomentare la confisca diretta (o, ancor di più, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca in via diretta) del denaro che costituisce profitto del reato²³.

Pur tuttavia, significativi argomenti depongono a favore della censurabilità *tout court* di una tale impostazione ermeneutica.

Si ammette, infatti, la confisca diretta del denaro, in quanto bene fungibile, il cui importo confiscato, per usare le parole della sentenza *Gubert*, deve «...corrispondere per valore al prezzo o al profitto del reato», formula, questa, che evoca – ma non equivoca – l'espressione utilizzata dal legislatore per descrivere la confisca per equivalente (art. 322 *ter c.p.*): proprio in questa prospettiva si definisce la *confisca diretta del valore denaro*.

In questo schema, la confisca del denaro in via diretta riferita al mero valore conduce ad una silenziosa *abolitio* della distinzione tra confisca *diretta* e confisca *per equivalente*: non esiste, infatti, alcun nesso pertinenziale tra il denaro che abbia meramente corrispondenza nominale al valore del profitto ed il reato che ne dovrebbe rappresentare la scaturigine.

Nella sentenza *Gubert*, inoltre, la fungibilità del denaro, caratteristica che legittimerebbe sempre la confisca in via diretta, è posta in relazione con la circostanza che «...nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa»²⁴. In tal modo, tuttavia, si giustifica la confisca diretta attraverso un'impropria estensione del concetto normativo di profitto del reato²⁵, che può – questo sì – ricomprendere i beni in cui *quel* profitto (anche il denaro) si sia *trasformato*, ma che presuppone sempre la persistenza di un collegamento, e quindi di una pertinenzialità, seppur mediata, ma ricostruibile a posteriori, tra reato e surrogato del profitto sottoposto a vincolo²⁶.

²³ Da ultimo cfr., *ex pluribus*, Cass. Pen., Sez. VI, ud. 28 novembre 2018, dep. 17 gennaio 2019, n. 2186, Pres. Petruzzellis, Rel. Bassi, Ric. *Vescovi*, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. VI, ud. 9 novembre 2018, dep. 30 novembre 2018, n. 53942, Pres. Di Stefano, Rel. Villoni, Ric. *Salvini*, in *De Jure*; Cass. Pen., Sez. II, ud. 27 settembre 2018, dep. 21 gennaio 2019, n. 2735, Pres. Gallo, Rel. Verga, Ric. *Vincenti*, in *De Jure*, di cui si riporta il seguente passaggio della parte motiva: «...[c]iò detto in punto di *fumus* deve rilevarsi che il sequestro in argomento è finalizzato alla confisca diretta. Questa Corte a Sezioni Unite ha infatti affermato che ove il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito, come nel caso in esame, da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato».

²⁴ Così Cass. Pen., Sez. Un., ud. 30 gennaio 2014, dep. 5 marzo 2014, n. 10561, cit.

²⁵ Si noti che il legislatore si è astenuto, sino ad oggi, dal fornire una generale nozione di profitto suscettibile di trovare applicazione in tutte le ipotesi di confisca. Tra le questioni interpretative, vi è la dicotomia tra profitto netto (in virtù del principio del netto, c.d. *Nettoprinzip*), che considera, nella determinazione del profitto, i costi sostenuti dal reo per realizzare la condotta illecita, e profitto lordo (in virtù del principio del lordo, c.d. *Bruttoprinzip*). Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, n. 26654, cit. In dottrina, in argomento, cfr. A. PERINI, *Art. 2641 c.c.* (commento), in T. Epidendio – G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, cit., p. 824 ss.

²⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

Dilatare il concetto di profitto fino a ricomprendere le utilità economiche successive ad esso collegate è operazione che, quindi, in alcun caso legittima il sequestro delle somme diverse ed ulteriori che non siano ricollegabili al primigenio profitto, cioè a quello di immediata derivazione dal reato: o le banconote illecitamente conseguite dalla commissione del reato *si trasformano* in altre somme aggredibili con la misura ablativa, *sostituendosi* a quelle primigenie, oppure *si mescolano*, e quindi *si confondono*, con quelle eventualmente già depositate sul conto corrente.

Appare, quindi, necessario distinguere le ipotesi di *trasformazione* del denaro che è profitto del reato dalle ipotesi in cui *quel* denaro si sia *confuso* con altro impedendone – o, quantomeno, rendendone estremamente complessa – l'identificazione.

Se, a ragion del vero, vi è pertinenzialità quando *quella* somma di denaro è collegabile a *quel* reato, allora delle due l'una: solo l'individuazione della somma di denaro che costituisce il profitto del reato, ovvero l'individuazione dell'ulteriore somma in cui quel denaro si sia *trasformato* (come nell'ipotesi, di scuola, della somma di denaro contante riversata sul conto corrente a saldo zero, ovvero in un conto titoli a saldo zero, operazione che permette di convertire le banconote in un "valore nominale", ovvero nell'ipotesi dell'assegno convertito dall'istituto di credito in denaro contante) consentiranno di operare la *confisca in via diretta*, risultando sussistente una pertinenzialità tracciabile tra profitto del reato contestato e denaro vincolato, nonostante le plurime metamorfosi subite²⁷; diversamente, la mancata individuazione del denaro che costituisce il profitto del reato, ovvero il mescolamento con altre somme di denaro che non consenta più di operare un distinguo (come nell'ipotesi, assai frequente, di denaro – contante o per bonifico – riversato su un conto corrente a saldo positivo, in cui le somme si confondono tra loro), impongono di poter confiscare solo *per equivalente*, proprio in virtù dell'evocato "valore nominale"²⁸.

²⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, n. 26654, *cit*; Cass. Pen., Sez. Un., ud. 25 ottobre 2007, dep. 6 marzo 2008, n. 10208, *cit*.

²⁸ In questa prospettiva appare fuorviante la parte motiva di una pronuncia di legittimità che, respingendo il ricorso proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza del riesame che aveva confermato il diniego formulato dal giudice per le indagini preliminari sull'istanza di sequestro preventivo, per un verso sembrerebbe confermare la necessità di individuare il nesso di pertinenzialità e, per un altro, accontentarsi di rintracciare il valore nominale corrispondente per operare la confisca diretta del denaro, profitto del reato. Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. VI, ud. 26 marzo 2015, dep. 16 aprile 2015, n. 15923, Pres. Ippolito, Rel. De Amicis, Ric. P.M. in proc. *Antonelli e altro*, in *CED Rv. 263124*, di cui si riporta un passo della parte motiva: «...[e]ntro questa prospettiva, in particolare, si ritiene ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro che costituiscono profitto di reato sia nel caso in cui la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia quando sussistono indizi per i quali il denaro di provenienza illecita risulti depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare. Secondo le Sezioni Unite, infatti, è evidente, a tal proposito, che la fungibilità del denaro e la sua stessa funzione di mezzo di pagamento non impongono che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all'indagato. Deve pur sempre sussistere, comunque, il rapporto pertinentenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, fra il danaro sequestrato ed il reato del quale costituisce il profitto illecito (quale utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa)».

Ed infatti, la peculiarità del denaro, bene fungibile convenzionalmente utilizzato per monetizzare il valore dei beni, rende certo più complessa l'operazione di rintraccio delle somme in cui il profitto si sia trasformato²⁹, ma tale *fungibilità* non impedisce di riconoscere il legame eziologico di provenienza: proprio la possibilità astratta di tracciare l'eziologia del denaro impone un rigoroso accertamento della derivazione per la confisca diretta³⁰. Diversamente, il nesso di pertinenzialità viene compromesso ed il riferimento al valore nominale del denaro da confiscare, nella confisca diretta come in quella per equivalente, costituisce la mera indicazione di un parametro finalizzato a quantificare il sacrificio patrimoniale che dovrà subire il reo. In questa prospettiva, la *confisca diretta del valore del denaro* di genesi giurisprudenziale snatura la misura di sicurezza della confisca diretta, trasformandola in una vera e propria sanzione.

Per poter procedere alla confisca diretta del denaro riversato sul conto corrente, quindi, si deve individuare il nesso di pertinenzialità che insiste con il reato, nonostante la *fungibilità* del bene – sentenza *Gubert* – e l'eventuale *tangibile accrescimento* del patrimonio – sentenza *Lucci*.

In subordine, all'impossibilità di individuare il bene – anche il denaro – che abbia pertinenza con l'illecito, potrà trovare applicazione la *confisca per equivalente*, ove prevista dalla legge. L'inciso contenuto nell'art. 322 *ter* c.p., per il quale la confisca di valore opera "quando... non è possibile" la confisca diretta, dovrebbe indurre ad una tale conclusione³¹: per confiscare il denaro in via diretta è necessario individuare proprio quelle somme che sono il profitto del reato, oppure la loro trasformazione (in altri beni, mobili o immobili, o in altro denaro); in mancanza, si deve (o, quantomeno, *dovrebbe*) agire con la confisca per equivalente. Il denaro, solo perché bene fungibile, non può fare eccezione al disposto dell'art. 240, co. 1, c.p.

A latere, si segnala la sofferenza che, alla luce del rapporto con il reato di autoriciclaggio, *ex art. 648 ter.1 c.p.*, potrebbe patire la concezione – pacifica in

²⁹ Cfr. F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscale*, cit., di cui si riporta il seguente passaggio: «[t]rascorrendo la prospettiva a partire dall'oggetto della confisca, il carattere della fungibilità è del tutto irrilevante rispetto alla qualificazione della cosa (o del bene) come derivazione diretta (immediata) da una determinata fonte (nel caso: il reato commesso). In altre parole: che il bene sia fungibile (id est: privo di individualità specifica e pertanto passibile di sostituzione senza trasformazione) ovvero infungibile (id est: non suscettibile di sostituzione se non attraverso una conversione per equivalente di valore) nulla dice in ordine al diverso requisito riguardante il legame (eziologico) di provenienza di quel bene. Nessuno dubita che nel caso di beni fungibili la ricostruzione del nesso di pertinenzialità sia all'evidenza ben delicata e complessa sul versante probatorio, ma tale difficoltà, non essendo una strutturale impossibilità, non autorizza la confusione (in senso etimologico) fra le distinte e diverse nozioni».

