

PERCORSI INTERPRETATIVI IN TEMA DI PROFITTO DEL REATO NELLA CONFISCA

di Riccardo Borsari

(Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Padova)

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. La nozione di profitto confiscabile: a) il nesso di pertinenzialità con il reato; – 3. (segue) la confisca di denaro e di altri beni fungibili. – 4. b) I profili strutturali del profitto; – 5. (segue) profitto immateriale e prospettico/futuro. Profitto-risparmio di spesa. – 6. Fenomenologia del profitto confiscabile: reati senza profitto?

1. Appartiene alle convinzioni oramai ben radicate l'idea che un'efficace strategia di contrasto alla criminalità economica debba guardare soprattutto a misure che colpiscono il profitto¹, che ne costituisce l'"in sé"². Si iscrive in questa prospettiva la pressoché incessante proliferazione di "nuove confische", plasmate su multiformi scopi politico-criminali, sovente di ispirazione sovranazionale³, le quali, nel tentativo

¹ V. F. Menditto, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.2.2015.

² L. Baron, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.5.2018.

³ Per una disamina di ampio respiro sull'evoluzione dell'istituto nel panorama internazionale, v. F. Vergine, *Confisca*, in *DigDPen*, IX Agg., 2016, 179 ss.; L. Picotti, *Profili critici della confisca e prospettiva europea*, in *RTrimDPenEc* 2010, 359 ss. La centralità della confisca nella lotta al crimine del profitto da parte del Legislatore sovranazionale è dimostrata dall'intensificarsi dei provvedimenti in materia, tra cui meritano menzione, per limitarsi ai più recenti, la Direttiva 2014/42/UE (attuata tramite il d. lgs. 29.10.2016 n. 202), che, tra l'altro, impone agli Stati membri la confisca non solo dei "proventi diretti", ossia di ogni vantaggio economico derivato dai reati e di ogni successivo reinvestimento o trasformazione dello stesso, ma anche di tutti gli utili, anche indiretti, che derivino dai proventi dell'illecito, nonché una forma di confisca allargata in seguito a condanna fondata sulla prova dell'origine illecita dei beni da confiscare (cfr. A.M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.9.2014); e il recente Regolamento (UE) 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca (v. A.M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca: un importante passo in avanti in termini di cooperazione ed efficienza*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.12.2018; Id., *Prime osservazioni sulla nuova "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.2.2017).

di porre rimedio alle lacune del modello delineato dall'art. 240 Cp, finiscono per allontanarsene e discostarsene profondamente⁴.

La confisca ex art. 240 Cp, problematicamente annoverata tra le misure di sicurezza⁵, si è, come noto, nel tempo rivelata inadatta a fronteggiare le forme per così dire evolute di criminalità del profitto, laddove consente l'apprensione del profitto stesso soltanto in via discrezionale e previa dimostrazione del nesso di pertinenzialità col commesso reato, richiedendosi, invece, nuove forme di ablazione dirette a privare in ogni caso l'autore di quanto illecitamente percepito⁶.

Sono state perciò via via introdotte nell'ordinamento, con una più evidente connotazione punitivo-repressiva⁷, molteplici ipotesi speciali di confisca obbligatoria

⁴ V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *RIDPP* 2015, 1259 s.

⁵ Come noto, in letteratura la natura della confisca "tradizionale" è controversa sin dall'entrata in vigore del codice penale. Parte della dottrina, infatti, non ne condivide la qualificazione in termini di misura di sicurezza, per attribuirle, piuttosto, natura punitiva (A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *DigDPen*, III, 1989, 44; N. Baiocchi, *La confisca: sanzione amministrativa o misura di sicurezza*, in *AP* 1985, 549), espropriativa (M. Di Lorenzo, *Dal procedimento di impugnazione alla natura giuridica della confisca*, in *Temi* 1957, 144 s.), di sanzione civile nel processo penale (F. Cavalla, *La confisca di cose appartenenti all'estraneo al reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato*, in *GP* 1964, III, 106), di sanzione amministrativa (U. Ardizzone, *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa (in tema di confisca di automezzi di proprietà di terzi estranei al reato)*, in *GP* 1948, II, 83) o, infine, di provvedimento di polizia di carattere obiettivo (G. Sabatini, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli 1947, 254). Altri autori, invece, ne rilevano la funzione polivalente: A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 569 ss.; E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino 2012, 29. Per contro, la giurisprudenza ha sempre riconosciuto nella confisca disciplinata dall'art. 240 Cp, in aderenza alla scelta operata dal Legislatore, la natura di misura di sicurezza patrimoniale fondata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità delle cose servite o destinate a commettere il reato o delle cose che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, e finalizzata a prevenire la commissione di ulteriori reati, ancorché i corrispondenti effetti ablativi si risolvano sostanzialmente in una sanzione pecuniaria: cfr., per tutte, Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, *Fisia Italmobiliari S.p.A.*, in *DPP* 2008, 1263, con commento di T.E. Epidendio, A. Rossetti, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*; Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, *Lucci*, in *DPP* 2015, 1107. Così anche la giurisprudenza costituzionale: v., *ex multis*, C. Cost., 17.7.1974 n. 229 e 29.12.1976 n. 259, in www.giurcost.org. Per una panoramica completa G. Grasso, sub *art. 240 Cp*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, III, *Art. 150-240*, Milano 2011, 606 ss.; A.M. Maugeri, sub *art. 240*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, Padova 2017, 802 ss.

⁶ In particolare, la facoltatività della confisca del profitto non è più sembrata razionalmente giustificabile nell'ambito del "diritto penale moderno", che si pone come obiettivo primario la lotta contro l'accumulo dei capitali illeciti: L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova 1997, 25 ss.

⁷ Il tema, per vero assai controverso e complesso, della natura della confisca non può venire qui approfondito. Ci si limita a evidenziare come la previsione dell'obbligatorietà della confisca del profitto, anche per equivalente, ne accentua la caratterizzazione punitivo-repressiva, funzionale all'espiazione della *res* a prescindere dalla sua idoneità a condizionare la condotta del reo per il futuro: cfr. D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, cri-*

del profitto, accompagnate da altre che, allentando il legame con il reato, impongono, qualora non sia possibile la confisca diretta del profitto (o del prezzo), l'apprensione di (altri) beni nella disponibilità del reo per un valore corrispondente allo stesso (confisca per equivalente o di valore).

La confisca obbligatoria, anche per equivalente, del profitto è inoltre prevista come «sanzione» principale nell'ambito del sistema di responsabilità da reato degli enti ex d. lgs. 8.6.2001 n. 231⁸.

Il Legislatore, infine, ha dato vita a ulteriori tipologie di confisca, dalla natura ancor più controversa, le quali si allontanano a maggior ragione da quella “tradizionale” in quanto, riguardando beni posseduti in sproporzione rispetto ai redditi dichiarati e all'attività economica esercitata, di cui non risulti provata la legittima provenienza, prescindono da qualsivoglia nesso di derivazione dell'oggetto dal reato⁹: la confisca penale “allargata” (art. 12 *sexies* d.l. 8.6.1992 n. 306, convertito in l. 7.8.1992 n. 356, riformata dalla l. 17.10.2017 n. 161 e trasfusa nel nuovo art. 240 *bis* Cp dal d. lgs. 1.3.2018 n. 21 sulla c.d. “riserva di codice”), che presuppone una sentenza di condanna o di patteggiamento per un'ampia gamma di delitti (in costante espansione)¹⁰; e la

minimalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche, Bologna 2007, *passim*; F. Mazza-cuva, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale “classico” e diritto penale “moderno”*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi, A. Cisterna, II, Torino 2011, 237 ss. La giurisprudenza sembra peraltro ormai assestata nell'attribuire natura sanzionatoria alla sola confisca per equivalente, mentre la confisca diretta del profitto, ancorché in via obbligatoria, viene ritenuta una misura di sicurezza al pari della confisca del prezzo del reato: v., per tutte, Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit. In generale, sulla confisca per equivalente, v. A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2011, 791 ss.; P. Auriemma, *La confisca per equivalente*, in www.archiviopenale.it, 20.4.2014, 1 ss.

⁸ Letteratura vastissima, v. T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema di responsabilità degli enti*, Padova 2011, 126 ss.; Id., *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *RespAmmSocEnti* 2011, 19 ss. V. anche E. Fusco, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *RespAmmSocEnti* 2007, 61 ss.; Id., *Riflessioni su sequestro e confisca in materia di criminalità economica*, ivi, 2007, 1, 17 ss.; R. Bricchetti, *La confisca nel procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato*, ivi, 2006, 7 ss.; M. Nunziata, *La confisca penale: dal Codice Rocco al Progetto della «Commissione Nordio»*, in *CP* 2006, 1216 ss.

⁹ Interessante la prospettazione di acuta dottrina che propugna, con particolare riguardo a tali forme di confisca, l'inadeguatezza della tradizionale concettualizzazione in termini di natura sanzionatoria o di misura di sicurezza, segnalando l'esigenza di accedere a concetti giuridici «nuovi», come ad esempio quello di «confisca di patrimoni», nella comprovata insufficienza di quelli classici: T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale*, cit., 98 s.

¹⁰ La collocazione dell'istituto è fortemente controversa in dottrina, la quale oscilla tra qualificazione in termini di misura di sicurezza (A. Ardituro, F. Cioffi, *La confisca ordinaria, per sproporzione e per equivalente nel processo di cognizione ed esecuzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., II, 126 ss.) e affermazione della natura sostanzialmente sanzionatoria, repressiva e afflittiva con finalità generalpreventiva (A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 517 ss., cui si rinvia per importanti approfondimenti; E. Squillaci, *La confisca «allargata» quale fronte avanzato di neutralizzazione*

confisca «di prevenzione» (art. 2 *ter* l. 31.5.1965 n. 575, introdotto dall'art. 14 l. 13.9.1982 n. 646, e confluito nell'art. 24 d. lgs. 6.9.2011 n. 159), che può persino prescindere da una decisione in sede penale ed è problematicamente legata alla ritenuta pericolosità del soggetto, secondo criteri tipizzati dalla legge in chiave sempre più estensiva¹¹.

dell'allarme criminalità, in *DPP* 2009, 1525). La Suprema Corte, invece, ne ha ribadito a più riprese la natura di misura di sicurezza, seppure atipica: Cass. S.U. 17.7.2001 n. 29022, in *RP* 2001, 718 ss., ove è stata definita «misura di sicurezza atipica con funzione dissuasiva», assimilabile alla confisca di prevenzione. In altra pronuncia, le stesse Sezioni Unite hanno riconosciuto la polifunzionalità dell'istituto quale misura *sui generis*, in cui si fondono componenti punitive e specialpreventive: cfr. Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, cit. La l. 161/2017 ha riformato in maniera significativa la confisca penale allargata, assimilandone la disciplina a quella della confisca di prevenzione. Il Legislatore ha sancito così, da un lato, la sua applicazione nel procedimento di esecuzione, nonché in caso di prescrizione e di morte del condannato; dall'altro, ne ha ulteriormente esteso la portata a fattispecie estranee alla logica originaria: v. A.M. Maugeri, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *AP*, Suppl. al n. 1/2018, 235. Per approfondimenti v., in generale, D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., *passim*; L. Fornari, *op. cit.*, 207 ss.; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 4 ss.

¹¹ La dottrina è tradizionalmente divisa tra la natura preventiva (E. Amodio, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *GP* 1985, III, 632; G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *DigDPen*, VIII, 1994, 123) e la natura sanzionatoria (A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di C. Palazzo, C.E. Paliero, Padova 2007, 1775) dell'istituto. Secondo parte della giurisprudenza la confisca di prevenzione è da ricondursi «nell'ambito di quel tertium genus costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza»: così Cass. S.U. 3.7.1996 n. 18, in *CP* 1996, 3609. Conf. Cass. S.U. 8.1.2007 n. 57, in *DPP* 2007, 1297, con nota di A.M. Maugeri, *La revoca ex tunc come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*. Sulla ratio e la natura giuridica è di recente intervenuta pure la Corte Costituzionale, con le sentenze nn. 24 e 25 del 2019 (depositate il 27 febbraio; anche in www.penalecontemporaneo.it, 4.3.2019, con nota di S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*). La questione in ordine alla qualificazione giuridica della confisca di prevenzione si è riproposta a seguito delle riforme dell'ultimo decennio, che, tra l'altro, hanno sancito l'abrogazione del requisito dell'«attualità» della pericolosità per le misure patrimoniali – che, quindi, sono oggi applicabili anche nei confronti di soggetti non (più) pericolosi o agli eredi (art. 18 cod. ant.) – ad opera del d.l. 23.5.2008 n. 92, convertito in l. 24.7.2008 n. 125, e la sostanziale “emancipazione” delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle personali, attraverso l'estensione della confisca di prevenzione alle forme di criminalità “generica” (ovverossia estranee alla criminalità organizzata), tramite la l. 15.7.2009 n. 94 (v. A.M. Maugeri, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino 2009, 476 ss.). Nondimeno, le Sezioni Unite della Suprema Corte ne hanno recentemente rivendicato la natura meramente preventiva: Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, in www.penalecontemporaneo.it, 15.7.2015, con nota critica di F. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*. Per approfondimenti v., in generale, F. Menditto, *op. cit.* Per una riflessione critica alla luce delle più recenti riforme, v. A. Macchia, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *CP* 2016, 2719 ss., secondo il quale, in particolare, è difficile poter accomunare sotto un'unica (e «comoda») etichetta prevenzionale la misura della confisca

La confisca ha dunque progressivamente assunto nel tempo una connotazione ibrida e marcatamente proteiforme¹², mossa da istanze diverse e difficilmente riducibili, che volta a volta si scompongono e ricompongono¹³, «al punto che dietro l'unico *nomen iuris* di “confisca” s'annidano istituti tra loro estremamente eterogenei, per struttura e per finalità, accomunati solo sul piano dell'effetto prodotto: l'ablazione della *res* oggetto di confisca»¹⁴, con notevoli ripercussioni anche di ordine pratico quanto all'individuazione della disciplina applicabile¹⁵.

applicata nei confronti di soggetti caratterizzati da pericolosità “specificata” (quali i soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, o, più in generale, nei confronti di quanti si trovino inseriti in organizzazioni criminali), rispetto ai soggetti a pericolosità “generica” (principalmente riferita a coloro che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi, sulla base di «elementi di fatto», vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose).

¹² Così A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano 2006, 2107. Lo stesso Autore, peraltro, si esprimeva già trent'anni fa in termini di «sfrangiamento» del tipo confisca, orientato a lasciare il posto a una serie di «misure del tutto nuove, che con l'antica hanno (equivocamente) in comune poco più che il dato nominalistico»: v. A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., 42. Più di recente, hanno rimarcato l'evoluzione rapida e improvvisa che ha caratterizzato la confisca (specie) negli ultimi anni, conferendole caratteri assai variegati e tali da renderne ardua una ricostruzione organica e da suggerire il riferimento al plurale «confischi», tra gli altri, D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., *passim*; F. Vergine, *Il “contrasto” all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova 2012, *passim*; A. Macchia, *op. cit.*, 2719 ss.

¹³ F. Mazzacava, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca*, cit., 237 ss. Sul punto, pare utile, con i limiti connotati alla natura del presente contributo, soltanto richiamare le possibili finalità e i possibili effetti riconducibili alla confisca (sovente compresenti e/o combinati tra di loro): un *fine compensativo/riparatorio* (ripristino della situazione anteriore al reato, in particolare sotto forma di riequilibrio patrimoniale: F. Sgubbi, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *GComm* 2005, 357 ss.); un *fine specialpreventivo* (principalmente sotto forma di sottrazione di cose utilizzabili per la commissione di ulteriori reati o attività illecite); un *fine punitivo/sanzionatorio/generalpreventivo* (inflizione di una conseguenza negativa in chiave deterrente: E. Nicosia, *op. cit.*, 21). Sulle proposte di modifica contenute nei progetti di riforma codicistica elaborati in passato dalle Commissioni appositamente istituite, ove la confisca è stata considerata come *tertium genus* rispetto alle pene e alle misure di sicurezza, oppure articolata in diverse specie in base all'oggetto, a seconda, cioè, che essa riguardi cose intrinsecamente illecite, il profitto del reato o lo strumento utilizzato per commetterlo, v. M. Nunziata, *Linee evolutive della confisca penale: progetti di riforma e tendenze di politica criminale*, in *IP* 2004, 981 ss. La plurivocità della confisca è stata sovente riconosciuta anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., *ex pluribus*, Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, cit.) e costituzionale (cfr. C. cost., 25.5.1961 n. 29 e C. cost., 4.6.1964 n. 46, entrambe in www.giurcost.org, ove la natura dell'istituto viene definita varia e spesso difficilmente definibile, in quanto l'ablazione dei beni può rinvenire svariate giustificazioni ed essere indirizzata a finalità diverse). Sempre in relazione alle difficoltà connesse alla plurivocità della confisca in rapporto alle applicazioni giurisprudenziali che ne derivano cfr. A. Melchionda, *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, in *RIDPP* 1977, 334 ss.

