

Rivista 231


[HOME](#)
[CHI SIAMO](#)
[HANNO COLLABORATO](#)
[SHOPPING 231](#)
[COME ABBONARSI](#)

Buonasera Avv. Giovanni Paolo Accinni (codice abbonato: 002277) [posizione dei componenti dell'O.d.V. rispetto agli infortuni sul lavoro](#) Mer, 22 Mar 2017

LE RUBRICHE
[CIRCOLARI](#)
[NORME E ATTI](#)
[GIURISPRUDENZA](#)
[RASSEGNA STAMPA](#)
[TESI DI LAUREA](#)
[CONVEGNI](#)
[BIBLIOGRAFIA](#)
[OSSERVATORI](#)

GLI INTERVENTI

ANNO 2017
 ANNO 2016
 ANNO 2015
 ANNO 2014
 ANNO 2013
 ANNO 2012
 ANNO 2011
 ANNO 2010
 ANNO 2009
 ANNO 2008
 ANNO 2007
 ANNO 2006
[Dicembre 2006](#)
[Novembre 2006](#)
[Ottobre 2006](#)
[Settembre 2006](#)
[Agosto 2006](#)
[Luglio 2006](#)
[Giugno 2006](#)
[Maggio 2006](#)
[Aprile 2006](#)
[Marzo 2006](#)
[Febbraio 2006](#)
[Gennaio 2006](#)
 ANNO 2005

LE NOTIZIE

ANNO 2017
 ANNO 2016
 ANNO 2015
 ANNO 2014
 ANNO 2013
 ANNO 2012
 ANNO 2011
 ANNO 2010
 ANNO 2009
 ANNO 2008
 ANNO 2007
 ANNO 2006
 ANNO 2005

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE SOCIETÀ E DEGLI ENTI

N. 2
 aprile - giugno 2015

QUESTIONI E APPROFONDIMENTI

Gli effetti penali della Voluntary Disclosure e la responsabilità da reato degli enti
 di Fabrizio D'Arcangelo

Il fallimento della società e la confisca ex art. 19, d.lgs. 231/2001: profili applicativi alla luce anche della recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 11170 depositata in data 17 marzo 2015
 di Giovanni Paolo Accinni e Sarah Bignazzi

Autoriciclaggio: responsabilità "231", ma non per tutti
 di Angelo Jammone

Il Modello di organizzazione nel sistema di esonero dalla responsabilità: le ragioni di una scelta prudentiale
 di Giuseppe Amato

Qual è la posizione dei componenti dell'OdV rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?
 di Ciro Santoriello

Le misure straordinarie ex art. 32, d.l. 90/2014 e il d.lgs. 231/2001: una forma di sorpasso occulto?
 di Tommaso E. Romolotti

Il superamento della soglia di offensività per il risarcimento del danno all'immagine della PA
 di Francesco Vignoli

Quale sorte avranno i procedimenti a carico dell'ente nel caso di esclusione della punibilità per il reato presupposto per particolare tenuità del fatto?
 di Andrea Guerrierio

Profili di governance derivanti dal d.lgs. 231/2001: autodisciplina ed esperienza comparata
 di Maria Lucia Passador

D.lgs. 231/2001 ed enti delle confessioni religiose acattoliche prive di Intesa
 di Mattia Ferrero

La giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Unite in materia di transnazionalità. I (possibili) riflessi in tema di responsabilità degli enti
 di Annamaria Astrologo

Le responsabilità dell'ente rispetto all'impiego di cittadini extracomunitari il cui soggiorno è irregolare
 di Mario Leone Piccini

Il d.lgs. 231/2001 e la nuova frontiera delle indagini difensive
 di Claudio Coratella

La figura del whistleblower in Italia
 di Gherardo Liguori

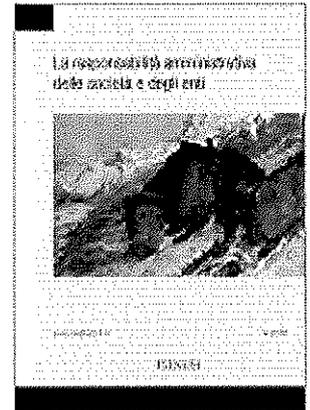
GIURISPRUDENZA COMMENTATA

Profitto degli enti e diritti di credito nella giurisprudenza di legittimità

LE RIVISTE

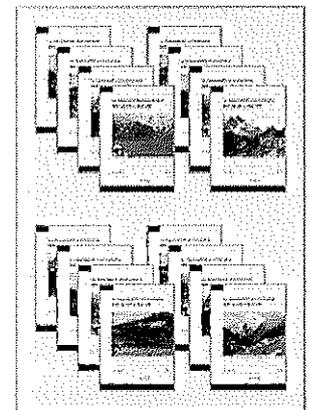
L'ULTIMO NUMERO

1-2017



articoli abstract

TUTTI I NUMERI



accedi

INDICE ANALITICO

IL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ E LA CONFISCA EX ART. 19, D.LGS. 231/2001: PROFILI APPLICATIVI ALLA LUCE ANCHE DELLA RECENTE PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE N. 11170 DEPOSITATA IN DATA 17 MARZO 2015

GIOVANNI PAOLO ACCIINI, Avvocato in Milano

SARAH BIGNAZZI, Avvocato in Milano

Con sentenza depositata in data 17 marzo 2015 le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono pronunciate in tema di rapporto tra creditori di una società fallita e confisca amministrativa ex art. 19 d.lgs. 231/2001, senza tuttavia che siano stati sciolti alcuni nodi interpretativi che ancora restano quindi di non agevole soluzione. Nell'avvertita esigenza di un contributo di chiarimento, vengono ripercorse le principali problematiche sottese all'applicazione della confisca c.d. "amministrativa", per poi soffermarsi sul caso specifico del fallimento dell'ente e sulle connesse criticità concernenti il soddisfacimento dei diritti dei creditori in caso di confisca amministrativa (anche nell'ipotesi in cui la stessa sia garantita da un pregresso provvedimento di natura cautelare reale).

1. Premessa: il profitto confiscabile ex art. 19 d.lgs. 231/2001. Il superamento della dicotomia utile lordo/utile netto e la contestuale introduzione del «correttivo» della effettiva utilità conseguita dal danneggiato

La disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001 prevede che con la sentenza di condanna sia sempre disposta nei confronti dell'ente la confisca del prezzo o del profitto del reato salvo per la parte che possa essere restituita al danneggiato e facendo espressamente salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Il comma 2 della richiamata previsione prevede poi l'ipotesi della confisca per equivalente con riferimento sia al profitto che al prezzo del reato presupposto: un'ipotesi che, per giurisprudenza costante, è ritenuta di natura obbligatoria in caso di sentenza di condanna (non rientrando la stessa in un'ipotesi di confisca facoltativa¹).

Ratio della norma è quella di ristabilire l'equilibrio economico preesistente alla commissione del fatto di reato che ha originato la responsabilità amministrativa dell'ente e di azzerare dunque qualunque beneficio derivante dall'attività criminosa,

¹ Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051. in: *Guida al diritto*, 2013, 22, 67, con nota di AMATO.

nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento che viene perciò ad assumere «i tratti distintivi di una vera e propria sanzione»².

Torna così in rilievo la centralità del concetto di profitto confiscabile (segnando sin da subito la distinzione dalle altre diverse forme di profitto pure richiamate in differenti disposizioni dell'articolato normativo) e la definizione che dello stesso hanno dato le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione con la sentenza in data 2 luglio 2008 meglio nota come sentenza *Impregilo-Fisia Impianti*. Siffatta nozione, indicando il profitto alla stregua di «qualunque vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato presupposto», aveva infatti inteso superare la distinzione di matrice prettamente aziendalistica tra *gross proceeds* e *net proceeds* per mezzo dell'introduzione di un diverso «correttivo» secondo cui il predetto vantaggio sia da determinarsi «al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente»³. Sufficiente quindi ricordare ora come il dibattito sorto in ordine alla nozione di profitto confiscabile abbia visto contrapporsi l'opinione di chi ha sostenuto doversi preferire il criterio del lordo in ragione del più pregnante rispetto delle esigenze di prevenzione generale e speciale connaturate alla confisca e quella di chi (secondo la posizione della dottrina maggioritaria) vi ha invece preferito il criterio del netto per la ritenuta migliore propensione a salvaguardare il principio di proporzionalità in relazione alla funzione che il Legislatore avrebbe (appunto) inteso riconoscere allo strumento sanzionatorio in argomento⁴.

Il superamento della dicotomia utile lordo/utile netto e l'introduzione del suddetto «correttivo» è stato dunque valutato come preferibile in considerazione di quelle peculiari ipotesi in cui la commissione del reato presupposto si inserisca nell'ambito di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive che, benché viziato dal disvalore della condotta criminale, conservi comunque un'utilità in capo al danneggiato e determini il sorgere di costi leciti in capo al soggetto responsabile. È proprio al fine di riconoscere l'incidenza che l'attività lecita di impresa possa avere anche nel caso sia viziata dall'illecito che le Sezioni Unite hanno così introdotto una «regola di esclusione» secondo cui l'identificazione del profitto con il lordo «può subire [...] una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione»⁵; di talché l'utilità tratta dal danneggiato dallo svolgimento di prestazioni lecite, seppure incardinate nell'ambito di un «affare» illecito, non possa essere integralmente imputata all'ente come profitto illecito⁶. Diversamente opinando (hanno argomentato i giudici di

² Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, in *Cass. pen.*, 2008, 4544 e ss., con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*. Conforme Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2009, in *Guida al diritto*, 2010, 2, 68.

³ Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, cit. Bene altresì evidenziare che la medesima sentenza delle Sezioni Unite ha pure fornito alcuni criteri direttivi a cui attenersi in sede di rinvio, dove, appunto, nella necessaria verifica concreta del «rapporto causale fra illecito e vantaggio conseguito», il Supremo Collegio ha ritenuto non debbano rientrare le voci di profitto delle «imposte» (quale l'IVA versata sulle somme incassate), i beni di valore equivalente a «crediti» non ancora incassati e i «beni futuri». Cfr. EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in questa *Rivista*, 4/2011, 19 ss.

⁴ FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 80 ss.; LUNGHINI, *Commento a Trib. Milano 22 ottobre 2007*, in *Corr. merito*, 2008, n. 1, 88 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 500 ss. Per una più approfondita analisi delle diverse nozioni di profitto pure elaborate ci si permette rinviare a ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Dolcini-Paliero* (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2103 ss.

⁵ Cfr. Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, cit.

⁶ PISTORELLI, *op. cit.*, 4562 ss.

legittimità), la nozione di profitto finirebbe con l'essere dilatata fino a determinare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto (che pure trova la sua genesi nell'illecito) abbia posto in essere un'attività i cui risultati economici non possano essere posti in collegamento diretto ed immediato con il reato⁷.

Perché il «correttivo» possa operare dovrà dunque trattarsi (da un parte) di impresa «lecita», non dedita perciò in via esclusiva o prevalente ad attività criminale e (dall'altra parte) di attività negoziale che non sia stata integralmente contaminata dalla condotta criminosa rimproverata a titolo di reato presupposto. Il criterio discrezionale è stato pertanto individuato dalle Sezioni Unite valorizzando la distinzione tra reato-contratto e reato-in contratto: ai fini dell'individuazione del profitto confiscabile occorre cioè poter (innanzitutto) distinguere le ipotesi in cui il Legislatore sanziona direttamente il regolamento contrattuale (ossia il reato-contratto) da quelle in cui si limiti a punire unicamente il comportamento illecito di una sola delle parti contraenti. E corollario di siffatta distinzione è che la remunerazione di una prestazione lecita, ancorché eseguita nel contesto di un affare illecito, non possa essere automaticamente giudicata *sine causa* e *sine iure* e non possa costituire quindi di per sé un profitto illecito confiscabile.

In sintesi, nel caso di cd. «reato-contratto», ove l'illecito penale sia la proiezione dell'ordinaria natura criminale dell'impresa deviata, ovvero nell'ipotesi in cui vi sia coincidenza tra lo stesso illecito penale e il negozio giuridico, il profitto confiscabile sarebbe pari al ricavo lordo totale⁸; al contrario, nel caso di cd. «reato-in contratto», a prestazioni corrispettive, il profitto confiscabile dovrebbe coincidere con il vantaggio economico derivato dalla condotta di reato al netto delle somme investite nel corso dell'attuazione del rapporto sinallagmatico che abbiano giovato in modo tangibile al danneggiato, producendo (almeno in parte) il vantaggio da questi atteso.

