

QUESTIONI APERTE

Responsabilità amministrativa degli enti

La decisione

Responsabilità amministrativa degli enti - Confisca - Nozione di profitto - Diritto del danneggiato alla restituzione (D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 19, 53).

In materia di confisca a carico degli enti ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l'identificazione del profitto tipico si concreta tenendo conto della natura del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, e cioè se esso sia reato-contratto ovvero reato in contratto: nel primo caso l'ablazione attinge l'intero ricavo lordo derivato dalla prestazione, nel secondo si scomputano i costi diretti alla esecuzione dell'accordo contrattuale, fermo restando che la regola di esclusione di quanto spettante al danneggiato, di cui all'art. 19 co. 1, opera solo se il medesimo ha ottenuto quanto dovuto prima del sequestro preventivo.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) - FIANDANESE, *Presidente* - ALMA, *Relatore* - BELTRANI, *Relatore* - FIMIANI, *P. M. (conf.)* - R.F.A., A.A., L.M.A. E R. Fire S.p.a., *Ricorrente*.

Il presente commento analizza una recente pronuncia di legittimità in materia di confisca a carico delle persone giuridiche, ai sensi dell'art.19 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231. In particolare, si intendono evidenziare eventuali aggiornamenti dello "stato dell'arte" del diritto vivente, tenendo presente i principi enucleati nel *leading case Fisia Italimpianti*, e quindi la definizione di profitto illecito, nonché verificare la rispondenza dell'arresto alle disposizioni normative previste, tra cui la clausola di salvezza dei diritti del danneggiato rispetto ai beni confiscati, ex art. 19 co. 2.

The present paper examines a recent Supreme Court's ruling in the field of confiscation against corporations, within the meaning of Article 19 of the D.Lgs. June 8th 2001, n.231. In particular, it is intended to focus on possible updates of the case law state-of-the-art, taking to account the legal principles spelt out by the leading case Fisia Italimpianti, and so the definition of illicit profit, as well as to verify the ruling's compliance to the legislation provided for, including the salvation clause of the injured party's rights compared to the confiscated assets, under the article 19 par. 2.

Il profitto confiscabile nel "sistema 231": recenti sviluppi giurisprudenziali

1. La pronuncia in commento si colloca come fase finale di una intricata vicenda giudiziaria di truffa aggravata ai danni dello Stato (640-*bis* c.p.), commessa dagli apicali di una holding (RIVA s.p.a.), a cui è applicata della responsabilità *ex crimine* di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231. In estrema sintesi, la società R.F. frodava una società interamente partecipata dal Ministero dello Sviluppo economico (Simest s.p.a.), al fine di ottenere (come in effetti ha ottenuto) un'agevolazione creditizia per le esportazioni commerciali ai sen-

si della Convenzione OCSE del 1978, c.d. *Consensus*¹ (nonché delle relative leggi di attuazione, da ultimo il d. lgs. n. 143 del 1998), anche mediante la creazione di una società fittiziamente operativa in Svizzera (ILVA SA), ma in realtà gestita dal management del gruppo Riva Fire². Come si desume dai capi di imputazione, nonché da quanto confermato in sede di appello, le condotte contestate agli imputati persone fisiche si concretano nel delitto di truffa aggravata per il conseguimento delle erogazioni pubbliche (ai sensi dell'art. 640-*bis* c.p.), qualificato dal vincolo della continuazione e del concorso di persone, ex artt. 81 cpv. e 110 c.p., e nel delitto di associazione a delinquere ai sensi dell'art. 416 c.p., co. 1 e 2. L'ente FIRE s.p.a. veniva dichiarato responsabile dell'illecito dipendente da reato ai sensi del D.Lgs 8 giugno 2001, n. 231, art. 5, co. 1, lett. a), art. 21, art. 24, co. 1 e 2 e art. 39 in relazione agli artt. 81 cpv. e 40-*bis* c.p., art. 61 c.p., co. 1, n. 7.

2. La seconda sezione della Cassazione ha affrontato plurime questioni giuridiche sollevate dai ricorrenti, tra cui alcune già oggetto di commento³, ma in questa sede si intende esaminare e approfondire le statuizioni degli Ermellini inerenti la confisca e la nozione di profitto tipico, al fine di far emergere se e come vi sia stato un aggiornamento dello "stato dell'arte" del profitto confiscabile agli enti nel diritto vivente. Sono tre i punti focali dell'approfondimento in motivazione, sollecitato dalle doglianze difensive, sulla confisca applicata al profitto conseguito dalla *holding*:

La corretta sussunzione della misura sanzionatoria nell'alveo della confisca per equivalente;

La legittimità dell'apprensione presso le casse della *holding*, e non già delle partecipate che hanno effettivamente incamerato il finanziamento, cioè ILVA s.p.a. e ILVA s.a.;

L'esatta individuazione del "profitto" ai sensi dell'art. 19 del citato D.Lgs., in particolare la legittimità della confisca di una somma equivalente al valore del-

¹ Par. 2, *Considerato in diritto*.

² «In estrema sintesi, le condotte erano costituite da un "ciclo finanziario" cui prendevano parte la società italiana ILVA S.p.a., quale esportatore nazionale, la società svizzera ILVA SA (all'uopo costituita, facente parte del gruppo ILVA e ritenuta, secondo l'ipotesi accusatoria, solo apparentemente operativa) quale importatore estero, la società finanziaria svizzera Eufintrade SA, di cui era legale rappresentante L.M.A., e Banca Intesa, istituto di credito presso il quale ILVA S.p.a. aveva conto corrente e linee di credito, che fungeva da intermediario nei rapporti tra ILVA S.p.a. e la Simest S.p.a. (ente erogatore del denaro pubblico per conto e su concessione del Ministero dello Sviluppo Economico)», par. 2, *Considerato in diritto*.

³ FASSI., *L'estensione della nozione di "interesse di gruppo". La cassazione ribadisce la validità delle conclusioni già raggiunte nei precedenti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 4, 2017, 1587 ss.

la sovvenzione erogata e il rapporto con il diritto del danneggiato alla restituzione di quanto dovuto, previsto dal predetto articolo.

3. In sostanza, i giudici nomofilattici hanno confermato l'ablazione delle somme della *holding*, nonostante il profitto sia stato effettivamente incamerato da ILVA s.p.a. e ILVA s.a., come sostenuto dai ricorrenti. La decisione sulla individuazione del profitto confiscabile è che questo si concreti nella "sovvenzione in sé"⁴ e, inoltre, si ribadisce l'applicazione del principio di solidarietà⁵ nella confisca fra enti concorrenti. In motivazione, poi, è stata affrontata la questione della "possibilità" di restituzione al danneggiato della porzione legittimamente spettante all'interno della massa confiscata⁶.

