

La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni.

Anna Maria Maugeri

Sommario: 1. Premessa. La natura della confisca. - 1.2. La confisca per equivalente e la sua natura “surrogatoria/ripristinatoria/non punitiva”. - 1.3. La recente riforma Cartabia in tema di esecuzione della confisca per equivalente: verso la natura punitiva. - 2. La nozione di profitto (surrogati e utilità). - 3. Profitto futuro e immateriale. - 4. Profitto lordo o netto. - 4.1. Le soluzioni adottate nel diritto comparato. - 4.2. Le opinioni contrarie all'adozione del principio del lordo. - 4.3. Le argomentazioni a favore del principio del lordo. - 4.4. Il principio del lordo moderato 4.5. La giurisprudenza italiana: il principio del lordo moderato. - 5. Profitto risparmio. -5.1. Il risparmio come profitto illecito confiscabile nel diritto comparato. - 6. La confisca del denaro. - 7. Il profitto confiscabile nel caso di “confusione” nel patrimonio di un'impresa.

1. Premessa. La natura della confisca.

La nozione di profitto confiscabile è stata definita polisemica e la sua determinazione rappresenta un profilo delicato a causa delle divergenze che caratterizzano la giurisprudenza in materia, che tende talora a dilatare a dismisura tale nozione, mettendo a dura prova il principio di legalità.

Si dimentica che la confisca anche laddove non sia considerata una pena la cui applicazione deve rispettare l'art. 25 Cost., l'art. 7 Cedu e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rappresenta, in ogni caso, un'ingerenza nel diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del I Protocollo CEDU, che deve essere prevista dalla legge (e applicata nei limiti previsti dalla legge) e deve essere proporzionata allo scopo¹; le interpretazioni estensive a dismisura, se non analogiche, del concetto di profitto finiscono per rendere non solo non tassativa l'applicazione della confisca, ma anche non “prevedibile” - nell'accezione “convenzionale” - e anche non proporzionata allo scopo, stravolgendo la stessa ratio e finalità politico criminale della misura di volta in volta in questione.

La nozione di profitto, infatti, deve essere determinata con riferimento alle differenti forme di confisca presenti nel nostro ordinamento, salvo poi a circoscriverla ulteriormente in considerazione della precipua funzione di politica criminale perseguita dalla specifica forma di confisca in considerazione.

Tale definizione è fondamentale anche ai fini della determinazione dell'oggetto della confisca per equivalente, perché come sottolineato dalle S.U. nella sentenza Miragliotta² ciò che rientra nell'originaria nozione di profitto confiscabile ex art. 240 c.p. o in base alle forme speciali di confisca diretta, non sarà oggetto di confisca per equivalente; la questione assume un particolare rilievo poiché nel nostro ordinamento non è ancora stata introdotta una disciplina generale della confisca per equivalente, che continua a essere prevista solo in relazione a specifiche - anche se ormai sempre più numerose - fattispecie.

La determinazione della nozione di profitto della confisca diretta dipende chiaramente anche dalla natura che si attribuisce a tale forma di confisca.

Al di là di tutte le diverse posizioni assunte in dottrina e in giurisprudenza in materia, anche in considerazione della qualificazione della confisca facoltativa del profitto ex art. 240 c.p. come misura di sicurezza e della circostanza che le forme speciali di confisca del profitto assumono carattere obbligatorio, con la conseguenza che la dottrina ne evidenzia il carattere punitivo, si ritiene che la confisca del prodotto o del profitto del reato, laddove correttamente applicata, piuttosto che perseguire una finalità repressiva³,

¹ Cfr. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca nel sistema penale* -, a cura di MONTAGNA, Torino 2017, 4 ss.

² Cass., SS.UU., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, rv. 23870; cfr. Cass., 14 giugno 2007, n. 30966, Puliga, in *CED*, rv. 236984.

³ ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino 1989, 50; GRASSO, *art. 240 c.p.*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, 608; MELCHIONDA, *Disorientamenti*

risponde ad una finalità di compensazione o di riequilibrio dell'ordine economico violato, riportando la situazione patrimoniale del reo nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione del reato e così impedendo al reo di godere del frutto della sua attività in base al principio fondamentale che il crimine non rappresenta in uno Stato di diritto un legittimo titolo di acquisto di beni; la sottrazione del profitto accertato del reato non svolge, allora, una funzione afflittiva/repressiva, perché non comporta un sacrificio patrimoniale o una limitazione del diritto di proprietà per il reo⁴. Sarebbe una sorta di corrispondente penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c.⁵. In questa direzione si sono pronunciate le Sezioni Unite nel caso Fisia Italimpianti, nonché Gubert⁶ e Lucci⁷, attribuendo alla confisca del profitto una funzione di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla consumazione del reato⁸, natura confermata anche dalla disciplina dell'art. 6, comma 5, d.lgs. 231/2001 che sancisce che «è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente», nell'ipotesi in cui l'ente non risulti responsabile; ciò in applicazione della clausola di esonero prevista dallo stesso art. 6 al comma 1, laddove l'ente riesce a dimostrare che il soggetto apicale ha agito nel suo esclusivo interesse, eludendo fraudolentemente i modelli organizzativi, pur in presenza dell'attività di controllo dell'organismo di vigilanza. La possibilità

giurisprudenziali in tema di confisca, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1977, 334; SABATINI, *La confisca nel diritto processuale penale*, Napoli 1943, 3; ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pub.* 1942, I, 246, 396.

⁴ MAUGERI, Voce *Confisca (Diritto Penale)*, in *Enciclopedia Del Diritto*, vol. Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 191 ss.; ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 449 ss. In tale direzione nell'ordinamento spagnolo AGUADO CORREA, *El comiso*, Madrid, 2000, 79 ss.; BLANCO CORDERO, *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?*, in LA LEY15 febbraio 2011, 7.

⁵ WOLTERS, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, Baden-Baden 1995, 65 ss.; C 13/24277.

⁶ Cass., SS.UU., 5 marzo 2014, n. 10561, Gubert: “La confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto (che è diretta e non di valore) non ha una funzione sanzionatoria, ma quella di ripristinare l'ordine economico violato dal reato”.

⁷ Cass., S.U., 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617, Rv. 264436, § 9, in particolare in relazione alla confisca del prezzo “9. Alla stregua di tali criteri può pervenirsi alla conclusione che la confisca del prezzo del reato non presenti connotazioni di tipo punitivo, dal momento che il patrimonio dell'imputato non viene intaccato in misura eccedente il pretium sceleris, direttamente desunto dal fatto illecito, e rispetto al quale l'interessato non avrebbe neppure titolo civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative. Al provvedimento di ablazione fa dunque difetto una finalità tipicamente repressiva, dal momento che l'acquisizione all'erario finisce per riguardare una res che l'ordinamento ritiene - secondo un apprezzamento legalmente tipizzato - non possa essere trattenuta dal suo avente causa, in quanto, per un verso, rappresentando la retribuzione per l'illecito, non è mai legalmente entrata a far parte del patrimonio del reo, mentre, sotto altro e corrispondente profilo, proprio per la specifica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità intrinseca, non diversa dalle cose di cui è in ogni caso imposta la confisca, a norma dell'art. 240 c.p., comma 2, n. 2. Il fulcro della confisca del prezzo del reato, sembra dunque da individuare proprio nelle caratteristiche del periculum che costituisce il nucleo delle misure di sicurezza, nel senso che, a differenza di quelle personali, la misura reale prende in considerazione una dimensione dinamica e relazionale del pericolo, attraverso un meccanismo che finisce per correlare fra loro la persona, la cosa ed il vincolo di pertinenzialità tra questa e lo specifico reato che viene in considerazione. Il connotato riparatorio, per stare al lessico della Corte EDU, e le finalità non repressive ma semmai preventive che orientano la confisca di ciò che ab origine non poteva entrare nel patrimonio dell'imputato, convincono del fatto che risulterebbe del tutto improprio affiancare una simile forma di confisca a quelle figure che una antica tradizione storica configurava come "punizione patrimoniale", conseguente - ma non correlata, quanto a derivazione "pertinenziale" - alla commissione di certi reati.” In tale direzione Cass., Sez. Un., 27 maggio 2021, n. 42415, in *Cass. Pen.* 2022, n. 2, 555 “Ebbene, come innanzi ricostruita, la confisca diretta dei proventi monetari del reato non ha carattere afflittivo e, tantomeno, sanzionatorio. A tale riguardo, in effetti, non ha tanto rilievo la sua formale collocazione tra le misure di sicurezza, quanto il fatto che essa assolve unicamente una finalità ripristinatoria. L'ablazione ha ad oggetto, infatti, solo l'effettivo accrescimento monetario direttamente prodotto nel patrimonio del reo dal dimostrato conseguimento da parte sua del prezzo o profitto del reato consistente in una somma di denaro”, con nota critica di COMPAGNA, *La confisca diretta dei valori numerari, dalla progressiva erosione della legalità all'esplicita negazione dei diritti fondamentali*, in *Cass. Pen.*, 2022, v. 63, n. 2, 555 ss.

⁸ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti; cfr. anche Cass., 2 febbraio 2012, n. 6248. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, poi, nella sentenza Fisia sottolineano in maniera interessante non solo la finalità riparatoria del sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 231/2001 - evidenziando il disegno sotteso alle condotte riparatorie di cui all'art. 17, quale emerge anche dalla Relazione al decreto -, ma anche il ruolo svolto in tale contesto dalla messa a disposizione del profitto da parte dell'ente: «La ratio della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente ... In definitiva le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa».

di applicare la confisca in mancanza della responsabilità dell'ente riflette chiaramente la natura non punitiva della confisca del profitto accertato; la confisca può essere applicata indipendentemente dalla responsabilità dell'ente proprio perché viene considerata come uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato, limitandosi a garantire la restituzione di quanto non si ha diritto a detenere e non assume, quindi, un carattere punitivo⁹.

Le Sezioni Unite hanno recentissimamente ribadito che “la confisca diretta dei proventi monetari del reato non ha carattere afflittivo e, tantomeno, sanzionatorio. A tale riguardo, in effetti, non ha tanto rilievo la sua formale collocazione tra le misure di sicurezza, quanto il fatto che essa assolve unicamente una finalità ripristinatoria. L'ablazione ha ad oggetto, infatti, solo l'effettivo accrescimento monetario direttamente prodotto nel patrimonio del reo dal dimostrato conseguimento da parte sua del prezzo o profitto del reato consistente in una somma di denaro”¹⁰.

Ciò non toglie che tale finalità ripristinatoria supporta la finalità general e specialpreventiva della pena, perché la mancata sottrazione del profitto del reato frusterebbe la stessa finalità deterrente e rieducativa della pena, garantendo al reo nella peggiore delle ipotesi – anche in seguito all'espiazione di una pena detentiva – di godere del provento del reato; e, quindi, la confisca del profitto finisce per svolgere anche

⁹ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, cit., che continua precisando «In questa ipotesi, riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una finalità squisitamente preventiva, collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale. Ritiene la Corte che, in questo specifico caso, dovendosi – di norma – escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della res oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito ... Ciò è tanto vero che, in relazione alla confisca di cui all'art. 6/5 c., non può disporsi il sequestro preventivo, considerato che a tale norma non fa riferimento l'art. 53 del decreto, che richiama esclusivamente l'art. 19»; Cass., S.U., Lucci, cit., § 9: “D'altra parte, la sottrazione del prezzo del reato non pare lontana da quelle figure di tipo ripristinatorio che tendono a sterilizzare le accumulazioni di origine illecita, anche nelle ipotesi in cui faccia difetto una condotta colpevole. E' il caso, ad esempio, della particolare figura di confisca prevista, per gli enti, dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6, comma 5, per il quale, anche nei casi in cui l'ente non è chiamato a rispondere dell'illecito dipendente da reato, per aver posto in essere i cosiddetti compliance programs, “è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente”. Con riferimento a quest'ipotesi, parla di forma di riequilibrio economico MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 156; ID., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 686 s.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Milano 1992, 876; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova 2002, 168; Cass., 14 giugno 2006, n. 31989. Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, Reati e responsabilità degli enti. A cura di G. Lattanzj*, Milano 2010, 96, la quale ritiene che «questa confisca vive in una dimensione squisitamente preventiva e si lega al concetto di pericolosità reale, a sua volta desunta dalla provenienza criminale della cosa»; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 328, cfr. 325 ss. la quale, invece, parla di «funzione lato sensu sanzionatoria»; A. BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *Resp. amm. soc. e enti* 2011, 3, 219; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino 2005, 81. Altra parte della dottrina ritiene che l'applicazione della forma di confisca in questione dimostrerebbe come nonostante l'ente riesca a provare le condizioni di cui all'art. 6 l'esonero di responsabilità sia solo parziale, o comunque dimostrerebbe che la clausola di esonero inciderebbe solo sulla sanzione e non sulla responsabilità (PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 429; Id., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir. Agg.*, VI, 2002, 960; *contra* definisce la clausola di esonero come una scusante DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 14; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 107; PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di GIARDA, SEMINARA, Padova, 2002, 76; cfr. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 101 ss.); FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1267 che parla di “forma di responsabilità per fatto incolpevole” riferendosi alla confisca ex art. 6, comma 5; conforme S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2017, nn. 1 – 2, 61. Tale interpretazione, pur possibile, sembra discutibile se vuole fondare una valutazione di responsabilità dell'ente sul presunto carattere punitivo di una tale forma di confisca (chiaramente un'interpretazione ampia della nozione di profitto rischierebbe, invece, di fondare una simile interpretazione o, viceversa, l'eventuale permanenza di una valutazione di responsabilità dell'ente giustificerebbe l'applicazione di una forma di confisca punitiva).

¹⁰ Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, n. 42415, Coppola, con nota di COLAIANNI-COLOMBO, *Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre "diretta"*, in *Sistema penale*, 8 luglio 2022.

un'indubbia finalità specialpreventiva¹¹. In tale direzione recentemente la Suprema Corte nel porsi il problema dell'ammissibilità dell'applicazione della confisca facoltativa del profitto anche in caso di prescrizione (pur facente seguito a condanna di primo grado), come previsto dalla giurisprudenza consolidata per le forme di confisca obbligatoria, evidenzia "una finalità comune a tali forme di confisca, costituita dalla volontà del legislatore (evincibile dalle sempre maggiori ipotesi di confisca obbligatoria) di sterilizzare in chiave specialpreventiva ogni vantaggio economico conseguito attraverso la commissione di reati"¹².

E fin d'ora sembra necessario chiarire anche la natura della confisca di valore o per equivalente, che influenza chiaramente la portata della nozione del profitto confiscabile per equivalente.

1.2. La confisca per equivalente e la sua natura "surrogatoria/ripristinatoria/non punitiva".

In base ad un orientamento assolutamente prevalente della Suprema Corte e della Corte Costituzionale si attribuisce natura punitiva alla confisca per equivalente¹³, in ragione della mancanza di pericolosità dei

¹¹ Cfr. MOCCIA, *La confisca come mezzo di contrasto al crimine organizzato*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di PATALANO, Torino, 2003, 381, sugli «interessanti contenuti di prevenzione speciale positiva» emergenti dalla «riscoperta della funzione riparatoria dei provvedimenti ablativi, sul modello dell'obbligo alla restituzione ed al risarcimento di cui all'art. 185 c.p.»; MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Giappichelli, Torino, 2022, 132; SBISÀ-SPINELLI, *Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2020.

¹² "Tale finalità renderebbe irrilevante, ai fini del rapporto con una pronuncia prescizionale, ogni distinzione tra confisca facoltativa e obbligatoria", così Cass. sez. V, 12 febbraio 2020, n. 7881(caso Telecom-Sismi).

¹³ Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97; Corte cost. 20 novembre 2009, n. 301 ("Mentre quest'ultimo strumento, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di tali beni, assolve a una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni di altra natura, «palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura «eminamente sanzionatoria»"); Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68. È infatti noto che il mero effetto ablativo connesso all'istituto della confisca non vale di per sé a segnare la natura giuridica della misura, perché «la confisca non si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale» (sentenza n. 46 del 1964)"; Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 223; Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, in *Guida dir.*, 2019, 26, 64 ("La confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies impugnato condivide il tratto essenziale proprio delle altre ipotesi di confisca di valore finora vagliate dalla giurisprudenza di legittimità e anche da questa Corte (ordinanze n. 301 e n. 97 del 2009), con specifico riferimento al caso regolato dall'art. 322-ter del codice penale. Essa si applica a beni che non sono collegati al reato da un nesso diretto, attuale e strumentale, cosicché la privazione imposta al reo risponde a una finalità di carattere punitivo, e non preventivo. Del resto lo stesso legislatore si mostra consapevole del tratto afflittivo e punitivo proprio della confisca per equivalente, al punto da non prevederne la retroattività per i fatti che continuano a costituire reato (art. 187 del d.lgs. n. 58 del 1998)"); Cass. Pen., SS.UU., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci (la confisca per equivalente è "connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza"); Cass., SS.UU., Gubert, cit.; l'Ufficio del Massimario - Settore Penale della Corte di cassazione, nella Relazione n. 41/14 del 17 giugno 2014; Cass., Sez. III, 16 ottobre 2018, n. 46973, in *Cass. pen.*, 2018 nega la violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. che sarebbe determinata dall'applicare una misura punitiva perché "la confisca per equivalente deriverebbe dal disvalore insito nella condotta delittuosa commessa dal legale rappresentante in seno alla società"; Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2020, n.16103; Cass., 26 maggio 2010, n. 29724; Trib. Milano, 20 aprile 2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768, B., in *Riv. pen.* 2012, 7-8, 754; Cass., sez. III, 23 ottobre 2013, n. 45951; in relazione alla confisca in materia di reati tributari Cass., sez. III, 4 luglio 2013, n. 36927. In tale direzione ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINIPALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2108; Id., *La confisca*, cit., 107; GRASSO, sub art. 240, cit., p. 613; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 118; ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. e proc.* 2008, 251; PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.* 2009, 2075; FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. Disc. Pen. Agg.*, Tomo I, Torino 2005, 208 ss; MAZZA, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 gennaio 2012; CORSO, *La confisca per equivalente non è "retroattiva"*, in *Corr. Trib.* 2009, 1775; AMISANO, voce *La confisca per equivalente*, in *Dig. Disc. Pen. Agg.*, Tomo I, Torino 2008, 204; AURIEMMA, *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen.*, 1/2014, 14 s.; BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2071; Id., "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale, in BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Torino, Utet, 2011, 41 s.; BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica amministrazione – I. I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale parte speciale* (diretto da Marinucci-DOLCINI), II ed., Padova, Cedam, 2013, 1395 ss.; COCCO, *Breviario delle confische speciali dei beni degli autori dei delitti contro la P.A. previsti nel Capo I del Titolo II*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 729; FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, 2083; Lasalvia, *Brevi riflessioni*, cit., p. 4; MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo*

beni che ne costituiscono oggetto, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato ed i beni; si attribuisce, quindi, "una connotazione prevalentemente afflittiva e, dunque, una natura "eminentemente sanzionatoria" a tale forma di confisca, tale da impedire l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 c.p."¹⁴.

L'attribuzione di tale natura punitiva ha comportato una in qualche modo "coerente" applicazione di tale forma di confisca in chiave punitiva, al di là del rispetto del dettato normativo e, quindi, del principio di legalità.

Proprio in base a tale natura "punitiva" la Suprema Corte, anche a sezioni unite, con una notevole disinvoltura nell'ipotesi di concorso di persone ha applicato, infatti, tale forma di confisca *per intero* nei confronti di ciascun concorrente¹⁵; oppure ritiene che il sequestro e poi anche la confisca può attingere uno *qualsiasi* dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, anche se poi la confisca complessivamente disposta non può eccedere l'ammontare del profitto¹⁶ (magari in virtù del principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera azione e

statuto garantistico, in *Cass. pen.*, 2009, 3423; PELISSERO, *Commento alla L. 29.9.2000 n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, 1026 e 1030; SANTORIELLO, *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, 2090; VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, Cedam, 2012, 199 ss..

¹⁴ Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97; Corte cost. 20 novembre 2009, n. 301.

¹⁵ Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.* 2009, p. 3102: "in caso di concorso di persone nel reato, la confisca "per equivalente" prevista dall'art. 648 quater può essere disposta per ciascun concorrente per l'intera entità del profitto", "non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi, ma alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito"; conforme Cass., 13 maggio 2010, n. 21027. Contra Cass. Pen., Sez. VI, 20 gennaio 2021, n. 4727 "in tema di corruzione, la confisca per equivalente prevista dall'art. 322-ter, comma 2, c.p., avendo natura sanzionatoria, non può coinvolgere indifferentemente ciascuno dei concorrenti del reato per l'intera entità del profitto accertato, ma deve essere commisurata al grado di partecipazione di ciascun concorrente al profitto, che può essere desunta, in assenza di elementi diversi, anche da criteri sintomatici idonei a corroborare il giudizio di responsabilità, fermo restando che, ove non risulti possibile utilizzare un criterio attendibile di riparto, è legittima la suddivisione dell'importo pro-quota. (Fattispecie in cui, a fronte del versamento al pubblico ufficiale della complessiva somma di trentamila euro da parte di due imputati, separatamente giudicati, la confisca è stata limitata all'importo da ciascuno esborsato)"; "la confisca per equivalente, che ha natura afflittiva e sanzionatoria (Sez. U. n. 31617 del 26/6/2015, Lucci, Rv. 264435) non può eccedere la concreta entità del grado di responsabilità del singolo concorrente, potendosi altrimenti prospettare una sanzione sproporzionata, non conforme neppure alla sfera dei principi convenzionalmente rilevanti, come desumibili dall'art. 7 C.E.D.U. e dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo (si rinvia all'analisi del tema da parte di Corte E.D.U. Grande Camera, 28/6/2018, G.I.E.M. e altri contro Italia)". Cfr. Cour de cassation (2^e ch., E), 11 settembre 2013, P.13.0505.F., in *Rev. Dr. Pén. Crim.*, 2014, 131. Cfr. criticamente MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322 ter tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 826 ss.; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova 2011, 102.

¹⁶ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008 n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri; Cass., 25 ottobre 2017, n. 49003, con nota critica di SANFILIPPO, *Riciclaggio e profitto confiscabile: la "solidarietà nella pena" nel concorso di persone*, in *Giur. It.*, 2018, n. 2, 447. Tra le altre Cass., sez. V, 26 febbraio 2020, n.19091, che afferma: "2.1 Può ormai dirsi consolidato, invero, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la confisca per equivalente ed il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, indipendentemente dalla quota del medesimo riferibile ad ognuno di loro, ed anche qualora il singolo correo non sia entrato nella disponibilità di alcuna parte del provento illecito. Tale soluzione applicativa si ritiene coerente con il principio solidaristico che ispira la disciplina del concorso di persone e che, di conseguenza, implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa in capo a ciascun concorrente, nonché con la natura della confisca per equivalente, a cui va riconosciuto carattere eminentemente sanzionatorio (ex multis Sez. 6, n. 26621 del 10/04/2018, Ahmed, Rv. 273256; Sez. 2, Sentenza n. 5553 del 09/01/2014, Clerici, Rv. 258342; Sez. 2, n. 45389 del 06/11/2008, Perino Gelsomino, Rv. 241974; Sez. 2, n. 9786 del 21/02/2007, Alfieri ed altri, Rv. 235842). 2.2 Si tratta dunque di principi coerenti con la finalità anche dissuasiva e deterrente riferibile alla confisca di valore in considerazione della sua ormai pacifica qualificazione come sanzione (Sez. U., n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264435), ed in linea con lo scopo di sottrarre alla disponibilità del reo qualsivoglia vantaggio economico derivante dalla commissione dell'illecito, anche quando non sia esperibile la confisca diretta. E' dunque irrilevante quale sia la "quota" di profitto eventualmente incamerata dall'indagato o anche solo se egli abbia effettivamente ricavato una parte dello stesso a seguito della consumazione in concorso con altri del reato. Ciò che conta è solo che il suddetto profitto sia effettivamente conseguito e che lo stesso non sia più (in tutto o in parte) acquisibile nella sua identità fisica "storica" o in quella che gli autori del reato gli hanno impresso procedendo alla sua trasformazione". Ancora Cass., sez. fer., 1 agosto 2019, n. 37120; Cass., sez. VI, 10 aprile 2018, n. 26621; Cass., 5 dicembre 2017, n. 56451; Cass., 14 novembre 2017, n. 1999; Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; Cass., sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140, De Ferrari; Cass., sez. V, 10 gennaio 2012, n. 13562, Bocci; Cass., 12 ottobre 2011, sez. III, n. 1893, Manfellotto, Rv. 251797; Cass., sez. III, 24 febbraio

dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente¹⁷). O, ancora, la Suprema Corte ha applicato il sequestro per intero nei confronti di *ciascun* concorrente¹⁸, anche laddove ritiene che la confisca si debba contenere nei limiti del profitto conseguito, o, in applicazione del principio di solidarietà passiva applica il sequestro per intero contemporaneamente nei confronti dell'ente e delle persone fisiche responsabili del reato, in una sorta di "concorso di persone" tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti¹⁹ (fermo restando che, laddove possibile, la Corte applica la confisca ex art. 322 *ter* nei confronti della persona fisica ed ex art. 19 e 53 decr. 231/2001 nei confronti dell'ente²⁰). O, ancora, si fa rientrare nel profitto confiscabile con la confisca per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario²¹ o si ritiene applicabile anche se il profitto non è stato conseguito, perché reato di pericolo²²; o si individua un profitto confiscabile per equivalente anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 10, D.Lgs. n. 74/2000 (Occultamento e distruzione di scritture contabili), allorquando l'importo dell'evasione sia stato aliunde

2011, Rossetti, n. 11969, Rv. 249760, in *Riv. dir. trib.* 2011, 106; Cass., sez. V, 24 gennaio 2011 n. 13277, Farioli, Rv. 249839; Cass., sez. V, 3 febbraio 2010, n. 10810, Perrottelli, Rv. 246364. Cfr. POTETTI, *Confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p., sequestro preventivo e reato plurisoggettivo*, in *Riv. pen.* 2013, 608; BIANCHI, *Sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del reato*, in *Resp. amm. soc. e enti* 2012, f. 4, 149; *contra* TUTINELLI, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Resp. amm. soc. enti* 2009, 96; BUCCISANO – INGRAO, *Confisca per equivalente e reati tributari: limiti di applicazione e coinvolgimento del professionista*, in *Dialoghi Tributari* 2012, n. 4, 429 ss.; MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, 16 ss.; MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.* 2010, 117; DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. pen. cont.* 13 novembre 2010.

Contra Cass., sez. I, 9 luglio 2021, n.38034, che stabilisce che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca può essere disposto nei confronti di ciascuno dei concorrenti nel reato non per l'intero importo del profitto, ma in relazione a quanto materialmente conseguito da ognuno; in questa direzione Cass., sez. VI, 10 giugno 2022, n. 33757, salvo il caso di "impossibilità di attribuire a ciascun concorrente la sua quota di profitto" in cui si ammette che "il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può essere disposto per l'intero importo della quota di profitto".

¹⁷ "e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso; è dunque irrilevante quale sia la quota di profitto eventualmente incamerata dall'imputato o anche solo se egli abbia effettivamente ricavato una parte dello stesso a seguito della consumazione in concorso con altri", così Cass. sez. VI, 10 aprile 2018, n. 26621.

¹⁸ Cass. sez. VI, 21 ottobre 2020, n. 6607; Cass., sez. V, 26 febbraio 2020, n. 19091; Cass., sez. II, 26 aprile 2018, n. 29395; Cass., 20 settembre – 9 novembre 2007, n. 41499.

¹⁹ Cass. 10 maggio 2018, n. 46973; Cass., se. II, 12 aprile- 20 giugno 2018, n. 28437, in *Guida al diritto*, 2018, n. 33, 16; Cass., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 10567, in *Guida al Diritto*, 2013, n. 15, 55; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; Cass., sez. II, 20 aprile 2012, A.S., in *www.leggiditalia.it*. *Contra* FURFARO, *Confisca per equivalente, responsabilità enti e parametri operativi*, in *Giur. It.*, 2007, 973, il quale sostiene che in base al rapporto di specialità che legherebbe la confisca prevista dall' art. 322 *ter* c.p. e quella prevista nel D.Lgs. n. 231/2001, è necessaria la preventiva escussione del patrimonio dell'ente e si giustifica un intervento nei confronti dei beni dell'autore diretto solo in caso di esito negativo di questo primo provvedimento.

²⁰Cass., 10 maggio 2018, n.46973 "In particolare, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente sui beni della persona fisica non richiede, per la sua legittimità, la preventiva escussione del patrimonio della persona giuridica nell'interesse della quale il reato è stato commesso (Sez. 3, 27/1/2011 n. 7138 Rv. 249398; Sez. 2, 20/12/2006 n. 10838/2007 Rv. 235827). Ed infatti, nessuna norma impone di perseguire il patrimonio della persona giuridica beneficiaria dell'utile determinato dal reato, prima di aggredire il patrimonio del soggetto concorrente nel reato medesimo".

²¹ Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836; Cass., Sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, C., in *Guida dir.*, 2013, 1, 81; Cass., Sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256 e Cass., Sez. V, 10 novembre 2011, Mazzieri, n. 1843, Rv. 253480. *Contra* Cass., sez. III, 6 luglio 2021, n.32897: "Con riferimento al reato di cui all'art. 2 d.lg. n. 74 del 2000, il profitto del reato dichiarativo di frode fiscale, suscettibile di confisca diretta o per equivalente, è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale e non può avere ad oggetto le sanzioni dovute a seguito dell'accertamento del debito, che rappresentano, invece, il costo del reato stesso, derivante dalla sua commissione. Tranne chiaramente nell'ipotesi di cui all'art. 11, c. 1, d.lgs. 74/2000 *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in cui il profitto si configura sempre come risparmio di imposta (sui redditi o sul valore aggiunto), ma anche come risparmio degli interessi o delle sanzioni amministrative relativi a dette imposte, essendo la condotta finalizzata a «sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila».

²² Cass., sez. III, 3 luglio 2012, n. 25677. Cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 710 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

determinato²³. O, ancora, si trasforma la confisca del profitto *ex art. 322-ter*, comma 2, c.p. in una pena patrimoniale commisurata alla tangente che “non presuppone necessariamente il conseguimento, da parte del corruttore, di un profitto, stante la natura sanzionatoria della misura”²⁴. In questi casi si viola il principio di legalità laddove si applica la confisca in casi non previsti e disciplinati dal legislatore, in mancanza di un “profitto” o considerando profitto ciò che non è tale; si finisce per violare il principio di colpevolezza, perché se la confisca di beni acquista carattere punitivo dovrebbe rientrare nella più ampia commisurazione della pena alla colpevolezza per il fatto; si viola il principio di proporzionalità perché la confisca-pena, che si cumula con le altre pene previste, rischia di determinare un sacrificio non proporzionato. Non solo, ma l’attribuzione di natura punitiva a tale forma di confisca porta alla coerente ma disfunzionale conseguenza per cui “l’esito positivo della messa alla prova .. è incompatibile con la confisca per equivalente”²⁵, comportando che il reo potrà conservare il profitto del reato.

Tale orientamento sembra, in realtà, discutibile perché la confisca per equivalente, pur rappresentando il primo fondamentale modello che consente di sottrarre i profitti illeciti senza dover accertare il nesso di pertinenzialità con uno specifico reato, dovrebbe costituire una mera modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato, connesso al reato²⁶, rimanendo una forma di riequilibrio economico²⁷. Non ha la capacità di infliggere un *quid pluris* di afflittivo, o meglio punitivo e cioè una limitazione di un interesse, diritto, bene del destinatario della misura, laddove si limita a privare, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato, e, quindi, di qualcosa che non si ha diritto a detenere, non essendo il reato un legittimo titolo di acquisto di beni²⁸ - ferma restando l’opportunità di garantire l’irretroattività della disciplina -; e, in ogni caso, dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che consente di applicare nella forma equivalente²⁹. Si tratta di un mero espediente tecnico che consente di sottrarre in forma diversa il profitto del reato e di garantirne la sottrazione nonostante gli sforzi del reo di evitare e frustrare la confisca. Chiaramente tutto ciò presuppone che venga correttamente applicata.

D’altronde si osserva correttamente in dottrina che anche quando si accogla la teoria che individua un concorso di persone tra l’ente e la persona fisica, o tra più persone giuridiche, nella commisurazione della confisca ci si dovrebbe strettamente attenere alla misura del profitto effettivamente conseguito dal destinatario della misura o alla quota di profitto personalmente conseguita da ciascun concorrente,

²³ Cass., sez. III, 7 gennaio 2020, n. 166. Assolutamente critico MAIELLO, *La confiscabilità del profitto nel delitto di cui all’art. 10, D.Lgs. n. 74/2000*, in *Giur. ital.*, 2020, n. 5, 1211 ss.

²⁴ Cass., 13 maggio 2010, n. 21027; contra Cass., sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 8044.

²⁵ Cass., sez. III, 2 ottobre 2019, n.47104; Cass., 12 settembre 2019, n. 47101; contra Cass., 23 settembre 2020, n. 35738.

²⁶ Cass., 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., 685; Cass., 3 luglio 2002, n. 32797, Silletti.

²⁷ MAUGERI, *La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. di dir. pen. econ.* 2007, 489 ss.; Id., *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter, cit.*, 489 ss..

²⁸ In tale direzione Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.a.

²⁹ Cfr. MAUGERI, *La lotta contro l’accumulazione*, cit., 489 ss.; ID., *La confisca per equivalente*, cit., 826 ss.; conforme MONGILLO, *Art. 322-ter*, in *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2010, 256; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione – I delitti dei pubblici ufficiali*, *Commentario sistematico*, II ed., Milano 2006, 254, parla di misura che mira «ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività», pur riconoscendo che l’aspetto (generalpreventivo-) repressivo già presente nella confisca tradizionale, si chiarisce e si accentua con l’espressa previsione della confisca di valore (p. 248). Cfr. AMISANO, *op. cit.*, 198 ss. sul significato di “equivalenza” anche attraverso il confronto con il diritto civile; TUTINELLI, *op. cit.*, 96 il quale accentua l’obbligo restitutorio imposto con la confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, equiparata alla sanzione civile *ex art. artt. 185-187 c.p.* Ancora critici rispetto alla presunta natura punitiva della confisca per equivalente EPIDENDIO, cit. 86 ss. il quale precisa che «ritenere che la forma applicativa (per equivalente) di una confisca [...] sia da sola sufficiente a determinare addirittura una trasformazione della “natura” dell’ablazione coattiva, è una tesi che suscita perplessità, posto che si farebbero dipendere garanzie fondamentali [...] da una circostanza accidentale, quale l’impossibilità di procedere a confisca diretta o, peggio, la scelta inevitabilmente arbitraria di procedere ad una forma di confisca (diretta o per equivalente) piuttosto che all’altra»; MUCCIARELLI “*Profili generali*”, in EPIDENDIO, VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, 105 - 129; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, Torino, 151; MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall’incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 724; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova 1997, 107; TRINCHERA, *Confiscare senza punire*, cit., 390 ss. in base alla costruzione dogmatica autonoma della natura della confisca della ricchezza illecita, parla – ma non solo per la confisca diretta e per equivalente, ma anche allargata e preventiva - di un “carattere ripristinatorio o di neutralizzazione dell’arricchimento illecito”, che non significa che a questa misura debba essere negato un ruolo *complementare* rispetto alla sanzione penale.

altrimenti la finalità di riequilibrio economico e di prevenzione generale della confisca verrebbe compromessa in quanto l'effettivo percettore del profitto illecito potrebbe continuare ad usufruirne³⁰, tranne che si applichi per intero nei confronti di ciascun concorrente assumendo la natura di una pena patrimoniale.

Tanto è vero che la confisca per equivalente non può colpire dei beni di valore superiore a quello del profitto i quali non siano separabili senza diminuirne il valore complessivo, così da poter agevolmente procedere ad una loro ablazione o sequestro parziali, anche perché la disciplina delle diverse forme di confisca di valore previste nel nostro ordinamento, dall'art. 322 ter c.p. all'art. 19, c. 2 decr. legisl. 231/2001, non prevede la possibilità di infliggere al soggetto passivo un sacrificio ulteriore, come invece accadrebbe in caso di deprezzamento dell'intero dopo la suddivisione necessaria per separare il bene ovvero in caso di provvedimento ablativo che colpisse beni di valore superiore³¹. In tal senso appare più corretto quell'orientamento della Suprema Corte che sottolinea che nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto, per evitare un'ingiustificata compressione dei diritti già nella fase cautelare³²; il vincolo cautelare d'indisponibilità non dovrebbe essere esorbitante, eccedendo il valore del profitto, e non dovrebbe determinare ingiustificate duplicazioni, in quanto "dall'unicità del reato non può che derivare l'unicità del profitto"³³.

Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena affermando il principio della solidarietà correa in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità afflittiva, dall'altra si applica il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti e tra ente e persone fisiche, proprio delle misure riparatorie e affermato per le sanzioni amministrative (art. 6 l. 689/'81) e civilistiche³⁴: *"Mentre il principio di solidarietà nell'obbligazione è diretto essenzialmente ad ottenere che l'infrazione (nella sua entità oggettiva) non resti (oggettivamente) impunita, senza che per questo rilevi l'effettiva incidenza della pena su ciascuno degli autori della lesione e soprattutto senza possibilità di modificare l'entità unitaria della pena, moltiplicandola per il numero dei colpevoli, in termini del tutto antitetici, la regola della responsabilità correa ha di mira l'afflizione dei soggetti cui la violazione è giuridicamente imputabile, afflizione che, proprio perché prescinde da una, corrispettiva, soddisfazione del soggetto leso, non può considerarsi come un quid astrattamente ed unitariamente individuato. Per cui la solvenza di uno dei trasgressori è di per sé in grado di far venir meno l'obbligazione degli altri, sebbene deve inderogabilmente colpire, in tutta la sua portata, ciascuno dei responsabili dell'illecito"*³⁵.

Tale contraddizione è stata messa in evidenza dalla stessa giurisprudenza – minoritaria - della Suprema Corte laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, ha sostanzialmente messo in discussione la natura sanzionatoria della confisca per equivalente precisando che non si può "affatto .. trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese", innanzitutto per la sua "natura surrogatoria" rispetto alla confisca di proprietà essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato "rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza": *"non può certo presupporre una sorta di novatio della misura, tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale. È del tutto evidente, infatti, che risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali, la possibilità di far discendere l'applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità rappresentata dalla impossibilità di rinvenire - e conseguentemente aggredire - il profitto o il prezzo del reato"* (corsivo agg.). Non solo, ma evidenzia ancora la Suprema Corte che "ove il legislatore avesse davvero

³⁰ SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 863.

³¹ Cfr. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo*, cit., 97; SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni*, cit., 875.

³² Cass., sez. VI, 17 marzo 2009, Paggiaro; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi e altro; Cass., sez. IV, 7 dicembre 2011, Valsecchi; Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, Piccolo, n. 7078.

³³ AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione* - Nota a Corte Costituzionale (sent.), ud. 5.11.2012 (dep. 15.11.2012), n. 252, in *Dir. Pen. Contemp. - Riv. Trim.* 2013, n. 2, 151.

³⁴ Cfr. TUTINELLI, *op. cit.*, 89 ss.; Cfr. GAITO, *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.* 2009, 2068 il quale evidenzia che si applicano così in materia penale le categorie civilistiche: si fa confusione tra l'obbligazione solidale di contenuto restitutorio e risarcitorio (art. 185 c.p.) di "ristoro del danno" di stampo civilistico, e la confisca quale misura ablatoria tesa ad assicurare al patrimonio dello Stato il prezzo-profitto del delitto. In materia critico nei confronti della natura punitiva della confisca cfr. RAGGI, *La pace con il Fisco blocca il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente?*, in *Corriere Tributario* n. 40, 2012, 3130.

³⁵ SANDULLI, voce *Sanzioni Amministrative*, in *Enc. del Dir.*, Roma, 1992, vol. XXVIII, 1 ss.

inteso imprimere alla confisca per equivalente le *stigmati* della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato L. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale” (corsivo aggiunto)³⁶. La Suprema Corte – in base a questo orientamento assolutamente minoritario –, insomma, nega espressamente la riconducibilità della confisca per equivalente alla categoria delle pene.

In diverse sentenze la Suprema Corte evidenzia, in realtà, che la confisca per equivalente si può applicare solo laddove non sia possibile la confisca diretta, come una sorta di suo *surrogato*, e nella *misura strettamente corrispondente al profitto accertato*³⁷. La confisca per equivalente, implicando una “modificazione dinamica e non meramente ipotetica del patrimonio del soggetto agente” come emerge anche dalla Relazione al d.lg. n. 231 del 2001, è azionabile solo nei casi d'impossibilità sopravvenuta di procedere alla confisca o al sequestro di proprietà, evitando che «l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato ormai indisponibili per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria»³⁸. Si precisa, ancora, che “per disporre la confisca per equivalente devono ricorrere i seguenti presupposti: a) l'impossibilità di procedere alla confisca diretta del prezzo o del profitto; b) l'equivalenza di valore tra i beni confiscati e il prezzo o il profitto derivante dal reato. ..Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta (corsivo aggiunto), avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa. *Scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca "tradizionale"* (corsivo aggiunto), rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività - sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati. ...In sostanza, caratteristica comune della confisca per equivalente, nelle varie ipotesi previste, è che *"può" essere adottata solo se, per una qualsivoglia ragione, i proventi dell'attività illecita, di cui pure sia certa l'esistenza, non siano rinvenuti nella sfera giuridico - patrimoniale dell'autore del reato, perché consumati, confusi o trasformati, in tali casi intervenendo l'ablazione su beni svincolati dal collegamento fisico con il reato stesso*” (corsivo aggiunto)³⁹.

Tali precisazioni della Suprema Corte sul carattere residuale e sussidiario della confisca per equivalente appaiono assolutamente importanti per prevenire quell'uso spregiudicato, prima esaminato, di tale strumento, quale escamotage per applicare sostanzialmente una pena patrimoniale ai concorrenti o quale escamotage utilizzata dall'accusa per sottrarre un presunto profitto in mancanza di un previo e valido accertamento - che dovrebbe avvenire in base ad uno standard penalistico - dell'originario profitto. *Una misura surrogatoria dovrebbe avere la stessa natura della confisca diretta, di proprietà, di cui assume carattere sussidiario; nella misura in cui, allora, si ritiene di attribuire carattere di riequilibrio economico alla confisca di proprietà del profitto accertato si ritiene che possa essere attribuita una corrispondente natura alla confisca per equivalente.*

³⁶ Cass., 6 luglio 2006, n. 30729, Carere; Cass., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, su *Guida dir.*, 2013, 22, 67, con nota di Amato; Cass. Pen., Sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi. Cfr. MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 201 ss.; ID., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 695 ss.; ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1692 ss. cfr. POTETTI, *Confisca per equivalente*, cit., 612

³⁷ Cass., sez. III, 11 maggio 2011, Gargiulo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 235356.

³⁸ Cass., sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248; Cass., Sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al diritto* 2013, 7, 63.

³⁹ Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, su *Guida al Dir.* 2013, n. 22, 67, con nota di AMATO, *Non serve dimostrare il "nesso di pertinenzialità" tra reato e cose da sottoporre alla misura ablatoria*; conforme Cass., sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi, in *Guida al dir.* 2013, 7, 63. Cass., sez. III, 28 marzo 2018, n. 46709: “Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, non basandosi sul nesso di pertinenzialità della "res" rispetto al reato, è legittimo soltanto se i proventi dell'illecito non sono rinvenuti nella sfera giuridico - patrimoniale dell'indagato o, nel caso di reati tributari commessi dal legale rappresentante di una persona giuridica, non sono rinvenuti nella sfera patrimoniale dell'ente nel cui interesse il reato tributario è stato commesso, dovendo farsi ricorso a questo istituto solo quando non sia possibile procedere al sequestro diretto del profitto, del prodotto o del prezzo del reato”; Cass, sez. VI, 27 maggio 2020, n. 25609: “La confisca di valore è possibile solo se il tentativo di aggressione diretta del profitto si sia rivelato infruttuoso per l'indisponibilità materiale di beni da appendere”.

L'opinione prevalente della dottrina e soprattutto della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, come ricordato, è di contrario avviso, anche se poi continuano ad emergere dei segnali di incoerenza dell'ordinamento laddove, nonostante la presunta natura punitiva della confisca di valore, il legislatore ne prevede l'applicazione anche nei confronti del proposto ex art. 25 d.lgs. 159/2011 (disciplina introdotta già con le riforme introdotte dal d.l. 92/2008 e dalla l. 94/2009 nell'art. 2 ter l. 575/1965); come si può applicare una pena a un soggetto non condannato e di cui non sia accertata la colpevolezza? O ancora il legislatore consente da ultimo di applicare la confisca di valore ex art. 322 ter c.p., c. 2, anche in caso di prescrizione estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 578 bis c.p.p. a tale forma di confisca con la l. 3/2019 (la Corte Costituzionale ammette l'applicazione in caso di prescrizione anche della confisca urbanistica, considerata pena dalla Corte Edu nel caso Sud Fondi⁴⁰), in contrasto con quello stesso orientamento della Suprema Corte che aveva sempre escluso l'applicazione della confisca di valore in caso di prescrizione proprio in virtù della sua natura punitiva (per tutte S.U. Lucci, 2015)⁴¹.

Tanto è vero che per giustificare la confisca di valore anche in caso di prescrizione ex art. 578 bis c.p.p. la Suprema Corte incomincia a parlare di “natura solo ‘parzialmente sanzionatoria’ della confisca di valore - in quanto connotata piuttosto da una funzione ripristinatoria diretta al riallineamento degli squilibri patrimoniali generati dall'illecito”⁴² (fermo restando che il problema è risolto in radice con la riforma *in peius* dei termini prescrizionali introdotta nell'art. 159 c.p. ad opera della L. n. 3/2019, salva l'introduzione della disciplina dell'improcedibilità e il nuovo art. 578 ter c.p.p. - introdotto con il d.lgs. n. 150 del 17 ottobre 2022, art. 33, c) - che non consente l'applicazione della confisca, - tranne nell'ipotesi di cui all'art. 240, 2 comma n. 2, come emerge dalla relazione illustrativa -, ma rinvia alla disciplina della confisca di prevenzione⁴³). Il tutto aggravato in un primo momento dall'applicazione retroattiva dell'art. 578-bis c.p.p. perché considerata “norma di natura processuale, come tale soggetta al principio ‘*tempus regit actum*’⁴⁴; le Sezioni Unite, però, sono intervenute riconoscendo che l'art. 578-bis cod. proc. pen. non *sia* applicabile retroattivamente *in ipotesi di confisca per equivalente*, “*trattandosi di disposizione di natura anche sostanziale soggetta al divieto di retroattività della norma in malam partem ex art. 25 Cost.*”⁴⁵.

Ritornando alla questione della natura della confisca di valore, si deve ricordare, ancora, che in realtà un'espressione ambigua, quasi un obiter dictum, si trova nella sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019 che afferma che “In presenza, insomma, di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame –, o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere”. La Corte sembra far rientrare anche la confisca per equivalente nella categoria della confisca di carattere

⁴⁰ purchè sia pronunciata una condanna in primo grado e la valutazione di responsabilità sia confermata, ai soli fini della confisca, nei gradi successivi

⁴¹ Cass. sez. un., Lucci, cit.; conformi Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192; Cass. sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799.

⁴² Cass. sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645.

⁴³ Cfr. MENDITTO, *La riforma penale (l. n. 134/2021): le disposizioni in materia di sequestro e confisca dello schema di decreto delegato presentato dal governo*, in *Sistema penale* 2022, 4 ss. «Art. 578-ter (Decisione sulla confisca e provvedimenti sui beni in sequestro nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione). - 1. Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna. 2. Fuori dai casi di cui al comma 1, se vi sono beni in sequestro di cui è stata disposta confisca, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo competenti a proporre le misure patrimoniali di cui al titolo II del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. 3. Il sequestro disposto nel procedimento penale cessa di avere effetto se, entro novanta giorni dalla ordinanza di cui al comma 2, non è disposto il sequestro ai sensi dell'articolo 20 o 22 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.»

⁴⁴ Cass., sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645.

⁴⁵ Cass., SS.UU., ud. 29 settembre 2022, informazione provvisoria n. 15/2022.

ripristinatorio, in cui fa rientrare anche la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. e la confisca di prevenzione ex art. 24 e 34 d.lgs. 159/2011.

In generale e in prospettiva de iure condendo, si ritiene che, da una parte, il legislatore italiano dovrebbe prevedere l'introduzione del carattere obbligatorio della confisca del profitto e del prodotto come previsto nell'art. 2 della Dir. n. 42/2014, piuttosto che continuare a prevedere il carattere obbligatorio solo della confisca del prezzo, mantenendo questa obsoleta distinzione tra prezzo e profitto; dall'altra parte, si dovrebbe introdurre una disciplina generale della confisca per equivalente nell'ambito dell'art. 240 c.p. come forma surrogatoria della confisca diretta del profitto (che presuppone l'accertamento del profitto e del suo ammontare), ponendo fine tra l'altro alle problematiche in materia di successione di leggi determinate dalla successiva introduzione di sempre nuove forme di confisca di valore, o a forzature interpretative del concetto di profitto, connesse alla mancata previsione di tale forma di confisca per talune fattispecie, come si esaminerà.

In tale direzione non solo l'art. 4, Direttiva n. 42/2014 prevede il carattere obbligatorio della confisca per equivalente per i c.d. Eurocrimes, ma il carattere obbligatorio della confisca di valore era già previsto dalla decisione quadro 500/2001 e dall'art. 2 della Decisione quadro 212/2005, che rimane in vigore anche dopo l'entrata in vigore della direttiva, per tutti i reati puniti con pena detentiva superiore a un anno. Il nostro legislatore con il D.Lgs. n. 202/2016 ha proceduto ad estendere alle fattispecie considerate dalla Direttiva l'applicazione della confisca di valore (e della confisca allargata ex art. 12-*sexies*, D.L. n. 306/1992, ora art. 240-*bis* c.p.), perlomeno laddove non fosse già prevista⁴⁶, introducendo, tra l'altro, all'interno dell'art. 240 c.p. la confisca obbligatoria del profitto e del prodotto, anche nella forma per equivalente, solo in relazione ai c.d. reati informatici espressamente rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, determinando l'anomalia incomprensibile per cui in una norma che contiene la disciplina generale della confisca, viene inserita una forma speciale di confisca di valore.

Si deve ricordare a tal proposito che nel considerando n. 14 della Direttiva si precisa che la confisca per equivalente può essere concepita come: sanzione sussidiaria alla confisca diretta, e quindi applicabile solo laddove, pur avendo accertato la sussistenza del profitto e il suo ammontare, non è più possibile sottrarlo direttamente; oppure come misura alternativa, una sorta di confisca autonoma che può consentire di colpire anche delle forme di profitto che non potrebbero essere oggetto della confisca diretta, come ad esempio il profitto immateriale o il profitto risparmio.

Molti ordinamenti stranieri prevedono già da molti anni il carattere obbligatorio della confisca dei profitti e della confisca di valore con una disciplina di carattere generale che si applica a tutti i reati. E anche in Italia la legge comunitaria 2007 (L. n. 34/2008), un decreto legislativo cui non è stata data attuazione, prevedeva già l'introduzione di una serie di principi direttivi per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della Decisione quadro 212/2005, sia in relazione alla confisca degli strumenti sia in relazione alla confisca dei profitti del reato (all'art. 31). Si prevedeva, ad esempio, nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti la necessità di garantire l'obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonché del profitto, derivato direttamente o indirettamente dal reato, e del suo impiego, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato; si introduceva, inoltre, l'obbligatorietà della confisca per equivalente del prezzo, del prodotto o del profitto del reato, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c.⁴⁷.

1.3. La recente riforma Cartabia in tema di esecuzione della confisca per equivalente: verso la natura punitiva.

Fermo restando tutto ciò, da ultimo, però la recentissima riforma Cartabia in materia di esecuzione della confisca di valore sembra ispirata proprio dall'accoglimento della natura punitiva di tale forma di confisca.

⁴⁶ TRINCHERA, *Introdotte nuove ipotesi speciali di confisca per dare attuazione alla direttiva 2014/42/UE*. D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, in *Dir. Pen. Cont.*, 1° dicembre 2016; 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 *Arch. Pen. Speciale Riforme (Web)* e cartaceo, ss.

⁴⁷ MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione*, cit., 777.

L'art. 1, comma 14, lett. a), prima parte, l. n. 134/2021 prevede, nell'esercizio della delega prevista dal comma 1, modifiche al codice di procedura penale e alle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, al fine di disciplinare la «esecuzione della confisca per equivalente, quando non ha a oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro...con le modalità di esecuzione delle pene pecuniarie». In attuazione della legge delega, l'art. 41, lett. i), n. 2), del decreto inserisce all'art. 86 disp. att. c.p.p. il comma 1-bis, secondo cui «Qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l'esecuzione si svolge con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie, ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente al provvedimento di confisca». Per evitare incertezze la disposizione precisa che la regolamentazione riguarda ogni caso in cui i beni non siano «specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca».

Vi rientrano tutte «le ipotesi possibili in cui manchi il previo sequestro di beni (ad esempio, di aziende o quote sociali, con i corrispondenti beni aziendali, pur consentito dall'art. 104 disp. att. c.p.p. e di frequente applicazione), ovvero il provvedimento di confisca non precisi i beni che devono intendersi confiscati perché individuati nel corso del processo e non sottoposti a sequestro»⁴⁸.

Si deve ricordare a tal proposito che il sequestro per equivalente può essere disposto -normalmente dal gip - nei limiti del quantum corrispondente al profitto/prezzo del reato, senza necessità di individuare i beni da apprendere, attività riservata alla fase esecutiva demandata al pubblico ministero. Il giudice della cognizione, nel disporre la confisca, in assenza di previo sequestro, indica solo l'importo complessivo da apprendere, spettando al pubblico ministero l'individuazione dei beni nella fase esecutiva, dopo la confisca definitiva; altrimenti sarà il giudice dell'esecuzione, stante la natura obbligatoria della confisca, a disporla sempre con la sola indicazione del quantum in fase esecutiva, qualora il giudice della cognizione non vi abbia proceduto.

L'esecuzione di tale forma di confisca con le modalità previste per le pene pecuniarie, e, quindi, con l'art. 660 c.p.p., è stata già adottata dall'art. 735-bis c.p.p., in cui manca il previo sequestro, per l'esecuzione di provvedimenti resi da Autorità straniera. Tale scelta di regolamentare l'esecuzione della confisca per equivalente con le modalità della pena pecuniaria è stata valutata positivamente da chi evidenzia che «la confisca per equivalente, come per le condanne a pena pecuniaria, comporta, per il destinatario l'obbligo di corrispondere un importo pecuniario, e per lo Stato consiste in un titolo esecutivo per quel medesimo importo»⁴⁹.

Ne consegue che in materia si dovrà applicare il procedimento disciplinato dal nuovo testo dell'art. 660 c.p.p., introdotto dall'art. 38, comma 1, lett. c), dello schema, in applicazione dell'art. 1, comma 16 della l. n. 134/2021, con la conseguenza che «si potrà giungere, dunque, accertato il mancato pagamento alla conversione prevista dai nuovi testi degli artt. 660 c.p.p., 102, 103 l. n. 689/1989, anche nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva».

Una simile disciplina rappresenta *una chiara presa di posizione del legislatore a favore della natura punitiva di tale forma di confisca, perché le sanzioni sostitutive sono compatibili solo con una simile natura*, finendo per far prevalere legislativamente quest'interpretazione consolidata nella prassi giurisprudenziale che però, come esaminato, comporta delle *derive punitive* nell'uso di tale strumento, nonché delle forzature interpretative, con esiti incoerenti e piuttosto irrazionali; interpretazione che non è coerente con la mera natura surrogatoria o, meglio, con la preminente mera finalità di carattere ripristinatorio di tale forma di confisca.

Del resto la relazione illustrativa conferma l'impressione che alla base di tale disciplina ci sia una precisa scelta di politica criminale a favore della natura punitiva di tale forma di confisca, laddove richiama l'art. 1 comma 16 della l. n. 134/2021, che delega il Governo a modificare la disciplina in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie: «In attuazione della legge delega, pertanto, la nuova disciplina dell'esecuzione della pena pecuniaria troverà applicazione, in quanto compatibile, anche per l'esecuzione della confisca per equivalente. *Ciò è coerente con la natura di sanzione penale riconosciuta come propria di tale forma di confisca dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La conversione della confisca per equivalente in una pena sostitutiva, finalizzata alla coercizione dell'adempimento, ove possibile, è d'altra parte misura già prevista in altri*

⁴⁸ MENDITTO, *op. cit.*, 23.

⁴⁹ Idem.

ordinamenti europei e giudicata compatibile con il diritto UE (cfr. Corte di Giustizia, Prima Sezione, 10 gennaio 2019, Causa C-97/18 ET). Essa è d'altra già prevista dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, richiamata dal citato art. 735 bis c.p.p.» (corsivo aggiunto)⁵⁰.

Proprio tale possibilità di conversione è stato uno degli argomenti utilizzati dalla Corte Edu per ricondurre alla nozione di *punishment* il *confiscation* britannico da parte della Corte Edu nel caso Welch⁵¹. La Corte europea aveva affermato la natura penale di questa forma di confisca in base ad una serie di aspetti dai quali sarebbe emerso il suo carattere punitivo, accanto a quello preventivo; ciò in considerazione della nozione sostanziale di pena espressa dalla giurisprudenza della Corte europea e, quindi, alla luce dei c.d. criteri Engel, che consentono di “*looking behind appearances at the realities of the situation*”⁵²: la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza del condannato è uno degli elementi che, ad avviso della Corte, forniscono un’indicazione forte di un regime punitivo⁵³.

Tale scelta legislativa sembra assolutamente discutibile e finisce anche per compromettere l’efficienza della confisca di valore, strumento che potrà funzionare solo nella misura in cui si procederà al diretto sequestro e confisca di valori, sia nella forma del denaro sia nella forma di altri beni; proprio tale diretta modalità di esecuzione ha determinato negli ultimi decenni il successo della confisca rispetto alle tradizionali sanzioni, compresa quella pecuniaria. Legare l’esecuzione di tale misura alla disciplina della pena pecuniaria non sembra una scelta vincente, considerando i ben noti problemi di inefficienza di tale sanzione nel nostro ordinamento, come evidenziato anche dalla Corte Costituzionale⁵⁴. Come correttamente evidenziato, la procedura prevista finirà per svuotare di efficacia lo strumento in esame in quanto “È evidente infatti che, se prima di procedere alla confisca di un bene, il P.M. debba intimare preventivamente al condannato di pagare e, solo in caso negativo, decorsi infruttuosamente i termini dilatori previsti dalla norma, possa procedere in tal senso, anche il più sprovveduto dei criminali potrà eludere con facilità l’azione esecutiva e disfarsi rapidamente dei propri beni, occultandoli ovvero intestandoli a prestanome, avendo tutto il tempo e il modo di farlo comodamente”; a parte l’irrazionalità del sistema che ne deriva rispetto all’ipotesi in cui la confisca per equivalente sia proceduta dal sequestro di beni specifici o di denaro⁵⁵. L’unica ancora di salvezza è rappresentata dalla seconda parte della disposizione in esame, che fa salva la possibilità del P.M. di procedere alla confisca su beni individuati successivamente («ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente»), per quanto contraddittoria con la precedente disciplina che rimanda alla disciplina di esecuzione della pena pecuniaria, l’auspicio è che – salvi interventi normativi correttivi – tale eccezione continui a rappresentare la regola⁵⁶.

⁵⁰ Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, 178; cfr. in materia PESTELLI, *Brevi note critiche sull’esecuzione della confisca per equivalente non preceduta da sequestro preventivo nel nuovo decreto delegato di riforma del processo penale*, in *Sistema penale*, 21 ottobre 2022.

⁵¹ Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Welch v. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), n. 17440/90, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l’Homme* 1995, Série A, vol. 307, 1 ss., § 27 ss. - 34 (*Leg. pen.* 1995, 522); Phillips, 12 dicembre 2001, n° 41087/98.

⁵² Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Welch*, cit..

⁵³ Corte eur. dei dir. dell’uomo, *Welch*, cit., § 29 ss. Si osserva, innanzitutto, che il *confiscation* è connesso con un reato e presuppone, infatti, una condanna per traffico di stupefacenti. In relazione alla natura e allo scopo della misura si evidenzia che la sanzione in esame è stata introdotta con l’*Act* del 1986 per superare l’inadeguatezza dei precedenti strumenti di *forfeiture*, consentendo alle corti di sottrarre i profitti che erano stati convertiti in altri beni patrimoniali; una legislazione che attribuisce così ampi poteri di confisca persegue anche lo scopo di punire il reo. Gli scopi preventivi e riparativi possono coesistere con quello punitivo e possono essere considerati come elementi di una vera e propria pena. In diverse sentenze dei tribunali inglesi si considera tale sanzione come una pena, anche se questo criterio non è considerato decisivo, così come la gravità della sanzione. Aspetti decisivi sono: le presunzioni che tutti i beni acquistati nei sei anni precedenti il procedimento rappresentano il provento del traffico di droga a meno che il reo provi il contrario; il fatto che il provvedimento di confisca sia diretto contro i profitti coinvolti nel traffico di stupefacenti e non è limitato all’attuale arricchimento o profitto; la discrezionalità del giudice, nel fissare l’ammontare del provvedimento, di prendere in considerazione il grado di colpevolezza dell’accusato; e, come ricordato, la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza.

⁵⁴ Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 279.

⁵⁵ PESTELLI, *op. cit.*, 7.

⁵⁶ Cfr. *Idem*.

In realtà altri ordinamenti hanno una disciplina simile laddove, ad esempio, nell'ordinamento francese la dottrina ritiene che la confisca di valore agirebbe come un'ammenda supplementare⁵⁷, dall'evidente carattere di pena pecuniaria⁵⁸, qualora la cosa da confiscare non possa più essere sequestrata ("*saisie ou représentée*"). Nell'ordinamento britannico, come accennato, già a partire dal *Drug Trafficking Offences Act 1986* il *confiscation* - una forma di confisca allargata del profitto del reato, che colpisce tutto il patrimonio del reo accumulato nei sei anni precedenti la realizzazione del fatto, in base alla presunzione che tutto ciò che appartiene al reo è profitto del reato - costituisce un provvedimento *in personam* e non *in rem*, nel senso che il reo viene condannato al pagamento di una somma di denaro di valore corrispondente ai presunti profitti illeciti (si tratta di una confisca di valore, che costituisce una sorta di sanzione pecuniaria commisurata all'ammontare dei profitti del reato)⁵⁹. Tale disciplina si ritrova anche nel *Proceeds of Crime Act 2002*⁶⁰ e successive riforme ("confiscation order" is an order made personally against a defendant to pay a sum of money equivalent to some or all of their benefit from crime, depending on the assets available to the defendant. The defendant is not obliged to realise any particular asset to satisfy the order, as long as the sum of money is paid,"). In base a tale disciplina, inoltre, quando emette l'ordine di confisca, la *Crown Court* deve stabilire anche la misura di pena detentiva da scontare in caso di mancato pagamento; la scelta della pena detentiva viene determinata in base agli stessi parametri applicati per le pene pecuniarie, per le quali è predisposta una tabella che indica quanti giorni di pena detentiva corrispondono ad una determinata pena pecuniaria⁶¹. Il reo può scegliere se pagare o se subire l'ulteriore periodo di detenzione⁶²; in tal modo si fa assumere al *confiscation order* un carattere punitivo. Come evidenziato, però, dalla "Law Commission Reforming the law" nel loro *final report* del 9 novembre 2022⁶³, proprio il fatto che il provvedimento di confisca è inteso come un'obbligazione a pagare una somma di denaro corrispondente al valore dei profitti rende il sistema complesso e inefficace: "A confiscation debt running into the billions of pounds has led to a perception that the current confiscation regime is ineffective. As of 31st March 2021, the outstanding debt of unrecovered confiscation orders amounts to more than £2 billion. There is strong consensus that the current regime is inefficient, complex and ineffective – with weak enforcement mechanisms restricting its ability to consistently recover criminal funds". Per reagire a tale inefficienza la Commissione propone, tra l'altro, di rafforzare i poteri della Corte di emettere "restraint orders" sui beni⁶⁴.

Nell'ordinamento tedesco si chiarisce, invece, che la confisca di valore, il *Wertersatzverfall*, oggi *Einziehung des Wertes von Taterträgen* - che serve a coprire una lacuna per i casi nei quali la confisca del

⁵⁷ Cfr. PRADEL, *Le nouveau Code pénal — Partie générale*, Paris 1994, p. 148; ID., *Droit pénal, op. cit.*, 1995, p. 672; LECLERC, *Le nouveau Code pénal*, Paris, 1994, p. 65; MATSOPOULOU, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, in *Rev. sc. crim.* 1995, 312; STEFANI-LEVASSEUR-BOULOC, *Droit pénal général*, Paris 1992, 419.

⁵⁸ Cfr. DESPORTES - LE GUNHEC, *Le nouveau droit pénal*, Tome I, *Droit pénal général*, Paris 1996, 614.

⁵⁹ MITCHELL, HINTON & TAYLOR, *on Confiscation And The Proceeds of Crime*, First Edition, London 1992; First supplement to the First Edition, London 1995; Second Edition, London 1997, 125.

⁶⁰ POCA 2002 6. Making an order.

If the court decides under subsection (4)(b) or (c) that the defendant has benefited from the conduct referred to it must— (a)decide the recoverable amount, and (b)make an order (a confiscation order) requiring him to pay that amount.

⁶¹ Cfr. 35 POCA, Enforcement as fines; Serious Crime Act 2015, chapter 9, sec. 10, Default sentences (il Seious of Crime Act 2015 ha emendato la Part 2 del POCA 2002); R v Malhi [2016] EWCA Crim 2025. La pena detentiva deve essere utilizzata solo laddove ogni altro strumento per indurre al pagamento è insufficiente, come emerge anche dalla giurisprudenza in materia, cfr. tra le altre Court of Appeal, *R.v.Harrow Justice, ex p. Director of Public Prosecutions*, 27 marzo 1991, 1 *W.L.R.* 1991, p. 395. Cfr.; How Does a Confiscation Order Work?, January 24th, 2022 | **Forensic Accounting**; MITCHELL, HINTON & TAYLOR, *op. cit.*, *Second edition*, 98; KIRKBRIDE, *Confiscation Orders: Avoid a 'Determination' by 'Taking a View' R y Hilton (Northern Ireland) [2020] UKSC 29*, in *Journal of criminal law*, v. 85, n. 1, (2021), 54 ss.

⁶² Cfr. Queen's Bench Division, 5 dicembre 1997, *R v Liverpool Magistrates' Court ex parte Ansen*, in 1 *All ER* 1998, p. 692; Court of Appeal, 5 dicembre 1996, *R v Clark and another*, in 4 *All ER* 1997, 803.

⁶³Confiscation under Part 2 of the Proceeds of Crime Act 2002 | Law Commission

⁶⁴ La Commissione ha proposto, tra l'altro, di attribuire alla Corte il potere di pronunciare "contingent enforcement orders" e di rafforzare i poteri di sequestro della Corte: "Give courts the power to impose "contingent enforcement orders" at the time that a confiscation order is made, meaning that if a defendant does not pay back the proceeds of a crime within a set time, assets – including property or funds in a bank account – could instead be taken to recover the proceeds of crime. Strengthen "restraint orders", which can be imposed by a court to stop a defendant from protecting funds or assets that might later be involved in confiscation proceedings. Place the "risk of dissipation" test – the test currently used by courts to judge whether to use this order – on a statutory footing, and clarify what could trigger the use of these orders".

vantaggio patrimoniale realizzato non è possibile per determinate ragioni⁶⁵ e si applica purché i vantaggi economici siano affluiti al patrimonio dei partecipanti al fatto - deve colpire un *Sekundärobjekt* costituito da un ammontare di denaro corrispondente al valore della cosa⁶⁶, rappresentando – ad avviso della dottrina - una sorta di diritto obbligazionario dello Stato al pagamento e, precisamente, una sanzione patrimoniale, ma non una pena pecuniaria, così che nel caso di insolvenza non è convertibile in pena detentiva⁶⁷.

Nell'ordinamento svizzero, all'art. 71 swStGB, si prevede tout court nella disposizione che prevede la confisca per equivalente che “in vista dell'esecuzione della confisca, l'autorità inquirente può sottoporre a sequestro valori patrimoniali dell'interessato”.

2. La nozione di profitto (surrogati e utilità).

La direttiva contiene una definizione di “provento” (art. 2)⁶⁸ di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005 al fine di includere, come emerge anche dal considerando n. 11, non solo i proventi diretti, - ogni vantaggio economico derivato da reati -, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti (surrogati), ma anche tutti gli utili (vantaggi) economicamente valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato, con tutti i connessi problemi di delimitazione di tale concetto⁶⁹. Anche nel considerando n. 11 si precisa che “Occorre chiarire l'attuale concetto di proventi da reato al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti. Pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene,.... Possono inoltre comprendere introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi”. Non è stata accolta la proposta dell'*European Criminal Bar Association* di restringere solo ai “*proceeds*” direttamente derivanti dal crimine.

⁶⁵ Cfr. LACKNER, § 73, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1999, 473 La confisca di valore richiede che, prescindendo dall'impossibilità di esecuzione, devono essere realizzati tutti i presupposti della *fattispecie a monte*. La confisca diretta, per sé ammissibile, deve poi essere ineseguibile a causa di una delle tre seguenti ragioni.

a) Ineseguibilità a causa della natura del ricavato; quest'ipotesi si verifica in relazione a tutti i vantaggi che si lasciano accertare solo attraverso dei calcoli, come per es. i vantaggi derivanti dall'uso della cosa o il risparmio di spese (si possono comprendere in tale tipo di vantaggi la lavorazione, il mescolamento o l'unione - §§ 946 ff. BGB).

b) Tra le ipotesi di ineseguibilità si annovera il caso in cui l'oggetto da confiscare appartiene al momento della decisione a un terzo non partecipante al fatto, con la conseguente inapplicabilità della confisca diretta. E' indifferente se il reo ha direttamente mandato a un terzo il vantaggio del fatto senza averne ottenuto la proprietà, o se ha alienato l'oggetto a un terzo prima dell'inflizione della confisca, senza che ne sia derivato un *Surrogat*, ai sensi del § 73, nel patrimonio del soggetto. Per queste ipotesi, così come per l'ipotesi di ulteriore alienazione, la confisca di valore rimane l'unica possibilità di *Ersatzsanktion*. Lo stesso vale per i casi nei quali l'arricchimento dell'autore del fatto è irreperibile, è andato in rovina, è stato consumato o in altra maniera fatto scomparire.

c) la confisca di valore, infine, viene in considerazione nel caso di esclusione della confisca dei surrogati ex art. 73, non perché impossibile ma perché comportando dei calcoli economici eccessivamente complessi il giudice preferisce ricorrere alla confisca di valore dell'oggetto originario, cfr. ESER, § 73a, *Verfall des Wertersatzes*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010, 1988, 802; ESER-SCHUSTER, *StGB § 73c Einziehung des Wertes von Taterträgen*, in SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage 2019, Rn 2 – 7; DREHER-TRÖNDLE, § 73a, *Verfall des Wertersatzes*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., 1994, 633.

⁶⁶ L'inflizione del *Wertersatzverfall* è obbligatoria. Cfr. LACKNER, § 73, op. cit., 473.

⁶⁷ Cfr. MAURACH, op. cit., p. 818. Il *Wertersatzverfall*, perciò, non può essere concepito come una pena nel senso tecnico del termine, e tanto meno se confrontata con l'*Ersatzeinziehung* (§ 74 c) (che presuppone l'intenzione del soggetto sottoposto al provvedimento confiscatorio di sottrarsi allo stesso); “non presenta né i caratteri di un sostituto della pena detentiva (*Ersatzfreiheitsstrafe*), né viene conteggiata ai fini del computo complessivo della pena”, cfr. DREHER-TRÖNDLE, § 73, op. cit., 1995, 545; ID., § 73a, op. cit., 1994, 632; GÖHLER, *Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OWiG*, in *Wistra* 1992, 523.

⁶⁸ « Art.2, 1) «provento»: ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile”.