Per vero non è mancato chi ha ritenuto che la citata pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione abbia lasciato spazio a profili di ambiguità quali *i*) il *quantum* del profitto confiscabile in un contesto di regolare esecuzione di un contratto viziato dall'illecito penale nella sua stessa genesi e *ii*) l'incerta distinzione tra reati-contratto e reati-in contratto⁹. Quanto al primo aspetto si è invero posto l'accento sulla circostanza che proprio nei casi in cui l'illecito penale incida sulla formazione del contratto (viziando così la stessa esistenza del rapporto negoziale) la rigida applicazione del magistero del giudice di legittimità finirebbe per escludere la stessa irrogazione della sanzione ablativa, svilendone la funzione preventiva ed annullando ogni effetto riequilibratore a detrimento di interessi ulteriori e diversi

⁷ AMATO, *La confisca «per equivalente» del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in questa *Rivista*, 3/2009, 147 ss. Nel ribadire siffatti principi, la medesima Suprema Corte ha peraltro di recente altresì ammonito che «allorché si tratti di illecito commesso nell'ambito di una lecita attività di impresa, il profitto deve essere rigorosamente circoscritto al vantaggio direttamente riconducibile all'attività illegale», poiché «la regola secondo cui l'illecito «non può pagare», non può consentire di attingere vantaggi patrimoniali conseguenti da attività del tutto lecite, pena danni irreparabili sia per l'impresa, «condannata» al fallimento, sia per i terzi incolpevoli, quali i lavoratori ed i creditori»: cfr. Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2014, n. 53430, in *Diritto&Giustizia*, 23 dicembre 2014, con nota di CAPITANI.

⁸ Si pensi (a mero titolo di esempio) al profitto conseguente all'attività di cessione di sostanze stupefacenti, fattispecie rispetto alla quale il profitto del reato viene fatto coincidere con l'intero valore del contratto stipulato dalle parti, senza la possibilità di «defalcare» alcuna delle spese strumentali alla commissione dell'illecito: *ex multis*: cfr. Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 2010, n. 44096, in *Riv. pen.*, 2012, 105.

⁹ MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 3-4, 58 s.

rispetto al soggetto danneggiato secondo quanto avviene nell'ipotesi (non certo scolastica) del contratto stipulato con una PA a seguito di attività corruttiva¹⁰.

Con riferimento al secondo fattore di ambiguità si riscontra invece un andamento ondivago da parte della giurisprudenza della Corte nomofilattica al momento dell'effettiva sussunzione delle singole fattispecie delittuose sottoposte al vaglio di legittimità nella categoria (rispettivamente) dei reati-contratto ovvero in quella dei reati-in contratto: incertezza interpretativa che non può che, inevitabilmente riverberarsi anche sulla concreta individuazione del profitto confiscabile, sino ad offrire spunti per una rivalutazione del criterio del *Nettoprinzip*¹¹.

Le critiche sollevate in dottrina sono state dunque, più di recente, seguite dalla Suprema Corte che ha avuto modo di ribadire la posizione espressa dalle Sezioni Unite nel 2008 pronunciandosi nel noto caso *ILVA*¹²: i giudici di legittimità, affrontando la possibilità di ricondurre alla nozione di profitto *ex art. 19 i cd.* «risparmi di spesa» (ovvero «utilità indirette» non legate da un nesso di derivazione causale diretto ed immediato con il reato e che consistono esclusivamente in risparmi di costi assoluti), hanno quindi escluso che l'importo necessario (secondo la Pubblica Accusa) a bonificare gli impianti potesse essere considerato profitto-risparmio di spesa, atteso che ciò avrebbe comportato il recepimento di una nozione assoluta di risparmio di spesa in aperto contrasto con quanto indicato dal supremo Collegio. È perciò stata ribadita la necessità di una correlazione diretta tra profitto e reato, «escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità dall'evento¹³».

Non meno noto quanto poi ulteriormente affermato dalla stessa Corte di legittimità nel caso *Banca Italease*, ove il concetto di profitto è stato differenziato da quello di vantaggio, espressamente evidenziandosi che, se la nozione di profitto è inscindibilmente legata ad un vincolo di stretta pertinenzialità con il reato, assoggettabile a confisca sarà il solo profitto avvinto all'azione criminosa in forza di una stretta relazione causale, ossia quello inteso come «evento» in senso tecnico. Secondo i giudici di legittimità, astrattamente confiscabile sarà perciò il solo profitto costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica e connesso all'azione criminosa da una stretta relazione causale¹⁴.

¹⁰ BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 231/2001*, in questa Rivista, 3/2012, 184; MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1758.

¹¹ MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, cit., 67.

¹² Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, in *Cass. pen.*, 2014, 1538, con nota di SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*.

¹³ Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, cit. Quanto al tema dei risparmi di spesa è stato altresì affermato che siffatta nozione presuppone un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta delittuosa.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, in *Cass. pen.*, 2014, 10, 3234. In particolare, nel cassare la pronuncia di condanna disposta dalla Corte di merito, i giudici della Suprema Corte di cassazione hanno testualmente sottolineato come «pur formalmente richiamando il *decisum* e financo la motivazione delle Sezioni Unite *Fisia*, la sentenza impugnata non ha infatti in alcun modo tenuto conto di quanto affermato nella stessa in merito alla ricostruzione del profitto confiscabile come beneficio aggiunto di natura patrimoniale, arrivando sostanzialmente a far coincidere la nozione di profitto con quella di vantaggio, così espandendola ben oltre i limiti fissati dalla giurisprudenza di legittimità, giacché, come si è sottolineato, i due termini, alla luce del contesto normativo di riferimento, delimitano aree concettuali

2. Confisca ed applicazione della pena su richiesta delle parti: la non vincolatività dell'accordo tra le parti quanto all'importo dovuto a titolo di confisca amministrativa

Proseguendo nella disamina degli aspetti applicativi della confisca amministrativa che paiono di maggior interesse, non si può omettere di ancora ricordare che, nonostante l'espresso richiamo operato dal citato art. 19 alla sola «sentenza di condanna», la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la confisca sia applicabile anche in caso di scelta del rito di applicazione della pena su richiesta di cui all'art. 63, d.lgs. 231/2001¹⁵. Un'interpretazione di segno diverso (ossia in quello di escludere la sanzione ablatoria nel caso di cd. «patteggiamento») si scontrerebbe infatti con un inequivoco dato di sistema e letterale: da un lato, vi è infatti il dato sistematico, ossia la piena equiparazione legislativa esistente tra sentenza di condanna e sentenza di cd. «patteggiamento», così come pure stabilita anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione¹⁶; dall'altro lato, quello più strettamente letterale, non essendovi alcuna espressa preclusione da parte del Legislatore all'applicazione della confisca quale conseguenza propria del cd. «patteggiamento»¹⁷. Ciò nondimeno, permangono esigue «sacche» di incertezza nella giurisprudenza di merito¹⁸ (così come in parte della dottrina¹⁹) che negano

concentriche, ma non sovrapponibili. Nel contestare il concetto di necessaria 'eternità' del profitto proposto con il gravame di merito, la sentenza impugnata si 'accontenta' infatti di poter qualificare 'la disponibilità economica artificiosamente procurata' attraverso la manipolazione del bilancio come un incremento del patrimonio disponibile della società e dunque come un vantaggio economico per la stessa, senza avvedersi che in tal modo finisce per omettere qualsiasi motivazione sulla configurabilità di un effettivo incremento patrimoniale in capo all'ente imputato, giungendo in realtà implicitamente a negare la stessa essenzialità di tale carattere ai fini della ricostruzione della nozione di profitto ed entrando così in conflitto con i già illustrati principi sanciti da questa Corte». Per alcuni esempi di profitto assoggettabile a confisca nel caso di reati in-contratto vedasi altresì: Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2014, n. 53430, cit., secondo cui (tra l'altro): «nel caso di truffa o di corruzione finalizzata ad ottenere l'aggiudicazione di una commessa ovvero a conseguire [...] un corrispettivo più elevato [...] il profitto dovrà essere commisurato alla differenza fra l'intero valore del contratto e l'utilità conseguita dalla controparte», mentre nel caso in cui il reato presupposto sia costituito «dal reato di manipolazione del mercato [...] il profitto andrà commisurato al solo aumento di valore del titolo azionario prodottosi in ragione dell'attività illegale dispiegata, atteso che soltanto la plusvalenza è riconducibile causalmente all'attività illegale, e non potranno essere detratte le spese sostenute per il compimento di operazioni strumentali all'esecuzione dell'illecito [...]».

¹⁵ *Ex multis*: Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2011, n. 3311, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 484; Cass. pen., sez. II, 4 febbraio 2011, n. 20046, in *CED Cass. pen.*, 2011; Cass. pen., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 35802, in *CED Cass. pen.*, 2008, Rv. 241376. Anche la dottrina più autorevole ha escluso che il tenore letterale della disposizione in commento possa (da sé solo) determinare l'impossibilità di irrogare la confisca in sede di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Sul punto, si veda in particolare BRICHETTI, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, in questa *Rivista*, 2/2006, 9, secondo cui «la confisca va disposta anche con la sentenza di patteggiamento, atteso che l'art. 63, d.lgs. 231/2001 richiama «in quanto applicabile» anche l'art. 445 c.p.p. che, nel comma 1, come riformulato dalla l. 134/2003, prevede che sia disposta la confisca «nei casi previsti dall'art. 240 c.p.», quindi la confisca del profitto e del prezzo del reato».

¹⁶ Cfr. Cass. pen., S.U., 29 novembre 2005 n. 17781, in *Cass. pen.*, 2006, 9, 2769, con nota di SANTALUCIA.

¹⁷ Quando il Legislatore ha ritenuto di prevedere siffatta esclusione, lo ha fatto sempre espressamente. Invero, siffatta espressa esclusione è avvenuta peraltro solo con riferimento alla confisca in quanto misura di sicurezza, e non come sanzione, quale è invece la confisca contemplata nel d.lgs. 231/2001 ex art. 19; cfr. VARANELLI, *I riti speciali: casi e questioni con particolare riguardo al patteggiamento e al rito immediato*, in questa *Rivista*, 1/2010, 193 ss.

¹⁸ La giurisprudenza di merito pare seguire andamenti non del tutto uniformi, registrandosi infatti pronunce di segno opposto. In particolare, nel senso della ammissibilità della confisca anche in caso di patteggiamento: cfr. Trib. Milano, 30 aprile 2004, inedita; nel senso (invece) della non ammissibilità della confisca in caso di patteggiamento: cfr. Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, in *Foro. it.*, 2004, II, 316; Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2004, 294.

¹⁹ Non mancano posizioni contrarie a siffatto «automatismo» anche in dottrina. Si vedano in particolare: MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 565; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato (dal d.lgs. 231/2001 alla l. 146/2006)*, Torino 2006, 234; PIZZALI, *Procedimenti speciali*, in AA.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 231/2001*, Milano, 2002, 338; VARRASO, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per reati societari: profili processuali*, sub art. 445, in GLIARDI-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato. Commento alle*

la possibilità di un effettivo automatismo tra sentenza di patteggiamento e conseguente applicazione della confisca *ex d.lgs. 231/2001*²⁰.

Attesa la posizione maggioritaria della giurisprudenza, assume quindi rilievo stabilire (intanto) se l'ammontare del «profitto» del reato da sottoporre a confisca possa rientrare nel contenuto «negoziale» proprio del patteggiamento e (poi) se il giudice investito della relativa richiesta di applicazione della sanzione su richiesta sia vincolato alla quantificazione della confisca così come indicata nell'istanza avanzata dalle parti o se non possa invece modificarla *ex officio* (ritenendola, evidentemente, non equivalente al reale profitto del reato conseguito dall'ente).

Sul punto la Suprema Corte di cassazione parrebbe escludere che l'ammontare della confisca (eventualmente) indicato nell'istanza di applicazione della sanzione su richiesta possa assumere alcuna vincolatività per il giudice cui la richiesta è sottoposta. Nell'approfondire (in particolare) i rapporti tra matrice negoziale e matrice giurisdizionale del provvedimento, la Corte di legittimità ha infatti escluso alcuna rilevanza al fatto che la confisca non avesse formato oggetto dell'accordo tra le parti, insistendo in capo al giudicante la possibilità di determinare il profitto confiscabile in quanto certa la natura dei beni destinati all'ablazione²¹. Secondo l'orientamento giurisprudenziale citato vi sarebbe dunque che la confisca *ex art. 19, d.lgs. 231/2001* resterebbe effetto destinato a conseguire per legge (anche) alla richiesta di patteggiamento, pur in assenza di accordo delle parti.