4. Inoltre, il ricorrente lamentava una violazione di legge in ordine alle misure ablative disposte nei confronti delle persone fisiche colpevoli di truffa ai danni dello Stato, in aggiunta alla confisca verso la persona giuridica RIVA s.p.a., in quanto holding e *dominus* dell'operazione fraudolenta (rea ai sensi del decreto 231). In particolare, la confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.*, disposta dal Tribunale di Milano e confermata dalla Corte territoriale, si porrebbe in violazione dei recenti approdi interpretativi della Cassazione (sentenze *Gubert* e *Lucci*)⁷, i quali statuiscono a chiare lettere come la confisca "diretta" (e quindi avente natura di misura di sicurezza) sia applicabile anche nel caso in cui siano attinte somme di denaro, in quanto beni fungibili e che, pertanto, eludono il presupposto della pertinenzialità⁸. L'ablazione delle somme a cari-

⁴ Par. 13.5 *Considerato in diritto*.

⁵ *Ibidem*. Inoltre, la giurisprudenza applica la solidarietà fra concorrenti persone-fisiche e persone giuridiche, cfr. Cass., Sez. II, 29 aprile 2014, n. 21227, *Riva*, in *Rivista231.it*: «Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato di truffa aggravata può incidere contemporaneamente od indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso, con l'unico limite per cui il vincolo cautelare non può eccedere il valore complessivo del suddetto profitto».

⁶ Premesso che anche per la confisca per equivalente debba ritenersi pacificamente applicabile la previsione del comma 1 dell'art. 19 sulle pretese del danneggiato e dei terzi in buona fede. GIAVAZZI, *Art 19*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, 187.

⁷ Par. 2.1.8. *Ritenuto in fatto*.

⁸ In particolare, prima le Sez. un. *Gubert* (Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, *Gubert*) e, poi, l'arresto *Lucci* (Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*) si pongono in netta discontinuità con l'orientamento prevalente riscontrabile sia nel precedente diritto giurisprudenziale (FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Ufficio del massimario, Orientamento di giurisprudenza, Settore penale*, n. 41, 2014, in www.cortedicassazione.it), sia in dottrina (*ex plurimis*, ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. ita. dir. pen. e proc.*, 2015, n. 4, 1674 ss.; PALIERO, MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in www.penalecontemporaneo.it).

co della persona giuridica, ai sensi dell'art. 19, violerebbe il perimetro di tipicità del profitto confiscabile⁹, posto che dovrebbe «costituire oggetto della sanzione-confisca il profitto effettivamente conseguito dall'ente»¹⁰ e, pertanto, la confisca dovrebbe aggredire solo il *quantum* incamerato dal singolo ente colpevole (gli enti imputati sono sia la *holding* sia la società controllata in Italia, ILVA s.p.a), nella misura in cui non comprenda la parte che «può essere restituita al danneggiato», ex art. 19 co. 1, cioè la Simest s.p.a.. Ai fini di meglio analizzare la decisione del supremo consesso giurisdizionale sulla questione sollevata dal ricorrente, risulta utile richiamare i recenti orientamenti in tema di profitto confiscabile agli enti.

5. Per quel che riguarda la prima questione affrontata, la confisca c.d. di valore, misura divenuta imperante all'interno della legislazione penale e con caratteristiche marcatamente sanzionatorie, viene recepita nel sistema della responsabilità degli enti, dove l'istituto generale della confisca viene qualificato espressamente come sanzione¹¹. L'ablazione per equivalente veniva concettualizzata, in particolare, dalle Sezioni unite *Muci* del 2005¹², ove si definiva tale il «prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti», a carattere «preminentemente sanzionatorio», e si evince anche che i beni costituenti il patrimonio confiscato debbano essere riconducibili all'ente e non a terzi¹³. Il sequestro convertito in confisca, disposto a carico della *holding* Riva F. in primo grado e confermato dalla Corte d'appello meneghina, è motivato dai giudici della legittimità sulla base degli elementi probatori che indicano la capogruppo come effettiva *leader* dell'operazione fraudolenta: da qui si spiega l'ascrizione dell'illecito amministrativo ex 231 alla Riva F. e, conseguentemente alla consumazione del reato-presupposto, la realizzazione del profitto illecito¹⁴.

6. Il «sistema 231» prevede tre tipologie di confisca¹⁵: la confisca del profitto tratto dall'ente per il reato commesso dagli apicali, anche quando l'ente non

⁹ Par. 2.4.4. *Ritenuto in fatto*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cass., Sez. un., Fisia Impianti, cit.

¹² Cass., Sez. un., 22 novembre 2005, *Muci*, in *Mass. Uff.*, n. 232164.

¹³ EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006 nota 1, 86-87.

¹⁴ Par. 13.5 *Considerato in diritto*. In realtà i giudici di legittimità riportano l'indirizzo secondo il quale, essendo venuta meno «... l'individualità storica del bene/cosa... individualità che, per sua stessa natura, il denaro non possiede», l'apprensione diretta del profitto non è più possibile.

¹⁵ *Ibidem*, cit.; EPIDENDIO L., *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc.*

risponde dell'illecito amministrativo, ex art. 6 co. 5 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁶; l'ablazione del profitto derivante dalla conduzione dell'attività di impresa da parte del commissario giudiziale, nominato in sostituzione della sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente¹⁷ (quindi quale locupletazione lecita in sé), ai sensi dell'art. 15 co. 4 del decreto *de quo*; e la confisca "sanzionatoria"¹⁸ di cui all'art. 19, che ricalca l'evoluzione normativa subita dall'istituto in esame all'interno della legislazione penale delle persone fisiche. Infatti, la misura ablativa opera sia in via "tradizionale", direttamente sul prezzo, prodotto e sul profitto del reato presupposto, sia "per equivalente", su beni aventi valore corrispondente a quei beni consistenti nel profitto del reato, nel caso in cui l'apprensione dei primi non sia possibile in concreto¹⁹. La confisca disposta ai sensi dell'art. 19 citato decreto, tuttavia, contiene un *quid pluris* di regolamentazione rispetto alle confische di diritto penale nucleare: il co. 1 dell'art. 19 statuisce anche che, rispetto all'ablazione patrimoniale disposta, deve essere scomputata la parte che «può essere restituita al danneggiato» e che «...Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede»²⁰. È evidente, quindi, che lo statuto della confisca applicata alle persone giuridiche presenta peculiarità non irrilevanti, le quali sono state fatte presenti dalla copiosa produzione giurisprudenziale in ordine alla predetta misura, in particolare intorno alla nozione di "profitto".

enti, 2011, n. 4, p. 211; in riferimento alla pronuncia Cass., Sez. un., 27 maggio 2008, Fisia impianti e altri, in *Mass. Uff.*, n. 239924, con commento di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*, in *Riv. ita. dir. pen. e proc.*, 2008, 17438.

¹⁶ Cass., Sez. un., *cit.*; i giudici di legittimità, soffermandosi sulla confiscabilità del profitto "comunque" disposta in caso di idoneità dei *compliance programs*, cioè se dimostrato che l'illecito è stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli organizzativi, non qualificano tale misura né come sanzione né come misura di sicurezza, bensì come istituto «volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto».

¹⁷ «Quest'ultima disposizione è intimamente collegata alla natura comunque sanzionatoria del provvedimento adottato dal giudice: la confisca del profitto serve proprio ad enfatizzare questo aspetto, nel senso che la prosecuzione dell'attività è pur sempre legata alla sostituzione di una sanzione, sì che l'ente non deve essere messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di un'attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta», *Relazione ministeriale accompagnatoria al d. lgs. 231/2001*, 20.