¹⁴ L. Baron, *op. cit.*, 39.

¹⁵ È appena il caso di puntualizzare che proprio l'analisi delle funzioni concretamente assolte dalla misura – e, quindi, della sua natura – ne orientano la determinazione del relativo statuto. In tale prospettiva si colloca anche la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale si atte-

Sotto quest'ultimo aspetto, la perimetrazione della *res* oggetto dell'apprensione coattiva nel caso concreto ha progressivamente assunto un ruolo decisivo nell'operazione qualificatoria funzionale alla ricostruzione del regime delle diverse confische¹⁶, siccome dimostra la vera e propria deflagrazione della questione definitiva che ha segnato la diffusione nell'ordinamento di nuove fattispecie di ablazione obbligatoria del profitto¹⁷. In tale ambito, difatti, anche una volta ammessa la tendenziale equivalenza – oggi sostanzialmente condivisa – tra “profitto” e “vantaggio economico” derivante dal reato, l'esegesi delle scarse formule linguistiche adottate dal Legislatore nel 1930 («cose che [“del reato”] ne sono [...] il profitto») e negli ultimi decenni («beni che [del reato] ne costituiscono il profitto») rimane particolarmente con-

sta sulla distinzione tra le nozioni di riparazione, prevenzione e punizione (per tutti, V. Manes, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *CP* 2011, 535) e tende a inquadrare la confisca come espressione del fenomeno sanzionatorio (F. Mazzacuva, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca*, cit., 237 ss.). Emblematica, sul punto, la vicenda che ha interessato la confisca in materia urbanistica, divenuta oggetto negli ultimi anni di un acceso confronto giurisprudenziale: v. C. Eur., 20.1.2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, in *CP* 2009, 3183, con nota di A. Balsamo, C. Parasporo, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*; e in *DPP* 2009, 1540, con nota di F. Mazzacuva, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi della sentenza su Punta Perotti*. Tale pronuncia aveva riconosciuto il carattere “punitivo” della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite, prevista dall'art. 44 co. 2 d.P.R. 6.6.2001 n. 380. In senso conforme la successiva C. Eur., 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.11.2013, con nota di F. Mazzacuva, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'Art. 7 CEDU*, secondo cui l'applicazione di tale forma di confisca, in assenza di una sentenza penale di condanna, viola il principio di legalità e il principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6 § 2 Cedu. Tuttavia, la Corte Costituzionale non ha condiviso il principio, ritenendo che, ai fini dell'applicazione della confisca avente natura punitiva, sia sufficiente l'accertamento della responsabilità da un punto di vista sostanziale e svincolato dalla forma assunta dal provvedimento, il quale può anche consistere in una sentenza di proscioglimento per prescrizione: C. Cost., 26.3.2015 n. 49, in www.penalecontemporaneo.it, 2.4.2015, con nota di A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*. La successiva sentenza C. Eur. GC, 28.6.2018, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.7.2018, con nota di A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, ha infine sancito la compatibilità con l'art. 7 Cedu della confisca urbanistica disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali (verifica circa la sussistenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, del reato di lottizzazione abusiva). Secondo la Corte, tuttavia, l'attuale disciplina italiana viola l'art. 7 Cedu quanto alla possibilità di disporre la confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica che non abbia preso parte al procedimento penale, nonché l'art. 1 Prot. Add. Cedu per il carattere sproporzionato della misura.

¹⁶ D. Fondaroli, *La natura poliedrica della confisca*, in www.archiviopenale.it, 16.4.2019, specie 6 ss.; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *RIDPP* 2015, 721, secondo cui, mutando il referente materiale o economico dell'ablazione e la sua perimetrazione semantico-concettuale, finisce, di norma, per variare anche la funzione prevalente della confisca (ad esempio, a seconda che il profitto del reato venga assunto come “ricavo lordo” o “profitto netto”, muta sensibilmente l'impatto affittivo della misura ablativa).

¹⁷ L. Baron, *op. cit.*, 38.

trovera ed esposta alle incertezze e contraddizioni della prassi giudiziale, alimentate da una certa indeterminatezza della disciplina legale¹⁸.

Ne deriva un quadro giurisprudenziale assai composito, frequentemente attraversato da tendenze espansive, di complessa sistemazione.

2. Un primo profilo tradizionalmente dibattuto in ordine alla nozione di profitto confiscabile ruota attorno alla delimitazione del cosiddetto nesso di pertinenzialità, ovvero la imprescindibile relazione che nella confisca diretta deve sussistere tra il reato e l'utilità che ne è derivata (alla stregua dell'art. 240 co. 1 Cp e delle altre norme speciali, infatti, il profitto deve essere «*del reato*»). La questione è ispirata, nella perdurante assenza di parametri oggettivi fissati in via legislativa, da logiche efficientistiche.

Si confrontano, con varietà d'accenti e sfumature, due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Per lungo tempo la Cassazione, anche a sezioni unite, ha pressoché costantemente ritenuto che il profitto confiscabile fosse solamente quello derivante in via immediata e diretta dal reato, sulla base di un rapporto causa-effetto (cosiddetta "concezione causale del profitto", sentenze Chabni, Montella, Focarelli, Romagnoli e Muci)¹⁹. È questa un'impostazione mossa essenzialmente dall'esigenza di assicurare il

¹⁸ In questi termini V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., 717. Cfr. F. Mucciarelli, *Profili generali - Commento all'art. 240 Cp*, in *Codice delle confische*, a cura di T.E. Epidendio, G. Varraso, Milano 2018, 139, e Relazione 41/14 Ufficio Massimario della Corte di Cassazione, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, dove, peraltro, correttamente si rileva che stabilire cosa debba intendersi per profitto in quanto oggetto della confisca "diretta" condiziona profondamente pure l'individuazione dell'ambito applicativo della confisca "per equivalente", la quale non può essere adottata senza prima aver appurato l'impossibilità di procedere all'ablazione in via diretta: all'espansione della nozione di profitto consegue, dunque, per un verso, una corrispondente dilatazione dell'ambito applicativo della confisca diretta; per l'altro, un'inevitabile riduzione di operatività della confisca per equivalente.

¹⁹ Cass. S.U. 3.7.1996 n. 9149, Chabni, in *CP* 1997, 971, con nota di D. Carcano, *Quando le Sezioni unite non vogliono decidere. Una complessa motivazione per una decisione non risolutiva*; Cass. S.U. 17.12.2003 n. 920, Montella, in *CP* 2004, 1182, con nota di G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies: dall'esclusione del nesso pertinenziale al rafforzamento dei presupposti*; Cass. S.U. 24.05.2004 n. 29951, Focarelli, in *FallProcConc* 2005, 1265, con nota di F.M. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*; Cass. S.U. 24.05.2004 n. 29952, Romagnoli, in *CP* 2005, 3933, con nota di D. Vitiello, *Sui limiti del giudicato cautelare*; Cass. S.U. 25.10.2005 n. 41936, Muci, in *GI* 2006, 2402, con nota di D. Rocchi, *Sulla confiscabilità per valore equivalente al profitto dei reati previsti dall'art. 640 quater Cp*. Il principio trova la sua primigenia formulazione nell'oramai risalente Cass. 2.4.1979 n. 9091, in *CP* 1980, 1523, che ha ritenuto illegittima la confisca del complesso immobiliare realizzato su un terreno il cui sfruttamento edilizio era stato agevolato da un provvedimento amministrativo viziato dalla partecipazione alla relativa delibera, in veste di pubblico ufficiale competente, di persona condannata per interesse privato in atto di ufficio. Nella medesima prospettiva, v., altresì, Cass. 4.11.2003 n.

rispetto del principio di legalità (*sub specie* di tassatività/determinatezza) – il quale risulterebbe, altrimenti, frustrato dall'attribuzione di eccessivi margini di discrezionalità all'interprete – e che autorevole dottrina aveva fondato su ragioni di carattere garantistico rese più urgenti dalla natura sanzionatoria attribuita alla misura²⁰.

Il rigore di tale concezione è stato mitigato dalla Suprema Corte a sezioni unite con la sentenza Miragliotta²¹, la quale, aderendo alla prospettazione di alcune pronunce delle sezioni semplici²² e di parte della dottrina²³, ha ricompreso nella nozione di profitto non soltanto i beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto e immediato dell'illecito, ma anche quelli derivanti dal loro impiego-trasformazione in altri (nel caso di specie, l'immobile acquistato col denaro profitto di concussione); ciò, tuttavia, a condizione che detto impiego-trasformazione, da un lato, sia comunque ricollegabile in modo diretto al reato, mediante l'individuazione del profitto originario e l'accertamento dei passaggi attraverso i quali fosse avvenuto l'impiego-trasformazione dello stesso; dall'altro, sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, nel senso che abbia voluto quell'impiego-trasformazione²⁴. In tale arresto, i Giudici di legittimità hanno argomentato in base alla natura di misura di sicurezza espressamente attribuita all'istituto dall'art. 240 Cp

46780, in *CP* 2005, 1250, che, in un caso di corruzione di funzionari di cancelleria ad opera di avvocati, finalizzata a pilotare l'assegnazione di procedure esecutive a magistrati, estranei all'accordo criminoso, maggiormente propensi a liquidare in misura più elevata i compensi legali, aveva escluso la confiscabilità dei compensi liquidati dagli stessi magistrati nell'esercizio del loro potere discrezionale.

²⁰ A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., 52.

²¹ Cass. S.U. 25.10.2007 n. 10280, Miragliotta, in *DPP* 2008, 1295, con commento di R. Lottini, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p.*

²² Cass. 21.10.1994 n. 4114, Giacalone, in *CP* 1996, 2315, che ha considerato profitto del reato soggetto a confisca un appartamento acquistato con i proventi della concussione; Cass. 18.6.2004 n. 32381, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che ha ritenuto legittimo il sequestro in forma specifica ex art. 640 *quater* Cp di impianti aziendali realizzati investendo le somme indebitamente percepite attraverso il reato di cui all'art. 640 *bis* Cp.

²³ In questo senso già V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, a cura di P. Nuvolone, Torino 1981, 389, che esemplifica citando i casi del denaro ricavato dalla vendita delle cose rubate e degli acquisti fatti con denaro rubato.

²⁴ Nello stesso senso, più di recente, Cass. 16.11.2018 n. 7334, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>: «In tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 322 *ter* Cp, costituisce profitto del reato anche il bene immobile acquistato con somme di denaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo»; Cass. 15.12.2017 n. 7896, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>: «In tema di confisca disposta ai sensi dell'art. 322 *ter* Cp, il bene immobile costruito con l'immediato reimpiego del provento del delitto di malversazione ai danni dello Stato costituisce il "profitto" del reato e, pertanto, è suscettibile di confisca diretta e non per equivalente (in motivazione, la Corte ha precisato che, qualora l'immobile sia stato realizzato solo in parte con il reimpiego delle somme provento del reato di cui all'art. 316 *bis* Cp, la confisca deve essere limitata all'importo delle somme illecitamente conseguite)».

e alle intenzioni dei compilatori del Codice Rocco, che avevano esteso la nozione di profitto a tutte le utilità perseguite dal reo tramite la commissione del reato²⁵; una tale conclusione, peraltro, è stata ritenuta in linea con gli strumenti di diritto sovranazionale in materia di repressione della criminalità economica, che prevedono la confisca dei beni anche solo indirettamente derivati dal reato (“proventi” del reato)²⁶. In definitiva, si riconosce la confiscabilità in via diretta dei cosiddetti surrogati (cioè, dei beni in cui il profitto viene impiegato/trasformato), ma tale estensione del nesso di pertinenzialità trova il suo limite estremo nel requisito di immediatezza del reimpiego e nell’attribuibilità dello stesso all’autore, sì da garantirne, in buona sostanza, la «“riconoscibilità” probatoria»²⁷.

²⁵ La sentenza richiama espressamente il passo della Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale secondo cui «non può limitarsi, nel caso di condanna, la confisca alle sole cose che sono il prodotto del reato, sussistendo uguale motivo di applicabilità del provvedimento riguardo al profitto, ottenuto mediante l’azione criminosa. Le utili trasformazioni dell’immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era obiettivo del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni» (*Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, I, 280).

²⁶ La motivazione ricorda espressamente la Convenzione ONU di Vienna del 20 dicembre 1988 in materia di traffico illecito di stupefacenti, la Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e la decisione-quadro UE del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato.

²⁷ F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.4.2015, 4. Una parziale apertura verso i cosiddetti “surrogati” si riscontra peraltro anche nell’ambito della tesi più restrittiva: v. A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., 52, il quale ammette l’estensione della nozione sino al bene ottenuto dal primo rapporto di scambio con il bene oggetto dal reato e solo da questo, senza ulteriore espansione. Conforme, in giurisprudenza, Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, cit., ove in motivazione si sostiene l’ammissibilità del sequestro funzionale alla confisca: «Allorquando la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l’attività criminosa sia ogni qual volta sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare». Rileva l’incoerenza di tale estensione con le premesse di partenza R. Lottini, *op. cit.*, 1303, del quale pare utile riportare per esteso il ragionamento: «Delle due l’una: o si ritiene che il bene oggetto di confisca debba avere un collegamento immediato con il reato e si limita il profitto al solo bene su cui ha avuto diretta incidenza l’illecito oppure si ammette una nozione di profitto ampia, come consente l’ambito semantico dell’espressione, rispetto alla quale però la limitazione al solo primo rapporto di scambio appare arbitraria. Non si capisce – per riportare un esempio analogo a quello del caso di specie – perché debba considerarsi profitto l’immobile acquistato con i soldi ottenuti dalla concussione (oggetto del primo rapporto di scambio) e non invece l’appartamento ottenuto dalla permuta con detto immobile (oggetto del secondo rapporto di scambio). Così come non si riesce a comprendere perché debbano qualificarsi profitto del reato i titoli azionari acquistati con il denaro ottenuto dalla malversazione a danno dello Stato e non anche il denaro ottenuto dalla vendita di questi. È pur vero che appare indispensabile definire con certezza i contorni dell’oggetto della confisca, altrimenti suscettibili di espansione indefinita: lo impone il principio di determinatezza che non può non informare la disciplina dell’istituto in parola. Ma la soluzione sembra doversi ricercare altrove. Non è tanto il numero di trasformazioni che incide sulla possibilità di qualificare un determinato bene co-

L'anno successivo le Sezioni Unite sono ritornate sull'argomento con la nota sentenza Fisia Italimpianti S.p.A. per riaffermare, in materia di confisca-sanzione ex art. 19 d. lgs. 231/2001²⁸, l'orientamento della pronuncia Miragliotta sulla scorta, in particolare, della considerazione per cui il reo non può sottrarsi alla confisca ricorrendo «all'*escamotage* di trasformare l'identità storica del medesimo profitto, che rimane comunque individuabile nel frutto del reimpiego, anch'esso causalmente ricollegabile in modo univoco, sulla base di chiari elementi indiziari evincibili dalla concreta fattispecie, all'attività criminosa». Nell'occasione, peraltro, la Corte ha voluto rimarcare la necessità di un rapporto diretto tra profitto e reato, che ha come corollario «l'esigenza di differenziare, sulla base di specifici e puntuali accertamenti, il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito (profitto non confiscabile)»²⁹.

L'anno seguente ancora le Sezioni Unite, con la sentenza Caruso, in materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto derivante dal reato di peculato, hanno ribadito ulteriormente, quanto alla confisca dei "surrogati", i principi affermati nella pronuncia del 2007³⁰.

Un deciso, per vero assai problematico, ampliamento della nozione di profitto è arrivato invece dalla celebre (e discussa) sentenza Gubert³¹ del 2014, in cui – come si avrà modo di vedere nel prossimo paragrafo – la Suprema Corte, sempre a sezioni unite, ha sancito la generale confiscabilità, in via diretta, del denaro e degli altri beni fungibili, anche a prescindere dalla prova del nesso di derivazione dall'illecito. La portata del principio viene persino estesa dai Giudici attraverso un acritico richiamo, in motivazione, a un precedente del 2008, in cui la Seconda Sezione aveva dilatato il *dictum* della sentenza Miragliotta sino a identificare il profitto del reato di truffa aggravata, commessa in relazione a un contratto di appalto, nell'incremento

me "profitto" del reato, quanto l'esistenza di un collegamento certo (oggettivo e soggettivo) tra il bene stesso e l'illecito posto in essere. Ciò che conta, dunque, è che il nesso sia accertato con estremo rigore, individuando tutti i passaggi e le trasformazioni che caratterizzano il bene (ad es. denaro) su cui ha avuto immediata incidenza il reato, letti alla luce di quello che era l'obiettivo che il reo si era prefissato, escludendo il collegamento quando non possa negarsi con certezza che gli acquisti successivi siano caratterizzati dall'intervento di fattori diversi che si sono sovrapposti, in modo non trascurabile, a quelli di diretta provenienza dell'illecito».

