

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Reati societari

La decisione

Reati societari - Responsabilità dell'ente - Criteri di imputazione dell'interesse o vantaggio (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 5, 25-ter, co. 1, lett. b) e s), 25-sexies; c.c., artt. 2622, 2368; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 185).

In tema di responsabilità da reato dell'ente, i criteri di imputazione oggettiva previsti in generale dall'art. 5, co. 1, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 trovano applicazione anche con riferimento ai reati societari elencati nel successivo art. 25-ter del decreto. Ai fini della responsabilità dell'ente, è sufficiente che venga provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato ex ante alla consumazione dell'illecito e purché non sia contestualmente stato accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica.

Responsabilità da reato dell'ente - Sanzioni - Confisca del profitto del reato presupposto - Nozione di profitto confiscabile (c.p., art. 240; d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 19).

La nozione di profitto confiscabile deve ritenersi riferita al vantaggio di natura economica che si risolve per colui che ne beneficia in un effettivo incremento patrimoniale e che possa ritenersi di diretta ed immediata derivazione causale dal reato.

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

Il commento

La nozione di profitto confiscabile

1. La statuizione in commento - dall'ampio ed approfondito impianto motivazionale - desta particolare interesse per il lucido percorso argomentativo su cui essa riposa, ricco di considerazioni non solo didascaliche ma in sé forti, e di significativa rilevanza sistematica, tali che se per un verso pongono un *ca-veat* ad un ricorso indiscriminato ai meccanismi di confisca *ex artt.* 240 c.p. e 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, per altro verso ne definiscono decisamente l'oggetto (l'illecito profitto). Sforzo definitorio compiuto dalla Suprema Corte all'esito del quale - in ragione dell'ordito giuridico di dirimente valore che lo precede e che questo giustifica - si staglia una nozione limpida e cristallina di

profitto assoggettabile a confisca, efficace sintesi dell'elaborazione esegetica svolta in materia dalle Sezioni unite penali nelle sentenze Focarelli, Fisia Italmontepiani S.p.A. e Romagnoli.

2. La questione di diritto per la quale il Giudice di legittimità giunge a cassare - annullando senza rinvio - la decisione della Corte d'Appello di Milano, poiché viziata dal non emendabile *error in iudicando in iure* in cui questa è incorsa nell'interpretazione, e pertanto nell'applicazione dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, si sostanzia, in estrema sintesi, nell'accezione da attribuirsi al termine, e dunque alla nozione, di "profitto confiscabile" e, di conseguenza, in ordine a quanto può formare oggetto di possibile *adprehensio*.

La Corte territoriale non fa buongoverno, infatti, degli esiti ermeneutici cui era pervenuto il Supremo Organo di nomofilachia definendo - al termine di un percorso di complessa esegesi di ortopedia ricostruttiva - il profitto assoggettabile a confisca ai sensi dell'art. 240 c.p., così come dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, quale «vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato presupposto» ritenendo, peraltro, immanente a tale nozione il requisito di «beneficio aggiunto di carattere patrimoniale».

Al contrario i Giudici milanesi, che pur dicono di non ignorare siffatti esiti giurisprudenziali, di essi ne danno una differente applicazione concreta giungendo a far coincidere la nozione di profitto confiscabile con quella di vantaggio *tout-court*, di tal guisa espandendone i confini ben oltre i *limina* fissati dalla Suprema Corte.

3. La pronuncia cassata conferma, nella sostanza, il *decisum* del Giudice di prime cure da cui si discosta, unicamente, per aver essa quantificato in una minore grandezza economica il valore monetario del profitto confiscabile. Nei due gradi di giudizio che avevano preceduto quello di legittimità si era, infatti, giunti alla conclusione che l'accertato reato di "false comunicazioni sociali" (art. 2622 c.c.) - commesso da Banca Italease S.p.A. sottostimando per l'ammontare di € 54.100.000 il rischio connesso a contratti stipulati con la clientela, aventi ad oggetto complessi "strumenti derivati", così sottraendo tali somme alla loro destinazione vincolata - avesse determinato un profitto di pari valore e, pertanto, la ricorrenza dei presupposti necessari per giustificare l'apprensione coattiva. In sintesi si era reputato che il mancato accantonamento della somma di € 54.100.000 e, dunque, l'aggiramento dei vincoli del patrimonio di vigilanza e, in sostanza, la derivatane possibilità di poter Banca Italease liberamente disporre di siffatto ammontare di denaro, da impiegare in proficui finanziamenti alla clientela, poiché indubbio vantaggio conseguito

dalla realizzazione del delitto di “*false comunicazioni sociali*”, di questo ne rappresentasse l’illecito profitto confiscabile.