¹⁸ Esplicitamente qualificata come tale ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. 231 del 2001.

¹⁹ *Relazione accompagnatoria*, ult. op. cit., 21.

²⁰ La norma è stata applicata dalla giurisprudenza nei casi di conflitto fra interessi pubblicistici a confiscare i proventi delittuosi e prerogative dei creditori nelle procedure concorsuali. Premesso che è stata negata la facoltà al curatore fallimentare di intervenire a rappresentanza dei creditori per ottenere la liberazione dei beni interessati dal sequestro/confisca, i creditori stessi dovranno partecipare al procedimento penale per rivendicare i propri diritti. Cfr. Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, *curatela Uniland*.

7. Al contrario della confisca applicata alle persone fisiche, la sanzione irrogata alle *societates* necessita di un approccio connotato da maggiori profili di rilevanza strutturale. Si intende affermare, come osservato da altri commentatori²¹, che gli ulteriori elementi normativi di cui *supra* hanno “ispirato” l’interpretazione giurisprudenziale determinando un *surplus* di tutela per l’ente sottoposto alla sanzione espropriativa²². Il risultato di questa visione “moderna” della confisca-sanzione ha portato ad un’attenta analisi dei confini del profitto tipico, in particolare attraverso i principi enucleati dalle Sez. un. *Fisia impianti*,²³ pronuncia dirimente sia per aver definito in linea generale il concetto di profitto confiscabile (recependo, in sostanza, l’orientamento consolidato per la confisca penale), sia per aver preso posizione sulla situazione più specifica dei limiti della misura *de quo* riscontrabili in un rapporto contrattuale sinallagmatico. Invero, la confiscabilità dei profitti è applicabile al «vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato», nozione autonoma e più ampia del profitto in senso aziendalistico²⁴, ma comunque tale da confinare in modo abbastanza preciso²⁵ l’ablazione attraverso

²¹ FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile*, op. cit., 9.

²² La prassi applicativa ha fatto emergere come la confisca-sanzione costituisca la pena più afflittiva per l’ente, non essendo proporzionabile alla gravità del fatto e alle capacità economiche della persona morale come le sanzioni pecuniarie, né sottoposta a rigorose limitazioni come le sanzioni interdittive, così che anche per il sequestro finalizzato alla confisca viene richiesta una valutazione di colpevolezza analoga all’accertamento dei gravi indizi di responsabilità dell’ente indagato. Cfr., FIDELBO, *ult. op. cit.*, 10; nonché PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, 4562; *ex multis* Cass., Sez. VI, 31 maggio 2012, Codelfa s.p.a., in *Mass. Uff.*, n. 252929.

²³ Cass., Sez. un., *Fisia impianti*, cit.; da ultimo anche Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, Espenhahn e altri, in *Mass. Uff.*, n. 261116, riprendono le conclusioni promanate dall’organo nomofilattico nel 2008, specificando, in particolare, la sussumibilità nella nozione di profitto dei risparmi di spesa relativi ad una condotta colposa di violazione di norme prevenzionali. Cfr., BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, in *www.penalecontemporaneo.it*; nonché, in riferimento al caso ILVA, Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 3635, *Riva FIRE s.p.a.*, con nota di MAIELLO, *La confisca ex D. lgs. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *Giur. it.*, 2014, n. 1.

²⁴ Il dibattito precedente alla *Fisia Impianti* vedeva contrapposti due criteri definitivi di profitto, che poteva essere inteso come utile netto o ricavo lordo. La nozione “aziendalistica” di profitto quale utile netto risultava *ictu oculi* la più confacente alla specificità del crimine d’impresa, poiché il reato ascritto alla *societas* si colloca all’interno di un contesto associativo lecito (*ex multis*, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di DOLCINI, PALIERO, Milano, 2006, III, p. 2028 ss; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *RTDPE*, 2005, p. 83); l’esegesi tendente ad uniformare il concetto di profitto con quello di ricavo lordo, invece, mirava a finalizzare il provvedimento ablativo ad un ripristino dell’ordine economico violato (MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 500 ss.).

²⁵ PISTORELLI, cit., p. 4567.

l'accertamento della diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente²⁶. Tale opzione interpretativa valorizza il requisito della pertinenzialità²⁷, analogamente all'orientamento di legittimità profuso dalle Sezioni Unite *Miragliotta* di poco precedenti²⁸, permettendo di escludere l'ablazione dei vantaggi economici "non immediati", ovvero di prospettiva²⁹. La vera innovazione interpretativa della pronuncia *de quo*, anche ai fini del presente commento, è stata però la presa di posizione sulla confisca in ambito di rapporti contrattuali con i terzi danneggiati, affrontando la complessa tematica dei costi leciti³⁰. Il giudice nomofilattico è giunto alla conclusione di ritenere configurabile una "regola di esclusione" rispetto al principio ricavato in tema di profitto confiscabile *ex* 231: non è oggetto di ablazione il corrispettivo di una prestazione lecita regolarmente eseguita dall'obbligato e, quindi, «il profitto confiscabile va concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato»³¹. In sostanza, il programma negoziale deve avere come controparte un'impresa lecita e il vantaggio economico derivante dalla condotta criminosa deve concretarsi, ai fini della confisca-sanzione, al netto

²⁶ FIDELBO G., *La nozione di profitto*, *ult. op. cit.*, p. 11. L'esegesi della nozione di profitto ha suscitato l'interesse degli operatori del diritto in riferimento all'applicazione della confisca di valore, istituto che, per il suo carattere intrinsecamente sanzionatorio (v. *infra*), ha determinato una produzione giurisprudenziale piuttosto copiosa che ha lentamente perimetrato i confini applicativi della misura ablativa. Ripercorrendo, per quanto possibile in poche righe, il cammino interpretativo dei giudici di legittimità, si "partiva" da un concetto di qualsiasi «vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato» (profitto *ex* art. 240 c.p., Cass. pen., Sez. un., 3.7.1996, *Chabni*, Rv. 205707), per precisare la necessità di una derivazione causale del profitto dal reato (Cass. pen., Sez. un., 24.5.2004, *C. in proc. Focarelli*), principio particolarmente analizzato dalla giurisprudenza successiva in modo da interpretarlo estensivamente. Lo scopo di questo atteggiamento giudiziario altro non era che sottoporre a confisca penale il frutto del reimpiego dei proventi criminali (vantaggio economico in forma "indiretta" e "mediata", Cass., Sez. n., 25.10.2007, n. 10208/08, *Miragliotta*, Rv. 238700).

²⁷ PISTORELLI, *op.cit.*, 4564; è a favore della tesi propugnata dalle Sezioni unite, preso atto che detto requisito rappresenta l'unica indicazione proveniente dal Legislatore, in assenza di indizi univoci provenienti dalla *Relazione accompagnatoria* (*op. cit.*) o dalle fonti internazionali, le quali hanno ispirato il legislatore delegato (l. 300/2000) per l'introduzione di responsabilità amministrativa in capo alle persone giuridiche, utilizzando nella fattispecie il termine "proventi", ben più ampio e scarsamente selettivo.