²⁸ Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.A., cit.

²⁹ V. *infra*, par. 4.

³⁰ Cass. S.U. 25.6.2009 n. 38691, Caruso, in *CP* 2010, 90, con nota di V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem (sull'art. 322-ter, comma 1, c.p.: solo del "prezzo", non del "profitto")*.

³¹ Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert, in *Soc* 2014, 862, con nota di R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*.

dell'avviamento commerciale della impresa aggiudicataria in quanto «vantaggio economico che la società ritrae, sia pure in forma indiretta e mediata, come conseguenza dell'attività criminosa alla stessa riferibile»³². Un'apertura, dunque, neppure troppo implicita, alla confiscabilità di tutta la gamma dei vantaggi patrimoniali indiretti o mediati che possono scaturire dall'illecito (cosiddetto “profitto dinamico”)³³, anche ben oltre i “surrogati”, come gli importi risultanti da investimenti successivi in attività lecite (ad esempio, la plusvalenza di un investimento finanziario acquisito con le somme percepite quale tangente) o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura del reato (ad esempio, il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita dall'aggiudicataria in favore della controparte nell'ambito di un appalto illecito)³⁴.

Siffatta impostazione è stata assai criticata in dottrina, in quanto si risolve nella sostanziale elisione del requisito della pertinenzialità, con conseguente violazione dei principi di legalità (*sub specie* di tassatività/determinatezza) e colpevolezza, ancor più laddove si riconosca natura sanzionatoria quantomeno alla confisca di valore (che pure presuppone l'identificazione del profitto alla stregua del nesso di derivazione), e di scivolamento (analogico) verso la confisca generale del patrimonio³⁵.

La tesi della confiscabilità delle utilità indirette o mediate è stata peraltro ribadita incidentalmente dalle Sezioni Unite, lo stesso anno, nel processo TyssenKrupp³⁶, ancorché in relazione a un'ipotesi di confisca *ex art. 19 d. lgs. 231/2001* (non diretta bensì) di beni per valore equivalente ai costi non sostenuti per l'omessa installazione di misure prevenzionistiche in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Di lì a poco, le stesse Sezioni Unite sono peraltro tornate, con la celebre sentenza Lucci³⁷, a ribadire, seppure incidentalmente e con l'eccezione rappresentata dalla confisca del denaro e degli altri beni fungibili, il principio secondo cui il profitto è solo il vantaggio di immediata e diretta derivazione causale dal reato, per tale via quindi almeno in parte temperando la portata delle sentenze Gubert e ThyssenKrupp. Si è al cospetto di una riconferma della concezione causale, maggiormente compatibile con i principi del diritto penale, seguita negli anni successivi dalla prevalente giuri-

³² Cass. 6.11.2008 n. 45389, Perino, in *CP* 2010, 2714.

³³ Cass. 19.3.2013 n. 13061, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

³⁴ In questi termini anche parte della dottrina: v. L. Fornari, *op. cit.*, 39.

³⁵ Per tali osservazioni sia consentito il rinvio a R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari*, cit., 862. In termini più generali, v. A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2103 ss.; G. Salcuni, *I reati tributari. La parte generale*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*¹, a cura di A. Manna, Padova 2010, 494.

³⁶ Cass. S.U. 18.9.2014 n. 38343, Espenhahn e altri, in *GI* 2014, 2565, con nota di R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”*.

³⁷ Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit.

sprudenze delle sezioni semplici, tanto espressamente³⁸, quanto implicitamente, laddove il richiamo alle utilità indirette o mediate delle sentenze Gubert o TyssenKrupp si rivela funzionale all'ablazione dei soli beni derivanti dall'impiego o trasformazione del profitto, già ammessa dalla sentenza Miragliotta e a tutt'oggi incontrovertibile³⁹ – è il caso, ad esempio, della pronuncia con cui la Cassazione ha di recente sancito la legittimità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni acquistati con somme costituenti profitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, ritenute «utilità realizzate come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa»⁴⁰.

Rimane, ad ogni buon conto, aperta la questione della pertinenzialità, che necessiterebbe di un intervento definitivo da parte del legislatore.

3. Il problema dell'individuazione del profitto confiscabile assume connotazioni peculiari allorché esso è costituito da denaro o da altri beni fungibili, siccome emerge con chiarezza dalle pronunce rese dalla Cassazione, a sezioni unite, nei casi Gubert⁴¹ e Lucci⁴², le quali, nell'ammettere l'ablazione di detti beni anche a prescindere dall'accertamento della pertinenzialità col reato, sono giunte a forgiare una misura peculiare e dai contorni ibridi, efficacemente compendiate nella formula «confisca diretta del valore del denaro»⁴³.

Un risalente orientamento giurisprudenziale⁴⁴, che esigeva l'identità tra il bene da confiscare e quello specificamente derivante dal reato quand'anche si trattasse di

³⁸ Cfr., *ex pluribus*, Cass. 5.10.2016 n. 53650, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>: «Il profitto del reato si identifica con il vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell'illecito (fattispecie in tema di truffa *ex art. 640 bis c.p.* e confisca dell'importo corrispondente alla somma percepita a titolo di contributo dall'Unione Europea)». V. anche le sentenze richiamate in nota 24 e *sub par.* 4.

³⁹ Cfr. A. Bassi, *Il profitto confiscabile nel procedimento a carico degli enti nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *RespAmmSocEnti* 2016, 65, secondo la quale, tramite le pronunce Gubert e TyssenKrupp, la Cassazione, nel fare riferimento agli effetti indiretti e mediati dell'attività criminosa, non avrebbe inteso mettere in discussione la concezione causale del profitto, bensì, come si evince dalle fattispecie concrete sottoposte a scrutinio, soltanto legittimare la sottoposizione ad ablazione dei cosiddetti "surrogati".

⁴⁰ Cass. 12.6.2018 n. 38917, in *FI* 2018, II, 715: «Il sequestro preventivo può essere disposto non solo in relazione ai beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì con riguardo ad ogni altra utilità che lo stesso realizzi come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa».

⁴¹ Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert, cit.

⁴² Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit.

⁴³ A. Keller, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.6.2019.

⁴⁴ Cass. 8.4.1983, in *RP* 1984, 298. Cfr., in dottrina, M.C. Del Re, *Profitto da reato e confisca giudiziaria di immobili abusivi*, in *RivPol* 1978, 203 ss.

denaro (o di altro bene fungibile), con conseguente inapplicabilità della misura in caso di confusione con altro denaro (o altro bene fungibile), di provenienza lecita, nel patrimonio del reo, era stato superato da altro – poi consolidatosi – alla stregua del quale, in tali casi, non si rendeva necessaria la confisca dell'*eadem res* (o l'eventuale confisca per equivalente): si affermava, infatti, che, nell'ablazione diretta del denaro (o di altro bene fungibile), il rapporto di pertinenzialità col reato non deve necessariamente connotare le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale⁴⁵.

Siffatta impostazione è stata poi avallata dalle Sezioni Unite nella sentenza Focarelli⁴⁶, che ha ribadito l'ammissibilità del sequestro preventivo ai fini della confisca diretta del profitto in denaro sia allorquando la somma che ne è oggetto si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia ogni qual volta la stessa si sia confusa con altre nel patrimonio del reo (nel caso di specie, mediante deposito in banca o investimento in titoli) e purtuttavia sussista una relazione diretta, attuale e strumentale col reato⁴⁷. Di conseguenza, laddove si voglia colpire il denaro giacente su di un conto corrente bancario, occorre dimostrare che la somma costituente il profitto del reato è stata versata su *quel* determinato conto corrente⁴⁸.

Tale indirizzo è stato sovvertito dalle sopraccitate sentenze Gubert del 2014 e Lucci del 2015, ad opinione delle quali, sulla scorta di altro indirizzo emerso in seno alla Terza Sezione⁴⁹, il profitto del reato, quando costituito da denaro, può essere confiscato sempre in via diretta, data la natura fungibile del bene, indipendentemente dalla prova del nesso di derivazione dall'illecito. Il bene fungibile, infatti, una volta entrato a far parte della sfera giuridico-patrimoniale del condannato, perderebbe la sua autonomia e si confonderebbe con il resto del patrimonio determinandone l'accrescimento, ancorché investito, occultato o speso. D'altro canto, solamente quando nel patrimonio del reo non vi sia disponibilità in numerario, si dovrebbe dare corso all'eventuale confisca di valore, determinandosi quella sorta di novazione oggettiva che ne costituisce il presupposto.

Le due sentenze, seppur spesso repute gemelle, non sono peraltro prive di elementi di diversità, tra cui in particolare l'esigenza, fatta propria dalla Lucci (ove il

⁴⁵ Cass. 22.9.1993 n. 1041, in *RP* 1994, 948; Cass. 1.2.1995 n. 4289, *ivi*, 1995, 1531; più di recente, Cass. 26.11.2009 n. 14174, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. 14.6.2007 n. 30966, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. 23.6.2006 n. 25877, in *RP* 2007, 687. In dottrina v., per tutti, A.M. Maurgeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *RTrimDPenEc* 2013, 669.

⁴⁶ Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, *cit.*

⁴⁷ Cass. 25.3.2003 n. 23773, in *CP* 2004, 2477.

⁴⁸ Cass. 26.1.2010 n. 11288 e Cass. 28.4.2011 n. 19105, entrambe in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁴⁹ Cass. 22.11.2013 n. 129, in *Fisco* 2014, 673, con nota di C. Santoriello, *Confisca per equivalente su beni di terzi estranei al reato tributario*; Cass. 25.9.2012 n. 1261, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

profitto confiscabile era rappresentato dalle tangenti corrisposte a un pubblico ufficiale), e non dalla Gubert (il cui profitto consisteva invece in un risparmio d'imposta), di un tangibile accrescimento del patrimonio del reo come presupposto della confisca diretta del denaro, mancando il quale non rimarrebbe che procedere alla confisca per equivalente⁵⁰.

Come si è già avuto modo di evidenziare, si tratta di arresti che, pur assai discutibilmente, hanno rivoluzionato l'orientamento in precedenza sostenuto dalle stesse Sezioni Unite circa la necessaria sussistenza del requisito di garanzia del nesso di derivazione dal reato, addivenendo, per tal modo, alla sostanziale abolizione della distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente. Nondimeno, a parte le criticità difficilmente sormontabili sul piano del rispetto dei principi fondamentali della materia penale (in particolare, riserva di legge), pure le argomentazioni addotte non convincono laddove confondono fra denaro (o altra cosa fungibile) come provento diretto del reato e denaro come "espressione quantificata" di tale provento: in estrema sintesi, poiché il carattere della fungibilità inerisce alla cosa in sé e il nesso di pertinenzialità implica, invece, un giudizio di relazione tra la cosa e il reato, la natura fungibile del bene non preclude il riconoscimento dell'eventuale legame eziologico di provenienza (anche di una somma di denaro può essere dimostrata la derivazione immediata dal commesso reato); e, se si tratta di un'operazione possibile, seppure più complessa sul versante probatorio, non si vede come possa escludersene la doverosità sul piano giuridico⁵¹. Conseguentemente, per confiscare il denaro in via diretta rimane necessario individuare proprio le somme che rappresentano il profitto del reato, oppure altro denaro o beni in cui quelle specifiche somme sono state impiegate o trasformate; altrimenti, si deve fare ricorso alla confisca per equivalente⁵².

Alla base, con tutta probabilità, una logica per così dire efficientistica, tanto più ove si consideri come proprio l'identificazione tra confisca di denaro e confisca diretta rappresenti, per entrambe le pronunce, una «forzatura necessaria»⁵³: quanto alla Gubert, per legittimare la confisca in via diretta dei beni dell'ente per reati tributari commessi dal suo legale rappresentante, dato che la confisca di valore rimane preclu-

⁵⁰ A. Keller, *op. cit.*, 81 ss.

⁵¹ F. Mucciarelli, *Profili generali - Commento all'art. 240 Cp*, cit., 144 s.; F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *op. cit.*, 11 ss.; R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.10.2016, 5 s., il quale, nel riprendere le considerazioni critiche del professore Mario Romano alla sentenza Gubert (M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *RIDPP* 2015, 1675 ss.), ritiene un'autentica forzatura ricavare dalla contingenza che un bene non possa essere "ontologicamente" rintracciato perché di per sé non "marcato", il carattere necessariamente diretto della confisca, dovendo portare tale ragionamento proprio alla conclusione contraria.

⁵² R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, cit., 5 s.

⁵³ R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, cit., 6.

sa dalla mancata inclusione di tali fattispecie tra quelle presupposto della responsabilità da reato degli enti⁵⁴; quanto alla Lucci, per legittimare, sulla scorta della (ribadita) natura di misura di sicurezza della confisca diretta in contrapposizione alla natura sanzionatoria propria della confisca per equivalente, l'applicazione della confisca del denaro in via diretta da parte del giudice che dichiara l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione in appello o in cassazione, sempre che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna⁵⁵.

A tutt'oggi, la questione sembra peraltro ancora lontana da un definitivo assestamento, come risulta dalla disamina di alcuni recenti arresti delle sezioni semplici.

Nel lasso temporale trascorso tra la Gubert e la Lucci, infatti, alcune pronunce hanno continuato a sostenere il precedente orientamento della sentenza Focarelli e a ribadire la necessità di individuare il nesso di pertinenzialità col reato anche nella confisca diretta dei beni fungibili⁵⁶. Dopo la Lucci, poi, si sono moltiplicate le sentenze che, pur dichiarando di conformarsi all'ultimo indirizzo delle Sezioni Unite, l'hanno nella sostanza superato, laddove negano la riconducibilità alla nozione di profitto delle somme rispetto alle quali venga dimostrata l'assenza del nesso di pertinenzialità col reato.

Tale orientamento è emerso, anzitutto, in relazione a reati tributari il cui profitto consista di un risparmio di spesa. Ad esempio, in tema di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10 *bis* d. lgs. 10.3.2000 n. 74) contestato ai legali rappresentanti di una persona giuridica successivamente ammessa al concordato preventivo, la Corte, dopo aver ribadito la confiscabilità in via diretta delle somme depositate sul conto corrente bancario intestato alla procedura pur senza dimostrazione del nesso di pertinenzialità col reato, ha statuito che, quando si abbia la prova che tali somme non possono in alcun modo derivare dal reato in quanto riconducibili a rimesse effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine per il versamento delle ritenute, le stesse non sono sottoponibili a sequestro poiché non qualificabili come profitto⁵⁷. Analogamente, in altra sentenza chiamata a decidere della legittimità del sequestro preventivo di somme giacenti su di un conto corrente, la Corte ha escluso le stesse

⁵⁴ Su tale questione, si consenta nuovamente il rinvio a R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari*, cit., 862 ss., nonché *infra*, par. 5.

⁵⁵ Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'applicazione della confisca in assenza di una sentenza di condanna definitiva è tanto ampio, oltre che variegato, da non potere qui essere ripercorso nemmeno per sommi capi: per tutti, anche per gli imprescindibili riferimenti di dottrina e giurisprudenza, A.M. Maugeri, sub *art. 240*, cit., 811 s.

⁵⁶ Cass. 26.3.2015 n. 15923 e Cass. 12.2.2015 n. 16008, entrambe in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁵⁷ Cass. 30.10.2017 n. 8995, in www.giurisprudenzapenale.com, 2.4.2018, con nota di G. Della Volpe, *La confisca nei reati tributari: ermeneutici correttivi e problemi irrisolti*. Negli stessi termini Cass. 23.1.2019 n. 22061, in *Fisco* 2019, 2380, con nota di C. Santoriello, *Esclusa la confisca diretta delle somme depositate sul conto dopo la scadenza dei termini di versamento delle imposte*.

potessero integrare profitto del delitto di omessa dichiarazione (art. 5 d. lgs. 74/2000), in quanto provenienti da disposizioni effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine (penalistico) per la presentazione della dichiarazione IVA⁵⁸. Da ultimo, la Corte ha sancito l'illegittimità dell'apprensione diretta delle somme di denaro entrate nel patrimonio del reo in base ad un titolo lecito, ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato di esercizio abusivo della professione, che non risultavano allo stesso collegate, neppure indirettamente⁵⁹.

