

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Responsabilità degli enti - Profitto

Responsabilità degli enti - Configurabilità - Vantaggio per l'ente - Prova - Effettivo interesse - Determinazione *ex ante* - Irrilevanza - Criteri di imputazione - Reati societari - Confisca del profitto - Profitto - Nozione (c.p., art. 240; d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 5, 19 e 25-ter).

L'ente è responsabile ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001 se viene provato che ha ricavato dal reato commesso dalla persona fisica un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato ex ante alla consumazione dell'illecito. Anche per i reati societari i criteri di imputazione oggettiva per la responsabilità dell'ente sono quelli previsti in generale dall'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 231 del 2001. Il profitto confiscabile, richiamato nell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, è solo quello costituito da un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente beneficiario ingenerato dal reato, attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 4 marzo 2014 (ud. 28 novembre 2013) - OLDI, *Presidente* - PISTORELLI, *Relatore* - CEDRANGOLO, *P.G.* (parz. conf.) - Banca Italease S.p.A., ricorrente.

Il commento

Interesse, vantaggio e profitto confiscabile in tema di responsabilità degli enti

1. Nella pronuncia oggetto di annotazione la Cassazione da un lato conferma i precedenti approdi interpretativi, dall'altro coglie l'occasione per operare alcune precisazioni. Le principali questioni affrontate dalla quinta Sezione attengono alla definizione degli ambiti di applicazione dei criteri d'imputazione oggettiva contenuti nell'art. 5 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (e a quella connessa dell'esclusione, o meno, della responsabilità dell'ente quando i reati presupposto di cui agli artt. 25-ter e 25-sexies d.lgs. n. 231 del 2001¹ sono stati commessi a vantaggio - e non nell'interesse - dello stesso) e all'individuazione della nozione di profitto assoggettabile alla confisca-sanzione ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001.

¹ Specificamente artt. 25-ter, co. 1, lett. b) ed s) (artt. 2622 e 2638 c.c.) e 25-sexies (art. 185 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) d.lgs. n. 231 del 2001.

Entrambi i temi si presentano estremamente delicati perché la delimitazione dei confini entro i quali i criteri descritti dall'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 sono chiamati ad operare incide direttamente sull'estensione dell'area di responsabilità del soggetto collettivo, mentre la determinazione concettuale di profitto ha dei riflessi applicativi di notevole importanza, in quanto costituisce un'operazione logica antecedente rispetto all'identificazione dei beni suscettibili di ablazione e determina, di conseguenza, il grado di afflittività della misura.

2. Per chiarire il primo profilo la Corte prende le mosse dall'indirizzo giurisprudenziale consolidato secondo il quale la formula normativa «nel suo interesse o a suo vantaggio» non contiene un'endiadi sintomatica di un criterio ascrittivo unitario della responsabilità da reato, riconducibile ad un «interesse» dell'ente inteso in senso obiettivo². I due termini, invece, esprimono concetti diversi: è possibile, infatti, distinguere un interesse “a monte” ad un indebito arricchimento in conseguenza di un illecito – locupletazione prefigurata e successivamente anche non realizzata – da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato *ex ante*, a fronte del quale il giudice opera un riscontro *ex post*³. L'interesse, infatti, descrive la proiezione finalistica della condotta ed è oggetto di una verifica *ex ante*. Si tratta, dunque, di criteri imputativi concorrenti, ma alternativi. Proprio su quest'ultimo punto la Suprema Corte ritiene necessario chiarire i seguenti aspetti.

In primo luogo sussiste la responsabilità dell'ente anche quando non è possibile determinare l'effettivo interesse vantato *ex ante* alla consumazione dell'illecito, ma è solo provato che lo stesso ha ricavato un vantaggio. Tale ultimo criterio, infatti, non è utilizzabile solo quando è stato contestualmente accertato che l'illecito è stato realizzato nell'esclusivo interesse della persona fisica o di terzi⁴. In questa ipotesi, infatti, s'interrompe il rapporto di immedesimazione che deve intercorrere tra il singolo e l'ente e, di conseguenza, il

² La questione se l'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 preveda un unico criterio ovvero una pluralità di autonomi presupposti è stata affrontata ampiamente in dottrina: DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1348; FIORELLA, *Principi generali e criteri d'imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di Lancellotti, Torino, 2003, 85; PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, 5 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 417; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2000.

³ Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, D'Azzo, in *Cass. pen.*, 2007, 74.

⁴ Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, Mussoni e altri, in *Cass. pen.*, 2010, 1938.

reato non può essere attribuito al soggetto collettivo.

Questa interpretazione comporta l'accoglimento di un'accezione «non propriamente o esclusivamente soggettiva» del concetto d'interesse. Diversi, infatti, sono gli argomenti prospettati a supporto di una sua «caratterizzazione oggettiva»⁵. Affinché si configuri la responsabilità dell'ente la legge non richiede che l'autore del reato abbia voluto perseguirne l'interesse o sia consapevole di realizzarlo attraverso la sua condotta. Più chiaramente, secondo la Cassazione la volontà dell'agente può essere quella di conseguire l'interesse dell'ente, ma la responsabilità di quest'ultimo sussiste anche quando, nel cercare di raggiungere quello proprio (ed autonomo), la condotta della persona fisica appaia in grado di concretizzare *ex ante* (essendo irrilevante che lo stesso venga effettivamente conseguito) anche quello dell'ente. La lettura integrata delle disposizioni contenute negli artt. 12, co. 1, e 13, co. 3, d.lgs. n. 231 del 2001 confermerebbero che il reato presupposto può essere funzionale al soddisfacimento di un interesse “misto”, cioè concorrente di una pluralità di soggetti. Le due norme stabiliscono, infatti, la diminuzione delle sanzioni pecuniarie e l'inapplicabilità di quelle interdittive quando l'illecito è commesso nel prevalente interesse del suo autore o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato alcun vantaggio ovvero un vantaggio minimo. L'utilizzo del termine «prevalente» induce a presumere, pertanto, che l'ente sia responsabile nell'ipotesi in cui ha avuto un interesse «anche» solo concorrente con quello dell'agente alla commissione del reato presupposto⁶. Ciò si verifica quando la condotta dell'autore del reato tende oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, «anche» l'interesse del medesimo⁷.

La Corte afferma, inoltre, che la valutazione *ex ante* dell'interesse comporta che ai fini della determinazione della sua sussistenza o meno il giudice non deve prendere in considerazione le eventuali vicende successive che hanno investito il soggetto collettivo. Di conseguenza il fatto che i vantaggi seguiti alla consumazione del reato sono stati temporanei o l'esito finale delle operazioni illecite sia stato dannoso per l'ente non è rilevante.

⁵ Secondo la Corte l'accoglimento della nozione oggettiva sarebbe imposta dalle previsioni di cui all'art. 6, co. 5 (secondo la quale si procede alla confisca del profitto derivante dal reato anche nel caso in cui l'ente non deve rispondere per aver predisposto modelli organizzativi fraudolentemente elusi dall'agente), e di cui all'art. 8, lett. a) (per cui la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato o non è imputabile). L'ente è, quindi, responsabile o subisce conseguenze sanzionatorie anche quando può risultare impossibile verificare se l'autore era motivato dal perseguire un interesse “collettivo” ovvero quando il reo consapevolmente ne trasgredisce le norme interne. La Cassazione, inoltre, rileva l'incompatibilità tra l'accezione in senso soggettivo dell'interesse e l'inserimento di alcuni delitti colposi nel catalogo dei reati presupposto

⁶ Cass., Sez. VI, 22 maggio 2013, P.m. in proc. House Buiding S.p.A., in *Mass. Uff.*, n. 255442.

⁷ Cass., Sez. V, 26 aprile 2012, Sensi, in *Mass. Uff.*, n. 253355.