²⁸ Cass. Sez. un., *Miragliotta*, cit.; ove i giudicanti hanno sì esteso la confisca-misura di sicurezza al profitto anche come beni acquistati con le somme illecitamente originate dalla commissione del reato, ma solo se il reimpiego sia «causalmente ricollegabile al reato e al profitto "immediato" dello stesso».

²⁹ Anche sulla base dell'argomentazione *a contrario* che questo tipo di profitto rientra in altra tipologia, quello di "rilevante entità" richiamato in vari articoli del d. lgs. 231/2001, ad es. art. 13 lett. a) (come una delle pre-condizioni per applicare la misura interdittiva), art. 24 co. 2, 25 co. 3, 25-ter co. 2, 25-sexies co. 2. *Ex multis*, Cass., Sez. II, 17 marzo 2016, n. 11209, *R. L. s.p.a.*, in www.penalecontemporaneo.it; PISTORELLI, *op. cit.*, 4563, al quale si rinvia anche per una disamina sugli orientamenti dottrinari in tema di profitto come utile netto, sottolinea l'impossibilità di enunciare un concetto unitario di profitto, vista la "polifunzionalità" della confisca nel sistema di responsabilità degli enti.

³⁰ Già affrontata dalla dottrina che parteggiava per il criterio definitorio dell'utile netto, *supra*.

³¹ Cass., Sez. un., *Fisia Italimpianti*, cit.

dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nel rapporto sinallagmatico con l'ente. Nel caso affrontato dalle Sezioni unite del 2008, la truffa – fattispecie criminosa che interessa anche alla questione oggetto di questo contributo – “contaminava” un contratto di appalto la cui esecuzione, da parte dell'appaltatore, poneva in essere una condotta perfettamente lecita nonché una interruzione del collegamento causale con la condotta fraudolenta. Pertanto, la Suprema Corte concludeva escludendo il corrispettivo relativo all'esecuzione del contratto – viziato da truffa – dal *quantum* confiscabile, e il fondamento normativo della predetta costruzione teorica altro non è che il già citato art. 19, nella parte in cui si dispone che la parte che può essere restituita al danneggiato non è oggetto di confisca. Le Sezioni unite *Fisia Italimpianti* richiamavano la distinzione fra “reati-contratto” e “reati in contratto”³², dove i primi si inseriscono in un contesto totalmente illecito e, pertanto, implicano l'espropriazione del ricavo lordo³³; i secondi, al contrario, inquadrano i casi di illeciti penali configurabili nella fase formativa della volontà di una delle parti o nella fase esecutiva del contratto e, pertanto, non determinano la nullità dell'intero rapporto negoziale e conseguente ablazione del ricavo, ma un obbligo in capo alla A.G. di sottrarre dal *quantum* sequestrabile-confiscabile le prestazioni lecite ed i relativi costi diretti. Tale indicazione ermeneutica si fonda sul principio di pertinenzialità del profitto rispetto al fatto illecito commesso, consentendo di classificare se il medesimo illecito sia un “reato-contratto” o un “reato in contratto”. Nel secondo caso, l'utilità tratta dal danneggiato nello svolgimento di prestazioni lecite non può essere confiscata, anche se conseguita all'interno di un negozio illecito³⁴. Per quel che concerne il problema della quantità confiscabile in una situazione di fattispecie plurisoggettiva, gli Ermellini aderivano al principio maggioritario della solidarietà nella pena, salvo verifica della possibilità nel caso concreto di individuare l'importo confiscabile per ciascun soggetto concorrente³⁵.

³² Teoria piuttosto risalente, cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 38 ss.

³³ La commisurazione del profitto al “lordo” anziché al “netto” non è applicabile negli altri due tipi di confisca previsti dal legislatore del 2001: l'ablazione disposta dall'art. 6 co. 5 del d. lgs. 231 del 2001 e quella di cui all'art. 15 co. 4 si collocano all'interno di contesti intrinsecamente leciti (rispettivamente persona giuridica esente da responsabilità *ex crimine* e gestione commissariale in sostituzione della sanzione interdittiva) e, pertanto, la confisca del lordo “si tradurrebbe in un depauperamento del tutto ingiustificato, con effetti devastanti per la vita dell'ente e l'intera platea degli *stakeholders*, cioè dei lavoratori, azionisti, risparmiatori, creditori, clienti, fornitori ed, in genere, di tutti i terzi di buona fede”, Cass., Sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53430, *G. risk s.r.l.*, in www.datavvocato/ilsole24ore.com.

³⁴ PISTORELLI, *op. cit.*, 4567 ss.

³⁵ PISTORELLI, *op. cit.*, 4569.

8. Alla predetta tesi giurisprudenziale si aggiungono nuove pronunce di legittimità che approfondiscono la questione della locupletazione confiscabile in rapporto ai negozi sinallagmatici. Invero, anche la Cassazione civile³⁶ si è cimentata nella distinzione fra reati in contratto e reati-contratto, sebbene soffermandosi su quanto di competenza, ovvero la validità del contratto stipulato in violazione di norme penali. In buona sostanza, la S.C. inquadra la questione giuridica nelle disposizioni codicistiche sulla nullità del contratto e riafferma la tradizionale impostazione secondo cui la contrarietà alle norme imperative come causa di nullità *ex art. 1418 co. 1 c.c.* riguarda solo le norme di validità del contratto e non già le norme, seppur imperative, inerenti il comportamento dei contraenti³⁷. Le recenti posizioni giurisprudenziali riprendono la dicotomia reati-contratto/reati in contratto soprattutto in riferimento alla corruzione come reato presupposto della responsabilità *ex crimine*, per precisare la nozione di profitto tipico decurtando le prestazioni lecite relative ai costi di esecuzione del contratto influenzato dal *pactum sceleris*, in quanto non detengono alcun nesso di pertinenzialità con l'illecito penale³⁸.

9. L'elaborazione pretoria della definizione di profitto e, in particolare, del principio di necessaria derivazione causale, ha proseguito sviluppando la portata del *dictum* delle Sezioni unite del 2008, anche ramificandosi in molteplici indicazioni interpretative a seconda della casistica dei reati. In materia di truffa aggravata ai danni dello Stato, oggetto anche della predetta pronuncia a Sezioni unite, gli indirizzi non sono univoci: al di là di certa giurisprudenza che ha ritenuto la frode contrattuale rinvenibile fra i reati-contratto³⁹ altre pronunce ritengono di dedurre dal profitto tipico i costi leciti, come il corrispettivo di una prestazione eseguita e accettata dalla controparte, in ossequio agli insegnamenti di *Fisia Italimpianti*⁴⁰. Anche in materia di corruzione non vi è una perfetta sedimentazione interpretativa, sebbene i relativi approdi sembrano più "garantisti": in alcuni arresti si accoglie pedissequamente la teoria del rea-

³⁶ Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, Rv. 600329.