La misura della confisca assume allora la natura di effetto del quale «le parti devono necessariamente essere consapevoli²²», essendo riconosciuta loro solamente la possibilità di optare o meno per il rito speciale, senza poter tuttavia incidere sull'*am* e sul *quantum* della misura ablatoria. L'eventuale accordo negoziale che incida sulla confisca dovrà così considerarsi come non apposto e non sarà vincolante per il

novità normative – Giurisprudenza, Milano, 2007, Vol. II, 663. In particolare, secondo gli autori richiamati, la sentenza di applicazione della pena, in forza del rinvio operato all'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p., sarebbe equiparata alla sentenza di condanna «soltanto per determinati effetti», ma non avrebbe la natura propria né il contenuto accertativo di una sentenza di condanna. Siffatte ragioni porterebbero dunque ad escludere che il giudice possa disporre la confisca in sede di applicazione della sanzione concordata.

²⁰ Vi è da osservare che anche la stessa giurisprudenza di legittimità non ha nascosto qualche iniziale incertezza interpretativa sul tema, al punto che i giudici della Seconda Sezione della Suprema Corte hanno ritenuto necessario rimettere la questione alla più elevata composizione del Supremo Collegio. In particolare, con ordinanza in data 7 maggio 2008 la Sezione remittente ha sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite un duplice ordine di questioni. Dapprima se la confisca *ex art. 19* debba essere «sempre disposta»; quindi – laddove confermata la compatibilità della misura ablatoria con il rito speciale del patteggiamento – se la confisca debba essere applicata d'ufficio ovvero se debba essere compresa nell'accordo tra le parti, con la conseguenza che, in difetto, la richiesta debba essere rigettata; cfr. Cass. pen., sez. II, 7 maggio 2008, n. 22903, in *Guida al diritto*, 2008, 31, 102. Il dubbio interpretativo sottoposto alle Sezioni Unite non ha tuttavia trovato appiannamento, ateso che le Sezioni Unite hanno rifiutato di prendere cognizione della questione e la Sezione semplice ha poi definito la *res iudicanda* per assorbenti ragioni processuali conducenti comunque all'annullamento della decisione di merito.

²¹ Cass. pen., sez. II, 4 febbraio 2011, n. 20046, in *Diritto&Giustizia*, 11 giugno 2011. Nella richiamata sentenza i giudici di legittimità hanno quindi ribadito la natura obbligatoria della confisca, atto come tale dovuto per il giudice e perciò sottratto alla disponibilità delle parti e di cui l'imputato deve comunque tenere (per ciò stesso) conto nell'operare la scelta del rito speciale. Anche una successiva e più recente pronuncia ha quindi ribadito (seppure solo incidentalmente) che nell'emettere sentenza di patteggiamento nei confronti dell'ente il giudice deve sempre applicare anche la sanzione della confisca, eventualmente nella forma per equivalente, del profitto del reato presupposto, rimanendo irrilevante che la stessa non sia stata oggetto dell'accordo intervenuto tra le parti; cfr. Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2013, n. 26630, in www.aodb231.it.

²² BELTRANI, *Confisca del profitto del reato e patteggiamento (commento a Cass. pen., sez. II, 4.2 - 20.5.2011, n. 20046)*, in questa *Rivista*, 3/2012, 165 ss.

giudice, né suscettibile di condizionare l'accogliibilità della richiesta di patteggiamento concernendo (appunto) materie sottratte alla disponibilità delle parti²³.

Eccettuate dunque (solo isolate) applicazioni di segno diverso²⁴, in sede di cd. «patteggiamento», l'unico limite al potere del giudice di disporre e quantificare la confisca *ex art. 19, d.lgs. 231/2001* (al di fuori dei termini oggetto di accordo tra le parti) finirebbe per risolversi nel mero obbligo di motivazione a sostegno del provvedimento ablativo. Senonché, sotto il profilo più eminentemente applicativo e pratico, pare assai arduo ipotizzare che il giudice chiamato a decidere soltanto sulla richiesta di applicazione della pena su accordo delle parti possa davvero discostarsi dalle indicazioni contenute nell'istanza di cd. patteggiamento ed espressamente assentite anche dalla magistratura inquirente, essendo noto il limitato potere (in siffatta sede) di deliberazione del giudice e ben potendo l'importo indicato a titolo di confisca costituire un «ragionevole contemperamento» tra le opposte esigenze delle parti (accusa e difesa) e ragioni di economia processuale²⁵.

3. Estinzione dell'ente e conseguente inapplicabilità della confisca *ex d.lgs. 231/2001*: individuazione dell'effettivo momento di estinzione ed irrilevanza della sola dichiarazione di fallimento

Illustrate dunque (seppur in sintesi) le più frequenti e significative problematiche che attengono alla generale nozione ed applicazione della confisca *ex art. 19, d.lgs. 231/2001*, occorre poter ora affrontare il tema del difficile rapporto tra la medesima confisca e le vicende fallimentari che possano interessare l'ente che abbia assunto anche la veste di responsabile amministrativo ai sensi del richiamato decreto.

Prima di entrare *in medias res* occorre svolgere però una doverosa premessa in ordine all'impatto che la dichiarazione di fallimento dell'ente possa comportare in

²³ Per sole ragioni di completezza occorre tuttavia segnalare anche la presenza di alcune sentenze di segno contrario che riconoscono *ex tunc* irrilevanza al possibile accordo raggiunto dalle parti in ordine alla confisca in sede di patteggiamento. In particolare, con sentenza in data 11 marzo 2010, la Terza Sezione della Suprema Corte ha ritenuto che la richiesta di applicazione della pena *ex art. 63, d.lgs. 231/2001* debba necessariamente comprendere anche l'indicazione dell'oggetto della confisca e, quantomeno, permettere la «determinazione certa dei beni destinati all'oblazione»; cfr. Cass. pen., sez. III, 30 marzo 2010, n. 12508, in *Cass. pen.*, 2011, 2661. A commento della predetta sentenza, si è osservato che siffatta posizione assunta dalla Corte di legittimità sarebbe dovuta al fatto che «l'obbligo di individuazione (e di motivazione) del prezzo o profitto o dell'equivalente si estenderebbe anche al rito di cui all'art. 444 c.p.p.»; cfr. FABRETTI, *Patteggiamento e confisca: la Corte estende l'oggetto dell'accordo tra le parti*, in *Cass. pen.*, 2011, 831 ss.

²⁴ Per quanto concerne in particolare la giurisprudenza di merito, si segnala l'ordinanza del Tribunale di Milano (Ufficio G.i.p.) in data 1 luglio 2009 in cui, pur riconfermando che la sanzione della confisca (differentemente da quella pecuniaria e, in certe ipotesi, da quella interdittiva) non è passibile di rientrare nell'ambito negoziale del rito («del quale non costituisce oggetto né disponibile né elemento essenziale») è stato tuttavia osservato che, ove «inclusa espressamente dalle parti nel contenuto (benché atipico) dell'accordo», la si possa «interpretare [...] come quel profitto del reato, individuato dal P.M., e simultaneamente ed espressamente non contestato come tale dall'imputato»; cfr. ordinanza in data 1 luglio 2009, allegata a VARANELLI, *I riti speciali: casi e questioni con particolare riguardo al patteggiamento e al rito immediato*, cit., 224 ss. Nel solco di siffatta impostazione minoritaria si colloca poi anche la vicenda *Siemens* in cui in sede di patteggiamento il Tribunale di Milano (Ufficio G.i.p.) ha disposto la confisca nella misura concordata dall'ente-imputato con l'organo di accusa; cfr. ordinanza in data 20 dicembre 2006, allegata a VARANELLI, *op. cit.*, 220 s.

²⁵ In questo senso si veda quanto osservato da attenta dottrina, secondo cui, in particolar modo nei casi in cui l'ammontare del profitto del reato sia difficilmente quantificabile, «l'intervenuto consenso delle parti sulla quantificazione del profitto da confiscare, nel quadro negoziale e nei limiti di deliberazione che caratterizzano il patteggiamento in quanto tale, può essere apprezzato dal giudice sul piano probatorio, come mezzo semplificato di accertamento del profitto che, in assenza di elementi contrari, possa funzionare appunto da accertamento presuntivo di conformità al profitto effettivamente conseguito e derivante dal reato al netto delle utilità conseguite dal danneggiato»; cfr. EPENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 19.

termini di effettiva applicabilità della confisca *ex* d.lgs. 231/2001. Opinione ormai diffusamente condivisa è invero che il fallimento non determini l'estinzione della società²⁶, sicché lo stesso non sarebbe neppure suscettibile di determinare l'estinzione dell'illecito e delle sanzioni amministrative di cui al d.lgs. 231/2001²⁷. È infatti solo con la cancellazione della società dal registro delle imprese che si verifica la sua definitiva estinzione e, contestualmente, l'estinzione dell'illecito e delle sanzioni amministrative di cui al richiamato decreto²⁸. Alla cancellazione consegue infatti una vera e propria «causa di estinzione del reato» (*rectius* dell'illecito amministrativo), analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica²⁹.

Vi è quindi da poter qui valutare se l'estinzione dell'ente risulti ostativa rispetto all'applicabilità, non solo delle sanzioni pecuniarie ed interdittive, ma anche della confisca di cui all'art. 19 del medesimo decreto che si configura come sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente³⁰. Siffatta qualificazione della confisca in termini di «sanzione» non può infatti non assumere importanti risvolti, atteso che non appaiono certo trascurabili le conseguenze anche pratiche a ciò connesse, dovendo le garanzie che presidono al diritto punitivo trovare applicazione e dovendosi (al contrario) escludere che possa trovare applicazione il regime delle misure di sicurezza patrimoniali, specie con riferimento a quelle disposizioni che derogano al principio di inapplicabilità della sanzione penale in caso di estinzione del reato. Invero, come pure espressamente ammonito dalla Suprema Corte di cassazione, «l'estinzione del reato [*recte*: dell'illecito amministrativo] preclude la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono

²⁶ In particolare *ex multis*: Cass. civ., sez. VI, 4 novembre 2014, 23461, in *Fisco*, 2014, 44, 4395; Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 44824, in *Diritto&Giustizia*, 16 novembre 2012. con nota di GALASSO, *Il fallimento della società non è assimilabile alla morte del reo*. In dottrina, cfr. SALVATORE, *Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito amministrativo da reato (Commento a Cass. pen., sez. V, 15 novembre 2012, n. 44824)*, in questa *Rivista*, 2/2013, 255 ss. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico. Breve note a Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 44824*, in *urz.penalecontemporaneo.it*. Ebbene, secondo i giudici della Suprema Corte «non può però non rilevarsi come una simile causa di estinzione [il fallimento] non sia prevista dalla l. 231/2001, la quale, invece, indica espressamente come causa di estinzione della responsabilità dell'ente la prescrizione per decorso del termine di legge e prevede altresì la improcedibilità nei confronti dell'ente quando sia intervenuta amnistia in relazione al reato presupposto. Come rilevato dal PM impugnante e dalla giurisprudenza sopra citata, solo quando la cessazione della attività commerciale sia formalizzata con la cancellazione dal registro delle imprese possono ritenersi cessati gli obblighi di legge a carico dell'ente. [...] Il fallimento non produce l'estinzione della società, la quale non consegue automaticamente nemmeno alla chiusura della procedura, essendo necessario un atto formale di cancellazione della società da parte del curatore. Fino a quel momento la società rimane in vita, mantenendo funzioni limitate ed ausiliarie e potendo comunque ritornare *in bonis*, con conseguente riesplorazione dei poteri gestionali ed amministrativi degli organi sociali».

²⁷ In proposito si veda anche Cass. pen., sez. V, 16 novembre 2012, n. 4335, in *Cass. pen.*, 2013, 3695; Cass. pen., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 47171, in *Riv. pen.*, 2010, 515, con nota di CORUCCI, *La morte del reo e il fallimento dell'ente: il parallelo che non c'è*, e con nota di ARNONE-D'URZO, *Fallimento ed illecito amministrativo dipendente da reato: spunti problematici di una questione ancora non definitivamente risolta*, in *Cass. pen.*, 2012, 3072.