⁶⁹ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L'actio in rem assurgit a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.*, 255; ID., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.* 2013, 708.

Nel considerando n. 14, in accoglimento dell'emendamento n. 6 della Commissione LIBE, si chiarisce che tale ampia nozione di provento deve essere applicata anche in relazione ai reati non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI, che obbliga gli Stati membri a consentire la confisca di beni strumentali e proventi da reato a seguito di una condanna definitiva, nonché la confisca di beni il cui valore corrisponda a tali beni strumentali e proventi.

In tale direzione già la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2011 richiedeva di precisare che il concetto di provento di reato esplicitato nella Convenzione ONU di Palermo contro il crimine organizzato del 2000 e ripreso nella decisione quadro 2008/841/CE è più vasto rispetto a quello di profitto (invita sin da subito gli Stati membri a recepire correttamente tale concetto nei loro ordinamenti in maniera da permettere che qualsiasi entrata connessa direttamente o indirettamente al compimento di reati nell'ambito delle organizzazioni criminali possa essere oggetto di sequestro e confisca)⁷⁰.

Come precisato nella relazione al d.d.l. n. 231/2001 in relazione alla confisca diretta ex art. 19, ma con considerazioni che si possono estendere a tutte le forme di confisca diretta, e confermato dalla giurisprudenza prevalente, il profitto confiscabile deve avere il carattere della: patrimonialità in senso "materiale"; attualità concretizzata attraverso un reale "income" reddituale nella sfera economica della *corporation* (deve rappresentare un risultato conseguito e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito) o della persona fisica, autore del reato; connessione causale diretta fra la condotta (l'integrazione del reato-presupposto) e l'evento (il materializzarsi dell'utile: id est, la «conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato»)⁷¹.

In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente il "profitto del reato" deve essere identificato con un "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale", "pertinente al reato" secondo un rapporto "causa-effetto", nel senso che il profitto deve essere "una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato"⁷²: "sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l'interesse o il movente alla commissione del reato ma non l'adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito" -⁷³.

Anche da ultimo la Suprema Corte ha evidenziato la necessità del "collegamento eziologico" tra il bene da confiscare e il reato⁷⁴, la confisca "non può colpire il patrimonio dell'autore del reato in misura superiore al vantaggio economico derivatogli dalla commissione di un determinato reato"⁷⁵.

I problemi interpretativi che si sono posti e che ancora ritornano attengono all'ammissibilità della confisca dei c.d. surrogati e delle ulteriori utilità.

⁷⁰ Cfr. BALSAMO - LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata. A proposito della Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea (europea 2010/2309(INI))*, in *Dir. Pen. Cont.*

⁷¹ Così PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le Società* 2012, 74. Nella medesima direzione Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654; Cass., Sez. V, 4 marzo 2014 (ud. 28 novembre 2013), Banca Italease S.p.A., n. 10265; BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile*, in *Dir. Pen. Cont.* 2012, n. 1, 133; *contra* non richiede l'eternità FUX, *Ulteriori precisazioni sui confini della nozione di profitto: e necessaria l'"eternità"* - nota a Sez. V, 28 novembre 2013 (dep. 4 marzo 2014), n. 10265, in *Cass. pen.*, 2014, v. 54, n. 10, 3245.

⁷² C 08/26654; Cass., SS.UU., 24, maggio, 2004 n. 29951, Focarelli, in *FallProcConc* 2005, 1265, con nota di IACOVIELLO; Cass., SS.UU., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *GI* 2006, 2402, con nota di ROCCHI; BONELLI, *Nota a C 1027746 – C 10/35748 – Trib. Milano, 3-11-2010*, *Dir. pen. cont.* 2012, n. 1, 133

⁷³ Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.; BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile*, in *Dir. Pen. Cont.* 2012, n. 1, 133.

⁷⁴ Cass., sez. VI, 12 aprile 2022, n. 18344

⁷⁵ Cass., sez. II, 12 aprile 2022 (dep. 18/05/2022), n. 19561: In tema di riciclaggio, la confisca per equivalente del profitto del reato è applicabile solo con riferimento al valore del vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dal "riciclatore" e non sull'intera somma derivante dalle operazioni poste in essere dall'autore del reato presupposto, poiché, non essendo ipotizzabile alcun concorso fra i responsabili dei diversi reati, la misura ablativa non può essere disposta per un importo superiore al provento del reato contestato; che non vi è "alcuna ragione per cui il "riciclatore" debba rispondere, con la confisca, di tutta la somma riciclata, laddove, in realtà, ad avvantaggiarsene sia stato un terzo (ad es. l'autore del reato presupposto), perché si finirebbe per sanzionare il riciclatore (con una confisca per equivalente, avente chiara natura sanzionatoria) per un profitto di cui non ha mai goduto, contravvenendo, quindi, alla regola generale sottostante alle confische (in specie quella per equivalente) e secondo la quale la suddetta sanzione non può colpire il patrimonio dell'autore del reato in misura superiore al vantaggio economico derivatogli dalla commissione di un determinato reato". Conformi Cass., sez. II, 15 luglio 2020, Ambrosini, n. 30899, Rv. 280029; Sez. II, 26 novembre 2021, n. 2879, Rv. 282519. *Contra* Cass., 7 dicembre 2021, n. 7503.

Le Sezioni Unite nella sentenza Caruso hanno stabilito che costituisce un «principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'assunto che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua *diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo*». Con tale definizione le Sezioni Unite fanno ormai rientrare pacificamente nella nozione di profitto confiscabile anche i surrogati, cioè dei beni in cui l'originario profitto, di diretta derivazione causale dal reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità e cioè gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato⁷⁶; le Sezioni Unite hanno così raggiunto una sintesi tra i due opposti orientamenti che si contendevano la scena, quello più restrittivo richiedente una diretta correlazione tra il profitto e il reato, mentre è irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato⁷⁷, e quello più ampio comprensivo “altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa”⁷⁸. A sostegno di tale interpretazione le S.U. richiamano la Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale⁷⁹, la “*ratio dell'istituto*” - «rendere illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti» - e, quindi, la funzione general-preventiva della confisca, quale misura di sicurezza, nonché le fonti sovranazionali.

In base all'orientamento prevalente della giurisprudenza, allora, non rientrerebbero nella nozione di profitto gli utili ulteriori, diversamente da quanto previsto nella Direttiva 2014/42 che richiede la confisca non solo dei proventi diretti - ogni vantaggio economico derivato da reati - e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti, ma anche di tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato⁸⁰.

In realtà la Suprema Corte italiana nella decisione Miragliotta⁸¹, appena precedente alle S.U. Caruso, sembra ricomprendere anche gli utili nella nozione di profitto confiscabile purché l'accusa fornisca la prova *indiziaria* del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto indiretto. La Corte afferma che “Il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi degli articoli 240 e 322 ter, comma I, prima parte c.p. ogni qualvolta sia *ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente. E' necessario, pertanto, che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari* sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte *l'immediato prodotto* di una condotta penalmente rilevante o *l'indiretto profitto* della stessa, siccome *frutto di reimpiego* da parte del reo del denaro o *di altre utilità direttamente* ottenuti dai concussi”.

⁷⁶ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass., sez. II, 12 marzo 2014, n. 14600; Cass., sez. VI, 14 novembre 2013, n. 11918; Cass., 4 novembre 2003, n. 46780, Falcì, Rv. 227326; EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. Pen. Cont.* 2008, n. 10, 1272;

⁷⁷ Cass., 2 aprile 1979, n. 1815, Cipriani, in *Riv. pen.* 1979, 867; Cass., SS.UU., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabni, in *Cass. Pen.* 1997, 971, con nota di CARCANO; Cass., 24 settembre 1998, Asseliti, Rv. 211662; Cass., SS.UU., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in *Cass. Pen.* 2004, 1182, con nota di FIDELBO; Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli, in *Cass. Pen.* 2005, 3933, con nota di VITIELLO; Cass., SS.UU., 24 maggio, 2004 n. 29951, Focarelli; Cass., 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita società cooperativa srl, Rv. 235636 e in *Guida al dir.* 2006, 42, 61; Cass., sez. II, 5 ottobre 2016, n. 53650; Cass., SS.UU., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *GI* 2006, 2402, con nota di ROCCHI; Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Rv. 264436.

⁷⁸ Cass., 25 gennaio 1995, Giacalone, in *Riv. pen.* 1995, 1531. In tale direzione Cass., 21 ottobre 1994, n. 4114, Giacalone, Rv. 200855; Cass., SS.UU., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabruì, Rv. 205707; Cass., 6 Novembre 2008, n. 45389, Perino Gelsomino, in *Cass. pen.* 2010, 2714.

⁷⁹ Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale, I, n. 240, 280.

⁸⁰ Cfr. Cass., SS.UU., 3 luglio 1996, n. 9149 ; Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass., SS.UU., 25 giugno 2009, n. 38691; cfr. Cass., sez. VI, 14 luglio 2015, Azienda Agraria Greenfarm di Guido Leopardi, n. 33226, Rv. 264941: “In tema di responsabilità da reato degli enti, il profitto del reato si identifica solo con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto e non anche con i vantaggi indiretti derivanti dall'illecito. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto viziato il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente avente ad oggetto somme di denaro considerate profitto derivante dal reato di corruzione e quantificate facendo riferimento non già al vantaggio consistito nella realizzazione di un impianto di energia alternativa illecitamente autorizzato per effetto dell'accordo corruttivo, ma alle somme liquidate alla società a seguito della erogazione di energia elettrica in base alla convenzione successivamente stipulata con l'ente gestore”; Cass., sez. II, 5 ottobre 2016, n. 53650; cfr. ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in *www.ecba.gov*, 4.

⁸¹ Cass., Sez. Un., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, rv. 23870. Su tale questione cfr. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322 ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 794 ss.

Per argomentare la sua decisione le Sezioni Unite riprendono testualmente le osservazioni, sopra esaminate, della relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale⁸² e quelle della stessa Suprema Corte⁸³, in base alle quali “la nozione di profitto o provento deve essere riguardata in rapporto all'arricchimento complessivo”, in quanto “il bene frutto dell'investimento del denaro frutto della illecita condotta, siccome univocamente collegato alla esecuzione del crimine mantiene l'idea e costante l'attrattiva del reato in misura maggiore e più a lungo di quanto continuerebbe a fare il denaro stesso”.

Tale interpretazione sembra alla Corte condivisibile in quanto espressione di un'interpretazione sistematica dell'art. 240 c.p. e conforme alla “*ratio* dell'istituto”, che “è certamente quella di consentire la confisca di tutto ciò che sia qualificabile come frutto, o meglio come provento, del reato commesso. Insomma qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato - il danaro - conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto. Una diversa e più restrittiva interpretazione non sembra, infatti, compatibile con la finalità dell'istituto che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti. La funzione general - preventiva che la confisca, quale misura di sicurezza, sta sempre più assumendo nella legislazione italiana e comunitaria non può, infatti, essere frustrata da una interpretazione restrittiva dell'articolo 240 c.p., che renderebbe difficilmente aggredibile il bene oggetto della trasformazione del danaro frutto dell'illecito commesso”.

La Corte cita a sostegno della sua interpretazione una ricca giurisprudenza che ha qualificato come profitto del reato “tutte le utilità comunque ottenute, e, quindi, *medio tempore* trasformate in altri beni”, sia “i cd. surrogati del profitto, ovvero i beni acquistati con danaro di cui risulti accertata la concreta provenienza da reato (nel senso indicato vedi Cass., Sez. VI penale, 14 aprile 1993 - 22 settembre 1993, n. 1041, Ciarletta, rv. 195683, che nello stabilire il principio che non costituiscono ostacolo alla confisca le trasformazioni e modifiche che il prodotto del reato abbia subito, ha ritenuto profitto del reato titoli di stato acquistati con il danaro ricevuto direttamente dai concussi)”;⁸⁴ sia “*la trasformazione che il danaro abbia subito in beni di altra natura, purché la trasformazione abbia i caratteri della certezza e della esatta corrispondenza di valori*”⁸⁴; sia “ogni altra utilità o bene che questi ottenga anche indirettamente dall'utilizzo dei medesimi (Cass., Sez. II penale, 18 giugno 2004 - 23 luglio 2004, n. 32381, che ha ritenuto per tale ragione legittimo il sequestro in forma specifica ex articolo 640 *quater* c.p. di impianti aziendali, in luogo delle somme indebitamente percepite in relazione al reato di cui all'articolo 640 *bis* c.p.)”.

Le Sezioni Unite precisano, inoltre, che la confisca dei surrogati o delle utilità derivanti dal profitto non costituisce una forma di confisca per equivalente come già affermato dalla VI sezione della Suprema Corte⁸⁵. Sembra assolutamente opportuna tale precisazione perché la confisca dei surrogati o delle utilità rappresenta una forma di sottrazione di beni o altre utilità *derivanti* dall'originario profitto, causalmente connessi ad esso; la confisca per equivalente, invece, consentendo l'ablazione di beni nella disponibilità del soggetto di valore equivalente al profitto accertato, si riferisce alle ipotesi in cui non è rintracciabile né l'originario profitto del reato né i derivati da tale profitto, pur essendo stato provato che un profitto è stato tratto dal reato e il suo ammontare. Chiaramente laddove si accoglie una nozione ristretta di profitto come il bene direttamente derivante dal crimine, escludendo i surrogati in cui i profitti sono stati reimpiegati o le utilità da essi derivanti, la confisca per equivalente diventa lo strumento per sottrarre tali vantaggi.

⁸³ Cass., Sez. VI, 21 ottobre 1994 - 25 gennaio 1995, n. 4114, Giacalone, rv. 200855

⁸⁴ Corsivo aggiunto. Cass., Sez. II penale, 14 giugno 2006 - 27 settembre 2006, n. 31988, Chetta, rv. 235357; Cass., Sez. II penale, 14 giugno 2006 - 27 settembre 2006, n. 31990, Italinvest srl e altro, rv. 235129; Cass., Sez. I penale, 27 maggio 1994, 30 giugno 1994, n. 2551, Sorrentino, rv. 198347 in ordine ad un immobile, anche se erroneamente qualificato prodotto del reato, acquistato con il denaro peculato; Cass., Sez. VI penale, 19 dicembre 1997, 10 marzo 1998, n. 5185, Nardelli, rv. 210676 in ordine a certificati di deposito e autovettura acquistati con denaro, del quale risultava accertata la concreta provenienza da reato, ricavato dal reato di concussione.

⁸⁵ Cass., 14 giugno 2007 - 30 luglio 2007 n. 30966, Puliga, rv. 236984, che “nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter* comma I c.p. il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica”.

Le Sezioni Unite precisano, infine, che l'interpretazione affermata è in linea anche con la normativa internazionale che ha sempre considerato come oggetto della confisca il provento illecito, ovvero ogni vantaggio economico derivato dal reato: “è sufficiente ricordare la Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 in materia di traffico illecito di stupefacenti che prevede la confisca per i proventi da reato definiti come qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente attraverso la commissione di un reato. Gli stessi concetti sono espressi dalla Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, OCSE del 17 dicembre 1997). Infine anche con la decisione - quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato del 24 febbraio 2005 della UE per provento del reato si è ritenuto ogni vantaggio economico derivato da reati”.

Le Sezioni Unite sono chiaramente consapevoli dell'orientamento più rigoroso sopra delineato; anzi si evidenzia che “sul carattere immediato e diretto della pertinenza della cosa da confiscare con il reato hanno fatto leva le Sezioni Unite”, nella celebre sentenza Montella⁸⁶, “anche per tratteggiare i caratteri distintivi della confisca di cui all'articolo 240 c.p. da quella prevista dall'articolo 12 *sexies*” del d.l. 306/1992, nonché la VI Sezione⁸⁷ “che ha individuato la *ratio* del nuovo istituto della confisca per equivalente nel superamento di quegli ostacoli o difficoltà per la individuazione dei beni in cui si incorpora il profitto iniziale, nonché nella necessità di ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego, potendo riguardare beni che non hanno neanche un collegamento diretto con il singolo reato”.

Nella decisione in esame, tuttavia, le Sezioni Unite non ritengono condivisibile l'orientamento più restrittivo in quanto non giustificato dalla lettera della norma “che... pretende soltanto un rapporto di pertinenzialità tra il bene da confiscare o sequestrare ed il reato commesso”, anche alla luce della funzione sempre più general-preventiva e sanzionatoria della confisca; si tratterebbe di un'interpretazione in contrasto con la *ratio* che oggi si attribuisce alla confisca come moderno strumento di lotta contro l'arricchimento illecito e l'infiltrazione criminale nell'economia, alla luce delle direttive comunitarie e internazionali in materia.

È importante evidenziare, però, che la Corte sottolinea, opportunamente, la necessità che siano indicati in modo chiaro “*gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi?*”; l'accusa deve fornire la prova del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto indiretto.

Fermo restando ciò sarebbe auspicabile, come già suggerito, un intervento risolutore del legislatore che nell'ambito di una più ampia riforma della disciplina dell'art. 240 c.p. chiarisca la nozione di profitto evitando di rimettere la scelta politico-criminali sottese all'accoglimento delle diverse nozioni di profitto alla mera discrezionalità del giudice, così compromettendo la certezza del diritto e le connesse esigenze di tutela dei cittadini, nonché la stessa tutela dei beni giuridici protetti dalle disposizioni violate.

L'interpretazione fornita dalla sentenza Miragliotta dovrebbe, allora, oggi prevalere alla luce della Direttiva, in conformità agli obblighi di interpretazione conforme ex artt. 11 e 117 Cost.⁸⁸.

Tale interpretazione sembra successivamente confermata dalla sentenza delle Sezioni Unite Gubert⁸⁹ che ritengono che “nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa (Sez. 2, n. 45389 del 06/11/2008, Perino, Rv. 241973)”. “La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle

⁸⁶ Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.*, 2004, 1188.

⁸⁷ Cass., Sez. VI penale, 29 marzo 2006 - 17 luglio 2006, n. 24633, Lucci ed altro, rv. 234729.

⁸⁸ Cass. 6.11.2008 n. 45389, Perino, in *CP* 2010, 2714 fa rientrare nel profitto del reato di truffa aggravata, commessa in relazione a un contratto di appalto, anche l'incremento 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»; Cass. 19.3.2013 n. 13061, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> parla di profitto dinamico.

⁸⁹ Cass., SS.UU., Gubert., cit..

indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., comma 2, il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. (Sez. 6, n. 4114 del 21/10/1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200855)".

Anche la sentenza delle Sezioni Unite Thyssen accoglie una nozione ampia di profitto in piena aderenza al principio affermato nella sentenza "Gubert": "il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa"⁹⁰. Tale posizione è ripresa testualmente dalla giurisprudenza successiva⁹¹.

Le Sezioni Unite nella sentenza Lucci⁹², invece, ritornano ad una nozione più ristretta di profitto, ribadendo "il principio secondo cui profitto è solo il vantaggio di immediata e diretta derivazione causale dal reato"; posizione ripresa dalla giurisprudenza della Suprema Corte anche recentemente⁹³.

Nel Progetto Pisapia si accoglie una nozione ampia di provento, comprensivo dell'"impiego" dei proventi e delle utilità, "qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato".

Rimane il problema di delimitare tale nozione di "utili valutabili" laddove i proventi siano investiti in attività lecite. Si può ricordare a tale proposito che nell'ordinamento tedesco - in cui si fa rientrare nel termine "*etwas*" (qualcosa), introdotto con la riforma del 1992 per definire il profitto (invece di *Vermögensvorteil*), qualsiasi aumento del valore economico del patrimonio che è maturato per l'autore o il concorrente⁹⁴-, pur essendo prevista espressamente non solo la confisca degli *Originalobjekte* - § 73 StGB⁹⁵, c. 1 -, ma anche la confisca obbligatoria dei *Nutzungen* (utilità, c. 2) e la confisca facoltativa dei *Surrogaten* (c. 3), si ritiene in dottrina e in giurisprudenza che non vengono colpiti dalla confisca i profitti indiretti, come la vincita alla lotteria o quelli derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa, che sono legati anche al caso e non a un nesso con il reato, o che derivano anche da un'attività lecita ulteriore del reo. Si ritiene che laddove il reo abbia utilizzato il diretto provento per creare o espandere un'impresa, non rientrano nella nozione di *Nutzungen* gli utili indiretti realizzati con tale attività economica⁹⁶ perché questo denaro è stato ottenuto attraverso uno sforzo personale e, quindi, si tratta di profitti legali - che per mancanza di immediatezza non vengono sottratti in quanto non ottenuti illegittimamente ai fini della confisca -. Il loro accertamento, tra l'altro - si osserva -, imporrebbe al giudice dei problemi irrisolvibili⁹⁷. In dottrina, ancora, si esclude la confiscabilità degli "accrescimenti economici derivanti solo di riflesso dall'illecito quali introiti aggiuntivi, come, ad esempio, la redditività dell'azienda in cui siano state impiegate le risorse finanziarie non versate all'Erario (costituenti risparmio di spesa di un reato fiscale), la plusvalenza di un investimento finanziario acquisito con le somme percepite quale «tangente», ovvero le maggiorazioni derivanti da attività ulteriori e non essenziali alla commissione del reato. Se non che, l'aumento del valore dell'investimento - aziendale piuttosto che finanziario -, seppure in qualche modo (appunto indiretto) legato all'impiego delle somme provento di illecito, rappresenta non un vantaggio patrimoniale derivante dal reato ed, in quanto tale, inquinato da illiceità, bensì la mera remuneratività dell'operazione economica di trasformazione del profitto, dunque un'entità di per sé lecita,

⁹⁰ Cass., SS.UU., 24 aprile 2014, Thyssen, n. 38343, Rv. 261117.

⁹¹ Per tutte Cass. 12 giugno 2018 n. 38917, in *FI* 2018, II, 715.

⁹² Cass., S.U, 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617, Rv. 264436; successivamente, nello stesso senso, Sez. 6, 14 luglio 2015, Azienda Agraria Greenfarm di Guido Leopardi, n. 33226, Rv. 264941; Sez. 2, 5 ottobre 2016, Maiorano, n. 53650, Rv. 268854.

⁹³ Cass. sez. VI, 21 ottobre 2020, n. 6607.

⁹⁴ Tutto ciò che può essere oggetto di arricchimento ai sensi del § 812I BGB può anche essere considerato oggetto di confisca (Brenner DRiZ 77, 203 con ulteriori riferimenti)

⁹⁵ Il § 73 StGB disciplina la confisca dei profitti, "*Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*" dopo la riforma del 2017, prima "*Voraussetzungen des Verfalls*".

⁹⁶ Idem, cit., Rn. 41.

⁹⁷ Cfr. FISCHER-SCHWARZ-DREHER-TRÖNDLE, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58 ed., München 2011, 686, §§ 25 - 28; *Ibidem*, § 73 a, 689 ss.; ESER, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, 28 ed., 2010, 1123, § 30 ss.; HORN, § 74 *Voraussetzungen der Einziehung*, in *StGB Systematischer Kommentar*, 18 ed., parte I, *Allgemeiner Teil*, a cura di RUDOLPHI, HORN, SAMSON, 2007.

che – per tale ragione – non potrebbe legittimamente essere assoggettata a confisca⁹⁸. In termini simili si osserva che rientrano nella nozione di *Nutzungen* il reddito generato dalla locazione di un immobile acquisito con il provento del reato, o gli interessi del capitale investito; si deve trattare di interessi attivi che si riferiscono al capitale ottenuto direttamente attraverso l'atto, mentre le spese risparmiate, come benefici non oggettivi, sono soggette alla confisca di valore sin dall'inizio solo per l'importo corrispondente e non sono considerati surrogati i beni acquisiti con la somma corrispondente alle tasse risparmiate⁹⁹.

Da ultimo, infatti, la Suprema Corte richiede che il reato sia stato causa di un afflusso misurabile di beni per un soggetto coinvolto nel reato o per un terzo¹⁰⁰ ed evidenzia come anche la legge di riforma sulla confisca dei beni, ad esempio in relazione ai reati di corruzione, si basa sulla considerazione che devono essere confiscati solo “il profitto e gli eventuali vantaggi indiretti”¹⁰¹.

Sembra assolutamente corretta questa distinzione tra *Nutzungen* confiscabili e *Nutzungen* non confiscabili perché derivanti anche da attività lecite o dal caso, determinando la frattura di quel rapporto causale richiesto – anche se a livello indiziario – dalla sentenza Miragliotta.

Fermo restando che, si osserva correttamente, “se il reato è un reato presupposto del riciclaggio, il ricavato dell'investimento “è a sua volta “qualcosa” (etwas) ottenuto come provento di riciclaggio ai sensi del comma 1”¹⁰² art. 73 StGB.

Nell'ordinamento tedesco, ancora, si deve evidenziare che ad avviso della dottrina con la riforma del 2017 (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872)*) la norma nel definire il profitto (etwas, qualcosa) non usa la proposizione *auf* (da) ma *durch* (attraverso) il reato, al fine di allargare tale nozione¹⁰³ e farvi rientrare anche gli investimenti in beni vietati irrecuperabili¹⁰⁴; si precisa che “con l'inserimento della dicitura “attraverso l'atto” in luogo della precedente “dall'atto”, si vuole volutamente abbandonare l'esigenza anteriormente associata di un collegamento di immediatezza, cosicché la portata di quanto realizzato viene inizialmente ampliata, l'unico nesso di causalità necessario tra l'atto e ciò che è stato acquisito dovrebbe basarsi sui principi del diritto dell'arricchimento (BT-Dr loc.cit., S 61), “per cui non è sufficiente la sola causalità di equivalenza, ma l'acquisizione del bene in senso civilistico deve essere adeguatamente causale”. Si richiama la normativa sull'indebito arricchimento: “Tutto ciò che può essere oggetto di arricchimento ai sensi del § 812I BGB può anche essere considerato oggetto di confisca”. Ancora si precisa che “I commi 2 e 3 estendono la confisca obbligatoria (comma 2) o facoltativa (comma 3) a specifiche plusvalenze indirette; l'elenco è esaustivo in base al § 100 BGB” (Bürgerliches Gesetzbuch § 100, Nutzungen); in ogni caso tali plusvalenze “devono essere effettivamente realizzate, non devono solo essere prevedibili”.

⁹⁸ Bassi, Alessandra, Il profitto confiscabile nel procedimento a carico degli enti nella recente giurisprudenza della Suprema Corte, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)*, v. 11, n. 2, (2016), pp. 53-70, 65.

⁹⁹ JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, *Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, in *Münchener Kommentar zum StGB 4. Auflage 2020*, Rn. 43: “Sind durch Steuerhinterziehungen ersparte Aufwendungen in Höhe nicht gezahlter Steuern erlangt, stellen Vermögensgegenstände, die mit dem entsprechenden Geldbetrag angeschafft wurden, keine Surrogate des Erlangten dar”.

¹⁰⁰ Con riferimento alle manipolazioni di mercato BGH, 14 ottobre 2020 - 5 StR 229/19, NJW 2021, 1252 Rn. 4 e segg.

¹⁰¹ BT-Drucks. 18/9525, p. 68.

¹⁰² Idem, Rn. 42.

¹⁰³ BGH, 15 giugno 2022 - 3 StR 295/21: “un bene o altro vantaggio economico ai sensi dell'articolo 73, comma 1, 1, del codice penale si ottiene “attraverso” un atto illecito come provento del reato se è conseguito dall'autore direttamente dalla realizzazione della fattispecie in qualsiasi fase dello svolgimento del reato, in modo tale da assoggettarlo all'effettivo potere di disposizione dell'autore del reato (vom 14. Oktober 2020 - 5 StR 229/19, NJW 2021, 1252 Rn. 3; s. überdies BT-Drucks. 18/9525 S. 62, 55, dort auch zum entsprechenden Art. 2 Nr. 1 Richtlinie 2014/42/EU; zur Tatalternative des Erlangens “für” die Tat BGH, Beschluss vom 1. Juni 2021 - 1 StR 133/21, ZWH 2021, 289 Rn. 8 mwN) (st. Rspr.; es. BGH, sentenze del 15 dicembre 2020 - BGHR StGB § 73 Abs. 1 Erlangtes 2 Rn. 13; del 21 dicembre 2021 - 3 StR 381/21, NStZ-RR 2022, 109 mwN; del 14 ottobre 2020 - 5 StR 229/19, NJW 2021, 1252 Rn. 3; evidenzia la conformità di tale interpretazione alla nozione dell'Art. 2 n. 1 Direttiva 2014/42/UE, BGH, decisione del 1 giugno 2021 - 1 StR 133/21, ZWH 2021, 289 comma 8 mwN). Per la determinazione di ciò che è stato realizzato ai sensi del § 73 comma 1 StGB nuova versione, è importante solo una considerazione fattuale (“oggettiva”); per espressa volontà del legislatore, gli aspetti valutativi non devono essere presi in considerazione (cfr. BGH, decisione del 7 marzo 2019 - 3 StR 192/18, BGHR StGB § 73 Erlangen 28 Rn. 24-26 mwN; inoltre - in relazione al § 261 Par. 10 StGB nuova versione - BT print.19/24180 p. 37). Poiché l'acquisizione è un processo reale, la proprietà civile o il titolo non sono rilevanti.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 20.07.2022 - 3 StR 390/21.

A differenza della confisca dei *Nutzungen*, quella dei surrogati nell'ordinamento tedesco è affidata alla discrezionalità del tribunale, la ragione di questa scelta è quella di evitare al giudice di essere costretto ad applicare la misura quando è difficile determinare se si tratti di surrogati, oppure laddove gli oggetti sostitutivi – i surrogati – hanno un valore basso o la confisca dei surrogati può essere realizzata solo con difficoltà sproporzionate. Nell'esercitare tale discrezionalità il giudice deve prendere in considerazione, oltre al valore dell'oggetto, anche le presunte prospettive di regolare esecuzione e realizzazione; ciò deriva dal fatto che in luogo o in aggiunta alla confisca della surrogata, deve essere sempre disposta la confisca del valore sostitutivo (§ 73c), in quanto altrimenti non sarebbe sottratto il valore di quanto originariamente realizzato. La confisca per equivalente si aggiunge alla confisca del surrogato, laddove il suo valore sia inferiore all'originario profitto.

Anche nell'ordinamento svizzero l'oggetto della confisca, *Vermögenseinziehung* ex art. 72 StGB, rappresentato dal *Vermögensvorteil* - profitto patrimoniale, ricomprende, non solo l'aumento delle entrate o la diminuzione delle passività, ma anche, ad avviso della dottrina, gli eventuali ricavi tratti dall'investimento di tale profitto dal momento in cui è stato percepito sino al momento della pronuncia del provvedimento di confisca, come ad esempio interessi o dividendi di azioni; più in generale si fa riferimento sia ad eventuali dirette *utilità* (*Nutzungen*), sia ad indiretti *surrogati* (*Surrogaten*) dell'originario profitto¹⁰⁵.

Anche il *decomiso* dell'ordinamento spagnolo, previsto dall'art. 127 *Código penal* tra le "*consecuencias accesorias*" della pena¹⁰⁶ può essere applicato al profitto proveniente dal delitto (*ganancias provenientes del delito*), indipendentemente dalle trasformazioni subite¹⁰⁷.

Un'ultima considerazione nella determinazione della nozione di profitto anche in una prospettiva *de iure condendo*. In alcune forme di confisca speciale, come nel sesto comma dell'art. 644 c.p. e nell'art. 240 bis c.p. (prima art. 12 *sexies* d.l. 306/92), si prevede espressamente la salvaguardia dei "diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni"; anche in altri ordinamenti si prevede tale tutela (§ 73 StGB, Art. 70, comma 1 swStGB), in conformità del resto alle indicazioni derivanti dagli strumenti sovranazionali, fino alla decisione quadro 783/2006 e alla direttiva 2014/42 (art. 8, c. 10). Una simile disposizione è prevista anche nel progetto Grosso per la riforma del codice penale, consentendo di tenere conto dei diritti dei danneggiati dal reato e di evitare la violazione del principio del *ne bis in idem* nei confronti del reo (con una duplice sottrazione dei profitti da parte dello Stato e da parte dei danneggiati). In ogni caso si dovrebbe prevedere che laddove non vengano esercitati i diritti dei danneggiati, la confisca si estenda all'intero profitto, prezzo o prodotto, come sancito, del resto, dalla Suprema Corte in relazione alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001¹⁰⁸.

3. Profitto futuro e immateriale.

La Suprema Corte ha precisato che non rientra nella nozione di profitto ciò che è oggetto solo di pretese risarcitorie¹⁰⁹ o un vantaggio meramente *finanziario e non patrimoniale*¹¹⁰. Sono confiscabili direttamente (e non per equivalente) i *crediti* purchè certi, liquidi ed esigibili¹¹¹.

¹⁰⁵ Su tale nozione nell'art. 59, cfr. SCHMID, *Einziehung*, (StGB Art. 58—60), in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, 117 ss.

¹⁰⁶ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *Comiso* (art. 7), in COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la legislación penal - Delitos monetarios*, Tomo IV, 1985, 253.

¹⁰⁷ Cfr. GRACIA MARTÍN - BOLDOVA PASAAMAR - ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Valencia 1996, 442 - 443.

¹⁰⁸ Cass., sez. II, 16 dicembre 2010, n. 6459, M. e altro; cfr. Cass., sez. II, 16 novembre 2011, n. 45054, B. e altro; Cass., sez. II, 27 giugno 2012, n. 39840; Cass., sez. VI, 9 febbraio 2016, n. 12653.

¹⁰⁹ Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748.

¹¹⁰ Corte d'Appello di Milano, sez. II, 25 gennaio 2012, Banca Italease S.p.A., in *DPC* 11 aprile 2012, con nota di SCOLETTA; Cass., V sezione, 29 novembre 2013 (4 marzo 2014), n. 10265; così BONELLI, *op. cit.*, 136; PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le Società* 2012, 80.

¹¹¹ Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, cit., § 7; conf. Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740. Cfr. BELTRANI, *Profitto degli enti e diritti di credito nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. ammin. delle società e degli enti (La)*, 2015, v. 10, n. 2, 185 ss.

Il profitto, come evidenziato, deve essere attuale e non meramente potenziale e futuro, in virtù – come precisa la Suprema Corte - del "principio di causalità" e dei requisiti di materialità e attualità¹¹²; ciò è imposto dal rispetto del principio di legalità perché un profitto meramente potenziale e futuro, non è ancora venuto ad esistenza e non sussiste, quindi, per definizione come oggetto della confisca. Non sussiste ancora quell'arricchimento illecito che la confisca è volta a sottrarre per svolgere la sua funzione di riequilibrio economico, ripristinatoria. In questa direzione la Suprema Corte¹¹³ ha precisato che "il profitto del reato è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo, della situazione patrimoniale del beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica. Ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro - eventuale, sperato, immateriale o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali - né la mera aspettativa di fatto, c.d. "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. (Fattispecie in tema di corruzione propria internazionale in cui la Corte ha escluso che potesse qualificarsi come profitto del reato 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 di Stato Algerino nonché tra i "contrattisti" di una società italiana che operava in Algeria)¹¹⁴. Nella medesima direzione si precisa, dopo aver ribadito che "il profitto confiscabile sia solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente beneficiario, ...", che tale mutamento materiale deve essere "avvinto all'azione criminosa da una stretta relazione causale, di tal che esso costituisce "evento" in senso tecnico, anche se esterno al tipo di illecito, mentre ne consegue che non costituisce profitto del reato un vantaggio futuro - eventuale, sperato, immateriale o non ancora effettivamente materializzato in termini economico-patrimoniali (Sez. 5, n. 10265/14 del 28/11/2013, Banca Italease S.p.a., Rv. 258577; Sez. 6, n. 1754/2018 del 14/09/2017, Bentini, Rv. 271967)"¹¹⁵.