Nella pronuncia è chiarito, inoltre, un ulteriore aspetto strettamente connesso con quello poc'anzi affrontato: la sussistenza o meno di un "sottosistema" all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001 dedicato alla responsabilità da reato societario governato da regole autonome rispetto a quelle dettate nella parte generale del decreto. Il concorso reale dei presupposti dell'interesse e del vantaggio pone, infatti, un problema di coordinamento in riferimento all'art. 25-ter, il cui testo fa riferimento solo al primo⁸. Secondo la Corte la menzione nel disposto della norma del solo «interesse» quale criterio ascrittivo dell'illecito non è indicativa dell'intenzione del legislatore di ridimensionare l'area della responsabilità dei soggetti collettivi in relazione ai reati societari. Costituisce, invece, un ulteriore indice che i due termini, interesse e vantaggio, esprimono concetti tra loro autonomi. La Relazione al d.lgs. 11 aprile 2002, che ha introdotto l'art. 25-ter, puntualizza che la responsabilità degli enti per i reati societari è stata configurata «nel rispetto dei principi contenuti nella l. 29 settembre 2000 n. 300 e nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231»⁹. Ciò significa che i criteri d'imputazione generale contenuti nell'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 231 del 2001 si applicano anche in ambito societario, nonostante la «dubbia tecnica di redazione del testo di legge».

3. L'intervento della Corte è finalizzato a fornire indicazioni per stabilire se sussiste la responsabilità dell'ente anche in quelle situazione «dubbie», cioè non univocamente espressive di una politica (illecita) d'impresa¹⁰. Secondo il sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 possono, infatti, verificarsi tre diverse evenienze: o la condotta è pienamente riconducibile all'ente, o è espressiva di un esclusivo interesse personale del soggetto agente, oppure è possibile rintracciare un interesse concorrente della persona fisica e di quella collettiva. La prassi, infatti, dimostra che sovente si possono verificare situazioni in cui non è possibile rinvenire una piena compenetrazione dell'illecito nella struttura dell'azione organizzata dell'ente, ma sussiste anche un interesse personale del reo¹¹. La preventiva definizione dei concetti d'interesse e di vantaggio e

⁸ Sulla problematica si rinvia a PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda, Seminara, Padova, 2002, 64.

⁹ La Relazione con l'inciso sopramenzionato ribadisce la stessa direttiva contenuta nella legge delega del d.lgs. n. 61 del 2002 (art. 11 l. 3 ottobre 2001, n. 366)

¹⁰ Nel caso in cui sussista una politica (illecita) d'impresa si ha una piena compenetrazione dell'illecito nella struttura organizzata dell'ente in quanto la sua genesi deve essere individuata in un programma che concepisca, per il perseguimento di scopi leciti, la possibilità di orientare l'attività collettiva «in senso parzialmente illegale e tale che possa essere conosciuto o conoscibile ad ogni socio»: FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di Conti, Padova, 2001, 78.

¹¹ Per alcuni significativi esempi si rinvia a PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli*

la corretta applicazione dei predetti criteri d'imputazione oggettiva evita che il giudizio di responsabilità si basi su meccanismi "casuali" e che l'ente subisca tanto l'evento patrimonialmente dannoso del reato sia le sanzioni conseguenti alla realizzazione dell'illecito.

La pronuncia, però, non sembra utile a superare alcune difficoltà applicative. La prima si può rinvenire nell'attribuire lo stesso effetto del riconoscimento della responsabilità a due situazioni strutturalmente diverse, ovvero quando la commissione del reato si caratterizza come propria dell'ente e quando vi sia un'identità tra l'interesse personale dell'agente e quello dell'ente (per cui la sua realizzazione sarebbe comunque inquadrata in relazione alle finalità dell'organizzazione) e il reato ha la sua genesi in prevalenza nella spinta esercitata dalla motivazione della persona fisica¹². In quest'ultima ipotesi, infatti, la previsione di un trattamento sanzionatorio più tenue non sembra sufficiente a dissipare le perplessità dovute all'affievolirsi del collegamento tra l'agire del soggetto e la responsabilità dell'ente, nella misura in cui si attribuisce rilievo anche ad iniziative illecite a prevalente carattere individuale. È necessario, pertanto, una rigorosa applicazione degli altri criteri d'imputazione, quello oggettivo-funzionale che individua i soggetti i quali, in virtù della specifica posizione rivestita ed esercitata all'interno dell'ente, possono tenere una condotta di reato, e quelli soggettivi di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001.