Altre due sentenze sono infine andate oltre l'impostazione ermeneutica assunta dalla sentenza Lucci, ammettendo la prova, da parte dell'interessato, dell'estraneità degli importi sequestrati rispetto ai reati contestati in relazione a due reati ove era immediatamente tangibile l'accrescimento patrimoniale (associazione a delinquere e turbativa d'asta; bancarotta fraudolenta patrimoniale)⁶⁰.

Dette prese di posizioni non possono che condividersi dal momento che, indirizzandosi a mitigare la drasticità degli effetti *in malam partem* e i pericolosi automatismi derivanti delle sentenze Gubert e Lucci, riportano al centro della riflessione il nesso di pertinenzialità.

4. La diffusione nell'ordinamento di forme di ablazione nelle quali il nesso di pertinenzialità con il reato tende ad attenuarsi (confische per equivalente e, più in generale, confische concernenti reati commessi nell'ambito di attività lecite, confisca in materia di responsabilità da reato degli enti *in primis*) ha spinto gli interpreti a ricostruire la nozione di profitto secondo un approccio metodologico volto a valorizzarne i profili strutturali (cosiddetta concezione strutturale del profitto), come argine al rischio di applicazioni troppo estensive⁶¹. Di qui, il (ri) fiorire del dibattito attorno alla necessità di determinare il vantaggio patrimoniale effettivamente derivante dal reato, decurtandolo delle spese lecite sostenute dal reo (ad esempio per le prestazioni rese in forza di un contratto d'appalto ottenuto tramite corruzione) (profitto netto), anziché avendo riguardo all'intero ricavo complessivamente percepito (profitto lordo)⁶²; esigenza, quest'ultima, meno avvertita in relazione alle forme di criminalità per

⁵⁸ Cass. 12.7.2018 n. 41104, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Conf. Cass. 4.10.2018 n. 6348, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, in relazione al delitto di omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d. lgs. 74/2000); Cass. 17.5.2019 n. 30414, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, in relazione al reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d. lgs. 74/2000).

⁵⁹ Cass. 29.1.2019 n. 6816, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁶⁰ Cass. 20.3.2018 n. 17997 e Cass. 24.9.2018 n. 48625, entrambe in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁶¹ F. Mucciarelli, *Profili generali - Commento all'art. 240 Cp*, cit., 145 ss.

⁶² Per un'esauritiva disamina della questione anche in chiave comparatistica, v. A.M. Maugeri, *Le mo-*

così dire correlate con la confisca “tradizionale”, la quale, trovando tendenzialmente applicazione nell’ambito di attività non tutelate dall’ordinamento (quali il traffico di sostanze stupefacenti), non ammette la deducibilità dei costi sostenuti per il reato e per altre attività illecite allo stesso connesse (ad esempio, le spese sostenute dallo spacciatore per l’acquisto delle sostanze)⁶³.

Il diverso ambito di operatività delle “nuove” misure ablatorie spiega anche la ragione per cui, prima della loro diffusione, il tema delle componenti strutturali del profitto sia rimasto poco esplorato, sicché da un lato la nozione è stata convenzionalmente definita, sul piano strutturale, in termini (approssimativi) come “vantaggio di natura economica”⁶⁴; dall’altro, la selezione degli oggetti da sottoporre a confisca è stata a lungo interamente affidata al paradigma della derivazione causale dall’illecito⁶⁵.

Nel quadro qui sinteticamente illustrato merita altresì evidenziare la presa di posizione della dottrina prevalente ad opinione della quale, in relazione alla confisca ex art. 19 d. lgs. 231/2001, la riconducibilità a profitto dei costi lecitamente sostenuti dall’ente e solo indirettamente collegati all’illecito, oltre ad essere inconciliabile con il carattere ripristinatorio della misura, si pone in aperta tensione con i principi di legalità (*sub specie* di tassatività/determinatezza) e proporzione delle sanzioni⁶⁶. In senso contrario altri autori hanno invece osservato che la sottoposizione a confisca del solo profitto netto consente al responsabile di sottrarsi al “rischio economico del reato” e, per giunta, mette seriamente a repentaglio l’applicabilità della misura nelle ipotesi di reati “in perdita”⁶⁷.

La tesi maggioritaria ha in un primo momento trovato spazio nella giurisprudenza di merito, quando il Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna ex d. lgs. 231/2001 (caso My Chef s.r.l.), ha stabilito che, nel silenzio della legge, la commisurazione del *quantum* confiscabile per equivalente deve avvenire avendo riguardo al profitto netto, «trattandosi dell’utilità effettivamente conseguita, e ciò anche al fine

derne sanzioni patrimoniali, cit., 564 ss. Più di recente A. Perini, sub art. 2641 Cc, in *Codice delle confische*, cit., 824 ss.

⁶³ Sulle differenze tra la “confisca tradizionale” e le “nuove confische” nella determinazione del profitto confiscabile, v. L. Lorenzetto, A. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *RIDPP* 2008, 1769 ss.

⁶⁴ V., per tutte, Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, cit. Ricorrente, altresì, l’assimilazione tra il vantaggio e altre formule ritenute equipollenti come quelle di “lucro” (Cass. S.U. 3.7.1996 n. 9149, Chabni, cit.) o di “beneficio di tipo aggiunto di tipo patrimoniale” (Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, cit.).

⁶⁵ Per tali rilievi T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale*, cit., 109 ss.

⁶⁶ V. A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2153; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 58 ss.; L. Lorenzetto, A. Mongillo, *op. cit.*, 1771 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁶⁷ V., per tutti, A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 564 ss.

di salvaguardare il principio di proporzione della sanzione»; in questa prospettiva, sono stati espunti dall'ammontare confiscabile i costi di gestione sostenuti dall'ente imputato nell'esecuzione di un contratto d'appalto ottenuto dietro pagamento di tangenti⁶⁸. In senso analogo, nel noto caso Antonveneta, un'ordinanza dello stesso Tribunale meneghino ha individuato il profitto confiscabile del delitto di manipolazione del mercato nella "plusvalenza netta", da determinarsi sottraendo dalla differenza fra la somma ricavata dalla rivendita delle azioni e la somma versata per l'acquisto delle medesime quanto trattenuto dalla banca a titolo di imposta sul *capital gain*⁶⁹.

D'altro canto, la Sesta Sezione della Cassazione, pronunciandosi sull'interpretazione del profitto di rilevante entità quale presupposto applicativo di misure interdittive nei confronti degli enti (art. 13 co. 1 lett. a d. lgs. 231/2001), a livello di *obiter dictum*, ha distinto tale nozione da quella di profitto del reato oggetto della confisca ex art. 19 d. lgs. 231/2001, quest'ultima da intendersi «in senso stretto, cioè come immediata conseguenza economica dell'azione criminosa, che può corrispondere all'utile netto ricavato»⁷⁰. Tale sentenza è stata in seguito richiamata dalla stessa sezione della Suprema Corte in due arresti in materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 322 *ter* Cp (vicenda Oil for Food), laddove è stato confermato l'impianto argomentativo dell'ordinanza impugnata in cui si stabiliva che il valore dei contratti stipulati grazie a un accordo corruttivo era più prossimo alla nozione di prodotto del reato che a quella di profitto, da identificarsi «nell'utile derivato, nella redditività d'impresa», ossia negli introiti della rivendita di petrolio, depurati dei costi dell'operazione che non fossero di natura illecita (come la tangente corrisposta)⁷¹.

Investita del ricorso avverso un'ordinanza del Tribunale di Napoli che aveva respinto la richiesta di riesame avanzata, sulla base dei principi sostenuti dalla giurisprudenza sopraccitata, da quattro società incolpate di corruzione nell'aggiudicazione di un appalto, la Seconda Sezione della Cassazione, ispirandosi ai rilievi di parte della dottrina, non ha tuttavia condiviso l'indirizzo che andava affermandosi e ha di conseguenza invocato l'intervento delle Sezioni Unite: «Se si accetta

⁶⁸ T. Milano 20.3.2007 n. 3300, in *GComm* 2009, 506, con nota di F.C. Bevilacqua, *Prima sentenza di condanna di una società a seguito di giudizio ordinario ai sensi del d.lgs. 231/2001*. In altra sentenza di poco precedente, lo stesso Tribunale di Milano, appurato come nel settore delle costruzioni stradali si ritenga di potere valutare il profitto d'impresa derivante dall'aggiudicazione delle opere nella misura del 10-15% del valore complessivo dei lavori, ha individuato presuntivamente nel 10% del valore delle opere appaltate la base di valutazione per la determinazione del profitto: T. Milano 11.12.2006, in www.rivista231.it

⁶⁹ T. Milano 22.10.2007, in *CMer*, 2008, 84, con nota di G. Lunghini, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*.

⁷⁰ Cass. 23.6.2006 n. 32627, La Fiorita, in *RP* 2007, 1074. Conf. Cass. 19.3.2013 n. 13061, cit.

⁷¹ Cass. 27.9.2007 n. 37556 e n. 37557, in *CP* 2009, 1638.

la tesi secondo la quale il profitto del reato *ex art. 19 d. lgs. 231/2001* coincide con l'utile netto del reato, si perviene all'azzeramento di rischi economici connessi alla perpetrazione di illeciti penali, dal momento che in ipotesi di confisca l'ente si limiterà a non guadagnare nulla (salve le sanzioni ed il risarcimento dei danni) [...]. Diversa ed ulteriore questione è [...] quella relativa alla concreta distinzione tra ciò che è profitto del reato (e che deriva da attività illecite i cui costi non sono, ad avviso di questo Collegio, deducibili) e quanto deriva invece dall'attività lecita svolta dall'impresa»⁷².

Le Sezioni Unite, nella celebre sentenza *Fisia Italimpianti S.p.A.*⁷³, quanto al significato da attribuire alla locuzione "profitto del reato" confiscabile in materia di responsabilità da reato degli enti, hanno così esercitato un'influenza decisiva anche nel più ampio dibattito sull'oggetto della confisca penale. Premesse infatti alcune notazioni circa la natura giuridica delle diverse forme di ablazione disciplinate dal d. lgs. 231/2001⁷⁴, in relazione alla confisca-sanzione *ex art. 19*, la Corte, ribadita la validità della concezione causale e degli approdi interpretativi maturati rispetto alla confisca di cui all'art. 240 Cp, ha nuovamente definito il profitto confiscabile/sequestrabile come il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato. Sul piano strutturale, però, l'identificazione del profitto con l'utile netto aziendalistico-contabile paventata da parte della giurisprudenza è stata respinta, dovendosi escludere, in ambito penalistico, l'ammissibilità di valutazioni di matrice aziendalistica, che determinerebbero lo spostamento sullo Stato del rischio economico connesso alle attività costituenti reato⁷⁵.

⁷² Cass. 24.1.2008 n. 4018, in *GI* 2008, 1239, con nota di C. Santoriello: «Va rimessa alle Sezioni Unite la questione concernente la definizione della "nozione di profitto del reato" richiamata dall'art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, essendovi un contrasto fra quanti ritengono che tale espressione faccia riferimento al solo utile netto ricavato per il tramite della condotta criminosa e quanti invece sostengono che non si debba procedere alla deduzione dal ricavo del reato dei costi sostenuti per commetterlo».

⁷³ Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, *Fisia Italimpianti S.p.A.*, cit.

⁷⁴ Per imprescindibili approfondimenti sull'argomento, v. gli autori citati in nota 8.

⁷⁵ Si rileva, infatti, che il termine profitto «nel linguaggio penalistico [...] ha assunto sempre un significato oggettivamente più ampio rispetto a quello economico o aziendalistico, non è stato cioè mai inteso come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito». Analoga impostazione era stata sostenuta, seppure in via incidentale, dalle stesse Sezioni Unite in relazione al profitto *ex art. 240 Cp* (Cass. S.U. 9.7.2004 n. 29952, Romagnoli, cit.) e dalla Seconda Sezione in relazione alla confisca del profitto del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640 quater Cp* (Cass. 6.7.2006 n. 30729, in *RP* 2007, 687). In senso conforme si segnalano, dopo la sentenza *Fisia Italimpianti S.p.A.*: Cass. 18.12.2008 n. 47983, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il Tribunale del riesame, nel confermare il decreto di sequestro preventivo di *capital gains* disposto in relazione al delitto di manipolazione del mercato, aveva escluso che dal profitto del reato fossero detraibili le competenze bancarie versate dall'indagato al fine di ottenere l'affidamento necessario per l'acquisizione dei titoli oggetto di aggio, preordinato a creare le condizioni di manipolazione del mercato; Cass. 18.7.2008 n. 44032, in *GI* 2009, 2754,

Senonché i Giudici di legittimità, pur muovendo da un'adesione di fondo al criterio del lordo, non si sono mostrati insensibili alle gravi disfunzioni potenzialmente derivanti da una sua applicazione indiscriminata, soprattutto nei rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive, ove al disvalore del reato fa da contraltare la cruciale tematica dei costi leciti diretti all'attuazione del programma negoziale (costi di produzione, imposte, etc.)⁷⁶. Di qui, l'enucleazione di una deroga fondata sulla distinzione, di matrice dottrinale⁷⁷, tra i reati contratto, in cui la stessa stipulazione del contratto costituisce reato (ad esempio, la compravendita di sostanze stupefacenti) e i reati in contratto (ad esempio, la corruzione), dove il rapporto è inquinato dalla commissione del reato soltanto nelle fasi della formazione o dell'esecuzione. In queste ultime ipotesi, ogni «iniziativa lecitamente assunta» per adempiere alle obbligazioni contrattuali (nella specie, appalto pubblico di opere e servizi) «interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita», giacché il contraente che adempie, sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può considerarsi profitto del reato. Tale rottura del rapporto causale, evidentemente, non è fondata su basi naturalistiche, bensì giuridiche⁷⁸: la remunerazione di una prestazione lecita non può essere ritenuta il profitto di un illecito, in quanto avente «titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale», dacché la necessità di determinare l'ammontare del vantaggio complessivamente conseguito dall'autore del reato «al netto dell'effettiva utilità» eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente».

In buona sostanza, le Sezioni Unite, dopo aver avallato il criterio del lordo, hanno elaborato – con specifico riguardo ai reati in contratto – una deroga fondata non sulla tradizionale distinzione tra profitto lordo e profitto netto, bensì su quella tra profitto scaturente dal reato e profitto scaturente dalla parte di rapporto di scambio non contaminata dal reato stesso; quest'ultimo, da commisurarsi sottraendo l'utilità

in cui la Corte ha ritenuto legittimo il mancato scomputo, dalle somme oggetto di sequestro preventivo per il reato di manipolazione del mercato, delle somme di denaro corrispondenti agli interessi versati dall'indagato nell'ambito dell'operazione bancaria necessaria per l'acquisizione dei titoli azionari oggetto d'aggiotaggio; Cass. 22.5.2013 n. 24558, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, ove, in relazione ad una contestazione di abuso di informazioni privilegiate sfociato in un'operazione di compravendita di azioni da cui erano derivati ricavi di gran lunga superiori a quelli conseguibili attraverso una normale cessione, la Corte ha ritenuto legittimo il sequestro per equivalente anche con riferimento al valore corrispondente alle somme trattenute dalle società acquirenti a titolo di "retrocessione".

⁷⁶ V. Mongillo, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.9.2012, 2.

⁷⁷ F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 37 e 377. Più di recente, v. I. Leoncini, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano 2006, *passim*.

⁷⁸ Così L. Lorenzetto, A. Mongillo, *op. cit.*, 1768 ss.

eventualmente conseguita dal danneggiato⁷⁹. Rispetto al precedente dibattito sono quindi mutati, in particolare, i referenti soggettivi dei valori scomputabili dal profitto suscettibile di ablazione: l'utilità deducibile è l'effettivo vantaggio che il danneggiato ottiene dall'esecuzione, ancorché parziale, delle pattuizioni contrattuali, e non i costi sostenuti dal reo, che non si traducono automaticamente in utilità per il soggetto danneggiato.