Più ambigua la posizione assunta in un caso in materia di manipolazione di mercato in cui il pubblico ministero sosteneva che la nozione di profitto comprende non solo i vantaggi economici «che possono derivare all'azionista ma anche quelli che derivano all'emittente, come, ad esempio, la miglior valutazione da parte delle agenzie di rating e il consolidamento della propria posizione sul mercato»; la nozione di profitto deve intendersi «come beneficio aggiunto derivante dal reato, diverso e – in ipotesi – anche maggiore rispetto al solo incremento del patrimonio conseguito da colui che ha posto in essere l'attività delittuosa». La Suprema Corte¹¹⁶, invece, richiamando le Sezioni Unite Fisa itaimpanti ha precisato che «la nozione di profitto dipendente dal reato di manipolazione del mercato e riferibile sia alla società che agli azionisti indagati, debba presentarsi con i connotati della immediata derivazione e della concreta effettività, ma non coincide necessariamente, quanto alla posizione dell'ente collettivo, con il solo profitto conseguito dall'autore del reato, potendo consistere anche in altri vantaggi di tipo economico che l'ente abbia consolidato e che siano dimostrati». Correttamente la Suprema Corte rigetta quella nozione onnicomprensiva di profitto ipotetica adottata dall'accusa parlando di "miglior valutazione da parte delle agenzie di rating" e di "consolidamento della propria posizione sul mercato"; nozione che come minimo avrebbe posto insuperabili problemi di calcolo di un simile profitto. La Corte, però, precisa che «per l'azionista, d'altra parte, valgono ovviamente gli stessi criteri, con la

¹¹² Cass., sez. 5, 28 dicembre 2013, Banca Italease s.p.a., n. 10265, Rv. 258577; ma anche Sez. un. "Fisa impianti", cit.; cfr. Cass., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 7021.

¹¹³ Cass., sez. VI, 16 gennaio 2018, n. 1754.

¹¹⁴ Cfr. Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654; Cass., SS.UU., 5 marzo 2014, n. 10561; Cass., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343 e Cass., SS.UU., 21 luglio 2015, n. 31617.

¹¹⁵ Cass., sez. V, 26 febbraio 2020, n. 19091, § 3.1; in tale direzione Cass., sez. VI, 21 ottobre 2020, n. 6607. Cfr. G. CHIARAVIGLIO, *Tre recenti significative pronunce della V Sezione della Corte di Cassazione concernenti il profitto confiscabile, la nozione di distrazione nella bancarotta fraudolenta patrimoniale, la bancarotta preferenziale*, in *Riv. dei dottori commercialisti*, v. 71, n. 3, 2020, 468 ss.; BORSARI, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, cit., 24 ss.

¹¹⁶ Cass., sez. V, 3 aprile 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25450.

precisazione che il vantaggio può consistere nella acquisizione della plusvalenza delle azioni, come nella evitata perdita di valore, sempre che il vantaggio stesso possa individuarsi con le caratteristiche della effettiva realizzazione e non nella sola "attesa". Ad avviso della Corte, nel caso di specie, la mancata perdita del valore delle azioni di Fondiaria-Sai, quale effetto della manipolazione del mercato, avrebbe potuto generare un vantaggio economico sia per l'ente che per gli azionisti. Vantaggio economico che, tuttavia, non si è effettivamente realizzato («la catena causale non si è completata») oppure non è stata dimostrata l'esistenza di un profitto in termini di «utilità computabili economicamente».

Positivamente si può osservare che la Corte richiede l'effettiva realizzazione del profitto e richiama la necessità corretta della dimostrazione della catena causale e del carattere economicamente computabile dell'utilità, ma fa rientrare nella nozione di profitto anche *l'evitata perdita di valore* e, quindi, qualcosa di immateriale e oggetto di mera congettura, seppure fondata su dati economici, qualcosa di meramente potenziale, in violazione del principio di legalità, nonché qualcosa di difficile e non tassativa determinazione economica in violazione del principio di precisione/tassatività; l'accusa si dovrebbe limitare a dimostrare l'esistenza di un profitto realmente conseguito, il *beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*, «un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l'interesse o il movente alla commissione del reato ma non l'adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito»¹¹⁷.

A tal proposito si deve evidenziare la distinzione con la nozione di profitto ex art. 13 D.lgs. n. 231 del 2001, di cui si deve accertare il carattere rilevante quale presupposto per l'applicazione delle sanzioni interdittive; in quest'ipotesi sarà possibile fare riferimento anche a vantaggi futuri perché si tratta di valutare l'importanza complessiva dell'operazione economica coinvolta nella consumazione del reato per stabilire la gravità dello stesso, che – a sua volta - dovrebbe giustificare l'applicazione delle più severe sanzioni interdittive. In tale direzione sia nel caso Fisia italmimpianti, sia più recente giurisprudenza ha stabilito che «la nozione di profitto confiscabile è diversa e più ristretta di quella di profitto di rilevante entità richiamato nel D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 13 evocando, solo quest'ultimo, un concetto di profitto "dinamico", rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa e comprensivo dei vantaggi economici anche non immediati, ma "di prospettiva", in relazione, ad esempio, alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi»¹¹⁸.

Anche la dottrina e la giurisprudenza tedesca richiedono che il profitto si concretizzi in un aumento effettivo dell'attività economica, non l'aumento meramente realizzabile¹¹⁹; non vi rientra quello che l'autore del reato voleva ottenere o quello che lui avrebbe potuto ottenere ma in realtà non ha ottenuto¹²⁰.

Discorso diverso laddove il profitto è rappresentato da un vantaggio economico realmente conseguito ma non nella forma di denaro o di un bene materiale, ma piuttosto di una prestazione, di un servizio

¹¹⁷ Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.; BONELLI, *op. cit.*, 133.

¹¹⁸ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2020, n. 6607; Cass. 9 febbraio 2016, n. 11209: «In tema di responsabilità amministrativa degli enti, la nozione di "profitto di rilevante entità", rilevante ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 13, comma 1, lett. a, d.lg. 8 giugno 2001, n. 231) non può essere riferita al solo profitto inteso come margine (o utile) netto di guadagno, in quanto la valutazione che il giudice è chiamato a compiere non va operata alla stregua di criteri strettamente economico-aziendalistici, ma deve tenere conto di tutti gli elementi che connotano in termini di valore economico l'operazione negoziale. Inoltre, il profitto non va limitato al vantaggio economico attuale, immediatamente conseguito dal reato, ma deve comprendere anche l'utile potenziale». Cfr. VARRASO, *La nozione di "profitto di rilevante entità", ai fini dell'applicazione delle sanzioni interdittive nei confronti degli enti - Sez. II, 9 febbraio 2016 (dep. 17 marzo 2016), n. 11209 – Un utile "approfondimento" della suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d. lg. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, v. 56, n. 9, 2016, 3384 ss.; RIVERDITI, *Esigenze di effettività e funzione preventiva condizionano (sempre in positivo?) l'applicazione del d.lgs.231/2001: a proposito del profitto di rilevante entità e delle condotte riparatorie nelle dinamiche applicative delle misure interdittive*, in *Dir. pen. cont.* 9 maggio 2016, che rileva in chiave critica come «lo stesso non potrà che essere fondato su basi ipotetiche ed affidato a massime di esperienza prive di validazione empirica»; su una certa «approssimazione in malam partem» nella determinazione di tale nozione di profitto ex art. 13 d.lgs. 231/2001 MAUGERI, *La responsabilità da reato*, cit., 731 ss.; BARTOLUCCI, *I confini mobili del "profitto di rilevante entità" ex art. 13 d.lgs. n. 231/2001 G.i.p. Gorizia 22 luglio 2013, ord.*, in *Società: Mensile di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 2014, v. 33, n. 2, 197 ss.; Amato, *Le puntualizzazioni della Cassazione sulla nozione di profitto rilevante*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)*, 2016, v. 11, n. 3, 151 ss.

¹¹⁹ NSZ-RR 01, 82; JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 35.

¹²⁰ JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 35.

economicamente valutabile, come ad esempio il comodato gratuito di un appartamento o di un'auto; fermo restando che una simile forma di profitto dovrà essere "stimato" in termini economici. Chiaramente, come evidenziato dalla dottrina tedesca una simile forma di profitto, che fanno rientrare nella nozione di vantaggio immateriale, non sarà direttamente confiscabile ma deve essere confiscato per equivalente¹²¹. "I vantaggi immateriali includono, per esempio, la disponibilità di un appartamento ad uso gratuito o altri benefici pecuniari da risparmio di spesa", in questo caso si ritiene applicabile la confisca di valore ex art. 73 c StGB¹²².

Da ultimo la Corte Costituzionale nella sentenza n. 112/2019 fa rientrare nella nozione di profitto confiscabile la perdita evitata, precisando che "Nelle ipotesi di vendita di strumenti finanziari sulla base di un'informazione privilegiata, il «profitto» conseguito non potrà invece che identificarsi nella "perdita evitata" in rapporto al successivo deprezzamento degli strumenti, conseguente alla diffusione dell'informazione medesima; e dunque andrà calcolato sulla base della differenza tra il corrispettivo ottenuto dalla vendita degli strumenti finanziari, e il loro successivo (diminuito) valore. Conclusione, questa, suggerita anche da un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, avuto riguardo in particolare al Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione: regolamento il cui art. 30, paragrafo 2, lettera b), impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere «la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, per quanto possano essere determinati»¹²³. Tale nozione di perdita evitata in presenza comunque di beneficio aggiunto di tipo patrimoniale derivante dalla vendita delle azioni, ricorda la nozione di risparmio cui fa riferimento la sentenza Fisia che pretende un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale comunque introito, che non venga decurtato "dei costi che si sarebbero dovuti sostenere" (quel concetto di risparmio relativo di cui parla la sentenza Riva), in questo caso si tratterebbe di un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale non decurtato della perdita che si sarebbe dovuta sostenere. Lo stesso legislatore europeo è consapevole della difficoltà di calcolare un simile profitto immateriale, precisando "per quanto possano essere determinati". L'auspicio è che in conformità al principio di legalità sia il legislatore a stabilire la confiscabilità di simili forme di profitto immateriale, magari chiarendo i criteri di calcolo, così consentendo di meglio rispondere al monito derivante proprio dalla sentenza in esame circa il rispetto del principio di proporzionalità, soprattutto rispetto a forme di confisca che rischiano di assumere, laddove si dilati il concetto di profitto confiscabile, un carattere punitivo.

4. Profitto lordo o netto.

Un altro problema riscontrato dalla giurisprudenza nell'interpretazione della nozione di profitto attiene all'adozione del principio del prelievo netto o lordo. In base al principio del prelievo netto possono essere sottratti solo i profitti del reato al netto delle spese realizzate dal reo per la sua consumazione; il principio del lordo non tiene conto delle spese realizzate.

In realtà si vedrà come le due posizioni tendono a conciliarsi laddove i primi non tengono conto delle spese illecite (per commettere il reato) e i secondi tengono conto delle spese lecite. Il problema si pone, infatti, concretamente per quelle forme di criminalità cd. economica, connesse ad un'attività lecita d'impresa nella quale si insinuino condotte integranti reato, come una truffa o una corruzione finalizzati alla aggiudicazione di un appalto ovvero ad ottenere la liquidazione da parte del pubblico ufficiale di un corrispettivo più elevato di quello dovuto nell'ambito di un rapporto sinallagmatico stipulato fra impresa

¹²¹ Nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientrano, invece, i beni immobili, i beni mobili di ogni genere, appezzamenti di terreno ed altro, diritti reali e obbligazionari, JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 35.

¹²¹ JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 35.

¹²² JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 35; LACKNER, § 73, cit., 473.

¹²³ AMATI, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale (Corte Cost., 10 maggio 2019, n. 112)*, in *Giur. comm.*, 2019, v. 46, n. 6, 1293 ss.

privata ed ente pubblico¹²⁴. Nel caso in cui l'attività illegale non comporti lo svolgimento di nessuna controprestazione lecita, il profitto confiscabile non potrà che identificarsi con l'intero valore del negozio, in quanto integralmente frutto di un'attività illegale, facendo difetto qualunque costo scorporabile, perchè intrinsecamente illecito o comunque concernente attività strumentali e/o correlative rispetto al reato presupposto.

Nel diritto sovranazionale si deve ricordare che nella Convenzione di Vienna contro il narcotraffico del 1988¹²⁵, nella Convenzione contro il crimine organizzato di Palermo del 2000 e nella Convenzione contro la corruzione di New York del 2003 si usa il termine "proceeds" – proventi, non profitti - per riferirsi all'oggetto della confisca. Costituiscono proceeds, secondo tali Convenzioni, i beni ottenuti o derivati direttamente o indirettamente dalla commissione di un reato¹²⁶. Sembra, come sostenuto da alcuni giudici della Corte Suprema nordamericana¹²⁷, che le Convenzioni delle Nazioni Unite scelgono di attribuire al concetto di prodotto un significato molto ampio, chiaramente volto ad adottare il principio del profitto lordo.

Come osservato anche nella citata sentenza delle Sezioni Unite Fisia¹²⁸ anche gli Atti internazionali ai quali la legge delega n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione (Convenzione 26/7/1995 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli; Convenzione 26/5/1997 relativa alla lotta contro la corruzione; Convenzione OCSE 17/12/1997) impegnano gli Stati aderenti ad adottare misure idonee alla confisca o comunque alla "sottrazione" dei "proventi" dei reati di cui si occupano e nel Rapporto esplicativo alla Convenzione OCSE si precisa che con quest'ultimo termine devono intendersi "i profitti o gli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione o gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione"; tale precisazione chiarisce, ad avviso della Corte, che con il termine "proventi" (proceeds) si sono voluti indicare tutti i vantaggi ricavati dalla commissione dei reati.

Nelle Convenzioni del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro, la confisca del 1990 di Strasburgo – che usa sempre il termine "proceeds" e all' "art. 1, a) recita "«provento» significa ogni vantaggio economico derivato da reati" – si stabilisce, in particolare nel rapporto esplicativo, che nella nozione di "vantaggio economico" non si debba tenere conto dei costi, pur tenendo conto della varietà delle soluzioni nazionali; si afferma che "differences in national legislation or legal practice in this respect between parties should not be invoked as an obstacle to the international co-operation". Nella medesima direzione, nel quadro del Consiglio d'Europa, la Convenzione sul riciclaggio, la perquisizione, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e il finanziamento del terrorismo, stipulata a Varsavia il 16 maggio 2005 definisce il «provento» come «qualsiasi beneficio economico derivato o ottenuto direttamente o indirettamente da un reato».

La Direttiva n. 42/2014 continua a usare il termine "proceeds" (provento) (art. 2) e a definire il provento come "ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati": una definizione bene compatibile con la nozione di profitto lordo. Tale ampia definizione, come emerge nel considerando n. 14 e sopra ricordato, deve essere applicata anche in relazione ai reati non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, cui si continuerà ad applicare la decisione quadro 2001/500/GAI.

4.1. Le soluzioni adottate nel diritto comparato.

¹²⁴ SCARCELLA, *Il profitto sequestrabile all'Ente nei reati a prestazioni corrispettive (commento a Cass. pen., n.23013, 31 maggio 2016)*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (La), 2016, v. 11, n. 4, 253 ss.; BORSARI, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, cit., 16 ss.

¹²⁵ Art. 1 (n) "Proceeds" means property of every description, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and deeds and instruments evidencing title to, or interest in, such property".

¹²⁶ Art. 3 Convenzione di Vienna, "proceeds were obtained or derived directly or indirectly from the illicit traffic", art. 12 Convenzione di Palermo "Proceeds of crime derived from offences covered by this Convention or property the value of which corresponds to that of such proceeds"; cap. I, art. 2 Convenzione di New York (e) "Proceeds of crime" shall mean any property derived from or obtained, directly or indirectly, through the commission of an offence".

¹²⁷ United States v. Santos, 128 S. Ct. 2020 (2008).

¹²⁸ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti

Nell'ordinamento tedesco, dopo la legge di riforma del 1992, è stato introdotto il *Bruttoprinzip*, ma con la riforma del 2017 è stata introdotta una norma ad hoc, il § 73 d che consente di decurtare dal profitto lordo le spese lecite, stabilendo che “nella determinazione del valore di quanto ottenuto si detraggono le spese sostenute dall'autore, complice o altra persona”, ma precisando che “non si tiene conto di quanto speso o utilizzato per commettere il reato o per prepararlo, a meno che non si tratti di pagamenti per adempiere un obbligo nei confronti della persona offesa dal reato”. Per calcolare le spese si attribuisce al giudice un potere di stima: “2) L'entità e il valore di quanto ricevuto, comprese le spese da detrarre, possono essere stimati”.

Tale disciplina, fermo restando che la tutela della proprietà ex art. 14 GG attiene ai beni legittimamente posseduti, mentre il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni, consentirà di applicare il *Bruttoprinzip* nel rispetto del principio di proporzione in conformità sia all'art. 14 GG sia all'art. 2 GG (diritto al libero sviluppo della propria personalità, purchè non violi i diritti degli altri)¹²⁹.

La dottrina interpreta la riforma come espressione di un principio *del lordo moderato*, perché mentre in prima battuta la norma sembrerebbe sancire il ritorno al principio del netto, ammettendo le eccezioni considerate, finisce per trattarsi di un lordo moderato¹³⁰; in realtà, come accennato, le due posizioni, principio del lordo e principio del netto, finiscono per sovrapporsi.

Tale disciplina ha così fatto chiarezza e risolto i dubbi della prassi giurisprudenziale¹³¹, da una parte, e compensato, dall'altra, l'abrogazione della clausola dell'onerosità (*Härteklausele*) dell'art. 73c StGB, stabilendo una procedura chiara in due fasi, che prevede nel calcolo del profitto da parte dei giudici la deduzione delle spese lecite, con l'eccezione delle spese illecite e cioè quelle per la consumazione o la preparazione del reato¹³², salvo se si tratta di pagamenti per l'adempimento di obblighi nei confronti della persona offesa. Tale disciplina è considerata conforme al carattere quasi condizionale della misura di confisca in esame, nonché ispirata alla disciplina civilistica del § 817 s 2 BGB, l'istituto dell'ingiustificato arricchimento, con le connesse questioni interpretative affrontate dalla giurisprudenza¹³³. Nella prassi giurisprudenziale sono state detratte, ad esempio le spese per l'acquisto e produzione di beni che vengono venduti con deliberata elusione delle disposizioni di diritto del commercio estero¹³⁴ o le spese per l'acquisto di azioni connesso all'insider trading o alla manipolazione intenzionale del mercato¹³⁵.

La dottrina ritiene che alla luce dell'interpretazione restrittiva fornita per il § 817 BGB si possono detrarre anche le spese compiute “colposamente” per la consumazione del reato da parte dell'autore, complici e terzi¹³⁶.

L'eliminazione della vecchia versione della Sezione 73c, la clausola dell'onerosità, non ha cambiato sostanzialmente la disciplina in esame, perché la protezione contro l'ingerenza sproporzionata nella nuova disciplina è garantita dalla disposizione della Sezione 459g (5) StPO nella versione modificata con la l. 25 giugno 2021 (“nei casi di cui ..., l'esecuzione deve essere omessa per ordine del tribunale se risulti sproporzionata. L'esecuzione riprende per disposizione del tribunale laddove emergano o sopravvengono delle circostanze che contrastino con l'ordinanza di cui al primo comma”).

In Svizzera sembrerebbe che il legislatore abbia adottato il principio del lordo laddove usa il termine generico “valori patrimoniali”, “che sono stati ricavati da un comportamento punibile” (*Vermögenswerte*)¹³⁷. Tale problema, in particolare, emerge laddove viene pronunciata la confisca di valore (art. 71 swStGB)

¹²⁹RÖNNAU-BEGEMEIER, *Grund und grenzen der Bruttoeinzehung*, in GA 2017, 6 ss.

¹³⁰Idem, Rn. 3.

¹³¹Cfr. a tal proposito JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 32 s.

¹³²BGHSt 52, 227.

¹³³HEGER, § 73d StGB, *Bestimmung des Wertes des Erlangten*, Schätzung, Rn. 1-8, in LACKNER-KÜHL, StGB 29, ed. 2018, Rn 1 ss.; JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 33.

¹³⁴BGHSt 47, 369.

¹³⁵BGHSt 59, 80

¹³⁶In particolare, ciò include i casi di errore di fatto, come quando si presuppongono erroneamente circostanze la cui esistenza renderebbe la transazione lecita (es. errore su determinate proprietà di un'arma nel caso della fornitura colposa non autorizzata di servizi di pagamento). Se in concreto, secondo la motivazione della legge, anche la colpa grave dovrebbe ostare al divieto di deduzione, dal punto di vista giuridico nemmeno un errore di diritto inevitabile ai sensi dell'art. 17 comma 1 può bastare, RÖNNAU-BEGEMEIER, *op. cit.*, 19; la vicinanza al § 817 S 2 BGB rivendicata dal legislatore può giustificare questo, JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 5.

¹³⁷SCHMID, *Das neue Einziehungrecht nach StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht* 1995, 115.

in quanto si ritiene che il reo che ha già disposto del prodotto dell'infrazione non può essere trattato come chi non ne ha disposto¹³⁸, ma in realtà si tratta di una questione controversa; in ogni caso il codice penale autorizza il giudice a diminuire l'entità della somma oggetto dell'ordine di pagamento in considerazione di esigenze di reinserimento del condannato¹³⁹. La giurisprudenza della Suprema Corte federale (*Bundesgericht*) tende ad applicare il principio del lordo¹⁴⁰, soprattutto in relazione ai traffici illeciti - come quello di stupefacenti -, procedendo alla confisca dell'intero ricavato della vendita¹⁴¹, ma in realtà ammette, in determinate circostanze, che in adesione del principio di proporzionalità l'ammontare da confiscare sia diminuito per tenere conto delle spese lecite¹⁴².

Nel Regno Unito formalmente si applica il principio del lordo (anche dopo la riforma del 2022 si continua a fare riferimento al beneficio tratto dal reato, senza alcuna specificazione) anche se una soluzione di compromesso era stata prospettata dal *Hodgson Committee* nel 1984.

Tale comitato sottolineava l'esigenza di restringere l'ambito di applicazione della confisca al profitto netto, per non confondere lo scopo di rimuovere un ingiusto arricchimento con lo scopo punitivo. Una pena addizionale di carattere economico può sempre essere inflitta, ma deve rimanere distinta dal *confiscation order*. Il Comitato *Hodgson* proponeva, però, per facilitare il compito della Corte nel calcolare il profitto netto, di porre a carico dell'accusa l'obbligo di provare l'ammontare del profitto lordo, spettando alla difesa l'onere di stabilire le deduzioni da operare. Questa è, almeno in parte la soluzione che dovrebbe essere stata accolta dal legislatore inglese, ad avviso di qualche autore. Oggetto del *confiscation order* è, infatti, formalmente il profitto lordo. Con l'uso del termine "*proceeds*" (ricavato), invece di *profits* (profitti), afferma la Corte d'Appello, si specifica che il ricavato del reato è confiscato senza considerare le spese realizzate dal reo per il loro conseguimento¹⁴³, così evitando di imporre al giudice un esercizio di contabilità, che sarebbe potuto risultare impossibile nelle circostanze del caso concreto¹⁴⁴.

In un sistema in cui il giudice può ridurre la somma oggetto del provvedimento di confisca tenendo conto del valore della proprietà del condannato, che può essere realmente realizzata (available), quando questa è inferiore al valore del ricavato lordo del reato, si finisce in tal modo per tenere conto della differenza tra ricavato lordo e profitto netto, concretamente a disposizione del reo. Accogliendo le sollecitazioni del *Committee Hodgson*, però, non viene imposto al giudice, nell'emanare l'ordine di confisca, di tenere conto del valore della proprietà disponibile, ma spetta all'imputato l'onere di provare che l'ammontare realizzabile è inferiore al profitto lordo¹⁴⁵.

In diverse pronunce, tuttavia, il principio concretamente accolto sembra il "gross principle" proprio in relazione alla confisca che colpisce attività economiche, come nella decisione *Del Basso & Goodwin v R [2010] EWCA Crim 1119* che riguarda un'azienda che offriva parcheggi a lungo termine su un terreno non lontano dall'aeroporto di Stansted. L'attività era legittima, tranne per il fatto che veniva svolta in assenza di qualsiasi permesso di pianificazione per il terreno destinato a tale uso. L'ordine di confisca in questo caso si è basato sugli introiti lordi dell'attività, non sui profitti netti. Per giungere a tale conclusione la Court of Appeal ha richiamato la decisione della House of Lords in *R v May [2008] UKHL 28* in cui, riassumendo le caratteristiche chiave della confisca la Corte ha affermato che "il beneficio ottenuto è il

¹³⁸ Cfr. BGE 115 IV 173; 120 Ib 177; BGE 119 IV 17; cfr. SCHMID, *Das neue Einziehungrecht*, op. cit., 338; PIETH - NATTERER, relazione per la Svizzera, in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 108 - 109.

¹³⁹ TRECCANI, Risposte al questionario *On the reversal of the onus of proof Looking for an answer to the criminal economy - Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regarding the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight against the criminal economy UNOV/ISPAC Contract No. 97/548*, BLAKESLEY, ROSSMAN, THAMAN, CORVO, HAUPTMANN, WORATSCH, LÓPEZ, MADHUKU, KANDI - POPOVI, KANDI, PANAYOTON, CURIA- BERTONI, TRECCANI, 33 - n. 2105.

¹⁴⁰ Cour de Cassation pénale, 2 settembre 1977, T et G. contre Ministère public du canton de Vaud. BGE 103 IV, 142.

¹⁴¹ Cfr. BGE 103 IV, 142; 109 IV 124.

¹⁴² BGE 30. März 2010. 6B 697/2009.

¹⁴³ FELDMANN, *Criminal Confiscation Orders - The New law*, London 1988, 8.17.

¹⁴⁴ Ed anche se il risultato può sembrare "draconian", corrisponde alla volontà del legislatore, precisa la Court of Appeal, *Leslie Lionel Simons (Henry J.)*, 6, 25 Maggio 1993, in 98 *Cr. App. R.* 1994, 100; Court of Appeal, *Ian Smith*, 9 giugno 1989, 89 *invi* 1989, 235.

¹⁴⁵ Court of Appeal, 29 novembre 1990, *David Comiskey*, in 93 *Cr. App. R.* 1991, p. 227, in cui, anche se l'uso di questi poteri, di adeguamento del provvedimento alle reali capacità del reo, non è obbligatorio, si ritiene auspicabile che il giudice non ignori il fatto che talune spese sono state compiute per la consumazione del reato.

valore totale della proprietà o vantaggio ottenuto, non l'utile netto del convenuto al netto delle spese". Nel caso *R v Waya* [2012] UKSC 51 la Corte Suprema, coerentemente con il caso *May*, ha osservato che "un ordine di confisca legittimo e proporzionato può . . . esigere che l'imputato paghi l'intera somma che ha ottenuto con il reato senza consentirgli di compensare le spese del reato".

Nel caso *R v Harvey* [2013] EWCA Crim 1104 la Corte d'Appello ha confermato un ordine di confisca basato su una percentuale di tutte le entrate lorde di un'impresa nonostante il fatto che tali entrate lorde includessero alcune somme evidentemente legittime e l'imposta sul valore aggiunto sulle vendite fatturate, che erano state correttamente contabilizzate. La Corte ha affermato che "è ripugnante e contrario ai principi enunciati nel paragrafo 48 della pronuncia *May* e nel paragrafo 26 di *Waya*, svolgere un esercizio contabile in relazione a tali somme" ottenute a seguito di condotta criminale. Sembrerebbe, quindi, che in tale ordinamento la giurisprudenza abbia adottato un orientamento severo in base al quale gli ordini di confisca devono essere emessi sulla base degli importi lordi ottenuti a seguito di o in connessione con il crimine.

Tuttavia la Corte d'Appello nel caso *McDowell* adotta al paragrafo 51 una soluzione intermedia, proprio laddove vengono in gioco delle spese lecite: "In un caso in cui le operazioni sottostanti che producono le entrate del ricorrente sono legittime e non penalmente rilevanti, il costo di tali transazioni per il convenuto può, per motivi di proporzionalità, essere propriamente assimilato al corrispettivo dato dal ricorrente per il beneficio «ottenuto». Potrebbe non esserci alcuna "perdita" come contemplato dalla Corte Suprema nel caso *Waya*, ma il principio di fondo è lo stesso: l'imputato non ha guadagnato dalla sua condotta nella misura corrispondente al valore delle sue entrate. Ogni caso deve essere deciso in base alle specifiche circostanze". Si tratta qui della situazione in cui l'imputato ha commesso un reato e tale reato ha dato vita a un'attività commerciale che altrimenti non si sarebbe realizzata, ma l'attività commerciale sottostante non è di per sé una condotta criminale.

Una precedente decisione della Corte d'Appello aveva riguardato il signor *Sale* che aveva ottenuto contratti per la sua società di ingegneria dalla *Network Rail*, corrompendo uno dei loro dipendenti (*R v Sale* [2013] EWCA Crim 1306). Il lavoro di ingegneria è stato eseguito correttamente e rappresenta, di per sé, un'attività del tutto legale. La Corte d'Appello ha concluso che l'importo da confiscare non era l'incasso lordo della società contraente, ma era l'utile aziendale più il vantaggio economico acquisito ottenendo quote di mercato, escludendo i concorrenti, e risparmiando sui costi di predisposizione di vere e proprie gare d'appalto. La Corte d'Appello ha ritenuto che, per motivi di proporzionalità e alla luce della sentenza della Corte Suprema in *Waya*, l'importo da pagare ai sensi del provvedimento di confisca avrebbe dovuto essere calcolato su tale base. In questo caso non si applica tout court il principio del lordo.

In un altro caso, *R v Boughton Fox* [2014] EWCA Crim 2940, la Corte ha ritenuto che i clienti fossero stati indotti da false dichiarazioni disoneste a stipulare legittimi contratti di leasing a condizioni che erano più onerose di quelle loro rappresentate. La società imputata aveva ricevuto provvigioni dai locatori per la sottoscrizione dei contratti; l'imputato è stato condannato per associazione a delinquere ed è stato sottoposto a un provvedimento di confisca. La Corte d'Appello, a seguito del caso *Sale*, ha concluso "che il vantaggio per il ricorrente potrebbe probabilmente ricomprendere (1) l'utile lordo derivante dall'attività commerciale disonesta, (2) l'aumento del valore di mercato della società, se del caso, rappresentato da "the dishonest trading activity with (3) an adjustment to represent the appellant's 50% interest in the company". In questo caso, tuttavia, non disponendo la Corte delle informazioni necessarie che le consentissero di calcolare in tal modo il beneficio, ha ritenuto che il beneficio del signor *Boughton Fox* fosse proporzionato al suo stipendio e ai dividendi ricevuti nel periodo di consumazione del reato.

In dottrina si ritiene che un precedente come il caso *Sale* consenta agli imputati di chiedere ai tribunali di limitare l'ordine di confisca al "vero vantaggio" ottenuto dalla condotta criminale, invece degli importi lordi ottenuti, al fine di pervenire a un provvedimento di confisca proporzionato e conforme all'art. 1 del Primo protocollo CEDU; emerge, tuttavia, che l'effetto delle recenti decisioni è stato quello di creare una certa incertezza. Sembra difficile, infatti, conciliare l'approccio severo adottato nel caso *Harvey* con

l'approccio più mite adottato in *Sale*, laddove entrambi i casi si riferivano ad attività commerciali essenzialmente legittime, ma contaminate da un reato, un "ingrediente illegittimo"¹⁴⁶.

La Corte d'Appello, successivamente, nel caso *R v King* [2014] EWCA Crim 621 ha affrontato il caso di un venditore di auto usate, di per sé un'attività non criminale, in cui il reato consisteva nel pretendere di agire come un privato piuttosto che come un commerciante nel vendere 58 automobili, tentando di eludere la legislazione sulla protezione dei consumatori; secondo l'appellante il beneficio economico del reato avrebbe dovuto essere calcolato sulla base del profitto derivante dal commercio di auto usate, piuttosto che sulle sue entrate lorde. In questo caso, con una sola eccezione, gli acquirenti erano stati apparentemente soddisfatti delle auto acquistate. Il suo ricorso è stato respinto. La Corte d'Appello ha ritenuto che il beneficio del signor King fosse l'importo lordo ricevuto e che "questo affare era fondato sull'illegalità".

In dottrina si osserva criticamente che anche nel caso *Sale*, essendo i contratti in questione ottenuti con tangenti illecite, si sarebbe potuto affermare che gli incassi lordi erano "fondati sull'illegittimità"; non sono chiari, insomma, le circostanze in presenza delle quali il giudice riterrà opportuno limitare l'importo da confiscare al profitto che ne deriva¹⁴⁷. Come la Corte d'Appello ha osservato al paragrafo 32 del caso *King*, "i casi differiscono in larga misura" e quindi, si può aggiungere, è difficile stabilire dei parametri chiari o dedurli da tale giurisprudenza.

Anche negli Stati Uniti è stata adottata una soluzione interessante. In questo paese, infatti, dopo la legge di riforma del 1984 (il Comprehensive Crime Control Act of 1984, il cui Title III prevede il Comprehensive Forfeiture Act che ha emendato il Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute (RICO)), si applica il principio del lordo, ma in relazione al *civil forfeiture* il Civil Asset Forfeiture Reform Act (CAFRA) 2000 ha sancito che in casi che coinvolgono beni e servizi legali che sono pagati o procurati in maniera illegale, il termine *proceeds* fa riferimento all'ammontare di denaro acquistato attraverso la transazione illegale sottoponibile a *forfeiture*, meno i costi diretti realizzati per fornire i beni o i servizi. Sul reclamante incombe l'onere di provare tali costi diretti, nei quali non sono incluse le spese generali dell'ente (*entity*) che fornisce i beni o servizi, o le tasse sul reddito pagate dallo stesso. In tal modo si accoglie l'orientamento già espresso in materia dalla giurisprudenza nel settore in cui maggiormente si pongono i problemi relativi all'applicazione del principio del lordo e cioè in relazione alla criminalità economica; nel caso *Lizza*, in particolare, la Corte non ha consentito la detrazione dalla somma da confiscare (ricavato di appalti illecitamente ottenuti) delle spese generali e di quanto pagato per le tasse. Si sono, invece, considerati i costi diretti delle prestazioni realizzate¹⁴⁸.

In tale ordinamento, in ogni caso, nella disciplina del civil forfeiture (previsto dagli artt. 18 U.S.C. §§ 981, 983, 984, and 985, e 21 U.S.C. § 881¹⁴⁹), all'art. 18 U.S.C. § 981. Civil forfeiture, si prevede una chiara distinzione tra i proventi di attività illegali, che devono essere confiscati al lordo senza alcuna considerazione di eventuali spese, e i proventi di attività in sé legali cui applicare il principio del netto, tenendo conto delle spese lecite: (A) In cases involving illegal goods, illegal services, unlawful activities, and telemarketing and health care fraud schemes, the term "proceeds" means property of any kind obtained directly or indirectly, as the result of the commission of the offense giving rise to forfeiture, and any property traceable thereto, and is not limited to the net gain or profit realized from the offense.

(B) In cases involving lawful goods or lawful services that are sold or provided in an illegal manner, the term "proceeds" means the amount of money acquired through the illegal transactions resulting in the forfeiture, less the direct costs incurred in providing the goods or services. The claimant shall have the burden of proof with respect to the issue of direct costs. The direct costs shall not include any part

¹⁴⁶ Così SEDULO FORENSIC ACCOUNT, *Benefit in confiscation: gross receipts*, in [https:// seduloforensic.co.uk/news/benefit-in-confiscation-gross-receipts-or-profit-profit/](https://seduloforensic.co.uk/news/benefit-in-confiscation-gross-receipts-or-profit-profit/)

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Cfr. *United States v. Riley*, 78 F. 3d 367 (8th Cir. 1996); critico nei confronti di questa sentenza perché da una qualche considerazione alle spese compiute, in contrasto con la natura punitiva e non compensativa del *criminal forfeiture*, SMITH, *Criminal forfeiture, Part. II Prosecution and Defense of Forfeiture Cases*, Alexandria - Virginia, ultimo aggiornamento 1999, § 13.02. — 13.14 ss.

¹⁴⁹ Cfr. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, CRIMINAL DIVISION, MONEY LAUNDERING AND ASSET RECOVERY SECTION, *Asset Forfeiture and Money Laundering Statutes* (2019), <http://www.justice.gov/criminal-mlras>

of the overhead expenses of the entity providing the goods or services, or any part of the income taxes paid by the entity.