³⁰ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Art. 240 c.p.*, cit., p. 145.

³¹ In questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. III, ud. 18 maggio 2011, dep. 6 ottobre 2011, n. 36293, Pres. Ferrua, Rel. Andronio, Ric. *Hipo Alpe Adria Bank S.p.a.*, in *CED Rv. 251133*, di cui si riporta il seguente passaggio della parte motiva della sentenza: «...[v]a poi osservato, sotto un secondo profilo, che la ricorrente ritiene che l'inciso "quando essa non è possibile", contenuto nell'art. 322 *ter* e riferito alla confisca dei beni, si interpreti nel senso che esso richiede una specifica motivazione circa l'incapienza dell'autore del reato. Anche tale interpretazione è erronea, perché – come chiarito dalla giurisprudenza di questa Corte (Sez. 1^a, 26 novembre 2009, n. 14174) – l'inciso in questione è diretto a consentire la confisca per equivalente in ogni caso in cui il bene che costituisce il profitto del reato sia un bene fungibile, come il denaro, perché questo non può essere oggetto di confisca diretta, in quanto non materialmente individuabile».

giurisprudenza – che legittima l’ablazione del profitto trasformato dall’autore del reato³². L’eventuale trasformazione del profitto in un bene di diversa natura, in quanto impiegato, sostituito, trasferito, in attività economiche, finanziarie o imprenditoriali, in modo da ostacolarne concretamente l’identificazione della provenienza delittuosa, dovrebbe costituire attività idonea ad interrompere – *tout court* – il nesso eziologico della *res* con il reato primigenio, impedendone la confisca in via diretta. Il profitto del reato così trasformato risulterebbe sequestrabile e confiscabile in forza del reato, commesso “a valle”, di autoriciclaggio, residuando il rischio che il reato “a monte” sia sanzionato con la confisca per equivalente, ove prevista *ex lege*, essendo, a quel punto, nella sua prospettiva, divenuta impossibile la confisca diretta.

6. La sentenza *Barletta* (Cass. Pen., Sez. III, ud. 30 ottobre 2017, dep. 27 febbraio 2018, n. 8995).

Pur confermando, dichiaratamente, i contenuti delle sentenze *Gubert* e *Lucci* – frequentemente citate, appunto, come sentenze gemelle – recenti arresti di legittimità hanno ridefinito l’ambito di operatività ed i limiti di applicabilità della confisca diretta e hanno avuto il pregio di erigere i primi (fragili) argini alla misura – di genesi giurisprudenziale – della ormai ribattezzata *confisca diretta del valore del denaro* che costituisce il profitto del reato.

Un primo arresto che si pone in tale prospettiva ha avuto seguito da un ricorso per cassazione proposto dalla procura della Repubblica di Santa Maria Capua a Vetere avverso l’ordinanza del tribunale del riesame che aveva disposto l’annullamento del decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta della somma di denaro per il delitto di *omesso versamento di ritenute dovute o certificate* di cui all’art. 10 *bis* D.Lgs. 74/2000³³.

Nella parte motiva della sentenza, la Corte di cassazione chiarisce che «...è esatto, come ricordato dal P.M. ricorrente, che questa Corte a Sezioni Unite ha affermato che ove il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma

³² Con riferimento alla tesi che legittima l’ablazione dei surrogati, cfr. *supra* nota n. 7. In ogni caso cfr., Cass. Pen., Sez. Un., ud. 27 marzo 2008, dep. 2 luglio 2008, n. 26654, cit.; Cass. Pen., Sez. II, ud. 5 ottobre 2016, dep. 16 dicembre 2016, n. 53650, cit.

³³ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, ud. 30 ottobre 2017, dep. 27 febbraio 2018, n. 8995, Pres. Cavallo, Rel. Andreatza, Ric. P.M. in proc. *Barletta* e altri, in *CED Rv.* 272353, la cui massima afferma: «[i]n tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse non possono in alcun modo derivare dal reato e costituiscano, pertanto, profitto dell’illecito. (Fattispecie in tema di omesso versamento delle ritenute, di cui all’art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000, in cui la S.C. ha escluso la sussistenza dei presupposti per il sequestro e la successiva confisca di somme di denaro certamente depositate successivamente al momento di perfezionamento del reato)».

materialmente oggetto della ablazione e il reato (Sez. Un., n. 10561 del 30/01/2014, dep.05/03/2014, Gubert, Rv. 258647 nonché Sez. Un., n. 31617 del 26/06/2015, dep. 21/07/2015, Lucci, Rv. 264437); e ciò, implicitamente, proprio perché la natura fungibile del bene, che, come sottolineato dalle Sezioni Unite Lucci, si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ed è tale da perdere – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica, rende superfluo accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita; "ciò che rileva", proseguono le Sezioni Unite, è che "le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo". Ma, proprio in ragione di ciò, ed in senso esattamente corrispondente, seppure a contrario, al principio enunciato dalle Sezioni Unite, ove si abbia invece la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato (come appunto nel caso in cui le stesse, come nella specie, siano corrispondenti a rimesse effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine per il versamento delle ritenute in esecuzione del concordato preventivo), di talché le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il risultato della mancata decurtazione del patrimonio quale conseguenza del mancato versamento delle imposte (ovvero, in altri termini del "risparmio di imposta" nel quale la giurisprudenza ha costantemente identificato il profitto dei reati tributari), le stesse non sono sottoponibili a sequestro difettando in esse la caratteristica di profitto, pur sempre necessaria per potere procedere, in base alle definizioni e ai principi di carattere generale, ad un sequestro, come quello di specie, in via diretta»³⁴.