³⁷ Queste ultime determinerebbero uno *status* di mera annullabilità del contratto viziato dalla truffa, traducibile sul piano civilistico come vizio del consenso. Cfr. UFFICIO DEL MASSIMARIO, *op. cit.*, p. 20 ss.

³⁸ Cass., Sez. VI, 26 giugno 2008, P.M. in proc. Finanziaria Tosinvest spa e altri, in *Mass. Uff.*, n. 241332; *ex multis* Id., Sez. VI, 5 luglio 2012, P.M. in proc. Zaffagnini e altri, *ivi*, n. 254684.

³⁹ Cass., Sez. II, 22 febbraio 2012, Pravadelli, *Mass. Uff.*, n. 252842. Tale impostazione, in adesione all'orientamento largamente prevalente, non è condivisibile: il contratto resta efficace, ma si rileva un vizio del consenso - annullabile in sede civile -, il c.d. "dolo-inganno", disciplinato dagli artt. 1439 e 1440 c.c.. Ciò in perfetta coerenza con le predette conclusioni della Cassazione civile (Cass. civ., Sez. un., 2007, cit.).

⁴⁰ Cass., Sez. II, 5 novembre 2010, n. 39239, *Guagnano*, *Mass. Uff.*, n. 248770.

to in contratto, con relativa apprensione dei soli beni collegati direttamente al vizio genetico del contratto inquinato dalla corruzione, e quindi concludendo che «il profitto che l'ente societario o collettivo consegue dall'appalto criminosamente ottenuto da suoi esponenti apicali non può globalmente omologarsi all'intero valore del rapporto sinallagmatico (a prestazioni corrispettive) in tal modo instaurato con l'amministrazione»⁴¹; in altri la scissione del profitto conseguito è operata in modo che oggetto della confisca sia il solo incremento del valore del bene alienato al soggetto passivo (ente pubblico), oggetto del contratto viziato (perché la plusvalenza era la diretta conseguenza della pattuizione distorta dal *pactum sceleris*)⁴².

10. La posizione che qui interessa è, però, quella adesiva all'impostazione riportata nella sentenza in commento: la truffa ai fini dell'erogazione di un finanziamento comporta l'ablazione dell'intero importo finanziato, se lo scopo della sovvenzione non viene portato a termine e se il rapporto contrattuale non si sarebbe perfezionato senza le caratteristiche falsamente rappresentate dal soggetto attivo della condotta ingannatoria⁴³. Sebbene si possa considerare affermata l'ideologia del "reato in contratto" nel panorama giurisprudenziale, il buon governo dei principi che ne derivano non è altrettanto chiaro, nelle sue modalità applicative. È stato infatti osservato come certamente da sottrarre alla concezione di profitto da confiscare siano i crediti non ancora riscossi dall'ente, nonostante siano certi, liquidi ed esigibili, in quanto consistenti in utilità non effettivamente percepite⁴⁴; alla medesima conclusione è giunta la giurisprudenza in riferimento alle c.d. utilità prospettiche, non ancora acquisite ma determinate sulla base delle previsioni di utili⁴⁵; ciò che sembra di diffi-

⁴¹ Cass., Sez. VI, 26 giugno 2008, P.M. in proc. Finanziaria Tosinvest spa e altri, *Mass. Uff.*, n. 241332.

⁴² Cass., Sez. VI, 13 novembre 2008, P.M. in proc. Errico e altri, *Mass. Uff.*, n. 242136. In altra pronuncia, la Cassazione ha annullato con rinvio una decisione cautelare di sequestro ex art. 53 d. lgs. 231 del 2001 fondata sulla determinazione del profitto derivante da un accordo corruttivo, il quale ha inquinato un contratto di appalto di servizi di consulenza, poiché il primo giudice considerava rientrante nella nozione di profitto illecito l'intero ammontare previsto come corrispettivo del contratto oggetto di truffa, in applicazione della *Fisia Impianti* nonché del boricardo *crimen non lucratur* (Cass., Sez. VI, 22 dicembre 2014, cit.). I giudicanti rammentano anche lo *status* civilistico dei relativi contratti, i quali resterebbero validi *inter partes* ma annullabili ex artt. 1418 e 1439 c.c. in forza della argomentazione per cui il comportamento penalmente rilevante non intacca l'intera validità dell'accordo contrattuale, che non viene stigmatizzato in sé, ma solo nella parte inerente il comportamento tenuto durante la fase formativa o esecutiva.

⁴³ Cass., Sez. III, 4 aprile 2012, Mele ed altri, *Mass. Uff.*, n. 252546. Come osserva MAIELLO, *La confisca ex D. lgs. 231/2001 nella sentenza Ilva*, cit. 971, nota 40, il principio enunciato consisterebbe in una accentuazione del requisito della derivazione causale.

⁴⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. V, 14 dicembre 2011, Società Valore S.p.A., *Mass. Uff.*, n. 25172.

⁴⁵ Cass., Sez. II, 12 novembre 2013, De Cristofaro, *Mass. Uff.*, n. 258787.

cile comprensione è come interpretare l'ablazione del finanziamento erogato in base al contratto viziato e la restituzione al danneggiato.

11. Il problema della natura del vantaggio economico ricavato dal sistema fraudolento architettato a danno della Simest riguarda il profitto generato, che viene qualificato come l'intera somma oggetto di dazione a titolo di finanziamento (*rectius* agevolazione creditizia, attraverso l'anticipazione dei crediti spettanti per le esportazioni di beni). Ebbene, l'orientamento di legittimità in tema di vantaggi "finanziari" non è univoco, poiché è stato anche osservato che l'anticipazione di liquidità tipica di una sovvenzione determina «contestualmente l'assunzione di un debito di corrispondente importo» e, quindi, non costituisce un arricchimento patrimoniale rientrante nella nozione di profitto confiscabile⁴⁶. L'aggettivo "finanziario", secondo questa condivisibile opzione ermeneutica, rappresenta qualcosa di ben diverso dal «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» di matrice pretoria (sebbene, come si è rilevato, l'identificazione del profitto risenta molto del tipo di reato di cui si discute): «il mutamento materiale e attuale» del patrimonio del reo, "di segno positivo"⁴⁷, può essere un più apprezzabile tentativo dei giudici di legittimità di definire il concetto di "patrimonialità" del vantaggio economico *de quo*, ma non permette di ricomprendere semanticamente una *utilitas* meramente finanziaria (un flusso di cassa). Prosegue l'anzidetto indirizzo esegetico che oggetto di profitto confiscabile non è tanto la temporanea disponibilità finanziaria conseguita illecitamente, quanto l'effetto prodotto dalla stessa, che costituirebbe appunto l'incremento patrimoniale netto⁴⁸. Però, nel fatto oggetto di giudizio, il suddetto incremento sarebbe difficile da rinvenire: salvo ritrovarlo nei corrispettivi della transazione commerciale oggetto del finanziamento, quasi ad intendere la nozione di reato in contratto applicata ad un'unica fattispecie contrattuale (contratto di finanziamento funzionalmente collegato alle diverse transazioni), appare sicuramente più confacente ad esigenze di semplificazio-

⁴⁶ Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, Bucalo, in www.cortedicassazione.it; Id., Sez. VI, 17 giugno 2010, ATI Impregilo - Fibe - Fisia Italimpianti, *ivi*, ove si ribadisce il principio sopra citato sancendo la nullità della cautela reale sulla somma equivalente ad una anticipazione finanziaria statale; con commento di BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" sequestrabile/confiscabile*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁷ Cass., Sez. V, 28 novembre 2013, Banca Italease s.p.a., *Mass. Uff.*, n. 258577, sebbene nel caso *de quo* l'ablazione veniva annullata dai giudici di legittimità in quanto l'operazione criminosa, consistente nelle false comunicazioni sociali, permetteva di svincolare alcune somme dal c.d. patrimonio di vigilanza, senza nessuna effettiva entrata nelle casse societarie (e nemmeno un vero e proprio risparmio di spesa).

