

CONFISCHE
E SANZIONI PATRIMONIALI
NELLA DIMENSIONE
INTERNA ED EUROPEA

A CURA DI

DONATO CASTRONUOVO - CIRO GRANDI



Jovene editore
2021

ANDREA PERINI

LA CONFISCA NEL D.LGS. N. 231/2001

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi: la "confisca 231" nel diritto penale dell'economia. – 2. L'oggetto della confisca: in particolare, la nozione di "profitto" del reato suscettibile di confisca. Rilievi generali alla luce della sentenza "Fisia Impianti" delle Sezioni unite. – 2.1. La confisca nei "reati contratto" come misura di aggressione dell'intero spostamento di risorse economiche avvenuto attraverso il reato. – 2.2. La confisca nei "reati in contratto" e la necessità di rivalutare il nesso di pertinenzialità al reato che deve connotare il profitto confiscabile. – 2.3. (*Segue*) "Profitto lordo" e "profitto netto": una dicotomia ancora valida nei "reati in contratto"? Le indicazioni provenienti dall'art. 644 c.p. e dall'applicazione della confisca nell'ambito dei reati tributari. – 3. Confisca 231 e diritto penale societario: le fattispecie a tutela del capitale sociale – 4. (*Segue*) Le fattispecie più problematiche: le false comunicazioni sociali – 5. (*Segue*) Aggiotaggio ed ostacolo alle funzioni di vigilanza.

1., *Rilievi introduttivi: la "confisca 231" nel diritto penale dell'economia*

Trattare della confisca nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001 è compito senza dubbio arduo, non foss'altro per l'ampiezza del tema.

Invero, la vasta congerie di fattispecie penali la cui realizzazione funge da presupposto applicativo per il d.lgs. n. 231/2001 comporta una tale varietà di declinazioni della confisca che sarebbe impossibile anche soltanto abbozzare una trattazione esaustiva del tema. Di qui la scelta di individuare un paio di questioni che si agitano attorno all'applicazione di questo strumento ablativo nei confronti degli enti collettivi, con l'intendimento di tentare quantomeno di offrire un affaccio su altrettanti aspetti interpretativi che, in ormai un ventennio di esperienza applicativa, hanno più volte sollecitato l'intervento della Corte di legittimità.

La cornice è quella del diritto penale dell'economia ed i due temi sui quali vorremmo focalizzare l'attenzione sono quelli della (i) determinazione del profitto suscettibile di confisca e (ii) dell'applicazione della confisca alle fattispecie penali societarie di cui all'art. 25-ter del d.lgs. n. 231/2001.

2. *L'oggetto della confisca: in particolare, la nozione di "profitto" del reato suscettibile di confisca. Rilievi generali alla luce della sentenza "Fisia Impianti" delle Sezioni unite*

Prendendo le mosse dall'individuazione del profitto suscettibile di confisca nell'ambito della responsabilità "amministrativa" degli enti, occorre subitamente ricordare che l'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231/2001 prevede che "è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente"¹.

Lo stesso precetto è ribadito, con formulazione più ampia, all'art. 19 del medesimo Decreto, dando rilevanza tanto alla confisca diretta (co. 1) quanto a quella di valore (co. 2). Si può osservare, al riguardo, che in seno all'art. 19 il "profitto" del reato è affiancato al "prezzo" dello stesso.

Vero ciò, proprio l'individuazione del *profitto* del reato, quale oggetto diretto dell'intervento ablativo o *quantum* idoneo a darne la misura, si è fin da subito rivelata un autentico nodo gordiano nell'applicazione della confisca, tanto in generale quanto nella particolare materia che ci occupa. Ed invero, è noto che il legislatore si è astenuto dal fornire una generale nozione di profitto suscettibile di trovare applicazione in tutte le ipotesi di confisca, demandando così all'interprete il delicato compito di ritagliare una tale grandezza e, soprattutto, di adattarne la portata ed i lineamenti alle differenti fattispecie di reato nei cui confronti la confisca stessa trova applicazione.

In prima battuta, ripercorrendo il percorso seguito dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione (anche in epoca antecedente al conio del d.lgs. n. 231/2001), si è così osservato che il "profitto" tratto dal reato consisterebbe nel "vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato"² stesso. Successivamente, ancora le Sezioni unite hanno affermato che per profitto del reato "si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito, quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, che non deve essere necessariamente conseguito da colui che ha posto in essere l'attività delittuosa"³.