Le somme rinvenute nella disponibilità e sui conti correnti dell'autore dell'illecito, quindi, non possono essere aggredite con il sequestro finalizzato alla confisca diretta se vi è «... la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato»³⁵. In questo medesimo senso si era già espressa, peraltro, la Corte di cassazione con riferimento al delitto di *omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto* di cui all'art. 10 *ter* D.Lgs. 74/2000, ritenendo scriminante la circostanza che in queste ipotesi «...il profitto del reato consiste nel corrispondente risparmio di spesa e, in particolare, nelle disponibilità liquide giacenti sui conti del contribuente alla data di scadenza del termine per il pagamento e non versate»³⁶. Ciò risulterebbe, secondo la Corte di legittimità, sufficiente per derogare agli (senza contrastare gli) insegnamenti

³⁴ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 30 ottobre 2017, dep. 27 febbraio 2018, n. 8995, cit.

³⁵ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 30 ottobre 2017, dep. 27 febbraio 2018, n. 8995, cit.

³⁶ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 9 febbraio 2016, dep. 7 luglio 2016, n. 28223, Pres. Rosi, Rel. Aceto, Ric. P.M. in proc. *Scarpellini*, in *De Jure*. Per un commento alla sentenza cfr. C. SANTORIELLO, *Meno facile procedere a sequestro preventivo di somme di denaro*, in *Ilpenalista.it*, secondo cui la pronuncia in commento «...evidenzia come il denaro di cui il contribuente sia venuto a disporre dopo la consumazione dell'illecito tributario (ovvero con riferimento a quanto accade nella maggior parte dei casi, le somme di denaro che confluiscono sul conto corrente del privato dopo la scadenza del termine per il pagamento delle imposte) non possa essere ritenuto profitto del reato fiscale, ma unità di misura equivalente al debito tributario scaduto e non onorato, rispetto alla quale quindi non è possibile parlare di sequestro o confisca in via diretta ma solo di sequestro o confisca per equivalente con tutte le conseguenze che ne derivano».

non solo della *Gubert*, ma anche della *Lucci* – che, invece, fa riferimento ad ipotesi in cui il reato abbia consentito un accrescimento patrimoniale delle disponibilità dell'autore – per affermare «...che il sequestro, per essere qualificato come finalizzato alla confisca diretta del danaro costituente il profitto del reato omissivo, non può mai essere disposto, né essere eseguito, per importi comunque superiori ai saldi attivi giacenti sui conti bancari e/o postali di cui il contribuente disponeva alla scadenza del termine per il pagamento»³⁷.

7. La sentenza *Bagalà* (Cass. Pen., Sez. VI, ud. 20 marzo 2018, dep. 20 aprile 2018, n. 17997).

Con un ulteriore arresto la Corte di cassazione confermava la necessaria preventiva individuazione del nesso di derivazione anche per il denaro³⁸, nonostante la natura di bene fungibile, precisando che «...in tema di sequestro preventivo di somme di denaro, la misura cautelare può essere disposta nei limiti in cui risulti accertato il nesso di pertinenzialità rispetto al reato, ravvisabile qualora il denaro costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato, oppure sia servito a commetterlo, ovvero sia concretamente destinato alla commissione dello stesso»³⁹.

L'esposizione di tale principio di diritto determinava l'annullamento con rinvio dell'ordinanza del tribunale del riesame di Reggio Calabria che aveva confermato il provvedimento di sequestro del giudice per le indagini preliminari finalizzato a colpire il profitto del reato di associazione di stampo mafioso, associazione per delinquere e di turbativa d'asta. Più nel dettaglio, secondo la Corte di cassazione, anche per le somme di denaro depositate presso banche «...il sequestro preventivo comporta la preventiva individuazione del rapporto di pertinenza con i reati per i quali si procede, di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o sia, comunque, concretamente destinato alla commissione dello stesso. Ciò comporta che il sequestro preventivo non può colpire, indistintamente e genericamente, beni o somme di denaro dell'indagato o dell'imputato, ma solo i beni legati dal rapporto di pertinenzialità al reato»⁴⁰. E nel determinarsi in tal senso, la Corte recuperava e citava un precedente in cui era stato revocato il sequestro preventivo su somme di denaro dell'indagato a causa dell'omessa preventiva individuazione del nesso di pertinenzialità tra le somme ed il reato di bancarotta fraudolenta in contestazione⁴¹.

³⁷ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 9 febbraio 2016, dep. 7 luglio 2016, n. 28223, cit.

