

CAPITOLO I

Nozioni preliminari

FABIO DI VIZIO

SOMMARIO: 1. Le premesse; 2. Gli oggetti delle confische; 2.1. I beni strumentali: le cose servite o destinate a commettere il reato; 2.2. Il prodotto del reato; 2.3. Il profitto; 2.3.1. Nozione di profitto confiscabile: tra concezione causale-pertinenziale e concezione strutturale, seguendo la progressiva dilatazione giurisprudenziale della nozione: dal beneficio aggiunto di tipo patrimoniale e dal profitto trasformato, sino ai risparmi di spesa e ai vantaggi indiretti; 2.3.2. Profitto monetario: *tertium genus* di confisca?; 2.3.3. Determinazione quantitativa rispetto ai reati contratto ed ai reati in contratto: tra profitto lordo e profitto netto; 2.4. Il prezzo del reato; 2.5. Strumenti, prodotti e profitti dei reati informatici e telematici; 2.6. Le cose vietate; 3. Non appartenenza del bene a persona estranea al reato.

1. Le premesse

La materia delle confische è stata interessata da un intenso sviluppo normativo e da una estesa riflessione giurisprudenziale. In esito a tale quadro evolutivo non può che prendersi atto di alcune irrisolte incertezze qualificatorie che hanno tradizionalmente accompagnato tali misure patrimoniali. Le confische – con espressione sempre più spesso declinata al plurale, a segno della varietà di situazioni ricomprese – identificano, infatti, istituti di natura diversa, con differenti funzioni, alle quali corrispondono regimi diversificati, anche quanto a garanzie costituzionali e convenzionali. Non è obiettivamente agevole distinguere quanto, delle opinioni espresse al riguardo, corrisponda alla presa d'atto del quadro disciplinare positivo e quanta parte della ricostruzione degli istituti sia frutto di posizioni preventivamente maturate sulla autentica natura delle misure. Per ciascuna di esse un peso dirimente appare riconnesso alla funzione che si associa all'ablazione: prevenzione, ripristino e riequilibrio, punizione. Questi, in breve, i termini fondamentali delle oscillazioni.

Il termine "confisca" nell'ordinamento italiano è associato a varie misure ablativo la cui natura si diversifica a seconda del contesto normativo in cui l'espressione viene utilizzata, come sottolineato in più occasioni dalla Corte costituzionale⁽¹⁾.

(1) Come ricorda Cass. 21 dicembre 2010, n. 2737, T., *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Sequestro penale*, n. 88, la Corte costituzionale «sin dagli anni sessanta (cfr. sentenze 25 maggio 1961 n. 29 [*id.*, 1961, I, 1061] e 4 giugno 1964 n. 46 [*id.*, 1964, I, 1627]), avvertiva che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica» e che «il suo contenuto [...] è sempre la [...] privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, si da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa» con l'effetto che viene in rilievo «non una astratta e generica figura di confisca,

Sull'argomento la Cassazione, parimenti, ha mostrato di muovere da una valutazione casistica⁽²⁾, proprio tenendo conto della «varietà di opinioni (dottrinarie, giurisprudenziali e di fonte sovranazionale) circa la natura – o le nature – della confisca, sempre che al *nomen* corrisponda davvero una figura unitaria o non piuttosto un caleidoscopio di istituti, ciascuno dei quali iscritto in un differenziato regime, fortemente condizionato dalla specifica natura della *res* da assoggettare alla misura, al reato cui la cosa pertiene, e, da ultimo, ma non certo per ultimo, dagli esiti del processo in cui la confisca viene applicata»⁽³⁾.

Se si allarga lo sguardo alla pleora di figure di confisca presenti nel sistema (facoltative, obbligatorie, per equivalente, allargate, di prevenzione) il solo tratto unificante è riconoscibile nella loro portata ablativa di beni altrui in dipendenza della consumazione di un illecito, con espropriazione a favore dello Stato. Del resto, in linea con una forte responsabilizzazione del cd. diritto giudiziale, scaturente dall'elaborazione delle corti europee, la mancata previsione della pericolosità sociale del reo tra i presupposti della confisca, la trasposizione di alcuni riflessi di essa sulla pericolosità delle cose, che resta pur sempre concetto relazionale tra bene e reo, sino agli stessi confini della pertinenzialità della *res* rispetto al reato, utile a delineare l'oggetto dell'ablazione, sono aspetti per i quali, in presenza di un quadro normativo avaro di dettagli, è affidata all'interprete la definizione di vasti aspetti della disciplina; non escluso, il contenuto e la portata dell'oggetto della confisca⁽⁴⁾. Situazione che origina non poche ragioni di tensione rispetto

ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

(2) Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Soc. Fisia Italimpianti, *Foro it.*, 2009, II, 36, con nota di ARMONE, rileva che «appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione special-preventiva e vero e proprio intento punitivo. Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablativo di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato». Per Cass., sez. un., 10 luglio 2008, n. 38834, Fazzalari, *ibid.*, 156, con nota di ARMONE, al di là delle qualificazioni dogmatiche «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica; il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, così da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura amministrativa, ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

(3) Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Confisca*, n. 26.

(4) Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Soc. Fisia Italimpianti, cit.

al principio di legalità in materia penale, almeno restando alla sua accezione tradizionale.

L'uso sempre più frequente della confisca come mezzo di lotta alla criminalità del profitto, sulla scia dello *slogan* per cui "il delitto non paga", è connotato della recente politica criminale in punto di misure di contrasto ai patrimoni illeciti. Numerosi stimoli europei⁽⁵⁾ hanno offerto sostanza e conforto alle letture domestiche, non rimaste esenti da diffuse censure della dottrina per le aree di tensione con principi costituzionali e convenzionali⁽⁶⁾.

In realtà, come detto, il diritto moderno non registra un modello unico di confisca penale, ma una pluralità di tipologie, distinte per l'oggetto, la disciplina e le finalità perseguite; la natura, poi, dipende dalla specifica disciplina, in conformità al polifunzionalismo o alla proteiformità delle misure.

In questo quadro di insicurezze, solo contenibili, dunque, è di interesse registrare la fissità degli oggetti della confisca⁽⁷⁾. A livello nominalistico, infatti, quelli delineati dall'art. 240 c.p. sono gli oggetti variamente indicati nelle diverse misure patrimoniali codicistiche e della legislazione speciale. Rispetto ad essi la pericolosità e la pertinenzialità del bene si declinano secondo diverse accezioni, talvolta richiedendone una strumentalità necessaria, talaltra accontentandosi della mera occasionalità ma enfatizzando la componente ripristinatoria, in altri casi ancora esigendo la derivazione causale ed economica, più o meno diretta.