In tale solco è poi intervenuta la celeberrima pronuncia delle Sezioni unite "*Fisia Impianti*" (altrimenti nota come sentenza "*Impregilo*")⁴,

¹ Cfr., in argomento, D. FONDAROLI, sub *Art. 19*, in M. LEVIS - A. PERINI (dir. da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 387 s.

² Cass., SS.UU., 3.7.1996, n. 9149, *Chabni*, in *Cass. pen.*, 1997, 971.

³ Cass., SS.UU., 24.5.2004, n. 29951, in *Cass. pen.*, 2004, 3087.

⁴ Cass., SS.UU., 27.3.2008, n. 26654, in *Riv. 231*, n. 4/2008, 123, con nota di L. PISTORELLI, *Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni*

espressamente chiamata a definire la nozione di “profitto del reato” in sede di applicazione dell’art. 19, d.lgs. n. 231/2001, così da porre termine ai contrasti giurisprudenziali che stavano fiorendo attorno a tale questione. La Corte ha quindi affermato che “il profitto del reato ... è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato”.

Così individuata, in linea di principio, la nozione di *profitto*, ne resta comunque di non agevole determinazione il concreto perimetro applicativo: in particolare, oggetto di acceso dibattito nella prassi, soprattutto prima delle Sezioni unite “*Fisia Impianti*”, è stata la possibilità di tenere o meno in considerazione, nella determinazione del “profitto del reato”, anche i “costi” che il reo ha dovuto in qualche modo affrontare per la realizzazione della condotta illecita⁵.

Vale la pena osservare, al riguardo, come l’affacciarsi della dicotomia “profitto lordo” – “profitto netto”⁶ sia il portato, probabilmente, non solo della maggiore frequenza statistica dei casi giunti all’attenzione della magistratura⁷, ma anche della crescente diffusione proprio della forma “per equivalente” della confisca, con il conseguente attenuarsi del vincolo di pertinenzialità che riconnette il bene confiscabile al reato presupposto.

Unite della Cassazione, ivi, 135 ss. Per la lettura della pronuncia poi impugnata di fronte alle Sezioni Unite della Cassazione, cfr. Trib. Napoli, Sez. Riesame, 6.10.2007, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1638 ss., con nota di F. COMPAGNA, *L’interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente, ivi*, 1643 ss.

⁵ Per tutti, D. FONDAROLI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 58 e ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 564 e ss. Sempre in tema di determinazione del profitto, recente giurisprudenza, in materia di peculato, ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio dell’Unione Europea 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, di cui si accennerà in seguito, possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente anche al profitto del reato in quanto “l’obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale conformemente al contenuto delle decisioni quadro adottate nell’ambito del titolo VI del Trattato sull’Unione europea non può legittimare l’integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione in “*malam partem*”. Cass., SS.UU., 25.6.2009 n. 38691, in *Cass. pen.*, 1/2010, 90.

⁶ Come suggerito da E. LORENZETTO, V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, 1758, che a sua volta riprendono MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 564 ss., “volendo utilizzare espressioni del lessico tedesco, la dicotomia di fondo ha pertanto ruotato attorno ai due poli del c.d. *Nettoprinzip* (principio del ‘netto’) e del c.d. *Bruttoprinzip* (principio del ‘lordo’)”.

⁷ Come, peraltro condivisibilmente, nota L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 4567.

Rispetto a tale modello di intervento ablativo, infatti, oggetto di confisca non è più il bene direttamente proveniente dal reato quanto una somma di denaro (o beni di valore) a questo corrispondente. È chiara l'accentuazione che, in un tale contesto applicativo, subisce la dimensione economica della confisca, sempre più lontana dal legame diretto con il reato⁸ per porre l'accento sul beneficio economico che, in ultima analisi, proviene dal reato stesso. Beneficio che non stempera la sua carica di pericolosità anche se viene frammisto ad altri fondi ed anche se, per confusione, perde la sua individuabilità senza perciò divenire meno gravido di utilità economica⁹. Ma, allora, è proprio questa "utilità economica equivalente"¹⁰, nella quale precipita la dimensione patrimoniale del reato e, quindi, il suo "rendimento", ad essere colpita da una confisca che, in sostanza, è destinata a ricondurre "a somma zero" la vicenda criminale¹¹.