³⁸ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. VI, ud. 20 marzo 2018, dep. 20 aprile 2018, n. 17997, Pres. Paoloni, Rel. Criscuolo, Ric. *Bagalà*, in *CED Rv.* 272906.

³⁹ Così Cass. Pen., Sez. VI, ud. 20 marzo 2018, dep. 20 aprile 2018, n. 17997, cit.

⁴⁰ Così Cass. Pen., Sez. VI, ud. 20 marzo 2018, dep. 20 aprile 2018, n. 17997, cit.

⁴¹ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. V, ud. 30 ottobre 2014, dep. 16 dicembre 2014, n. 52251, Pres. Savani, Rel. Settembre, Ric. *Bianchi*, in *CED Rv.* 262164, di cui si riporta la seguente parte motiva: «...[p]er quanto attiene più specificamente a somme di denaro depositate presso banche, ossia beni normalmente non destinati alla commissione di reati, il sequestro preventivo comporta la previa individuazione del rapporto di pertinenza

8. La sentenza *Vincenzini* (Cass. Pen., Sez. III, ud. 12 luglio 2018, dep. 24 settembre 2018, n. 41104).

In questo schema, in tempi ancora più recenti, la Corte di cassazione – con riferimento al delitto di *omessa dichiarazione* di cui all'art. 5 D.Lgs. 74/2000 – ha ritenuto rilevante e decisiva, ai fini del decidere, la prova che le somme sequestrate fossero totalmente estranee all'illecito in contestazione⁴², ritenendo di escludere «...l'apprensione delle somme giacenti sul conto corrente laddove vi sia la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato, come nel caso in cui le somme rinvenute sul conto provengano da rimesse effettuate da terzi successivamente alla data di commissione del reato (nel caso in esame alla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione Iva), di talché le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il profitto del reato ossia rappresentare il risparmio di imposta derivante dall'evasione fiscale per effetto dell'omessa presentazione della dichiarazione, ragione per cui le stesse non sono sottoponibili a sequestro, difettando in esse la caratteristica di profitto, pur sempre necessario per potere procedere, in base alle definizioni e ai principi di carattere generale, ad un sequestro, come quello di specie, in via diretta»⁴³.

Tuttavia, nonostante si trattasse di omessa presentazione della dichiarazione dell'imposta sul valore aggiunto e, quindi, in ogni caso, di delitto tributario il cui profitto deve essere individuato nel risparmio di imposta conseguito dal contribuente, la Corte giungeva ad affermare, in via generale, che «...il tema si sposta sul terreno della prova posto che il terzo ricorrente ha l'onere di allegare circostanze da cui desumere che l'accrescimento del conto è frutto di rimesse successive alla commissione del reato e con questo non collegabili. Ciò significa, con riferimento al caso in scrutinio, che il legale

con i reati per i quali si procede, di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o sia, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo. Ciò comporta che il sequestro preventivo non può colpire, indistintamente e genericamente, beni o somme di denaro dell'indagato o dell'imputato (caratteristica del sequestro conservativo), ma solo i beni legati dal rapporto di pertinenzialità dianzi specificato. Nella specie, il sequestro preventivo può colpire la quota societaria (alienata senza corrispettivo) e le somme indebitamente uscite, nel 2007, dal patrimonio della Pesce Pietro S.p.a. e di cui sia tracciabile il percorso, fino ai conti nella disponibilità degli indagati, con l'avvertenza che, trattandosi di beni fungibili, non è necessario identificare materialmente il denaro distratto, ma è sufficiente identificare i flussi finanziari attraverso cui il denaro è giunto agli *extranei*».

⁴² Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, ud. 12 luglio 2018, dep. 24 settembre 2018, n. 41104, Pres. Rosi, Rel. Gai, Ric. *Vincenzini*, in *De Jure*, la cui massima afferma: «[i]n tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse, non derivando dal reato, non costituiscano profitto dell'illecito. (Fattispecie in tema di reato di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in cui è stato escluso che le somme di denaro depositate sul conto corrente dopo la scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione IVA potessero rappresentare il profitto derivante dall'evasione fiscale)».

⁴³ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 12 luglio 2018, dep. 24 settembre 2018, n. 41104, cit.



6/2019

rappresentante della società in epoca successiva alla data del commesso reato, a cui sono state sequestrate le somme sul conto corrente intestato al momento del sequestro alla persona indagata a cui è attribuito il reato, che ritiene di aver diritto alla loro restituzione ha l'onere di allegare la prova che il denaro giacente sul conto, ancora intestato all'indagato I., fosse di derivazione diversa dal risparmio di imposta e successiva al compimento del reato sicché non poteva configurarsi come profitto»⁴⁴. Viene così espressamente prospettata una inversione dell'onere probatorio che, nel caso di specie, la Corte di cassazione riteneva non assolto da parte del terzo interessato e procedeva, conseguentemente, a rigettare il ricorso confermando il provvedimento ablatorio.

9. La sentenza *Ratio S.r.l.* (Cass. Pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2018, dep. 24 ottobre 2018, n. 48625).