⁴⁸ BONELLI, *cit.*, 8.

ne nonché di politica criminale applicare la soluzione prospettata dalla giurisprudenza in riferimento alla situazione di truffa di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.)⁴⁹, proprio in virtù della specificità della fattispecie concreta nonché di indubbie finalità di politica criminale, che verrebbero disattese qualora si rivelasse eccessivamente difficoltoso e macchinoso individuare il c.d. incremento patrimoniale netto⁵⁰. Forse anche per ragioni di “facile individuazione” l’orientamento sposato dai giudici *de quo* colloca il profitto illecito nell’ammontare equivalente alle somme ricevute a titolo di finanziamento⁵¹. L’impressione è che non sia leggibile un univoco orientamento ermeneutico giudiziale in ordine al profitto confiscabile, ma, anzi, si predilige un’analisi “caso per caso” per identificare il *quantum* espropriabile.

12. L’epilogo decisorio dei giudici supremi respinge, infine, la doglianza dei ricorrenti di restituire le somme confiscate alla Simest s.p.a., in ottemperanza a quanto disposto dall’art. 19 co. 1. La *ratio* della disposizione in esame consiste nell’evitare una duplicazione dell’ablazione del profitto, e sembra aver “ispirato” un indirizzo interpretativo presente in materia penal-tributaria, laddove si enunciava il principio secondo il quale l’eventuale adempimento fiscale fa venire meno lo scopo della confisca del profitto (inteso come risparmio di spesa, cioè l’apprensione della somma sottratta al Fisco)⁵² ed evitare di emettere una confisca di beni superiore all’ammontare del profitto derivante dal reato⁵³. Il legislatore penal-tributario, però, è andato oltre prevedendo che basti il mero “impegno” a pagare il debito tributario per non far “operare” la confisca⁵⁴ e, di conseguenza, differenziandosi rispetto al similare regime “di favore” corrisposto al reo-persona giuridica, verso la quale la misura ablativa

⁴⁹ Cass., Sez. III, 4 aprile 2012, Mele ed altri, cit.

⁵⁰ A meno che da considerare il recupero della somma erogata una questione da affrontare con strumenti puramente civilistici, considerando che il contratto risulta viziato per dolo e quindi annullabile.

⁵¹ Confisca eseguita in modalità “per equivalente”, appunto, a carico della *holding*, nonostante le operazioni fraudolente (mai negate nella loro valenza fattuale dai ricorrenti) vengano dirette dalla controllata ILVA s.p.a.

⁵² Cass., Sez. III, 3 dicembre 2012, in *Corr. trib.*, 2013, 7, 591, con nota di IORIO, MECCA, *Il tardivo pagamento dei tributi evasi esclude la confisca per equivalente*; FINOCCHIARO, *L’impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, *Commento all’art. 12-bis, comma 2, introdotto dal d. lgs. n. 158/2015*, in *Dir. Pen. comp.*, 2015, n. 4, 165. Quest’ultimo fa notare come la *ratio* della confisca penale tributaria consista nel recupero del debito fiscale, scopo che se raggiunto determina la caducazione della misura ablativa.

⁵³ MUSCO, ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2016, 74.

⁵⁴ Anche se l’imprecisione semantica ha fatto sì che l’innovazione legislativa destasse perplessità, non tanto in riferimento al significato di “impegno” (il quale potrebbe indicare un accordo formale con l’Autorità fiscale), quanto all’interpretazione della “inoperatività” della confisca. *Ex multis*, FINOCCHIARO, cit..

non interviene solo se l'obbligo di restituzione viene precedentemente soddisfatto. Detta posizione interpretativa sembra fondarsi sul dettato normativo di cui all'art. 19 del d. lgs. 231 del 2001 ma, *prima facie*, la disposizione sembra voler intendere altro: «salvo la parte che può essere restituita al danneggiato» significa, in effetti, che una certa parte del profitto potrebbe formare oggetto di restituzione, e non che la parte già restituita non deve rientrare nel compendio confiscabile. La norma in esame, in altre parole, non prescrive che la confisca debba essere disposta solo per la parte non restituita ma soltanto che viene fatta salva quella porzione di profitto che potrebbe (in quanto oggetto di diritto di proprietà, credito, garanzia⁵⁵) essere ripetuta. Soluzione ermeneutica la quale è stata respinta dalla giurisprudenza maggioritaria⁵⁶, che propende per una tesi più restrittiva: la restituzione al danneggiato richiede non solo la richiesta ma anche l'effettivo ottenimento delle somme spettanti da parte del reo, prima del sequestro (a meno che, evidentemente, non intervenga in sede esecutiva la persona offesa).

13. Nel caso di specie la relativa domanda restitutoria è carente di interesse perché prospettata dall'imputato-persona giuridica, posto che la questione doveva essere presentata dalla persona offesa *i.e.* il danneggiato, la Simest s.p.a., che altri non è che una società partecipata da Cassa Depositi e Prestiti s.p.a.. Quindi, se la doglianza fosse stata posta dalla Simest, ci sembra di capire, la statuizione di confisca a carico della *holding* sarebbe stata annullata *de facto* in quanto le erogazioni pubbliche confiscate avrebbero interamente formato oggetto di restituzione al danneggiato. L'esistenza e la fondatezza di tale possibilità, in quanto prevista da una specifica indicazione legislativa, determinava già nei gradi di merito un obbligo di valutazione in capo al giudice competente, poiché rappresenta una possibilità di «distaccare concretamente una porzione del patrimonio, specificamente individuata, in quanto spettante come tale al danneggiato, che vi abbia dunque diritto»⁵⁷. Tuttavia il rigetto della doglianza difensiva risiede sia nella carenza di interesse dell'imputato, sia nell'infondatezza della questione, proprio perché viene richiamato in motivazione l'orientamento di legittimità (da tenere presente, però, che non esistono

⁵⁵ TROYER, *La suprema corte esclude la confiscabilità del profitto illecito coincidente con quanto spettante al danneggiato e oggetto di risarcimento: acta est fabula?*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, II, 2012, 462, ove si critica l'interpretazione giurisprudenziale che esclude anche la parte che può formare oggetto di risarcimento a favore del danneggiato.