In altri termini, allorquando oggetto della confisca non è più il "profitto" del reato ma una somma di denaro (o beni) di valore equivalente a tale profitto, è chiaro che il vincolo di pertinenzialità con l'illecito non funge più da criterio di individuazione del bene suscettibile di confisca ma degrada a parametro di quantificazione del sacrificio patrimoniale che dovrà sopportare il reo. Ed allora, è pressoché automatico che, nella ricerca di un tale criterio di commisurazione, venga ad affiorare il tema relativo al confronto tra "costi" e "ricavi" provenienti dal crimine che, in tempi recenti, ha aperto forse più di uno spiraglio all'ingresso di metodologie aziendalistiche nella applicazione della confisca per equivalente.

Di qui il fiorire del dibattito attorno alla possibilità o meno di tenere conto del solo "profitto netto" scaturente dal reato, così da ridurre il *quantum* confiscabile in funzione degli oneri cui il reo ha dovuto far fronte nella commissione del reato stesso.

Non è possibile, in questa sede, ripercorrere compiutamente tutto il percorso attraverso il quale si è dipanato il confronto argomentativo svi-

⁸ Sul quale, si veda A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 2002, 51.

⁹ E, in questa direzione, seppur in applicazione della "tradizionale" confisca, si veda la nota sentenza *Miragliotta* delle Sezioni Unite: cfr. Cass., SS.UU., 27.10.2007, n. 10280.

¹⁰ Per l'utilizzo di un'identica terminologia, cfr. S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 12.

¹¹ Ancora SEMINARA, *Disposizioni comuni*, cit., 12 rileva che: "È poi appena il caso di rilevare che il profitto non appare di agevole determinazione quando, attraverso l'abuso di informazioni privilegiate, siano stati venduti titoli destinati al ribasso", con ciò aderendo implicitamente alla prospettiva sviluppata in queste note.

luppatosi sul tema¹²: ci si limita, quindi, a riportare l'attenzione sulla già citata sentenza "*Fisia Impianti*" delle Sezioni unite penali, particolarmente attenta nel ricostruire proprio la nozione di "profitto del reato" in un contesto di esercizio (e su scala rilevante) dell'attività d'impresa.

In tale contesto, particolarmente feconda, nell'argomentare della Cassazione, appare la dicotomia tra "reati contratto" e "reati in contratto", elaborata dalla dottrina fin, quantomeno, dal 1966. Il riferimento è agli scritti di Ferrando Mantovani¹³, il quale qualificò i "reati-contratto" come fattispecie "consistenti nella conclusione di un contratto e mediante i quali si incrimina la stessa stipulazione del contratto"; tali reati vengono contrapposti ai "reati in contratto", nei quali la fattispecie viene ad inserirsi "nella conclusione di un contratto e mediante i quali viene incriminata non la conclusione del contratto, ma il comportamento tenuto durante la stipulazione del medesimo"¹⁴.

Nel solco di tale ricostruzione, la Cassazione ha così voluto prendere in qualche misura le distanze dalla contrapposizione tra "profitto netto" e "profitto lordo" per privilegiare, invece, una distinzione fondata sulla natura *lecita* o *illecita* dell'attività svolta dall'ente. In altri termini, se è vero che sarebbe suscettibile di confisca il "profitto lordo" scaturente dal reato, è altrettanto innegabile che un tale profitto affiori, spesso, dall'intreccio tra atti d'impresa leciti ed atti che, invece, risultano contaminati da profili di illiceità.

* Assai nitido, a tale riguardo, è l'argomentare della Corte: "può anche accadere, però, di dovere distinguere da quest'ultima, specialmente nel settore della responsabilità degli enti coinvolti in un rapporto di natura sinallagmatica, l'attività lecita d'impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato. È di agevole intuizione, infatti, la diversità strutturale tra l'impresa criminale – la cui attività economica si polarizza esclusivamente sul crimine (si pensi ad una società che opera nel solo traffico di droga) – e quella che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto".