Merita di essere segnalata, nella medesima prospettiva delle precedenti, anche una recente pronuncia in cui è stata assegnata decisiva rilevanza all'«...inesistenza di elementi fattuali dai quali inferire che le somme distratte fossero effettivamente pervenute nella disponibilità delle società impugnati»⁴⁵.

La Corte era stata adita a seguito di ricorso presentato dal pubblico ministero avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di Roma che, in accoglimento delle istanze presentate dalle società terze interessate, destinatarie delle somme distratte, aveva annullato parzialmente il decreto di sequestro preventivo emesso dal giudice per le indagini preliminari finalizzato alla confisca diretta del profitto del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria. L'impugnazione proposta dalla procura della Repubblica richiamava – come da tradizione – gli insegnamenti delle sentenze *Gubert e Lucci*: trattandosi di somme distratte dalla società fallita che avevano consentito all'autore del reato di realizzare un accrescimento del proprio patrimonio, doveva ritenersi possibile procedere alla confisca del denaro senza accertamento del nesso di pertinenzialità. Secondo il ricorso presentato dal pubblico ministero, infatti, «...nel caso scrutinato, poiché i conti delle società *Ratio, International Trade Merchant, BV Corporate Finance S.r.l.* erano nella disponibilità degli indagati, nessuna rilevanza doveva attribuirsi alla pertinenza di dette somme con i reati ad essi contestati né alla circostanza che tali società fossero state destinatarie di rimesse provenienti dalla fallita»⁴⁶.

Gli argomenti del ricorrente, tuttavia, non hanno trovato l'avallo della cassazione, che nel caso *de quo* ha rigettato il ricorso in quanto «...al lume di tali autorevoli arresti [il riferimento è sempre alla *Gubert* e alla *Lucci, ndr.*], se è ben vero che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto del reato costituito da somme di denaro disponibili su un conto corrente bancario può avere ad oggetto sia la somma fisicamente identificata in quella che è stata acquisita attraverso l'attività

⁴⁴ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 12 luglio 2018, dep. 24 settembre 2018, n. 41104, cit.

⁴⁵ Così Cass. Pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2018, dep. 24 ottobre 2018, n. 48625, Pres. Sabeone, Rel. Scordamaglia, Ric. P.M. in proc. *Ratio S.r.l.* e altri, in *De Jure*.

⁴⁶ Così Cass. Pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2018, dep. 24 ottobre 2018, n. 48625, cit.

criminosa, sia una somma corrispondente al valore nominale di questa, ciò, tuttavia, presuppone che vi siano indizi tali da rendere ragione del fatto che realmente il denaro di provenienza illecita, perché sottratto alle casse dell'ente imprenditoriale fallito, sia entrato nella disponibilità della persona fisica o giuridica, terza rispetto al reato, accrescendone il relativo patrimonio: infatti, prima ancora di occuparsi della natura della confisca del denaro, è necessario stabilire che questo rappresenti effettivamente il profitto del reato, per tale dovendosi intendere, secondo l'insegnamento impartito dalle stesse Sezioni Unite Lucci (Rv. 264436): "il vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell'illecito"⁴⁷.

Nell'argomentare l'infondatezza del ricorso, la Corte richiamava la massima di una precedente pronuncia in tema di confisca diretta del profitto del delitto di bancarotta: «[i]l sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto del reato costituito da somme di denaro disponibili su un conto corrente bancario può avere ad oggetto sia la somma fisicamente identificata in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia una somma corrispondente al valore nominale di questa, a condizione che vi siano indizi del deposito del denaro di provenienza illecita in banca, attesa l'esigenza di assicurare una diretta derivazione causale della "res" dall'attività del reo per evitare un'estensione indefinita della nozione di profitto tale da ricomprendere qualsiasi vantaggio patrimoniale indiretto o mediato che possa scaturire da un reato. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi il provvedimento con cui il Tribunale del riesame aveva rigettato la richiesta di sequestro preventivo di somme di denaro giacenti su un conto corrente bancario considerate profitto del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, dopo aver escluso l'esistenza di elementi dai quali inferire che le somme distratte fossero state accreditate su conti correnti bancari)»⁴⁸.

10. La sentenza *Star Kamin s.r.l.* (Cass. Pen., Sez. III, ud. 4 ottobre 2018, dep. 11 febbraio 2019, n. 6348).

È infine utile evidenziare che la terza sezione della Corte di cassazione ha recentemente escluso la confisca diretta in presenza della prova dell'estraneità dal reato delle somme attinte dal sequestro.

Nel dettaglio, richiamando alcuni precedenti (qui *supra* annotati) la Corte si è espressa nei termini che seguono: «...Nel solco dei principi elaborati dalle Sezioni Unite [il riferimento è, ancora una volta, alle sentenze *Gubert* e *Lucci*, *ndr.*], il tema è stato ulteriormente approfondito da due successive pronunce di questa Corte (Sez. 3, n. 28223 del 09/02/2016 non mass. e Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, Rv. 272353), con le quali, applicando a contrario i principi sopra richiamati, si è anche precisato che la natura

⁴⁷ Così Cass. Pen., Sez. V, ud. 24 settembre 2018, dep. 24 ottobre 2018, n. 48625, cit.