In caso di civil forfeiture, inoltre, il ricorrente può dimostrare, con onore della prova a suo carico in base allo standard civilistico, dinanzi a una corte senza giuria, il carattere assolutamente sproporzionato della confisca nel caso concreto in base al 18 U.S.C. § 983. General rules for civil forfeiture proceedings ((3) The claimant shall have the burden of establishing that the forfeiture is grossly disproportional by a preponderance of the evidence at a hearing conducted by the court without a jury). La Corte può diminuire l'ammontare o non applicare la confisca laddove ritenga che il provvedimento sia sproporzionato al fine di evitare una violazione dell' Excessive Fines Clause o dell'ottavo emendamento ((4) If the court finds that the forfeiture is grossly disproportional to the offense it shall reduce or eliminate the forfeiture as necessary to avoid a violation of the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment of the Constitution)¹⁵⁰.

Anche recentemente, nel 2019, la Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Timbs v. Indiana*, ha ribadito che il civil forfeiture è sottoposto all' "excessive fines" clause dell'ottavo emendamento della Costituzione¹⁵¹. Negli ultimi anni, molti stati hanno approvato leggi per limitare l'uso del civil forfeiture, e alcuni lo vietano del tutto a meno che il proprietario non sia già stato condannato per il reato che giustifica il sequestro¹⁵².

Nell'art. 18 U.S.C. § 982. Criminal forfeiture invece si fa riferimento al *gross proceed* e si impone la confisca dei beni "(B) constituting, derived from, or traceable to the gross proceeds that the defendant obtained directly or indirectly as a result of the offense." In molte specifiche disposizioni relative a determinati reati si richiama questo concetto di gross profits or other proceeds, o gross proceeds (ad esempio art. 18 U.S.C. § 2328. Mandatory forfeiture o 21 U.S.C. § 853. Criminal forfeitures).

In materia di riciclaggio, si fa chiaramente riferimento al profitto lordo con il Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009 (FERA) introdotto in risposta alla decisione della Suprema Corte nel caso Santos¹⁵³, che nell'interpretare il termine "proceeds" aveva adotta il principio del profitto netto al fine di rispettare il divieto di Excessive Fine Clause dell'ottavo emendamento (criminal profits, not criminal receipts); tale normativa ha modificato la normativa in materia di riciclaggio di denaro definendo esplicitamente il termine proventi come qualsiasi proprietà derivata o ottenuta direttamente o indirettamente attraverso una sorta di attività illegale, compresi gli incassi lordi di detto esercizio, adottando chiaramente il principio del lordo.

Nell'ordinamento spagnolo, - premesso che in diverse disposizioni si utilizza il termine "ganacias" e in altre il termine "beneficios" che sostanzialmente da un punto di vista semantico è considerato un sinonimo di "ganacias" e non pone particolari problemi interpretativi, salve le esigenze di "coordinación terminologica en el CP" - si ritiene che in base ad un'interpretazione letterale, che rappresenta in base al principio di legalità una barriera insormontabile in materia penale (nel senso che l'interpretazione data deve essere compatibile con il dato letterale e non sfociare nell'analogia), il legislatore avrebbe adottato il principio del profitto netto. L'art. 127 CP nel definire l'oggetto del comiso (confisca) parla de(lla) «las

¹⁵⁰ Cfr. in materia MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 710 - 714 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.

¹⁵¹ Cfr. sull'impatto della decisione *Timbs* KELLY, *An Empirical Assessment of Asset Forfeiture in Light of Timbs v. Indiana*, in *Alabama law review*, v. 72, n. 3, 2021, 613; Chigbrow, *Police or Pirates? Reforming Washington's Civil Asset Forfeiture System*, in *Washington law review*, 2021, v. 96, n. 3, 1147-1190.

¹⁵² L'Equitable Sharing Program, tuttavia, ha fornito una scappatoia che ha consentito alle forze dell'ordine statali e locali di condividere i proventi liquidati delle cause di civil forfeiture, che potrebbero consegnare alle forze dell'ordine federali. Per evitare ciò nel 2015, l'Attorney General Holder (procuratore generale) ha vietato unilateralmente alle forze dell'ordine federali di collaborare con la polizia locale e statale per affrontare i casi in cui la legge locale e statale vieta di applicare il civil forfeiture in mancanza di accuse in sede penale. Il titolare del procuratore generale ha anche limitato il sequestro federale di conti bancari solo ai casi in cui sono state documentate gravi transazioni illegali. Cfr. KELLY, *An Empirical Assessment of Asset Forfeiture in Light of Timbs v. Indiana*, in *Alabama law review*, v. 72, n. 3, 2021, 613; sull'impatto della decisione *Timbs* Chigbrow, *Police or Pirates? Reforming Washington's Civil Asset Forfeiture System*, in *Washington law review*, v. 96, n. 3, (2021), pp. 1147-1190

¹⁵³ *United States v. Santos*, 128 S. Ct. 2020 (2008); GURULÉ, «Does "Proceeds" Really Mean "Net Profits"? The Supreme Court's Efforts to Diminish the Utility of the Federal Money Laundering Statute», 7 *Ave Maria L. Rev.*, 388/389; ENNIS, «An Uncertain Precedent: *United States v. Santos* and the Possibility of a Legislative Remedy», in *Cornell Law Review*, Vol. 95, 2009, 364 ss. Per il profitto lordo *United States v. McHan*, 101 F.3d 1027, 1041 (4th Cir. 1996); *United States v. Simmons*, 154 F.3d 765, 770 (8th Cir. 1998).

ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar»; il dizionario della lingua spagnola chiarisce che nell'ambito del commercio si considera profitto la «cuenta en que anotan los tenedores de libros el aumento o disminución que va sufriendo el haber del comerciante en las operaciones mercantiles. En el debe de la contabilidad se anotan las pérdidas; y en el haber, las ganancias del comerciante». Alla luce di tale definizione, sembra che il termine ganancias faccia riferimento al profitto netto, alle entrate nette, all'aumento effettivo del patrimonio¹⁵⁴; una diversa interpretazione sarebbe contraria al principio di legalità, anche alla luce di un'interpretazione teleologica considerando che lo scopo della confisca è quello di neutralizzare l'illecito arricchimento, se non si vuole adottare un'interpretazione analogica. Tanto è vero - si osserva - che, laddove adottato, il principio del lordo è previsto espressamente dal legislatore, come in Germania¹⁵⁵.

In realtà la dottrina è piuttosto divisa, fermo restando che tale questione non è stata oggetto di un particolare dibattito¹⁵⁶. Parte della dottrina, in ogni caso, ritiene che nell'ordinamento spagnolo sia stato adottato il principio del prelievo lordo¹⁵⁷ e questa sembrerebbe la posizione della giurisprudenza, ma con riferimento al traffico di stupefacenti, nel senso di non tenere conto di quanto pagato per l'acquisto della droga (spese illecite).¹⁵⁸

4.2. Le opinioni contrarie all'adozione del principio del lordo.

L'utilizzazione del *principio del prelievo netto* pone indiscutibili problemi di accertamento e difficoltà contabili. La prova delle spese rischia, si afferma in dottrina, di essere legata a congetture e di rivelarsi del tutto speculativa, imponendo al giudice difficili calcoli allo scopo di assicurare al reo che non perderà, nel caso in cui venga catturato, più di quanto abbia ricavato dal reato (convincione che potrebbe tutto sommato convincere il reo della convenienza della decisione di intraprendere l'affare illecito)¹⁵⁹.

Nonostante tali considerazioni l'adozione del principio del lordo non viene sempre condivisa dalla dottrina; si ritiene che tale principio altera la natura dell'ablazione dei profitti, trasformandola da misura di compensazione, applicabile anche in mancanza di colpevolezza, a pena, che presuppone la commissione di un reato, la colpevolezza e una condanna (e che deve essere commisurata in base a quelli che sono i normali indici di commisurazione nei vari paesi; e anche la pena complessiva, costituita dalla confisca e dall'eventuale pena detentiva o pena pecuniaria, dovrebbe rispettare tali indici). Il reo, si osserva a tal proposito, avrà a sua disposizione solo le entrate nette del reato, che sono inferiori al ricavato lordo, con la conseguenza che per soddisfare l'ordine di confisca dovranno essere colpiti beni, che non sono connessi con il reato. La confisca assume così chiaramente il carattere di una pena¹⁶⁰.

¹⁵⁴ BLANCO – CORDERO, *El comiso de ganancias*, cit., 5; REEG, *Comentario al artículo 344 bis e) del Código Penal*, in *Comentarios a la Legislación Penal*, diretto da COBO DEL ROSAL, T. XII, *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Madrid, 1990, 443-467, 459, *para quien «el empleo del término “ganancias” indica que deben entenderse por éstas solo el “neto” obtenido»*; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 304 s.

¹⁵⁵ BLANCO – CORDERO, *El comiso de ganancias*, cit., 5;

¹⁵⁶ BLANCO – CORDERO, *El comiso de ganancias*, cit., 5; VIZUETA FERNÁNDEZ, *El comiso de las ganancias provenientes*, VIZUETA FERNÁNDEZ, *El comiso de las ganancias provenientes*, y el de otros bienes equivalentes a éstas, in *Rev. Penal*, 2007, n. 19, 171.

¹⁵⁷ AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., 101 s.; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001, 54.

¹⁵⁸ STS (Sala de lo Penal), de 17 maggio 1993, núm. 1140; ATS (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), 12 settembre 2006, núm. 1803.

¹⁵⁹ Cfr. PALMER, *The Law Restitution*, Little, Brown, 1978, § 2. 12.

¹⁶⁰ Così WALTHER, *Was soll Strafe?* – *Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1999, 419. In questa direzione VIZUETA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 171; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2005, 83; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2153; ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza “di origine illecita”*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di ACQUAROLI, Macerata 2007, 170 s.; LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Società*, 2009, 366 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 244; LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. merito*, 2008, 90 s.; MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale “classico” e diritto penale “moderno”*, in BARGI - CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 236; NICOSIA, *op. cit.*, 146; TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino 2020, 86: “La soluzione all'interrogativo, lo abbiamo già accennato, varia a seconda degli scopi che si intendono perseguire con l'ablazione del profitto. Se esso viene commisurato al *lordo*, cioè all'intero ricavo dell'illecito, la confisca avrà una funzione essenzialmente *punitiva*. Se invece il profitto è commisurato al *netto*, cioè all'effettivo guadagno tratto dal reato, la confisca avrà

In particolare la dottrina dominante in Germania ha criticato la sostituzione del *principio del prelievo netto* con il *principio del lordo*, perché così si trasformerebbe il *Verfall* (oggi *Einziehung*) da mera misura di compensazione a vera e propria pena¹⁶¹; si tratterebbe di una misura sproporzionata, che rischia di provare il fallimento dell'impresa¹⁶². Anche in Australia si critica l'utilizzazione del *principio del prelievo lordo* perché in tal modo si finisce per fare perseguire alle misure patrimoniali considerate uno scopo punitivo e non meramente riparatorio, in contrasto con il carattere civilistico del processo all'interno del quale viene applicato l'ordine di confisca nell'ordinamento australiano¹⁶³.

Nell'ordinamento spagnolo parte della dottrina ritiene che si debba adottare il principio del netto (el principio de ganancias netas) perché tale interpretazione è considerata maggiormente conforme allo scopo e alla natura di confisca dei profitti, che non è una sanzione e mira ad eliminare l'arricchimento patrimoniale generato dal reato. La confisca di tutti i proventi al lordo delle spese – di quanto investito per la commissione del reato –, assumerebbe un carattere sanzionatorio, perché intaccherebbe il patrimonio che esisteva prima della sua esecuzione¹⁶⁴.

E in tale direzione si è espressa anche parte della dottrina nordamericana. Si osserva, innanzitutto, che occorre fare le debite distinzioni in relazione al tipo di reato. Non sembra ingiusta la confisca di tutto il guadagno di un trafficante di droga, salvo per quanto riguarda la tutela dei terzi, ma tale questione può essere risolta con un'apposita disciplina¹⁶⁵; dall'altra parte, però, si ritiene che nessun danno deriverebbe dal fatto di limitare il *forfeiture* ai profitti netti, e se da un punto di vista procedurale si consentisse di affrontare la questione relativa al *forfeiture* solo dopo la condanna, sarebbe possibile consentire al reo di fornire le prove, per lo meno, delle spese "lecite", compiute per pagare le tasse sui suoi introiti illegali, senza violare la presunzione d'innocenza (consentire al reo di provare le spese compiute per la realizzazione del reato sembra anche a questa dottrina "sconveniente")¹⁶⁶.

Si finirebbe per punire più severamente i criminali che pagano le tasse, - come generalmente avviene per i c.d. colletti-bianchi i quali svolgono anche attività legali -, rispetto ai criminali professionisti, i quali svolgono attività meramente illecite e non pagano le tasse o comunque dichiarano il meno possibile¹⁶⁷. E questa dottrina, che critica l'adozione del *principio del lordo*, ritiene che le difficoltà di calcolo sarebbero facilmente superabili attraverso la possibilità di valutare l'entità e il valore del profitto da parte del giudice, offerta ad esempio nell'ordinamento tedesco dal § 73 b *StGB* nella versione precedente la riforma del

una funzione meramente *restitutoria* o *riequilibratrice*, Iuorio, L'evoluzione giurisprudenziale della nozione di profitto confiscabile, in *Riv. della Guardia di Finanza*, 2017, n. 3, 844 ss.

¹⁶¹ *Infra*, paragrafo seguente.

¹⁶² HUSBERG, *Verfall bei Bestechungsdelikten -Eine Untersuchung über die Voraussetzungen und Auswirkungen der Verfallsanordnung gemäß §§ 73 ff. StGB unter besonderer Berücksichtigung des lucrum ex crimine bei den Bestechungsdelikten*, Aachen, 1999, 174; SALIGER, «Kick-Back, 'PPP', Verfall -Korruptionsbekämpfung im 'Kölner Müllfall'», in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 47, 2006, 3.381; WEHNERT-MOSIEK, «Untiefen der Vermögensabschöpfung in Wirtschaftsstrafsachen aus Sicht des Strafverteidigers», in *Der Strafverteidiger* (StV), 2005, 574.

¹⁶³ Cfr. FISSE, *Confiscation of proceeds of Crime - Funny Money, Serious legislation*, in *The Money Trail, Confiscation of proceeds of crime, Money Laundering and Cash transaction reporting*, a cura di FISSE, FRASER, CROSS, Sidney 1992, 83. Cfr. AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, *Confiscation of the proceeds of crime: federal overview*, in *Transnational crime brief*, 2008, n. 1.

¹⁶⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 171.

¹⁶⁵ Apposita disciplina che si opponga alla "*relation back*" doctrine, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit.,

¹⁶⁶ Non è pensabile, poi, - e nessun giudice si è pronunciato in tale direzione -, confiscare a un gestore di scommesse clandestine una somma pari a tutte le scommesse senza considerare quanto restituito in qualità di vincita, cfr. FRIED, *Rationalizing criminal forfeiture*, in *Journ. Crim. Law & Crim.* 1988, 376.

¹⁶⁷ Così FRIED, *op. cit.*, 376 ss., il quale critica l'orientamento, espresso nella sentenza Lizza e ora codificato in relazione al *civil forfeiture* dall'*Act 2000*, in base al quale non possono essere considerate le spese generali e le tasse sui redditi pagate nel calcolare l'ammontare da confiscare; in particolare, nel caso in questione la Suprema Corte ha motivato la sua decisione affermando che altrimenti la confisca non svolgerebbe alcun effetto deterrente nei confronti del reo. Tali considerazioni della Corte sembrano sopravvalutare l'effetto deterrente, ad avviso della dottrina in esame, della confisca di quanto già pagato come tasse o della minaccia per il reo di dover comunque adempiere ai suoi impegni di spesa una volta uscito di prigione, cfr. *United States v. Riley*, 78 F. 3d 367 (8th Cir. 1996).

2017¹⁶⁸ e oggi dal § 73 d StGB, o nell'ordinamento svizzero dal § 70 swStGB, n. 5, o nell'ordinamento francese¹⁶⁹ dalla prassi giurisprudenziale¹⁷⁰.

4.3. Le argomentazioni a favore del principio del lordo.

Tali osservazioni sono state, però, energicamente criticate da chi osserva che il *principio del lordo* ha l'effetto di riversare il rischio di esito negativo del reato sullo Stato, piuttosto che sull'agente. Attraverso l'applicazione del *principio del prelievo netto* la realizzazione del reato non comporterebbe, infatti, per l'agente alcun rischio di perdita economica, perché comunque lui potrà recuperare e conservare i valori patrimoniali in esso investiti; dovrà solamente augurarsi, nella peggiore delle ipotesi, di esser arrestato non prima di aver ottenuto il profitto del reato, in maniera da poter, poi, anche in caso di applicazione della confisca, recuperare le spese. L'agente rischia solo di non guadagnare, ma non certo di subire una perdita economica¹⁷¹.

Il *principio del lordo* non costituisce, del resto, una regola eccezionale, ma piuttosto si tratta di una disciplina già conosciuta in molti ordinamenti nel settore civile, come negli Stati Uniti in relazione al *civil restitution*¹⁷² o in Germania con il § 817 S. 2 BGB, secondo il quale in un negozio vietato i valori investiti sono persi; ne consegue che l'introduzione della confisca fondata sul *principio del lordo* è da un punto di vista giuridico oggettivamente giusta¹⁷³. Si attribuisce al principio del lordo, anche da parte della più recente dottrina, anche una finalità di prevenzione generale, fermo restando che se ne deve garantire la conformità alla tutela costituzionale del diritto di proprietà ex art. 14 che non copre chiaramente dei beni di origine illecita, nonché – si precisa – l'idoneità e la necessità, e la ragionevolezza che include il divieto di *Übermaßverbot*¹⁷⁴.

Si tratta di una prospettiva diversa e certamente condivisibile. La sottrazione del profitto illecito corrisponde sicuramente ad esigenze di giustizia, innanzitutto, e, quindi, di prevenzione generale e speciale, da tutti condivise; non sembrano, invece, così indiscutibili le esigenze che dovrebbero imporre l'adozione del *principio del prelievo netto*. Chi commette un reato corre consapevolmente il rischio di perdere il denaro o i beni investiti per la sua realizzazione nell'eventualità che il suo piano non si realizzi e, in particolare, nell'eventualità che venga perseguito. Non si capisce perché questo rischio si debba riversare sullo Stato e perché lo Stato dovrebbe rischiare di paralizzare la sua attività volta alla sottrazione del profitto del crimine per applicare il *principio del prelievo netto*, garantendo al reo di non perdere quanto investito per la realizzazione del reato.

Non si tratta, però, si badi bene, soltanto di una questione di opportunità pratica (non ostacolare l'attività del giudice con difficili calcoli), ma anche di una questione di giustizia e di legalità: chi commette un reato non deve guadagnare da esso. Il profitto del reato *non gli spetta* in quanto il crimine non rappresenta in nessun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un

¹⁶⁸ Non si richiederebbe, infatti, al giudice di accertare l'assoluta verità sul punto, ma di limitarsi ad adempiere al normale obbligo di motivazione del pubblico ufficiale ex § 244 II StPO. Attraverso la possibilità di valutazione si consentirebbe di semplificare l'accertamento, evitando dei costi sproporzionati in termini probatori; si pretenderebbe dal giudice lo stesso tipo di accertamento necessario al momento della commisurazione del tasso giornaliero della pena pecuniaria, DESSECKER, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, 14; e tale valutazione del giudice è facilitata in taluni fondamentali settori, come ad esempio in relazione al traffico di sostanze stupefacenti, dalla disponibilità di sufficienti dati di mercato e di sufficiente giurisprudenza in materia, SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991, 107;

¹⁶⁹ Cfr. DESPORTES - LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, Tome I, *Droit pénal général*, Paris 1996, 614.

¹⁷⁰ Si consente al giudice di procedere ad una valutazione "*ex aequo et bono*" quando non ha a disposizione degli elementi precisi di valutazione *Cour de cassation*, 14 dicembre 1994, n° P.94.1033.F, in *Rev. de dr. pen. et de crim.* 1995, 650.

¹⁷¹ Cfr. SMITH, *Criminal forfeiture, cit.*, § 13.02. — 13.15.

¹⁷² Cfr. PALMER, *op. cit.*, § 2. 12.

¹⁷³ KATHOLNIGG, *Die Neuregelungen beim Verfall*, in JR 1994, 356; cfr. RIES, *Die Vermögenstrafe. Eine kriminologische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse*, Baden-Baden 1999, 113 - 114; HUSBERG, *op. cit.*, 84, il quale paragona la confisca degli investimenti realizzati per consumare il reato a quella degli strumenti del reato.

¹⁷⁴ RÖNNAU-BEGEMEIER, *op. cit.*, 1 ss. - 8

bene, e, quindi, il reo non può rifarsi delle perdite subite per la realizzazione del reato con qualcosa a cui non ha diritto e che in quanto bene di origine illecita deve essere confiscato dallo Stato¹⁷⁵.

Ne deriva che l'applicazione del *principio del lordo* non trasforma *tout court* la confisca da strumento di compensazione (di reintegrazione) a pena. In quanto se si sottrae esclusivamente ciò che si è provato essere profitto del reato, non si impone al reo quella lesione o limitazione di un suo diritto (in questo caso una diminuzione del suo patrimonio), che determina il contenuto afflittivo di una pena; si sottrae ad esso esclusivamente qualcosa che non gli spetta, sulla quale non può rivendicare alcun diritto¹⁷⁶. Come affermato nel rapporto conclusivo del gruppo ad hoc "*droit communautaire et droit pénal*" creato nell'ambito della cooperazione politica tra gli Stati membri delle Comunità europee¹⁷⁷, una sanzione punitiva non si limita a ricostituire l'equilibrio violato dall'infrazione attraverso il risarcimento del danno¹⁷⁸ o la sottrazione del vantaggio indebitamente tratto dalla violazione della legge, ma deve infliggere un *plus* di carattere punitivo¹⁷⁹, che nell'ipotesi in esame mancherebbe.

In tale direzione sono interessanti le conclusioni raggiunte dalla dottrina tedesca in relazione a tale questione. Si osserva, in particolare, che il termine "*etwas*", usato nella formulazione del § 73 per definire l'oggetto del *Verfall* e oggi – dopo la riforma del 2017 - dell'*Einziehung*, costituisce un termine già usato nel diritto civile al § 812 I BGB, - ingiustificato arricchimento -, e allora lo scopo del legislatore potrebbe essere quello di coordinare la disciplina della confisca con questa norma, anche al fine di garantire l'unità dell'ordinamento giuridico¹⁸⁰. Una volta stabilita, afferma questa dottrina, tale comparazione tra l'oggetto della confisca e quello contemplato dal § 812 I 1, non si capisce perché si ritenga che la riforma della disciplina del *Verfall* e oggi dell'*Einziehung* ne comporti la trasformazione da misura di compensazione a pena; l'istituto penalistico della confisca, infatti, svolgerebbe la stessa funzione di *compensazione* svolta dall'"istituto dell'arricchimento" (ingiustificato - si potrebbe dire nell'ordinamento italiano) nell'ambito dell'ordinamento civile (si parla di *Ausgleichsordnung*)¹⁸¹.

Nell'ambito della teoria in questione, come esaminato, la collettività viene considerata il titolare del bene giuridico pregiudicato, in relazione alla quale gli organi statali devono garantire la compensazione dei pregiudizi subiti. A questo punto emerge l'argomentazione fondamentale che consente di negare che l'applicazione del *principio del lordo* impedisca di considerare l'*Einziehung* come una misura di compensazione: per garantire la compensazione della collettività dovrà essere sottratto al reo una somma o delle cose corrispondenti al valore dello spostamento patrimoniale che si è avuto, a causa dell'illecito, dalla collettività al reo, e non vengono, invece, in rilievo gli spostamenti patrimoniali in senso inverso, e, quindi, le eventuali spese del reo. Ne deriva che proprio in quanto la confisca svolge questa funzione di compensazione del pregiudizio subito dalla collettività, si impone la sottrazione del ricavato lordo nei confronti dell'autore dell'illecito. Le spese del reo potrebbero essere prese in considerazione solo se si

¹⁷⁵ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 570; aderisce AGUADO CORREA, *Il comiso*, cit., 101.

¹⁷⁶ Cfr. HUSBERG, *op. cit.*, 84 - 85, il quale ritiene quindi conforme al principio di colpevolezza la confisca del profitto lordo.

¹⁷⁷ Doc. 8859/91, 7 s.

¹⁷⁸ Cass., sez. II, 29 ottobre 2021, n. 3747: "La confisca ed il risarcimento del danno sono istituti non alternativi fondati su ratio e finalità differenti"; "Il ricorrente non può lamentare una duplicazione della risposta sanzionatoria esercitata nei suoi confronti laddove sia posto a subire sia la condanna al risarcimento del danno, ovvero un sequestro conservativo nell'ambito di un giudizio civile, e una confisca in sede penale atteso che mentre il primo istituto tende a risarcire la persona offesa il secondo ha lo scopo di impedire che il reo tragga vantaggio dal reato e, per questo, viene applicata anche nei casi di patteggiamento"; Cass., sez. 2, 9 luglio 2020, n. 28921.

¹⁷⁹ Cfr. GRASSO, *Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien*, in *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des communautés européennes*, vol. I, *Rapports nationaux*, Luxembourg 1994, 269; ID, *Rapport de synthèse*, ivi, 2 - 3.

¹⁸⁰ WOLTERS, *op. cit.*, 65 ss.; KRACHT, *Gewinnabschöpfung und Wiedergutmachung bei Umweltdelikten*, in *Wistra* 2000, 328 ss.

¹⁸¹ WOLTERS, *op. cit.*, 72 ss.. Il principio della compensazione degli interessi costituisce un principio fondamentale nel diritto civile tedesco. Il *Bereicherungsrecht* (diritto d'arricchimento) nell'ordinamento tedesco svolge la funzione di sottrarre gli oggetti o i valori, pervenuti in seguito ad un illecito nel patrimonio di un soggetto colpevolmente arricchitosi, per restituirli a colui al quale spettano in base ad una valutazione complessiva dell'ordinamento giuridico, il *Bereicherungsrecht* rappresenta un ordine di compensazione correttivo, che attacca un "avere illecito"; si vuole così ottenere il risultato che l'aumento patrimoniale dell'arricchito, corrispondente alla diminuzione patrimoniale verificatasi nel patrimonio dell'impoverito, compensi questa diminuzione. Anche nell'ambito del diritto penale emerge una funzione di compensazione, e pur nella diversità di questi due *Ausgleichsordnungen*, emerge un nucleo comune, rappresentato dal fatto che entrambi perseguono lo scopo di compensare il danno subito da un bene giuridico a causa dell'ingerenza altrui. Cfr. RÖNNAU-BEGEMEIER, *op. cit.*, 1 ss

dimostrasse che in realtà tali spostamenti patrimoniali, le spese, siano avvenuti a favore della collettività: ad esempio questo potrebbe valere per le tasse sul patrimonio (in quest'ipotesi, del resto, occorre evitare la violazione del principio del *ne bis in idem*¹⁸²) o per le prestazioni effettivamente realizzate a favore della collettività nell'ambito dell'affare illecito.

La disciplina della confisca costituisce insomma una sorta di fattispecie speciale all'interno del "fenomeno" della compensazione civilistica, una fattispecie la cui disciplina deriva da quella civilistica¹⁸³.

4.4. Il principio del lordo moderato.

Come è emerso da quanto già evidenziato all'interno del principio del lordo, le spese del reo potrebbero essere prese in considerazione se si dimostrasse che si tratta di spostamenti patrimoniali avvenuti a favore della collettività; vi sono, allora, delle ipotesi in cui l'applicazione del *principio del lordo* può subire delle deroghe o un ridimensionamento¹⁸⁴. Ciò sarà necessario, in particolare, in relazione alla criminalità economica e alle imprese, nell'ambito della cui attività può essere difficile distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti; si pone, in particolare, l'esigenza di distinguere quanto realizzato per consumare il reato in sé (ad esempio quanto speso per acquistare la droga, o le spese di gestione dell'attività paravento del riciclaggio) che non deve essere decurtato dal profitto confiscabile, e quanto speso per fornire una prestazione lecita a favore della vittima o della collettività, pur nell'ambito di un affare illecito, ad esempio le spese realizzate per costruire la scuola il cui appalto è stato ottenuto illecitamente.

In quest'ultimo caso saranno necessari particolari accertamenti per consentire al giudice di calcolare il profitto al netto di tali spese lecite e, comunque, il giudice in sede di commisurazione della pena deve tenere conto del principio di proporzionalità. In tale prospettiva si pone la scelta nordamericana di sottrarre alla confisca i costi diretti delle prestazioni lecite fornite nell'ambito di un affare illecito (non sono considerate le spese generali, forse, perché nella consumazione del reato le spese generali rientrano nello svolgimento dell'attività d'impresa funzionalizzata alla consumazione dell'affare illecito; i costi diretti, pur potendo essere considerati come parte dei costi e del conseguente rischio di perdita connesso alla consumazione dell'illecito, possono essere sottratti alla confisca in quanto si traducono in prestazioni a favore della collettività).

Si tratta di quel principio del lordo moderato introdotto nel § 73 d StGB dell'ordinamento tedesco che richiede espressamente di tenere in considerazione e decurtare le spese lecite realizzate dal profitto lordo; tale norma rappresenta un valido modello anche per l'ordinamento italiano.

In una prospettiva di cooperazione internazionale ai fini dell'applicazione delle misure in esame – anche in base al Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca n. 1805/2018 o a livello internazionale in base alla Convenzione di Palermo sul crimine organizzato del 2000 (e alla relativa Risoluzione Falcone del 2020), sarebbe importante garantire un'uniformità di disciplina a tal proposito.

Il principio del lordo moderato, distinguendo tra spese lecite e spese illecite, non si distingue nelle conclusioni dal principio del profitto netto (laddove quest'ultimo non consente di tenere conto delle spese illecite, destinate alla consumazione del crimine).

Questa sembra grosso modo, come si esaminerà, la posizione assunta dalla giurisprudenza italiana.

¹⁸² Per le tasse sul reddito si deve considerare che, addirittura, non si considerano rilevanti neanche le tasse pagate sul reddito di provenienza illecita, in quanto le vicende negoziali o giurisdizionali successive non eserciteranno effetti sul periodo d'imposta in cui il contribuente ha avuto l'effettiva disponibilità del denaro e quindi è soggetto a tassazione, così CAPOLUPO, voce *Proventi illeciti (tassazione dei)*, in *Enc. del dir. Aggiornamento*, vol. I, Varese 1997, 872.

¹⁸³ WOLTERS, *op. cit.*, 82 – 83; in tale direzione da ultimo RÖNNAU-BEGEMEIER, *Grund und Grenzen der Bruttoeinziehung*, in *GA* 2017, 6 ss.

¹⁸⁴ SCHMID, *Das neue Einziehungsrecht*, *op. cit.*, 114 ss., il quale sottolinea la necessità di distinguere le ipotesi in cui non si tratti di profitti *del tutto illeciti* in quanto derivanti da una *transazione del tutto illecita* (da comportamenti assolutamente antigiuridici, come ad esempio il traffico di droga, o il traffico di armi, il contrabbando, la corruzione), ma piuttosto di profitti illeciti in quanto derivanti da comportamenti normalmente leciti, ma che nel caso concreto assumono una connotazione illecita divenendo punibili (ad esempio in relazione al reato di *insider trading*).

4.5. La giurisprudenza italiana: il principio del lordo moderato?

La giurisprudenza italiana, in particolare nell'applicare la confisca ex art. 19 del d.lgs. 231/2001, ha posto al centro dell'attenzione la questione relativa al carattere lordo o netto del profitto¹⁸⁵.

Pur affermando la generale legittimità della confiscabilità del profitto lordo, senza considerare i costi connessi ad attività illecite perché altrimenti si consentirebbe di fatto “all'autore del reato di trarre vantaggio da un'attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali” - in contrasto alla *ratio* sottesa alla confisca che “è volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità da un'attività in contrasto con l'ordine pubblico e con le norme penali dell'ordinamento”¹⁸⁶ -, si è affermata in prima battuta l'opportunità di limitare la nozione di profitto laddove l'autore realizzi delle prestazioni a favore della collettività (ad esempio i servizi resi o le opere eseguite in base all'appalto ottenuto attraverso una truffa), tenendo conto, in conformità al principio di proporzione, delle spese a tal fine realizzate in un contesto lecito, al punto che in qualche sentenza in un primo momento sembra che sia stato adottato il principio del profitto netto¹⁸⁷.

Le Sezioni Unite sono intervenute nel celebre caso Fisia accogliendo il principio del lordo considerando che “il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato. Il diverso criterio del “profitto netto” finirebbe per riversare sullo Stato, come incisivamente è stato osservato, il rischio di esito negativo del reato ed il reo e, per lui, l'ente di riferimento si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica”¹⁸⁸.

Le Sezioni Unite, però, proprio perché nel caso di specie si occupano di un'impresa, osservano che “La delineata nozione di profitto del reato s'inserisce -certo- validamente, senza alcuna possibilità di letture più restrittive, nello scenario di un'attività totalmente illecita”¹⁸⁹, si distingue, però l'ipotesi in cui il profitto “*specialmente nel settore della responsabilità degli enti coinvolti in un rapporto di natura sinallagmatica*” derivi da “*l'attività lecita d'impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato*”; laddove si svolga un'attività sinallagmatica in base ad un contratto che rimane valido (reati in contratto, contrapposti ai reati contratto strutturalmente illeciti), il profitto non può essere sottratto *tout court*, in quanto costituisce il “*corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato*”, anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa, non distinguendo tra profitto lordo o netto, ma tra profitto illecito e lecito. Anche se poi, tale drastica soluzione, che comporterebbe addirittura la non confiscabilità *tout court* del profitto del reato “in contratto”, viene mitigata dall'affermazione dell'enigmatico principio in base al quale il profitto confiscabile è “*concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente*”.

Per distinguere i reati contratto, strutturalmente illeciti, dai reati contratto, la Corte precisa che “più nel dettaglio, nel caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione, è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (c.d. “reato contratto”) e quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l'effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca. Se invece il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto

¹⁸⁵ Cfr. tra gli altri MAUGERI, *op. cit.*, p. 153 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti – Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LATTANZI, Milano 2010, 244 ss.; PERINI, *La confisca del profitto nei “reati in contratto”*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2018, n. 6, 1619 ss.; PISTORELLI, *La nozione di profitto oggetto della confisca-sanzione ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001 nell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità*, in *Ind. pen.*, 2014, v. 17, n. 1, 273 ss.

¹⁸⁶ Cfr. Trib. di Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, P., in *Il Corr. del merito* 2008, 84.

¹⁸⁷ Parla di profitto netto Cass., SS.UU., 25 ottobre – 22 novembre 2005, Muci, n. 41936, *cit.*; Cass., 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, Rv. 235636; Tribunale di Milano, 20 marzo 2007, My Chef, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2008; *contra* Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, n. 299952, *Curatela del Fallimento della Srl Cgp*, Rv. 228166; Cass., 6 luglio 2006, n. 30729, Carere.

¹⁸⁸ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti, che ribadisce che “il profitto del reato, in definitiva, va inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico”.

¹⁸⁹ E' di agevole intuizione, infatti, la diversità strutturale tra l'impresa criminale - la cui attività economica si polarizza esclusivamente sul crimine (si pensi ad una società che opera nel solo traffico di droga) - e quella che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto.

in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. “reato in contratto”), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido inter partes è il contratto (eventualmente solo annullabile ex artt. 1418 e 1439 c.c.), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall’agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente¹⁹⁰.

Da ultimo in tale direzione recente giurisprudenza evidenzia, al di là della questione della nozione di profitto lordo o netto, che le prestazioni lecite compiute dal reo devono essere correttamente compensate. “Poichè la legge penale e la legge civile disciplinano ambiti diversi, la violazione della norma penale in caso di reati- in contratto non potrebbe determinare, secondo le Sezioni Unite, la nullità del contratto, essendo frutto di una unilaterale inottemperanza che non può coinvolgere nella radicale sanzione anche la parte per la quale la partecipazione al contratto è lecita. In tal caso, infatti, non necessariamente l’attuazione del programma obbligatorio previsto nel contratto è connotata da illiceità, atteso che ogni “iniziativa lecitamente assunta” per adempiere alle obbligazioni contrattuali “interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita”, giacchè il contraente che adempie, sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può considerarsi profitto del reato. Il corollario che se ne è fatto conseguire è che la remunerazione di una prestazione lecita, ancorchè eseguita nell’ambito di un affare illecito, “non può ritenersi sine causa o sine iure”; e, quindi, non costituisce profitto di un illecito, ma profitto avente “titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale”¹⁹¹.