Siffatta impostazione è stata oggetto di vivaci critiche in dottrina, essenzialmente in ragione dell'indeterminatezza del criterio dell'effettiva utilità conseguita dal danneggiato, i cui parametri di quantificazione non sono stati enucleati dalla sentenza⁸⁰. Inoltre, l'applicazione della deroga darebbe luogo a risultati paradossali allorché, ad esempio, vi sia sproporzione tra i costi sostenuti e l'utilità fornita al danneggiato, oppure, viceversa, la somma percepita dal reo e la prestazione fornita al danneggiato si pongano in perfetto equilibrio⁸¹. Ha quindi preso piede in dottrina la tesi alternativa denominata dell'*utile netto a base parziale* che, nel riproporre un criterio di calcolo fondato sui costi sostenuti dal reo e muovendo da un'analisi strutturale del profitto per componenti, sostiene la deducibilità dei costi sostenuti per prestazioni lecite e, come tali, contabilizzati, il cui onere di allegazione ricade in capo all'interessato; dallo scomputo vanno quindi esclusi i costi di per sé illeciti (ad esempio, le tangenti versate per l'aggiudicazione di un affare) o strumentalmente preordi-

⁷⁹ Nel caso oggetto di esame da parte delle Sezioni Unite, non è stata condivisa l'estensione generalizzata della confisca ai ricavi provenienti dall'incasso della tariffa di smaltimento dei rifiuti applicata dall'ente aggiudicatario dell'appalto illecito. In senso conforme si segnalano, dopo la sentenza Fisia Italimpianti S.p.A.: Cass. 26.6.2008 n. 42300, in *RTrimDPenEc* 2008, 1082; Cass. 8.4.2013 n. 24277, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Non vi è peraltro concordia in giurisprudenza sulla qualificazione della fattispecie di truffa contrattuale, talvolta ritenuta reato-contratto (ove quindi il negozio giuridico e il relativo profitto sono interamente connotati da illiceità: Cass. 22.2.2012 n. 20976, in *Soc* 2012, 844), talaltra reato in contratto (con conseguente inconfiscabilità del corrispettivo della prestazione regolarmente eseguita e accettata dalla controparte: Cass. 8.10.2010 n. 39239, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; conf. Cass. 16.4.2009 n. 20506, in *RTrimDPenEc* 2010, 1001; Cass. 10.7.2018 n. 34293, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>). In posizione intermedia si pone un terzo indirizzo secondo cui occorre operare una valutazione in concreto, sicché l'identificazione del profitto muta a seconda che, mediante la condotta fraudolenta, sia stata prospettata all'ente erogante una realtà difforme dal vero che ha consentito il perfezionamento del contratto e le successive erogazioni (reato-contratto, oppure sia stata prospettata una realtà che, a contratto regolarmente stipulato, ha permesso alla società di ottenere indebitamente, durante l'esecuzione del rapporto, erogazioni maggiori di quelle cui avrebbe avuto diritto (reato in contratto) (Cass. 4.4.2012 n. 17451, in *Soc* 2012, 843). Sull'incertezza della distinzione tra reati contratto e reati in contratto, v. I. Leoncini, *op. cit.*, specie 33 ss., 20 ss., 438 ss.

⁸⁰ V., per tutti, L. Lorenzetto, A. Mongillo, *op. cit.*, 1768 ss.

⁸¹ V. Mongillo, *I mobili confini*, cit., 4, che esemplifica facendo riferimento ai casi in cui la somma percepita dal reo è perfettamente bilanciata dal valore della controprestazione erogata al danneggiato, sicché, applicando alla lettera le direttive delle Sezioni Unite, non sarebbe identificabile alcun profitto del reato malgrado il guadagno incamerato in termini di utile aziendalistico.

nati alla realizzazione dell'illecito (ad esempio, le spese sostenute per la falsa analisi tecnica del materiale fornito alla P.A.)⁸². Un orientamento minoritario ha invece prospettato la deducibilità dei soli costi “utili”, ossia quelli congrui e strumentali all'attuazione del programma negoziale, con esclusione delle spese lecite ma del tutto inutili nella prospettiva della controparte⁸³.

A tutt'oggi, l'individuazione del profitto dei reati in contratto permane, nella prassi giurisprudenziale, questione di primario interesse e in costante evoluzione.

Va anzitutto osservato che l'applicazione dei principi della sentenza Fisia Italmobiliari S.p.A. rappresenta, quale supporto alla concezione causale, un'importante argine alla tendenza della giurisprudenza verso l'estensione della nozione di profitto, nell'ambito dei rapporti sinallagmatici, ai vantaggi di tipo indiretto o mediato, ovvero di tipo prospettico.

Per citare gli esempi più significativi, in due pronunce ravvicinate sullo stesso caso di specie, in materia di sequestro finalizzato alla confisca nei confronti di un ente incolpato dell'illecito da corruzione finalizzato alla realizzazione di un impianto di energia elettrica alternativa, la Suprema Corte ha ritenuto viziato il provvedimento avente ad oggetto il profitto indiretto o mediato rappresentato dalle somme corrisposte dal gestore a titolo di corrispettivo per l'energia erogata sulla base della convenzione successivamente stipulata⁸⁴. In senso analogo, nell'ambito di un procedimento per truffa aggravata e corruzione connesse alla realizzazione di un parcheggio pubblico in *project financing*, altra sentenza di legittimità ha annullato il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente *ex art. 322 ter Cp*, il quale aveva considerato profitto del reato anche utilità prospettiche e non ancora acquisite, determinate sulla base delle previsioni degli utili che, nell'arco temporale di oltre tre decenni, sarebbero stati tratti dalla gestione economica del parcheggio medesimo⁸⁵.

⁸² V., per tutti, T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale*, cit., 126 ss. V. anche L. Lorenzetto, A. Mongillo, *op. cit.*, 1768 ss., che ipotizzano i seguenti parametri: a) il corrispettivo pattuito, decurtato della parte di *utilitas* eventualmente non corrisposta in caso di adempimento parziale o inesatto; b) il valore di mercato della prestazione effettivamente eseguita; c) l'entità dei costi congrui ed inerenti sostenuti per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, maggiorata del margine di guadagno medio determinato statisticamente.

⁸³ G. Grasso, *op. cit.*, 618. Si pensi, ad esempio, ai costi sostenuti nell'esecuzione di prestazioni del tutto superflue nell'economia del contratto, o eseguite con modalità non conformi a quanto convenuto. In senso critico V. Mongillo, *I mobili confini*, cit., 7, secondo cui l'utilità delle somme investite per eseguire una prestazione contrattuale è questione che merita di essere considerata nella sua *sedes* naturale, quella civilistica, dove i soggetti danneggiati da un'esecuzione inesatta, parziale o totalmente difforme, ben possono far valere le proprie ragioni risarcitorie e restitutorie.

⁸⁴ Cass. 14.7.2015 n. 33226 e Cass. 22.4.2016 n. 23013, in *RespAmmSocEnti* 2016, 253, con commento di A. Scarcella, *Il profitto sequestrabile all'ente nei reati a prestazioni corrispettive*.

⁸⁵ Cass. 12.11.2013 n. 8339, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

D'altro canto, come preannunciato dalla dottrina, l'attuazione dei principi della sentenza *Fisia Italimpianti S.p.A.* si è rivelata assai complicata quanto all'individuazione dell'"effettiva utilità" conseguita dal danneggiato come deroga alla regola del lordo, tanto che, malgrado l'adesione formale ai *dicta* delle Sezioni Unite, si è di recente fatta strada in giurisprudenza un'evidente rivalorizzazione del criterio dell'utile netto caldeggiato in letteratura.

Così, in particolare, una sentenza resa nel noto caso Angelucci⁸⁶, concernente un addebito di corruzione propria aggravata, strumentale all'aggiudicazione di un appalto per la gestione di residenze assistenziali regionali, ove la Suprema Corte ha espressamente affermato l'esigenza di calcolare il profitto del reato in contratto attraverso il criterio dell'utile netto dell'attività d'impresa, deducendo le spese sostenute per l'adempimento delle prestazioni pattuite.

In altri arresti più recenti, invece, la Cassazione si è nella sostanza allineata alle posizioni della dottrina nell'enucleare i criteri di commisurazione dell'utilità conseguita dal danneggiato, facendovi rientrare i soli costi vivi, concreti ed effettivi, che l'impresa abbia sostenuto per dare esecuzione all'obbligazione contrattuale; per l'altro, escludendovi le somme percepite in relazione a prestazioni del tutto superflue nell'economia del contratto, o eseguite con modalità non conformi a quanto convenuto⁸⁷.

Le sentenze da ultimo ricordate avvalorano la tesi secondo cui le metodologie di approccio che apparentemente contrappongono la giurisprudenza delle Sezioni Unite e la dottrina prevalente, lungi dal condurre a soluzioni antitetiche alla questione dell'individuazione del profitto nei reati in contratto, esprimono contenuti largamente sovrapponibili, ancorché traggurati da un diverso angolo visuale⁸⁸. Non resta, dunque, che attendere le prossime pronunce per testare sul campo la conferma di una tale linea interpretativa, la quale, attraverso il recupero della dicotomia tra profitto lordo e profitto netto, sembra compenetrare – senza tradirne la *ratio* –

⁸⁶ Cass. 20.12.2011 n. 11808, in www.penalecontemporaneo.it, 13.9.2012, con nota di M. Bontempelli, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*. Conf. Cass. 19.3.2013 n. 13061, cit.

⁸⁷ Cass. 5.11.2014 n. 53430, in www.rivista231.it, con commento di M. Monterisi, D. Tomei, *La diversa determinazione del profitto confiscabile in base al reato presupposto contestato all'ente (commento a Cass. pen., n. 53430, 22 dicembre 2014)*, ove si è altresì precisato che i costi vivi vanno determinati anche tramite consulenza tecnica o perizia che tenga conto, da un lato, delle risultanze della contabilità e dei bilanci dell'ente, dall'altro, del costo di mercato di quella tipologia di prestazione, avuto riguardo ai valori medi del settore, e di qualunque altro dato che possa consentire di correggere eventuali sopravvalutazioni dei costi esposti nei documenti contabili. La tesi è stata ripresa pedissequamente da Cass. 27.1.2015 n. 9988, da Cass. 28.3.2018 n. 23896, e da Cass. 4.5.2018 n. 25980, tutte in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

⁸⁸ In questi termini A. Perini, *op. cit.*, 832.

l'orientamento espresso dalla sentenza Fisia Italimpianti S.p.A.

5. Il problema dei profili strutturali del profitto confiscabile non si risolve nella dicotomia lordo-netto, dovendosi altresì stabilire se, nel silenzio del legislatore, all'interno della nozione possano essere ricondotti anche i vantaggi di tipo immateriale – *in primis*, il risparmio di spesa – e i vantaggi cosiddetti prospettici o futuri⁸⁹. È questo uno degli ambiti in cui la spinta espansiva si manifesta con maggiore vigore.

Quanto ai vantaggi immateriali, va anzitutto osservato che l'ordinamento contempla talune fattispecie criminose la cui conformazione necessariamente implica che l'eventuale vantaggio conseguito dal reo non si estrinsechi in un incremento patrimoniale, bensì nel mancato decremento del patrimonio per l'omissione di esborsi dovuti (risparmio di spesa), come avviene nella prassi, ad esempio, per la quasi totalità dei reati tributari o dei delitti colposi in materia di salute e sicurezza sul lavoro, e di ambiente. Sulla confiscabilità di tale peculiare forma di vantaggio, la giurisprudenza non esprime un indirizzo univoco, anche se negli ultimi anni è andata decisamente affermandosi la tesi positiva⁹⁰.

Un primo orientamento, sino a tempi recenti prevalente, esclude la riconducibilità alla nozione di profitto del risparmio di spesa, fatte salve le ipotesi in cui per tale si intenda, in senso relativo, un ricavo introitato attraverso la condotta illecita, dal quale non siano stati decurtati dei costi che si sarebbero dovuti sostenere. In questo senso, un rapido accenno della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite Fisia Italimpianti S.p.A.⁹¹, in materia di confisca *ex art. 19 d. lgs. 231/2001*, ripreso poi da un arresto successivo della Quarta Sezione sullo stesso caso di specie⁹², il quale ultimo ha affermato, ancor più esplicitamente, che la nozione di profitto sequestrabile/confiscabile richiede sempre un reale spostamento di risorse economiche, ossia una visibile modificazione positiva del patrimonio di immediata e diretta derivazione dal reato. Corollario di tale impostazione è l'impossibilità di assoggettare a confisca, pena la violazione del principio di legalità *sub specie* di tassatività/determinatezza e divieto di analogia, il vantaggio derivante dall'omissione di spese illecitamente non sostenute cui non corrisponda alcun aumento, ma solo una “non-diminuzione”, del patrimonio (ad esempio, il risparmio derivante dalla mancata adozione di cautele an-

⁸⁹ Per un quadro di sintesi aggiornato v. F. Mucciarelli, *Profili generali - Commento all'art. 240 Cp*, cit., 149 s.

⁹⁰ Per un'analisi ragionata delle pronunce più rilevanti, v. V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., 748. Cfr. M. Romano, *op. cit.*, 1675 ss.

⁹¹ Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.A., cit.

⁹² Cass. 17.6.2010 n. 35748, in *CP* 2011, 2323, con nota di V. Mongillo, *I limiti del sequestro preventivo e della confisca del profitto del reato*.

tinfortunistiche che abbia cagionato un infortunio sul lavoro: art. 25 *septies* d. lgs. 231/2001)⁹³.

La tesi è stata ripresa e approfondita da successive, importanti pronunce della Suprema Corte. In particolare, nella nota sentenza Riva FI.R.E. S.p.A. (caso ILVA)⁹⁴, concernente svariate ipotesi di illecito *ex d. lgs. 231/2001* dipendente da reati associativi (finalizzati alla commissione di delitti contro la pubblica incolumità) e ambientali, la Terza Sezione ha escluso la confiscabilità dei risparmi economici derivanti dall'omessa adozione di misure di sicurezza, prevenzione e protezione dell'ambiente espressamente prescritte dalla legge all'interno del polo siderurgico tarantino (mancato adeguamento e messa in sicurezza degli impianti). Nella motivazione, sviluppando il precedente assunto delle Sezioni Unite, la Corte ha ribadito che il profitto legittimante la confisca si identifica con un vantaggio economico positivo di diretta e immediata derivazione causale dal reato e può consistere anche in un risparmio di spesa, ma soltanto inteso in senso relativo «come “ricavo introitato” dal quale non siano stati detratti costi che si sarebbero dovuti sostenere, ossia nel senso di una non diminuzione dell'attivo», «un profitto materialmente conseguito, ma di entità superiore a quello che sarebbe stato ottenuto senza omettere l'erogazione delle spese dovute». Questo anche perché, secondo i Giudici, non sarebbe lecito porre a carico dell'ente due volte le stesse somme di denaro, una volta come positivo accrescimento patrimoniale, un'altra come negativo risparmio, sicché potrà espropriarsi solo la differenza tra l'incremento patrimoniale maturato e quello che si sarebbe ottenuto senza l'indebito risparmio di spesa.

La decisione in commento si apprezza anche nell'ulteriore passaggio in cui evidenzia come il Legislatore non abbia affatto configurato la confisca per equivalente quale istituto autonomo a sé stante, sganciato dalla confisca diretta, cioè dalla previa individuazione di un effettivo incremento patrimoniale divenuto impossibile da apprendere; con la conseguenza che, per la rilevanza del risparmio di spesa, è sempre necessario accertare la presenza, quale diretta e immediata conseguenza del reato, di un risultato economico positivo, sì da evitare «improprie assimilazioni tra la nozione di profitto del reato, inteso quale reale accrescimento patrimoniale, e la causazione di meri danni risarcibili relativi a risparmi di spesa indebitamente ottenuti dall'ente per effetto della mancata esecuzione di opere di risanamento ambientale».

In termini analoghi, la Quinta Sezione della Cassazione, nel caso Banca Italease

⁹³ Conforme, in dottrina, S. Giavazzi, sub art. 19, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di E. Giarda, G. Mancuso, G. Spangher, A. Varraso, Milano 2007, 176; V. Mongillo, *I limiti del sequestro preventivo*, cit., 2339 ss.

⁹⁴ Cass. 20.12.2013 n. 3635, Riva FI.R.E. S.p.A., in *RIDPP* 2014, 988, con nota di C. Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*.

S.p.A.⁹⁵, ha affermato che il profitto confiscabile è solo quello costituito da un «mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale» dell'ente beneficiario, originato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica ed avvinto al reato stesso da una stretta relazione causale. Di conseguenza, i Giudici di legittimità hanno escluso che rientri nella nozione di profitto confiscabile nei confronti dell'ente indagato per l'illecito *ex art. 25 ter* d. lgs. 231/2001, dipendente dai reati di false comunicazioni sociali (art. 2622 Cc), ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 Cc) e aggio informativo (art. 185 d. lgs. 24.2.1998 n. 58), il mancato accantonamento di risorse da destinare al patrimonio di vigilanza degli istituti bancari, perché, nella specie, non vi è stata creazione di nuova ricchezza, bensì «la mera destinazione di quella preesistente alla consumazione del reato – e la cui lecita acquisizione non è in discussione – al soddisfacimento di scopi diversi da quelli che avrebbero dovuto essere perseguiti».