Come emerge dall'art. 240 c.p., la confisca ha riguardo alle cose (i) «che servono o furono destinate a commettere il reato», (ii) «che ne sono il prodotto o il profitto», (iii) «che costituiscono il prezzo del reato», (iv) «la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna», salvo, in quest'ultimo caso, che la cosa appartenga a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa. Ebbene la natura della misura dipende in misura assai consistente dalla natura dell'oggetto. Lo insegna, ad es., la sentenza n. 10 maggio 2019, n. 112 della Corte costituzionale⁽⁸⁾, che correla appunto la natura della confisca al fatto che ha riguardo al prodotto dell'illecito.

2. Gli oggetti delle confische

2.1. I beni strumentali: le cose servite o destinate a commettere il reato

Le cose servite a commettere il reato identificano i beni legati alla condotta tipica da un non occasionale nesso strumentale. Senza di esse il reato non si sarebbe realizzato con le concrete ed effettive modalità storiche⁽⁹⁾. Ai fini della loro identificazione, dunque, è necessario svolgere una verifica della funzionalità del bene, secondo prospettiva storico-retrospettiva. Infatti, è nella relazione con il reato consumato che si rivela la natura strumentale della res, dovendosi accertare in concreto lo stretto nesso di

asservimento⁽¹⁰⁾, chiarendone il ruolo nella consumazione del reato, alla luce delle concrete modalità di realizzazione dello stesso⁽¹¹⁾.

Il nesso di strumentalità può intendersi quale legame funzionale, diretto ed essenziale, tra la res e il reato, non integrato dalla mera occasionalità⁽¹²⁾. Per converso, strumentalità non significa indispensabilità: è confiscabile anche il bene impiegato per commettere l'illecito che, quantunque non indispensabile⁽¹³⁾, risulti essere stato immediatamente significativo per lo stesso, sul piano lesivo, in quanto «ultimo vettore materiale dell'azione tipica o perché infungibile rispetto a quel tipo di realizzazione criminosa»⁽¹⁴⁾.

Se il bene servito a commettere il reato è quello che è risultato esserne una delle essenziali condizioni funzionali, solo una aggiuntiva valutazione prognostica può giustificare la funzione della confisca, laddove facoltativa ai sensi dell'art. 240, comma 1, c.p.: la necessità di evitare che la disponibilità di tali beni possa favorire la commissione di ulteriori reati, prevenendo (*rectius* neutralizzando) il cd. pericolo di reiterazione, profilo che costituisce oggetto di specifico dovere motivazionale del giudice⁽¹⁵⁾. Svincolati da tale ulteriore valutazione, invece, risultano gli strumenti utilizzati per la commissione dei c.d. reati informatici elencati nell'art.

(10) PERNA, *Art. 240*, in *Codice penale - rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di LATTANZI-LUPO, III, Libro I, Agg. 2015, Milano, 2015, 1343; ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit. 51; GRASSO, *Art. 240*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, III, Milano, 2011, 61.

(11) Cass. 2 aprile 2014, n. 20429, M., *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Confisca*, n. 14; 28 febbraio 2014, n. 21882, P., *ibid.*, n. 16; 5 novembre 2014, n. 6062, M., *id.*, Rep. 2015, voce cit., n. 24. Così, in materia di stupefacenti, per la confisca del veicolo utilizzato per lo spaccio, non basta accertare il mero uso del veicolo, occorrendo un collegamento stabile con il reato, che esprima un rapporto funzionale con lo stesso (v., ad es., Cass. 29 marzo 2012, n. 13176, Hamr El Hank, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 26). Cass. 5 marzo 2013, n. 13049, Spinelli, *id.*, Rep. 2013, voce cit., n. 19, nel richiamare la necessaria dimostrazione di una relazione di asservimento tra cosa e reato, dovendo la prima essere collegata al secondo non da un rapporto di mera occasionalità ma da uno stretto nesso strumentale, rivelatore dell'effettiva probabilità del ripetersi di un'attività punibile, ha annullato la sentenza nella parte in cui era stata disposta, in relazione ai reati di illecita detenzione di droga, di armi e munizioni, nonché di ricettazione di armi, la confisca di un'autovettura nella quale era stata rinvenuta, nascosta sotto la tappezzeria, un'ingente somma di denaro.

(12) Cass. 28 febbraio 2014, n. 21882, P., *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Confisca*, n. 16.

(13) Cass. 27 aprile 2012, n. 18531, Coman, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Confisca*, n. 28.

(14) CALCAGNO, *Art. 240 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI-GATTA, I, Milano, 2017, 1746.

(15) Cass. 5 aprile 2017, n. 30133, S., *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Confisca*, n. 10 ricorda come la confisca facoltativa di cui all'art. 240, 1° comma, c.p. è «misura di sicurezza patrimoniale fondata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato ovvero delle cose che ne sono il prodotto o il profitto; talché l'istituto, che consiste nell'espropriazione di quelle cose a favore dello Stato, tende a prevenire la commissione di nuovi reati e, come tale, ha carattere cautelare e non punitivo, anche se, al pari della pena, i suoi effetti ablativi si risolvono in una sanzione pecuniaria» (Cass., sez. un., n. 22 gennaio 1983, Costa [*Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., n. 17] 1° marzo 2007, n. 24756, Martinez Losa [*id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 16]). Il giudice è pertanto tenuto a motivare le ragioni per cui ritiene di dover disporre la confisca di specifici beni in quanto serviti o destinati a commettere il reato, ovvero prodotto o profitto dello stesso, non essendo sufficiente riconoscerne la natura di bene utilizzato per la consumazione del reato; tale natura del bene costituisce il presupposto dell'esercizio del potere di confisca e non esaurisce perciò l'onere motivazionale del giudice che la dispone (Cass. 21 febbraio 2007, n. 10531, Baffoè [*id.*, Rep. 2007, voce *Pena (applicazione su richiesta)*, n. 41]; Cass. 3 novembre 2009, n. 47179, D'Ambrosio [*id.*, Rep. 2010, voce cit., n. 48]; Cass. 16 aprile 2010, n. 17266, Trevisan [*ibid.*, n. 47]; Cass. 21 gennaio 2014, n. 6618, Fiocco [*id.*, Rep. 2014, voce cit., n. 33]).

(5) Si consideri la Direttiva 2014/41/Ue, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

(6) MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1259, indica la confisca come «istituto teleologicamente ambiguo e costituzionalmente apolide, che proprio in forza della sua "manipolabilità" si presta ad applicazioni esasperate e sommarie, anche grazie ad interpretazioni giurisprudenziali "generosamente" estensive e poco in linea con le garanzie fondamentali».

(7) MUCCIARELLI, *Art. 240 c.p. (Profili generali)*, in EPIDENDIO-VARASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, 110.

(8) Consultabile in *Foro it.*, 2019, I, 3422.