Di qui la Corte trae lo spunto per coltivare la distinzione cui si faceva

¹² Si fa rinvio, per tutti, a PISTORELLI, *Confisca del profitto*, cit., 4544; L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 80 ss.; D. STICCHI, *Strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa e nozione di profitto confiscabile. Le indicazioni delle Sezioni Unite nel caso Impregilo*, in *Resp. amm. società ed enti*, 4/2008, 101; C. SANTORIELLO, *La confisca per equivalente e la determinazione del valore dei beni oggetto del provvedimento*, in *Il fisco*, 2008, 4337.

¹³ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 37 e 377; ID., *Diritto penale, Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, 53 ss.

¹⁴ Così MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., 377.

dianzi cenno tra “reati contratto” e “reati in contratto”: “più nel dettaglio, nel caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione, è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (c.d. “reato contratto”) e quest’ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità, con l’effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca. Se, invece, il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (c.d. “reato in contratto”), è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido *inter partes* è il contratto (eventualmente solo annullabile *ex artt.* 1418 e 1439 c.c.), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall’agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente”.

Tale ragionamento viene poi chiosato con l’affermazione secondo cui “v’è, quindi, l’esigenza di differenziare, sulla base di specifici e puntuali accertamenti, il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell’ambito di un affare che trova la sua genesi nell’illecito (profitto non confiscabile)”.

Come si è rilevato, codesta traiettoria ermeneutica muove da un’analisi risalente del Mantovani e finalizzata a scandagliare i rapporti esistenti, in tali contesti, tra diritto penale e diritto civile e, più in particolare, per confrontare le forme di reazione del diritto privato al cospetto di fatti di reato a contenuto *lato sensu* “negoziale”.

Tale distinzione, tuttavia, viene “recuperata” dalla Cassazione al fine di verificare, in contesti connotati da prestazioni reciproche, se attribuire o meno rilevanza alla prestazione resa dal soggetto – in questo caso un ente – cui viene ascritto un fatto di reato. Emblematico il tema relativo alla rilevanza da attribuire ai costi sostenuti dall’ente che, pur attraverso modalità illecite, si sia aggiudicato un appalto: in un tale contesto (“reato in contratto”), la confisca del profitto viene limitata alla parte patologica del contratto di appalto e non ai “ricavi” complessivamente generati.

2.1. *La confisca nei “reati contratto” come misura di aggressione dell’intero spostamento di risorse economiche avvenuto attraverso il reato*

In questa costruzione, la Cassazione perviene ad un primo, importante risultato: porre in luce che l’istituto della confisca è destinato ad as-

sumere un vero e proprio “assetto variabile” in funzione del reato cui viene applicata¹⁵. A fronte di “reati contratto”, infatti, esattamente si potrà osservare che mai si è posto il problema se, ad esempio, confiscare allo spacciatore la sola sostanza stupefacente che eccede il costo della dose acquistata per poi essere spacciata; così come mai si è ritenuto di confiscare il profitto di una rapina “depurandolo” dai costi delle armi utilizzate e degli indumenti impiegati per travisare gli autori del fatto¹⁶. In tali situazioni, una prassi consolidata, ispirata ad un solido buonsenso ancor prima che all’approfondita esegesi del dato normativo, ha certamente guidato con ragionevolezza l’applicazione pratica di codesto istituto nel corso dei decenni.

E ben si comprendono, in simili casi, le preoccupazioni espresse da una parte della dottrina¹⁷ avversa all’idea di sottoporre a confisca il solo “profitto netto” in quanto, così facendo, l’agente verrebbe sollevato dal “rischio economico del reato”: a fronte di reati “in perdita”, infatti, la confisca non potrebbe trovare applicazione mentre, con il criterio del “lordo”, l’intervento ablativo sarebbe comunque garantito ed interverrebbe in modo integrale sui beni oggetto del reato. In sostanza, quindi, anche la cessione di cocaina “sotto costo” darebbe luogo a confisca.

In siffatte situazioni, nelle quali i profili di illiceità abbracciano l’intero scambio, la confisca del “profitto lordo” garantisce quel ritorno allo *status quo ante* che coincide con l’elisione di tutti i profili di anti-giuridicità derivanti dal reato. Reato che, proprio in quanto “reato contratto”, permea di anti-giuridicità l’intero trasferimento di beni da un soggetto all’altro¹⁸.