²⁸ D'ALFONZO-FRANZESE, *La responsabilità amministrativa dell'ente. Autonomia patrimoniale e vicende modificative*, in *Impresa*, 2002, 1925; DI PINTO, *La responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, Torino, 2003, 133; SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 159. L'orientamento in esame è stato avallato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione del 2010, che con tre sentenze cd. «gemelle» (sent. n. 4060, 4061 e 4062) hanno così affermato che, a seguito della modifica apportata all'art. 2945, comma 2, c.c., la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di rapporti non definiti e anche se intervenuta in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina, con conseguente perdita della capacità processuale della società.

²⁹ NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 283 e ss.; SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, in GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO (a cura di), *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 250; CERQUA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2009, 1467.

³⁰ Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

il prezzo o il profitto, potendo la stessa applicarsi, al pari delle sanzioni penali, solo a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'autore del reato³¹».

Se è dunque ragionevole concludere che in caso di cancellazione dell'ente dal registro delle persone giuridiche e sua conseguente estinzione non sia ipotizzabile l'applicazione della confisca amministrativa «sanzionatoria» di cui agli artt. 9 e 19, d.lgs. 231/2001, talune ulteriori considerazioni paiono ancora imporsi come necessarie con riferimento all'ipotesi di confisca contemplata dall'art. 6, comma 5 del medesimo testo di legge, applicabile (come noto) nel solo caso in cui difetti la responsabilità della persona giuridica: uno strumento che perde insomma il suo carattere punitivo per acquisire invece una funzione intesa a solo ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto – i cui effetti siano comunque andati a vantaggio dell'ente – senza tuttavia avere natura di misura di sicurezza collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale³².

Si evince allora che l'ipotesi di confisca contemplata dall'art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001 non sia classificabile come sanzione (al pari di quella di cui agli artt. 9 e 19

³¹ Cass. pen., Sez. VI, 29 aprile 2013, n. 18799, in *Cass. pen.*, 2013, 4096. Quanto alla giurisprudenza di merito occorre *in primis* segnalare la sentenza in data 20 ottobre 2011 della sezione X del Tribunale di Milano (in *Società*, 2012, 3, 294) ed in cui è stato dichiarato il proscioglimento ex art. 129 c.p.p. di una società imputata ex d.lgs. 231/2001 sottoposta a procedura di liquidazione e (successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio) cancellata dal Registro delle Imprese. Nel caso di specie, superando le critiche sollevate dalla Pubblica Accusa in ordine all'effetto che una possibile strumentalizzazione della cancellazione dell'impresa produrrebbe in ordine all'efficacia deterrente della norma incriminatrice, il Tribunale ha basato le proprie argomentazioni proprio sulla natura e sulla finalità specialpreventiva della confisca, tesa «a colpire il patrimonio dell'ente, costituendo a suo carico un obbligo di pagamento a favore dello Stato ovvero privandolo del prezzo e del profitto del reato (o dell'equivalente in denaro, beni o altra utilità)». Risultando quindi patente «la finalità della sanzione di colpire l'ente nella disponibilità economica necessaria per la sua operatività» ed essendo il patrimonio dell'ente l'unico su cui possa essere fatto valere il credito dello Stato derivante dagli illeciti amministrativi commessi dallo stesso, si dovrebbe poter concludere che l'estinzione della società a seguito della sua liquidazione e della sua cancellazione dal registro delle imprese comporti l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale in modo del tutto analogo a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato. Diversamente opinando, se la pretesa sanzionatoria fosse fatta valere nei confronti dei soci ovvero dei liquidatori in buona fede, ciò sarebbe avvenuto in aperta violazione del principio di responsabilità personale e del principio di colpevolezza, postulati dall'art. 27 Cost.». Negli stessi termini della citata pronuncia del Tribunale di Milano si è espresso anche il Tribunale di Palermo, secondo cui: «l'ordinamento [...] venuto meno il soggetto imputato non ha più interesse ad accertare la penale responsabilità del medesimo, giacché la stessa è strumentale rispetto alla eventuale attribuzione di una sanzione che non v'è più ragione di irrogare, stante anche la finalità eminentemente rieducativa della pena, come sancito nel dettato costituzionale. Peraltro, anche nel campo delle sanzioni amministrative, la normativa generale di riferimento stabilisce che l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi»: cfr. Tribunale di Palermo, Ufficio G.i.p., 22 gennaio 2007, n. 48, in *Riv. pen.*, 2008, 797, con nota di Di Fresco. Nella giurisprudenza di legittimità, sull'applicabilità del principio di personalità della responsabilità penale alla responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001, utile poi richiamare Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 1186, mentre in dottrina si vedano De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1130; De Maglie, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1351; De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del D.lgs. 231/01*, in Garuti (a cura di): *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 106; Rondato, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore al cospetto della responsabilità dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 824 ss.; Palermo, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516; Brocola, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951.

³² In dottrina così Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 168; Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 156. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., S.U., 2 luglio 2008, cit., secondo cui, testualmente, nel caso di confisca contemplata dall'art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001 «riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente, ciò nondimeno ritiene la Corte che, in questo specifico caso, dovendosi – di norma – escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della res oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato – presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pur incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito. Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6, comma 5 non può disporsi il sequestro preventivo, considerati che a tale norma non fa riferimento l'art. 53, che richiama esclusivamente l'art. 19».

del medesimo decreto). Si tratterebbe cioè di uno strumento che prescinde dall'accertamento di un illecito amministrativo in capo all'ente, tanto che la sua applicazione non richiede l'avvenuta pronuncia di condanna in capo all'ente stesso. Atteso dunque il tenore della classificazione operata dalla Suprema Corte, diviene doveroso poter osservare come il problema si sposti allora non già in riferimento all'astratta applicabilità di siffatta ipotesi di confisca in caso di estinzione dell'ente (ciò che neppure pare potersi escludere attesa la sua natura di mero strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato), ma con riferimento al soggetto passivo che dovrebbe poter subire siffatta ablazione patrimoniale. Ai sensi dell'art. 27, d.lgs. 231/2001, il patrimonio dell'ente è infatti l'unico su cui possa essere fatto valere il credito dello Stato derivante dagli illeciti amministrativi dell'ente stesso; di talché, una volta estinto l'ente e liquidato il suo patrimonio, non residuerebbe alcun soggetto sul quale far ricadere gli effetti della confisca. E tanto basterebbe a precluderne l'applicazione.

È allora necessario aggiungere che, in assenza di alcun precedente di legittimità rinvenibile sul punto, l'unico conforto che è dato di potersi riscontrare a supporto di una siffatta ricostruzione risulta essere quello fornito dalla più attenta giurisprudenza di merito³³ secondo cui, dovendosi inquadrare la responsabilità dell'ente nell'ambito dei principi di cui all'art. 27 Cost., ne conseguirebbe, sul piano punitivo, che «le sanzioni devono assolvere alla tradizionale funzione retributiva e rieducativa prevista dalla norma costituzionale». Sul piano più eminentemente pratico manifesto perciò che sanzioni eventualmente irrogate in capo alla società che sia stata previamente cancellata dal registro delle imprese (e dunque inesistente), «risulterebbero inflitte inutilmente e, in ogni caso, non assolverebbero ad alcuna delle funzioni cui sono preordinate».

A favore quindi di una ricostruzione di segno diverso non potrebbe farsi diversamente appello alla novellata previsione di cui all'art. 2495 cc. con il fine di cercare di sostenere che l'eventuale credito dello Stato possa essere fatto valere nei confronti dei soci (fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione) e neppure sarebbe risolutivo ipotizzarsi il dolo o la colpa dei liquidatori nel caso in cui la liquidazione sia stata operata da questi ultimi. Entrambe le ricostruzioni si rivelerebbero invero fallaci perché, da un lato, si contravverrebbe al dato testuale del novellato art. 2495 c.c.³⁴ e, dall'altro lato, si verserebbe in aperta contraddizione con il richiamato art. 27 Cost. incorrendosi nella violazione del principio di personalità della responsabilità amministrativa e penale³⁵. Anche a non voler poi invocare la norma di rango costituzionale, a medesime conclusioni dovrebbe (in ogni caso) giungersi ove si avessero a mente le disposizioni del decreto che contemplano le vicende modificative dell'ente (ma non anche espressamente la sua estinzione) e che sanciscono il principio della estensione della

³³ Nella già citata sentenza del Tribunale di Milano, sez. X, in data 20 ottobre 2011.

³⁴ NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 375 ss., secondo cui «nel trasfondere i contenuti del previgente art. 2456 c.c. nel nuovo art. 2495 c.c. – e in particolare, nel ribadire, all'art. 2495 comma 2, che dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in sede di liquidazione, nonché nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi – il d.lgs. 6/2003 ha infatti puntualizzato che tale diritto compete «ferma restando l'estinzione della società»».

³⁵ Sul punto si veda la già richiamata sentenza del Tribunale di Milano in data 20 ottobre 2011 che testualmente ammonisce: «mediante un'applicazione analogica di tali norme, inoltre, si introdurrebbe, in via surrettizia, una forma di responsabilità per fatto altrui che si porrebbe in evidente contrasto con i principi di responsabilità personale e di colpevolezza».

responsabilità amministrativa al soggetto subentrante. Siffatto principio non risulterebbe infatti estensibile al caso di estinzione dell'ente in ragione di quanto disposto dal già richiamato art. 27, comma 1, d.lgs. 231/2001: norma secondo cui «dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o fondo comune». Le disposizioni relative alle vicende modificative dell'ente sono (insomma) di stretta applicazione, sicché una loro estensione al di fuori dei casi espressamente disciplinati si tradurrebbe in una inammissibile analogia *in malam partem*.

Alla luce di quanto dianzi ricordato – e pur con la consapevolezza della già richiamata assenza di pronunce di legittimità intervenute sul punto – sembra quindi doversi concludere che, una volta estinto l'ente e liquidato l'intero suo patrimonio, non sia più possibile procedere alla confisca del prezzo o del profitto del reato, finanche se disposta ai sensi dell'art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001.

Con espresso riferimento poi alle persone giuridiche diverse dalle società, e quindi con specifica attenzione alle fondazioni, la soluzione pare non certo dissimile: si tratterebbe infatti di organismi che si estinguono con la cancellazione dal registro delle persone giuridiche disposta dal presidente del tribunale dopo l'esaurimento delle operazioni di liquidazione³⁶ e la cancellazione dell'ente dal registro delle persone giuridiche ha quindi efficacia costitutiva, nel senso che solo siffatto momento segnerà l'estinzione della persona giuridica³⁷.

³⁶ NAPOLEONI, *La responsabilità patrimoniale per le obbligazioni derivanti dall'illecito*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, 416. In proposito, autorevole dottrina (che si è occupata proprio del tema dell'estinzione dell'ente con riferimento al d.lgs. 231/2001) ha avuto anzi modo di espressamente chiarire che «quanto al momento in cui può ritenersi estinto l'ente, può osservarsi come il principio generale valevole per tutti gli enti (art. 6, d.p.r. 361/2000; art. 2312, comma 2 e 2495 c.c.) è quello della cancellazione dal registro delle imprese o delle persone giuridiche. Cancellazione che deve eseguirsi all'esito della liquidazione»; cfr. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, cit., 244. Difatti «la dichiarazione governativa di estinzione o la deliberazione assembleare di scioglimento non segnano la fine della persona giuridica ma determinano il passaggio alla fase di liquidazione [...] chiusa la fase di liquidazione, il presidente del tribunale provvederà a che sia data comunicazione ai competenti uffici affinché dispongano la cancellazione dell'ente dal registro medesimo (art. 6, comma 2, d.p.r.). La cancellazione avrà efficacia costitutiva come l'iscrizione e segnerà il momento di estinzione della persona giuridica»; cfr. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium Iuris*, 2000, 505 ss.