(9) ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, voce del *Digesto disc. pen.*, III, Torino, 1989, 51.

240, 2° comma, n. 1-*bis*, c.p., ora ricompresi nel perimetro di applicazione di un'ipotesi di confisca obbligatoria⁽¹⁶⁾.

Le cose «destinate a commettere il reato» sono i mezzi strumentali predisposti dall'agente per la consumazione del reato ma in concreto non utilizzati. Anche la loro confisca – sempre facoltativa ex art. 240, 1° comma, c.p., pure nei casi in cui i beni attengano a reati informatici elencati in seno all'art. 240, 2° comma, n. 1 *bis* c.p. – presuppone una relazione di asservimento tra la cosa ed il reato, alla cui stregua la prima è collegata al secondo da uno stretto (non occasionale) nesso strumentale, rivelatore dell'effettiva probabilità del ripetersi di un'attività punibile⁽¹⁷⁾.

Quella dei mezzi (cd. *instrumenta sceleris*) rappresenta una categoria di contenuto assai vasto, che annette beni di qualunque genere e tipo purché provvisti della connotazione funzionale indicata⁽¹⁸⁾.

Così, a mero titolo esemplificativo, la componente in esame, in quanto suscettibile anche di confisca obbligatoria di valore nei casi di cui all'art. 2641 c.c., è stata riconosciuta da recenti pronunce della Cassazione rispetto al reato di ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza. In proposito, i beni strumentali sono stati identificati nelle *provviste* impiegate dalla banca, su disposizione di un proprio esponente aziendale, per finanziare l'acquisto di azioni del medesimo istituto di credito e per gonfiare il patrimonio di vigilanza. Nel caso concreto, tali provviste erano state funzionali all'artificiosa rappresentazione nel patrimonio di vigilanza di elementi positivi che tali non erano, trattandosi di obbligazioni ed azioni acquistate da terzi con flussi di finanziamenti erogati in loro favore dall'istituto di credito, circostanza nascosta agli organi di vigilanza, con occultamento dell'effettiva realtà economica dell'istituto di credito e conseguente ostacolo alla funzione di vigilanza⁽¹⁹⁾. Nel disegno riferito, in tesi di accusa, all'amministratore della banca le provviste messe a disposizione dei terzi dalla banca, di volta in volta, su disposizione del primo, rappresentavano il mezzo attraverso il quale il reato era stato commesso, vale a dire i beni utilizzati per commettere l'ostacolo ex art. 2638, c.c.⁽²⁰⁾, in quanto strumentalmente necessarie per la creazione dell'artificiosa rappresentazione dell'entità del patrimonio di vigilanza⁽²¹⁾.

In tema di abuso di informazioni privilegiate ex art. 184, lett. a), d. leg. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.), sono stati considerati beni strumentali i capitali investiti nel compimento di operazioni di compravendita di strumenti finanziari per

le quali erano state utilizzate indebitamente informazioni (dall'insider acquisite in occasione dell'esercizio dell'attività professionale) rispetto al ragionevole imminente incremento delle quotazioni delle azioni. La somma assoggettata a cautela preventiva, ai sensi del secondo comma dell'art. 321 c.p.p. e dell'art. 187 t.u.f., era costituita dall'equivalente, non solo delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita, ma anche del capitale investito.

In materia di manipolazione di mercato ex art. 185 t.u.f., quali beni strumentali sono state considerate le azioni vendute a prezzo superiore a quello di effettiva regolazione per alimentare una tendenza rialzista, con successive cessioni di azioni a prezzo superiore a quello conseguibile in un mercato non alterato dalle manovre di aggio. Nel caso, le azioni erano state «lo strumento mediante il quale il reato di manipolazione del mercato era stato commesso» e non solo l'oggetto materiale della condotta delittuosa; circostanza che giustificava il vincolo impeditivo ex art. 321, 1° comma, c.p.p. e quello per equivalente su altri titoli di analogo tipo e natura per un valore equivalente a quelli non più confiscabili in via diretta, in applicazione dell'art. 187, comma 2, t.u.f.; norma che ammette la confisca di valore rispetto agli strumenti (e non solo al prodotto o al profitto del reato), allorché non sia possibile la confisca diretta dei beni utilizzati per commettere il reato⁽²²⁾.

In diversa evenienza, la Cassazione⁽²³⁾ ha escluso che tra i beni utilizzati per commettere la manipolazione del mercato possano essere ricomprese le azioni, riferendo detta veste piuttosto ai mutui concessi per il loro acquisto. Nel caso concreto, le azioni della banca non costituivano strumenti per la realizzazione dell'aggio, rappresentando piuttosto l'oggetto materiale del reato, articolatosi in una manovra che mirava all'acquisizione di una partecipazione superiore al 30% del capitale della banca per esercitarvi un'influenza dominante, con la promessa di generosi capital gain per chi vi avesse partecipato. Decisiva era risultata la manifestazione storica del delitto⁽²⁴⁾. In particolare, tenuto conto di essa, considerato altresì il bene giuridico e la struttura del reato ex art. 185 t.u.f.⁽²⁵⁾ – che poneva alcuni comportamenti in relazione con la potenzialità (da valutarsi in concreto) dell'alterazione del corso dei titoli (risultato cui si intende giungere) – il titolo quotato non era il mezzo della alterazione, mancando una relazione tra l'at-

(16) Del pari svincolata dalla valutazione della quale s'è detto è la confisca nei casi previsti dall'art. 446 c.p.

(17) Cass. n. 21882/14, cit.

(18) Non riconosce la natura strumentale ai beni attinenti alla fase preparatoria o a quella successiva alla fase esecutiva DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Codice penale*, a cura di BRICOLA, Torino, 1984, 1550.

(19) Cass. 26 maggio 2017, n. 42778, C., *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Confisca*, 14. Per un commento, v. SANTORIello, *Aggio: nessuna confisca per l'estraneo al reato se non ha tratto vantaggio dal delitto*, in *Leggi d'Italia, Legale*, 23 ottobre 2018.

(20) Per commettere il reato di ostacolo, in particolare, erano state impiegate provviste messe a disposizione dei terzi dalla banca per l'acquisto delle proprie azioni; tali risorse erano state destinate alle operazioni in virtù delle quali si era giunti alla mendace rappresentazione del patrimonio di vigilanza alla Banca d'Italia ed alla Consob, attraverso una realtà contabile artificiosa, che aveva reso possibile un'artefatta rappresentazione dello stato di salute dell'istituto di credito, "gonfiando" il patrimonio di vigilanza, mediante l'inclusione, tra gli elementi positivi, di obbligazioni ed azioni proprie, acquistate con provvista finanziaria della stessa banca.

