



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

STEFANO ZOCCALI

La confisca per equivalente: estensione ai reati tributari, responsabilità amministrativa degli enti e abusi di mercato fra garanzie CEDU, retroattività e proporzionalità

ABSTRACT – Value confiscation is a legal device that aims to prevent the economic use of assets of criminal origin from allowing the offender to secure an advantage that was the specific object of the criminal design. The paper aims to analyze some problems, starting from confiscation in general, concerning the extension to tax crimes, the administrative liability of the institutions and the regulation of market abuse, focusing on the guarantees recognized by the ECHR and the Italian Constitution regarding principles of proportionality and retroactivity. Through the references to the jurisprudence – internal and supranational – and to the recent interventions made by the legislator in order to adapt to the regulations and directives of the European Union, the contribution focuses on the definitions of product and profit, proposing some conclusions about the polyform nature of the confiscation.

KEYWORDS – European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, confiscation, principle of retroactivity, Article 7 ECHR, insider trading



La confisca per equivalente: estensione ai reati tributari, responsabilità amministrativa degli enti e abusi di mercato fra garanzie CEDU, retroattività e proporzionalità**

SOMMARIO: 1. *La confisca per equivalente: l'assetto normativo e il carattere afflittivo* – 2. *L'estensione della confisca per equivalente ai reati tributari e la retroattività* – 3. *La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti* – 4. *La confisca "amministrativa" per l'insider trading e la disciplina europea del market abuse: la confisca, diretta o per equivalente, nell'abuso di mercato e gli articoli 187 bis e 187 sexies del T.U.F.* – 5. *Conclusioni.*

1. La confisca per equivalente: l'assetto normativo e il carattere afflittivo

La c.d. confisca per equivalente, introdotta all'interno dell'ordinamento giuridico italiano dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, rientra tra le particolari tipologie di confische dotate di caratteristiche idonee a distinguerle rispetto al modello previsto dall'articolo 240 del Codice penale. Inizialmente previsto limitatamente al reato di usura di cui all'articolo 644, comma 6, del Codice penale, l'istituto in questione è disciplinato dall'articolo 322 *ter* del Codice penale, una norma inserita all'interno della parte speciale dello stesso, relativa ai reati commessi dai pubblici ufficiali ai danni della Pubblica Amministrazione e che prevede l'applicazione della

* Dottorando di Ricerca in "Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo" presso l'Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

confisca in esame per i delitti previsti dagli articoli 314-320 del Codice penale.

La particolarità di tale tipologia di confisca risiede nel fatto che, invece di avere ad oggetto il profitto, il prezzo o il prodotto del reato, ha ad oggetto cose che abbiano un valore equivalente al profitto o al prezzo. Per questo motivo viene anche definita “confisca di valore”, non avendo ad oggetto un bene avente un legame pertinenziale con il reato, ma, alle volte, perfino beni di provenienza lecita¹. L’istituto - essendo applicabile qualora sia intervenuta la condanna e sia impossibile identificare fisicamente le cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto² - mira a impedire che l’impiego economico dei beni di provenienza delittuosa possa consentire al reo di garantirsi il vantaggio che era oggetto specifico del disegno criminoso.

A tal proposito, una questione particolarmente dibattuta è da sempre quella relativa alla definizione del profitto. La tematica, com’è noto, ha una certa rilevanza già con riferimento alla confisca in generale, ma si pone specialmente in materia di confisca di valore, soprattutto in relazione all’ipotesi di cui all’articolo 19 del decreto legislativo n. 231 del 2001. Il problema consiste nello stabilire se il profitto confiscabile sia identificabile solamente con il vantaggio derivante immediatamente e direttamente dal reato oppure se ricomprenda anche i vantaggi derivanti dal reato in via indiretta e mediata³. Sul punto, nonostante si siano più volte pronunciate le

¹ Sulla confisca per equivalente in generale si segnalano: F. VERGINE, *Il “contrasto all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, CEDAM, Padova, 2012; P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, articolo pubblicato all’interno della rivista *Diritto penale e processo*, Vol. 2 del 2011, 230-236.

² Oppure qualora i beni siano stati occultati o consumati: cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 ottobre 2005, n. 41936, *Muci*.

³ Questo il caso, ad esempio, del risparmio di spesa nell’ambito della criminalità d’impresa su cui si è pronunciata la giurisprudenza in Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*, sulla quale si tornerà inseguito. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G. L.

Sezioni Unite nell'una o nell'altra direzione, non vi è un orientamento assolutamente prevalente, ma è stato stabilito come, qualunque nozione di profitto sia accolta, lo stesso debba in ogni caso essere costituito da un "mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario ingenerato dal reato, attraverso la valutazione di cose suscettibili di valutazione economica"⁴. Di conseguenza, non potrà costituire profitto del reato un vantaggio futuro non ancora materializzatosi.

L'ambito di operatività della confisca di valore, è opportuno precisarlo, agisce secondo una logica strettamente sussidiaria e residuale. Infatti, affinché possa legittimarsi lo spostamento della misura reale dal bene che costituisce profitto o prezzo del reato ad un altro nella disponibilità del reo dello stesso valore economico, è necessario che non sia possibile eseguire l'ablazione del primo a seguito di un accertamento preventivo sulla sua eventuale sussistenza⁵.

In considerazione delle peculiarità che differenziano l'istituto dalla confisca tradizionale, appare chiara la sua riconducibilità allo schema punitivo e non a quello preventivo, alla luce di una funzione che può essere sostanzialmente definita come ripristinatoria della situazione economica originaria attraverso una compensazione patrimoniale di valore corrispondente a quella creatasi a seguito della commissione del fatto illecito da parte del reo. Di conseguenza emerge, come evidenziato dalla giurisprudenza⁶, un carattere tipicamente afflittivo e un rapporto

GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. Ottava edizione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 842.

⁴ Corte di Cassazione, Sezione VI, 14 settembre 2017, n. 1754, *Bentini*.

⁵ E. STANIG, *La confisca per equivalente*, in *Le disposizioni penali della legge anticorruzione numero 190 del 2012*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2013, 91.

⁶ Corte di Cassazione, Sezione I, 27 ottobre 2009, n. 42894; Corte di Cassazione, Sezione VI, 18 giugno 2007, n. 30543; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 ottobre 2005, n. 41936, *Muci*.

conseguenziale alla commissione del delitto che è tipico della sanzione penale e non delle misure di sicurezza.

2. L'estensione della confisca per equivalente ai reati tributari e la retroattività

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 244 del 2007 (la c.d. legge finanziaria del 2008), è stata prevista l'estensione della confisca per equivalente anche ai reati tributari⁷. La scelta operata dal legislatore, inserendosi nella strategia di neutralizzazione dei proventi del reato, è parsa condivisibile da un punto di vista politico-criminale, rendendo operativa la confisca di valore ove erano, invece, inapplicabili le ipotesi di confisca tradizionale alla luce del necessario rapporto di pertinenzialità tra prodotto, profitto e prezzo non ricorrente nei reati tributari. Pertanto, il solo modo per permettere l'operatività della misura sui proventi illeciti derivanti dalla commissione di un reato tributario è rappresentato dalla confisca per equivalente, la quale richiede soltanto la quantificazione del c.d. profitto-risparmio⁸.