I Giudici milanesi, sia di primo grado che di appello, di tal modo arrivavano a far coincidere la nozione di profitto con quella di generico vantaggio tratto dal crimine (la mancata destinazione al patrimonio destinato alla vigilanza della somma di € 54.100.000) che, in questa prospettiva, consideravano assoggettabile a confisca per l’intero suo ammontare.

4. Secondo la Corte di legittimità tale esito – che all’evidenza proponeva la riconducibilità di qualsiasi «disponibilità economica artificiosamente procurata» attraverso la manipolazione del bilancio, nel perimetro della nozione di profitto confiscabile – confliggeva palesemente con i principi più volte sanciti dallo stesso Organo di nomofilachia nella sua più autorevole composizione.

Il Giudice di terza istanza osservava, infatti, come non potesse considerarsi oggetto di apprensione coattiva l’ideale apprezzamento del patrimonio disponibile, conseguito al doloso sottodimensionamento del patrimonio di vigilanza, che dal punto di vista contabile/bilancistico – nonché, e principalmente, sostanziale – non determina una variazione in aumento del “patrimonio netto” dell’ente ma solo una sua diversa segmentazione tra parte disponibile e parte vincolata.

Ed è così che la Suprema Corte censura severamente le conclusioni a cui erano, al contrario, pervenuti i giudici milanesi in ordine a quanto poteva o doveva formare oggetto di confisca avendo questi operato una inammissibile confusione tra grandezze ideali e grandezze reali, assimilando una mera variazione di poste dello stato patrimoniale del bilancio d’esercizio – venutasi a determinare per un artificioso incremento del patrimonio disponibile a danno, di pari entità, del patrimonio vincolato – ad un “beneficio aggiunto di carattere patrimoniale”. Beneficio – precisa sempre la Cassazione nella statuzione in commento – di cui, peraltro, né della sua esistenza, né del suo ammontare, se ne fornisce in alcun modo prova. Il che logicamente propone che ove, al contrario, si fosse compiutamente accertato se quella quota di patrimonio, resasi disponibile a seguito dell’illecita rappresentazione contabile, fosse stata per davvero proficuamente impiegata in finanziamenti alla clientela, il provento da questi generato – poiché agevolmente riconducibile nel perimetro della nozione di «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» – avrebbe potuto essere oggetto di ablazione.

5. La Corte di legittimità, infatti, non dubita – così condividendo le conclusioni cui giunge la decisione cassata – che, nella fattispecie concreta posta al suo esame, si sia sostanziata la responsabilità amministrativa di Banca Italease