³⁷ In particolare, la dottrina ha osservato che «la cancellazione avrà efficacia costitutiva come l'iscrizione e segnerà l'effettivo momento di estinzione della persona giuridica» (DE GIORGI, *Estinzione, trasformazione, fusione*, in LIPARI-RESCIGNO, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Milano, 2009, 447 ss. Parimenti DE GIORGI, *Vicende estintive e modificative*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato, Le persone giuridiche*, Milano, 2003, 417 ss.) e «solo in seguito a tale prassi la persona giuridica potrà considerarsi estinta» (DE GIORGI-PONZANELLI-ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche*, Milano, 2001, *sub* art. 6). Siffatta conclusione è stata accreditata anche dal Consiglio Nazionale del Notariato in un proprio studio approvato dalla Commissione studi civilistici in data 2 maggio 2001 in cui si afferma che nell'attuale sistema a seguito della riforma attuata con d.p.r. 361/2000 l'iscrizione dell'ente nell'apposito registro si configura come una forma di pubblicità costitutiva, alla stregua di quella prevista dall'art. 2331 c.c. per le società di capitali [...]. L'art. 6 del regolamento disciplina l'estinzione della persona giuridica, stabilendo che la prefettura, la regione ovvero la provincia autonoma competente, accerta, su istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio, l'esistenza di una delle cause di estinzione della persona giuridica previste dall'art. 27 c.c., e dà comunicazione della dichiarazione di estinzione agli amministratori e al presidente del tribunale ai fini di cui all'art. 11 delle disposizioni di attuazione del codice civile. Chiusa la procedura di liquidazione, il presidente del tribunale provvede che ne sia data comunicazione ai competenti uffici per la conseguente cancellazione dell'ente dal registro delle persone giuridiche. È da ritenersi che conformemente all'iscrizione, anche la cancellazione abbia efficacia costitutiva, nel senso che tale momento segnerà l'estinzione della persona giuridica»; cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, Studio n. 3367 approvato dalla Commissione Studi Civilistici in data 2 maggio 2001, in www.notariato.it. In proposito, attenta dottrina ha pure osservato che, mentre nel sistema *ante* riforma la registrazione non fosse requisito essenziale per l'acquisto della personalità giuridica, ma assolvesse ad una mera funzione di pubblicità (avendo quindi mera efficacia dichiarativa) l'art. 1, d.p.r. 361/2000 preveda che la personalità giuridica venga acquisita proprio a seguito dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche di cui agli artt. 3 e 4 dello stesso d.p.r.; cfr. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, cit., 499 ss.

La dichiarazione governativa di estinzione o la deliberazione assembleare di scioglimento determina dunque il solo effetto di circoscrivere lo scopo dell'ente alla preparazione e all'attuazione della liquidazione, non potendo segnare invece la fine della persona giuridica, ma il solo passaggio ad una diversa e particolare fase in cui doversi provvedere alla sorte dei beni che facevano parte del suo patrimonio ed alla definizione dei rapporti giuridici pendenti. Nella predetta fase la fondazione prosegue insomma con un più limitato scopo di liquidazione (e fino al suo esaurimento), senza che possa ritenersi in alcun modo estinta³⁸. Va perciò da sé che, solo una volta intervenuta la cancellazione dell'ente-fondazione nei termini anzidetti (ossia solo all'esito della fase di liquidazione), nessuna ipotesi di confisca contemplata dal d.lgs. 231/2001 risulterà ulteriormente applicabile in ragione della menzionata analogia che accomuna le vicende estintive delle fondazioni a quelle delle società, caratterizzandone dunque gli effetti anche in termini (appunto) di inapplicabilità della confisca medesima.

4. I diritti acquisiti dai terzi in buona fede ed il ruolo degli organi della procedura fallimentare alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte in data 25 settembre 2014 (depositata in data 17 marzo 2015)

Già si è dato conto di come la disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001 preveda che la confisca del profitto (o del prezzo) del reato venga disposta «salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato» e «fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede». In altri termini, (per espressa scelta legislativa) risultano esenti da confisca il prezzo ed il profitto del reato che possano rientrare nella titolarità di terzi in buona fede, ovvero che possano essere oggetto di potenziale restituzione in favore del danneggiato dal reato³⁹.

Quanto in particolare al soddisfacimento dei «diritti acquisiti dai terzi in buona fede» la cui concreta applicazione ha destato le maggiori perplessità, l'attenzione di giurisprudenza e dottrina si è soffermata sulla posizione del curatore fallimentare e (segnatamente) sulla sua assimilabilità (o meno) al «terzo in buona fede» nell'accezione fatta propria dalla richiamata disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001. Il problema si pone invero in considerazione degli effetti tipici della sentenza di fallimento che, ai sensi dell'art. 42, R.d. 267/1942, non comporta (come noto) il trasferimento di proprietà dei beni del fallito in capo al curatore fallimentare, ma un

³⁸ GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Bologna, 2006, 422 e ss. L'autorevole commento evidenzia pure che «neppure l'evento formale della cancellazione dell'ente dal registro delle persone giuridiche impedirà ai creditori di esercitare o proseguire le proprie azioni nei confronti dell'ente, potendo l'ente dirsi estinto soltanto a seguito dell'effettiva chiusura della liquidazione [...] L'evento formale della cancellazione, se è condizione necessaria, non è però condizione sufficiente dell'estinzione: occorre che ci sia stata effettiva definizione di tutti i rapporti facenti capo all'ente».

³⁹ Con riferimento alla parte di profitto «che può essere restituita al danneggiato» basti qui rammentare solo che, secondo la Suprema Corte di cassazione, essa andrebbe individuata in «quei beni o la parte di beni su cui il danneggiato può accampare una specifica pretesa restitutoria, ossia una pretesa relativa alla restituzione di un bene in forza del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento o di garanzia ovvero del possesso o della detenzione, pur se derivanti da un negozio produttivo di effetti obbligatori»; cfr. Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2010, n. 16526, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 2, 470. A parere della dottrina vi è poi che «l'utilizzo del termine 'restituzione' sembra limitare l'ipotesi ai soli beni ben individuati, anche fungibili, e non invece ai beni nel frattempo confusi con altri»; cfr. GIAVAZZI, *Il sistema sanzionatorio*, in GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO (a cura di), *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 177.

mero «spossessamento» del fallito (*recte*: della società fallita), i cui beni, pure affidati alla gestione tipica del curatore nell'interesse dei creditori, rimangono formalmente di sua esclusiva proprietà fino a conclusione della procedura concorsuale⁴⁰. Proprio a partire da siffatto assunto i giudici di legittimità hanno quindi più volte ribadito il principio secondo cui gli organi della procedura fallimentare non possano essere qualificati come «terzi estranei al reato»⁴¹. Secondo il richiamato orientamento giurisprudenziale, lo stesso curatore fallimentare non potrebbe perciò dirsi «terzo in buona fede» al fine di eccepire siffatta sua qualità avverso la pretesa ablatoria accampata dallo Stato ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 231/2001, e ciò neanche ove siffatta pretesa fosse avanzata in via cautelare nelle forme del sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

A tal proposito, con propria pronuncia depositata in data 17 marzo 2015, sono intervenute da ultimo le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione, chiarendo definitivamente come il curatore fallimentare non sia neppure legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca adottato ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 19 e 53, d.lgs. 231/2001. In particolare, la Corte, nella sua massima composizione, ha avuto modo di ribadire come il curatore non sia «titolare di alcun diritto sui beni, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori [...] e non può agire in rappresentanza dei creditori, che a loro volta, prima della conclusione della procedura non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono, quindi, privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposti a sequestro». Insomma, il curatore non è riconosciuto rientrare tra i soggetti legittimati a ricorrere avverso il vincolo cautelare finalizzato alla confisca «anche perché il fallimento priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni esistenti alla data della dichiarazione del fallimento, trasferendo l'una e l'altra alla curatela, ma non della proprietà sugli stessi»⁴².

Diviene allora problematico interrogarsi sul destino dei creditori ammessi al passivo fallimentare, i cui diritti, in costanza di procedura fallimentare, sono appunto inderogabilmente «gestiti» da quello stesso curatore fallimentare che (per le anzidette ragioni) non può considerarsi «terzo estraneo al reato». Ai fini di una più convincente risposta sembra doversi quindi principiare ricordando che la disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001 disciplina un'ipotesi di confisca obbligatoria, e ciò tanto quando abbia ad oggetto direttamente il profitto o il prezzo del reato, tanto quando venga disposta per un importo equivalente al profitto o prezzo del reato ai sensi del comma 2 della disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001⁴³. E pare ancora

⁴⁰ Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2000, n. 1926, in *Cass. pen.*, 2011, 2145.

⁴¹ In quanto «il concetto di appartenenza ha una portata più ampia del diritto, sì che deve intendersi per estremo al reato soltanto chi non partecipi in alcun modo alla commissione dello stesso o all'utilizzazione dei profitti derivati [...]». Infatti, la sentenza che dichiara il fallimento priva la società fallita dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti a quella data, assoggettandoli alla procedura esecutiva concorsuale finalizzata al soddisfacimento dei creditori, ma tale effetto di spossessamento non si traduce in una perdita della proprietà in quanto la società resta titolare dei beni fino al momento della vendita fallimentare; cfr. Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, cit.

⁴² Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014 (dep. 17 marzo 2015), n. 11170, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴³ La Suprema Corte di cassazione ha invero avuto modo di chiarire che «il carattere obbligatorio della confisca disciplinata nel d.lgs. 231/2001, art. 19, deriva direttamente dalla sua natura di sanzione principale e autonoma affermata solennemente dall'art. 9, comma 1, d.lgs. cit.» e che «la natura di sanzione principale e obbligatoria della confisca disciplinata nel d.lgs. 231/2001 costituisce un argomento fortemente contrario alla tesi [...] circa la netta differenziazione tra le due ipotesi contenute nell'art. 19, d.lgs. cit. Si tratta, infatti, della stessa confisca cui si riferisce l'art. 9, d.lgs. cit. [...] sicché appare difficile che tale sanzione, il cui carattere principale e obbligatorio non viene messo in dubbio, possa conoscere una sua applicazione facoltativa nel caso di confisca per equivalente. L'uso della locuzione «può», contenuta nel secondo

necessario poter soggiungere anche che, secondo principio pure costantemente affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità in punto di confisca obbligatoria disposta ai sensi della disposizione di cui all'art. 240 c.p., lo Stato è ritenuto «insensibile» (per dirla con le stesse parole dei giudici di legittimità) alle ragioni dei terzi creditori, così come a quelle della procedura fallimentare che sono destinate a soccombere di fronte alle esigenze di tutela della collettività attuate appunto mediante la misura ablativa della confisca prevista in via obbligatoria⁴⁴.

Orbene, in tema di confisca obbligatoria amministrativa disposta ai sensi della disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001, siffatta ricostruzione giurisprudenziale (orientata alla preminenza dell'interesse dello Stato rispetto a quello dei terzi in buona fede in ragione di una presunzione assoluta di pericolosità del bene oggetto della misura ablativa), è venuta a necessariamente conciliarsi con la causa di esclusione della confisca espressamente prevista dal citato art. 19 in favore dei terzi in un buona fede, in un confronto che ha dato adito ad un'incertezza interpretativa da ultimo quindi chiarita dalla stessa già richiamata sentenza pronunciata dalle Sezioni Unite lo scorso 25 settembre 2014.

Più in particolare, se è vero che l'art. 19, d.lgs. 231/2001 salvaguarda espressamente i diritti acquisiti dai terzi in buona fede, è non meno vero che siffatta «salvaguardia» non sia parsa comportare un affievolimento «automatico» della ritenuta preminenza dell'interesse dello Stato nei casi di confisca obbligatoria, quale è appunto quella disposta ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 231/2001. Le stesse pronunce della Suprema Corte che avevano positivamente affermato la legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 19, d.lgs. 231/2001 (secondo un orientamento giurisprudenziale che, come pure rappresentato, risulta oggi sconfessato dalla Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite), non avevano invero dettato criteri dirimenti rispetto alla prevalenza dell'interesse dello Stato o di quello dei terzi in buona fede, rimettendo invece la decisione in ordine all'applicabilità della confisca al giudice di merito, secondo una valutazione che è parsa delinearsi seguendo i canoni di un ampio margine di discrezionalità⁴⁵.

comma dell'art. 19 cit., non trasforma in sanzione facoltativa la confisca di valore, ma sta semplicemente a significare che perché abbia luogo questo tipo di confisca il giudice deve prima verificare una serie di condizioni; cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, cit., con nota di AMATO. Siffatto orientamento è stato poi incidentalmente ribadito anche dalla già richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 11170 in data 25 settembre 2014.