Inoltre, la disposizione presenta, rispetto alla formulazione di cui all'articolo 11 della legge n. 146 del 2006 e con particolare riferimento alle condotte di frode previste per i reati commessi da gruppi criminali operanti a livello transnazionale, il merito di: a) non necessitare, ai fini della sua applicazione, della preventiva dimostrazione di alcun vincolo associativo del

⁷ Con l'eccezione del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili previsto dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 74 del 2000.

⁸ L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 13 novembre 2010, 1-3.

reo; b) di non richiedere la transnazionalità dei reati tributari ai quali si applica⁹.

Anche in materia di confisca per equivalente estesa ai reati tributari, si è posto in giurisprudenza il problema dell'applicabilità retroattiva dell'istituto. La questione, in particolare, è stata esaminata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 97 del 2009. Con la pronuncia in esame, i giudici della Consulta, interpretando l'articolo 1, comma 143, della legge n. 244 del 2007, hanno sostenuto che l'estensione della disciplina della confisca per equivalente non può operare retroattivamente, poiché la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, assieme all'assenza di un rapporto di pertinenzialità tra il reato e i beni stessi, conferisce alla confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, facendo sì che la stessa acquisisca una natura "eminentemente sanzionatoria"¹⁰. Di conseguenza, il carattere afflittivo rende impossibile l'applicabilità alla misura patrimoniale in questione del principio generale di cui all'articolo 200 del Codice penale, facendo ricadere l'ipotesi successoria nell'ambito di operatività dell'articolo 25, comma 2, della Costituzione, vietando l'applicazione retroattiva della sanzione penale.

L'orientamento espresso dai giudici della Corte costituzionale è stato condiviso successivamente anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha esteso per la prima volta tale orientamento anche alla specifica ipotesi di confisca per equivalente applicata al reato di truffa aggravata ai danni dello Stato. È stato così stabilito definitivamente che all'istituto in esame deve essere applicata la disciplina dell'irretroattività sfavorevole sancita dall'articolo 2, comma 1, del Codice penale, dall'articolo 25 della

⁹ G. RISPOLI, *La confisca per equivalente nella legge finanziaria 2008*, all'interno di: C. DI GREGORIO – G. MAINOLFI – G. RISPOLI (a cura di), *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 192.

¹⁰ Corte costituzionale, 1 aprile 2009, n. 97.

Costituzione e dall'articolo 7 della CEDU¹¹. Infatti, come già osservato dalla Corte costituzionale¹², a tale conclusione si giunge sulla base della considerazione che la giurisprudenza della Corte Edu ha ritenuto in contrasto proprio con i principi sanciti dall'articolo 7 della CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile ad un'ipotesi di confisca per equivalente¹³.

Infine, in tema di concorso di persone nel reato, considerato il principio solidaristico che ne caratterizza la disciplina, la confisca di valore sarà applicabile nei confronti di qualsiasi concorrente per l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto del reato, anche qualora lo stesso non sia transitato – o lo sia transitato anche soltanto in minima parte – nel patrimonio del correo e sia stato materialmente appreso da altri¹⁴. Pertanto, sin dalla fase cautelare, in particolare durante le indagini preliminari, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente *ex* articolo 321, comma 2 *bis*, del Codice penale riguarderà, in caso di concorso si persone nel reato, ogni singolo autore del reato per l'intero importo a titolo di evasione d'imposta, costituente l'intera entità del profitto accertato.

L'obbligatorietà della confisca per equivalente si estende, in tal modo, privo di qualunque forma di discrezionalità, anche al sequestro

¹¹ La sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, 1 agosto 2011, n. 1569, infatti, ha escluso l'applicabilità della confisca per equivalente, prevista per il reato di truffa ai danni dello Stato ai sensi dell'articolo 640 *quater* del Codice penale (introdotto dalla legge n. 300 del 2000), in relazione a somme percepite anteriormente all'entrata in vigore di norme che la estendono al reato in questione. I giudici di legittimità hanno negli anni a seguire confermato la loro adesione al citato orientamento anche in ulteriori pronunce in materia di confisca per equivalente: Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 gennaio 2013, n. 18374, *Adami*.

¹² Cfr. Corte costituzionale, 1 aprile 2009, n. 97, ma ribadito anche successivamente da Corte costituzionale, 20 novembre 2009, n. 301.

¹³ Corte Edu, *Welch c. Regno Unito* del 1995. Sulla sentenza citata: A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2014.

¹⁴ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 novembre 2005, n. 41936.

preventivo da applicare in attesa di una successiva confisca. La fase del giudizio riprende le regole e i principi propri della fase cautelare, con la confisca di valore, adottata all'esito dell'accertamento della responsabilità che dovrà riguardare la quota del prezzo o del profitto, nel rispetto dei canoni della solidarietà interna dei concorrenti. Di conseguenza, qualora sia applicata la confisca rispetto all'intero profitto del reato tributario al singolo concorrente, la stessa non potrà più essere applicata nei confronti degli altri concorrenti e l'espropriazione non potrà essere duplicata o eccedere nel *quantum* l'ammontare complessivo dello stesso¹⁵.

3. La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti

In considerazione della funzione sanzionatoria attribuita dalla giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, alla confisca per equivalente è stato riconosciuto un fondamento normativo radicato ad alcune specifiche forme di confisca previste dal decreto legislativo n. 231 del 2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. L'intento manifestato dal legislatore è stato quello di delineare un sistema di confische che il giudice può disporre nei confronti dell'ente i cui dipendenti o soggetti apicali abbiano commesso uno fra i reati menzionati agli articoli 24 e seguenti della norma citata.

A disciplinare l'operatività, nei casi in questione, della confisca come sanzione è l'articolo 19 dello stesso decreto legislativo n. 231 del 2001, ai sensi del quale viene disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato con la sentenza di condanna e con l'esclusione della parte che può essere restituita in via diretta al danneggiato, oltre che di eventuali diritti acquisiti da terzi in buona fede. Tuttavia, il decreto n. 231 del 2001 presentava fino a pochissimo tempo fa una lacuna normativa di non poca rilevanza. Infatti,

¹⁵ G. RISPOLI, *Op. cit.*, 210.

affinché sia possibile applicare la predetta sanzione, è necessario che il reato base, da cui deriva la responsabilità in capo all'ente, rientri nel novero tassativo di fattispecie criminose previste dal legislatore e finora tra i reati menzionati dal decreto non era presente alcun riferimento a quelli c.d. tributari.

Recentemente, è bene premettere, prima di proseguire con l'analisi del problema, è stato concluso l'*iter* di conversione del decreto legge n. 124 del 26 ottobre 2019 (il c.d. decreto fiscale), con l'introduzione del reato previsto dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 74 del 2000 nell'ambito di quegli illeciti che possono determinare la responsabilità delle società¹⁶. La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge di conversione ha reso operative numerose novità contenute nel testo normativo come modificate nel corso della "trafila" parlamentare. In materia di confisca è stata introdotta la confisca per sproporzione per i reati tributari più gravi e gli stessi sono stati inseriti fra i reati presupposto per la responsabilità degli enti *ex* decreto legislativo n. 231 del 2001. Dopo l'articolo 12 *bis* del decreto legislativo n. 74 del 2000 è stato ora inserito l'articolo 12 *ter* che va a regolamentare i casi particolari di confisca¹⁷.