(21) La Cassazione ha ritenuto che nella nozione di 'cose pertinenti al reato', cui si riferisce l'art. 321 c.p.p., sono comprese, sia le cose sulle quali o a mezzo delle quali il reato fu commesso o che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, sia quelle legate solo indirettamente alla fattispecie criminosa, senza estendersi a rapporti meramente occasionali tra la *res* e l'illecito penale; cfr., ex plurimis, Cass. 28 maggio 2014, n. 26444, D., *Foro it.*, Rep. 2104, voce *Bancarotta*, n. 116.

(22) Così Cass. 22 maggio 2013, n. 24558, M., *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Confisca*, n. 34.

(23) Cass. 24 maggio 2007, n. 28944, Magiste International S A, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Intermediazione finanziaria*, n. 178.

(24) La contestazione del reato si articolava nelle seguenti condotte: "rastrellamento" delle azioni organizzato tra più soggetti, destinatari di compiacenti mutui, estremamente favorevoli quanto a tassi e garanzie, destinati all'acquisto dei titoli, occultando ai terzi la paternità dell'acquirente reale; diffusione di notizie false, anche a seguito delle richieste di Banca d'Italia (relativamente alla identità dei soggetti cessionari delle tranches di azioni), nonché sul possesso delle dette azioni, sulla volontà di non creare turbative di mercato, sul rispetto dell'art. 106 t.u.f. e, pertanto, sulla determinazione di non oltrepassare la soglia di legge (essendovi obbligo di Opa per chi supera l'istestazione del 30 per cento del capitale sociale), sull'assenza di concerti o di stipula patti parasociali tra gli acquirenti, sulla provenienza dei mezzi finanziari per l'acquisto delle azioni stesse; artifici modulati in operazioni di borsa, articolati in ordini di acquisto e vendita di azioni di una banca, coordinati in guisa da fornire una rappresentazione sfuocata del reale mercato, così da alterare il corso del titolo stesso.

(25) La fattispecie tutela il mercato mobiliare da turbative non fisiologiche e la regolarità dei processi di formazione dei prezzi dei titoli quotati, disegnando una condotta di pericolo concreto ('concretamente idonei'), attuata mediante diversi possibili comportamenti protesi alla sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari (condotta vincolata e protesa all'esito alterativo, non necessariamente raggiunto): la diffusione di notizie false (manipolazione informativa), l'allestimento di operazioni simulate o altri artifici idonei alla alterazione del corso di quotazione (manipolazioni operative).

tività criminosa e lo specifico bene confiscando: tale solo se idoneo ad agevolare o amplificare il pericolo di reiterazione del reato ove lasciato nelle mani dell'autore del reato o di quanti ad esso non siano estranei. Il "rastrellamento" delle azioni (consentito dai generosi finanziamenti a condizioni inconsuete per il mercato), accompagnato dalle false informazioni diffuse a chi chiedeva delucidazioni, non consentiva di qualificare anche le azioni, oggetto della manovra, come "mezzo" della commissione dell'illecito. L'alterazione della quotazione era stata raggiunta, di volta in volta, attraverso la mendace informazione diffusa ai terzi, ovvero mediante l'allestimento di operazioni attraverso il concerto negoziale (e, cioè, l'intesa assunta tra più operatori, preordinata ad un esito che così non risultava il frutto dalla libera dinamica di mercato) tra cui il citato rastrellamento azionario. In tutti questi casi il titolo bancario, per quanto essenziale nel contesto dell'illecita manovra, non era assunto a "strumento", bensì solo ad "oggetto materiale del reato", connotato esterno all'area prescrittiva dell'art. 187 t.u.f., insuscettibile di legittimare la pur obbligatoria confisca. Quanto al "rastrellamento" azionario, in particolare, l'acquisto contemporaneo dei titoli, onde sottrarli alla disponibilità di possibili concorrenti finanziari, aveva visto come mezzo operativo non già l'oggetto del negozio, bensì lo strumento finanziario tramite il quale era stato reso possibile (ed, in un secondo piano, le varie convenzioni di borsa che avevano consentito di concludere siffatte interazioni): ossia, i mutui concessi agli imputati e, dunque, il denaro, grazie al quale essi avevano potuto approvvigionarsi delle azioni, bene compravenduto.

Rispetto ai reati ex artt. 184 e 185 t.u.f., in effetti, la componente oggettiva dei beni utilizzati per commettere denota una poderosa potenzialità ablativa, riconnessa alla natura obbligatoria della confisca ex art. 187 t.u.f. I capitali investiti per l'acquisto di titoli finanziari, abusando di asimmetrie e privilegi informativi ex art. 184 t.u.f., e i finanziamenti ricevuti per sostenere acquisti di titoli nel contesto di manipolazioni operative ed informative ex art. 185 t.u.f. testimoniano quanto esteso possa essere l'oggetto dell'ablazione, anche per equivalente. Non diversamente dalla previsione gemella dell'art. 2641, 2° comma, c.c.

Si tratta di una dilatazione che alimenta critiche di sproporzione per le quali anche il giudice delle leggi ha manifestato innovativa considerazione. Si consideri l'approdo sulla confisca ex art. 187 *sexies* t.u.f. della Corte costituzionale, con la sentenza n. 112/19 sopra ricordata, che si pone forse all'origine di un prossimo cambiamento, assai consistente, in altri settori presidiati da assimilabili misure incentrate sull'ablazione dei beni strumentali e del prodotto. L'incostituzionalità, per complessiva sproporzione sanzionatoria, infatti, è stata riferita alla confisca diretta (oltre che a quella per equivalente) del prodotto, e non solo dei beni strumentali del reato; in tal ultimo caso, invero, in linea con una opinione, almeno in dottrina largamente maggioritaria⁽²⁶⁾. Sebbene per la pronuncia sia stato dirimente il complesso di sanzioni predisposte per gli illeciti amministrativi richiamati dall'art. 187 *sexies* t.u.f., rileva il fatto che anche quanto costituisce assoluta e diretta pertinenza dell'illecito (il prodotto, anche nella forma diretta ovvero del frutto di esso ed anche nelle mani dell'autore) sia stato letto in un'ottica punitiva e non ripristinatoria. La stessa Corte di cassazione ha mostrato di muovere da altre basi di valutazione per l'art. 187 t.u.f., valorizzando lo scopo della norma⁽²⁷⁾.

(26) MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015, 308.

(27) Cass. 13 marzo 2012, n. 28486, R., *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Sequestro penale*, n. 73. In senso critico, MAUGERI, *op. cit.*, osserva: «La confisca dei beni utilizzati per commettere il reato e cioè dell'ammontare di capitale investito, che potrà avvenire solo per equivalente, assume un carattere assolutamente punitivo, rap-

In caso di istigazione alla corruzione, il denaro offerto o promesso al pubblico ufficiale, non costituisce il prezzo o il profitto del reato, ma il mezzo di esecuzione di esso; può essere oggetto di confisca facoltativa ai sensi dell'art. 240, 1° comma, c.p., in ragione dello stretto nesso strumentale esistente tra proposta corruttiva e denaro offerto⁽²⁸⁾.