per i reati presupposto di ostacolo alla vigilanza (art. 2638 c.c.) e false comunicazioni sociali (art. 2622 c.c.) - entrambi contemplati nel catalogo di cui all'art. 25-ter d.lgs. n. 231 del 2001 - né dubita che tali delitti siano stato consumati anche nell'interesse dell'ente, e non solo a suo vantaggio. E ne spiega le ragioni fornendo, nel contempo, preziose indicazioni sulla corretta lettura che di siffatto impianto legislativo (d.lgs. n. 231 del 2001) - e, in particolare, del secondo comma dell'art. 5 ivi contenuto - va data, allorquando individua, come criterio oggettivo di imputazione della responsabilità amministrativa dell'ente, i reati commessi «nel suo interesse o vantaggio» dai suoi vertici apicali, ovvero da coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza dei medesimi, precisando come tali due vocaboli (vantaggio e interesse), utilizzati dal legislatore, non rappresentino un'endiadi riducibile ad un interesse della persona giuridica inteso in senso obiettivo, bensì - essendo il loro legame nella formula caratterizzato dal ricorso alla disgiuntiva "o" - due criteri ascrittivi di reati tra loro concorrenti, ma alternativi, che evocano, nel lessico giuridico, concetti distinti. In tale prospettiva se per un verso deve escludersi che possa configurarsi una responsabilità amministrativa dell'ente *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 ove si accerti che il reato presupposto sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore o di terzi, per altro verso deve, in ogni caso, ritenersi sostanziata la responsabilità del soggetto collettivo ove questi dal delitto - se pur commesso nell'esclusivo interesse di altri - abbia ricavato un vantaggio. La norma - precisano i Supremi Giudici - invero propone l'interesse ed il vantaggio come criteri imputativi concorrenti, ma pur tuttavia diversi: il vantaggio ha una connotazione soggettiva, essendo sufficiente accertare o provare che l'ente abbia questo ricavato dal reato presupposto per configurarne la responsabilità; l'interesse ha, al contrario, una connotazione oggettiva sì da potersi ascrivere alla persona giuridica la responsabilità per il delitto anche quando l'agente, pur perseguendo il proprio autonomo interesse, attraverso la sua condotta, realizzi o sia in grado di realizzare anche quello del soggetto collettivo, risultando sotto il profilo giuridico irrilevante che, poi, siffatto interesse venga effettivamente a concretizzarsi. Riferimenti utili, ai fini del d.lgs. n. 231 - perché consentono di superare la possibile, se pur ingiustificata, eccezione che la confisca ed il sequestro ad essa prodromico si applichino solo ove si ravvisi la responsabilità del soggetto collettivo - sono contenuti nell'art. 6, co. 5, laddove si stabilisce che: «è, comunque, disposta la confisca del profitto che l'Ente ha tratto dal reato, anche nella sua forma per equivalente». Tale passaggio legislativo, del tutto nuovo rispetto alla disciplina tradizionale della confisca, contempla, dunque, l'ablazione del profitto per equivalente, persino nell'ipotesi di una intervenuta sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente, laddove le ragioni del precetto devono rinvenirsi nell'esigenza so-

stanziale di evitare un «arricchimento» della persona giuridica generato da un'attività illecita. Ineludibile corollario è che si sostanzia, pertanto, la responsabilità *ex d.lgs. n. 231 del 2001* dell'ente anche se esso non abbia ricavato alcun vantaggio dal reato presupposto ove questo sia risultato comunque funzionale al soddisfacimento dell'interesse concorrente di una pluralità di soggetti, tra cui la medesima persona giuridica, restando, invece, esclusa tale sua responsabilità unicamente nell'ipotesi in cui non solo non abbia tratto alcun vantaggio ma l'illecito sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore, persona fisica o terzi. Per la Corte di legittimità – che così ripercorre adesivamente la soluzione offerta a tale quaestio iuris dai giudici dell'appello, di cui ne apprezza e ne condivide l'esito ermeneutico – non può, in ragione dei dianzi enunciati principi, che pervenirsi alla conclusione che l'illecita condotta di occultare eventuali lacune sul piano della tenuta finanziaria e patrimoniale di Banca Italease si sia consumata anche nell'interesse della medesima; il che, all'evidenza, esclude che possa nel caso concreto in scrutinio invocarsi l'esenzione della responsabilità dell'ente considerata nel secondo comma dell'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 (l'interesse esclusivo proprio o di terzi da parte del soggetto agente).

6. Non è, dunque, quanto attiene al riconoscimento della responsabilità del soggetto collettivo Italease – in ordine ai reati ad esso ascritti, ed alla conseguente ricorrenza dei presupposti per l'applicazione della confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001* – ciò che vede porsi su crinali contrapposti il giudice di legittimità e quello del merito, che sul *thema* manifestano un'assoluta identità di pensiero, bensì la nozione di profitto confiscabile e, con essa, la latitudine operativa dell'apprensione coattiva. Per la Suprema Corte, infatti, quella distrettuale è incorsa nell'*error in iudicando in iure* poiché, anziché assumere come parametro per la determinazione del *quantum* del profitto confiscabile «il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale», ha, al contrario, fatto riferimento ad una grandezza ideale quale l'entità degli accantonamenti non operati al patrimonio di vigilanza, che, palesemente, non si riflettono, né mai possono riflettersi, simmetricamente, e per importi equivalenti, in «una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto del reato». *Relatio* correttamente evocabile è che, in ragione di tal rapporto eziologico – la cui esistenza costituisce il parametro di legittimità della misura ablativa – il vantaggio materialmente apprezzabile derivato dalla falsa rappresentazione contabile si prospetta poter essere, nella fattispecie concreta in scrutinio, unicamente il provento economico ricavato dagli interessi attivi correlati a quegli impieghi, sotto forma di prestiti alla clientela, resi possibili dalla libera disponibilità della somma, altrimenti vincolata, di € 54.100,00, di cui pertanto ne andava accertata dap-

prima l'avvenuta sua destinazione a tal fine e poi l'utile - o se si preferisce il risultato economico - da essa generato.