¹⁶ Sul decreto legge in questione si rimanda a: D. PIVA, *Carcere a evasori e responsabilità dell'ente per reati tributari: pregi e limiti all'esordio dell'iter di conversione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019/10; A. PERINI, *Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019 (decreto fiscale)*, articolo pubblicato sulla rivista *Sistema Penale* il 3 dicembre 2019; S. FINOCCHIARO, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. n. 124/2019)*, articolo pubblicato sulla rivista *Sistema Penale* il 18 novembre 2019.

¹⁷ Il nuovo articolo 12 *ter* del decreto legislativo n. 74 del 2000, a seguito della conclusione l'*iter* di conversione del decreto legge n. 124 del 26 ottobre 2019 in legge n. 157 del 24 dicembre 2019, dispone che: «nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del Codice di procedura penale per i delitti di seguito indicati, si applica l'articolo 240 *bis* del Codice penale quando: a) l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 2; b) l'imposta evasa è superiore a euro centomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 3; c) l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è superiore a euro

La mancata previsione da parte del legislatore aveva in precedenza dato origine ad un paradosso normativo per il quale, alla luce delle disposizioni di cui all'articolo 12 *bis* del decreto legislativo n. 74 del 2000¹⁸ è stata consentita la confisca del profitto del reato (tanto in forma diretta, quanto in forma indiretta¹⁹), ma non l'aggressione del patrimonio della società nel cui interesse il legale rappresentante abbia commesso il reato e nel quale si realizza il profitto stesso, a causa proprio dell'esclusione di tali fattispecie dall'elenco dei reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dal medesimo decreto.

La questione ha posto non pochi problemi di natura giurisprudenziale, oltre ad aver dato origine ad un acceso dibattito dottrinale, al quale è necessario dedicare particolare attenzione. In particolare, a sollecitare un successivo intervento del legislatore sono state le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza *Gubert* del 2014, sottolineando che: «la situazione normativa delineata presenta evidenti

duecentomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 8; d) l'ammontare delle imposte delle sanzioni e degli interessi è superiore a euro centomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 11, comma 1; e) l'ammontare degli elementi attivi inferiori a quelli effettivi o degli elementi passivi fittizi è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'articolo 11, comma 2.»

¹⁸ A seguito delle modifiche introdotte con il decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158, il quale ha apportato come unica novità la nuova collocazione delle disposizioni in materia di confisca tributaria all'interno del decreto che detta la disciplina dei reati in materia di imposte dirette e di IVA. Sul punto: G. BONANNO, *La confisca per equivalente nei reati tributari. Brevi considerazioni in materia di confisca tributaria*, articolo pubblicato su *Rivista Osservatoriopgt* all'interno del n. 1/2017.

¹⁹ Attualmente, infatti, la confisca diretta è applicabile per il caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del Codice di procedura penale per qualunque reato tributario e nei confronti dei beni che ne costituiscono il prezzo o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato. La confisca per equivalente, invece, sarà ovviamente applicabile qualora non sia possibile la prima.

profili di irrazionalità²⁰». Tuttavia, la mancata recezione per più di un lustro da parte del legislatore del rilievo operato dai giudici di legittimità non ha permesso che il *vulnus* normativo venisse colmato rapidamente e, pertanto, gli operatori del diritto hanno in questi ultimi anni fatto riferimento ai principi affermati sempre dalla giurisprudenza in tema di confisca del profitto in relazione ai reati tributari.

Come accennato in precedenza²¹, la sentenza *Gubert* offre una definizione di profitto con riferimento ai reati in questione che mette in rilevanza come quest'ultimo possa consistere persino in un "risparmio di spesa" pari a quello derivante dal mancato pagamento del tributo, degli interessi e della sanzione a seguito dell'accertamento del debito tributario, rafforzando, in tal modo, un precedente orientamento della stessa Corte di Cassazione²². Il profitto va così individuato nella somma di denaro la cui sottrazione all'erario viene perseguita, a prescindere, trattandosi di reati di pericolo, dal raggiungimento dello scopo delittuoso, anche qui sulla scia di un precedente orientamento dei giudici di legittimità²³.

Le Sezioni Unite affermano, quindi, come la confisca del profitto, qualora avesse ad oggetto denaro o beni fungibili, non possa mai essere considerata per equivalente, ma sia sempre e solo diretta *ex* articolo 240 del Codice penale. Conseguentemente già l'adozione del sequestro preventivo non può essere subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite poi a seguito della commissione dello stesso nella disponibilità dell'indagato, poiché le somme di denaro oggetto dell'ablazione devono soltanto essere equivalenti all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo

²⁰ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 gennaio 2014, n. 10561, *Gubert*.

²¹ Cfr. § 1, nota 3.

²² Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 gennaio 2013, n. 18374, *Adami*.

²³ Corte di Cassazione, Sezione III, 31 luglio 2013, n. 33184, in materia di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte *ex* articolo 11 del d. lgs. n. 74 del 2000.

nessun nesso pertinenziale tra il reato e il bene in questione²⁴. Inoltre, le somme sottratte all'erario vanno così a mescolarsi e a confondersi con quelle già esistenti all'interno del patrimonio societario e, per natura, non possono essere differenziate le une dalle altre.

Sempre all'interno della sentenza *Gubert*, i giudici di legittimità sottolineano che, nel caso in cui il profitto sia rimasto nella disponibilità della persona giuridica, sarà possibile confiscarlo alla stessa per i reati commessi dal legale rappresentante o da un altro organo operante in conto della persona giuridica. Differente è, invece, la soluzione offerta con riferimento alla confisca per equivalente, alla luce della suddetta natura sanzionatoria e del carattere sussidiario (oltre che condizionato) della possibilità di disporre la stessa e il relativo sequestro preventivo soltanto quando sia reperibile in via diretta il profitto del reato, non essendo consentita l'irrogazione della sanzione nei confronti di un soggetto diverso dall'autore materiale del reato. Tuttavia, un'eccezione è stata prevista qualora la persona giuridica sia priva in concreto dell'autonomia²⁵ e "rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministrazione agisca come effettivo titolare". In siffatta situazione, sarebbe ravvisabile un abuso del diritto che impedisce all'autore del reato di beneficiare degli effetti dell'autonomia patrimoniale che caratterizza la persona giuridica, permettendo di aggredirne il patrimonio anche nella forma della confisca per equivalente²⁶.

Tali principi sanciti dalla Corte di Cassazione hanno comportato importanti conseguenze dal punto di vista processuale, considerato che

²⁴ Puntualizzazione che si richiama alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, 25 settembre 2012, n. 1261, *Marseglia*. L'orientamento è stato recentemente ribadito dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, 1 ottobre 2019, n. 40071.

²⁵ T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 12 marzo 2014.

²⁶ F. VITALE, *Le Sezioni Unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta*, articolo in *Archivio Penale*, 2014, n.1.

l'ammissione della confisca, anche se in forma diretta e, quindi, di misura di sicurezza patrimoniale, nei confronti dell'ente determina la possibilità di disporre il sequestro preventivo nei confronti della società il cui legale rappresentante abbia commesso il reato tributario. Si può, in tal modo, imporre un vincolo sulle *res* pertinenti al reato – in caso di concreta sussistenza del pericolo che la loro disponibilità possa aggravare oppure protrarre le conseguenze del reato o, ancora, favorire la commissione di ulteriori reati – e su quelle sulle quali sia consentita la confisca.