Tale importante presa di posizione delle Sezioni Unite è assolutamente apprezzabile nell’adozione del criterio del lordo, moderato dall’esigenza di distinguere l’ipotesi in cui emergono delle attività e, quindi, delle spese lecite del reo - in particolare dell’ente -.

Tuttavia la soluzione concretamente accolta dalla Corte per mitigare il principio del lordo in presenza di costi lecite sembra piuttosto complicata ed è stata ampiamente criticata in dottrina. La Corte pretende di calcolare il profitto “*al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente*”, ma tale nozione di “effettiva utilità” del danneggiato è difficilmente calcolabile¹⁹², al punto da rischiare di rendere impossibile la confisca del profitto derivante dal c.d. reato in contratto a prestazioni sinallagmatiche o comunque per rendere assolutamente oscura l’interpretazione della nozione di profitto confiscabile¹⁹³, come, del resto, emerge nella prassi laddove la giurisprudenza di merito ha rinunciato a calcolare il profitto¹⁹⁴.

¹⁹⁰ “E’ il caso proprio del reato di truffa di cui si discute, che non integra un “reato contratto”, considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto, nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell’altra. Trattasi, quindi, di un “reato in contratto” e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole e ne tragga comunque un utile, che va ad incidere inevitabilmente sull’entità del profitto illecito tratto dall’autore del reato e quindi dall’ente di riferimento. Sussistono, perciò, ipotesi in cui l’applicazione del principio relativo all’individuazione del profitto del reato, così come illustrato al punto che precede, può subire, per così dire, una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione”. Tra le altre Cass., 22 dicembre 2014, n. 53430, con nota di MONTERISI-TORNEI, *La diversa determinazione del profitto confiscabile in base al reato presupposto contestato all’ente (commento a in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)*, 2015, v. 10, n. 2, 199 ss.

¹⁹¹ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2020, n.6607, in cui si precisa che “In tema di confisca, la sussistenza di un patto corruttivo in virtù del quale il privato consegua la possibilità di incrementare lo svolgimento di un’attività imprenditoriale di per sé lecita, comporta che il profitto del reato deve essere commisurato non già ai ricavi lordi, bensì all’accresciuto volume di affari direttamente conseguente al patto corruttivo e senza tener conto dei corrispettivi legittimamente dovuti. (Fattispecie in cui, con riferimento alla corruzione commessa dal presidente di un ente locale ed il gestore di una discarica, per effetto del quale quest’ultima veniva ampliata, la Corte ha precisato che il profitto va limitato alle maggiori somme introitate rispetto a quelle che sarebbero state incassate se la quantità di rifiuti conferibili non fosse stata ampliata per effetto del patto corruttivo)”.

¹⁹² LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 1795; TRINCHERA, *Confiscare senza punire*, cit., 398, il quale osserva criticando il criterio che fa riferimento all’utilità del danneggiato che “la confisca dovrebbe prendere come unico criterio orientativo – come si è detto sopra – la situazione patrimoniale dell’autore del reato che deve essere riportata nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione dell’illecito”.

¹⁹³ Cfr. BONTEMPELLI, *L’accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in *Dir. Pen. Cont.* 2012, 149.

¹⁹⁴ Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 24277; Trib. di Monza, 3 settembre 2012.

A tal proposito si è correttamente osservato in dottrina che dell'utilità tratta dal danneggiato riguarda solo le ipotesi in cui il danneggiato dal reato coincida con la controparte contrattuale del reo, e, comunque, ha "ridotta funzionalità pratica, basandosi su parametri incerti e di scomoda gestione processuale"¹⁹⁵, basti pensare alle difficoltà di calcolare l'*utilitas* in un contratto di appalto pluriennale o di determinare il valore economico di prestazioni complesse¹⁹⁶.

Per contro la posizione dottrina che in base ad una concezione strutturale di profitto (per componenti)¹⁹⁷, consente la deducibilità solo dei costi realizzati per prestazioni lecite, non solo sembra giuridicamente fondata e facilmente applicabile, trattandosi di costi contabilizzati (il cui onere di allegazione può ricadere in capo al soggetto o all'ente), ma finisce per mettere d'accordo le opposte posizioni, e cioè sia chi partendo dal principio del lordo ammette la deducibilità delle sole spese lecite ("i costi eziologicamente e funzionalmente correlati all'attività lecita"¹⁹⁸), sia di chi, anche se accoglie il principio del prelievo netto, nega la deducibilità delle spese c.d. illecite¹⁹⁹ (i costi necessari per l'acquisto di beni strumentali all'attività illecita ovvero intrinsecamente illeciti).

L'orientamento inaugurato dalle S.U. nella sentenza Fisia Italimpianti è stato, tuttavia, pedissequamente seguito dalla giurisprudenza successiva²⁰⁰.

Non sono tuttavia mancate delle sentenze che ritornano al criterio dell'"utile netto", perlomeno laddove si tratti di un'attività d'impresa lecita in occasione della quale si realizzi un reato in contratto²⁰¹;

¹⁹⁵ Cfr. SCARCELLA, *Il profitto*, cit., 262 il quale osserva che "v'è da chiedersi se tale utilità possa essere determinata avendo riguardo al prezzo della prestazione indicato nel contratto ovvero al valore di mercato di essa o ancora ai costi effettivamente sostenuti dall'impresa per dare esecuzione alla prestazione, ricostruibili sulla base della contabilità obbligatoria e dei bilanci oggetto di revisione contabile, ovvero dei costi medi delle imprese del medesimo settore per dare esecuzione a quella tipologia di prestazione. Il punto fermo da cui occorre prendere le mosse è che, nella commisurazione del valore della «utilità conseguita dal danneggiato», non si può in alcun modo tenere conto del margine di guadagno per l'ente, dell'utile d'impresa che – almeno fisiologicamente – compone il corrispettivo pagato per la prestazione: tenuto conto della ratio dell'istituto, ispirata al principio secondo il quale crimen non lucrat, non è invero ammissibile che la persona giuridica chiamata a rispondere della responsabilità amministrativa possa trarre un qualunque vantaggio economico, un lucro, dall'agire illecito".

¹⁹⁶ In relazione alla difficoltà di stabilire i parametri di calcolo, sono state avanzate tre proposte, cfr. MONGILLO, *voce Profitto confiscabile*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2018: 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"; "probabilmente, non v'è una "one best way", un metodo ottimale per qualsiasi concreta situazione. Sicuramente, però, il primo dei criteri indicati, cioè quello che assume a parametro il corrispettivo pattuito, è del tutto insoddisfacente laddove il reato abbia proprio consentito di ottenere condizioni negoziali indebitamente più vantaggiose. Nella maggior parte dei casi il criterio del valore di mercato appare il più congruo per calcolare l'effettiva *utilitas* conseguita dal danneggiato. Purtroppo è anche il più oneroso in chiave probatoria e richiede, altresì, la previa fissazione del momento cui far riferimento per effettuare la stima: data di stipula del contratto ovvero di esecuzione della prestazione?". Cfr. FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.* 2020, n. 3, 333, il quale ipotizza il "criterio del netto mediante differenziale", adottato nel caso *F.A. Zoo mangimi S.r.l.* del 2014, che ad avviso dell'autore, condurrebbe al medesimo risultato che si ottiene facendo applicazione del principio di diritto formulato dalle Sezioni unite *Fisia Italimpianti*, ma presenta delle criticità facendo riferimento al valore di mercato, e il criterio del *netto mediante detrazione delle spese*, preferito dall'autore.

¹⁹⁷ Per tale definizione EPIDENDIO, *La nozione di profitto*, cit., 1267 – 1278 ss.

¹⁹⁸ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 564 ss.; BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1760; EPIDENDIO, *La nozione di profitto*, cit., 1267 ss.; AMATO, *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Guida al dir.* 2006, n. 42, 69; FUSCO, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, I, 65; STICCHI, *Strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa e nozione di profitto confiscabile*, in *Resp. amm. soc. enti* 2008, 112.

¹⁹⁹ FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2005, 83; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2153; ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza "di origine illecita"*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di ACQUAROLI, Macerata 2007, 170 s.; LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Società*, 2009, 366 ss.; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 244.

²⁰⁰ Conforme Cass. 31 maggio 2016, n. 23013; Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 24277; Cass., sez. 6, 14 luglio 2015, Azienda Agraria Geenfarm di Guido Leopardi, n. 33226; Cass., sez. 2, 16 aprile 2009, Società Impregilo Spa, n. 20506, Rv. 243198; Cass., S.U., Lucci, cit.; Cass., sez. 02, 12 novembre 2013, n. 8339.

²⁰¹ Cass., sez. VI, 19 marzo 2013, 13061; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2011, *Angelucci*, n. 11808; Cass., sez. III, 4 aprile 2012, n. 17451, Mastro Birraio e altro; Cass., 31 maggio 2012, n. 20976, "il profitto del reato non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Tale vantaggio

pur mantenendo la distinzione, introdotta dalle S.U., tra reati contratto e reati in contratto ai fini della determinazione della nozione di profitto confiscabile²⁰²: la delimitazione al profitto netto in seguito a spese lecite dovrebbe valere solo per i reati in contratto e non per i reati contratto²⁰³. Si precisa che “se il fatto penalmente rilevante ha inciso sulla fase di individuazione dell’aggiudicatario di un pubblico appalto, ma poi l’appaltatore ha regolarmente adempiuto alle prestazioni nascenti dal contratto (in sé lecito), il profitto del reato non equivale all’intero prezzo dell’appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Tale vantaggio corrisponde, quindi, all’utile netto dell’attività d’impresa. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha configurato la corruzione propria in termini di “reato in contratto” e ha affermato che il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato unicamente dal guadagno conseguito in esito all’esecuzione dello scambio sinallagmatico, al netto dei costi sostenuti per l’effettuazione della prestazione di cui ha fruito la P.A.)²⁰⁴.”

Da ultimo interessante l’orientamento che, pur riprendendo la sentenza Fisia, precisa che nel calcolo dell’utilità della vittima bisogna tenere conto dei cosiddetti costi vivi: il profitto confiscabile deve essere calcolato “escludendo – nei limiti dei cd. costi vivi – i proventi eventualmente conseguiti per effetto di prestazioni lecite effettivamente svolte in favore del contraente nell’ambito del rapporto sinallagmatico, pari alla “utilitas” di cui si sia giovata la controparte. (Nell’affermare il principio, la Corte ha evidenziato che rientrano nel profitto confiscabile anche le somme percepite in relazione a prestazioni del tutto superflue nell’economia del contratto, o eseguite con modalità non conformi a quanto convenuto)”²⁰⁵. Si precisa che al fine di determinare questo concetto di costi vivi “l’Autorità giudiziaria potrà avvalersi dell’esito degli accertamenti compiuti dalla polizia giudiziaria ovvero, se non esaurienti, delle indicazioni di un tecnico, nominato quale consulente o perito, che tengano conto, da un lato, delle risultanze della contabilità e dei bilanci dell’ente, dall’altro lato, del costo di mercato di quella tipologia di prestazione”²⁰⁶. Tale concetto di costi vivi è stato interpretato da una parte della dottrina come costi diretti²⁰⁷. Il richiamo al concetto di costi vivi può essere interessante, ad avviso di chi scrive, nella misura in cui dai costi leciti bisognerebbe escludere i costi artatamente e volutamente gonfiati, che non saranno più costi leciti; certo tale distinzione rischia di complicare il calcolo dei costi leciti, che comunque richiederà – come evidenziato dalla Corte - l’intervento di una perizia e, in ogni caso, una simile distinzione dovrebbe essere operata solo laddove in maniera manifesta emerge il carattere gonfiato e, quindi, illecito del costo²⁰⁸.

Recente giurisprudenza della Suprema Corte non richiama il criterio dell’utilità, ma piuttosto del valore della prestazione lecita effettuata, senza precisare come si debba valutare tale valore, se in base ad una

corrisponde, quindi, all’utile netto dell’attività d’impresa. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha configurato la truffa ai danni dello Stato in termini di “reato contratto” e ha affermato che il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato dall’intero prezzo dell’appalto, senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo e il profitto)”. Cfr. MONGILLO, voce *Profitto*, cit.

²⁰² Per tale distinzione cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 377; LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 999.

²⁰³ Cass., Sez. II, 20 dicembre 2011, *Angelucci*, n. 11808.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Cass., sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 9988; Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 2016, n. 8616;

²⁰⁶ Cass., sez. II, 28 marzo 2018, n. 23896.

²⁰⁷ Cfr. PERINI, *La confisca del profitto nei “reati in contratto”*, cit., 1619 ss.

²⁰⁸ Conforme SCARCELLA, *Il profitto*, cit. 262 s., il quale evidenzia che “Al fine di determinare i «costi vivi» sostenuti dall’ente per dare adempimento alla prestazione di cui la controparte si sia avvantaggiata, l’Autorità Giudiziaria potrà avvalersi dell’esito degli accertamenti compiuti dalla Polizia Giudiziaria ovvero, se non esaurienti, delle indicazioni di un tecnico, nominato quale consulente o perito, che tengano conto, da un lato, delle risultanze della contabilità e dei bilanci dell’ente, dall’altro lato, 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 e, dunque, di limare cifre che risultassero essere state artatamente maggiorate, secondo una linea di continuità con le condotte illecite oggetto del procedimento”. Cfr. sul concetto di costi utili MONGILLO, voce *Profitto confiscabile*, cit., “Neppure ci sembra appagante e del tutto consono il criterio dei “costi utili”, che pure consentirebbe di escludere l’indiscriminata deducibilità di qualsiasi spesa sostenuta dal reo. L’utilità delle somme investite per eseguire una prestazione contrattuale è evenienza 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”; in conclusione l’autore parlando del c.d. «utile netto a base parziale», ammette in deduzione dai vantaggi direttamente derivanti dal reato i soli costi/spese lecitamente sostenuti per l’attuazione del programma negoziale”.

valutazione di mercato o a quanto speso per effettuarla: “in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato conseguito attraverso un contratto viziato da condotte illecite poste in essere nella fase delle trattative od in quella dell'esecuzione, il profitto confiscabile deve essere determinato al netto del valore delle prestazioni lecite effettuate dall'autore del reato per adempiere al contratto, di cui la controparte si sia avvalsa o giovata. (Fattispecie in tema di truffa ex art. 640-bis c.p., per fraudolenta aggiudicazione di appalto relativo a servizi di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale)”²⁰⁹.

La distinzione tra reati contratto e reati in contratto, inoltre, è accettabile nella misura in cui con il termine reati contratto si fa riferimento ad ipotesi in cui la stessa stipula del contratto concretizza il reato da cui consegue il profitto illecito, in mancanza di prestazioni lecite a favore della collettività o della vittima, ad esempio dovrebbe rientrarvi la truffa ai danni dello Stato volta ad ottenere finanziamenti non dovuti, che peraltro è stata qualificata dalle Sezioni Unite come “reato in contratto”, mentre la seconda sezione della Cassazione ha ricondotto il tipo penale in questione nell'alveo dei “reati contratto”, concludendo che «essendovi la totale immedesimazione del reato con il negozio giuridico, l'intero prezzo è sequestrabile, senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo ed il profitto»²¹⁰. In ogni caso tale distinzione tra reati contratto e reati in contratto sembra discutibile laddove chi realizza l'illecito esegue delle prestazioni lecite e, quindi, delle spese lecite di cui si dovrebbe tenere conto; a parte l'ambiguità della stessa distinzione in esame, di matrice essenzialmente dottrinale e non del tutto consolidata anche in dottrina. La stessa giurisprudenza, infatti, arriva a soluzioni diametralmente opposte nello stabilire se in una fattispecie siamo dinanzi a un reato contratto o reato in contratto; oltre al caso sopra citato della truffa ai danni dello Stato, si può ricordare che la giurisprudenza civilistica, diversamente da quanto sostenuto dalla stessa Suprema Corte sezione penale, ad esempio, riconduce alla nozione di reato contratto anche la corruzione²¹⁰, con la conseguenza, ad esempio, che si dovrebbe escludere la deducibilità dei costi connessi alle prestazioni lecite nel caso in cui l'appalto sia stato ottenuto grazie a tale reato: conseguenza non condivisibile per le ragioni esaminate, a parte la violazione del principio di uguaglianza che deriverebbe, ad esempio, dal diverso trattamento applicato nel caso in cui l'appalto consegue ad una truffa, come avvenuto nel caso Fisia²¹¹.

Tali incertezze da parte della stessa giurisprudenza rischiano di rappresentare una violazione del principio di legalità e tassatività, in mancanza di chiari e certi criteri di distinzione.

5. Profitto risparmio.

Un'altra questione che si è posta sia in dottrina sia in giurisprudenza attiene all'ammissibilità del profitto risparmio, questione che nella prassi si sovrappone a quella sull'ammissibilità del riciclaggio e dell'autoriciclaggio di tale forma di profitto. A tal fine occorre risolvere un risalente nodo interpretativo relativo alla nozione di provenienza.

In base ad una concezione dinamica “che ne esalta i connotati intrinsecamente coordinati al complemento di moto da luogo (introdotto dalla preposizione “da”)” nella nozione di profitto rientra “un flusso di ricchezza illecita proveniente dall'esterno e incamerata dal riciclatore che vi opera mediante

²⁰⁹ Cass., sez. II, 21 ottobre 2021, n.40765; conformi: Cass., sez. 6, 27 settembre 2007, n. 37556; Cass., sez. 6, 26 marzo 2009, n. 17897; Cass., sez. 6, 27 gennaio 2015, n. 9988; Cass., sez. 2, 8 ottobre 2010, n. 39239; difforni: Cass., 17 luglio 2018, n. 33092; Cass., sez. 3, 4 aprile 2012, n. 17451; Cass., sez. II, 5 ottobre 2016, n. 53650; Cass. 27 gennaio 2021, n. 3439.

²¹⁰ Cass., sez. I, 5 maggio 2008, Rv. 603446. Definisce «la corruzione – almeno nel nostro ordinamento – ... un tipico reato-contratto bilateralmente illecito», MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, 780. Nella dottrina civilistica, sulla corruzione come “reato-contratto” perché illecito nel motivo, DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, II ed., 2008, 448.

²¹¹ Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, cit..Aderisce espressamente a tale ricostruzione dei reati contratto e in contratto, facendo rientrare in questi ultimi la corruzione e i dei delitti economici che implicano persone giuridiche, auspicando un'attenuazione del principio del lordo in questi casi tenendo conto delle spese lecite in applicazione del principio di proporzionalità, BLANCO-CORDERO, *El comiso de ganancias*, cit., 7.

sostituzione, trasferimento o altre operazioni”, con la conseguenza di escludere la confisca e il riciclaggio del profitto risparmio di imposta²¹².

“Il profitto nelle fattispecie tributarie si sostanzia in un mancato depauperamento, senza un arricchimento evidente e tangibile nella disponibilità dell'autore, tale utilità, restando confusa nel complesso delle disponibilità di chi ne ha tratto vantaggio, si sottrae a qualsiasi possibilità di specificazione in senso civilistico e, quindi, di individuazione come oggetto materiale definito di un successivo riciclaggio o re-impiego”²¹³; ma soprattutto più a monte non si tratta di profitto di origine illecita perché si tratta di risorse “che, appunto di provenienza lecita, vengono in maniera illecita sottratte all'imposizione fiscale” (“afferiscono a risorse che non derivano da illecito, ma da libere e legittime attività, quali quella di impresa, di lavoro autonomo o dipendente, o, comunque, da altra origine lecita soggetta ad imposizione fiscale”)²¹⁴.

Questa presa di posizione è assolutamente in linea con l'orientamento che accoglie una nozione di profitto del reato, come precisato dalle Sezioni Unite (26654/2008), come “beneficio aggiunto di tipo patrimoniale”, “pertinente al reato” secondo un rapporto “causa-effetto”²¹⁵, come sopra esaminato e quindi il risparmio di spesa non rientrerebbe in tale nozione. Si richiede che “sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito”, “positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito” - ²¹⁶.

Il risparmio di spesa non rappresenta un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale e, in ogni caso, la sua determinazione sarebbe affidata all'arbitrio giudiziario.

In tale direzione la Suprema Corte a Sezioni unite nel caso Fisia nega che il profitto risparmio sia direttamente confiscabile perché manca il nesso causale tra la condotta illecita e il profitto, che era già presente nel patrimonio del soggetto; si può individuare nel "risparmio di spesa" il profitto solo se si realizza “un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere”, “un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta”²¹⁷. Nel caso Italease, poi, si sottolinea che “il profitto, per essere tipico, corrisponda ad un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica”²¹⁸.

O ancora nel caso Riva, in materia di reati ambientali, si accoglie espressamente la posizione della sentenza Fisia precisando che il risparmio di spesa confiscabile si deve intendere “in senso relativo, cioè come ricavo introitato dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere, e non in senso assoluto, cioè quale diminuzione o mancato aumento delle passività cui non corrispondano beni materialmente entrati nella sfera di titolarità del responsabile. (Fattispecie in cui la Corte di cassazione ha affermato che il profitto non può corrispondere al risparmio di spesa conseguente al mancato

²¹² CASTALDO – NADDEO, *Il denaro sporco – Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova 2010, 155; CASTALDO, *Riciclaggio e impiego di beni di provenienza illecita*, in PULITANÒ, *Diritto Penale – Parte speciale*, vol. II, 2013, Torino, 231.

²¹³ CAVALLINI–TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del “vicino ingombrante”*, in *Dir. Pen. Cont., Riv. Trim.*, 2015, 1, 17; conforme LIGUORI, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto*, in AA.VV., *Riciclaggio e reati connessi nell'intermediazione mobiliare*, a cura di MANNA, Torino, 2000, 103 s.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2003, 488 s. - 508; ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, cit., p. 398 ss.; F.HINNA-DANESI, *Proventi da frode fiscale e riciclaggio*, in *Il Fisco* 1995, p. 9759; PECORELLA, *Ricettazione* (voce) (*Diritto penale*), in Nss.D.I., XV, Torino, 1968, p. 943; B.ASSUMMA, *Riciclaggio di capitali e reati tributari*, in *Rassegna Tributaria*, 11, 1995, 1779 ss.; I.CARACCIOLI, *L'emissione di fatture false non è menzionata dall'Ufficio Italiano Cambi come reato presupposto della segnalazione antiriciclaggio*, in *Il Fisco*, 29, 17 luglio 2006, 1, p. 4542 ss.

²¹⁴ FAIELLA, *op. cit.*, p. 68.

²¹⁵ Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654; F.BONELLI, *op. cit.*, p. 133.

²¹⁶ Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654.

²¹⁷ Cass., SS.UU., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.; Cass. Pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18734; Cass. Pen., sez. VI, 16 gennaio 2018, n. 1754; cfr. Cass. 7 novembre 1991, Cerciello, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce Truffa, n. 8, c. 3481; GIP Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *Foro it.* 2004, II, 434, in cui si afferma che il profitto dell'attività corruttrice non è costituito solo da componenti materiali ma anche “nell'altissimo valore del monopolio raggiunto a discapito dei concorrenti, monopolio destinato a proiettarsi nel tempo con ingenti profitti”. Tra gli altri MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.* 2011, 2332; PELISSERO, *Commento all'art. 3 l. 29 settembre 2000*, in *Leg. Pen.* 2001, 1027.

²¹⁸ Cass., Sez. V, 4 marzo 2014 (ud. 28 novembre 2013), Banca Italease S.p.A., n. 10265. Cfr. ACCINNI, *Note minime in tema di profitto da falso in bilancio*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)*, 2016, v. 11, n. 3, 9 ss.

adeguamento degli impianti di uno stabilimento siderurgico)²¹⁹. Non solo ma la Corte precisa ancora che “è il rispetto dello stesso principio di tassatività delle sanzioni (ex D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 2 e 9) ad escludere, in assenza di un introito effettivo, la possibilità di assoggettare allo strumento della confisca per equivalente il valore di costi illegittimamente non sostenuti dall'ente collettivo per effetto della mancata adozione di misure preventive espressamente prescritte dalla legge negli specifici settori di riferimento”, evidenziando che nel caso dei reati tributari, non è tanto un risparmio, ma l'inadempimento di obblighi prestabiliti, calcolabili “sulla scorta di precisi ed oggettivi criteri di quantificazione”, e comunque in tale settore il legislatore con “una esplicita presa di posizione” adotta la confisca per equivalente (C 13/3635, Riva Fire s.p.a.)²²⁰.

Il profitto confiscabile, insomma, deve avere il carattere della: patrimonialità in senso “materiale”; attualità concretizzata attraverso un reale “*income*” reddituale nella sfera economica della persona fisica autore del reato (un risultato conseguito e positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle detenute anteriormente all'illecito); connessione causale diretta fra la condotta (l'integrazione del reato-presupposto) e l'evento (il materializzarsi dell'utile: id est, la «conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato»)²²¹. ■

In dottrina si osserva correttamente che rispetto ad alcuni reati-presupposto, quali, per tutti, corruzione e truffa in sovvenzioni, reati economici, “il profitto è, per così dire, connaturato al fatto, è il fine tipico che muove l'azione delittuosa; in queste ipotesi, un profitto confiscabile, non solo sarà di regola attualmente presente e ben individuabile, ma neppure darà luogo a problemi interpretativi (o re-interpretativi) di sorta”²²². Per altri reati “invece, il discorso è, in concreto, diverso, e l'analisi, in punto di “profitto” e di “confiscabilità”, dovrà esser svolta caso per caso, ancorandola saldamente alle peculiarità fattuali dell'episodio criminoso di volta in volta giunto alla considerazione dei giudicanti”²²³ (basti pensare alla difficoltà di calcolare il profitto del reato di manipolazione di mercato)²²⁴.

In tale direzione si evidenzia che la Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio e confisca presuppone quelle fattispecie in grado di “creare ricchezza” e non semplicemente un indebito non impoverimento conseguente all'evasione fiscale²²⁵.

In relazione ai reati tributari la giurisprudenza non riteneva confiscabile il profitto risparmio con la confisca diretta, e proprio per questo si riteneva che fosse stata introdotta la confisca per equivalente, - art. 1, c. 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 -, per compensare la pratica inoperatività delle ordinarie ipotesi di confisca ai reati tributari²²⁶; la confisca diretta pretendendo un rapporto di pertinenzialità tra

²¹⁹ Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635; SILVESTRI, *questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *Cass. Pen.*, 2014, v. 54, n. 5, 1538 ss.

²²⁰ Afferma che «la ratio e le finalità di tale intervento normativo emergono con chiarezza, ove si ponga mente al rilievo, di immediata ed agevole comprensione, che in quelle fattispecie di reato 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. Il profitto si realizza, dunque, proprio con il mancato pagamento del tributo e, ciò nonostante, prima della novella legislativa del 2007 esso non poteva essere assoggettato alla confisca ex art. 240 c.p. in quanto, benché il valore sottratto coincidesse con elementi già presenti e rinvenibili nella sfera patrimoniale del reo, non rientrava *stricto sensu* nel concetto di provenienza da reato.

²²¹ Così PALIERO, *op. cit.*, 74.

²²² “Lo stesso varrà per alcune *new entries* come, per tutte, viene agevole ricordare l'insider trading o le frodi in commercio (artt. 25 *sexies* e 25 *bis*)”.

²²³ Così PALIERO, *op. cit.*, p. 77.

²²⁴ TUTINELLI, *Responsabilità per falso in bilancio e determinazione del profitto confiscabile alla luce della recente sentenza del Tribunale di Milano sul caso Italease*, in *Resp. amm. soc. enti*, p. 156.

²²⁵ Ciò si deduce dall'art. 1 lett. A) che stabilisce che per “provento” si intende “ogni vantaggio economico derivato da reati” e dalla lett. e) che descrive il reato presupposto come “qualsiasi reato in conseguenza del quale si formano dei proventi che possono diventare oggetto di uno dei reati definiti all'art. 6 di questa Convenzione”; dalla lettura di queste due disposizioni si deduce che il delitto presupposto deve essere capace di produrre ricchezza, deponendo in tal senso l'uso del verbo formare nella lett. e), in conformità del resto al concetto di “provenienza” di cui all'art. 648 bis che fanno pensare al provento come vantaggio economico che si forma ex novo o che determina un accrescimento nel patrimonio del reo (così LIGUORI, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto*, in AA.VV., *Riciclaggio e reati connessi nell'intermediazione mobiliare*, a cura di A.MANNA, Torino, 2000, 104; ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Dig. pen.*, XII, 1997, 398); un “entrata profittevole nella disponibilità dell'autore”, cfr. in materia MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, 2010, p. 74; e CUOMO, *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *Arch. pen.* 2014, fasc. 1, 15.

“prodotto, profitto e prezzo”, da un lato, e “reato”, dall’altro, non sarebbe stata applicabile perlomeno in tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute a titolo di mancato versamento (nella maggior parte dei casi)²²⁷. Tale genere di profitti, infatti, non possono adattarsi al concetto di ‘provenienza da reato’ dal momento che coincidono con beni già presenti nel patrimonio del reo; non sarebbe possibile dimostrare il rapporto di pertinenzialità intercorrente tra profitto e reato, come sottolineato anche dalle Sezioni Unite²²⁸, e la necessità di individuare in concreto il denaro risparmiato per effetto del reato darebbe inevitabilmente spazio a “*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 una diretta derivazione causale dell’attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita*”.

In base a questo orientamento, solo la confisca per equivalente consentirà di confiscare le “somme sottratte dal pagamento dell’imposta dovuta, che, pertanto, si connota come profitto-risparmio”²²⁹, come stabilito anche dalle Sezioni Unite nel caso Adami²³⁰ o nella sentenza Giussani²³¹. “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”²³². In tale settore il legislatore ha introdotto la confisca per equivalente per consentire appositamente la sottrazione dell’unica forma di profitto normalmente configurabile, il profitto risparmio; in tale ambito, tra l’altro, i problemi di rispetto del principio di tassatività nella determinazione dell’ammontare del profitto sono ridotti, perché quest’ultimo potrà essere calcolato attraverso la normativa tributaria circa l’imposta dovuta²³³. In questo caso la confisca per equivalente non fungerebbe da meccanismo sussidiario della confisca diretta, ma rappresenterebbe una forma di confisca “principale” del profitto risparmio²³⁴.

Al contrario, un’altra parte della dottrina in base ad una concezione statica “pone in rilievo il nesso di provenienza “*in senso economico*”, conferendovi il significato di derivazione causale dall’attività delittuosa, nella quale l’arricchimento (ovvero, il mancato depauperamento) ritroverebbe la sua origine e

²²⁷ Cass., SS.UU., 9 luglio 2004, n. 29951, Focarelli; Cfr. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2012, p. 597.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Trib. Milano, 20 aprile 2011, G.i.p. D’Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R. – n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass., 9 ottobre 2012, n. 42120, S.R., in *Diritto & Giustizia* 2012, 31 ottobre (con nota di DI GIACOMO); Cass., sez. III, 18 dicembre 2012, Bonfanti.

²³⁰ Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n.18374, Adami e altro, in *Cass. pen.* 2014, 1, 120; Cass., sez. III., 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., 30 maggio 2014, n. 49631; Cass., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029.

²³¹ Cass., sez. III, 30 aprile 2015, Giussani ed altro, n. 22127; cfr. Cass., sez. 2, n. 21228 del 29 aprile 2014, Riva Fire spa, rv. 259717; Cass., Sez. 5, 4 giugno 2014, n. 27523, Argento, in cui si afferma che il sequestro preventivo del profitto del reato, qualora quest’ultimo sia costituito dal mancato esborso di denaro, può avvenire esclusivamente nelle forme del sequestro per equivalente, in quanto tale vantaggio consiste in una immateriale entità contabile che non si è mai incorporata in moneta contante.

²³² Cass., 30 maggio 2014, n. 49631, in *Cass. pen.* 2015. Cfr. Cass., III sez., 23 ottobre 2012, n. 45849, Chierico, in *Guida al diritto* 2013, 1, p. 81; conforme Cass., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19099, Ric. D.V.M, in *Dir. pen. e proc.* 2013, 1468, con nota di PORCU, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale?*; Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078, Piccolo, con nota di AMATO, *Reati tributari: nel sequestro ai fini della confisca l’importo non deve eccedere il valore del profitto*, in *Guida al diritto* 2013, n. 12, p. 38; Cass., sez. VI, 17 marzo 2009, Paggiaro; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi e altro; Cass. 26 maggio 2010, n. 25890, *Molon*, Rv. 248058; cfr. Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677; Cass., sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, Rv. 251525; Cass., sez. III, 7 luglio 2010, n. 35807, Bellonzi e altri, Rv. 248618. Fermo restando che la giurisprudenza fa rientrare nella nozione di profitto risparmio anche il caso di omesso versamento dell’IVA, ex art. 10 *ter* d.lgs. n. 74/2000 (Cass., sez. III, 9 febbraio 2016, n. 28223), in cui il profitto confiscabile coincide con l’importo dell’IVA trattenuto, ipotesi in cui la dottrina individua un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di cui l’imprenditore sostanzialmente si appropria cfr. MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. Pen. Cont.* 20 aprile 2015, 17. Cass., 26 maggio 2010, n. 25890, *Molon*, Rv. 248058; cfr. Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677; Cass., sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, Rv. 251525; Cass., sez. III, 7 luglio 2010, n. 35807, Bellonzi e altri, Rv. 248618; Cass., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 19099, Ric. D.V.M, in *Dir. pen. e proc.* 2013, 1468, con nota di PORCU, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale?*.

²³³ In tale direzione Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, Riva Fire spa, rv. 259717.

²³⁴ Cass., sez. IV, 16/12/2015, (ud. 16/12/2015, dep.03/02/2016), n. 4567; Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n.18374, Adami e altro; Cass., sez. III., 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029.

collocazione²³⁵. In quest'ultimo caso la provenienza postulerebbe “la conservazione illecita di un *quantum* già interiorizzato nella sfera patrimoniale del reo attraverso attività legittime, secondo l’accezione statica”²³⁶. I sostenitori di quest’ultima più ampia nozione di provenienza evidenziano che “è la nozione di “provenienza” che deve adattarsi alle caratteristiche dei reati presupposto, molteplici ed eterogenei e non certo il contrario”²³⁷. Ne consegue che il riciclaggio dell’imposta risparmiata è possibile²³⁸.

Le frodi fiscali non potrebbero essere estromesse dalla categoria delle fonti illecite del profitto sulla base di una “preconcepita nozione di provenienza, intesa esclusivamente quale incremento della ricchezza derivante da apporto esterno materialmente individuabile”²³⁹.

In materia di riciclaggio a sostegno di tale assunto, si è osservato che la ridefinizione dell’art. 648-*bis* è stata conseguenza della ratifica della convenzione di Strasburgo del 1990, che all’art. 1, lett. *a*), individua nel provento da reato *ogni vantaggio economico derivato da reato*; nozione ampia capace di ricomprendere qualsiasi entità economicamente apprezzabile proveniente da reato, ivi compreso il vantaggio economico derivante dalla commissione di un delitto tributario²⁴⁰.

Da ultimo sembra accogliere una nozione ampia di profitto la Direttiva 2018/1673 che include i reati fiscali tra i reati presupposto e, quindi, implicitamente il profitto corrispondente all’imposta evasa e richiama una nozione ampia di provento del reato laddove nel considerando n. (13) precisa che “la presente direttiva non dovrebbe distinguere tra situazioni in cui il bene deriva direttamente dall’attività criminosa e situazioni in cui deriva indirettamente dall’attività criminosa, in linea con l’ampia definizione di «provento» di cui alla direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio”. Anche se la Direttiva non fa alcun espresso riferimento al profitto risparmio, che dovrebbe rientrare in questa definizione di bene che “deriva indirettamente dall’attività criminosa”.

Un altro argomento utilizzato per affermare che la tassa risparmiata è provento del crimine, è costituito dalla *fiction iuris* in base alla quale “chi viola l’obbligo di pagare una somma di denaro sarebbe l’autore del furto della somma non pagata”²⁴¹.

Nell’ordinamento italiano le Sezioni Unite hanno consacrato un simile orientamento con la sentenza Gubert, n. 10561/2014, che oltre ad accogliere una nozione molto ampia di profitto ricomprendendo anche le utilità indirette, come esaminato, ritiene che anche il denaro sottratto alla tassazione, nella misura dell’imposta evasa, rientra nella nozione di profitto confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta ex art. 240 c.p. o 322 *ter* c.p. dato che la “confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta”²⁴². Si

²³⁵ P.COSTANZO, *I reati del mercato finanziario*, in *Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, vol. IX, *I reati del mercato finanziario*, a cura di DI AMATO, Padova, 2007, 518.