¹⁵ PISTORELLI, *Confisca del profitto*, cit., 4575.

¹⁶ In tale direzione, ad esempio, Trib. Milano, sez. Riesame, 22.10.2007, in *Corr. del merito*, 2008, 85.

¹⁷ Per una esaustiva panoramica, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 569 e ss.

¹⁸ E si vedano, in tale direzione, le osservazioni recentemente sviluppate da Cass., 22.1.2009, n. 17229, in *Guida al diritto*, 21/2009, 80, seppure nel diverso contesto relativo all’applicazione delle misure di prevenzione di cui alla l. n. 575/1965: “nel caso in cui l’impresa mafiosa (nella specie una banca) risulti gestita in modo da entrare stabilmente nel circuito delle attività criminali di un gruppo mafioso, possono essere sottoposti a confisca tutti i proventi dell’attività d’impresa, senza alcun ulteriore accertamento circa l’origine lecita o meno di tali utili. Ne deriva che possono essere confiscate le somme attribuite per la percezione di dividendi e per la cessione del pacchetto azionario dell’impresa”. Come si rilevava in precedenza, la confisca sembra sempre più abbandonare il suo ruolo di aggressione a ciò che costituì l’occasione per delinquere per fare del delitto (*rectius*: di certi delitti) l’occasione per colpire il patrimonio del reo.

Di qui, quindi, anche quella "compensazione dell'ordine economico violato" cui fa riferimento un'attenta dottrina¹⁹, "compensazione" possibile solo attraverso la privazione del reo di tutti i beni che derivano dal reato. Ed anche di fronte al venir meno di tale vincolo di pertinenzialità diretta e, quindi, al ricorso alla confisca di valore, la determinazione del "valore" suscettibile di confisca non dovrà tener conto di alcun "costo" siccome l'applicabilità della confisca a tutti i beni oggetto dello scambio illecito si ripercuote sulla determinazione "dell'equivalente" confiscabile.

Nei "reati contratto", dunque, così com'è suscettibile di confisca l'intero ammontare dei beni oggetto del conflitto risolto dalla norma penale, del pari il "valore equivalente" confiscabile dovrà essere determinato avendo ad oggetto la complessiva dimensione economica della vicenda illecita.

2.2. *La confisca nei "reati in contratto" e la necessità di rivalutare il nesso di pertinenzialità al reato che deve connotare il profitto confiscabile*

Il punto probabilmente di maggior pregio dell'esame condotto dalla Cassazione e certamente più vicino al diritto penale delle società attiene all'inquadramento della confisca in seno ai "reati in contratto" e, quindi, all'utilizzo di tale categoria per assicurare un'adeguata connessione tra l'applicazione della misura e la reale dimensione lesiva del fatto.

Invero, sottoporre a confisca l'interesse dei beni rivenienti da un rapporto sinallagmatico solo in parte viziato dall'illecito penale rappresenterebbe un risultato certamente non raggiungibile attraverso l'applicazione della confisca "ordinaria", assodato che il vincolo di pertinenzialità al reato che deve connotare l'oggetto della confisca fungerebbe da baluardo ad una tale, pervasiva, applicazione dell'istituto.

Senonché, come si accennava in precedenza, il passaggio dalla confisca "classica" alla confisca di valore comporta il rischio di perdere di vista un vincolo di derivazione diretta che, da strumento di identificazione del bene confiscabile, degrada a parametro di determinazione del *quantum* confiscabile²⁰. Di qui l'origine del dibattito attorno alla nozione "lorda" o "netta" del profitto confiscabile, teso ad evitare che un tale allentamento del vincolo di pertinenzialità si risolva nel dissolvimento di qualsiasi argine all'applicazione della misura.

¹⁹ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 517.

²⁰ E si vedano, sul punto, le riflessioni della FONDAROLI, sub *Art. 19*, cit., 20 s.