La disciplina di applicazione del sequestro preventivo appare speculare a quella descritta della confisca e, come ribadito, la giurisprudenza nazionale non ha alcun dubbio sulla natura sanzionatoria di quest'ultima, in conformità a quanto disposto dall'articolo 19 del decreto legislativo n. 231 del 2001. La confisca acquisisce, quindi, da una parte, il ruolo di pena principale da applicare all'ente collettivo in caso di sua responsabilità; dall'altra, la funzione di ristoro dell'equilibrio economico privo di carattere punitivo, qualora non ci sia la dichiarazione di responsabilità ma sia stata comunque disposta a carico della persona giuridica.

Infine, un ultimo aspetto sostanziale, ma di rilevanza anche processuale, su cui soffermarsi è quello del tema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel giudizio a carico dell'ente, esclusa dai giudici di legittimità italiani poiché non prevista esplicitamente dal decreto legislativo n. 231 del 2001²⁷. Quest'orientamento sorge dalla considerazione preliminare secondo la quale l'illecito imputato all'ente non coincide con il reato commesso dalla persona fisica, impedendo il richiamo, previsto dall'articolo 34 del decreto legislativo n. 231 del 2001, agli articoli 185 del Codice penale e 74 del Codice di procedura penale ai fini della

²⁷ Si segnala a supporto di quest'orientamento: A. VALSECCHI, *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d. lgs. 231/01. Perché risulta più convincente l'orientamento contrario all'applicazione dell'istituto nel "sistema" 231*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 29 ottobre 2010.

n. 2/2019

regolamentazione del processo in materia. Un argomento a favore della tesi di ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, recentemente riproposto dalla giurisprudenza di merito²⁸, è rappresentato, invece, proprio dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 231 del 2001 che, tra i casi di riduzione della sanzione pecuniaria applicabile, considera l'ipotesi in cui l'ente, prima dell'inizio del dibattimento, abbia già risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze, dannose o pericolose dell'illecito, ovvero si sia in ogni caso adoperato in maniera efficace a tal fine. Rilevanza analoga, in questa direzione, assume proprio l'articolo 19 dello stesso decreto che, in tema di confisca, fa esplicito riferimento alla parte del prezzo o del profitto del reato che può essere restituita al danneggiato, autorizzando di fatto l'esercizio dell'azione civile per l'accertamento della sussistenza del diritto in questione e del *quantum*²⁹. Seguendo sempre lo stesso ragionamento nemmeno l'articolo 54 del decreto legislativo n. 231 del 2001, in materia di sequestro conservativo, osterebbe alla costituzione di parte civile da parte dell'ente, poiché la norma citata ha ad oggetto la sanzione pecuniaria, mentre l'articolo 316, comma 1, del Codice di procedura penale riguarda la pena pecuniaria. Ne consegue che la norma del decreto legislativo n. 231 del 2001 andrebbe a integrare la disciplina codicistica, ma senza derogare ad essa.

Sul punto è opportuno delineare anche le considerazioni poste a supporto dell'orientamento di matrice sovranazionale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa *C-79/11* ha affermato, infatti, che non si rinviene alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere espressamente

²⁸ G. ANGIOLINI, *Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato dell'illecito da reato: ammissibile secondo il Tribunale di Trani nel processo penale relativo al disastro ferroviario sulla linea Andria-Corato*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 23 maggio 2019.

²⁹ D. BELLONI, *La costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ai sensi del D. Lgs. 231/2001: un commento all'ordinanza del Tribunale di Trani nel processo sul disastro ferroviario Andria-Corato*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 7/8.

forme di responsabilità delle persone giuridiche per i danni causati alla vittima, tutelata in maniera sufficientemente adeguata secondo i giudici di Lussemburgo, dalla facoltà di costituirsi parte civile nei confronti della persona fisica imputata del reato causa dei danni eventualmente da risarcire³⁰.

Tornando, invece, a volgere l'attenzione, in materia di confisca applicata ai reati tributari, alle importanti ricadute in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, dalla sentenza *Gubert* in poi, la giurisprudenza di legittimità ha offerto degli interessanti spunti di matrice costituzionale e sovranazionale in materia di confisca con la recente sentenza n. 8995 del 2018³¹. Pur trattandosi di una pronuncia non concernente la confisca per equivalente in maniera specifica, è possibile analizzarne i problemi inerenti alla luce della sua operatività in tutti quei casi in cui non sia applicabile la confisca diretta. La Corte Edu, già nella sentenza *Welch contro Regno Unito* del 1995, ha elencato tutti gli elementi che attribuiscono alla confisca di valore la qualificazione di vera e propria pena. In tal senso, piuttosto coerente è parsa la scelta operata dai giudici di Strasburgo di riconoscere natura di vera propria pena a sanzioni che possono essere considerate molto meno gravi della stessa come quelle

³⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sezione II, sentenza 12 luglio 2012, *Giovanardi*, C-79/11. Si segnalano a tal proposito: A. VALSECCHI – F. VIGANÒ, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d. lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 6 settembre 2012; A. VALSECCHI – F. VIGANÒ, *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'avvocato generale presso la Corte di Giustizia UE nel caso Giovanardi*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 7 giugno 2012.

³¹ G. DELLA VOLPE, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

irrogate in caso di *market abuse* o di omessa dichiarazione di profitti conseguiti all'estero³².

La confisca per equivalente, come assodato, presuppone: l'impossibilità dell'applicazione della confisca diretta; la commissione del reato; l'individuazione del profitto e la quantificazione di quest'ultimo. Pertanto, occorre verificare la sua compatibilità con i principi costituzionali dell'irretroattività, della ragionevolezza, della personalità della responsabilità penale e della proporzionalità, principio, quest'ultimo, richiamato anche dall'articolo 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il rischio concreto, paventato in dottrina da più parti, è che due soggetti possano astrattamente essere sottoposti a differenti sanzioni penali per uno stesso fatto, poiché nei reati tributari commessi in seno alla persona giuridica, la sanzione deriverebbe da circostanze totalmente esterne all'imputato, come rappresentato dall'impossibilità di applicare la confisca diretta, oltre che in assenza di un maggiore disvalore sotteso alla sua condotta. L'esempio classico è quello della confisca da applicare a seguito di omesso versamento Iva commesso da due diversi rappresentanti legali di due differenti imprese, con situazioni di disponibilità liquida altrettanto

³² Si pensi alla celebre, per via delle puntualizzazioni in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio, sentenza della Corte Edu *A e B contro Norvegia* del 2016, sulla quale sia consentito un richiamo a: S. ZOCALI, *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei c.d. "criteri Engel": un'analisi storica sull'evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di "ne bis in idem"*, articolo pubblicato su *ORDINES – Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee* all'interno del Numero 1 – Giugno 2019. Si segnalano, inoltre, sulla stessa sentenza: A. LONGO - F. M. DI STEFANO, *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, articolo pubblicato su *Federalismi, rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* il 28 giugno 2017; G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del ne bis in idem*, articolo pubblicato su *European papers, a journal on law and integration*, il 18 aprile 2017, all'interno del *Vol. 2, 2017, No. 1, 243-250*.

differenti. Al momento dell'applicazione della misura, mentre l'azienda in buono stato di liquidità eviterà l'operatività della confisca per equivalente, al contrario, invece, quella in stato di crisi sarà impossibilitata a subire quella diretta e le sarà applicata quella indiretta³³. Il passaggio da misura di sicurezza – confisca diretta – a sanzione penale – confisca di valore – appare secondo alcuni, però, in casi analoghi “rimesso al caso” e di dubbia legittimità costituzionale, soprattutto con riferimento al principio di ragionevolezza, visto che si fa dipendere la mutazione della natura della confisca dalla permanenza o meno dell'oggetto diretto di confisca nel patrimonio dell'*accipiens*³⁴.