⁴⁸ Così Cass. Pen., Sez. V, ud. 12 febbraio 2015, dep. 16 aprile 2015, n. 16008, Pres. Vessichelli, Rel. De Marzo, Ric. P.M. in proc. *Capriotti* e altri, in *CED Rv. 263702*, nella quale si richiama la necessità di individuare, in via generale, quantomeno degli indizi di deposito di *quel* denaro in banca, in assenza dei quali deve escludersi il vincolo ablatorio.

fungibile del denaro non consente però la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse non possano in alcun modo derivare dal reato e costituire, pertanto, profitto dell'illecito, come ad esempio nel caso in cui le predette somme siano corrispondenti a rimesse effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine per il versamento delle ritenute in esecuzione di un concordato preventivo, di talché le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il risultato della mancata decurtazione del patrimonio quale conseguenza del mancato versamento delle imposte (in altri termini del "risparmio di imposta"). In quest'ottica, ipotizzando che il contribuente sia titolare di un rapporto di conto corrente bancario o postale che, alla scadenza del termine per il pagamento dell'imposta, presenti un saldo negativo, è chiaro che il denaro versato successivamente non può essere ritenuto "profitto" del reato, ma unità di misura equivalente al debito tributario scaduto e non onorato. Qualora invece il conto bancario o postale presenti, alla scadenza, saldi attivi, il profitto dell'omesso versamento dell'imposta equivale al correlativo mancato decremento del saldo»⁴⁹.

La Corte giunge ad affermare, pertanto, che «... [i]n definitiva, la natura fungibile del denaro non è sufficiente in questi casi a qualificare di per sé come "profitto" l'oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità della somma successivamente sequestrata costituisca essa stessa risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta o che si tratti di liquidità rimasta nella disponibilità del contribuente. Tali puntualizzazioni, come detto, non si pongono in contrasto con i principi elaborati dalle Sezioni Unite con le sentenze n. 10561 del 2014 (ric. Gubert) e n. 31617 del 2015 (ric. Lucci), ma al contrario ne costituiscono un'applicazione, riferita in particolare alla peculiare tipologia dei reati tributari contraddistinti, come nel caso del D.Lgs. n. 74 del 2000, artt. 10 *bis* e 10 *ter*, dall'omesso versamento di imposte dovute in base a specifiche dichiarazioni del contribuente»⁵⁰.

11. Note conclusive: la confisca diretta del valore del denaro vive di una presunzione *iuris tantum* vincibile a prova contraria.

Gli arresti *supra* annotati espressamente fanno salva la misura della *confisca diretta del valore del denaro* che costituisce profitto del reato coniata dalla giurisprudenza di legittimità, avendo cura di sottolineare l'assenza di una posizione antitetica rispetto agli insegnamenti contenuti nelle sentenze *Gubert* e *Lucci* ed a più riprese richiamati da ulteriori e susseguenti pronunce. Ed infatti, censurare *tout court* – oggi – la misura della *confisca diretta del valore del denaro* porterebbe allo stravolgimento di un sistema punitivo ormai consolidato e rodato, *ad hoc* predisposto per colpire il patrimonio del reo senza dover sottostare alla più rigida disciplina della confisca per equivalente, che è applicabile solo in subordine, in caso di impossibilità di procedere alla confisca diretta, e solo nei

⁴⁹ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 4 ottobre 2018, dep. 11 febbraio 2019, n. 6348, Pres. Aceto, Rel. Zunica, Ric. *Star Kamin s.r.l.*, in *De Jure*.

⁵⁰ Così Cass. Pen., Sez. III, ud. 4 ottobre 2018, dep. 11 febbraio 2019, n. 6348, cit.

casi espressamente previsti dalla legge, in ragione della natura eminentemente sanzionatoria. Peraltro, a seguito della *Riforma Orlando* (L. 23 giugno 2017, n. 103), le sezioni semplici che intendano discostarsi dall'orientamento espresso dalle sezioni unite dovrebbero rimettere la questione di diritto alla Corte nel suo più ampio consesso (art. 618, co. 1 *bis*, c.p.p.).

Il perimetro di applicabilità della misura della *confisca diretta del valore del denaro* viene quindi ridisegnato – apparentemente – attraverso la previsione di mere deroghe alla regola generale.

Una prima deroga si rinviene nell'ipotesi di reati tributari, il cui profitto è rappresentato dal risparmio di spesa e non è possibile apprezzare un accrescimento tangibile del patrimonio. Quasi a voler sposare il principio – relativo all'accrescimento del patrimonio – della sentenza *Lucci*, e ponendosi in antinomia – più che in deroga – rispetto alla sentenza *Gubert*, le sentenze *Barletta*, *Vincenzini* e *Star Kamin s.r.l. supra* annotate si caratterizzano per la rilevanza assegnata alla prova, fornita dall'interessato, che le somme depositate sui conti correnti – sui quali erano confluiti i denari che gli autori dei reati contestati avrebbero dovuto utilizzare per il pagamento dei tributi – si fossero generate, in realtà, per rimesse totalmente avulse rispetto ai reati contestati.