In tema di reati tributari, la Cassazione ha qualificato i beni immobili appartenenti a soggetto indagato del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (alienati per far venir meno le garanzie di un'efficace riscossione dei tributi da parte dell'erario) quale strumento per mezzo del quale è stato commesso il reato, a nulla rilevando la loro qualificazione anche come prezzo o profitto di tale delitto; e per tale via ha ritenuto gli immobili suscettibili di sequestro preventivo per la successiva confisca ai sensi dell'art. 240, 1° comma, c.p.⁽²⁹⁾.

L'attenzione verso i beni strumentali è in linea con numerosi stimoli eurounitari. Si consideri, in proposito, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. La direttiva, in continuità con precedenti fonti europee⁽³⁰⁾, mira al ravvicinamento del diritto interno degli Stati membri dell'Unione in materia di confisca e di congelamento dei beni strumentali e dei proventi di una serie di reati elencati nell'art. 3 della medesima direttiva (gravi fenomeni criminali che richiedono interventi mirati per impedire il collocamento dei proventi sul mercato).

Tra le misure viene previsto che gli Stati, a seguito di sentenza di condanna, procedano alla confisca diretta e alla confisca per equivalente dei beni strumentali e dei proventi dei reati commessi negli ambiti sopra indicati (art. 4, par. 1). In base all'art. 9 della direttiva 2018/1673/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale⁽³¹⁾, gli Stati membri adottano le misure necessarie ad assicurare che, se del

presentando una vera e propria pena patrimoniale, anche se la Suprema corte supera simili obiezioni, non negando la natura punitiva della confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato, ma anzi riconoscendola e giustificandola per esigenze di prevenzione generale e tutela del mercato e dell'economia nazionale, sorvolando per il resto sulla censura di incostituzionalità per violazione del principio di proporzione laddove non è possibile graduare una simile pena».

(28) Cass. 26 gennaio 2016, n. 14029, C., *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Corruzione*, n. 134, che ha riconosciuto uno stretto nesso strumentale tra il denaro offerto e la proposta corruttiva, atteso che lo stesso ne è stato l'infungibile mezzo e più specificamente la cosa destinata a commetterlo. Il giudice del merito aveva desunto in maniera tutt'altro che illogica dalla entità della somma rinvenuta in possesso dell'imputato e dalle modalità dell'azione il pericolo che, se lasciata nella sua disponibilità, la stessa potesse costituire l'occasione per la commissione di ulteriori comportamenti illeciti.

(29) Cass. 23 novembre 2016, n. 3095, P., *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Tributi in genere*, n. 1726.

(30) Cfr. Azione comune 98/699/GAI, adottata dal Consiglio il 3 dicembre 1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; Decisione quadro 2001/500/GAI concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; Decisione quadro 2003/577/GAI, 2005/212/GAI e 2006/783/GAI del Consiglio.

(31) La direttiva impone un adeguamento delle legislazioni penali nazionali dei singoli Stati membri nelle porzioni eventualmente ancora non allineate ed entro lo spazio consentito dall'art. 83 (1) Tfeue, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la nuova direttiva stabilisce norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore del riciclaggio. Il riferimento è al riciclaggio di denaro che abbia riguardo a beni diversi da quelli derivanti da reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, cui continua ad applicarsi la direttiva (Ue) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

caso, le loro autorità competenti congelino o confiscino, in conformità della direttiva 2014/42/Ue, i proventi derivati dall'atto di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui alla anzidetta direttiva e i beni strumentali utilizzati o destinati a essere utilizzati a tal fine.

2.2. Il prodotto del reato

Quale oggetto delle confische⁽³²⁾ il prodotto identifica il risultato empirico dell'esecuzione criminosa, ovvero la cosa materiale creata, trasformata, adulterata o acquisita mediante l'attività delittuosa.

Carattere identificativo della nozione è il legame diretto ed immediato con il reato. Si tratta, infatti, del frutto diretto dell'attività criminosa, ossia del risultato ottenuto immediatamente dall'attività illecita⁽³³⁾. In altre parole, costituiscono «prodotto» tutte le cose materiali che, in una prospettiva puramente causale, «derivano» dalla commissione dell'illecito penale. Si ritiene che le trasformazioni o le modifiche del prodotto non precludano l'applicazione della confisca; in caso di beni fungibili, la commistione tra cose lecite e illecite, appartenenti allo stesso genere, trasforma l'originario prodotto del reato in cose comunque separabili con operazioni, di peso, misurazione o numerazione⁽³⁴⁾.

In termini esemplificativi, è «prodotto» del reato il documento contraffatto, il nastro contenente la registrazione di una conversazione illegittimamente intercettata, la cosa acquistata da chi ne conosceva l'origine delittuosa⁽³⁵⁾, la moneta falsa, il sapone realizzato mediante gli ingredienti sottratti, la selvaggina uccisa abusivamente⁽³⁶⁾.

In relazione ad una fattispecie penale di infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c. la Suprema Corte⁽³⁷⁾ ha identificato quale prodotto del reato il bene sociale oggetto di condotta distrattiva dannosa realizzata dall'amministratrice in conflitto di interessi⁽³⁸⁾. Con la vendita del terreno a prezzo incongruo il terreno non apparteneva più alla società e costituiva il prodotto del reato, «cioè il risultato dell'attività criminosa ottenuto» dall'acquirente, e, in quanto tale, a norma dell'art. 2641 c.c., soggetto a confisca, fermo restando che la misura non sarebbe stata applicabile nel momento in cui la società avesse riacquisito la proprietà del terreno (art. 240, 3° comma, c.p.).

Inoltre, il prodotto del reato di abuso di informazioni privilegiate ex art. 184 t.u.f. (che consiste, nel suo nucleo essenziale, nel compimento di operazioni di compravendita di strumenti finanziari da parte di chi possiede un'informazione ancora riservata, la cui successiva diffusione al pubblico potrebbe determinare una variazione del prezzo di tali strumenti), è stato identificato nell'insieme degli strumenti acquistati, ovvero l'intera somma ricavata dalla loro vendita: «importo, frutto diretto dell'illecito in quanto di gran lunga superiore a quello che sarebbe stato ottenuto con una normale cessione di quei titoli, pure determinato al netto delle somme trattenute a titolo di "retrocessione" dalla società acquirente dei titoli»⁽³⁹⁾.