⁴⁴ Precisamente in questi termini si sono pronunciate le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione con propria pronuncia in data 24 maggio 2004, dando atto di come il sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria, a giudizio di queste Sezioni Unite, deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare. In particolare, nel caso di confisca obbligatoria «la valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la res è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione al reo, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto medio tempore e il ricavato distribuito ai creditori». Insomma, secondo la Corte «le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività»; cfr. Cass. pen., S.U., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Fallimento* 2005, 1265, con nota di IACOVIELLO. Sul punto, si segnala (per completezza) un unico isolato precedente in tema di confisca ai sensi della disposizione di cui all'art. 240 c.p. ed in cui la giurisprudenza di legittimità, pur ribadendo l'impossibilità di qualificare la curatela come terzo estraneo, ha nondimeno precisato che la qualità di terzi debba invece spettare «ai singoli creditori del fallito, i quali siano stati ammessi al passivo»; cfr. Cass. pen., sez. I, 7 marzo 2002, n. 13947, in *Riv. pen.*, 2002, 566.

⁴⁵ In termini assai chiari valga qui ricordare quanto statuito dal Massimo Collegio nella nota sentenza n. 48804 in data 9 ottobre 2013 che, pur riconoscendo la legittimazione in capo al curatore ad impugnare il sequestro preventivo disposto nei confronti della società fallita, ha pure soggiunto (allo stesso modo) che la «necessaria [...] valutazione giudiziale sul

Siffatte formule oltremodo «aperte» utilizzate dalla giurisprudenza rispetto al margine di discrezionalità concesso al giudice del merito hanno così consentito il persistere per lungo tempo di un alone di incertezza rispetto all'ambito di operatività e alla stessa ampiezza della tutela accordata ai terzi di buona fede dalla disposizione di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001: un margine di incertezza che è stato quindi da ultimo attenuato dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte che, occupandosi espressamente della posizione dei creditori di una società fallita e responsabile (al contempo) ex d.lgs. 231/2001, ha fornito nuove delucidazioni in merito al destino dei terzi in buona fede. Le Sezioni Unite hanno infatti dato conto di come, seppure in presenza di un'ipotesi di confisca manifestamente obbligatoria, sia lo stesso dettato normativo di cui all'art. 19, d.lgs. 231/2001 a rendere certo che il diritto del terzo in buona fede debba essere sempre salvaguardato⁴⁶, chiarendo poi come per diritto del terzo in buona fede debba intendersi «il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti [su] beni mobili o immobili che siano». Alla luce di siffatta definizione di terzo, i giudici di legittimità hanno quindi ancora soggiunto che «coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono [perciò] essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti» poiché «sarà proprio [e solo] con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare». Di conseguenza, sarà soltanto con la conclusione della procedura concorsuale che «previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto» si potrà «procedere alla assegnazione dei beni ai creditori» e «soltanto in quel momento i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate⁴⁷».

Tanto pure ricordato, nel prosieguo della propria motivazione i medesimi giudici hanno avuto poi modo di precisare altresì come i creditori (una volta definita l'ampiezza del proprio diritto all'interno della procedura concorsuale) debbano far necessariamente valere le proprie ragioni avanti al giudice della cognizione penale,

raffronto fra le esigenze poste a fondamento della confiscabilità dei beni e quelle attinenti alla tutela dei creditori ammessi alla procedura fallimentare [...], è dato che non pone in discussione l'obbligatorietà in quanto tale della confisca prevista nella fattispecie in esame, ma discende dalla specifica formulazione della norma appena citata; la quale, pur disponendo che nei confronti dell'ente sia sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, fa espressamente salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede». In accordo con siffatto assunto, la posizione dei terzi di buona fede avrebbe dovuto «pertanto essere valutata dal giudice, secondo i principi richiamati al punto precedente, nella prospettiva della prevalenza o meno, rispetto agli stessi, delle esigenze cautelari sottese alla confisca»; Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 48804, in *Diritto&Giustizia*, 6 dicembre 2013, con nota di FONTANA. Negli stessi termini si veda anche Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33425, in *Foro It.* 2009, II, 157. Allo stesso modo (in una pronuncia più recente e in cui pure era stata affermata la legittimazione del curatore ad impugnare il decreto di sequestro preventivo) la Suprema Corte aveva evidenziato come, poiché in caso di fallimento «nulla si sa dell'esito della procedura concorsuale e, in particolare, se vi sia un residuo attivo o vi siano finti creditori dietro i quali si celano gli autori del reato [...] tutto ciò dovrà essere accertato solo dal giudice di merito che alla fine del procedimento dovrà valutare se disporre la confisca (che, ex art. 19, d.lgs. 231/2001, è disposta con la sentenza di condanna) e il quantum della confisca stessa, tenendo conto anche di quanto emerge dalla procedura concorsuale»; cfr. Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2014, n. 25201, in *www.ambientediritto.it*.

⁴⁶ E ciò tanto quando si versi in ipotesi di confisca del profitto del reato ai sensi dell'art. 19, comma 1, tanto quando si versi in ipotesi di confisca «per equivalente» ai sensi del comma 2 della medesima disposizione, atteso che la confisca cd. amministrativa «ancorché obbligatoria [...] intende far salvi i diritti del danneggiato dal reato e i diritti acquisiti dai terzi in buona fede» e che seppure la «la clausola di salvaguardia non è ripetuta nell'art. 19, comma 2, d.lgs. 231/2001, [...] è fuori contestazione che essa si riferisca anche al sequestro di valore perché con il comma 2 si estende soltanto la possibilità di confisca di denaro e beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato, fermi restando, quindi, i limiti fissati dal comma 1 dello stesso articolo» (cfr. Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pag. 19 della sentenza).

⁴⁷ Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pp. 20 ss. della sentenza, *passim*.

atteso che «il legislatore ha demandato [proprio] al giudice penale che deve disporre il sequestro dei beni *ex art. 19, d.lgs. 231/2001* e/o la confisca degli stessi l'onere di salvaguardare i diritti dei terzi acquisiti in buona fede» ed ancora soggiungendo che nell'eventualità (tutt'altro che peregrina) che la procedura concorsuale si chiuda successivamente alla sentenza che disponga la confisca *ex art. 19, d.lgs. 231/2001* (e quindi ancor prima che i creditori possano vantare un effettivo diritto) «la sede adeguata onde far valere i diritti del terzo non potrà essere [...] che quella del giudice dell'esecuzione» che ha una competenza generale sulla esecuzione dei provvedimenti definitivi adottati dal giudice della cognizione penale e, in particolare, sulla validità del titolo che legittima l'esecuzione⁴⁸.

La motivazione fornisce poi indicazioni di carattere sostanziale riferite al contenuto stesso della valutazione cui sarà tenuto il giudice della cognizione penale nel decidere quali soggetti (nell'ipotesi esaminata dalla Corte, creditori della società fallita) potranno venire considerati effettivamente terzi in buona fede e veder dunque tutelate le proprie ragioni. In particolare, attraverso il richiamo alla nota sentenza pronunciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in vicenda Bacherotti⁴⁹, i giudici di legittimità hanno preso le mosse evidenziando come «terzo [sia] la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi o utilità», di talché «soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva o soggettiva può vedere riconosciuta la intangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca». Secondo i medesimi giudici, al requisito oggettivo integrato dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa «deve [dunque altresì] aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, intesa come 'non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato'⁵⁰».

Orbene, il principio da ultimo enunciato dalle Sezioni Unite è (a ben vedere) di estremo interesse, atteso che dà conto di come il concetto di buona fede per il diritto penale sia diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 c.c. che sottolinea come anche profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela siano in grado di escludere la natura di terzo in buona fede *ex art. 19, d.lgs. 231/2001*. Si tratta dunque di un principio certamente innovativo nella materia in cui interviene e la cui rilevanza è amplificata anche dalle successive argomentazioni della Corte. I giudici di legittimità (allontanandosi in proposito dalla pronuncia Bacherotti) negano infatti che possa ricadere interamente sul terzo l'onere della prova della propria «buona fede» nei termini precisati (trattandosi di accertamento di competenza del giudice della cognizione) e ritengono (nondimeno) «del tutto ragionevole pretendere [...] un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della

⁴⁸ Scrivono in proposito i giudici come «non vi [possa] essere dubbio che il sequestro o la confisca disposti sui beni appartenenti al terzo, che li abbia acquisiti in buona fede, non possono produrre effetti ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 231/2001, che salvaguarda i diritti dei terzi; quindi il titolo non potrà essere ritenuto valido e sarà il giudice dell'esecuzione competente a provvedere» (cfr., Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pag. 21 della sentenza).

⁴⁹ Cfr. Cass. pen., S.U., 28 aprile 1999, n. 9, in *Riv. Pen.*, 1999, 663.

⁵⁰ Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pag. 25 della sentenza.

situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato, così come avviene in situazioni simili, come ad esempio in materia di misure di prevenzione».

Ad avviso della Suprema Corte, una siffatta rigorosa impostazione troverebbe la propria giustificazione nella circostanza che la confisca amministrativa *ex art. 19, d. lgs. 231/2001* viene disposta poiché, a seguito di un processo penale, viene accertato che i beni oggetto del provvedimento costituiscano profitto di un illecito amministrativo dipendente da reato; sicché «per vincere una tale situazione è l'interessato, che si proclama estraneo al reato, che deve, soddisfacendo l'onere di allegazione, fare emergere la regolarità del suo titolo di acquisto e la buona fede che soggettivamente lo caratterizzava⁵¹».

Se allora la sentenza delle Sezioni Unite ribadisce in termini assai chiari la preminenza della tutela dei terzi rispetto alla natura obbligatoria della confisca cd. amministrativa, amplia purtuttavia l'oggetto ed il rigore della valutazione di terzietà rimessa al giudice della cognizione, lasciando (per vero) persistere taluni dubbi rispetto a quale potrà essere l'effettivo ambito di applicazione della clausola di «salvaguardia» disciplinata dall'art. 19, d.lgs. 231/2001. Non pare infatti scorretto affermare che l'ampliamento del concetto di buona fede sotteso all'applicabilità della clausola di salvaguardia, in uno con l'evidenziato onere di allegazione ricadente in capo al terzo, rischia di lasciare nuovamente al giudice della cognizione ampi margini di discrezionalità in un ambito (quale quello dell'accertamento dell'elemento psicologico) caratterizzato da una marcata «volatilità».

Senonché, pur a prescindere dalla difficoltà di prevedere quale potrà essere l'esito applicativo dei richiamati criteri ermeneutici, vi è che la sentenza da ultimo pronunciata dalle Sezioni Unite pare connotarsi per un'ulteriore profilo di criticità, laddove non risolve un «cortocircuito» specificamente afferente il problema del sequestro preventivo finalizzato alla confisca che venga disposto a carico dei beni di una società fallita (ovvero ammessa a diversa procedura concorsuale). Ed invero sono le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte a ricomprendere tra i giudici della cognizione penale (deputati in quanto tali a valutare le ragioni dei terzi) anche l'autorità giudiziaria richiesta di disporre il sequestro preventivo⁵²; senonché quella stessa pronuncia fissa il *dies a quo* a partire dal quale i creditori possono far valere le proprie ragioni in quello della conclusione della procedura concorsuale (e della conseguente definizione dei rispettivi rapporti con la società fallita). Manifesto allora come, nel caso di richiesta di apposizione del vincolo cautelare reale finalizzato alla confisca *ex artt. 19 e 53, d.lgs. 231/2001* in costanza di una procedura concorsuale (e cioè prima della sua conclusione), non sarà possibile per il giudice valutare le ragioni dei creditori, poiché non ancora assimilabili ai terzi in buona fede; con la non meno ovvia conseguenza che il sequestro potrà legittimamente colpire l'intera massa fallimentare. Una volta poi escluso (come definitivamente ribadito dalle stesse Sezioni Unite) che il curatore fallimentare possa agire in tutela dei creditori in sede di impugnazione cautelare, ne seguirebbe altresì che nelle more della procedura concorsuale nessuno sarebbe legittimato a ricorrere contro il provvedimento di

⁵¹ Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pag. 29 della sentenza.

⁵² Assegnandole (tra l'altro) il dovere di escludere «dalla sottoposizione a sequestro [...] i beni che debbono essere restituiti al danneggiato e quelli sui quali il terzo abbia acquisito diritti in buona fede»; cfr. Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pag. 20 della sentenza.

sequestro, secondo un'opzione interpretativa che pare collidere con la disposizione di cui all'art. 322, comma 1, c.p.p.