Le sentenze *Bagalà* e *Ratio S.r.l.* risultano, invece, approdare a risultati inconciliabili con l'impostazione ermeneutica fornita dalla sentenza *Lucci*. Con riferimento a quei reati in cui è immediatamente tangibile l'accrescimento patrimoniale conseguito dall'autore del reato (associazione per delinquere e turbativa d'asta nella sentenza *Bagalà*; bancarotta fraudolenta patrimoniale nella sentenza *Ratio S.r.l.*), la Corte giunge, finalmente, a valorizzare la prova, fornita dall'interessato, dell'estraneità degli importi sequestrati rispetto ai reati contestati, a prescindere dalla presenza di somme di denaro sul medesimo conto su cui era transitato il profitto del reato.

Non vi è dubbio che, quindi, gli arresti *supra* annotati abbiano inteso erigere degli argini all'applicazione indiscriminata della misura della *confisca diretta del valore del denaro* (e, ancor prima, al *sequestro diretto del valore del denaro*) iniziando a conferire valore alla prova – proveniente dall'interessato, terzo o parte processuale – dell'eventuale assenza di derivazione di quelle somme dal reato in contestazione.

In questa nuova prospettiva, il tentativo di classificare la misura della *confisca diretta del valore del denaro*, coniata dalla giurisprudenza di legittimità, potrebbe trovare una soluzione nella categoria delle *presunzioni*. Le sentenze qui annotate, infatti, inducono a ritenere che la previsione di cui all'art. 240, co. 1, c.p., che disciplina una misura di sicurezza patrimoniale i cui presupposti applicativi (tra cui il c.d. nesso di pertinenzialità) *dovrebbero* essere oggetto di prova, come espressamente previsto dall'art. 187 c.p.p., possa essere trattata alla stregua di *una norma presuntiva*.

Nelle ipotesi in cui il profitto è costituito da denaro, infatti, si consente la confisca diretta pur in assenza dell'evidenza del nesso di pertinenzialità, in quanto l'appartenenza alla categoria dei beni fungibili consente di *presumere* che le somme di denaro che si trovano sul conto corrente – nonostante si siano *mescolate* e *confuse* con quelle già ivi depositate e che si vogliono aggredire con il sequestro prima, con la confisca poi – siano proprio quelle derivate dal reato in contestazione.



6/2019

In questo schema, si procede a confiscare il denaro in via diretta, ma – volendo estrapolare un’impostazione ermeneutica generale dalle pronunce *supra* annotate – la presunzione *iuris tantum* secondo cui il denaro sottoposto a vincolo, essendo bene fungibile, ben potrebbe essere proprio quello che effettivamente costituisce il profitto del reato, resiste solo in assenza di prova contraria.

Ne consegue che il denaro può essere attinto con la confisca diretta solo nel caso in cui (i) risulti che quella somma sia proprio quella che è derivata *immediatamente e direttamente* dal reato; (ii) si tratti della metamorfosi del profitto del reato, quindi si sia in presenza di una utilità economica mediata ed indiretta, come nell’ipotesi di denaro contante riversato sul conto corrente a saldo zero o investito in prodotti finanziari, ma in ogni caso collegata eziologicamente all’illecito; (iii) si sia in presenza di altre somme di denaro che, per mero valore, corrispondono al profitto del reato (è l’ipotesi di denaro confiscato sui conti correnti movimentanti in cui il profitto si sia confuso con le somme di lecita provenienza), ma solo presuntivamente e fino a quando non sia fornita la prova contraria.

In questa ultima ipotesi, l’onere della prova ricade sulla parte interessata che deve fornire elementi idonei ad escludere la *presunzione* che *quel* denaro, essendo bene fungibile, possa essere *derivato dal* (e quindi possa essere pertinente al) reato in contestazione. In tal caso si deve escludere il nesso di pertinenzialità e non si può procedere alla confisca in via diretta in quanto – diversamente operando – si andrebbe a legittimare l’ablazione di somme di cui via sia consapevolezza – anche, a quel punto, da parte dell’Autorità giudiziaria procedente – della estraneità delle stesse rispetto alla contestazione penale.

Una tale impostazione ha il merito di garantire il *diritto di difendersi provando*, ma prevede, in ogni caso, un’inversione dell’onere della prova che snatura il sistema accusatorio. Non è un paradosso che le presunzioni fatichino a trovare diritto di cittadinanza in sede penale, vista la loro attitudine a ribaltare l’onere della prova in senso incompatibile con la *presunzione di non colpevolezza* (art. 27 Cost. e art. 6 CEDU).

L’art. 240, co. 1, c.p. non prevede alcuna distinzione in virtù della natura – *fungibile* o *infungibile* – del bene da confiscare e le difficoltà di rintracciare (e tracciare) il percorso del denaro per applicare la via diretta, e non quella per equivalente, non dovrebbero in ogni caso far venir meno la necessità di individuare *ab origine* la pertinenzialità del profitto rispetto al reato in contestazione. Non vi è spazio per una lettura della disposizione codicistica che consenta di confiscare i beni *fungibili* facendo riferimento al *valore* piuttosto che alla *materialità*, se non, al più, solo *in via presuntiva*.