(32) Confisca facoltativa nella figura generale prevista dall'art. 240, 1° comma, c.p.; obbligatoria in un numero via via crescente di ipotesi, previste dagli artt. 2641 c.c., 187 t.u.f., 648 *quater* c.p., 452 *quaterdecies*, ult. comma, c.p., 301, d.p.r. n. 43/73 in materia di contrabbando doganale, art. 11, l. 146/06.

(33) Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, *Foro it.*, 2009, II, 629; 12 settembre 2013, n. 44315, C., *id.*, Rep. 2014, voce *Misure di sicurezza*, n. 21.

(34) PERNA, *Art. 240*, cit., 1349.

(35) Corte cost. n. 112/19, cit.

(36) DE FRANCESCO, *Le misure* cit., 1559.

(37) Cass. 18 maggio 2005, Marchionni, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Sequestro penale*, n. 59.

(38) Da un punto di vista strettamente economico il bene rappresentava l'utilità patrimoniale conseguita.

(39) Cass. 22 maggio 2013, n. 24558, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Confisca*, n. 34; Corte cost. n. 112/19, cit.

2.3. Il profitto

2.3.1. NOZIONE DI PROFITTO CONFISCABILE TRA CONCEZIONE CAUSALE - PERTINENZIALE E CONCEZIONE STRUTTURALE

La nozione di profitto è rimessa in ampia parte all'opera definitoria della giurisprudenza, resa difficoltosa dal carattere polisemico dell'espressione. Si tratta di «nozione che risulta invero (e notoriamente) non poco sfuggente, sia che si consideri l'utilizzo del termine 'profitto' effettuato dalla legge penale, che quello svolto nell'ambito del d. leg. n. 231/2001»; in effetti, «in nessun testo normativo il legislatore ha fornito la nozione generale di profitto, apparentemente rinviando al significato lessicale del termine. Il che pone un primo problema, atteso che lo stesso presenta indubbiamente uno spazio semantico 'aperto'»⁽⁴⁰⁾.

Come ricorda, ancora, la sentenza Italease (dalla quale è tratto il brano appena menzionato), se l'analisi storico-economica evidenzia che il profitto è stato a lungo inteso come differenza tra grandezze e in particolare identificato come espressione di una grandezza residuale, in epoca più recente, nel linguaggio tecnico-economico, il profitto ha invece identificato il reddito dell'imprenditore, inteso come remunerazione del rischio assunto in condizioni di incertezza. Nelle scienze aziendalistiche, invece, il termine non è più di corrente utilizzazione, preferendosi fare riferimento al reddito di esercizio (o reddito contabile), costituito dalla variazione che il capitale netto subisce per effetto della gestione e determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative di reddito.

Nel linguaggio penalistico il termine profitto ha assunto un significato più ampio ed è stato utilizzato in ambiti normativi assai diversi, tanto da confermare l'impossibilità di ricavarne una nozione unitaria. Nel d.leg. 8 giugno 2001, n. 231, l'uso del termine diviene, se possibile, ancor più promiscuo. Il profitto è menzionato in tredici disposizioni diverse⁽⁴¹⁾ ed in contesti assai eterogenei. È chiaro, dunque, che la unicità della nozione di profitto evocata dalle diverse norme passate in rassegna è quantomeno dubbia.

La possibilità di ricostruire una nozione unitaria è considerata velleitaria, salvo che per i tentativi di definire la nozione di profitto assoggettabile alla confisca. Pur nella diversa qualifica attribuita alla misura ablativa nel codice penale (misura di sicurezza patrimoniale) e nel d.leg. 231/01 (sanzione principale), infatti, non vi è dubbio che l'oggetto della stessa nei due diversi ambiti sia il medesimo e cioè il profitto conseguito, rispettivamente, dall'autore individuale e dall'ente dalla consumazione del reato, deponendo in tal senso il tenore inequivocabile dell'art. 19 d.leg. 231/01.

Nella giurisprudenza di legittimità l'elaborazione di una nozione organica di profitto confiscabile ha preso vigore con l'avvento della confisca di valore, considerato che l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale è stata tutto sommato sporadica, nella difficoltà di fornire la prova dell'attualità del possesso da parte dell'imputato del profitto "storico" del reato. In assenza di una puntuale definizione normativa, la nozione di profitto è stata definita dall'elaborazione giurisprudenziale; a fronte di un contributo giudiziale 'creativo', la dottrina non ha mancato di esprimere valutazioni critiche rispetto agli esiti interpretativi eccessivamente estensivi.

Le norme sulla confisca presuppongono tale nozione ovvero si limitano a contrapporla a diversi concetti, parimenti indefiniti, quali quelli di "prezzo", "prodotto", "corpo" e "strumento" del reato. Come emerge già in relazione all'art. 240 c.p., è certo che il profitto si distingue dal prodotto e

(40) Cass. 28 novembre 2013, n. 10265, Banca Italease, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità amministrativa*, n. 131.

(41) In particolare, negli artt. 6, 5° comma, 13, 1° comma, lett. a), 15, 4° comma, 16, 1° comma, 17, lett. c), 19, 23, 2° e 3° comma, 24, 2° comma, 25, 3° comma, 25 *ter*, 2° comma, 25 *sexies*, 2° comma, 74, 1° comma, lett. d) e 79, 2° comma, d.leg. n. 231/01.

dal prezzo del reato, in seno alla più ampia categoria dei proventi del reato. La stessa nozione viene usata a più fini: per determinare l'oggetto della confisca, per definire elementi costitutivi della fattispecie di reato, quale circostanza aggravante.

Specie negli approdi giurisprudenziali più risalenti, il profitto identifica «qualsiasi vantaggio economico» che costituisca un «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» (profilo strutturale) connotato da una «diretta derivazione causale» dall'illecito⁽⁴²⁾ (nesso di pertinenzialità o principio di causalità)⁽⁴³⁾. Il principio della diretta pertinenzialità quale primario criterio selettivo del profitto confiscabile è stato ribadito in tema di sequestro preventivo ex artt. 321, 2° comma, c.p.p. e 240 c.p.⁽⁴⁴⁾, precisando che all'espressione non va attribuito il significato di «utile netto» o di «reddito», indicando, invece, un beneficio aggiunto di natura economica.

Questa prima elaborazione identifica i beni confiscabili, escludendo le maggiorazioni conseguenti ad attività ulteriori poste in essere dopo il reato, non essenziali alla commissione dello stesso. Il riferimento è ai risultati degli investimenti successivi delle somme in altre attività lecite ovvero ai proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato.

La medesima impostazione, per contro, se esclude la confiscabilità di beni in relazione non essenziale con il reato, ammette l'ablazione, a titolo di confisca diretta, delle somme di denaro in relazione diretta, attuale e strumentale con il reato, depositate in banca o investite in titoli, ovunque rinvenute. Le sezioni unite della Cassazione, con la sentenza Muci⁽⁴⁵⁾, in materia di sequestro preventivo preordinato alla confisca di cui all'art. 322 *ter* c.p., hanno confermato il principio secondo cui il profitto corrisponde all'«utile ottenuto in seguito alla commissione del reato», e il prodotto al «risultato, cioè al frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita».