Non ci si può perciò esimere dall'osservare che il sistema, così come delineato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, sembri rischiare di poter alimentare una sorta di «circolo vizioso»: l'eventuale applicazione di una misura cautelare reale direttamente sull'attivo della procedura fallimentare potrebbe infatti comportare (addirittura) una vera e propria paralisi del suo fisiologico svolgimento, non potendo il curatore né disporre di quanto sottoposto a vincolo cautelare e neppure legittimamente proporre impugnazione avverso l'intervenuto provvedimento di sequestro. Siffatta situazione di «stallo» comporterebbe l'impossibilità per il curatore di poter procedere alla definizione e quindi alla chiusura della stessa procedura fallimentare, non potendo così i creditori (allo stato solo insinuatisi al passivo della fallita) ottenere quello *status* di effettivi titolari di un diritto sui beni oggetto del fallimento: *status* che può essere infatti maturato solo alla fine della procedura fallimentare e la cui sussistenza è necessaria (ad avviso delle stesse Sezioni Unite) affinché i medesimi creditori siano legittimati ad adire il giudice della cognizione al fine di poter far valere la loro posizione di terzi in buona fede.

5. Insinuazione al passivo dei crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi ex d.lgs. 231/2001. Profili problematici rispetto alla natura privilegiata dei crediti statali sorti a titolo di confisca amministrativa

Ulteriore e conclusivo passaggio è quello concernente l'effettiva esecuzione della confisca amministrativa nei confronti di società che sia sottoposta a procedura fallimentare, individuando l'*iter* che gli organi statali deputati dovrebbero poter seguire per procedere all'effettiva ablazione dei beni oggetto di confisca amministrativa dall'eventuale massa attiva fallimentare. Il tema è cioè quello inteso a poter stabilire se, ai fini della concreta esecuzione del provvedimento ablatorio definitivo, lo Stato debba insinuarsi al passivo alla stregua degli altri creditori della fallita e se (conseguentemente) il credito statale nascente dalla confisca amministrativa abbia (o meno) natura privilegiata.

Al fine di poter maturare una risposta, occorre poter allora prendere le mosse dalla natura giuridica propria della confisca amministrativa. Come noto, ai sensi della disposizione di cui all'art. 9, d.lgs. 231/2001, tra le sanzioni amministrative conseguenti agli illeciti previsti dal medesimo decreto sono infatti espressamente indicate la sanzione pecuniaria e la confisca, che ha dunque natura diversa dalla confisca prevista dalla disposizione di cui all'art. 240 codice penale, avendo invero natura esplicitamente sanzionatoria e non di misura di sicurezza patrimoniale. La disposizione di cui all'art. 19 del citato decreto prevede inoltre la possibilità che la confisca, quale sanzione amministrativa conseguente all'illecito, possa essere disposta anche per equivalente secondo una possibilità che non è quindi contemplata nel caso di confisca penale di cui all'art. 240 c.p. e che costituisce dunque un ulteriore (non poco significativo) elemento distintivo della confisca sanzionatoria conseguente all'illecito amministrativo ex d.lgs. 231/2001 rispetto a quella «classica» prevista dal c.p. Si tratta insomma di due istituti del tutto differenti, la cui sovrapposizione non è logicamente, prima ancora che giuridicamente, ammissibile.

La confisca *ex artt.* 9 e 19, d.lgs. 231/2001 è sanzione avente ad oggetto il prezzo o il profitto del reato «presupposto» che consegue obbligatoriamente all'accertamento dell'illecito amministrativo, salvo che (come pure già anticipato) per la parte che possa essere restituita al danneggiato e fatti salvi i soli diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Con riferimento alla responsabilità patrimoniale dell'ente nel complessivo sistema sanzionatorio *ex d.lgs.* 231/2001, la stessa è (poi) espressamente disciplinata dalla disposizione di cui all'art. 27 del citato decreto che, al comma 1, recita testualmente che «dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune»; mentre nel successivo comma 2 dispone che «i crediti dello Stato derivanti degli illeciti amministrativi dell'ente relativi a reati hanno privilegio secondo le disposizioni del c.p.p. sui crediti dipendenti da reato. A tale fine, la sanzione pecuniaria si intende equiparata alla pena pecuniaria». Manifesto pertanto come con la previsione di cui al secondo comma il Legislatore faccia espresso (e più generale) riferimento «ai crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente relativi ai reati», mentre in quella di cui al comma 1 venga presa in considerazione la sola obbligazione del pagamento della sanzione pecuniaria.

Analizzando la diversità delle previsioni di cui a citati commi del richiamato art. 27, pare emergere perciò come il Legislatore abbia espressamente ristretto la clausola limitativa della responsabilità patrimoniale dell'ente (di cui al comma 1) alla sola obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, non intendendo estendere siffatto principio limitativo della responsabilità patrimoniale a tutte le ulteriori obbligazioni collegate o dipendenti dall'illecito amministrativo dell'ente, fra cui si annovera anche la confisca⁵³. Non vi sarebbero dunque elementi per poter ritenere esclusa da siffatta previsione anche l'obbligazione debitoria a carico dell'ente nascente dal provvedimento di confisca per equivalente e quindi il credito speculare dello Stato che ad essa automaticamente consegue. Atteso proprio il ricordato tenore letterale della disposizione di cui all'art. 27, pare allora potersi concludere nel senso che i crediti dello Stato originati sia dalla condanna dell'ente al pagamento della sanzione pecuniaria, che dal provvedimento di confisca per equivalente, abbiano privilegio conformemente a quanto previsto dal codice di procedura penale sui crediti dipendenti da reato.

La disposizione di cui all'art. 316, comma 4 c.p.p. prevede in particolare che per effetto del sequestro conservativo i crediti aventi ad oggetto il pagamento della pena pecuniaria, le spese del procedimento ed ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, si considerino privilegiati rispetto ad ogni altro credito non privilegiato di data anteriore e ai crediti sorti posteriormente, salvi (in ogni caso) i privilegi stabiliti a

⁵³ Cfr. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 247; NAPOLEONI, *La responsabilità patrimoniale per le obbligazioni derivanti dall'illecito*, cit., 246; PLATANIA, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni ex d.lgs. 231/2001 e vicende modificative dell'ente*, in *Società*, 2002, 543; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004, 356. Si è in particolare osservato che «l'art. 27, comma 2, ha una ampia portata applicativa, il legislatore non reitera la terminologia del comma 1 e, in luogo di 'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria', adotta un linguaggio che comprende il più lato ambito di applicazione relativo ai 'crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente relativi ai reati'. Vi è motivo di ritenere che la sfera di operatività della disposizione concerna non solo le sanzioni pecuniarie, ma altresì i riguardi, conformemente all'ultima parte dell'art. 320, comma 2, c.p.p., richiamato nella relazione di accompagnamento al decreto, anche le spese di procedimento e ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato»; cfr. VIGNOLI, *Il singolare privilegio dei crediti dello Stato derivanti dagli illeciti ex d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista*, 2/2013, 230.

garanzia del pagamento dei tributi⁵⁴. Siffatta disposizione è pure espressamente richiamata nella previsione dell'art. 54, d.lgs. 231/2001 che disciplina il sequestro conservativo nell'ambito della responsabilità degli enti, precisando che lo stesso provvedimento cautelare reale possa essere richiesto solo dal Pubblico Ministero a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato. Non inutile (peraltro) osservare che, a differenza della richiamata disposizione di cui all'art. 316, comma 4, c.p.p. (che prevede la natura privilegiata dei crediti dello Stato garantiti con le forme del sequestro conservativo), la diversa fattispecie di cui all'art. 321 c.p.p. non contiene alcuna disciplina di analogo tenore per il caso in cui crediti dello Stato siano stati garantiti con le forme del sequestro preventivo. Per quanto qui solo rileva vi è dunque che, a ben vedere, siffatta mancanza solleva alcuni dubbi in merito alla natura privilegiata (o meno) dei crediti statuali sorti a titolo di confisca ex art. 19, d.lgs. 231/2001, atteso che in forza dell'art. 53, d.lgs. 231/2001 siffatti crediti possono essere eventualmente cautelati proprio attraverso l'apposizione del sequestro preventivo.

È tuttavia necessario segnalare in proposito che (come anche osservato da attenta dottrina) quando il sequestro preventivo venga disposto in vista della successiva confisca (come nel caso di cui all'art. 53, d.lgs. 231/2001 in tema di confisca amministrativa), lo stesso assume una natura del tutto peculiare, svolgendo «una funzione cautelare che non è azzardato definire di tipo 'conservativo'⁵⁵». Accade dunque che ove sia disposto nella forma per equivalente e finalizzato alla confisca, il sequestro preventivo finirebbe per sovrapporsi al sequestro conservativo. In proposito, potrebbe allora (forse) obiettarsi che le due categorie di sequestri divergerebbero comunque in ragione della tipologia e della natura delle obbligazioni garantite con i rispettivi vincoli cautelari, ma si tratterebbe di differenza solo apparente ben potendo la confisca di valore rientrare nella nozione di «ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato» prevista espressamente dalla disciplina in materia di sequestro conservativo⁵⁶.

Proprio in ragione della richiamata comune natura «restitutoria-compensativa» del sequestro conservativo e di quello preventivo disposto al fine di garantire la successiva confisca, la stessa giurisprudenza ha quindi riconosciuto (a sua volta) la possibilità di estendere in via analogica la disciplina del sequestro preventivo a quello conservativo e viceversa⁵⁷; di talché si potrebbe giungere a sostenere – sia pur con interpretazione

⁵⁴ Siffatta previsione è ulteriormente confermata dalla disposizione di cui all'art. 2768 c.c. che prevede che lo Stato (e le altre persone indicate dal c.p.) abbiano privilegio per i crediti dipendenti da reato sulle cose sequestrate secondo le disposizioni del codice stesso e del c.p.p. (e dunque ai sensi proprio della già richiamata disposizione di cui all'art. 316 c.p.p.).

⁵⁵ VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, in GIARDA-SPANGHER-TONINI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 2012, 423.

⁵⁶ In termini del tutto identici si veda VERGINE, *op. cit.*, 425. L'Autore afferma infatti testualmente proprio che la confisca di valore potrebbe ben essere inclusa nella nozione di «ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato» ex art. 316, comma 1, c.p.p., essa, consistendo in un prelievo pubblico a compensazione del prelievo illecito e con ciò quindi parendo condividere la tipica natura restitutoria-compensativa delle obbligazioni garantite dal sequestro conservativo. Si osservi quindi che, secondo la Suprema Corte di cassazione, nella locuzione «ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato», debba essere ricompreso ogni credito endo-processuale, ossia ogni credito pecuniario che nasca direttamente a favore dello Stato-Ordinamento per effetto dell'esercizio della giurisdizione penale; cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. III, 3 giugno 2004, n. 38710, in *Cass. pen.*, 2006, 188.

⁵⁷ La giurisprudenza di legittimità ha in argomento testualmente affermato che «è possibile l'applicazione per analogia al sequestro preventivo della disciplina prevista per il sequestro conservativo»; cfr. Cass. pen., sez. I, 9 novembre 2004, n. 47240, in *CED* n. 230604. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 1 settembre 1994, Milanese, in *CED* n. 199079; Cass. pen., sez. I, 2 ottobre 2008, n. 40524.

analogica (forse anche *in malam partem*) – che anche i crediti cautelati con sequestro preventivo, ove finalizzato alla confisca, possano ricevere quello stesso privilegio che l'art. 316, comma 4, c.p.p. espressamente prevede per il sequestro conservativo. In assenza di provvedimenti cautelare reali, non parrebbe allora essere (per ciò stesso) riconoscibile (ai sensi del combinato disposto degli artt. 316, comma 4, c.p.p. e 2768 c.c.) alcun privilegio ai crediti dello Stato dipendenti da reato e neppure ai crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente relativi ai reati che (ai sensi della disposizione di cui all'art. 27, d.lgs. 231/2001) sono espressamente sottoposti alla medesima disciplina⁵⁸. Qualsivoglia credito dello Stato derivante dall'illecito amministrativo non pare infatti assistito da privilegio (a meno che non sia garantito da un provvedimento cautelare reale), non constando norme specifiche (o diversi precedenti giurisprudenziali) che escludano la confisca ex art. 19, d.lgs. 231/2001 dal più generale novero dei crediti vantati dallo Stato e disciplinati ai sensi dell'art. 27 del medesimo decreto. A maggior ragione si tenga anzi conto del fatto che, nell'ipotesi in cui la somma oggetto di confisca per equivalente ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. 231/2001 non sia già oggetto di un provvedimento di sequestro al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, la riscossione della somma medesima dovrà avvenire unitamente alla riscossione della sanzione pecuniaria e con le medesime forme previste dall'art. 212 del T.U. delle spese di giustizia⁵⁹.