²³⁶ Idem.

²³⁷ P.COSTANZO, *op. cit.*, 529.

²³⁸ L.FERRAJOLI, *La normativa antiriciclaggio. Repressione penale, adempimenti amministrativi degli intermediari finanziari, strumenti e tecniche di investigazione, profili internazionali*, III ed., Milano 1994, 285 ss.; G.FAUCEGLIA, *L’antiriciclaggio tra priapismo legislativo ed incontinenza regolamentare*, in *Il riciclaggio dei proventi illeciti tra politica criminale e diritto vigente*, a cura di PALOMBI, Napoli 1996, 250 anche se con note fortemente critiche evidenziando che l’elusione non si iscrive nella categoria dei “mala in se”, ma in quella dei “mala quia prohibita”; P.BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1992, 37; G.BERSANI, *Il reato di riciclaggio tra nuovi provvedimenti legislativi e criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1993, 67; B.SANTACROCE, *Il segreto bancario e gli accertamenti fiscali dell’amministrazione finanziaria*, in *Rass. Trib.*, n. 9 – 1993, 83; ID., *La ratifica della Convenzione di Strasburgo ed i delitti fiscali (L.n. 328/1993)*, in *Il Fisco* n. 1/1994, 51; L.MAGISTRO, *Riciclaggio dei capitali illeciti, rilevanza del fenomeno strategie di contrasto in materia fiscale*, Milano 1991, 41 ss.; G.IZZO, *La frode fiscale quale possibile delitto-presupposto del riciclaggio*, in *Il Fisco* 1996, n. 21, 5293.

²³⁹ P.COSTANZO, *op. cit.*, 529.

²⁴⁰ G.IZZO, *op. cit.*, 5292. Si riconosce, tuttavia, la difficoltà di provare in concreto il collegamento tra il denaro o il bene riciclato o reimpiegato e i delitti tributari e, quindi, l’individuazione della specifica riferibilità agli stessi. O.CUCUZZA, *Segreto bancario, criminalità organizzata, riciclaggio, evasione fiscale in Italia*, II ed., Padova 2007, 456; F.DI VIZIO, *op. cit.*, p. 32.

²⁴¹ Così BACIGALUPO, *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Navarra 2012, 35, che cita LE GOFF, *La bourse et la vie. Economie et religion au Moyen Âge*, 1986, 19.

²⁴² Cass., SS.UU., Gubert, cit.; conforme Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740, *Sgarbi*, Rv. 254795; Cass., 16 settembre 2014, n. 37846; Cass., sez. III, 2 ottobre 2018, n. 105; Cass., sez. III, 2 marzo 2018, n. 24042: “In definitiva, come precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte (sentenza n. 10561 del 30/01/2014), nei procedimenti aventi ad oggetto i reati tributari, è possibile procedere alla confisca per equivalente a carico dell’imputato persona fisica, solo laddove sia impossibile individuare il profitto diretto del reato in capo all’ente, reale beneficiario del risparmio di imposta che costituisce il profitto del reato,

precisa in tale direzione che “in tema di reati tributari, può essere oggetto di confisca c.d. diretta il saldo positivo del conto corrente nella disponibilità dell'imputato alla scadenza del termine per l'adempimento dell'obbligazione fiscale fino alla concorrenza dell'esborso che sarebbe stato necessario per il pagamento dell'imposta, in quanto queste somme costituiscono il profitto del reato di omesso versamento, rappresentando il “risparmio di spesa” conseguito grazie al mancato pagamento dell'imposta”²⁴³.

Tale orientamento è ribadito dalle Sezioni Unite nella sentenza Thyssenkrupp in un settore diverso da quello tributario, precisando che “con riguardo ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali, l'idea di profitto si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto. Qui si concreta il vantaggio che costituisce il nucleo essenziale dell'idea normativa di profitto. Dunque non erra per nulla la Corte di merito quando individua il profitto, come minimo, *nel risparmio di spesa inerente all'impianto di spegnimento*”²⁴⁴.

Consegue a tale orientamento, che il risparmio sarà direttamente confiscabile anche presso l'ente che non può essere considerato estraneo al reato se beneficiario ²⁴⁵.

Contra si può osservare che in queste sentenze si utilizza il condivisibile orientamento giurisprudenziale in base al quale la confisca del denaro rimane diretta anche quando non sia possibile la sottrazione dell'eadem res direttamente derivante dal reato (il denaro oggetto della rapina) ma di un ammontare equivalente (denaro depositato in banca nel conto del rapinatore), trattandosi di un bene fungibile, per trarne la conseguenza, con un evidente salto logico, che anche il risparmio di spesa rientra nella nozione di profitto del reato direttamente confiscabile, dimenticando la differenza fondamentale tra le due ipotesi in questione: nel caso della confisca diretta del denaro si è avuto comunque un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, avente una sua esternalità e causalmente connesso al reato, mentre nel caso di confisca del profitto risparmio manca il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale in questione e il patrimonio dell'evasore rimane invariato in seguito al reato ²⁴⁶.

In tale direzione si osserva che anche nella loro massima estensione i concetti di provenienza contenuti nelle legislazioni straniere sul riciclaggio sono ritagliati sulle norme in tema di confisca le quali utilizzano definizioni non dissimili dalla triade “prodotto – profitto – prezzo” di cui al nostro art. 240 c.p.; sembra inaccettabile un'interpretazione che volesse estendere il concetto di provenienza alla mera *pertinenza* (beni che abbiano qualsiasi legame con il reato, anche se non provengono in senso stretto da esso ma, eventualmente, sono preesistenti), anche probatoria, di cui alle norme italiane sul sequestro ²⁴⁷.

In conclusione, nonostante l'orientamento giurisprudenziale prevalente prediliga una nozione ampia di profitto, comprensivo di qualsiasi forma di risparmio (anche quello derivante dalla mancata adozione di misure di sicurezza sul lavoro o di misure a tutela dell'ambiente), si deve evidenziare la problematicità dell'ammissibilità della confisca di una simile forma di profitto la cui quantificazione concreta “raramente

potendo essere oggetto di confisca diretta anche il denaro liquido o di altro bene fungibile nella disponibilità della persona giuridica”; Cass., sez. V, 18 gennaio 2018, n. 5459; cfr. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 716 ss.; MONGILLO, *op. cit.*, 738 ss.; decisamente critici MUCCIARELLI-PALIERO, *op. cit.*, 17; BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Soc.*, 2014, 867 ss.; DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 401 ss.

²⁴³ Cass., sez. III, 4 ottobre 2018, n. 6348

²⁴⁴ Conforme Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

²⁴⁵ Cass., Sez. Un., Lucci, cit.

²⁴⁶ MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 716 ss.; MAUGERI, *L'autoriciclaggio dei proventi dei reati tributari nel diritto comparato: tra obblighi di incriminazione, la violazione del ne bis in idem e il concorso apparente di norme*, in MAUGERI-SCALIA-VAGLIASINDI, *Crimine organizzato e criminalità economica tendenze empirico-criminologiche e strumenti normativi di contrasto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea*, Pisa, 2019, 170 s.; cfr. MUCCIARELLI-PALIERO, *op. cit.*, 11 – 12, i quali nel muovere critiche simili alla sentenza Gubert, sembrano andare oltre, nel senso di pretendere che in virtù del requisito della pertinenzialità la confisca diretta del denaro sia limitata all'eadem res; Russo, *Sequestro preventivo/ Confisca - Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributario commesso dal legale rappresentante*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, 1 ss.

²⁴⁷ ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano 1997, 412 s.

potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività”²⁴⁸; come minimo sarebbe preferibile riservare la confisca del risparmio a talune ipotesi tassativamente previste, come quella dei reati tributari per i quali sono previste specifiche forme di confisca e per la cui determinazione esistono specifiche regole (ferma restando la complessità anche di tale accertamento²⁴⁹).

Il principio di legalità delle sanzioni²⁵⁰, inoltre, imporrebbe di stabilire se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientra anche il risparmio oppure se quest’ultimo possa essere confiscato per equivalente come previsto in altri ordinamenti, - ad esempio attraverso il *Wertersatzverfall* ai sensi del § 73 c StGB²⁵¹ - nei limiti in cui il risparmio sia economicamente valutabile, attribuendo a tal fine al giudice un potere di stima (§ 70 ult. comma swStGB e § 73 b, *Schätzung*, StGB²⁵² prima della riforma del 2017²⁵³), che deve essere esercitato adempiendo ad un congruo obbligo di motivazione, consentendo il contraddittorio sul punto²⁵⁴. Soluzione assolutamente preferibile se si considera che nel caso di risparmio di spesa non sarà possibile accertare il rapporto di pertinenzialità tra il bene da confiscare, in questo caso profitto risparmio, e il reato; manca un beneficio aggiunto, un incremento, causalmente connesso al reato. L’arricchimento ha un carattere economico, ma non fisico, e quindi sarà più correttamente confiscabile con la confisca per equivalente, colpendo un bene o del denaro di valore corrispondente al risparmio realizzato con lo stesso reato²⁵⁵.

5.1. Il risparmio come profitto illecito confiscabile nel diritto comparato.

Nel disciplinare non solo la confisca, ma anche il riciclaggio di denaro, il Proceeds of Crime Act del 2002 (PoCA), in particolare nel Reporting Obligations²⁵⁶, include una guida su cosa costituisce "criminal property": "La criminal property è ampiamente definita nella sezione 340 (3)²⁵⁷ del POCA e comprende

²⁴⁸ Così MONGILLO, *Ulteriori questioni*, cit., 2342; in tale direzione MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., 807 s.; Id., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, cit., 717 ss.; FORNARI, *La confisca del profitto*, cit., 90; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2123 – 2155; STICCHI, *op. cit.*, 115; MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2008, 1765; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d’impresa*, cit., 888; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 251; PIERGALLINI, *L’apparato sanzionatorio*, cit., 247; GIAVAZZI, sub art. 19, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di GIARDA-MANCUSO-SPANGHER-VARRASO, Ipoa, 2007, 176.

²⁴⁹ ACQUAROLI, *Crisi della legalità penale*, cit., 293 e ss.; CAPOLUPO, *Imposta definitivamente accertata e profitto confiscabile*, in *Fisco Approfondimento*, n. 15, 2020, 1451 ss.; CORDEIRO GUERRA, *La determinazione del profitto dei reati tributari in sede di confisca tra tendenze autonomistiche e istanze di temperamento del doppio binario*, in *Riv. trim. di diritto tributario*, 2020, n. 2, 337 ss.; Cass., sez. III, 25 settembre 2012, n. 1735; Cass., sez. III, 18 maggio 2011, n. 36396; ALDROVANDI, *Aspetti problematici della nozione di "profitto" nella confisca per reati tributari di cui all’art. 8 Digs. n. 74 del 2000*, in *Riv. della Guardia di Finanza*, 2015, n. 6, 1579 ss.

²⁵⁰ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. XIX, Torino 1973, 18; Corte Cost., sent. n. 6 del 1966, in *Giur. cost.* 1966, 274.

²⁵¹ Così ESER, § 73, cit., 1120, § 16; ESER-SCHUSTER, *StGB § 73c*, cit., Rn 2 – 7.

²⁵² Il § 73 a StGB prevede il *Verfall des Wertersatzes*. Cfr. LACKNER, § 73 a, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1999, 545 ss.

²⁵³ Nell’ordinamento francese nel caso in cui il giudice nel procedere alla stima monetaria dei beni, che si sarebbero dovuti confiscare, non ha a disposizione degli elementi precisi di valutazione può procedere ad una valutazione "ex aequo et bono" *Cour de cassation*, 14 dicembre 1994, n° P.94.1033.F, in *Rev. de dr. pen. et de crim.* 1995, 650.

²⁵⁴ Tra gli altri MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 807 s.; FORNARI, *La confisca del profitto*, cit., p. 90; ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2123 – 2155; PIERGALLINI, *L’apparato sanzionatorio*, cit., 247.

²⁵⁵ Cfr. TRINCHERA, *Confiscare senza punire*, cit., 401, il quale osserva correttamente che “la confisca ha per oggetto il vantaggio economico ottenuto con la commissione del reato, e la sua applicazione presuppone l’esistenza di un vantaggio economico che non solo sia *giunto*, ma sia anche *rimasto* nelle mani del reo. Se tale vantaggio è venuto meno, perché il reo ad esempio ha provveduto al pagamento della somma dovuta, viene a mancare l’oggetto stesso sul quale dovrebbe cadere il provvedimento ablatorio”. Osservazione correttissima nella misura in cui si fa riferimento alle ipotesi citate ad esempio, e cioè quando il reo ha provveduto al pagamento del dovuto, altrimenti si tratterà di una normale ipotesi in cui si applica la confisca per equivalente come misura surrogatoria.

²⁵⁶ Ashurst, July 2015.

²⁵⁷ 340 Interpretation

(3)Property is criminal property if— (a)it constitutes a person’s benefit from criminal conduct or it represents such a benefit (in whole or part and whether directly or indirectly), and (b)the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a benefit. (4)It is immaterial— (a)who carried out the conduct; (b)who benefited from it; (c)whether the

tutti i beni ovunque situati. La definizione include beni materiali e immateriali, nonché vantaggi pecuniari ottenuti in conseguenza o in connessione con la condotta criminale. Se una persona risparmia denaro o spese attraverso la condotta criminale, tale risparmio costituisce un bene criminale. I beni acquistati da quella persona successivamente possono essere *criminal property* perché l'acquisto potrebbe essere stato finanziato da tale risparmio"²⁵⁸. In questa direzione la Corte Suprema inglese nel caso *Rv GH* (2015) ha affermato che "criminal property ai sensi delle sezioni 327, 328 e 329 significa beni ottenuti come risultato o in connessione con attività criminali distinte da quella che è l'oggetto dell'accusa"²⁵⁹. Sulla base di questa definizione, l'origine criminale non è necessaria, ma solo il collegamento con la condotta criminale, e quindi anche il risparmio fiscale può essere incluso nel concetto di proventi di reato che possono essere soggetti a confisca, riciclaggio di denaro e autoriciclaggio.. In *R v William, William & William*, la Corte d'appello ha dichiarato che, laddove un contribuente ha ingannato l'Agenzia delle entrate falsamente rappresentando il fatturato di un'impresa, ha ottenuto un vantaggio pecuniario, pari all'imposta dovuta sul fatturato non dichiarato; si ritiene, addirittura, che la "*criminal property*" sia rappresentata dall'insieme dell'imponibile non dichiarato, non solo dalla tassa dovuta²⁶⁰; la legge applica la finzione che l'evasore fiscale ha nel proprio possesso dei beni che lui/lei non ha effettivamente e usa tale finzione come base per la condanna²⁶¹.

La dottrina tedesca non fa rientrare i risparmi di spesa nella nozione di *etwas* ai sensi del § 73 StGB per applicare la confisca diretta, ma, comunque, si ritiene pacificamente che nella nozione di profitto rientra anche il risparmio, però confiscabile per equivalente (secondo l'orientamento prevalente), come accennato. Rientrano nella confisca di valore dei profitti non direttamente confiscabili come il vantaggio economico derivante dall'uso gratuito di autoveicolo, l'omesso investimento a tutela dell'ambiente (il risparmio), i contributi previdenziali o le tasse non pagate (risparmi); purchè il beneficio economico in termini di risparmio si trovi nel patrimonio del reo²⁶², come evidenziato anche dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte²⁶³ che richiede che "la sottrazione del valore delle spese risparmiate presuppone che vantaggi economici misurabili si riflettano nel patrimonio della persona coinvolta nel reato o nella confisca"²⁶⁴.

Questo vale per quasi tutti i vantaggi che non sono in una cosa o un diritto specifico, ma solo matematicamente possono essere determinati, come i vantaggi di utilizzo o il risparmio di Spese²⁶⁵.

conduct occurred before or after the passing of this Act. (5)A person benefits from conduct if he obtains property as a result of or in connection with the conduct. (6)If a person obtains a pecuniary advantage as a result of or in connection with conduct, he is to be taken to obtain as a result of or in connection with the conduct a sum of money equal to the value of the pecuniary advantage. (7)References to property or a pecuniary advantage obtained in connection with conduct include references to property or a pecuniary advantage obtained in both that connection and some other. (8)If a person benefits from conduct his benefit is the property obtained as a result of or in connection with the conduct. (9)Property is all property wherever situated and includes— (a)money; (b)all forms of property, real or personal, heritable or moveable; (c)things in action and other intangible or incorporeal property. (10)The following rules apply in relation to property— (a)property is obtained by a person if he obtains an interest in it; (b)references to an interest, in relation to land in England and Wales or Northern Ireland, are to any legal estate or equitable interest or power; (c)references to an interest, in relation to land in Scotland, are to any estate, interest, servitude or other heritable right in or over land, including a heritable security; (d)references to an interest, in relation to property other than land, include references to a right (including a right to possession).

²⁵⁸ WINCH, *25 Common Questions Relating to Money Laundering and Tax Returns Answered*, May 2006, in <http://www.accountingevidence.com/documents/articles/Money%20laundering%20and%20tax%20returns.pdf>.

²⁵⁹ § 20.

²⁶⁰ *R v William, William & William* [2013] EWCA Crim 1262, che conferma ed estende *R v Gabriel* [2006] EWCA Crim 229; [2007] 2 Cr App R 11 *R v K* [2007] EWCA Crim 491; [2008] STC 1270.

²⁶¹ ALLDRIDGE, *What went wrong with money laundering law?*, London, 2016, 67.

²⁶² JOECKS-MEIBNER, *StGB § 73c Einziehung des Wertes von Taterträgen*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 4 ed., 2020, Rn. 4-9.

²⁶³ BGH (1. Strafsenat), Beschluss vom 23.12.2020 – 1 StR 310/20.

²⁶⁴ BGH (1. Strafsenat), Beschluss vom 23.12.2020 – 1 StR 310/20; cfr. BGH, 6 agosto 2020 - 1 StR 198/20, BeckRS 2020, 26035 Rn. 18; BGH, 15 gennaio 2020 - 1 StR 529/19, BeckRS 2020, 6131 Rn. 11 ff. 2. Ciò si applica agli atti di frode (§ 263 comma 1 StGB), alla trattenuta e appropriazione indebita di salari (§ 266a comma 1 e comma 2 StGB) e all'evasione fiscale (§ 370 comma 1 AO in combinato disposto con il § 41a EStG) con risparmio di spesa per contributi previdenziali, contributi all'ordine professionale e imposta salariale. 3. Non c'è differenza tra le spese risparmiate per le tasse evase e per i contributi previdenziali non pagati (cfr. § 266a StGB: BayObLG, decisione del 6 luglio 2020 - 203 StRR 270/20, BeckRS 2020, 31281 paragrafo 6; Corte regionale superiore di Norimberga, decisione del 20 dicembre 2018 - 2 Ws 627/18, BeckRS 2018, 45422).

²⁶⁵ Cfr. KRACHT, *op. cit.*, 330

Pertanto, tali profitti, considerati simili alle utilità (Nutzungen), di solito possono essere sottratti solo tramite la confisca per equivalente (cfr. § 73 RN 7)²⁶⁶.

Nel codice penale tedesco (StGB), si ritiene pacificamente che nella nozione di profitto rientra anche il risparmio, anche se confiscabile per equivalente (secondo l'orientamento prevalente), e il reato di riciclaggio di denaro, § 261 Geldwäsche, include esplicitamente tra i profitti illeciti, oggetto della condotta incriminata, i proventi dei reati fiscali commessi in forma professionale o organizzata ex § 370 del codice fiscale, e in particolare le spese risparmiate con l'evasione e i rimborsi e le retribuzioni illegittimamente ottenuti, nonché, nei casi previsti dal comma 2 n. 3, l'oggetto in relazione al quale sono state eluse le imposte²⁶⁷.

Anche in questo ordinamento giuridico la dottrina afferma che le spese risparmiate non rappresentano un bene derivato "da" un reato²⁶⁸ (essi sono "un Nullum")²⁶⁹. Il legislatore, invece, ha stabilito che "sia considerata anche la parte dei beni che, sebbene non derivino essi stessi dal reato fiscale, siano in chiaro collegamento con questo (BT-Drs. 14/7471, 18 ss)". Ma, si osserva in dottrina, questa regola si applica a beni/proventi di origine legale, che non derivano dai crimini presupposti e quindi non possono essere riconosciuti come tali (cioè, provento di reati); "quando qualcuno sta proteggendo i suoi beni, non facendo una spesa, il denaro disponibile non deriva dalla rinuncia ma dal suo stipendio"²⁷⁰.

In Spagna la Ley organica 10/2010, art. 1.2, stabilisce che "Ai fini della presente legge, i beni derivanti da attività criminali comprendono tutti i beni la cui acquisizione o possesso siano originati da un reato ... con l'inclusione di quote frodate nel caso di crimini contro il Tesoro"; quindi il riciclaggio del risparmio fiscale sembra possibile²⁷¹. La dottrina prevalente critica tale disciplina in quanto si ritiene che la tassa risparmiata non possa essere oggetto di riciclaggio poiché la ricchezza corrispondente alla quota di tassa frodata non ha la sua origine in un'attività illegale²⁷²; l'inadempimento dell'obbligo fiscale non genera di per sé un aumento di capitale²⁷³. L'autore ha avuto i soldi prima di commettere il reato, il reato fiscale non genera un profitto e, quindi, il possesso, l'acquisizione, l'uso o il trasferimento di questo denaro non concretizzano il reato di riciclaggio di denaro²⁷⁴. Inoltre, l'art. 301 C.P. esige una "relazione causale" dei beni (da riciclare) con il crimine; considerare il denaro, non pagato per le tasse, come profitto che ha la sua causa nel crimine, significa un'applicazione analogica del diritto penale in contrasto con il principio di legalità: «l'omissione di rispettare un obbligo fiscale non può originare beni di alcun tipo»²⁷⁵.

²⁶⁶ JOECKS-MEIBNER, § 73 StGB, cit., Rn. 29.

²⁶⁷ § 261, in *Kommentar*, 1868 ss.

²⁶⁸ BITTMANN, *Die gewerbs- oder bandenmässige Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle*, in *Wistra* 2003, 161.

²⁶⁹ DIERLAMM, *Geldwäsche und Steuerhinterziehung als Vortat - Die Quadratur des Kreises*, in *Meble Festschrift*, 2009, 177 – 178 ss.

²⁷⁰ SALDITT, *Die Schlingen des neuen Steuerstrafrechts*, in *StV* 2002, 216; GEURTS, *Die Strafbarkeit der Geldwäsche - Metastasen politischen Willens*, in *ZRP* 97, 250 et s. Secondo parte della dottrina la punizione di tale condotta è sproporzionata e contraddice il principio di colpevolezza perché il riciclaggio delle spese risparmiate, che sono una parte indistinguibile della ricchezza, non è riconoscibile; la costituzionalità è dubbia, SPATSCHEK-WULF, § 261 Geldwäsche, *NJW* 2002, 2983 – 87; SAMSON, *Geldwäsche durch Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertszeit von Strafgesetzen*, in *Kohlmann Festschrift*, 2003, 268 ss.; SATZGER-SCHLUCKEBIER WIDMAIER, *StGB-Kommentar*, Köln, 2014, § 23 ss. – 1626 s.

²⁷¹ CAMPOS NAVAS, *Lanado de dinero y delito fiscal*, in *La ley*, 21 Dicembre 2005, n. 6383.

²⁷² QUINTERO OLIVARES, *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, in *Actualidad Jurídica Aranzaldi*, 698/2006, p. 2 ss.; CÓRDOBA RODA, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, in *Cuadernos de crítica jurídica*, 2006, p. 65 ss.; BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo*, Aranzadi (Navarra) 2012, 369 – 387 et s.

²⁷³ BACIGALUPO, *op. cit.*, 35.

²⁷⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales?*, *Boletín de I.C. Abogados de Madrid*, n. 37, 2007, p. 163.

²⁷⁵ BACIGALUPO, *cit.*, 35 – 36 che crede che l'omissione non sia causale; la causalità dell'omissione è solo ipotetica e quindi il mancato pagamento di un debito fiscale non può originare beni di alcuna specie. Cfr. E.LUZÓN CAMPOS, *Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja McFly*, in *La Ley* 2012, n° 7818. Inoltre, alcuni autori sottolineano che Ley organica 10/2010 ha introdotto questa regola solo "Ai fini della presente legge", la legge amministrativa per la prevenzione del riciclaggio di denaro e del terrorismo: la limitazione espressa a un sottosistema dell'ordinamento legale, non consente ulteriori estensioni e in particolare al diritto penale; se il legislatore avesse voluto applicare il riciclaggio di denaro al risparmio fiscale, avrebbe introdotto una specifica regola nel § 301 C.P., sul modello del § 261 StGB, BACIGALUPO, *op. cit.*, 10; cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo, cit.*, 387 ss.

6. La confisca del denaro.

In base all'orientamento prevalente prima della sentenza Gubert, la giurisprudenza considera superato quell'orientamento restrittivo di certa giurisprudenza che richiedeva l'identità del bene da confiscare con il "corpo del reato" anche in relazione a beni fungibili e che, quindi, riteneva impossibile applicare la confisca in caso di commistione tra cose lecite ed illecite²⁷⁶. Il denaro può essere confiscato nel *tantundem*, e non è necessaria la confisca dell'*eadem res*²⁷⁷ o la confisca per equivalente²⁷⁸, fermo restando che si dovrebbe dimostrare il nesso causale tra il profitto e il reato. Le Sezioni Unite hanno precisato, infatti, che anche per il denaro deve pur sempre sussistere un rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il "bene" sequestrato ed il reato del quale costituiva il profitto illecito, inteso, questo, quale utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa e in un caso di confisca del denaro disponibile in quanto versato su un conto corrente bancario, che la confisca per poter essere qualificata come diretta, richiede la prova del nesso di derivazione da reato, anche se la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impongono che il sequestro riguardi le medesime specie monetarie illegalmente percepite, ma basta che il provvedimento di cautela abbia ad oggetto la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque rinvenuta, purchè attribuibile all'imputato. Le Sezioni Unite Focarelli hanno precisato che si può avere confisca diretta del profitto in denaro sia allorquando la somma che ne è oggetto si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso il reato, 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 reato²⁷⁹.

In tale direzione si precisa che il sequestro preventivo di somme di denaro depositate presso banche comporta la previa individuazione del rapporto di pertinenza con i reati per i quali si procede, di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo, sicchè l'astratta possibilità di destinare il denaro a tale fine non è sufficiente a farlo ritenere cosa pertinente al reato²⁸⁰. Non dissimile, in una fattispecie relativa al prezzo del reato di market abuse, commesso dai legali rappresentati di una banca medesima, la Corte ebbe ad affermare che è necessario che la somma sia pertinente al reato contestato: provato il nesso di pertinenzialità, poi, il sequestro può colpire tanto le somme fisicamente uguali a quelle ricevute dall'agente, che la somma corrispondente al valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta e comunque sia stata investita, proprio perchè, considerata la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento, il sequestro non deve necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegittimamente percepite, ma la somma equivalente, ovunque sia rinvenuta, purchè sia attribuibile all'imputato²⁸¹. Da ciò deriva che in base a questo orientamento "la confisca diretta del denaro depositato su un conto corrente presuppone sempre che sia dimostrato che il profitto del reato è stato versato su quel conto e che pertanto sussista la prova del nesso di pertinenzialità tra denaro e profitto o prezzo del reato; mentre, qualora tale

²⁷⁶ Cass., 8 aprile 1983, Ferrarotto, in *Riv. pen.* 1984, p. 298; DEL RE, *Profitto da reato e confisca giudiziaria di immobile abusivo*, in *Riv. pol.* 1978, pp. 203 ss..

²⁷⁷ Cass., 22 settembre 1993, n. 1041, Ciarletta, in *Riv. pen.* 1994, p. 948; cfr. Cass., 1° febbraio 1995, n. 429, Carullo, in *Riv. pen.* 1995, p. 1531.

²⁷⁸ Cass., 26 novembre 2009, n. 14174; Cass., 14 giugno 2007, n. 30966, Puliga, *Rv.* 236984; Cass., 23 giugno 2006, n. 25877, Maniglia, in *Dir. e giust.* 2006, 36. *Contra* Cass., sez. III, 22 novembre 2013, n. 129, in *Diritto & Giustizia* 2014, 8 gennaio.

²⁷⁹ Cass., S.U., 24 aprile 2004, Focarelli, n. 29951; Cass., 25 marzo 2003, n. 23773, in *Cass. Pen.* 2004, 2477; Cass., 14 giugno 2007 - 30 luglio 2007 n. 30966, Puliga, *rv.* 236984, che "nello stabilire che, quando il profitto del reato di concussione sia costituito da danaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'articolo 322 *ter* comma I c.p. il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato, ha chiarito in motivazione che in casi siffatti non si tratta di confisca per equivalente, ma di una ipotesi di confisca in forma specifica"; Cass., sez. 6, 2003, Madaffari, n. 23773, *rv.* 225727; Cass., sez. 6, 1 febbraio 1995, n. 4289

²⁸⁰ Cass., sez. 5, 26 gennaio 2010 Natali, n. 11288, *Rv.* 246360; in senso analogo, Cass., sez. 2, 28 aprile 2011, Iapigio, n. 19105.

²⁸¹ Cass., sez. 2, 12 marzo 2014, Ber Banca Spa, n. 14600, *Rv.* 260145; Cass., sez. 6, 26 marzo 2015, Antonelli, n. 15923; conforme Cass., sez. VI, 7 gennaio 2015, Pretner Calore, n. 2336, *Rv.* 262082.

prova faccia difetto, la confisca finirebbe per assumere i connotati della confisca di valore”²⁸². In quest’ultima sentenza in maniera chiara si pretende la prova della pertinenzialità e cioè che il denaro sia stato versato in quel conto, e non ci si accontenta che la somma sia attribuibile all’imputato, si richiede la prova della confusione, fermo restando che correttamente non si pretende la confisca delle medesime specie monetarie.

Nelle sentenze Gubert, per contro, si inaugura un nuovo e ormai prevalente indirizzo in base al quale “la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o altri beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta”²⁸³; e addirittura non si pretende l’accertamento del nesso di pertinenzialità affermando che quando il profitto sia costituito da denaro, l’adozione del sequestro - e della successiva confisca - “non è subordinato alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell’indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all’importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare”.

In tale direzione nella sentenza delle Sezioni Unite Lucci²⁸⁴ si accoglie tale orientamento ma solo con riferimento al profitto accrescitivo e non al profitto risparmio, precisando che “qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato”²⁸⁵; la confisca del prezzo o del profitto del reato rappresentato da una somma di denaro – che si sostanzia, quindi, in un effettivo accrescimento patrimoniale di natura monetaria – non è per “equivalente”, ma, attesa la fungibilità del bene, è sempre confisca diretta”²⁸⁶. “Nè è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l’esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l’oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario”²⁸⁷. “Nella dizione dell’articolo 322-ter cod. pen. il denaro, come cosa essenzialmente fungibile e, anzi, quale parametro di valutazione unificante rispetto a cose di diverso valore rispettivo, non può qualificarsi come cosa di valore corrispondente ed esorbita pertanto dal sistema della confisca per equivalente, la cui funzione è di rapportare il valore in denaro del bene ulteriormente disponibile all’importo del prezzo del reato”. In base a questo orientamento la confisca per equivalente, che opera solo quando non può trovare applicazione la ordinaria misura di sicurezza patrimoniale, presuppone che l’oggetto della confisca diretta (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una sua consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permetterne l’ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell’autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità; “ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell’autore del fatto, ma perde - per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo - qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragion d’essere - nè sul piano economico nè su quello giuridico - la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell’illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella

²⁸² Cass., SS.UU., Lucci, cit., § 15 in relazione all’orientamento prima ricostruito, cui si riconduce Cass., Sez. 2, 12 marzo 2014, Ber Banca Spa, n. 14600, Rv. 260145; Cass., sez. 6, 26 marzo 2015, Antonelli, n. 15923; così anche Cass., 26 gennaio 2010, n. 11288 e Cass. 28 aprile 2011, n. 19105, entrambe in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

²⁸³ Cass., SS.UU., Gubert, cit.

²⁸⁴ Cass., SS.UU., Lucci, cit. Su tale giurisprudenza cfr. BASSI, *Il profitto confiscabile nel procedimento a carico degli enti nella recente giurisprudenza della Suprema Corte, in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)*, 2016, v. 11, n. 2, 53 ss.

²⁸⁵ Si osserva nella sentenza Lucci, Cass., SS.UU., cit.; Cass., sez. VI, 18 febbraio 2016, n. 10708.

²⁸⁶ Cass., sez. VI, 7 gennaio 2015, Pretner Calore, n. 2336, Rv. 262082; Cass., 8 maggio 2014, sez. III, n. 39177, Civil Vigilanza S.r.l.; Cass., sez. VII, 12 novembre 2014, n. 50482, Castellani, Rv. 261199.

²⁸⁷ Cass., SS.UU., Lucci, cit., § 16.

somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro sorge la eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l'imputato e per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, giacchè, in tal caso, si avrebbe quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore (l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore) (C S.U. 15/31617)²⁸⁸”.

In tale direzione si precisa ulteriormente da parte della successiva giurisprudenza che “il denaro, essendo il bene fungibile per eccellenza, non solo si confonde necessariamente con le altre disponibilità del reato, ma perde anche qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Ciò che rileva, quindi, è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, il che legittima sempre la confisca diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo²⁸⁹”.

Tale orientamento è ormai pacificamente accolto e spesso anche in relazione al profitto risparmio e non solo nei confronti del profitto accrescitivo²⁹⁰. In tale direzione, ancora, si precisa che “Potendo essere oggetto di confisca in via diretta anche somme di denaro di cui è certa l'origine lecita, essa ben può aggredire somme giacenti su conti intestati all'imputato ed affluite prima della commissione del reato o anche somme pervenute successivamente e che non si siano confuse con quelle provenienti direttamente o indirettamente dal reato per cui si procede recentemente”²⁹¹.

Da ultimo la sesta sezione non ha accolto pienamente tale orientamento considerando illegittima l'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, che non risultino allo stesso collegate, neppure indirettamente²⁹². La confisca diretta presuppone che "si tratti di denaro già confluito nei conti o nei depositi al momento della commissione del reato ovvero al momento del suo accertamento", in quanto "solo in tali ipotesi è possibile ragionevolmente sostenere che il denaro è sequestrabile e poi confiscabile in via diretta come profitto accrescitivo, dunque indipendentemente da ogni verifica in ordine al rapporto di concreta pertinenzialità con il reato, perché tale relazione è considerata in via fittizia sussistente proprio per effetto della confusione del profitto concretamente conseguito con tutte le altre disponibilità economiche del reo. Diversamente argomentando, cioè ammettendo che il vincolo reale possa estendersi anche su importi di denaro indistintamente accreditati sui conti o nei depositi dell'autore del reato, sulla base di crediti lecitamente maturati in epoca successiva al momento della commissione del reato - momento che giuridicamente finirebbe per recidere ogni rapporto di pertinenzialità con il reato - si finirebbe obiettivamente per trasformare una confisca diretta in una confisca per equivalente: in quanto avente ad oggetto somme di denaro sì oggetto di movimentazione sui conti o sui depositi nella disponibilità dell'autore del reato, ma che solo con una inaccettabile forzatura possono essere qualificate come profitto accrescitivo, perché del tutto sganciate,

²⁸⁸ Nè è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerarlo comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario”

²⁸⁹ Cass., sez. 5, 29 marzo 2017, Garau, n. 23393, Rv. 270134; in senso conforme, Cass., Sez. 5, 18 gennaio 2018, Barbato, n. 5459.

²⁹⁰ Cass., sez. III, 25 febbraio 2022, n.12007: “La confisca del denaro costituente profitto o prezzo del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito, va sempre qualificata come diretta, e non per equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene, con la conseguenza che non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione, con la specificazione che si ha accrescimento patrimoniale anche in presenza di un risparmio di spesa e, a maggior ragione, quando tale risparmio si consegue attraverso un ricavo effettivamente e materialmente conseguito da cui però, in virtù della condotta illecita, non sono stati decurtati i costi che si sarebbero dovuti sostenere come nel caso di omesso versamento di tributi”.