La portata del profitto confiscabile è stata ampliata dalle sezioni unite Miragliotta⁽⁴⁶⁾, con cui il profitto si è esteso ai surrogati. Sotto il profilo strutturale, il profitto è il lucro, ovvero il vantaggio che si ricava per effetto della commissione del reato: quello che si apprende per effetto immediato e diretto dell'illecito, ma anche le trasformazioni collegate in modo diretto al profitto immediato vale a dire i beni in cui il profitto diretto è stato investito. A dette condizioni, ogni utilità che l'autore realizza, come effetto anche mediato

della sua attività criminosa, finisce per essere riconducibile al profitto primario. In altre parole, qualsiasi trasformazione immediata che il danaro illecitamente conseguito subisce per effetto del suo investimento costituisce profitto del reato nel caso in cui sia collegabile causalmente al reato stesso e al profitto immediato nonché sia soggettivamente attribuibile all'autore. A mutare, dunque, è la considerazione del termine di riferimento della relazione causale: non più direttamente solo il reato, ma il profitto diretto di esso. È rispetto a quest'ultimo, infatti, che deve essere riconosciuta la relazione immediata del profitto trasformato.

In breve, è profitto ogni altra utilità che il reo realizza anche come effetto mediato ed indiretto della sua attività criminosa purché immediato sia il suo rapporto con il profitto diretto di essa. L'estensione del profitto ai c.d. surrogati, quali beni acquisiti attraverso l'impiego/trasformazione del profitto diretto del reato, non è incompatibile con il concetto di «pertinenzialità» se ricorre l'immediatezza del reimpiego, che, in sostanza, ne garantisce la riconoscibilità probatoria.

Una diversa e più restrittiva interpretazione risulterebbe incompatibile con la finalità dell'istituto, che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, di scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti⁽⁴⁷⁾.

Anche per le sezioni unite Caruso, il profitto comprende i surrogati se causalmente ricollegabili al reato ed al profitto immediato di esso (in tal caso non smarrendo la diretta derivazione causale – pertinenzialità – dalla condotta dell'agente, la stretta affinità e l'immediatezza con l'oggetto del reato), ma non le altre utilità indirette.

Tale nozione di profitto, quale vantaggio economico che si ritrae, sia pure in forma indiretta e mediata, come conseguenza della attività criminosa alla stessa riferibile, ha trovato ulteriori conferme giurisprudenziali⁽⁴⁸⁾, ma anche aggiuntivi contenimenti ed ampliamenti.

In senso limitativo, è stata argomentata l'opinione per cui, in virtù del principio di causalità e dei requisiti di materialità e attualità, il profitto tipico deve corrispondere a un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica; sicché non rappresenta «profitto» un qualsivoglia vantaggio futuro, immateriale, o non ancora materializzato in termini strettamente economico-patrimoniali.

Le sezioni unite Fisia Italmipianti, in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, privilegiano ancora il profitto strutturale rispetto a quello causale. In linea con la *ratio* equilibratrice del d. leg. n. 231/2001 il profitto confiscabile viene inteso quale profitto netto (ovvero utile netto), decurtato delle spese lecite, optando per una soluzione diversa dal profitto lordo, connaturata al settore penale.

Poiché il profitto confiscabile è solo il vantaggio economico (quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale) di diretta ed immediata derivazione causale dal reato viene coerentemente esclusa la confiscabilità: a) dei vantaggi di prospettiva (carenti del requisito della immediatezza); b) dei crediti, per la confisca di valore (essendo ammessa quella diretta, purché afferente crediti certi, liquidi ed esigibili); c) dei risparmi assoluti di spesa, difettando beni affluiti materialmente al reo (per contro risultando confiscabile il risparmio che afferisce ad un ricavo introitato ovvero ad un risultato economico positivo, non decurtato dei costi, quale mancata diminuzione di attivo⁽⁴⁹⁾); d) del cor-

(42) Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Chabni Samir, *Foro it.*, 1997, II, 404, con nota di CANZIO, che ha esaminato la confisca della somma di denaro sequestrata all'imputato del reato ex art. 73, 5° comma, d.p.r. n. 309/90 sul presupposto che fosse «prezzo» del reato.

(43) Lo stesso principio è affermato da Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Sequestro penale*, n. 40, in motivazione; sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli, *ibid.*, n. 103, in motivazione; sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, *id.*, Rep. 2005, voce *Confisca*, n. 10; sez. un., n. 26654 del 2008, soc. Fisia Italmipianti cit.; sez. un., n. 38691 del 2009, Caruso cit., in motivazione. In tutte le sentenze indicate si è fatto riferimento alla circostanza che il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio primario selettivo di ciò che può essere confiscato; anche Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, n. 10280, Miragliotta, *id.*, 2009, II, 225, con nota di NICOSIA, pur ammettendo la confiscabilità dell'utilità mediata – c.d. surrogati –, ha tuttavia affermato la necessità di individuazione di un profitto originario e di accertare i passaggi attraverso i quali si è compiuta la trasformazione dello stesso (v., anche, sul punto, Cass. 14 settembre 2017, n. 1754, *id.*, Rep. 2017, voce cit., n. 1).

(44) Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, cit.; 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli, cit. Tali pronunce, nel definire il profitto come «vantaggio di natura economica» o «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale», sottolineano la necessità della stretta derivazione causale del profitto dal reato, precisando che all'espressione non va attribuito il significato di «utile netto» o di «reddito», indicando essa, invece, un beneficio aggiunto di natura economica.

(45) Cass., sez. un., Muci, cit.

(46) Cass., sez. un., Miragliotta, cit.

(47) Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Confisca*, n. 26.

(48) Cass. 6 novembre 2008, n. 45389, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Sequestro penale*, n. 105.

(49) Ciò in linea con Cass. 20 dicembre 2013, n. 3635, soc. Riva Fire, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità amministrativa*, n. 152, che ritiene confiscabile l'eccedenza tra l'incremento patrimoniale

rispettivo di una prestazione lecita, regolarmente eseguita dall'obbligato, anche se nell'ambito di un rapporto contrattuale (ovvero di un titolo giuridico esistente) inquinato, in fase genetica o esecutiva, dalla commissione di un reato.

Il profitto confiscabile è un vantaggio economico netto che presuppone la decurtazione dell'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico con l'ente. Il ricavo lordo è confiscabile, però, se viene in rilievo un'attività totalmente illecita (impresa criminosa), introducendo la distinzione tra reato-contratto e reato in contratto, ovvero tra norme di validità contrattuale e norme di comportamento⁽⁵⁰⁾.