L'attribuzione di una «caratterizzazione oggettiva» alla nozione d'interesse, inoltre, non significa ignorare completamente la valenza che assume l'intenzione del reo di avvantaggiare l'ente collettivo¹³ nell'accertamento della responsabilità dello stesso. Tale finalità dell'agente, infatti, rivela il collegamento all'interesse generale del soggetto collettivo, rafforzando il legame tra l'individuo che agisce, in virtù della sua posizione funzionale, e l'ente in sé e per sé considerato. Non tenerne conto renderebbe la disciplina non conforme al principio costituzionale di personalità, in particolar modo in riferimento alle sopracitate situazioni «dubbe». Soprattutto nelle ipotesi in cui l'interesse del soggetto collettivo si presenta in forma "minima" il vincolo costituzionale esige, infatti, che il giudizio di responsabilità deve seguire all'accertamento di una soglia di rilevanza che garantisca una significatività

amministratori, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 537; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, cit., 17 ss.

¹² SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, cit., 20.

¹³ Alla condotta obiettivamente diretta alla realizzazione di un interesse dell'ente deve corrispondere l'atteggiamento psicologico di chi agisce come soggetto qualificato SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, cit., 168.

adeguata a giustificare il possibile effetto sanzionatorio (benché attenuato)¹⁴.

4. La seconda questione affrontata è se si debba intendere o meno come profitto il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato che si risolve in un incremento patrimoniale dell'ente. Per dirimerla è necessario preventivamente chiarire il concetto di profitto.

Come noto, si tratta di una operazione ermeneutica non semplice perché, da un lato, nell'ordinamento penale non è possibile rintracciarne una definizione¹⁵ sebbene molteplici disposizioni vi facciano riferimento, dall'altro proprio la specificità e l'eterogeneità di quest'ultime non consentono l'individuazione di una nozione unitaria. Attualmente, infatti, l'istituto della confisca annovera sotto la medesima etichetta terminologica ipotesi normative eterogenee, rispondenti a finalità politico-criminale differenti¹⁶. La giurisprudenza, pertanto, ha dovuto procedere di volta in volta ad un intervento interpretativo volto a colmare l'ampia «latitudine semantica» che caratterizza il profitto¹⁷. L'utilizzo del termine è promiscuo anche nell'ambito dello stesso d.lgs. n. 231 del 2001¹⁸, dove l'istituto della confisca si connota in maniera diversa a seconda

¹⁴ SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, cit., 172.

¹⁵ Nel nostro ordinamento non è rinvenibile una norma interpretativa definitoria della nozione di profitto del reato. Il termine, infatti, viene utilizzato in maniera meramente enunciativa nelle varie fattispecie in cui è inserito. Per una compiuta elaborazione teorica sulla metodologia dell'interpretazione penale cfr.: RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013. L'Autore distingue tra norme interpretative e pseudo-interpretative. Le prime «specificano il significato che deve attribuirsi ad altre norme o fissano le regole che debbono essere seguite nell'interpretazione delle disposizioni presenti nel contesto normativo» e si suddividono in norme interpretative definitorie, che operano «una traduzione endolinguistica del testo» (164 ss.), e norme interpretative suppletive, che «non postulano un'identità ma riportano dentro un'entità linguistica termini che nell'uso comune sono ad essa non riconducibili» (197); le seconde, invece, «sono apparentemente interpretative, ma in realtà estendono la materia del divieto penale e quindi svolgono la funzione di norme incriminatrici» (200).

¹⁶ Per una panoramica sull'evoluzione della disciplina dell'istituto della confisca, anche in prospettiva comparata, si rinvia in dottrina: ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 39; AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. Pen., Agg.*, Torino, 2008, 191; FIAN-DACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 833; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997, 119 ss., 207 ss.; MASSA, voce *Confisca* (dir. proc. pen.), in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1961, 983. Di diverso avviso cfr. FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. Pen., Agg.*, 2005, Torino, I, 201. Per un approfondimento della nozione di profitto si rinvia a FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sopranazionali*, Padova, 2008, 123; PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2075.

¹⁷ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Impianti S.p.A. e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1263.