Si tratta così, in entrambi i casi (di riscossione rispettivamente della sanzione pecuniaria e della confisca), di crediti dello Stato di cui si deve procedere all'esecuzione con forme del tutto analoghe e che, in assenza di sequestri, non paiono perciò assistiti da particolari privilegi. Il problema si pone quindi allorché l'esecuzione delle predette sanzioni amministrative debba essere effettuata nei confronti di soggetti falliti. Giurisprudenza⁶⁰ e dottrina⁶¹ sono invero concordi nel

⁵⁸ La dottrina ha in proposito osservato che «il sequestro produce l'effetto di rendere privilegiato il credito ed individua l'oggetto del privilegio stesso; soltanto i beni vincolati a seguito di tale provvedimento possono costituire l'oggetto. Trattasi di un privilegio speciale»: cfr. VIGNOU, *op. cit.*, 230.

⁵⁹ La disposizione di cui al citato art. 212 prevede infatti testualmente che: «1. Passato in giudicato o divenuto definitivo il provvedimento da cui sorge l'obbligo, l'ufficio notifica al debitore l'invito al pagamento dell'importo dovuto, con espressa avvertenza che si procederà ad iscrizione a ruolo, in caso di mancato pagamento entro i termini stabiliti. 2. Entro un mese dal passaggio in giudicato, o dalla definitività del provvedimento da cui sorge l'obbligo, l'ufficio chiede la notifica, ai sensi dell'art. 157 e seguenti c.p.c., dell'invito al pagamento cui è allegato il modello di pagamento. 3. Nell'invito è fissato il termine di un mese per il pagamento ed è richiesto al debitore di depositare la ricevuta di versamento entro dieci giorni dall'avvenuto pagamento». In ordine a siffatte modalità di esecuzione si veda, a mero titolo di esempio, l'ordinanza pronunciata in data 26 dicembre 2006 dal Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Milano, in qualità di giudice dell'esecuzione, in cui testualmente si rileva che «la confisca obbligatoria disposta avente ad oggetto l'equivalente del profitto del reato pari ad euro 6.121.000,00 non è contrappuntata da precedente vincolo reale quale un sequestro con la conseguenza che tale somma di denaro deve essere appresa unitamente alle altre somme dovute quali la sanzione pecuniaria principale pari ad euro 500.000,00 applicando le norme contenute nell'art. 212 TUSG».

⁶⁰ La costante giurisprudenza di legittimità ha invero testualmente chiarito che «in materia di sanzioni amministrative per pregresse violazioni dell'imprenditore fallito, fermo il potere dell'ente impositore di determinare l'ammontare della sanzione pecuniaria, il relativo credito è soggetto alle regole concorsuali e deve essere fatto valere con insinuazione al passivo del fallimento e non mediante ordinanza-ingiunzione a norma dell'art. 18, l. 689/1981 la quale se è emessa è priva di efficacia ai fini del concorso collettivo»; cfr. Cass. civ., sez. I, 6 settembre 2007, n. 18729, in *Giust. civ., mass.* 2007, 9. Conformi *ex plurimis* Cass. civ., sez. I, 8 luglio 2004, n. 12563, in *Guida al Diritto*, 2004, 35, 54; Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2001, n. 3838, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 509.

⁶¹ In particolare, la dottrina ritiene che «poiché il fallimento non priva della proprietà dei beni la società, ma determina unicamente lo spossessamento e la destinazione del patrimonio al soddisfacimento delle pretese creditorie nella procedura concorsuale, deve ritenersi che il credito che lo Stato vanta a titolo di sanzione vada a concorrere con i restanti creditori. A supporto di tale soluzione sovviene anche la copiosa giurisprudenza formatasi in tema di sanzioni amministrative soggette alla disciplina prevista dalla l. 689/1981, in base alla quale il credito per la sanzione pecuniaria irrogata nei confronti dell'imprenditore fallito concorre con i restanti crediti, nell'ambito della procedura concorsuale e previa insinuazione al passivo»; cfr. D. GERONIMO, *Rapporti tra fallimento della società ed accertamenti degli illeciti amministrativi dalla medesima*

ritenere che il credito vantato dallo Stato vada a concorrere con i restanti creditori e che debba essere dunque fatto valere con insinuazione al passivo del fallimento. In ordine all'insinuazione al passivo necessaria per l'esecuzione della sanzione pecuniaria *ex* d.lgs. 231/2001, nei confronti di società fallita, la Suprema Corte di cassazione si è anche quindi recentemente pronunciata affermando che «una volta irrogata la sanzione pecuniaria, ben si potrà pretendere il pagamento della stessa insinuandosi allo stato passivo. Posto che il legislatore ha attribuito ai crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente il rango privilegiato (art. 27), ciò dimostra che è stata considerata l'ipotesi di aggressione in via esecutiva del patrimonio e la procedura fallimentare altro non è che una esecuzione di tipo concorsuale». Il riferimento al rango privilegiato dei crediti operato dalla giurisprudenza di legittimità è ovviamente limitato sempre ai termini in cui lo stesso privilegio sia appunto riconosciuto come sussistente ai sensi dell'art. 27, comma 2, d.lgs. 231/2001 e cioè a dire in presenza di misure cautelari reali⁶².

Con riferimento poi alla compatibilità tra l'esecuzione della confisca per equivalente *ex* art. 19, d.lgs. 231/2001 e la procedura fallimentare, non si ritiene vi siano elementi da cui poter desumere un regime differenziato per la riscossione della confisca per equivalente, essendo la stessa (pur sempre) una pretesa creditoria su una somma di danaro che deve poter essere esercitata (ancora una volta) tramite l'insinuazione al passivo ed in concorso con gli ulteriori creditori della fallita⁶³. In assenza di precedenti giurisprudenziali specifici aventi ad oggetto l'esecuzione (nei confronti di una società fallita) di una confisca per equivalente non contrappuntata da un precedente vincolo cautelare, pare allora potersi concludere nel senso di dover ritenere che il credito dello Stato nascente dal provvedimento di confisca per equivalente disposto nei confronti di una società fallita possa essere esercitato (così come identicamente avviene per la sanzione pecuniaria) tramite l'insinuazione al passivo, lo stesso essendo dotato di privilegio *ex* art. 27, d.lgs. 231/2001 solo in presenza di un pregresso provvedimento cautelare reale.

Bene peraltro da ultimo segnalare che, sia pur nell'ambito di un *obiter dictum*, la già più volte richiamata pronuncia resa dalle Sezioni Unite ha analizzato l'ipotesi in cui la confisca cd. «amministrativa» del profitto del reato *ex* art. 19, d.lgs. 231/2001 venga disposta prima della conclusione della procedura concorsuale, testualmente chiarendo che (in siffatto caso) «lo Stato potrà insinuarsi nel fallimento per far valere il proprio diritto, che sarà soddisfatto dopo che siano stati salvaguardati i diritti dei terzi acquisiti in buona fede⁶⁴». Il problema interpretativo pare potersi perciò delineare allorquando quella stessa confisca amministrativa venga disposta a seguito di un pregresso sequestro avente ad oggetto i beni della massa fallimentare. Manifesto infatti che la postulata posteriorità del credito dello Stato nascente a titolo di confisca (e che dovrebbe essere quindi soddisfatto solo dopo che siano salvaguardati i diritti

commessi: profili problematici in tema di misure cautelari, trasmissibilità delle sanzioni e legittimazione processuale del curatore nel procedimento a carico della società, in questa Rivista, 1'2011, 155.

⁶² CHIARAVIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico*, cit.

⁶³ In tema, attenta dottrina ha testualmente osservato che «la confisca per equivalente traducendosi nella normalità dei casi in una pretesa creditoria su una somma di danaro pari al valore del prezzo o del profitto dell'illecito, determinerebbe l'insorgere di un credito dello Stato ulteriore e diverso rispetto alla sanzione pecuniaria, ma pur sempre esercitabile sul patrimonio della società fallita tramite l'insinuazione al passivo ed il concorso con i restanti creditori»; cfr. DI GERONIMO, *op. cit.*, 154.

⁶⁴ Cass. pen., S.U., 25 settembre 2014, cit., pag. 24 della sentenza.

dei terzi in buona fede) si porrebbe in antitesi con la disciplina sopra richiamata che prevede (perfino espressamente nel caso di sequestro conservativo) la natura privilegiata del credito ove lo stesso sia garantito dalla previa apposizione di vincolo cautelare reale.

Infine, non potrebbe neppure omettersi di sottolineare come l'evidenziata perplessità si traduca in un'ulteriore aporia «di fondo» che pure parrebbe caratterizzare il recente intervento delle Sezioni Unite. Se da un lato la Suprema Corte subordina infatti l'azionabilità delle pretese dei creditori alla conclusione della procedura concorsuale ed al successivo accertamento da parte del giudice penale della loro buona fede, dall'altro prevede che in caso di confisca lo Stato possa insinuarsi al passivo e che debba venire soddisfatto solo dopo che siano salvaguardati i diritti dei terzi in buona fede. Le ricadute in termini strettamente applicativi paiono dunque manifeste, laddove è pacifico, in pendenza di procedimento penale *ex d.lgs. 231/2001* a carico dell'ente fallito, che al curatore fallimentare sia sottratta qualsivoglia valutazione in ordine all'effettiva terzietà e buona fede dei creditori ammessi al passivo fallimentare, con la conseguenza di un'ineludibile paralisi dell'*iter* fallimentare che, per la sua definitiva conclusione, dovrebbe poter quindi attendere non solo il passaggio in giudicato della sentenza definitiva del procedimento penale *ex d.lgs. 231/2001* (e dell'eventuale confisca), ma anche lo svolgimento degli eventuali incidenti di esecuzione promossi dai singoli creditori al fine del riconoscimento della loro piena «buona fede». Ciò che allora si andrebbe configurando è una sorta di «pregiudiziale» penale rispetto alla procedura fallimentare in cui il ruolo del curatore rimarrebbe relegato a mero «esecutore» delle decisioni del giudice penale, non potendo lo stesso farsi portatore (neppure in fase cautelare) delle pur legittime pretese del ceto creditorio che resterebbero così rimesse all'iniziativa di azioni individuali e «parcellizzate»: incompatibili (perciò) con un più razionale approccio improntato a principi (*in primis*) di economia processuale.



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore



Sistema bibliotecario e documentale

my Libr@ry

→ BiblioCHAT → HOME → AIUTO → NUOVA RICERCA

Nuova ricerca
 Richiedi / Prenota
 Esporta
 Ritorna all'elenco
 Modifica la ricerca
 Records simili per soggetto
 Altra ricerca

Parole chiave di base

Limita la ricerca alle copie disponibili

6 risultati trovati. Ordinati per rilevanza | data | titolo.

Visualizza Record: Precedente Successivo

Titolo **La responsabilità amministrativa delle società e degli enti.**

Pubblicazione Torino : Plenum, 2006-

Descrizione v. ; 24 cm.

Periodicità del seriale corr. Trimestrale

Numerazione del seriale A. 1, n. 1 (gen./mar. 2006)-

Nota Direttore responsabile: Marco Levis.
Descrizione basata su: A. 3, n. 1 (gen./mar. 2008).
Pubblicato anche online.

Soggetto Italia. D. Lgs. n. **231** (2001) -- Periodici.
Società (Diritto e economia) -- Responsabilità -- Periodici.
Aziende -- Responsabilità penale -- Periodici.
Reati societari -- Periodici.

Altro titolo **Rivista 231**
Rivista231
231

Decreto legislativo **231/2001**

ISSN 2239-2416

More info

Per eventuali informazioni aggiuntive utilizza le seguenti risorse (oppure fai click sul bottone **MORE INFO**):

Cerca riferimenti per *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*. in Google Scholar

Ubicazione	Deposito Centrale 1 - Milano
Posseduto	A. 1(2006)-
Ultima annata in:	Sala riviste
Casella	MSP-U-1471
Collocazione	PER-MI-012217
Ultimi ricevimenti:	Ottobre- Dicembre 2016 a. 11 no. 4

Ubicazione	Collocazione	Stato	Note
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2015 a. 10 n. 4	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2015 a. 10 n. 3	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2015 a. 10 n. 2	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2015 a. 10 n. 1	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2014 a. 9 n. 4	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2014 a. 9 n. 3	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2014 a. 9 n. 2	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2014 a. 9 n. 1	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2013 a. 8 n. 4	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE
Deposito Centrale 1 - Milano	PER-MI-012217 2013 a. 8 n. 3	DISPONIBILE	SOLO CONSULTAZIONE

URL Permanente del record