Su questa stessa linea si colloca la sentenza Tosinvest⁽⁵¹⁾, in merito alla nozione di profitto del reato confiscabile ex artt. 19, 53 d. leg. n. 231/01, a seguito di contratto ad esecuzione pluriennale stipulato con la P.A., avente causa illegittima per essere stato il processo di formazione della volontà contrattuale dell'ente pubblico distorto e inquinato da una vicenda di corruzione propria antecedente. Dovendosi intendere per profitto il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato, determinato tenendo conto dell'utilità eventualmente conseguita in concreto dal danneggiato, il profitto conseguito dall'ente societario o collettivo in virtù dell'appalto criminalmente ottenuto da suoi esponenti apicali non è parametrabile all'intero valore del rapporto sinallagmatico (a prestazioni corrispettive) instaurato con l'amministrazione. Occorre scindere, infatti, il profitto confiscabile, quale derivato direttamente dall'illecito penale genetico (che ha consentito di conseguire un appalto pluriennale), dal profitto determinato dal corrispettivo di una effettiva e corretta erogazione di prestazioni comunque svolta in favore della stessa amministrazione; prestazioni che non possono considerarsi colorate di illiceità, per immediato automatismo traslativo e per derivativa illiceità della causa remota. Senza accogliere la nozione di profitto in senso aziendale, dunque, viene rigettata l'impostazione totalizzante, che include nella categoria del profitto qualunque ricavo conseguito per effetto della stipula del contratto di appalto, illecitamente ordito nell'ambito di una relazione corruttiva.

Anche la sentenza Italease⁽⁵²⁾ ha rimarcato come il profitto implichi un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica. La nozione presuppone dunque, la creazione di nuova ricchezza⁽⁵³⁾. Non rappresenta profitto, dunque, un

effettivamente maturato e quello che sarebbe stato conseguito senza l'indebito risparmio di spesa.

(50) SILVESTRI, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, Relazione del Massimario n. 41/14*. L'autore osserva: «la distinzione tra reato contratto e reato in contratto attiene alla individuazione dei rapporti tra norme di comportamento e norme di validità contrattuale e, in particolare, alla verifica delle ipotesi in cui un contratto stipulato in violazione di norme penali debba considerarsi posto in essere in violazione di norme imperative, e quindi sia strutturalmente nullo (reato - contratto), da quelle in cui, invece, la violazione della norma renda comunque il contratto efficace, ancorché annullabile (reato in contratto)».

(51) Cass. 26 giugno 2008, n. 42300, Tosinvest, *Foro it.*, 2009, II, 475.

(52) Cass., 28 novembre 2013, n. 10265, Banca Italease, *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità amministrativa*, n. 131.

(53) Secondo tale sentenza, la nozione di profitto confiscabile richiamata negli artt. 240 c.p. e 19 d.leg. 231/01 deve ritenersi riferita al vantaggio di natura economica che si risolve per colui che ne beneficia in un effettivo incremento patrimoniale in diretta ed immediata derivazione causale dal reato. Inoltre, il profitto, per essere tipico, deve corrispondere 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 (materialità ed attualità sono caratteri che devono intendersi evocati come requisiti propri del profitto in quanto even-

qualsivoglia vantaggio futuro, immateriale, o non ancora materializzato in termini economico-patrimoniali⁽⁵⁴⁾ ovvero una mera aspettativa di fatto, come una 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⁽⁵⁵⁾. La materialità e l'attualità, comunque, sono caratteri che devono intendersi evocati come requisiti propri del profitto in quanto evento del reato (ancorché fuoriesca dal tipo di illecito, costituendo solo l'oggetto della misura di sicurezza o della sanzione ablativa), mentre la necessità di riscontrare una variazione di segno positivo del patrimonio del beneficiario è imminente alla scelta terminologica operata dal legislatore per definire tale evento⁽⁵⁶⁾.

Quanto al profitto quale risparmio di spesa, lo stesso rilevarebbe solo se inteso in senso relativo, presupponendo un ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere; anche nel caso di profitto-risparmio sarebbe necessario, dunque, un risultato economico positivo concretamente determinato⁽⁵⁷⁾. Il profitto può consistere, dunque, anche in un risparmio di spesa, da intendersi non in senso assoluto, ossia quale diminuzione o mancato aumento delle passività cui non corrispondano beni materialmente entrati nella sfera di titolarità del responsabile, ma in senso relativo, ossia come ricavo introitato dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere⁽⁵⁸⁾.

Alla stregua di tale impostazione, il risparmio di spesa confiscabile è comunque un profitto materialmente conseguito, ma di entità superiore a quello che sarebbe stato ottenuto se fossero state erogate le spese dovute. Non è oggetto della confisca il risparmio di spesa in quando tale, ma per la parte non scomputata dall'importo del ricavo effettivamente conseguito da un'attività illecita⁽⁵⁹⁾.

to, mentre quello della variazione di segno positivo è imminente alla scelta terminologica operata dal legislatore per definire tale evento).

(54) Cass. n. 10265/13, cit., in una fattispecie in cui la Corte ha escluso che costituisca profitto confiscabile il mancato accantonamento di risorse da destinare al patrimonio di vigilanza degli istituti bancari; Cass., sez. un., n. 26654/08, Fisia Italimpianti s.p.a. cit.

(55) Cass. 14 settembre 2017, n. 1754, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Confisca*, n. 11, in una 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.

(56) In questi termini, Cass. n. 10265/13, cit., richiamata anche da GIORDANO, *Aspetti problematici nella determinazione del profitto e dei beni confiscabili*, Scuola Superiore della Magistratura, Castelpulci, 3-5 luglio 2019.

(57) Cass., sez. un., Fisia Italimpianti, cit.

(58) Cass. n. 3635/13, cit., nella quale si precisa che, diversamente opinando, si realizzerebbe un'ingiustificata duplicazione di oneri a carico dell'ente, nel senso che gli stessi vantaggi sarebbero considerati come accrescimento patrimoniale (maggiore di quanto si sarebbe verificato se fossero state conseguite le spese) e come mancato decremento patrimoniale (che si sarebbe verificato se le spese fossero state sostenute. Si veda anche Cass., sez. un., n. 26654/08, Fisia Italimpianti, cit., secondo cui il "risparmio di spesa" confiscabile è limitato ad un risultato economico positivo e non ad un dato immateriale, consistendo nel «ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere».

(59) Cfr. Cass. 17 giugno 2010, n. 35748, *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità amministrativa*, n. 194 secondo cui «[...] deve anche escludersi che il valore della somma in questione possa rientrare nella nozione di profitto inteso come "risparmio di spesa", in quanto le stesse Sezioni unite hanno avuto modo di precisare