¹⁸ Il «profitto» è menzionato in ben tredici disposizioni diverse: artt. 6, co. 5, 13 co. 1, lett. a), 15, co. 4, 16, co. 1, 17 lett. c), 19, 23 co. 2 e 3, 24 co. 2, 25 co. 3, 25-ter, co. 2, 25-sexies, co. 2, 74 co. 1, lett. d) e 79 co. 2, d.lgs. n. 231 del 2001.

del concreto contesto in cui è chiamato ad operare. Di conseguenza la giurisprudenza ha precisato che per aversi confisca il profitto ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 231 del 2001 deve essere inteso in senso più ampio rispetto a quello oggetto della misura obbligatoria ablativa di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, perché non è costituito solo dal «vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto»¹⁹, ma anche da quello «non immediato, comunque conseguito attraverso la realizzazione dell'illecito»²⁰.

Tale «polifunzionalità» impone di restringere l'ambito della ricostruzione alla nozione di profitto assoggettabile alla confisca-sanzione di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001. Per verificarne l'esatto perimetro applicativo è necessario far riferimento all'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in relazione al profitto oggetto della confisca-misura di sicurezza ex art. 240 c.p. Nonostante, infatti, la diversa qualifica attribuita alle due misure ablativa (misura di sicurezza una, sanzione principale ed autonoma l'altra) l'oggetto è il medesimo (il profitto conseguito dall'autore individuale e dall'ente dalla consumazione del reato). I passaggi fondamentali del percorso argomentativo seguito dalla Corte sono i seguenti.

Il profitto a cui fa riferimento l'art. 240, co. 1, c.p., si contrappone al «prodotto» e al «prezzo» del reato²¹. Mentre il prodotto è il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato, il prezzo va individuato «nel compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito» ovvero in «un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato»²². A differenza dell'ordinamento interno, in quello comunitario e

¹⁹ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Impianti S.p.A. e altri, cit.

²⁰ Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita Soc. Coop. S.r.l., in *Cass. pen.*, 2007, 4227.

²¹ La difficoltà di distinzione tra «prezzo» e «profitto» si pone con riferimento ai reati caratterizzati dall'esecuzione di due prestazioni, quando l'utilità conseguita dal soggetto attivo del reato costituisce corrispettivo di una controprestazione. In merito FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, cit., 35; LOTTINI, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322-ter c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1301.

²² Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, Cahbni, in *Foro it.*, 1997, II, 404 ss., con nota di CANZIO, *Patteggiamento e confisca: ancora un intervento delle Sezioni Unite Cass., S.U., 15 dicembre 1992*. La Cassazione ritiene che al prezzo non può essere attribuita la definizione di «utilità economica» ricavata dalla commissione del reato. La Suprema Corte ha, pertanto, escluso che possano identificarsi nel «prezzo del reato»: il danaro consegnato dalla prostituta al suo sfruttatore (Id., Sez. III, 10 febbraio 2000, Brunetti, in *Cass. pen.*, 2001, 1789); il corrispettivo versato allo spacciatore per la cessione di sostanza stupefacente (Id., Sez. un., 3 luglio 1996, Cahbni, cit.); la cosa incautamente acquistata (Id., Sez. II, 24 settembre 1998, Asselitti, *ivi*, 1999, 3126); il denaro esposto nel gioco d'azzardo (Id., Sez. un., 15 dicembre 1992, Bissoli, *ivi*, 1993, 1388). Costituisce prezzo, invece, il *cachet* del killer per l'omicidio, la tangente pattuita per il mercimonio dell'ufficio (cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, cit., 35).

in quello internazionale non è, invece, possibile rinvenire alcuna distinzione tra i concetti di prezzo, prodotto e profitto, poiché si utilizza quello «generale» di provento. A quest'ultimo è assegnato un significato omnnicomprensivo, tale da racchiudere in esso tutto ciò che deriva dalla commissione del reato e, pertanto, inclusivo delle predette categorie²³.