Ma se la dottrina ha cercato di erigere questo argine alla confisca valorizzando la categoria del “profitto netto”²¹, si è detto di come la Cassazione abbia preferito fare ricorso alla categoria dei “reati in contratto” per discernere – in primo luogo – l’ambito delle fattispecie penali nelle quali avrebbe senso affrontare un tale dibattito. In secondo luogo, muovendosi nel perimetro di una tale categoria, meritevole di individuazione sarebbe non tanto la differenza tra “costi e ricavi” del reato quanto quel nucleo del rapporto sinallagmatico rimasto incontaminato dal reato stesso e, in quanto tale, meritevole di riconoscimento giuridico. Emblematico il tema della rilevanza da attribuire ai costi sostenuti dall’ente che, pur attraverso modalità illecite, si sia aggiudicato un appalto: in un tale contesto (“reato in contratto”), la confisca del profitto viene limitata alla parte patologica del contratto di appalto e non ai “ricavi” complessivamente generati (nel caso oggetto di esame da parte delle Sezioni unite, in particolare, è stata ritenuta non condivisibile la confisca genericamente estesa ai *ricavi* provenienti dall’incasso della tariffa di smaltimento dei rifiuti).

In estrema sintesi, quindi, la contrapposizione non sarebbe più tra “profitto lordo” e “profitto netto” quanto tra profitto scaturente dal reato e profitto scaturente dalla parte di rapporto di scambio non contaminata dal reato stesso.

2.3. (Segue) “Profitto lordo” e “profitto netto”: una dicotomia ancora valida nei “reati in contratto”? Le indicazioni provenienti dall’art. 644 c.p. e dall’applicazione della confisca nell’ambito dei reati tributari

Una volta apprezzata, come doveroso, l’indagine condotta dalla Cassazione, viene però da chiedersi se queste due metodologie di approccio, che apparentemente contrappongono la giurisprudenza più autorevole ed una rilevante parte della dottrina, rappresentino davvero due differenti soluzioni del problema o se, piuttosto, non siano altro che due modi differenti per esprimere concetti largamente sovrapponibili.

Per rispondere ad un tale quesito occorre, in primo luogo, convenire sul fatto che la contrapposizione tra “lordo” e “netto” – se ha un senso – lo conserva esclusivamente in seno ai “reati in contratto”, ossia

²¹ Per tutti, FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione*, cit., 72 e ss. G. LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. del merito*, 2008, 88; SANTORIELLO, *La confisca per equivalente e la determinazione del valore dei beni oggetto del provvedimento*, cit., 4343.

nelle fattispecie nelle quali ha senso discernere il grano dalla crusca e, quindi, individuare un nucleo di rapporto intersoggettivo non interamente travolto dall'illiceità del fatto di reato.

Vi è da domandarsi, al riguardo, se la parte "da salvare" del "reato in contratto" non finisca con il coincidere proprio con i costi sostenuti per la realizzazione della fattispecie, cosicché sarebbe il "profitto netto" ad identificarsi con quel "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato" che la Cassazione individua come oggetto della confisca.

Ecco allora che, sotto il profilo sistematico, un'indicazione alquanto preziosa pare provenire proprio da quella che, come si è già accennato, fu la prima ipotesi di confisca di valore introdotta, nel 1996, nel nostro sistema penale e racchiusa nell'ultimo comma dell'art. 644 c.p.

Com'è noto, infatti, in tema di usura è prevista una forma di confisca per equivalente espressamente commisurata ad "un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari".

Si noti, quindi, come ci si trovi in un tipico contesto di "reato in contratto" nel quale il legislatore – singolarmente – non si limita a fare rinvio al "profitto" del reato ma si impegna a determinare *expressis verbis* tale grandezza, identificandola con l'incremento netto patrimoniale ricavato dal soggetto attivo. E vale la pena sottolineare che oggetto di confisca non sono *le somme restituite dal soggetto usurato*, le quali fanno ritorno al patrimonio dell'usuraio senza essere oggetto di una confisca che, invece, risulta commisurata agli "interessi" e agli "altri vantaggi o compensi usurari".

Dunque, è il *quid pluris* netto scaturente dal reato ad essere oggetto di ablazione in quella che pare essere l'unica ipotesi di confisca di valore nella quale è il legislatore stesso ad indicare gli addendi della somma che conduce alla determinazione dell'oggetto della confisca.