La sentenza n. 8995 del 2018, soffermandosi con maggiore attenzione rispetto al passato sul nesso di pertinenzialità, oltre ad ampliare l'ambito di applicazione della confisca per equivalente, ha posto, quindi, importanti spunti colti dalla dottrina, sollecitata all'analisi di profili comparativistici alternativi rispetto al modello italiano³⁵. Ad esempio, in Germania le varie tipologie di confisca sono disciplinate all'interno del Codice penale interno nella parte dedicata alle conseguenze giuridiche del reato³⁶, in cui sono espressamente previsti i limiti di estensione del nesso di

³³ G. DELLA VOLPE, *Op. cit.*, 17-18.

³⁴ A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2016, 2719 ss.

³⁵ G. DELLA VOLPE, *Op. cit.*, 19.

³⁶ Sul modello tedesco in generale e sulle riforme in corso si segnalano: A. M. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova “proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 2/2017*, 17-21; A. BALSAMO – V. CONTRAFFATTO – G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè Editore, Milano, 2010; G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, all'interno della *Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi Magna Græcia di Catanzaro*, CEDAM – Wolters Kluwer, Milano, 2016.

pertinenzialità, con l'indicazione del denaro quale bene ordinario per procedere all'equalizzazione del profitto nella confisca di valore, contrariamente a quanto affermato dalle Sezioni Unite con le sentenze *Gubert e Lucci*.

In Italia, invece, il legislatore è intervenuto spesso in via emergenziale cercando di estendere l'ambito afflittivo della misura a più fattispecie possibili tramite singoli interventi poco efficaci e, come si è constatato, probabilmente lesivi di alcuni principi costituzionali.

Tuttavia, un possibile correttivo efficace e rispettoso del principio di proporzionalità sembra provenire dal legislatore europeo³⁷. Infatti, la direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, al considerando n. 18, permette al legislatore di poter prevedere, anche se soltanto in circostanze eccezionali, la non applicazione della confisca qualora in conformità al diritto nazionale, non rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso che dovrebbero essere determinanti.

4. La confisca “amministrativa” per l’insider trading e la disciplina europea del market abuse: la confisca, diretta o per equivalente, nell’abuso di mercato e gli articoli 187 bis e 187 sexies del T.U.F.

Fra le numerose ipotesi speciali di confisca introdotte nel corso degli anni dal legislatore, all'interno del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il c.d. T.U.F.³⁸, è prevista all'articolo 187 la confisca obbligatoria – diretta o per equivalente – per i reati di abuso di

³⁷ A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 1/2015*, 306 ss.

³⁸ Noto anche come “legge Draghi” ed emanato con il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

informazioni privilegiate (il c.d. *insider trading*) e di manipolazione del mercato ai sensi rispettivamente degli articoli 184 e 185 della stessa fonte normativa.

La disciplina della confisca in questione ha destato, nel corso degli ultimi tempi, una serie di problematiche legate alla legittimità costituzionale delle disposizioni contenute all'articolo 187 del T.U.F., all'applicazione dell'istituto al prodotto dell'illecito e alla lentezza dimostrata dal legislatore italiano nell'attuazione della legge di delegazione europea 2016/2017³⁹.

Quest'ultima questione è stata successivamente affrontata dallo stesso legislatore con il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante “*Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE*”. Infatti, con l'adeguamento alla normativa sovranazionale è stato ampliato l'ambito di operatività dei due reati in esame, la cui disciplina si applica ora anche alle condotte o alle operazioni, incluse le offerte, relative alle aste su un'apposita piattaforma autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni o di altri prodotti oggetto d'asta correlati, anche qualora i prodotti non siano strumenti finanziari. Inoltre, viene dichiarata non penalmente rilevante, in materia di manipolazione del mercato, la condotta di chi abbia commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o di operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato di cui al regolamento UE n. 596 del 2014⁴⁰.

³⁹ Legge 25 ottobre 2017, n. 163, articolo 8, comma 3, lettere g) e h).

⁴⁰ Per un dettagliato approfondimento al riordino operato dal legislatore si rimanda a: P. VALENSISE – A. SACCO GINEVRI – I. BUI, *L'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni europee sugli abusi di mercato (MAR)*, articolo pubblicato su *Rivista di Diritto Bancario* il 24 settembre 2018; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 10 ottobre 2018.

La questione dell'applicazione della confisca in esame al prodotto dell'illecito era già stata sollevata negli anni precedenti⁴¹ ed è tornata di attualità dopo essere stata posta all'attenzione dei giudici della Corte di Cassazione civile e della Corte costituzionale.

In particolare, i giudici della Corte di Cassazione civile, pronunciatisi nell'ambito di due giudizi di opposizione ad altrettante delibere con le quali la CONSOB aveva disposto la confisca di cui all'articolo 187 *sexies* del T.U.F. per l'illecito amministrativo di informazioni privilegiate di cui all'articolo 186 *bis* dello stesso testo normativo, si soffermano sulla specifica eventualità in cui, in caso di acquisto di azioni a seguito della recezione di un'informazione privilegiata, la confisca, anche per equivalente, possa avere ad oggetto anche l'intero valore delle azioni privilegiate e non solo il profitto in ossequio ai principi di ragionevolezza e proporzione. La questione inerente la confisca amministrativa ha ricadute anche sulla confisca penale, poiché l'articolo 187 *sexies* - che prevede la prima tipologia di confisca (diretta o per equivalente) del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo - e l'articolo 187 - che prevede la confisca a seguito di condanna per i reati in esame previsti dagli articoli 184 e 185 del T.U.F. - del T.U.F. prevedono l'adozione della medesima disciplina⁴².

Nelle due circostanze, entrambi concernenti ipotesi di acquisto di azioni, i giudici di legittimità giungono a conclusioni differenti, con la seconda, l'ordinanza n. 3831 del 2018, che fa registrare un orientamento differente da quello consolidatosi in passato.

⁴¹ M. FRATINI, *Art. 187-sexies – Confisca*, all'interno di M. FRATINI – G. GASPARRI, *Il Testo Unico della Finanza, Tomo III*, UTET Giuridica, Torino, 2012, 2537 ss.

⁴² G. L. GATTA, *Confisca "amministrativa" per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 5/2018*, 295-302.