⁵⁶ Cass., Sez. II, 16 dicembre 2010, *Casa di cura privata S. Maria Maddalena s.p.a.*, n.6459, in www.iusexplorer.it, in riferimento alla legittimità del sequestro; nonché Cass., Sez. II, 16 giugno 2015, *Sicilfert s.r.l.*, *Mass. Uff.*, n. 264231, su cui *infra*.

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 25 marzo 2016, n. 12653, *S. Acque s.r.l.*, in www.datavvocato/ilsole24ore.com.

moltissime pronunce in merito) che sancisce il requisito dell'effettivo ottenimento dei beni oggetto di pretesa restitutoria⁵⁸. Il caso di specie è comunque peculiare rispetto all'identificazione dell'oggetto del diritto restitutorio: trattandosi di somma oggetto di finanziamento erogato, essa stessa dovrebbe formare oggetto di pretesa, proprio perché è chiaro ed evidente che trattasi di un obbligo contrattuale a tutti gli effetti! Ad ogni buon conto, la soluzione ermeneutica più interessante è stata offerta da una pronuncia piuttosto isolata, in sede di subprocedimento cautelare. Il sequestro *ex art. 53* del D.lgs. 8 giugno 2001, n.231, al fine di intervenire in raccordo con lo scopo della confisca («il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca»), non vincola le somme che possono essere restituite al danneggiato. Tale convincimento, anche a parere di chi scrive, risponderebbe in misura maggiore al principio secondo il quale il provvedimento cautelare, avente funzione strumentale, non possa incidere in misura maggiore rispetto al *quantum* che costituirebbe oggetto di futura ed eventuale ablazione, lasciando intendere che la medesima tesi non permette ai beni da restituire di essere ricompresi nel profitto confiscabile⁵⁹.

14. Concludendo questa breve - e mirata - disamina degli approdi giurisprudenziali in tema di confisca del profitto agli enti⁶⁰, si vogliono “tirare le somme” rispetto alla pronuncia in esame della Suprema Corte. L'indirizzo interpretativo prospettato nella sentenza in commento è condivisibile nella misura in cui è funzionale all'ablazione del generico vantaggio causalmente collegato

⁵⁸ L'arresto al quale si riferiscono i giudici *de quo* (Cass., Sez. II, 16 giugno 2015, Sicilfert s.r.l., cit.) si rivela essere abbastanza granitico sulla possibilità di restituzione della parte spettante al danneggiato: si osserva che “Dalla norma invocata, infatti, si desumono due requisiti perché il profitto del reato non venga interamente confiscato e cioè: a) che ci sia un profitto che sia stato materialmente sequestrato; b) che vi sia un danneggiato che abbia richiesto (ed ottenuto) la restituzione di una parte della somma sequestrata.” Ebbene, nel caso di specie l'accordo di rateizzazione stipulato con la società danneggiata dal reato, la Sicilia Riscossione s.p.a., non viene considerato sufficiente a considerare provata la “possibilità” (*sic!*) di restituzione delle somme spettanti (erogazioni pubbliche malversate).

⁵⁹ Cass., Sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748, *P.M. e Impregilo s.p.a.*, con nota di MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2011, 2332 ss.. L'A., nonostante ritenga “inecepibile” l'opzione sistematica fatta propria dai giudici di legittimità, solleva ulteriori dubbi sulla possibile interpretazione della clausola di salvaguardia di cui all'art. 19, la quale ben potrebbe essere resa effettiva attraverso il sequestro conservativo e non già preventivo (ma, evidentemente, poco cambierebbe ai fini dell'identificazione del *quantum* confiscabile).

⁶⁰ Nella quale si è volutamente tralasciato di riportare gli orientamenti in tema di profitto come “risparmio di spesa”, derivante dalla commissione dei reati tributari (in particolare Cass., Sez. un., Gubert, cit.), reati colposi di evento (cfr. Id., Sez. un., Espenhamm e altri, cit., in particolare rispetto al requisito oggettivo della commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente) e reati ambientali (*ex multis*, Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2013, Riva Fire. s.p.a. e altri, in *www.penalecontemporaneo.it*).

al reato⁶¹ ma sembra avere poche affinità con la teoria generale della confisca del profitto⁶². Effettivamente l'ablazione dell'equivalente valore del finanziamento rientra nel novero dei reati in contratto, ma ciò che manca è il concetto di "patrimonialità" insito nel beneficio aggiunto che deve essere conforme al principio di derivazione causale col reato(-presupposto)⁶³. Altrettanto irrisolta sembra la questione relativa alla restituzione al danneggiato: effettivamente il requisito dell'ottenimento preventivo delle somme spettanti "prova troppo" rispetto al dettato legislativo⁶⁴. Ciò che si perde sembra essere proprio la sistematicità e la prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia di cautele reali e relative sanzioni ablatorie, tenuto conto dell'importanza e dell'alto tasso di afflittività della confisca-sanzione nel "sistema 231" (fattori dei quali l'elaborazione giurisprudenziale ha già tenuto conto per uniformare i giudizi di colpevolezza in materia di misure cautelari interdittive e reali, attraverso una interessante interpretazione di sistema⁶⁵). La sensazione è che la teoria della dicotomia reati in contratto/reati-contratto sembri chiara dal punto di vista teorico-concettuale, ma poco sul piano pratico, dove le sfumature prevalgono sulla nitidezza dei confini teorici⁶⁶. Se la "responsabilità" potrebbe

⁶¹ Par. 13.4

⁶² Effettivamente, la produzione interpretativa intorno alla nozione di "profitto" è andata talmente "oltre", da essere stata, da sola, oggetto di attenzione da parte di un arresto a Sezioni unite (Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, Caruso, in *Giur. It.*, 2010, 1697 ss.). Tale decisione ha escluso la possibilità di interpretazione conforme al diritto UE in *malam partem*, in riferimento alla riconducibilità del concetto di "prezzo" nella nozione di profitto, sul presupposto della ricomprensione semantica nel termine utilizzato in sede comunitaria in relazione alla confisca, i "proventi" (di cui, da ultimo, alla Direttiva 2014/42/UE, cfr. 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 *Dir. pen. comp.*, 2015, 1, 306 ss.). Tale operazione ermeneutica contrastava, a parere dei giudici del Palazzaccio, con il principio nazionale della tassatività, a causa della "granitica" interpretazione giurisprudenziale. Criticamente, SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in *legislazionepenale.eu*, 2016, 12.

⁶³ Probabilmente l'epilogo di una simile esclusione sarebbe poco soddisfacente sul piano della funzione general- e special-preventiva della confisca (essendo espressamente una misura punitiva), a meno che non si mettesse in conto la funzione della "restituzione" al danneggiato di quanto dovuto, ai sensi dell'art. 19 del d. lgs. 231 del 2001, sempre se la parte lesa manifesti la volontà di ottenere la ripetizione: circostanza che non si è verificata nel caso di specie, tanto che la parte del ricorso di Riva F. relativa alla restituzione al danneggiato è stata giudicata carente di interesse dai giudici *de quo*.