Anche in materia di reati tributari era opinione diffusa che la confisca ordinaria non fosse applicabile nelle ipotesi in cui l'illecito vantaggio non si traducesse nel diretto conseguimento di un bene individuabile, bensì in un risparmio di spesa derivante dal mancato versamento del dovuto a titolo di imposta. Il “risparmio”, infatti, non può ritenersi “profitto confiscabile” sia da un punto di vista strutturale (mancando un incremento patrimoniale attuale e concreto) sia sul piano del nesso di pertinenzialità (coincidendo con beni già presenti nel patrimonio del reo)⁹⁶. Le Sezioni Unite della Cassazione avevano confermato siffatta interpretazione quando nella sentenza Focarelli era stata affermata la necessità di individuare in concreto il denaro risparmiato in conseguenza dell'illecito, onde evitare «collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque, legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari [...] dovendo al contrario essere tenuta ferma l'esigenza di

⁹⁵ Cass. 28.11.2013 n. 10265, Banca Italease S.p.A., in *CP* 2014, 3234 ss. Conforme Cass. 3.4.2014 n. 25450, Fondiaria Sai e altro, in www.penalecontemporaneo.it, 27.6.2014, con nota di M. Dova, *La Corte di Cassazione torna sulla nozione di profitto confiscabile nel reato di manipolazione del mercato*, secondo cui, per quanto sia «innegabile che possa ipotizzarsi, in linea astratta, un interesse della società Fondiaria-Sai alla diffusione di un bilancio contenente false informazioni», «tale interesse non basta, da solo, a far configurare, in concreto, il profitto del reato di manipolazione del mercato».

⁹⁶ G. Salcuni, *op. cit.*, 492; E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale tributario*¹, Bologna 2010, 72. Cfr. Cass. 20.3.1996 n. 1343, in *GP* 1997, III, 443: «In tema di frode fiscale, non è assoggettabile a sequestro preventivo nella prospettiva di una successiva confisca il saldo liquido di conto corrente in misura corrispondente all'imposta evasa, non sussistendo il necessario rapporto di derivazione diretta tra l'evasione dell'imposta e le disponibilità del conto, dal momento che non può affermarsi che la disponibilità liquida sia frutto dell'indebito arricchimento per una somma equivalente all'imposta evasa».

una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita»⁹⁷.

Tuttavia, nell'ambito qui da ultimo considerato, il Legislatore, preso atto dell'inoperatività delle ordinarie ipotesi di confisca al profitto-risparmio d'imposta, è intervenuto mediante l'art. 1 co. 143 l. 24.12.2007 n. 244 (Finanziaria 2008) per estendere a taluni reati tributari l'applicabilità della confisca ex art. 322 *ter* Cp; il contenuto dello stesso art. 1 co. 143 è stato più di recente riprodotto, con portata allargata a tutte le fattispecie, dal d. lgs. 24.9.2015 n. 158 di riforma della materia penale-tributaria, nell'art. 12 *bis* d. lgs. 74/2000. Un intervento normativo, nel suo complesso, a tutt'oggi lontano dal regolare in maniera compiuta i vari profili critici sottesi al rapporto tra confisca penale e reati tributari⁹⁸ e purtuttavia sufficiente a dare *copertura legale* alla confisca dei risparmi di spesa *fiscali*⁹⁹.

Muovendo, dunque, dalla tradizionale nozione di profitto quale vantaggio economico ricavabile in via diretta ed immediata per effetto della commissione del reato¹⁰⁰, ancorché frutto di impiego o trasformazione¹⁰¹, la giurisprudenza ha individuato in termini analoghi il profitto dei reati tributari nell'evasione dell'imposta realizzata attraverso le condotte dichiarative o di omesso versamento caratterizzanti le fattispecie del d. lgs. 74/2000, dove però il vantaggio patrimoniale viene a caratterizzarsi non già in ragione di un incremento del patrimonio bensì del mancato decremento che il corretto adempimento delle norme tributarie altrimenti comporterebbe. Pure le Sezioni Unite, con la sentenza Adami¹⁰², pervengono ad analoga conclusione¹⁰³.

⁹⁷ Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, cit.

⁹⁸ G. Andreazza, *Imposte e reati tributari - Commento all'art. 12 bis d. lgs. 74/2000*, in *Codice delle confische*, cit., 638.

⁹⁹ M. Romano, *op. cit.*, 1865 s.

¹⁰⁰ Cass. S.U. 3.7.1996 n. 9149, Chabni, cit.; Cass. S.U. 17.12.2003 n. 920, Montella, cit.; Cass. S.U. 24.5.2004 n. 29951, Focarelli, cit.; Cass. S.U. 25.10.2005 n. 41936, Muci, cit.; Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.A., cit.; Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit.

¹⁰¹ Cass. S.U. 25.10.2007 n. 10280, Miragliotta, cit.

¹⁰² Cass. S.U. 31.1.2013 n. 18374, Adami e altro, in *CP* 2014, 120. Conf. Cass. 14.5.2013 n. 36870, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Più di recente Cass. 21.9.2016 n. 19994, in *D&G* 2017, 74, 18. *Contra*, in dottrina, G. Flora, *I soggetti responsabili ed il concorso di persone nei reati tributari*, in *RasTrib* 2015, 595, il quale obietta che, malgrado la riforma della l. 244/2007, le somme risparmiate non traggono per nulla origine dal comportamento criminoso, in quanto il reato si perfeziona, tranne che nei casi di emissione di fatture per operazioni inesistenti, con la presentazione della dichiarazione, sicché le somme non versate «erano e rimangono, prima della commissione del reato, nel patrimonio del contribuente, non pervengono nelle tasche del contribuente in conseguenza del reato», mentre solo il profitto che derivi da un indebito rimborso possiede le caratteristiche del profitto confiscabile.

¹⁰³ G. Andreazza, *op. cit.*, 642. È stato invece recentemente superato l'orientamento, accolto nella stessa sentenza Adami, che ricomprendeva nella nozione profitto da reato tributario anche le sanzioni amministrative ricollegate alle violazioni poste in essere e oggetto di accertamento. La sanzione, infatti – salvo che per il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 d. lgs. 74/2000), il cui profitto non può che essere calcolato con riferimento alla totalità del credito van-

Quanto invece alla forma (diretta o per equivalente) della confisca penal-tributaria, sulla scorta delle stesse ragioni che erano state poste a fondamento della sua introduzione in via legislativa (breve: la sostanziale inoperatività della confisca diretta ai sensi dell'art. 240 co. 1 Cp in ragione dell'assenza di un incremento patrimoniale pertinente al reato), si riteneva che, nei reati dichiarativi o di omesso versamento, essa si atteggi sempre a confisca per equivalente¹⁰⁴. Detto inquadramento comporta conseguenze particolarmente rilevanti in ragione della mancata inclusione dei reati tributari tra le fattispecie presupposto della responsabilità da reato dell'ente e della inapplicabilità della confisca di valore nei confronti delle persone giuridiche (i "contribuenti più significativi"¹⁰⁵) per i reati tributari commessi dai loro organi¹⁰⁶. Pertanto, quando la persona fisica commette un reato tributario ("nell'interesse" dell'ente), essa subisce la misura ablatoria (diretta e per equivalente) in forza dell'art. 12 bis d. lgs. 74/2000, mentre il beneficiario persona giuridica ne rimane indenne.

Sotto altro ma connesso profilo, va infine evidenziato come, con l'introduzione della confisca penal-tributaria, la giurisprudenza abbia iniziato a percepire la peculia-

tato dall'Erario essendo la condotta illecita finalizzata ad evitarne *in toto* il pagamento (v. A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*², Milano 2017, 248) –, rappresenta il costo del reato, originato dalla sua commissione e, pertanto, successivo ad essa: Cass. 20.1.2017 n. 28047, in *Fisco* 2017, 2680, con nota di C. Santoriello, *Escluso l'importo della sanzione dalla nozione di profitto ricavato da reati tributari a carattere dichiarativo*; conf. Cass. 6.2.2019 n. 17535, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. In dottrina, per tutti, F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *op. cit.*, 10.

¹⁰⁴ Assunto da sempre pacifico in dottrina. Sul punto v., per tutti, A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 145; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 71; M. Romano, *op. cit.*, 1887 s., anche per i riferimenti in nota 34.

¹⁰⁵ Così A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte speciale*, XVII, Milano 2010, 207.

¹⁰⁶ Per una panoramica della questione, si consenta nuovamente il rinvio a R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari*, cit., 867 ss. Va peraltro precisato che la problematica circa l'applicabilità alla persona giuridica della confisca introdotta con la Finanziaria del 2008 si colloca su di un piano almeno per la gran parte differente rispetto alla disciplina di cui al decreto 231. Rispondono infatti, i due corpi normativi, a diversi interrogativi: nel primo caso se sia possibile "estendere", ed eventualmente a quali condizioni, alla persona giuridica la disciplina della confisca prevista per le persone fisiche; nel secondo caso, se sussistano i presupposti per l'applicabilità del decreto 231 ai reati tributari, e segnatamente delle disposizioni ivi contemplanti ipotesi di confisca. Ed è proprio allo scopo di evitare che fenomeni criminosi strutturalmente connessi a politiche d'impresa profittino della mancata neutralizzazione del vantaggio economico-patrimoniale derivante dal reato (tributario), che si sono fatti strada orientamenti giurisprudenziali, marcatamente "sostanzialistici" (si veda, ad esempio, Cass. 29.4.2014 n. 21227, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che sancisce la legittimità del sequestro contestuale sui beni della persona fisica e della persona giuridica), volti ad espandere l'ambito di applicazione della confisca per equivalente, in particolare in relazione ai beni della persona giuridica beneficiaria del reato tributario (v. già T. Foggia 27.12.2010, in www.penalecontemporaneo.it, 4.2.2011, con nota di L. Della Ragione, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*).

rità dei risparmi *fiscali* rispetto alle altre tipologie di mancato esborso¹⁰⁷. In particolare, la sopracitata sentenza Riva FI.R.E. S.p.A., muovendo dalla duplice premessa per cui il settore dei reati tributari è stato disciplinato dal Legislatore attraverso un'apposita confisca e che, in tali ipotesi, «non si tratta tanto di un risparmio, quanto di un inadempimento ad un'obbligazione già esistente prima delle condotte, liquida, esigibile, quantificata in termini nummari», ha sostenuto che, quanto alle altre fattispecie criminose, «si renderebbe dunque necessaria [...] una esplicita presa di posizione del legislatore, volta ad ammettere, sulla scorta di precisi ed oggettivi criteri di quantificazione, l'ablazione di meri risparmi di spesa»¹⁰⁸.

A scompaginare il quadro assestatosi in materia di confiscabilità del risparmio di spesa (tendenzialmente ammessa solo per i risparmi *fiscali* nella forma per equivalente) sono intervenute, nel 2014, le più volte citate sentenze Gubert¹⁰⁹ e Thyssenkrupp¹¹⁰, che hanno rappresentato un autentico punto di svolta in merito, rispettivamente, ai reati tributari e alle altre fattispecie il cui vantaggio si configura come risparmio di spesa.

Con la prima pronuncia, infatti, come si è visto sopra¹¹¹, la Corte di Cassazione, chiamata a decidere sulla possibilità di operare la confisca su beni di persona giuridica per reati tributari commessi dal suo legale rappresentante, ha affermato, nella consapevolezza della tendenziale inoperatività dell'ablazione di valore per gli enti¹¹², che la confisca del denaro e degli altri beni fungibili è sempre configurabile come diretta.

Si è già avuto modo¹¹³ di confutare l'inferenza secondo la quale tra beni fungibili e confisca diretta sussisterebbe un rapporto d'implicazione necessaria. Anzi, avendo proprio riguardo al settore dei reati tributari, non può non considerarsi che, da un lato, persiste l'inoperatività delle ordinarie ipotesi di confisca rispetto al profitto-risparmio d'imposta che aveva portato il Legislatore ad estendere per via normativa l'applicabilità della confisca *ex art. 322 ter* Cp; dall'altro, se fosse valido l'assunto della

¹⁰⁷ Sul punto v., in dottrina, R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, cit., 2 ss.

¹⁰⁸ Cass. 20.12.2013 n. 3635, Riva FI.R.E. S.p.A., cit.

¹⁰⁹ Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert, cit.

¹¹⁰ Cass. S.U. 18.9.2014 n. 38343, Espenhahn e altri, cit.

¹¹¹ V. *supra*, par. 3.

¹¹² Secondo le Sezioni Unite, infatti, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente prevista dagli artt. 1 co. 143 l. 244/2007 e 322 *ter* Cp non può essere disposto sui beni dell'ente, salvo il caso in cui questo sia privo di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni. Nello stesso senso, in precedenza, v. Cass. 14.6.2012 n. 25774, in *CP* 2013, 305, con nota di D. Potetti, *Sulla confiscabilità della confisca tributaria (per equivalente) dei beni sociali con l'art. 27, co. 1, Cost.*; più di recente, v. Cass. 5.12.2017 n. 267, e Cass. 27.6.2017 n. 50823, entrambe in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

¹¹³ V. *supra*, par. 3.

Corte, si svuoterebbe, almeno in parte, di significato la confisca per equivalente introdotta con la Finanziaria 2008. Sembra evidente, allora, la (assai problematica) prevalenza accordata dai Giudici alla ragione fiscale, rispetto al dato legale¹¹⁴, nella prospettiva della generalizzata confiscabilità dei benefici economici che l'ente può ritrarre da illeciti penal-tributari¹¹⁵, con conseguente violazione dei principi di legalità (*sub specie* di tassatività/determinatezza) e colpevolezza, e di scivolamento (analogico) verso la confisca generale del patrimonio¹¹⁶: nel caso del risparmio d'imposta, infatti, mancando somme identificabili come direttamente pertinenti dal reato, la confisca si atteggia *sempre* a confisca per equivalente, disponga o non disponga il soggetto di denaro pari al suo debito¹¹⁷.

A tutt'oggi, la questione sembra peraltro ancora ben lungi da un definitivo assettamento¹¹⁸: sono infatti molteplici le pronunce che, pur formalmente aderendo ai principi della Gubert, se ne sono di fatto nella sostanza discostate affermando che il profitto del reato tributario, proprio in ragione della sua immaterialità oltre che della natura fungibile del bene da aggredire, può costituire soltanto oggetto di sequestro finalizzato alla confisca per equivalente¹¹⁹.

La più volte ricordata sentenza Gubert è stata peraltro fatta oggetto di espresso richiamo da parte della di poco successiva pronuncia delle Sezioni Unite Thyssen-Krupp, imputata per l'illecito *ex art. 25 septies* d. lgs. 231/2001, dipendente dai reati di omicidio e lesioni commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Aderendo alla tesi delle corti di merito, i Giudici hanno confermato la confisca per equivalente di un'ingente somma di denaro, pari al risparmio conseguente alla mancata installazione di un impianto antincendio, sostenendo, così, anche al di fuori dell'ambito penale-tributario, la confiscabilità di risparmi di spesa assoluti (che prescindono, cioè, da un ricavo introitato quale conse-

¹¹⁴ R. Acquaroli, *Crisi della legalità penale e ragione fiscale. Il caso paradigmatico della confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura di R. Borsari, Padova 2013, 283 ss.

¹¹⁵ V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., 740.

¹¹⁶ R. Borsari, *Reati tributari e confisca di beni societari*, cit., 862.

¹¹⁷ M. Romano, *op. cit.*, 1688.

¹¹⁸ V. *supra*, par. 3.

¹¹⁹ Cass. 30.5.2014 n. 49631, in *Fisco* 2014, 4698: «In tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, il profitto del reato tributario che si sostanzia in un mancato esborso dell'imposta dovuta, consistendo in una posta contabile di natura immateriale, mai convertita in moneta contante, non può costituire oggetto di sequestro diretto, ma solo nella forma "per equivalente"; conf. Cass. 10.5.2016 n. 38857, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Né, come si è già osservato, la sentenza delle stesse Sezioni Unite Lucci, di poco successiva, pare porsi del tutto in linea con la Gubert, in quanto applica il principio della confiscabilità in via diretta del denaro o di altri beni fungibili in relazione al diverso caso in cui vi sia (non un risparmio di spesa bensì) un accrescimento di tipo patrimoniale: v. Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, cit., *supra*, par. 3.

guenza diretta ed immediata del reato)¹²⁰; per la Corte, il profitto deve conformarsi alle caratteristiche dei reati cui si riferisce e poiché, per i reati colposi di evento, l'imputazione dell'illecito all'ente si fonda sull'interesse o vantaggio riferito alla condotta, il relativo profitto non può che ricollegarsi alla mancata adozione di accorgimenti di natura cautelare. Innestandosi qui il vantaggio, nucleo essenziale della "idea normativa di profitto", bene ha fatto quindi il giudice di merito a individuare il profitto nel risparmio inerente all'impianto antincendio.