Andando per ordine, la sentenza n. 8590 del 2018, invece, conferma l'orientamento manifestato in passato dalla giurisprudenza⁴³ volto a estendere l'oggetto della confisca al valore finale dei titoli negoziati, uguale alla somma tra il valore originario di acquisto e il profitto conseguente alla vendita in condizioni privilegiate. A sostegno di tali conclusioni, i giudici della Corte di Cassazione affermano che i titoli utilizzati per realizzare l'illecito in esame non costituiscono semplicemente lo strumento operativo adoperato dal trasgressore per commettere l'illecito, poiché quando lo strumento finanziario, acquistato dal trasgressore con il proprio patrimonio, viene utilizzato come oggetto della condotta illecita, esso si trasforma nel profitto stesso dell'illecito, senza che si possa operare una distinzione fra il suo valore legittimo iniziale e quello artificioso finale frutto dell'illecita negoziazione⁴⁴. La confisca in caso di acquisto di azioni dovrebbe avere, quindi, ad oggetto il risultato dell'operazione finanziaria realizzata attraverso l'abuso dell'informazione privilegiata, qualificato prima come profitto lordo e poi come prodotto dell'illecito.

Differenti sono, invece, le conclusioni a cui giungono i giudici di legittimità nell'ordinanza n. 3831 del 2018, la quale, seguendo l'orientamento sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁵, ribadisce la natura sostanzialmente penale – in funzione dei *criteri Engel*⁴⁶ – della confisca per equivalente di cui all'articolo 187 *sexies*, comma 2, del T.U.F., distinguendola da quella della confisca diretta di cui al comma 1 della stessa

⁴³ Corte di Cassazione, Sezione V, 12 marzo 2012, n. 28486.

⁴⁴ Corte di Cassazione Civile, Sezione I, 6 aprile 2018, n. 8590.

⁴⁵ Corte costituzionale, 5 novembre 2012, n. 252; Corte costituzionale, 7 aprile 2017, n. 68. Su quest'ultima sentenza: F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 4/2017*, 269-276.

⁴⁶ Formulati dalla Corte Edu con la Sentenza *Engel e altri contro Paesi Bassi* del 1976, consolidatisi in seguito nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale e che debbono essere applicati dal giudice al fine di verificare se un procedimento abbia ad oggetto accuse in materia penale.

norma avente, invece, natura preventiva. In questo modo, viene sostenuta la tesi secondo la quale la misura in questione appare priva di proporzionalità, nel caso in cui abbia ad oggetto i mezzi impiegati dall'agente per effettuare l'operazione di *trading*, in quanto va a sommarsi alla sanzione amministrativa pecuniaria e risulta inversamente proporzionale al vantaggio concretamente ottenuto dall'agente a seguito della recezione e dell'utilizzo dell'informazione privilegiata. Verrebbero meno, di conseguenza, le garanzie riconosciute al diritto di proprietà dagli articoli 42 e 117 della Costituzione, in relazione all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU, alla luce del quale la confisca deve risultare proporzionata tra le esigenze di pubblico interesse e gli interessi dell'individuo.

Inoltre, anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ripropone all'articolo 17 la tutela del diritto di proprietà accordata dal Primo Protocollo addizionale CEDU e all'articolo 49, comma 3, il principio di proporzionalità delle pene⁴⁷. Pertanto, la Corte di Cassazione invoca, con l'ordinanza in esame, alla Corte costituzionale un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per capire se a tali disposizioni sia da riconoscere efficacia diretta e se le stesse vadano interpretate nel senso che impongono di ritenere non proporzionata una confisca per equivalente il cui oggetto non sia limitato all'equivalente del profitto ricavato dalle operazioni illecite di *trading*, ma si estenda anche all'equivalente dei mezzi impiegati per realizzarle.

⁴⁷ Come recentemente ribadito anche dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e altri*. Sulla pronuncia citata: M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, articolo pubblicato su *Rivista della Regolazione dei mercati*, in Fascicolo 1/2018.

Proprio recentemente, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 112 del 2019⁴⁸, si è pronunciata sulle questioni, dichiarando incompatibile con la Costituzione la previsione dell'articolo 187 *sexies* del T.U.F., nella parte in cui prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e non del solo profitto, promuovendo, invece, con l'ordinanza n. 117 del 2019 un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, per le questioni concernenti la valenza del principio *nemo tenetur se detegere* nel procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative a carattere punitivo⁴⁹.

I giudici della Consulta hanno in primo luogo evidenziato come in passato la stessa giurisprudenza costituzionale avesse già riconosciuto un'ampia discrezionalità al legislatore nella determinazione delle pene da disporre per ciascun reato, fermo restando, però, il rispetto proprio del principio di proporzionalità, soprattutto sotto il profilo del principio di uguaglianza riconosciuto dall'articolo 3 della Costituzione. In riferimento alla questione in esame, inoltre, aveva già in passato esteso alle sanzioni amministrative di carattere punitivo alcune garanzie riservate alla materia penale. Pertanto, viene riconosciuta l'operatività dell'articolo 3 della Costituzione in combinato disposto con l'articolo 42 della Costituzione, poiché quest'ultimo rappresenta il presidio posto a tutela del diritto di

⁴⁸ Sulla quale si segnala: L. ROCCATAGLIATA, *Dichiarata (probabilmente invano) la illegittimità costituzionale dell'articolo 187 sexies T.U.F., nella parte in cui prevede la confisca amministrativa obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 5.

⁴⁹ Per quanto concerne l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale e le questioni inerenti l'articolo 185 *quinquiesdecies* del T.U.F. si rimanda a: A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online, Studi 2019/II*, 242 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, all'interno del *Fascicolo 4/2019*.

proprietà, messo in discussione dall'operatività di misure ablativo, come nel caso di specie la confisca, idonee a incidere sul patrimonio dell'autore del fatto.

Successivamente è stato affrontato il problema del rispetto o meno di detto principio da parte della misura prevista dall'articolo 187 *sexies* del T.U.F., partendo da una puntualizzazione in merito alle definizioni, spesso oggetto di confusione, di profitto e prodotto dell'illecito, oltre che di beni utilizzati per compiere l'illecito stesso, con particolare attenzione alla materia degli abusi di mercato⁵⁰.

In particolare, il prodotto è costituito dal risultato empirico dell'illecito, dato dalle cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato (come, ad esempio, può essere un documento contraffatto). Nel caso in esame, il prodotto è rappresentato dagli strumenti finanziari acquistati in base all'informazione privilegiata o dalla somma ricavata dalla vendita degli stessi.

Il profitto, invece, consiste nell'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito e nel caso di vendita di strumenti finanziari, è dato dal risultato economico dell'operazione valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata della quale disponeva l'autore dell'illecito diviene di dominio pubblico. Occorre, quindi, sottrarre al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo sostenuto realmente dallo stesso autore dell'illecito per concludere l'operazione, così da quantificarne la plusvalenza. Si può in sostanza affermare che il profitto corrisponde alla mancata perdita.

Infine, i beni utilizzati sono le somme investite nella transazione ovvero gli strumenti finanziari alienati in caso di vendita sulla base delle informazioni privilegiate.