7. Decisivo, dunque, il rilievo che nel caso in rassegna non sia stata in alcun modo individuata dai giudici del merito una grandezza economica di diretta ed immediata derivazione causale dal reato, o il valesente di una sua trasformazione, ma solo un generico vantaggio patrimoniale - potenziale, indiretto o mediato - scaturito dall'illecito, manifestamente privo dell'indefetibile requisito della pertinenzialità al delitto che legittima la confisca, che, altrimenti, si profilerebbe misura ingiustificata, oltre che sproporzionata, ove il valore monetario, che ne forma l'oggetto, non sia avvinto in forza di una stretta relazione causale all'azione delittuosa che sostanzia il crimine presupposto. È questo il *vulnus* che si annida nella sentenza cassata che di tanto non ha tenuto conto giungendo, di conseguenza, a far coincidere la nozione di profitto con quella di generico vantaggio, sì da non contestare nella realtà la creazione o acquisizione di nuova ricchezza ma solo la destinazione potenziale di quella già esistente ad altri fini, omettendo, peraltro, di accertarne l'effettivo impiego e l'eventuale vantaggio da questo derivatone. Di tal modo del profitto - erroneamente ricondotto nel perimetro di un generico vantaggio - se ne è chiaramente omessa una sua materiale individuazione ed una sua ricostruzione come «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» generato dal crimine presupposto, così violando la ragion pratica della confisca tradotta in misura ad elevato contenuto afflittivo in contrasto con la volontà del legislatore che l'ha, invece, concepita come sanzione che rimedia alle conseguenze di un arricchimento illegale.

8. Non sfugge, al *clou*, che il *discrimen* che separa l'approdo della Corte distrettuale da quello di legittimità, si sostanzia, in ultima analisi, nel differente significato che ciascuna di esse attribuisce al concetto di "profitto confiscabile". I Giudici milanesi, infatti, parificano la nozione polisemantica di "profitto", quale "generico vantaggio", a quella di "profitto confiscabile" non avvertendo la sostanziale diversità tra l'una e l'altra di tali nozioni sul piano giuridico-punitivo; la prima rappresenta, all'evidenza, un *genus* al cui interno è riconducibile ogni vantaggio materiale e immateriale, ben diversamente dalla seconda che della prima si atteggia a rappresentarne una *species*, potendo essa contenere solo quanto potenziale oggetto di apprensione coattiva e, dunque, solo entità tangibili e quantificabili, eziologicamente derivate dal reato. È questo, in sintesi, quell'*error in iudicando in iure* in cui è incorsa la Corte territoriale che non si è avveduta della naturale necessità di valorizzare il profitto derivato dal reato presupposto e, al contrario, ne ha quantificato l'entità rife-

rendosi ad una grandezza ideale come la misura degli accantonamenti non operati al patrimonio di vigilanza, che - pur se astrattamente liberano risorse per redditi impiegati nei confronti della clientela - concretamente giammai possono riflettersi per pari entità nel conto economico e, conseguentemente, in un beneficio aggiunto di carattere patrimoniale (*id est*: l'utile) di un Istituto di Credito quale, nel caso di specie, è il soggetto agente.