Nei diversi arresti giurisprudenziali che si sono succeduti la Suprema Corte ha chiarito che deve essere accolta un'accezione di «profitto» ampia²⁴ ovvero come vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, che, però, non significa né «utile netto» né «reddito»²⁵. Tale ampiezza non comporta, però, un'estensione indiscriminata ad ogni tipologia di vantaggio patrimoniale - potenziale, indiretto od immediato - che può scaturire dall'illecito. Il «confine esterno» è, infatti, delimitato attraverso il parametro della c.d. pertinenzialità al reato del profitto, intesa come diretta ed immediata derivazione causale del secondo dal primo, che costituisce il criterio di selezione a cui ricorrere. È necessario che il nesso sia accertato con rigore, escludendo il rapporto ogni qual volta il profitto non sia ricollegabile causalmente in modo preciso all'attività criminosa posta in essere dall'agente/ente.

In riferimento alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, poi, possono ravvisarsi delle ipotesi in cui l'applicazione del principio sopraenunciato può subire un «ridimensionamento», perché deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione. Se il reato presupposto è consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, è necessario, infatti, distinguere tra profitto illecito (confiscabile), perché costituito da un vantaggio economico derivante direttamente dal reato, e lecito (non confiscabile), in quanto corrispettivo ricevuto

²³ Cass., Sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, in *Cass. pen.* 2006, 1382; Id., Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Riv. pen.*, 1999, 632.

²⁴ Cass., Sez. un., 25 ottobre 2007, Miragliotta, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1295 e ss., ha accolto un'accezione ampia del termine «profitto», ammettendo, in relazione al reato di concussione, che la confisca obbligatoria «diretta» (c.d. di proprietà) possa avere ad oggetto non soltanto il profitto immediato conseguito con il reato, ovvero il denaro illecitamente ricavato, ma anche qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente ottenuto subisce per effetto dell'investimento dello stesso, allorquando sia collegabile casualmente al reato stesso ed al profitto immediato conseguito. A giudizio della Corte tale conclusione è imposta dalla stessa ratio della confisca, la cui finalità è di rendere improduttivo il reato.

²⁵ Secondo la Cassazione, infatti, all'espressione «vantaggio economico», tuttavia, non deve essere attribuito il significato di «utile netto» o di «reddito», bensì quello di «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» perché il termine «profitto» non può essere inteso come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito. Id., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Impianti S.p.A. e altri, cit.; Id., Sez. un., 24 maggio 2004, Curatela fall. in proc. Focarelli, in *Cass. pen.*, 2004, 3087; Id., Sez. un., 24 maggio 2004, Curatela fall. in proc. Romagnoli, *ivi*, 2005, 12, 3933; Id., Sez. VI, 6 maggio 2003, Liguori, *ivi*, 2004, 3225; Id., Sez. un., 3 luglio 1996, Cahbni, cit.

per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito. Quando, pertanto, la realizzazione del reato interferisce con l'esercizio legittimo dell'attività d'impresa è necessario verificare se l'iniziativa lecitamente assunta ha interrotto il collegamento causale con la condotta di reato "a monte". In questo caso l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato-controparte in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni imposte dal contratto non costituisce profitto²⁶, che deve, quindi, essere concretamente determinato al netto dell'effettivo guadagno, che non può ritenersi *sine causa* o *sine iure*²⁷.

Nella sentenza oggetto di annotazione la Cassazione opera un'ulteriore precisazione chiarendo che 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.

Le puntualizzazioni operate dalla Suprema Corte si pongono indubbiamente in linea con la riconosciuta funzione sanzionatoria della confisca, quale strumento di contrasto di quelle forme di criminalità economica e/o organizzata incentrate sul profitto. A differenza della misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., infatti, la «pericolosità della cosa» oggetto di confisca - ovvero «la possibilità che la cosa, qualora sia lasciata nella disponibilità del reo, venga a costituire per lui un incentivo per commettere ulteriori illeciti»²⁸ - perde rilevanza e assume un ruolo principale la finalità repressiva e punitiva connessa alla privazione dei beni. Proprio in virtù di ciò, e della particolare afflittività conseguente all'ablazione dei profitti nella forma per equivalente, la Corte ribadisce la necessità della stretta osservanza del criterio della c.d. pertinenzialità. La confisca per equivalente, infatti, a differenza di quella "ordinaria" ex art. 240 c.p., può riguardare beni che, non solo non hanno alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, ma neanche hanno alcun collegamento diretto con il singolo reato potendo, quest'ultimi, essere differenti dal provento derivante dalla consumazione dell'illecito²⁹. La funzione sanzionatoria della confi-

²⁶ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Impianti S.p.A. e altri, cit.