²⁹¹ Cass., sez. V, 3 febbraio 2022, n. 13446.

²⁹² Cass., sez. 6, 29 gennaio 2019, Sena, n. 6816, Rv. 275048; , Cass., Sez. III, 9 febbraio 2016 (dep. 7 luglio 2016), n. 28223.

dal punto di vista logico e cronologico, dal profitto dell'illecito"; si mette in evidenza che "se la finalità della confisca diretta è quella di evitare che chi ha commesso un reato possa beneficiare del profitto che ne è conseguito, bisogna ammettere che tale funzione è assente laddove l'ablazione colpisca somme di denaro entrate nel patrimonio del reo certamente in base ad un titolo lecito ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, e non risulti in alcun modo provato che tali somme siano collegabili, anche indirettamente, all'illecito commesso".

Tale divergenza di orientamenti ha fatto sì che fosse rimessa la questione alle Sezioni Unite, chiamate a "chiarire se, al fine del sequestro finalizzato alla confisca diretta, la fungibilità del bene (e dunque del denaro che è il bene fungibile per eccellenza) esenti sempre dalla prova che il denaro sia legato al profitto del reato, ovvero detto aspetto configuri solo una presunzione superabile da prova contraria"²⁹³, evidenziando correttamente che "il rapporto di pertinenzialità tra bene e reato - richiesto per la confisca diretta - pare essere strutturalmente autonomo rispetto alle caratteristiche estrinseche del bene e, dunque, alla sua fungibilità", si evidenziava, inoltre, che "non pare conforme al dettato dell'art. 27 Cost. e 6 CEDU negare all'indagato il diritto di difendersi provando, se non attribuendo una impropria natura punitiva (tipica della confisca per equivalente) alla confisca diretta". La Corte rimettente sembra non pretendere l'accertamento della pertinenzialità, ma piuttosto — ritenendo sussistente una presunzione relativa di origine illecita del denaro — solo la garanzia alla difesa della possibilità di evitare la confisca provando la natura lecita del denaro, dimenticando che spetta all'accusa provare i requisiti della confisca diretta, a partire dalla pertinenzialità.

Le Sezioni Unite, in ogni caso, non hanno accolto il corretto richiamo della Corte rimettente a distinguere tra fungibilità e pertinenzialità²⁹⁴ e hanno convintamente ribadito la posizione ormai consolidata precisando che «per il denaro, il nesso di pertinenzialità col reato non può essere inteso come fisica identità della somma confiscata rispetto al provento del reato, ma consiste nella effettiva derivazione dal reato dell'accrescimento patrimoniale monetario conseguito dal reo, che sia ancora rinvenibile, nella stessa forma monetaria, nel suo patrimonio. È tale incremento monetario che rappresenta il provento del reato suscettibile di ablazione, non il gruzzolo fisicamente inteso»²⁹⁵; l'applicazione della confisca diretta del denaro non determina alcuna deroga rispetto agli ordinari *standard* probatori, essendo sempre necessario provare l'effettivo conseguimento da parte del reo del profitto o del prezzo del reato.

Al quesito posto le Sezioni Unite rispondono che "Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca viene eseguita, in ragione della natura del bene, mediante l'ablazione del denaro, comunque rinvenuto nel patrimonio del soggetto, che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario da quest'ultimo conseguito per effetto del reato; tale confisca deve essere qualificata come confisca diretta, e non per equivalente, e non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita del numerario oggetto di ablazione". Secondo le Sezioni Unite, «la somma di denaro che ha costituito il prezzo o il profitto del reato non va dunque considerata [...] nella sua fisica consistenza, ma nella sua ontologica essenza di bene fungibile e paradigma di valore. Se il prezzo o profitto del reato è rappresentato da una somma di denaro, essa si confonde con le altre componenti del patrimonio del reo e perde per ciò stesso ogni giuridico rilievo la sua identificabilità fisica». Di conseguenza, sarebbero del tutto irrilevanti sia «l'eventuale esistenza di altri attivi monetari in ipotesi confluiti nel patrimonio del reo, foss'anche a seguito di versamenti di denaro aventi origine lecita», sia «le vicende che abbiano in ipotesi interessato la somma riveniente dal reato, una volta che la stessa – intesa, come per sua natura, quale massa monetaria fungibile – sia stata reperita nel patrimonio del reo al momento dell'esecuzione della misura ablativa o, se del caso, del prodromico vincolo cautelare».

La sentenza precisa correttamente che "alla confisca diretta, contrariamente a quanto suggerito nell'ordinanza di rimessione, è estranea qualunque forma di presunzione ed è l'accusa a dover dimostrare l'effettivo conseguimento del prezzo o del profitto monetario del reato da parte del suo autore" (la Corte ritiene, poi, che "se si ammettesse che la confisca diretta del denaro costituente il prezzo o il profitto del reato si debba arrestare di fronte alla concreta allegazione che gli attivi monetari oggetto di ablazione

²⁹³ Cass., Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7021.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ Cass., Sez. Un., 27 maggio 2021, n. 42415, in *Cass. Pen.* 2022, n. 2, 555 con nota critica di COMPAGNA, *op. cit.*, 555 ss.; conforme Cass., sez. III, 22 settembre 2021, n. 40068.

abbiano origine lecita”, «il metodo probatorio della confisca diretta, basato sul rigoroso accertamento del nesso eziologico di derivazione dal reato dell'accrescimento patrimoniale monetario conseguito dall'autore del fatto delittuoso” finirebbe per essere soggetto ad una innaturale ibridazione con le modalità di accertamento del presupposto della sproporzione, proprie della confisca di prevenzione e di quella "allargata"». Verrebbe infatti ad essere riconosciuta al reo - nei confronti del quale è stato dimostrato l'effettivo conseguimento del *pretium delicti*, entrato pertanto nel suo patrimonio - una eccezione probatoria, finalizzata alla giustificazione della provenienza del denaro oggetto di ablazione, fondata sull'allegazione che nella componente patrimoniale attinta dalla misura sono confluite disponibilità monetarie di origine lecita”).

Si deve evidenziare che le Sezioni Unite hanno affrontato solo l'ipotesi del profitto accrescitivo nella forma del denaro e non si sono occupati del caso del profitto risparmio, in cui a monte la pertinenzialità non è dimostrabile. Uno degli effetti positivi di tale interpretazione dilatata della confisca diretta è quello di limitare l'ambito di applicazione di quella discutibile nuova disciplina di esecuzione della confisca per equivalente ex art. 86 nuovo comma 1-bis c.p.p.

Tale diatriba, probabilmente, è nata dall'esigenza delle Sezioni Unite nella sentenza Gubert di garantire la sottrazione del profitto nei confronti della persona giuridica che aveva trattenuto il profitto risparmio nella misura dell'imposta evasa, applicandogli la confisca diretta ex art. 322 ter in considerazione del fatto che l'ente beneficiario non è considerato terzo estraneo, in un momento storico in cui non si applicava la responsabilità amministrativa da reato ex d.lgs. 231/2001 agli enti per i reati tributari (poi introdotta con l'art. 25 quinquiesdecies d.lgs. 231/2001 dal d.l. 124/2019, convertito con modificazioni dalla l. 157/2019) e non si riteneva applicabile la confisca per equivalente in considerazione del fatto che, come esaminato, è considerata *pena* da dottrina e giurisprudenza consolidata. In realtà tale interpretazione finisce per non richiedere più il *nesso di pertinenzialità* in violazione del principio di legalità in quanto si dovrebbe come minimo dimostrare che il denaro è pervenuto in un certo conto ed è stato confuso; dovrebbe sussistere la prova della confusione²⁹⁶, “non pare fondata la presunzione secondo cui la confusione si determinerebbe automaticamente, non essendo conseguentemente necessario provarne l'effettiva, materiale, oggettiva verifica²⁹⁷”. In mancanza di tale accertamento si finisce per applicare analogicamente la confisca di valore. Tale forzatura interpretativa non sarebbe stata necessaria e non sarebbe necessaria laddove la confisca di valore fosse prevista nel nostro ordinamento per tutti i reati capaci di produrre profitto, come previsto negli strumenti sovranazionali, e non fosse considerata una pena, come sopra proposto; laddove non fosse possibile accertare il nesso di pertinenzialità, neanche nella forma minima della confusione, si dovrebbe applicare la confisca di valore. Le recenti riforme non fanno sperare in tale possibile soluzione, e allora l'interpretazione giurisprudenziale che considera sempre diretta la confisca del denaro rappresenta una comoda scappatoia che rende più semplice ed efficiente l'applicazione della confisca del profitto, anche se evidentemente a scapito del rispetto del principio di legalità.

La questione dopo le plurime pronunce della Sezioni Unite e diverse prese di posizione delle sezioni semplici dovrebbe essere chiusa, salva la possibilità, si osserva in dottrina, di muovere una questione di legittimità costituzionale²⁹⁸.

Per quanto riguarda l'ipotesi del profitto risparmio, infine, si deve ricordare un ulteriore contrasto giurisprudenziale laddove parte della giurisprudenza della Suprema Corte pretende che la confisca diretta si applichi al denaro presente nel patrimonio del reo al momento della consumazione del reato, giurisprudenza contrapposta non applica tale limite, ritenendo confiscabile anche il denaro pervenuto

²⁹⁶ *Contra* Cass., sez. V, 3 febbraio 2022, n.13446: “Potendo essere oggetto di confisca in via diretta anche somme di denaro di cui è certa l'origine lecita, essa ben può aggredire somme giacenti su conti intestati all'imputato ed affluite prima della commissione del reato o anche somme pervenute successivamente e che non si siano confuse con quelle provenienti direttamente o indirettamente dal reato per cui si procede”.

²⁹⁷ COLAIANNI-COLOMBO, *op. cit.*, 8; critico nei confronti di questo orientamento BORSARI, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, in *Leg. pen.*, Settembre, 2019, 14 ss.da Lei richiesto su Emeroteca online, critico nei confronti di questo orientamento: “addivenendo, per tal modo, alla sostanziale abolizione della di estinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente”.

²⁹⁸ SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre “diretta” (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, in *Sistema penale* 23 novembre 2021, 23 Novembre

successivamente. Il primo orientamento confermato da una recentissima pronuncia stabilisce che quando si tratta di reati tributari «le somme percepite dopo la commissione del reato e, quindi, in epoca successiva rispetto al momento in cui il risparmio di spesa si è determinato, non sono suscettibili di confisca diretta»²⁹⁹, e tale soluzione è considerata conforme al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Coppola che si riferiscono al profitto accrescitivo, in quanto nel caso di profitto risparmio sarebbe di tutta evidenza l'assenza di qualsivoglia nesso di pertinenzialità. In base al secondo orientamento si ritiene che il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite «deve ritenersi applicabile anche ai reati tributari, e perciò in tutti i casi in cui il profitto consista in un risparmio di spesa, atteso che – ai fini del vantaggio conseguito, siccome in ciò si risolve prevalentemente il profitto del reato – l'accrescimento patrimoniale e il mancato decremento delle risorse monetarie nella disponibilità del soggetto che ha tratto profitto dall'illecito, rappresentano concetti equivalenti»³⁰⁰. In materia si può ricordare che, come sopra esaminato, l'ordinamento tedesco nell'applicare la confisca di valore pretende che il profitto/denaro da sottrarre si trovi nel patrimonio del reo, si richiede che «la sottrazione del valore delle spese risparmiate presuppone che vantaggi economici misurabili si riflettano nel patrimonio della persona coinvolta nel reato o nella confisca»³⁰¹.

7. Il profitto confiscabile nel caso di “confusione” nel patrimonio di un'impresa.

La Direttiva, nel definire il concetto di provento del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare “fino al valore stimato dei proventi confusi”.

Sarebbe auspicabile l'introduzione di una simile disposizione anche nel nostro ordinamento. Questa precisazione è molto importante, infatti, contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca, in particolare allargata *ex art. 240-bis* c.p. (dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività economica) o la confisca misura di prevenzione (24 cod. mis. di prev.) nei confronti di interi compendi aziendali, e non solo nei confronti dei beni di valore sproporzionato o di origine illecita, come se si trattasse di una sorta di pena patrimoniale in palese violazione del principio di legalità, della tutela costituzionale della proprietà privata e del principio di proporzionalità³⁰².

In particolare, infatti, si deve ricordare che per applicare la confisca di prevenzione *ex art. 24* d.lgs. 159/2011 si richiede l'accertamento sia dei requisiti di carattere soggettivo - la pericolosità sociale, anche se nel passato (art. 6 e art. 18 d.lgs. 159/2011)- sia di carattere oggettivo - la titolarità o disponibilità dei beni, il carattere sproporzionato, o l'origine illecita dei beni, la mancata giustificazione dell'origine lecita da parte del prevenuto, la correlazione temporale tra l'acquisto dei beni e la pericolosità sociale.

Frequentemente, invece, la giurisprudenza fonda la confisca di prevenzione esclusivamente sull'attribuzione del carattere mafioso all'impresa³⁰³ basato sul presunto accertamento della pericolosità sociale del prevenuto, senza un concreto accertamento dei requisiti oggettivi, prima indicati come necessari per procedere al sequestro e alla confisca: la sproporzione o l'origine illecita.

Si finisce così per presumere il carattere illecito di tutta l'impresa e quindi la sua confiscabilità dalla mera pericolosità sociale del prevenuto. Emblematica la pronuncia della Corte di appello di Caltanissetta: «Va ribadito, invero, a tale proposito che, nella fattispecie, l'accertamento del presupposto della pericolosità sociale del proposto - per i suoi rapporti di contiguità con la criminalità organizzata mafiosa ovvero per il suo modo di atteggiarsi dialettico o interattivo rispetto alla stessa e non con un atteggiamento meramente passivo - non può che fare ritenere consequenziale l'adozione del provvedimento ablativo, a prescindere da un accertamento specifico in ordine alla pertinenzialità dei beni sequestrati rispetto agli

²⁹⁹ Cass., sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11086.

³⁰⁰ Cass., sez. III, 2 febbraio 2022, n. 11630; Cass., sez. III, 26 novembre 2021, n. 375.

³⁰¹ BGH (1. Strafsenat), Beschluss vom 23.12.2020 – 1 StR 310/20; cfr. BGH, 6 agosto 2020 - 1 StR 198/20, BeckRS 2020, 26035 Rn. 18; BGH, 15 gennaio 2020 - 1 StR 529/19, BeckRS 2020, 6131 Rn. 11 ff.

³⁰² MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in VISCONTI-FIANDACA, *Scenari attuali di mafia*, Torino, 2010, 297 ss.; ID., *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablativo al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. Pen. cont. Riv. Trim.* 2022, 106 ss.

³⁰³ PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'indagine sociologico-giuridica*, Roma, 2018.

affari illecitamente assunti dal proposto in virtù dei suoi legami con la medesima organizzazione criminale mafiosa”; “una volta accertata la pericolosità sociale del proposto per il suo rapporto di "contiguità" con il mondo della criminalità organizzata mafiosa-..... non occorre procedere ad un ulteriore accertamento concernente la provenienza illecita dei singoli beni, secondo una visione atomistica”³⁰⁴.

Quest’orientamento si pone in contrasto, innanzitutto, con il *principio di legalità* perché finisce per applicare una forma di confisca non prevista dall’art. 24 cod. ant. (prima dall’art. 2 ter l. 575/’65) che presuppone l’accertamento non solo della pericolosità sociale, ex art. 6 d.lgs. 159/2011 - anche se in seguito alle riforme introdotte con il d.l. 82/2008 e con la l. 94/2009 la pericolosità può anche non essere più attuale (requisito necessario per applicare le misure personali) e riguardare il passato, e cioè il momento di acquisto dei beni -, ma anche dei requisiti oggettivi, rappresentati innanzitutto dal valore sproporzionato dei beni al momento dell’acquisto o dalla loro origine illecita.

Tale indirizzo contrasta, inoltre, con l’insegnamento della Suprema Corte che richiede l’accertamento di una duplice tipologia di indizi, sia di carattere soggettivo, sia di carattere oggettivo³⁰⁵. “Questa Corte ha infatti ripetutamente affermato” che, “in tema di misure di prevenzione nei riguardi di appartenenti ad associazioni di stampo mafioso, ai fini dell’adozione della misura patrimoniale della confisca non è sufficiente la verifica della sussistenza di adeguati indizi di appartenenza del soggetto ad una associazione mafiosa per ritenere che il suo patrimonio, anche se ingente e acquisito rapidamente, sia di provenienza illecita, ma occorre anche la sussistenza di indizi inerenti ai beni che facciano ritenere, per la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all’attività economica svolta, o per altri motivi, che gli stessi siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego (Cass., n. 35628 del 23/6/2004; n. 1171 del 19/3/1997; n. 265 del 5/2/1990)”³⁰⁶.

Come recentemente affermato dalla Suprema Corte, riprendendo alla lettera una precedente e ben nota sentenza, “non può bastare che un determinato soggetto sia socialmente pericoloso ed abbia messo in atto iniziative imprenditoriali per far scattare l’ablazione di beni destinati all’attività produttiva e comunque conseguiti grazie ad essa, essendo necessario provare che l’attività non sarebbe sorta o non si sarebbe sviluppata in quel modo se non fosse stata pesantemente condizionata dal potere e dall’intervento del soggetto pericoloso (Sez. 5, n. 12493 del 17/12/2013, dep. 2014, Cinà, non mass.)”³⁰⁷.

Un altro orientamento interpretativo utilizza la categoria dell’“impresa mafiosa” per giustificare la confisca di interi compendi aziendali, di tutte le quote societarie, nel caso di confusione tra redditi leciti e proventi illeciti, sia nell’ipotesi in cui il capitale sia di origine lecita e sia stato investito in un’attività

³⁰⁴ Corte d’Appello di Caltanissetta, Sez. I, 18 ottobre 2012 (23/10/2012).

³⁰⁵ Cfr. Cass., sez. II, n. 1014, 16 dicembre 2005, n. 1014, Lo Presti; Cass. 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.* 2005, 2704; Cass., 5 febbraio 1990, Montalto, in *Riv. pen.* 1991, m. 95; Cass., 12 maggio 1987, Ragosta, in *Giust. pen.* 1988, III, c. 335; Corte d’Appello di Napoli, decreto 7 gennaio 1987, Sibia, in *Foro it.* 1987, II, c. 359; Corte d’Appello di Napoli, decreto 13 ottobre 1986, Del giudice, in *Foro it.* 1987, II, c. 360; cfr. Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, *Cass. pen.* 1993, 2377. In questa direzione cfr. RUGGIERO, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, in *Quaderni del C.S.M.* 1988, n. 12, 1988, 41; MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano 2002, 416 - 514 - 590; CONTE, (1984), “Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia”, in *Foro it.*, V, 261, 261; MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 371.

³⁰⁶ Cass., sez. II, 6 giugno 2019, n. 31549 (richiama Cinà); Cass., sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628, in CED, rv. 229725; Cass. 16 dicembre 2005, n. 1014, L.P.T.: «Occorre prima stabilire che a carico di un soggetto esistano concreti indizi in ordine all’appartenenza ad un consesso criminoso. Svolto quest’accertamento si deve stabilire se in capo ad un soggetto si rinvenivano sostanze di valore sproporzionato rispetto al tenore di vita dello stesso ed all’attività svolta. Infine, occorre raccogliere "sufficienti indizi" sulla base dei quali si abbia fondato motivo di ritenere che i beni di pertinenza di una persona, siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»; Cass., Sez. V, 17 dicembre 2013 (17 marzo 2014), n. 12493, Cinà: «La confisca di prevenzione – tipica misura patrimoniale – non è collegata, a differenza di quella personale, alla qualità di mafioso del proposto, ma all’attività da lui esercitata. Pertanto, se l’appartenenza a consorterie mafiose giustifica l’applicazione di una misura personale – giacché a tale condizione è sempre collegato il pericolo di azioni illecite – per l’applicazione delle misure patrimoniali occorrono, invece, manifestazioni concrete e dimostrabili di quella mafiosità, strumentali all’accumulazione illecita di ricchezza».

³⁰⁷ Cass., sez. II, 6 giugno 2019, n. 31549; si precisa che “la Suprema Corte sempre in relazione alla confisca di una c.d. “impresa mafiosa” ha contestato la «motivazione chiaramente tautologica» della decisione della Corte d’Appello “perché desume la natura latamente mafiosa dei beni dalla "disponibilità" del titolare ad entrare in rapporti d'affari con esponenti mafiosi. Essa non è minimamente sufficiente a giustificare l’ablazione del compendio, giacché, .. occorre invece la prova, secondo lo statuto probatorio del giudizio di prevenzione, che l’azienda sia "frutto di attività illecita" o che l’impresa si sia concretamente avvalsa, nello svolgimento della sua attività, delle aderenze mafiose del titolare”.

illecita, sia nell'ipotesi in cui i beni di origine illecita siano stati investiti in attività lecite. La commistione non consentirebbe di distinguere il lecito dall'illecito e comporterebbe la confisca di tutta l'impresa.

In tal modo, pur trattandosi di una forma di confisca che dovrebbe colpire solo dei beni di origine illecita che siano nella disponibilità del soggetto proposto o condannato, si consente, per lo meno secondo l'interpretazione di una certa giurisprudenza, di colpire delle intere attività economiche contaminate, indipendentemente dall'origine illecita del patrimonio. La Suprema Corte fonda questo orientamento sul convincimento che “sulla base di insegnamento di legittimità³⁰⁸, al quale questo Collegio aderisce pienamente .., nell'insieme aziendale non fosse possibile operare la reclamata distinzione, stante il carattere unitario dell'azienda, che è il risultato combinato e sinergico di capitali, beni strumentali, forza lavoro ed altre componenti, giuridicamente inglobati ed accomunati nel perseguimento del fine rappresentato dall'esercizio dell'impresa, secondo la definizione civilistica (art. 2555 c.c.). Nell'insieme unitario costituente autonoma realtà economico-sociale, proprio perché i vari fattori interagiscono finalisticamente e si integrano vicendevolmente, dando luogo ad un'entità autonoma, non è possibile discernere l'apporto di componenti lecite (riferibili a capacità ed iniziativa imprenditoriale) da quello imputabile ad illecite risorse, tanto più ove il consolidamento e l'espansione delle aziende del proposto siano stati, sin dall'inizio, agevolati dall'organizzazione mafiosa, in un circuito perverso di illecite cointeressenze (cfr., pure, in tema di sequestro, Sez. 3, n. 6444 del 7.11.2007, Donvito, rv. 238819)³⁰⁹. Come recentemente ribadito “In tema di misure di prevenzione patrimoniali, può essere disposta la confisca di tutto il patrimonio immobiliare e societario del proposto qualora l'apporto di componenti lecite si sia risolto nel consolidamento e nell'espansione della sistemica e reiterata attività di riciclaggio e di reimpiego di preponderanti capitali illeciti sì da non essere più scindibile la minoritaria quota lecita, stante il risultato sinergico dei capitali impiegati, determinante una loro inestricabile commistione e contaminazione³¹⁰”.

In base a quest'approccio si ritiene possibile estendere l'ambito di applicazione della confisca all'intero gruppo societario, in quanto dal ripudio di qualsiasi approccio atomistico deriva anche l'estensibilità della confisca all'intero gruppo societario e dunque anche alle “strutture societarie diverse da quelle direttamente operanti nel settore dei pubblici appalti” nella misura in cui queste “avevano tratto beneficio dalla ritenuta contiguità e, dunque, fossero pur esse suscettibili di ablazione”, e ciò superando il limite derivante dall'autonomia giuridico patrimoniale di ciascuna delle società facenti parte del gruppo, e valorizzando il fatto che risorse illecite - “determinate o favorite, nella loro formazione, dalla ritenuta contaminazione mafiosa - fossero state immesse nel circuito imprenditoriale/finanziario, nella prospettiva non solo del relativo occultamento, ma anche dell'utile e remunerativo reimpiego³¹¹”.

Una simile interpretazione trasforma la confisca dei profitti e del reimpiego in una forma di confisca generale dei beni, in palese violazione del principio di legalità, perché gli artt. 24 e art. 34, c. 7 d.lgs. n. 159/2011 (prima l'art. 2 ter e 3 quinquies l. 575/1965), consentono la confisca solo dei beni che siano frutto o reimpiego e nella misura in cui siano frutto o reimpiego; si trasforma la confisca del “frutto o reimpiego” in una sorta di pena patrimoniale sproporzionata in contrasto con la tutela costituzionale della proprietà privata e con lo stesso principio di proporzionalità.

- La forma di confisca in esame non è una forma di confisca generale dei beni, come accennato, modello previsto invece in altri ordinamenti. Basti pensare alla *confiscation générale* francese, concepita come pena contro il patrimonio che si rivolge contro gravi reati connessi al crimine organizzato, come le più gravi fattispecie di traffico di droga ex art. 222-49, § 2 *code pénal*, riciclaggio, traffico di armi ex art. 222-66 e in particolare colpisce l'“association de malfaiteurs; nell'ordinamento svizzero è stata introdotta una forma di confisca dei beni di cui si “presume la destinazione illecita” per le finalità dell'organizzazione

³⁰⁸ Cass., sez. 5, 30 gennaio 2009, Baratta, n. n. 17988, Rv 244802; Cass., Sez. II, 8 febbraio 2007, n. 5640, Schimmenti, non massimata.

³⁰⁹ Cass., 23 gennaio 2014, n. 16311; Cass., sez. 5, 30 gennaio 2009, Baratta, n. n. 17988, Rv 244802.

³¹⁰ Cass., sez. VI, 4 luglio 2019, n. 49750; Cass., sez. II, 19 novembre 2019, n. 3883; Cass., sez. II, 11 febbraio 2015, n. 9774: “L'iniziale carattere lecito delle quote versate dai diversi soci diviene irrilevante ove la vita dell'impresa sia stata fin dall'inizio condotta con mezzi illeciti, nel senso che sia il consolidamento che l'espansione dell'attività imprenditoriale siano stati da sempre agevolati da un'organizzazione criminale. In tal caso, tutto il capitale sociale e l'intero patrimonio aziendale ne sono contaminati, divenendo essi stessi parti dell'impresa mafiosa, come tali soggetti a confisca”

³¹¹ Idem.

criminale, in quanto nella disponibilità di un soggetto condannato di partecipazione nell'organizzazione criminale (§ 72 swStGB). Nel Progetto Grosso per la riforma del codice penale del 2000, l'art. 117 prevede lo "scioglimento delle società o associazioni le quali siano state utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la realizzazione di attività delittuose. Il patrimonio che residua dalla liquidazione viene confiscato".

Un simile approccio si applica non solo rispetto ai proventi di reati collegati al crimine organizzato, la c.d. impresa mafiosa, ma anche in relazione ai proventi di reati economici, come l'evasione fiscale³¹². Basti pensare al caso Repaci valutato dalle Sezioni Unite relativo a un caso di evasione fiscale consistente e sistematica: "Infine, il caso di specie - in cui è pacifico, essendo addirittura oggetto di aperta rivendicazione nei motivi di ricorso, che l'evasione fiscale è stata ripetuta negli anni, sistematica e "colossale" - preclude di entrare nella valutazione della problematica circa la quota confiscabile (che avrebbe senso solo ove si trattasse di un'evasione puntuale, circoscritta ed unisussistente, senza effettivo reimpiego) essendosi di contro in realtà realizzato il reimpiego e la confusione totale tra profitti leciti ed illeciti; del resto, al di là dell'impossibilità pratica di accertare la concreta distinzione in caso di lunghi periodi, è del tutto evidente, per legge economica, che le attività lecite non sarebbero state le stesse (con quei volumi e con quei profitti) ove vi fosse stato impiego di capitali minori (solo quelli leciti): dunque l'inquinamento, per definizione e per legge logico-economica, non può non essere onnipervasivo e travolgente"³¹³. Tale orientamento è stato recentemente confermato in tale settore³¹⁴.

Nella medesima direzione, da ultimo, si utilizza in maniera disinvolta tale orientamento per procedere alla confisca dell'impresa in cui sono reinvestiti i proventi del reato di ricettazione, riciclaggio, autoriciclaggio, reimpiego, anche applicando altre – rispetto alla confisca di prevenzione – forme di confisca obbligatoria del profitto. "Il sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato di cui all'art. 648-ter c.p., può riguardare una intera società e il relativo compendio aziendale quando sia riscontrabile un inquinamento dell'intera attività della stessa, così da rendere impossibile distinguere tra la parte lecita dei capitali e quella illecita"³¹⁵; "in tema di riciclaggio, è legittima la confisca ai sensi dell'art. 648-quater c.p. dell'intero complesso aziendale di una società, qualora sia riscontrabile una inestricabile commistione e contaminazione tra attività lecite ed illecite svolte dalla società che non può non ripercuotersi a danno dell'imputato titolare della stessa"³¹⁶. "In ogni caso anche a ritenere fondata la tesi di parte ricorrente circa una iniziale attività lecita della menzionata società si sarebbe verificata una inestricabile commistione e contaminazione fra attività lecite ed illecite della società che non può che ridondare a danno dell'imputato"³¹⁷.

Si confisca, poi, come profitto di autoriciclaggio l'intera attività economica acquisita con i proventi di altri reati: "Pertanto, l'acquisto della attività commerciale di ristorazione (OMISSIS) con i proventi dei reati presupposti di truffa e appropriazione indebita, costituisce profitto del reato di autoriciclaggio e legittima il sequestro ex art. 648 quater c.p."³¹⁸. In tale ipotesi, addirittura, fermo restando che l'attività economica sarebbe già confiscabile come surrogato dei proventi dei reati presupposti, si dubita che possa essere considerata provento dell'autoriciclaggio, che dovrebbe essere rappresentato dai "proventi

³¹² Cfr. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia*, cit., 122 ss.

³¹³ Cass., sez. un., 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451, Repaci.

³¹⁴ Cass., 15 settembre 2020, n. 27228, Cass., sez. VI, 4 luglio 2019, n. 49750.

³¹⁵ Cass., sez. II, 15 settembre 2020, n. 27228: fattispecie in cui la Corte ha confermato il sequestro, disposto ai sensi dell'art. 648-quater c.p., su tutti i beni, compresi quelli strumentali, di una s.a.s. formalmente intestata al figlio dell'indagato, sui conti della quale il padre aveva riversato i proventi di una serie di truffe e appropriazioni indebite.

³¹⁶ Cass., sez. II, 24 novembre 2020, n. 9102.

³¹⁷ Idem che continua così: "In proposito va richiamato l'orientamento secondo cui il sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato di cui all'art. 648-ter c.p., può riguardare una intera società e il relativo compendio aziendale quando sia riscontrabile un inquinamento dell'intera attività della stessa, così da rendere impossibile distinguere tra la parte lecita dei capitali e quella illecita (Nella concreta fattispecie, si trattava di una società che aveva utilizzato capitali di provenienza illecita, riconducibili al gestore del patrimonio di un sodalizio di stampo mafioso, per coprire crisi di liquidità, onorare gli impegni assunti con le banche e i fornitori, ed incrementare l'attività aziendale). (Sez. 1, n. 2737 del 21/12/2010 - dep. 26/01/2011, Tassielli, Rv. 24917801)". In questo caso la confisca ex art. 648 quater è utilizzata per combattere l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia lecita.

³¹⁸ Cass., sez. II, 15 settembre 2020, n. 27228; cfr. Cass., 25 ottobre 2017, n. 49003.

conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative»³¹⁹.

In maniera simile nel sistema giuridico tedesco si applica il principio del "Teil-Kontaminationen", che consente di considerare come oggetto del riciclaggio e dell'autoriciclaggio - e, quindi, di confiscare - l'intero patrimonio, quando sia solo parzialmente contaminato da proventi illeciti³²⁰. In accoglimento di tale orientamento la Corte Suprema tedesca ha affermato che nel caso di commistione tra beni legali e illegali, l'intera proprietà può essere considerata come qualcosa che deriva da crimini; questo quando la parte che deriva dal reato in senso economico non è irrilevante: in questo caso tra il 5,9% e il 35% negli anni 2007 - 2009. Questa interpretazione si basa sul significato linguistico dei concetti di «oggetto (Gegenstand)» e «deriva (herrührt)»³²¹. L'applicazione di questo principio in caso di evasione fiscale, significa che non solo il risparmio fiscale ma anche la parte lecita del patrimonio è considerata contaminata e oggetto di riciclaggio (Bt-Drs. 14/7471, 18) o auto-riciclaggio. Considerando che il riciclaggio di denaro consente l'applicazione della confisca dei profitti e della confisca estesa (§ 73 *Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern* e § 73a *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*), la conseguenza è l'applicazione di una sorta di pena patrimoniale; ma la *Vermögensstrafe* (pena patrimoniale), § 43a StGB, fu dichiarata incostituzionale perché questa sanzione violava il principio di legalità (articolo 103, § 2 GG) (e colpevolezza)³²².

Nei casi in esame la Corte applica lo stesso ragionamento alla base della confisca della c.d. "impresa mafiosa" ad altre fattispecie in cui avviene il reinvestimento dei proventi illeciti, anche dell'evasione fiscale, in un'impresa originariamente lecita (per il capitale investito) e che svolge un'attività economica legale, perché si ritiene che non sarà più possibile distinguere il lecito dall'illecito e che si dovrà confiscare tutta l'impresa divenuta del tutto illecita a causa del massiccio reinvestimento dei proventi illeciti; il reimpiego comporta l'illiceità degli ulteriori redditi prodotti e rende difficile lo scorporo dei redditi leciti dagli illeciti, diventando tutto confiscabile; o comunque si confisca tutto in base alla presunzione che in mancanza degli investimenti di proventi illeciti, l'ente non avrebbe conseguito lo stesso sviluppo economico anche se in sé lecito. Si trasforma anche in questo caso la confisca dei profitti (prezzo, prodotto) e del reimpiego in uno strumento di confisca generale dei beni, in virtù della nozione di "obiettiva commistione" tra investimenti leciti e investimenti illeciti.

Se già sembra assolutamente criticabile la giurisprudenza che consente l'ablazione di tutta l'impresa c.d. "mafiosa", invece di procedere al calcolo del valore del "reimpiego" laddove si tratta di affrontare l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia lecita, ancor più preoccupante sembra l'utilizzo di un simile ragionamento in altri settori, e in particolare in relazione alla mera criminalità economica; in questo settore le ragioni di politica criminale con cui si tenta di giustificare l'uso disinvolto della nozione di impresa mafiosa come strumento per lottare l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia non sussistono e lasciano spazio solo a mere esigenze di semplificazione probatoria. Non solo si viola il principio di legalità, trasformando la confisca del profitto (frutto o reimpiego) in una confisca generale dei beni, ma anche il principio di proporzione come Oberbegriff, in termini di mancanza di necessità del mezzo rispetto ad altre forme di tutela meno invasive per proteggere gli interessi finanziari statuali, nonché in termini di proporzione in senso stretto, nel senso che il sacrificio che così si finisce per imporre al diritto di proprietà e di iniziativa economica non appare proporzionato rispetto allo scopo. La confisca di tutta l'impresa tout court si può giustificare solo nell'ipotesi in cui l'impresa sia destinata esclusivamente alla consumazione di reati, come la frode fiscale, e, quindi, rappresenti solo un paravento per lo svolgimento dell'attività illegale.

Per ulteriori considerazioni critiche, anche alla luce dello statuto di garanzie riconosciuto per la confisca allargata e di prevenzione dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2019 che ribadisce in particolare l'esigenza di rispettare i principi di legalità e di proporzione in materia, e per una disamina

³¹⁹ Cass., sez. 2, 7 giugno 2018, Ceoldo, n. 30401, Rv. 272970. In materia GRANDE, *Il prodotto, il prezzo e il profitto del reato di autoriciclaggio - Sez. II, 7 giugno 2019 (dep. 5 luglio 2018), n. 30401*, in *Cass. Pen.*, v. 59, 2019, n. 1, 209 ss.

³²⁰ Cfr. BGH, Beschluss vom 20.5.2015 – 1 StR 33/15.

³²¹ BGHSt 53, 205 [208-210]= NJW 2009, 1617 = NStZ 2009, 328 Rn. 12 – 15.

³²² BverfGE 105, 135.

della più recente giurisprudenza più garantistica su tale nozione di impresa mafiosa o illecita sia consentito il rinvio all'esame compiuto in altra sede³²³.

³²³ MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale*, cit., 106 ss.