Merita al proposito ricordare le osservazioni critiche della dottrina¹²¹ che ha posto in luce l'indeterminatezza della nozione di profitto fatta propria dalla sentenza da ultimo citata, la quale, per ipotesi, ad egual titolo avrebbe potuto avallare l'ablazione dell'equivalente di quanto alla società sarebbe costato dotarsi, anziché dell'impianto antincendio, del modello di organizzazione che avrebbe forse scongiurato il reato e il cui difetto ne ha invece sancito la colpevolezza di organizzazione. Critica analoga aveva investito alcuni anni prima altro arresto con cui, nella stessa materia, il Tribunale di Monza respingeva la domanda di confisca del profitto-risparmio in quanto non erano emersi dall'istruttoria elementi sufficienti a quantificarne l'ammontare a causa dell'incertezza in ordine all'individuazione delle possibili misure di sicurezza di cui l'ente avrebbe dovuto dotarsi¹²²; e che paiono accentuarsi laddove si consideri che

¹²⁰ Sulla confiscabilità del risparmio di spesa derivante dalla riduzione dei costi aziendali in un caso di illecita gestione dei rifiuti, v., in senso conforme, App. Palermo 4.3.2011 n. 889, in www.ambientedititto.it; Cass. 2.7.2007, in *CEDCass* n. 236007; Cass. 5.2.2014 n. 13859, in *AmbSv* 2014, 901: «È legittimo il sequestro preventivo per equivalente disposto sui beni immobili di una S.r.l. responsabile, ex art. 25 *undecies* del d. lgs. 231/2001, della realizzazione di una discarica non autorizzata a condizione che la somma sequestrata corrisponda al profitto conseguito dall'impresa nel non aver sostenuto i costi per il corretto smaltimento dei rifiuti (la Corte ha precisato che non è invece consentito il sequestro per equivalente del profitto rappresentato dalla mancata spesa necessaria per la bonifica dell'area)». In senso severamente critico sulla posizione assunta dalle Sezioni Unite v. A. Alessandri, *Confisca e imprese: spunti e problemi*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano 2018, 1082 ss., il quale osserva che «i costi risparmiati non sono una conseguenza del reato [...] non è mai il reato colposo che cagiona produce o permette di ottenere un minor costo: è semmai la deficitaria organizzazione della sicurezza a creare prima la situazione che consente o predispone il terreno favorevole per l'illecito colposo».

¹²¹ M. Romano, *op. cit.*, 1684 s.

¹²² T. Monza 3.9.2012, in <http://olympus.uniurb.it>, della quale sembra utile riportare il relativo passo della motivazione: «Con riguardo, infine, alla richiesta avanzata dal P.M. di disporre la confisca per equivalente del profitto conseguito dalla società GES.CO.MONT. s.r.l., pari al prezzo nell'anno 2007 di un'autogru con marcatura CE corrispondente a quella che ha cagionato l'infortunio, il Tribunale ritiene di non poterla accogliere, in quanto la richiesta appare generica, laddove avrebbe dovuto essere dimostrata l'entità del profitto conseguito dalla società in conseguenza del reato commesso nel suo interesse e vantaggio. Anche a voler ritenere che la nozione di profitto, suscettibile di confisca per equivalente, si riferisca non al reato presupposto (l'omicidio colposo), ma alle violazioni della normativa prevenzionistica, dall'istruttoria è emerso che la società aveva l'alternativa di acquistare un'autogru nuova o seminuova ovvero di adeguare quella in suo possesso alla normativa vigente all'epoca del fatto, installando sulla stessa alcuni dispositivi di sicurezza attiva: ebbene nessun ele-

il sistema di responsabilità da reato degli enti – e la relativa confisca-sanzione – era stato originariamente concepito per fattispecie di carattere doloso, risultando assai controversa la compatibilità dei reati(-presupposto) colposi di evento (in materia di salute e sicurezza sul lavoro, prima, e di ambiente, poi), con particolare riguardo all'impossibilità che dagli stessi possa derivare un interesse o vantaggio per l'ente¹²³.

Non sfugge, allora, che l'impostazione estensiva recentemente fatta propria dalla Suprema Corte nel senso della confiscabilità del risparmio "assoluto" di spesa, sia difficilmente conciliabile con il principio di legalità, quanto meno fintantoché difetterà un'espressa previsione di legge idonea non soltanto a fornire adeguato supporto legale alla misura, bensì a stabilire i parametri di quantificazione di detta, incerta *species* di profitto immateriale¹²⁴.

A questo proposito soluzioni maggiormente ponderate paiono invece provenire dalla giurisprudenza recente sulla confisca dei vantaggi immateriali diversi dal risparmio di spesa, come tali destinati a concretizzarsi in tempi anche assai successivi alla commissione del reato (quali, ad esempio, la posizione di monopolio assunta da un'impresa in un determinato settore per effetto del reato, i vantaggi concorrenziali, l'instaurazione di rapporti commerciali con committenti di rilievo, etc.)¹²⁵. A fronte, infatti, di alcune risalenti pronunce assai estensive – essenzialmente due di merito, in cui era stata sancita la confiscabilità per equivalente del controvalore del vantaggio derivante dal conseguimento di una posizione monopolistica¹²⁶, e una di legittimità (richiamata dalla sentenza Gubert) che aveva identificato il profitto del reato di truffa

mento concreto è emerso dall'istruttoria per quantificare, almeno in linea di massima, il costo delle due opzioni e, conseguentemente, il risparmio di spesa conseguito dalla società. In ragione di ciò, non essendo stati forniti al Tribunale specifici dati circostanziali che consentano la quantificazione del profitto conseguito, confiscabile per equivalente ai sensi dell'art. 19 d. lgs. 231/2001 – tanto più che esso "si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto" – la sanzione di cui agli artt. 9 co. 1 lett. c e 19 d. lgs. 231/2001 non appare in concreto applicabile».

¹²³ L'introduzione nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente delle fattispecie colpose di omicidio e lesioni gravi e gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 25 *septies*) risale infatti alla l. 3.8.2007 n. 123, mentre i reati-presupposto di carattere ambientale (art. 25 *undecies*) sono stati aggiunti dal d. lgs. 7.7.2011 n. 121. Secondo parte della dottrina, alla totale incompatibilità dei reati colposi di evento con il sistema di responsabilità degli enti potrebbe porsi rimedio soltanto attraverso una modifica legislativa che tenga conto delle specificità di tali fattispecie: per tutti, nell'ambito di una produzione letteraria non compendiabile, G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.10.2012, 23.

¹²⁴ Per un'esauritiva trattazione v. V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., 740 ss.

¹²⁵ V. F. Mucciarelli, *Profili generali - Commento all'art. 240 Cp*, cit., 150 s.

¹²⁶ T. Milano 25.7.2006, in www.penalecontemporaneo.it, 25.7.2006; G.i.p. Milano 27.4.2004, Siemens AG, in *FI* 2004, 434.

commessa in relazione ad un contratto di appalto nell'incremento dell'avviamento commerciale dell'impresa aggiudicataria¹²⁷ – sembra andare consolidandosi l'orientamento opposto¹²⁸.

Sul punto, le Sezioni Unite, tramite la sentenza “Fisia Italimpianti S.p.A.”, hanno infatti preso una posizione piuttosto netta, escludendo che i vantaggi economici “non immediati” o “di prospettiva” (per es., le posizioni di vantaggio sul mercato da parte dell'impresa) possano essere ricompresi nella nozione di profitto, stante l'assenza del nesso di derivazione causale col reato¹²⁹.

Sulla base degli stessi principi, nell'ambito di un procedimento per truffa aggravata e corruzione connesse alla realizzazione di un parcheggio pubblico in *project financing*, altra sentenza ha annullato il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente (ex art. 322 Cp), che aveva considerato profitto del reato anche utilità prospettiche e non ancora acquisite, determinate sulla base delle previsioni degli utili che, nell'arco temporale di oltre tre decenni, sarebbero stati tratti dalla gestione economica del parcheggio medesimo¹³⁰.

In senso ancor più esplicito, la sopraccitata pronuncia resa nel caso Banca Italease S.p.A. ha rimarcato come il profitto implichi un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del beneficiario originato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica, non potendosi dunque prescindere dalla creazione “attuale” di nuova ricchezza¹³¹.

Più di recente, infine, la Sesta Sezione della Cassazione¹³² – nel ribadire che costituisce profitto del reato solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario, originato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica – ha negato la qualificabilità in termini di profitto del reato di un

¹²⁷ Cass. 6.11.2008 n. 45389, in *CP* 2010, 2714. V. peraltro pure Cass. 23.6.2006 n. 32627, La Fiorita, cit., la quale ha ammesso una valutazione più ampia del profitto atta a ricomprendere anche i vantaggi immateriali, come le eventuali future posizioni di monopolio, riferendosi tuttavia al diverso ambito del profitto di rilevante entità quale presupposto di applicazione di misure interdittive nei confronti degli enti (art. 13 co. 1 lett. a d. lgs. 231/2001).

¹²⁸ In dottrina, sull'esclusione della confiscabilità dei vantaggi di tipo immateriale e prospettico, A. Alessandri, *Criminalità economica*, cit., 2154; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 61.

¹²⁹ Nel caso di specie, il Tribunale di Napoli aveva affermato che il profitto può non assumere «un attuale profilo di patrimonialità, potendo consistere anche in un'altra situazione di utile, eventualmente propedeutica al conseguimento di un vantaggio economico»: T. Napoli 6.10.2007, in *DPP* 2007, 1638.

¹³⁰ Cass. 12.11.2013 n. 8339, cit.

¹³¹ Cass. 28.12.2013 n. 10265, Banca Italease S.p.A., cit.

¹³² Cass. 14.9.2017 n. 1754, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

vantaggio futuro – eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali – e della mera aspettativa di fatto, *chance*, salvo che questa, in quanto fondata su circostanze specifiche, non presenti caratteri di concretezza ed effettività tali da costituire essa stessa un'entità patrimoniale a sé stante, autonoma, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione in relazione alla sua proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto (nel caso di specie, la Corte ha escluso che potesse reputarsi profitto del reato di corruzione propria internazionale la mera possibilità, per l'imputato, di continuare ad operare nel mercato algerino attraverso il suo inserimento nell'elenco delle imprese invitate alle gare di appalto indette dall'ente competente).

Dopo una prima apertura nella sentenza Fisia Italimpianti S.p.A., la giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni ribadito, invece, l'ammissibilità della confisca dei crediti, purché certi, liquidi ed esigibili. Questi, tuttavia, non sono mai confiscabili nella forma per equivalente poiché, in tali ipotesi, l'interessato verrebbe «privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata»¹³³. Nella medesima prospettiva, la Sesta Sezione della Cassazione¹³⁴ ha sancito l'illegittimità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni equivalenti al profitto del reato di frode nelle pubbliche forniture identificato nelle somme anticipate da un istituto bancario a seguito della cessione *pro solvendo* dei crediti vantati dall'imputato nei confronti della P.A. frodata; questo perché, secondo i Giudici, il profitto consiste soltanto in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito e non nella semplice esistenza di un credito «per così dire, “virtuale”, in quanto non riscosso».

6. L'acuta problematicità della materia si manifesta in modo ancor più evidente laddove il profitto di talune fattispecie criminose per le quali è contemplata la confisca (obbligatoria, anche per equivalente) “consiste” in quello di altri reati che ne costituiscono il presupposto o il fine.

Un primo esempio è rinvenibile nella casistica concernente i delitti di riciclag-

¹³³ Cass. 17.6.2010 n. 35748, P.M. e Impregilo S.p.A., cit.

¹³⁴ Cass. 18.2.2010 n. 27746, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, la quale in motivazione ha aggiunto che meno che mai il profitto è rinvenibile «nella cessione *pro solvendo* dello stesso credito, non ancora liquido ed esigibile, a garanzia di una linea di affidamento accordata alla cedente dalla banca e che pur concretandosi in una temporanea anticipazione di liquidità, comporta comunque contestualmente l'assunzione di un debito di corrispondente importo. Nella cessione *pro solvendo* la liberazione del cedente si verifica solo quando il cessionario abbia ottenuto il pagamento del debitore ceduto». Conf. Cass. 19.1.2016 n. 4097, in *CTrib* 2016, 1339, con nota di F. Fontana, *I limiti dell'applicazione della confisca per equivalente*.

gio, rispetto ai quali la confisca obbligatoria è stata introdotta piuttosto di recente, mediante l'interpolazione nel codice penale dell'art. 648 *quater*, ad opera del d. lgs. 21.11.2007 n. 231, per essere poi estesa al nuovo delitto di autoriciclaggio attraverso la l. 15.12.2014 n. 186.

Quanto alla prima fattispecie, la Cassazione ha più volte ribadito che il profitto del reato di riciclaggio coincide con quello del reato-presupposto, sicché, ad esempio, il valore di riferimento del sequestro funzionale alla confisca per equivalente nei confronti dell'indagato del delitto di riciclaggio transnazionale, avente ad oggetto i proventi del delitto di frode fiscale commesso da altri, dev'essere quantificato sulla base del profitto di tale ultimo reato, entrato a far parte delle operazioni di riciclaggio¹³⁵. In un ulteriore arresto di legittimità si è inoltre affermato che il profitto del reato di riciclaggio è costituito dall'intero ammontare delle somme "ripulite" e può essere interamente confiscato anche nei confronti del concorrente nel reato che ne abbia goduto solo in parte¹³⁶.

Analoga impostazione è stata seguita dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al delitto di impiego di cui all'art. 648 *ter* Cp, laddove la Suprema Corte, dopo avere premesso che, in caso di attività di riciclaggio o reimpiego di profitti illeciti derivanti da precedenti reati tributari, il profitto del reato di riciclaggio o reimpiego è sovrapponibile al profitto dell'illecito fiscale, ha affermato che il profitto medesimo non è individuabile nell'imponibile sottratto a tassazione (ad esempio la somma percepita "in nero"), quand'anche quest'ultimo sia interessato dalle operazioni di riciclaggio, bensì nel *quantum* di imposta evasa¹³⁷.

Com'è evidente, le pronunce citate, con motivazioni invero piuttosto affrettate probabilmente in ragione della natura cautelare del giudizio, nella sostanza rinunciano a individuare un autonomo profitto dei reati di riciclaggio e reimpiego, facendolo inopinatamente coincidere con quello dei reati-presupposto (imposta evasa,

¹³⁵ Cass. 24.2.2011 n. 11970, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, laddove, in motivazione, si legge che: «Se il riciclaggio, secondo la ricostruzione dei fatti prospettata dall'accusa, aveva ad oggetto, tra l'altro, i proventi delle frodi fiscali, tali proventi costituiscono il profitto del reato di riciclaggio in relazione ai soggetti, peraltro tutti legati dal vincolo associativo, che sono autori solo di tale ultimo delitto transnazionale. Sicché, correttamente l'ordinanza impugnata ha quantificato il valore di riferimento, ai fini della confisca per equivalente, sulla base del profitto delle frodi fiscali entrato a far parte poi delle operazioni di riciclaggio transnazionale». Conforme Cass. 9.10.2012 n. 42120, in RGT 2013, 498, con nota di A. Del Sole, *Confiscabilità del 'profitto' dei reati tributari e riciclaggio da parte del professionista*.

¹³⁶ Cass. 13.10.2017 n. 49003, in *GI* 2018, 447, con nota di P. Sanfilippo, *Confisca per equivalente - riciclaggio e profitto confiscabile: la "solidarietà della pena" nel concorso di persone*.

¹³⁷ Cass. 18.2.2015 n. 9392, in *Fisco* 2015, 1376, con nota di C. Santoriello, *Delitto di autoriciclaggio inapplicabile alle condotte anteriori al 1° gennaio 2015*, la quale ha respinto la tesi della sequestrabilità dell'intero ricavo d'impresa derivante dalle complessive operazioni societarie "in nero" quale profitto dei reati di cui agli artt. 648 *bis* e 648 *ter* Cp.

somme “ripulite”, etc.).