²⁷ Cass., Sez. II, 15 aprile 2009, P.m. in proc. Società Impregilo S.p.A. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 243198.

²⁸ In questo senso si veda MASSA, voce *Confisca*, cit., 983. Di diverso avviso cfr. FURFARO, voce *Confisca*, cit., 201.

²⁹ Ai fini dell'applicazione della confisca per equivalente, infatti, non è necessario individuare il rapporto di pertinenzialità sussistente tra il reato ed i beni da confiscare (Cass., Sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, cit.; Id., Sez. VI, 27 gennaio 2005, Baldas, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 229; Id., Sez. VI, 19 gennaio 2005, P.m. in proc. Nocco, in *Cass. pen.* 2007, 611). In merito giova evidenziare che, proprio la caratteristica della confisca per equivalente di poter avere ad oggetto beni nella disponibilità del condannato indipendentemente dal loro collegamento, diretto o indiretto, col fatto di reato, ha indotto parte della dottrina a sollevare dei dubbi di costituzionalità sull'istituto de quo. A differenza di quanto

sca ex art. 19 impone, quindi, un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata. Ciò è possibile attraverso il ricorso al criterio selettivo della c.d. pertinenzialità. Quest'ultimo, infatti, garantisce non solo la corretta applicazione della disposizione, in ossequio al principio di determinatezza, ma soprattutto evita che venga applicata una «doppia sanzione» non prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001, operazione che avverrebbe in spregio al principio di legalità e a quello di proporzionalità tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata.

La Corte definisce il profitto quale «mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario» al fine di evitare che vi sia una sovrapposizione tra la nozione di quest'ultimo e quella di vantaggio, espandendo la prima oltre i limiti individuati. La scorretta rappresentazione del patrimonio, infatti, può procurare un vantaggio all'ente, ma non ne produce necessariamente un incremento. Se si consentisse tale identificazione si cumulerebbe la funzione propria della confisca del profitto di reato a quella delle sanzioni pecuniarie, contravvenendo alla volontà del legislatore indirizzata, invece, ad affiancarla. L'applicazione dell'istituto in mancanza del summenzionato «mutamento», inoltre, travalicherebbe la funzione deterrente e comporterebbe l'applicazione di un'ulteriore sanzione, perché significherebbe espropriare in chiave affittiva l'ente di risorse che già possedeva prima della realizzazione dell'illecito e la cui acquisizione non è determinata dallo stesso.

La qualificazione del profitto come «mutamento materiale» sembrerebbe voler dare un'indicazione anche in riferimento ad una questione non affrontata dalla Cassazione nelle precedenti sentenze a sezioni unite, ovvero quella del grado di materialità che dovrebbe avere il profitto confiscabile. Ci si è chiesto, infatti, se si possano ritenere oggetto di ablazione solo beni concretamente espropriabili (eventualmente nella forma per equivalente) o anche i vantaggi immateriali derivanti dal reato, come l'acquisizione di una posizione dominante sul mercato.

Qualche perplessità sorge, invece, nella classificazione operata dalla Corte del profitto come «evento in senso tecnico» sebbene definito «esterno al tipo di illecito costituendo solo l'oggetto della misura di sicurezza o della sanzione ablativa», in quanto ciò non solo evidenzia una contraddizione, ma comporte-

previsto dalla disciplina della confisca "allargata" ex art. 12-sexies della l. 7 agosto 1992, n. 356, la confisca di valore prescinde anche dal requisito della sproporzione «sospetta» del patrimonio del reo. Per una ricostruzione del problema si rimanda a A. GAITO, *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*. «Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive di indagine», in *Giur. it.*, 2009, 2067.

ARCHIVIO PENALE 2014, n. 2

rebbe le note conseguenze interpretative in punto di accertamento del dolo e del nesso di causalità.

FRANCESCA ROMANA FULVI