⁶⁴ Magari si potrebbe prospettare un migliore collegamento sistematico con la possibilità di evitare le sanzioni interdittive attraverso la riparazione delle conseguenze del reato, fra le quali l'art. 17 annovera esplicitamente il caso in cui l'ente abbia «risarcito integralmente il danno e [abbia] eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso», e la stessa costruzione "possibilista" viene utilizzata dal legislatore nell'art. 12 per ridurre la sanzione pecuniaria, se tali attività vengono effettuate prima dell'apertura del dibattimento (quindi quando il profitto è vincolato in termini cautelari).

⁶⁵ V. *supra*.

⁶⁶ Riprendendo una risalente distinzione fra oggetti delle interpretazioni, un testo "saturo" determina la

rinvenirsi nella mancanza di una precisazione legislativa - o giurisprudenziale - (anche in riferimento alla clausola di restituzione di cui all'art. 19 D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁶⁷) dei contenuti e limiti del profitto confiscabile, nonché della riconducibilità di una fattispecie criminosa all'alveo dei reati in contratto o meno, per il destinatario della sanzione resta nient'altro una sistematica lesione del principio di tassatività e con la determinatezza, ammesso che il sistema di responsabilità degli enti si possa considerare "materia penale"⁶⁸. Ebbene, atteso che il formante pretorio, nella sua sede più autorevole, ha escluso tale tesi sul presupposto che si trattasse di un *tertium genus* sanzionatorio⁶⁹, in ossequio alla Relazione accompagnatoria nonché a molteplici caratteristiche peculiari del sistema normativo, sembrerebbe che la "questione dei principi" non trovi diritto di cittadinanza. Tuttavia, tenendo conto dell'attuale reti-

continuità nel tempo dell'indirizzo interpretativo (es. la nozione di evento), mentre un dettato "insaturo" può causare la convivenza di più interpretazioni diverse. Il concetto di profitto rientrerebbe in questa seconda ipotesi, dati i plurimi indirizzi interpretativi, che si "legano" al contesto normativo di riferimento (reati in contratto, reati tributari, ecc.). SALCUNI, cit., in relazione alla "teoria" degli oggetti saturi e insaturi, v. VECA, *L'idea di incompletezza. Quattro lezioni*, Milano 2011, 102.

⁶⁷ La quale è oggettivamente deficitaria in termini di chiarezza interpretativa, MONGILLO, cit., 2341; GENNAI- TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001, 129.

⁶⁸ Il dibattito non presenta profili meramente "accademici", sebbene tale osservazione provenga da fonte autorevole (ex plurimis, PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir. Agg.*, VI, Milano 2002, 954), ma permette di affrontare plurime questioni applicative, relative per lo più alla copertura costituzionale e convenzionale propria dell'illecito penale. Brevemente, nonostante il tenore letterale (del quale nemmeno la Relazione di accompagnamento tenne conto, qualificando la responsabilità *de societate* come *tertium genus* punitivo), la problematica vedeva un indirizzo dottrinario maggioritario teso a conferire natura penalistica al sistema *de quo* (ad ex., PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi*, *societas delinquere* (et puniri) potest, in *Corr. giur.*, 2001, 845; MANNA, *Corso di diritto penale dell'economia*, Milano, 2009, 43 ss.; nonché FIORELLA, Voce "Responsabilità da reato degli enti collettivi", in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5101, il quale, più precisamente, parla di responsabilità "parapenale"), mentre la tesi amministrativistica era sostenuta da parte della giurisprudenza (ad ex., C. Ass. Torino, 15 aprile 2011, *Thyssenkrupp Spa*, in www.penalecontemporaneo.it, Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, Gubert, *Mass. Uff.*, n. 258647); la disputa ermeneutica venne ricomposta dalla pronuncia a Sezioni Unite relativa al caso Thyssen (Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, Espenhahn e altri, cit.), ove gli Ermellini ripercorrono approfonditamente le tesi contrapposte all'interno della Suprema Corte: in senso penalistico, Cass., Sez. Un., *Fisia Impianti*, cit., ove si rimarca la fisionomia dell'illecito all'ente strettamente collegato con l'oggettiva realizzazione del reato, integro nei suoi elementi strutturali, con un inquadramento dogmatico della responsabilità dell'ente e della persona fisica nel paradigma concorsuale, per la natura amministrativa alcune pronunce - indicate in motivazione - ponevano l'accento sulla *littera legis* e sulle molte differenze con la struttura dell'illecito penale. Invero, a parere della Corte, l'impianto normativo, configura un *tertium genus* avulso da "etichette" prestabilite, sebbene i giudici si curino di precisare che vada comunque verificata la compatibilità costituzionale rispetto ai principi dell'ordinamento penale. Per ulteriori approfondimenti, ex multis, MANNA, *Controversie interpretative e prospettive di riforma circa la responsabilità da reato degli enti*, in *RTDPE*, 1-2, 2015, 155 ss.

⁶⁹ V. nota 66.

colato sistema delle fonti, sembra condivisibile la tesi che ricomprende anche la responsabilità *ex crimine* nell'alveo di garanzie disegnato dai giudici CEDU per la "materia penale"⁷⁰. Tale opzione interpretativa fornirebbe un quadro certo di garanzie e limiti per il legislatore statale⁷¹, poiché conferirebbe all'ente sottoposto al procedimento sanzionatorio determinati diritti a base convenzionale, quantomeno riguardo alla prevedibilità della decisione che, come constatato in tempi più recenti, rappresenta un valido surrogato per i principi "domestici" della tassatività, della precisione e della determinatezza⁷².

PIERPAOLO GUGLIELMI

⁷⁰ Le stesse Sez. un. Thyssenkrupp riportavano la necessaria conformità all'ordinamento penale costituzionale, v. nota 66.

⁷¹ L'interpretazione conforme al diritto europeo, in verità, potrebbe porre in essere anche dei conflitti con la concezione "europea" di confisca, da applicare ai proventi, molto più inclusiva rispetto alla normativa italiana: "ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile" (Direttiva 2014/42/UE). L'interpretazione orientata al diritto UE incontra il confine di una espansione in *malam partem* del diritto penale interno. *Ex multis*, SALCUNI, cit.; ID. *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, in *questa Rivista*, 2015, n. 3.

⁷² Per una compiuta ricostruzione del quadro convenzionale della confisca-pena, *ex plurimis*, GAITO-FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *questa Rivista*, 2016, n. 3. Come insegna la ben nota - e recentissima - vicenda De Tommaso, intorno alla quale la Corte di Strasburgo ha provocato una vera e propria scossa sul sistema italiano delle misure di prevenzione: la Corte Edu ha giudicato non applicabile il reato di inosservanza delle prescrizioni inerenti la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ai sensi della l. 1423/1956, oggi trasfusa nel c.d. codice antimafia, d. lgs. 159/2011, art. 1 lett. a), perché contrario alle qualità tipiche di una sanzione, ovvero dotata di una base legale sufficientemente precisa e accessibile. L'epilogo recentissimo della Cassazione ha visto proprio i giudici aderire al predetto indirizzo, attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme. Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, 3.3.2017; Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, Paternò, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, 13 settembre 2017; nonché, *ex multis*, LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU de Tommaso*, in *questa Rivista*, n. 2.