Ricostruite queste tre nozioni, i giudici della Consulta si soffermano sulla funzione della confisca per equivalente del profitto definendola

⁵⁰ Corte costituzionale, 10 maggio 2019, n. 112, § 8.3.

ripristinatoria al pari della confisca di prevenzione. La confisca per equivalente del prodotto e quella dei mezzi utilizzati per commettere l'illecito hanno, invece, una funzione sanzionatoria con un effetto peggiorativo. Perciò, essendo nel campo delle pene bisogna applicare lo statuto in materia penale e, quindi, la proporzionalità della misura alla gravità della condotta. Tali forme di confisca assumono una connotazione "punitiva", infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata assai superiore a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito. Per i fatti di abuso di informazioni privilegiate la confisca di cui all'articolo 187 *sexies* del T.U.F. è sempre posta assieme ad una gravosa sanzione amministrativa pecuniaria variabile e la combinazione tra le due sanzioni determina per la Corte costituzionale una sproporzione della pena. Pertanto, è stata dichiarata l'incostituzionalità della norma nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto o dei beni usati per commettere l'illecito. La declaratoria di incostituzionalità, tra l'altro, non rischia di entrare in contrasto con il diritto dell'Unione europea, poiché quest'ultimo non impone la confisca del prodotto o dei beni utilizzati per commettere l'illecito, ma in materia di abusi di mercato impone la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate, prevedendo obbligatoriamente soltanto, in conformità a quanto disposto dall'articolo 30 del regolamento UE n. 596 del 2014, la confisca del profitto.

Infine, un ultimo profilo meritevole di attenzione con riguardo all'articolo 187 *sexies* del T.U.F. è rappresentato dal problema dell'irretroattività della confisca per equivalente. La questione è stata più volte oggetto dell'attenzione della Corte costituzionale⁵¹, la quale, alla luce della depenalizzazione dell'*inside trading* secondario operata dalla legge n.

⁵¹ Corte costituzionale, 7 aprile 2017, n. 68 e, ancor più nello specifico, Corte costituzionale, 5 dicembre 2018, n. 223, il cui orientamento è stato recentemente adottato anche dalla giurisprudenza di legittimità in Corte di Cassazione Civile, Sezione I, 29 maggio 2019, n. 14664.

62 del 2005, ha tracciato in generale i limiti entro cui può considerarsi costituzionalmente legittima ai sensi dell'articolo 25, comma 2, della Costituzione l'applicazione della confisca per equivalente ai fatti pregressi.

È stato, in tal modo, chiarito che l'articolo 7 della CEDU secondo l'interpretazione della Corte Edu - che assegna natura di pena a qualsiasi sanzione avente una connotazione prevalentemente afflittiva - riconosce il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo e afferma la necessaria applicazione della c.d. *lex mitior*⁵². Di conseguenza, il passaggio dal reato all'illecito amministrativo, nei casi in cui quest'ultimo al di là dell'etichetta attribuitagli dal legislatore interno conserva natura penale, consente l'applicazione retroattiva del nuovo regime punitivo soltanto se lo stesso è più mite di quello precedente e garantisce, così facendo, una scelta in favore del reo.

Per il caso di specie, alla luce di queste considerazioni sono state dichiarate inammissibili una serie di questioni di legittimità costituzionale che erano state sollevate dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione agli articoli 187 *sexies* T.U.F. e 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 con riferimento agli articoli 3, 25, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione. Il problema sorgeva in quanto il regime previsto dall'articolo 187 *sexies* del T.U.F. si applica *ex* articolo 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore di tale norma, la quale depenalizza alcune specifiche figure di reato e introduce i corrispondenti illeciti amministrativi, salvo che il relativo procedimento penale non si sia già concluso in precedenza. Secondo i giudici della Consulta, la confisca per equivalente, anche se prevista dal legislatore come conseguente a un illecito amministrativo, deve considerarsi una pena assoggettata, quindi, alle garanzie prescritte dall'articolo 7 della CEDU e non è corretto ritenere in ogni caso costituzionalmente vietato applicarla retroattivamente.

⁵² F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, *Op. cit.*, 271-274.

Tuttavia, non è assolutamente scontato che il trattamento sanzionatorio risulti nel complesso più favorevole di quello vigente al momento del fatto, poiché se generalmente la sanzione penale è più severa, in quanto incidente sul bene della libertà personale e dotata di un connotato speciale di stigmatizzazione, anche quella amministrativa può esprimere una carica afflittiva molto elevata in ragione del cumulo fra quella pecuniaria e quella interdittiva, oltre che per caratteri quali la pubblicità e l'impossibilità di beneficiare di sospensione condizionale o di provvedimenti di clemenza⁵³. La presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale nell'ipotesi di depenalizzazione di un fatto precedentemente costitutivo di reato deve intendersi come relativa, dovendosi dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento sanzionatorio di natura amministrativa sia in concreto più gravoso di quello previgente. Ne consegue l'illegittimità costituzionale della disposizione transitoria - l'articolo 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 - che prevede l'applicazione della sanzione amministrativa anche ai fatti pregressi, al fine di non violare quanto disposto dagli articoli 25, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione (in relazione all'articolo 7 CEDU), limitatamente all'applicazione retroattiva della confisca per equivalente nei confronti dell'*insider* secondario che risulterebbe complessivamente punito in modo più severo del primario⁵⁴.

⁵³ G. L. GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo* il 13 dicembre 2018.

⁵⁴ In quanto l'*insider* secondario dovrebbe soggiacere inderogabilmente, nel caso di specie, per i fatti pregressi nei confronti dei quali non si sia già formato il giudicato, ad una sanzione amministrativa pecuniaria che va da ventimila euro a tre milioni di euro – innalzabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito in presenza di determinate circostanze – unita a quelle accessorie di cui all'articolo 187 *quater* del T.U.F., alla confisca amministrativa diretta del prodotto o del

5. Conclusioni

Le questioni su cui ci si è soffermati, in materia di confisca di valore, hanno permesso di operare un'analisi ricognitiva dell'istituto. La natura poliedrica e polimorfe della confisca in generale⁵⁵ ha una sua manifestazione diretta anche nella qualificazione dell'istituto della confisca per equivalente, la quale è ormai pacificamente qualificata come pena dalla giurisprudenza sovranazionale e da quella costituzionale. Tuttavia, un'uniformità di vedute non pare rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità, la quale, pur attribuendo alla confisca in esame natura "eminentemente sanzionatoria", non sempre è stata coerente nel delinearne la natura giuridica riconducibile sempre di più ad una sorta di "ibrido"⁵⁶.

La volontà del legislatore di rispondere all'esigenza di intervenire sui patrimoni di sospetta o certa origine illecita si è spesso scontrata con gli interventi giurisprudenziali volti a limitare l'uso eccessivo delle misure ablatorie in funzione sanzionatoria, alle volte poco rispettoso delle garanzie costituzionali e sovranazionali⁵⁷. Ciò ha comportato la necessità da parte dell'interprete di adoperare la disciplina di ogni singola tipologia di confisca, adattandola al singolo caso concreto con conseguenti problemi legati alla prevedibilità, alla proporzionalità e alla vigenza di regole generali.

profitto dell'illecito e dei beni utilizzati al fine di commetterlo e a quella amministrativa di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente a tale prodotto o profitto e ai beni utilizzati per commettere l'illecito. Inoltre, lo stesso *insider* secondario non potrebbe beneficiare della sospensione condizionale o dell'indulto.

⁵⁵ D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, articolo in *Archivio Penale*, 2019, n.2.

⁵⁶ G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, articolo pubblicato su *Diritto Penale Contemporaneo*, all'interno del *Fascicolo 5/2017*, 51-63.

⁵⁷ Come, in ultimo, nella menzionata sentenza della Corte costituzionale, 10 maggio 2019, n. 112.