9. Se, palesemente, priva di alcuna utilità può appalesarsi un'indagine più penetrante sul concetto di profitto, ove finalizzata solo ad accertare il configurarsi o meno di ipotesi delittuose il cui paradigma ne richiede la necessaria esistenza - poiché a tal fine bastevole quell'ampio e condiviso significato di qualsivoglia vantaggio morale o patrimoniale tratto dal crimine - ben diversamente ove di siffatto profitto la norma ne preveda la confisca, che - sia nella sua forma diretta che "per equivalente" - non può prescindere dalla materializzazione e commisurazione di quanto oggetto della fase ablatoria. Mentre, infatti, l'attuale nozione di profitto giuridicamente rilevante - a cui sono pervenuti dottrina e giurisprudenza a seguito di un tormentato cammino - al contrario di quella dai più ristretti e materiali confini data dal codice toscano di «procacciare un guadagno» - accoglie «qualunque utilità patrimoniale e non patrimoniale che il colpevole si ripromette per sé o per altri»¹ e, dunque, anche l'appagamento di un bisogno, più o meno tangibile - o per dirla con le parole dell'Antolisei² non solo «il vantaggio economico e più in genere l'incremento del patrimonio, ma [anche] qualunque soddisfazione o piacere che l'agente si riprometta con la sua azione criminosa» - ben diversamente si atteggia la nozione di "profitto confiscabile". Tale aggettivazione attributiva (*confiscabile*) perimetra, infatti, la latitudine operativa dell'espropriazione da cui, manifestamente, esorbita quanto - pur se già di per sé bastevole per integrare le diverse fattispecie criminose previste dall'ordinamento - di immateriale (bisogno, soddisfazione, etc.) ricavato dal reato, per rivolgersi, invece, nel suo contenuto, all'accrescimento - o mancato depauperamento o impoverimento - materiale del patrimonio dell'agente o di terzi, determinatosi per ingiusta causa o per assenza di causa. Conseguentemente il profitto illecito, perché possa essere assoggettabile a confisca, deve rappresentare e costituire una ricchezza materialmente individuabile e suscettibile di valutazione economica sia nella forma dell'incremento, sia in quella di un mancato depauperamento patrimoniale, e che - a prescindere dal fatto che la locupletazione sia o meno im-

¹ Così MANZINI, *Delitti contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, IX, Torino, 1952, 182.

² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 1986, 200.

putabile all'agente - deve, tuttavia, essere eziologicamente legata al reato presupposto. Né da questi principi pare essersi mai discostato il Supremo organo di nomofilachia che, allorquando chiamato nella sua composizione più autorevole a pronunciarsi su siffatta (*vexata*) *quaestio*, al fine di comporre il contrasto ermeneutico delle sezioni semplici, ha chiaramente ma autorevolmente affermato - così epigraficamente suggellando la nozione di profitto assoggettabile a confisca, e con essa la necessaria pertinenzialità al reato come criterio discrezionale - che debba intendersi tale unicamente quando costituisce conseguenza economica immediata ricavata dal fatto del reato ancorché qualsiasi sua trasformazione nonché ogni altra utilità, se collegabile causalmente al reato stesso, poiché originata dall'attività criminosa dell'agente.

10. Il parametro della pertinenzialità del profitto al crimine presupposto rappresenta, dunque, l'elemento di verifica della legalità della misura della confisca che separa ciò che può, a tale titolo, essere appreso da ciò che non può esserlo: occorre cioè una correlazione diretta tra quanto - anche attraverso una sua trasformazione - l'agente ha ricavato dal delitto e l'oggetto della fase ablatoria, dovendosi, dunque, escludere qualsiasi indiscriminata estensione o indefinita dilatazione ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso di causalità, dall'illecito. La grandezza economica di questo ingiusto arricchimento - o mancato depauperamento patrimoniale - rappresenta il *limen* invalicabile del *quantum* oggetto di possibile confisca. Benché, infatti, le nuove linee di tendenza della politica di diritto penale trovino, oggi, eloquente espressione nell'iscrizione al *pantheon* di sempre nuove ipotesi di confisca dell'ingiusto profitto o di prelievo forzato dell'equivalente *tantundem auri*, sì che, non potendosi chiaramente tollerare che tal profitto rimanga in capo a chi di questo ne ha beneficiato in dipendenza di un reato, dall'angolo di visuale della sua ablazione, si è passati dal valore di esso pari a quanto eziologicamente e direttamente collegabile al crimine, a quello più generico ed indistinto della sua trasformazione o equivalenza, non può tuttavia estendersene irragionevolmente ed irrealisticamente il suo limite, dovendosi sempre rinvenire una grandezza e, con essa, un bilanciamento degli interessi protetti. Mentre, infatti, per la configurabilità delle fattispecie criminose previste dal nostro ordinamento aventi ad oggetto la tutela degli interessi economici, può prescindersi - perché si sostanzia l'elemento del profitto - dall'accrescimento materiale del patrimonio dell'agente o comunque da un suo mancato depauperamento, al contrario ove di questo si voglia procedere alla confisca. Appare evidente, infatti, che il provvedimento ablatorio *tout-court* ponendosi nella sua ragion pratica la finalità di «prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti» può naturalisticamente giustifi-

ARCHIVIO PENALE 2014, n. 3

carsi solo se rivolto a privare di ricchezza coloro che questa hanno illecitamente acquisito.

GIANFRANCO NAPOLITANO