Senonché il profitto dei reati in questione è, tipicamente, quello derivante, per l'uno, dalla sostituzione, dal trasferimento o da altra operazione idonea ad ostacolare la provenienza delittuosa delle utilità che ne sono oggetto; per l'altro, dall'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. Ne discende la necessità di tenere distinto il profitto del reato-presupposto, costituente l'oggetto materiale dei reati di riciclaggio e di reimpiego, dal profitto degli stessi, pena la violazione del principio di legalità. Nondimeno, le condotte di riciclaggio, nella misura in cui si riducono al mero trasferimento o sostituzione di ricchezza illecita, non sembrano idonee a produrre un vantaggio economico autonomamente individuabile e quantificabile; ed è per questo, evidentemente, che la giurisprudenza tende a guardare (erroneamente) al profitto del reato-presupposto¹³⁸. Al contrario, le condotte di impiego sono senz'altro idonee a generare profitti, dacché il reato *ex art. 648 ter Cp* si estrinseca normalmente nell'investimento delle utilità che ne costituiscono l'oggetto materiale¹³⁹.

Criticità analoghe a quelle del riciclaggio si manifestano in relazione al delitto di trasferimento fraudolento di valori di cui all'*art. 512 bis Cp (ex art. 12 quinquies d.l. 306/1992, conv. in l. 356/1992)*, che punisce – salvo che il fatto costituisca più grave reato – chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di ricettazione, riciclaggio e impiego¹⁴⁰.

Con riguardo a tale fattispecie, peraltro, un recente orientamento della Cassazione individua un profitto peculiare e (perlomeno *prima facie*) autonomo rispetto a quello del reato-presupposto. In un caso in cui il delitto di trasferimento fraudolento di valori aggravato dalla transnazionalità riguardava somme di denaro già oggetto di appropriazione indebita da parte dei medesimi soggetti, la Suprema Corte, nel ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato le Sezioni Unite ThyssenKrupp ad estendere la nozione di profitto alle ipotesi in cui manchi un incremento patrimoniale di segno positivo, ha affermato che per tale si deve intendere «qualsiasi utilità o vantaggio, suscettibile di valutazione patrimoniale ovvero economica, che abbia determinato un arricchimento, cioè un aumento, per il reo della capacità di accrescimento, godimento ed utilizzazione del suo patrimonio, purché causalmente derivante, direttamente o indirettamente, dal reato»¹⁴¹. In questa prospettiva, il profitto del

¹³⁸ V. A.M. Dell'Osso, sub *art. 648 quater*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., 2335.

¹³⁹ A.M. Dell'Osso, *op. cit.*, 2335.

¹⁴⁰ In argomento, v. F. Mucciarelli, *Commento all'art. 12 quinquies d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *LP* 1993, 158 ss.

¹⁴¹ Cass. 31.10.2014 n. 20093, in *Fisco* 2015, 2472, con nota di C. Santoriello, *La Cassazione individua il*

reato di trasferimento fraudolento di valori è stato quindi individuato nel vantaggio economico «insito nella possibilità di disporre della somma di denaro oggetto della complessiva appropriazione indebita secondo modalità di schermatura tali da rappresentare una realtà fittizia in ordine alla lecita provenienza dei fondi e, quindi, da facilitarne oggettivamente il godimento e la stessa disponibilità da parte degli autori dell'indebita appropriazione».

Ci si trova al cospetto di un assunto che, sotto un profilo del tutto diverso rispetto a quello – già peraltro discutibile – del risparmio di spesa¹⁴², conduce alla totale dematerializzazione dell'oggetto della confisca, con sospetta violazione del principio di legalità (*sub specie* di tassatività/determinatezza)¹⁴³. Del resto, la promessa autonomia concettuale della nozione del profitto del reato di trasferimento rispetto a quello del reato-presupposto si dissolve nell'*escamotage* di farne coincidere il *quantum*, con l'effetto, nel caso di specie, di pervenire all'estensione in via analogica della confisca obbligatoria per equivalente prevista per il reato di trasferimento di valori aggravato dalla transnazionalità per arrivare all'ablazione del profitto dell'appropriazione indebita¹⁴⁴.

La Suprema Corte si è peraltro discostata da siffatto orientamento nell'individuazione del profitto del reato di autoriciclaggio di cui all'art. 648 *ter.1* Cp.

In una recente sentenza, infatti, la Seconda Sezione¹⁴⁵, pur premettendo di condividere la nozione di profitto elaborata dalla pronuncia in tema di trasferimento di valori che precede¹⁴⁶, ha sostenuto che il profitto del delitto di autoriciclaggio non coincide con quello del reato-presupposto bensì con quello derivante dall'impiego, sostituzione, trasferimento «in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o

profitto del reato di trasferimento fraudolento di valori (e del nuovo illecito di autoriciclaggio). Conf. Cass. 30.11.2017 n. 56694, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

¹⁴² V. *supra*, par. 5.

¹⁴³ In questo senso vale ancora il richiamo all'insegnamento di Cass. 28.11.2013 n. 10265, Banca Italease S.p.A., cit., per la quale non sono riconducibili alla nozione di profitto le ipotesi in cui non vi è creazione di nuova ricchezza, bensì «la mera destinazione di quella preesistente alla consumazione del reato [...] al soddisfacimento di scopi diversi da quelli che avrebbero dovuto essere perseguiti». V. anche Cass. 14.9.2017 n. 1754, cit., per cui il profitto del reato è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario e non il vantaggio futuro, eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali.

¹⁴⁴ «In conclusione, dunque, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per valore equivalente è stato legittimamente disposto in relazione alla somma di denaro di 52 milioni di euro, che, per le ragioni illustrate, in relazione alle diverse fasi in cui si è sviluppata concretamente la complessiva condotta illecita degli indagati, costituisce sia il profitto del reato *ex art.* 646 Cp, sia il profitto del reato di cui al d.l. 8.6.1992 n. 306, art. 12 *quinquies*, conv. in l. 7.8.1992 n. 356».

¹⁴⁵ Cass. 7.6.2018 n. 30401, in *GI* 2019, 939, con nota di L. Pellegrini, *L'autoriciclaggio dei proventi del reato tributario e la problematica individuazione dell'oggetto della confisca*.

¹⁴⁶ Cass. 31.10.2014 n. 20093, cit.

speculative» del denaro, dei beni o delle altre utilità provenienti dalla commissione del reato-presupposto. L'impostazione fatta propria dalla Cassazione si fonda, in breve, su di un duplice ordine di argomentazioni: il primo, di natura logico-definitoria, a mente del quale il profitto di autoriciclaggio non può coincidere con quello del reato-presupposto in quanto il delitto di cui all'art. 648 *ter.1* Cp si alimenta proprio con il provento del reato a monte e concerne beni di cui l'agente ha già goduto in virtù della commissione di quest'ultimo; il secondo, di natura dogmatico-sistematica, per cui, se si facesse coincidere il profitto dei due delitti, non vi sarebbe spazio alcuno per l'applicazione dell'art. 648 *quater* Cp, poiché altrimenti si attuerebbe, in ragione della sanzionabilità del soggetto attivo dell'autoriciclaggio anche per il reato-presupposto, una duplicazione della confisca in palese violazione del divieto di *ne bis in idem*¹⁴⁷.

La soluzione da ultimo fornita dalla Corte potrebbe estendersi pure alle altre fattispecie di riciclaggio, con particolare riguardo all'argomento di natura logico-definitoria. In tal direzione parrebbe portare anche la motivazione di una pronuncia di poco precedente, la quale, nell'accogliere le censure mosse dal ricorrente, ha ritenuto che il profitto del reato di riciclaggio non può «essere, di per sé, ed automaticamente, in difetto di ogni spiegazione sul punto, individuato nella sommatoria degli importi oggetto della attività di trasferimento all'estero [...] si è infatti chiarito che la confisca per equivalente ha ad oggetto il valore del vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dall'autore del reato»¹⁴⁸.

Problematiche di analogo tenore si apprezzano anche in relazione al delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 Cp, essendo in particolare allo stato controverso se esso sia idoneo di per sé a generare un profitto e, nell'affermativa, in cosa questo consista¹⁴⁹.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale il reato di associazione a delinquere non genera un vantaggio economico positivo di diretta e immediata derivazione causale dallo stesso. Infatti il mero associarsi al fine di commettere più delitti

¹⁴⁷ D'altro canto, se il profitto del reato-presupposto non fosse autonomamente (già) confiscabile, si addiverrebbe a un'applicazione analogica della misura in relazione a fattispecie che normativamente non la contemplano.

¹⁴⁸ Cass. 17.4.2018 n. 34266, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. In tal senso v. anche Cass. 6.12.2013 n. 11777, in *CP* 2014, 2284, con nota di E. Bozheku, *Confiscabilità per equivalente del profitto del reato di frode fiscale ricavato dall'imputato per il delitto di riciclaggio transnazionale e integralmente restituito al danneggiato*, la quale, in un caso di riciclaggio del profitto derivante da precedente reato tributario il cui debito era stato assolto, ha ritenuto che, nei confronti degli autori del reato di riciclaggio, dovesse essere confiscato esclusivamente l'importo trattenuto sulle somme riciclate (definito dalla Suprema Corte come «reale profitto del reato di riciclaggio transnazionale», ma costituente, in realtà, il prezzo del medesimo reato).

¹⁴⁹ Per approfondimenti v., anche per i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, M. Caputo, sub art. 416, in *Commentario breve al codice penale*, op. cit., 1285 ss.

da parte di tre o più persone è, di per sé, improduttivo di ricchezze illecite sicché il profitto sarebbe soltanto quello derivante dalla realizzazione del programma criminoso attraverso i reati-fine¹⁵⁰. L'assenza del nesso di derivazione tra l'associazione in quanto tale e il profitto dei reati-fine sarebbe del resto dimostrata dall'ammissibilità del concorso del soggetto partecipe dell'associazione a delinquere semplice nel delitto di riciclaggio dei proventi dei reati-scopo, soluzione altrimenti preclusa, se il profitto derivasse dall'associazione, dalla clausola di esclusione del concorso nel reato prevista dall'art. 648 bis Cp¹⁵¹; la stessa tesi, inoltre, sarebbe stata implicitamente assunta – seppure in chiave esplicativa della differente proiezione sul terreno economico del delitto di associazione di stampo mafioso ex art. 416 bis Cp – dalle Sezioni Unite della Cassazione nella celebre sentenza Iavarazzo¹⁵².

Secondo l'indirizzo ampiamente prevalente, invece, il delitto di cui all'art. 416 Cp è idoneo a generare un profitto autonomo rispetto a quello dei reati-fine. Questo, tuttavia, altro non sarebbe che il complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati-fine medesimi, la cui realizzazione viene agevolata proprio dall'esistenza di una stabile struttura organizzata e da un comune progetto¹⁵³. Un preciso indice normativo in tal senso giungerebbe, secondo una sentenza di legittimità, proprio dalla lettera dell'art. 416 bis Cp, laddove prevede che «l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono del “metodo mafioso” per realizzare, tra l'altro, “profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri” sicché, in un contesto criminale associativo sia esso o meno di tipo mafioso, non vale obiettare che, siccome gli agenti pongono in essere i reati fine, sono questi delitti – non quello associativo – a produrre direttamente il profitto»¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Cass. 20.1.2015 n. 7860, in *RP* 2015, 314. In dottrina A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, cit., 49.

¹⁵¹ Cass. 14.2.2003 n. 10582, in *RP* 2004, 143.

¹⁵² Cass. S.U. 27.2.2014 n. 25191, in www.penalecontemporaneo.it, 17.9.2014, con nota di A. Galluccio, *Le Sezioni Unite sui rapporti fra riciclaggio, illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso*, la quale – nell'escludere il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648 bis e 648 ter Cp, da un lato, e quello di cui all'art. 416 bis Cp, dall'altro, dove la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o utilità provenienti dal delitto di associazione mafiosa – ha confermato che la fattispecie ex art. 416 Cp è di per sé idonea a produrre proventi illeciti, rientrando negli scopi dell'associazione anche quello di trarre vantaggi o profitti da attività economiche lecite per mezzo del metodo mafioso.

¹⁵³ Cass. 27.1.2011 n. 5869, in *CP* 2012, 1306, con nota di G. Bono, *Confisca di valore in materia di reati transnazionali: le criticità di un'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione*; Cass. 3.3.2017 n. 30255; Cass. 24.2.2011 n. 1969; Cass. 7.3.2014 n. 40042; Cass. 20.1.2015 n. 6507; Cass. 25.2.2016 n. 15205; Cass. 7.4.2016 n. 44912, tutte in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Conf., in dottrina, A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 445. In senso critico, v. D. Fondaroli, *Tassazione versus sequestro e confisca dei proventi da reato*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, cit., 269, secondo cui tale impostazione, trascurando l'autonomia del reato-fine rispetto al reato associativo, porterebbe allo stravolgimento delle categorie penalistiche.

¹⁵⁴ Cass. 4.3.2015 n. 26721, in *CP* 2016, 584, con nota di C. Rossi, *Sequestro e confisca dei profitti gene-*

In buona sostanza, dunque, detta tesi non sembra negare che siano effettivamente i reati-fine a generare il profitto, ma questo viene comunque ascritto in forma autonoma al reato di cui all'art. 416 Cp, sulla (sola) base del rilievo per cui l'associazione viene costituita per la "spartizione" dei benefici derivanti dalla messa in atto del programma criminoso.

Non può tuttavia non rilevarsi che il profitto derivante dal complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati-fine non è qualificabile – senza soluzione di continuità – come autonomo profitto del reato associativo. Non sembra infatti revocabile in dubbio che il rapporto di pertinenzialità di detto profitto (inteso come nesso di derivazione causale dal reato in via immediata e diretta)¹⁵⁵ sia ravvisabile esclusivamente rispetto ai reati-fine e che la relazione con l'associazione (la quale si limita a consentire o agevolare la commissione degli reati-fine medesimi) non possa che configurarsi come indiretta o mediata. La tesi prevalente, pertanto, similmente a quanto si è osservato in merito ai reati di riciclaggio, apre di nuovo il campo alla violazione del principio di legalità, nonché alla duplicazione o all'applicazione analogica della confisca – anche nella forma per equivalente – in relazione a fattispecie (la stessa associazione a delinquere semplice o i reati-fine) che normativamente non la contemplano¹⁵⁶.

In altra pronuncia¹⁵⁷, la Suprema Corte è peraltro intervenuta a mitigare la portata dell'orientamento maggioritario affermando che l'associazione a delinquere è idonea a generare un profitto, ma soltanto allorquando fa corrispondere al contributo dei sodali il riconoscimento di utili; si tratta quindi, in estrema sintesi, di un profitto che trova la sua fonte remota nei reati-fine, ma si manifesta nelle utilità effettivamente percepite dai partecipi in relazione al contributo prestato e, quindi, derivanti in via diretta e immediata dalla fattispecie associativa.

Tale soluzione si industria dunque di cercare di ipotizzare una nozione di profit-

rati dal delitto di associazione per delinquere: autonomi rispetto a quelli prodotti dai reati-fine.

¹⁵⁵ V. *supra*, par. 2.

¹⁵⁶ Come noto, il rischio è particolarmente avvertito in materia di responsabilità da reato degli enti, allorché si proceda per il delitto di associazione a delinquere (artt. 416 Cp e 24 *ter* d. lgs. 231/2001) e per reati-scopo non previsti nel catalogo dei reati-presupposto del decreto (in particolare, i reati tributari di cui al d. lgs. 74/2000), in relazione ai quali non è quindi possibile la confisca *ex art.* 19 d. lgs. 231/2001 nei confronti dell'ente: v., anche per gli imprescindibili riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, R. Borsari, *sub art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., 2627 ss. La stessa criticità è ravvisabile in materia di reati transnazionali (l. 16.3.2006 n. 146), allorché si proceda per il delitto di associazione a delinquere transnazionale (artt. 416 Cp e 3 l. 146/2006) e per reati-scopo privi del carattere della transnazionalità, in relazione ai quali non è quindi possibile la confisca *ex artt.* 3 e 11 l. 146/2006: per un quadro aggiornato, v. A. Mingione, *La configurabilità della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati-fine dell'associazione per delinquere: poche certezze e molte contraddizioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.2.2018.

¹⁵⁷ Cass. 20.1.2015 n. 6507, in *RP* 2015, 338.

to dell'associazione a delinquere realmente autonoma rispetto a quello dei reati-fine e, pertanto, compatibile con le esigenze di garanzia proprie dell'ambito penale.

Una materia, insomma, questa della enucleazione del concetto di profitto del reato, davvero magmatica e incandescente, che attende, per quanto forse sia scontato ribadirlo, un intervento legislativo auspicabilmente organico, non rinviabile considerati anche i disorientamenti e le non secondarie ricadute applicative che imperversano.