La combinazione tra una sanzione pecuniaria particolarmente severa e un'ulteriore sanzione di carattere comunque punitivo quantitativamente non modulabile, quale la confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, ha condotto - come messo in evidenza dai giudici della Consulta - a risvolti applicativi manifestamente sproporzionati. L'esigenza che emerge è, quindi, quella di operare un bilanciamento che, avendo riguardo della natura dell'ablazione, renda non praticabile per tutte quelle forme di confisca dotate di una connotazione tipicamente punitiva una limitazione del diritto di proprietà nei confronti del reo di portata maggiore di quella che sarebbe naturale conseguenza della mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dalla commissione dell'illecito.

Il legislatore negli ultimi anni, anche in occasione dell'adeguamento alla normativa europea in materia di abusi di mercato operata con il menzionato decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, non ha probabilmente sufficientemente considerato la natura multiforme delle singole tipologie di confisca, mettendo in rilevanza l'esigenza di proseguire con tutte quelle forme di coordinamento di matrice sovranazionale utili tanto nel favorire la cooperazione in materia fra gli Stati, quanto nel prevenire la lesione di tutte le ormai note garanzie poste dall'articolo 7 CEDU per la materia penale. Il canone della proporzionalità e la clausola di onerosità delle misure ablative dovrebbero, quindi, essere garantiti già in astratto nelle formulazioni normative in conformità alle previsioni degli articoli 17 e 18 della Direttiva 2014/42/UE, la quale, tuttavia, non offre volutamente un contributo idoneo a delineare la natura giuridica delle singole confische, riconoscendo, all'articolo 4, ai singoli Stati membri la libertà di stabilire la natura dei provvedimenti e dei procedimenti⁵⁸.

Nello specifico, l'operatività delle misure ablative patrimoniali in materia di *market abuse* rendono ancor più evidente la portata della

⁵⁸ A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, articolo pubblicato, *Op. cit.*, 306; G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Op. cit.*, 250-258.

problematica e la necessità di apportare dei correttivi normativi, come traspare in maniera piuttosto esplicita da numerose pronunce giurisprudenziali, volte a sollevare l'obiettiva severità dei trattamenti sanzionatori, con cumuli punitivi la cui quantificazione della proporzionalità viene demandata, come si è affermato in precedenza, all'interprete del fatto concreto, ampliandone il potere discrezionale a fronte di evidenti lacune legislative in astratto⁵⁹. Il segnale lanciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 112 del 2019 non può passare inosservato, avendo riconosciuto, proprio in considerazione della sproporzione sanzionatoria, l'incostituzionalità della confisca - non solo per equivalente, ma anche diretta - del prodotto oltre che dei beni strumentali del reato, rendendo indispensabili dei chiarimenti nozionistici e riproponendo il problema della frequente prevalenza di una funzione tipicamente sanzionatoria su quella ripristinatoria.

La questione assume ancor più rilevanza in considerazione dell'analisi della compatibilità del cumulo sanzionatorio con il divieto del *ne bis in idem*, ormai riconosciuto dai giudici della Corte Edu e della Corte di Giustizia dell'Unione europea come forma di garanzia sostanziale per tutti quegli illeciti di notevole disvalore sociale e non più come normale principio di natura processuale. In questo senso la confisca, soprattutto quella per equivalente, dovrebbe sottostare alla fondamentale verifica della ragionevole severità delle sanzioni integrate, alla quale far seguire, ove necessario, la mancata applicazione per assenza delle idonee condizioni di applicabilità. Il compito del giudice interno è parso, in ragione delle sollecitazioni delle Corti europee, eccessivamente gravoso, con in molti casi la confisca a rivestire un ruolo cruciale nella valutazione dell'eventuale sussistenza della proporzionalità complementare fra le sanzioni e la non

⁵⁹ F. DI VIZIO, *Sequestri e confische degli illeciti di market abuse e dei delitti societari di infedeltà informativa*, relazione pubblicata all'interno della rivista *Discrimen* il 7 giugno 2019, 95.

esorbitante onerosità dei vari procedimenti rispetto allo stesso fatto storico e nei confronti dello stesso soggetto⁶⁰.

A tal proposito, un esempio pratico utile a far comprendere il ruolo della presenza o meno della misura ablatoria in sede valutativa perviene dalla recente sentenza n. 45829 della Corte di Cassazione in materia di manipolazione operativa su azioni⁶¹. In questo caso, infatti, i giudici di legittimità hanno proceduto al giudizio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, prendendo in considerazione proprio la mancata precedente irrogazione della confisca. Infine, occorre precisare come gradualmente alcune risposte stiano finalmente arrivando dal fronte legislativo e, per la verità, anche da quello giurisprudenziale, poiché, come evidenziato già in alcuni preliminari commenti al nuovo decreto fiscale⁶², è possibile rinvenire una tendenza a costruire un modello omogeneo di misura patrimoniale basata sull'accertamento del profitto o del provento dell'illecito, almeno nel campo tributario, al fine di accomunare le forme di accertamento di entità patrimoniali per varie tipologie di confisca introdotte o modificate negli ultimi anni dal legislatore. Di conseguenza, non può che essere accolta positivamente l'introduzione dell'articolo 12 *ter* del decreto legislativo n. 74 del 2000, che fa sì che finalmente i reati tributari facciano parte del catalogo dei reati presupposto previsto dall'articolo 240 *bis* del Codice penale.

Tuttavia, continuano a sussistere dubbi e problemi applicativi che non possono far passare in secondo piano le differenze fra le singole tipologie dell'istituto e la necessità di creare un modello unitario di confisca

⁶⁰ F. DI VIZIO, *Ivi*, 86.

⁶¹ Corte di Cassazione, Sezione V, 10 ottobre 2018, n. 45829, sulla quale: F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, nota pubblicata su *Diritto Penale Contemporaneo*, il 17 ottobre 2018.

⁶² M. BONTEMPELLI, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, articolo pubblicato sulla rivista *Sistema Penale* all'interno del *Fascicolo 12/2019*.

tributaria, in considerazione del mutamento sostanziale dei presupposti della misura.

I possibili correttivi, derivanti, come si è precedentemente messo in evidenza⁶³, dalla comparazione con altri ordinamenti europei di *civil law* e dagli indirizzi di matrice sovranazionale consentirebbero di operare nei confronti della confisca un'equilibrata commisurazione della sanzione patrimoniale e della pena complessiva alla colpevolezza o di limitarne la sua applicazione in caso di possibili attuazioni sproporzionate.

Gli operatori del diritto penale necessitano, specialmente nell'approcciarsi ad una così ampia pluralità di istituti, di linee guida idonee a poter essere applicate al caso concreto, offrendo al giudice di legittimità, chiamato a garantire l'esatta osservanza della legge e la sua interpretazione uniforme, degli strumenti regolamentati in modo dettagliato dal legislatore.

Il ragionamento può, infatti, essere tranquillamente esteso anche alle altre tipologie di confisca e muove sempre dall'esigenza di offrire elementi esplicativi e chiarificatori in merito alla natura giuridica di un istituto fondamentale per il contrasto alla criminalità e ai patrimoni illeciti, operando, così facendo, un riordino normativo, specie in materia finanziaria, definitivamente risolutivo.

⁶³ Cfr. supra § 3.