In un tale contesto, la confisca interviene sull'intero "valore aggiunto" scaturente dal reato: si noti, infatti, che oggetto di ablazione non è il solo differenziale tra gli interessi usurari e gli interessi che sarebbero stati consentiti, ma l'intera remunerazione del fatto illecito.

Il punto merita un piccolo approfondimento.

Non di rado, infatti, la distorsione del contratto indotta dal fatto di reato comporta una remunerazione dello stesso superiore a quella – per così dire – *fisiologica*. Basti pensare ad un contratto di appalto viziato non nelle sue modalità di esecuzione e rendicontazione ma "soltanto" rispetto all'individuazione del soggetto aggiudicatario, in ipotesi diverso dal "miglior offerente": è il caso dell'appalto ottenuto in forza di una da-

zione corruttiva o di una turbativa d'asta ma poi condotto con modalità inappuntabili. Ora, è chiaro che – in un tale scenario – l'idea di colpire solamente la “quota di illiceità” di un tale contratto avrebbe come conseguenza quella di non incidere sull'utile d'impresa derivante dall'appalto stesso, specie laddove un tale utile fosse sostanzialmente allineato alla redditività che – secondo l'*id quod plerumque accidit* – connota appalti analoghi a quello in questione.

Al di là delle insormontabili difficoltà di accertamento che comporterebbe il raffronto tra gli utili derivanti dall'esecuzione di un appalto vinto attraverso una turbativa d'asta con gli utili che avrebbe conseguito una seconda, ipotetica, impresa che si fosse aggiudicata “genuinamente” il medesimo appalto, occorre domandarsi se davvero sia questa la soluzione affiorante dal tessuto normativo²². E, probabilmente, l'ultimo comma dell'art. 644 c.p. contribuisce a fornire una forte indicazione sistematica di quella che, in siffatte situazioni, pare essere la soluzione anche più ragionevole, ossia la confisca di tutti gli utili netti, ma soltanto di quelli, provenienti da un appalto viziato nella sua genesi ma non nella sua conduzione²³.

Anche l'estensione della confisca di valore ai reati tributari, a ben vedere, sembra allinearsi a questa indicazione sistematica.

Come si è già osservato, infatti, la “Finanziaria 2008” introdusse la confisca per equivalente anche in seno a tale categoria di reati (cfr. art. 1, co. 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244), attraverso un rinvio all'art. 322-ter c.p. certamente poco felice²⁴ ed oggi soppiantato dall'art. 12-bis, d.lgs. n. 74/2000, introdotto dall'art. 10, d.lgs. n. 158/2015. Invero, il crisma dell'illiceità connota, in tale contesto, non certo la produzione della ricchezza da sottoporre a tassazione quanto, piuttosto, la sua sottrazione a tassazione. *Nulla quaestio*, dunque, in merito alla liceità dei negozi giuridici forieri degli utili (o del valore aggiunto) da sottoporre a tassazione

²² Cfr. Trib. Milano, 11.12. 2006, della quale dà notizia M. MONTESANO, *La nozione del profitto del reato alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali e del contributo dottrinale: punti di vista differenti*, in *Resp. Amministrativa società ed enti*, 2/2008, 174. E si vedano, sul tema, le riflessioni di V. TUTINELLI, *Sentenza Anas: i problemi insoluti*, in *Resp. Amministrativa società ed enti*, 2/2007, 125.

²³ In tale prospettiva, cfr. anche le riflessioni di A. SCARCELLA, *Il profitto sequestrabile all'ente nei reati a prestazioni corrispettive (commento a Cass. pen., n. 23013, 31 maggio 2016)*, in *Rivista* 231, 4/2016, 262; V. MONGILLO, *Profitto del reato e confisca*, in *Libro dell'anno di Diritto*, 2013, www.treccani.it.

²⁴ In argomento, si vedano i primi commenti di C. SANTORIELLO, *Confisca per equivalente e reati tributari. Le prime indicazioni della giurisprudenza*, in *Il fisco*, 2009, 234; R. CHICONE, *La confisca di valore e i reati tributari*, in *Riv. pen.*, 2009, 486.

ma identificazione del profitto con il *quantum* di imposte evase. Ciò in un contesto nel quale, per la determinazione delle imposte dovute, per un verso assumono rilevanza anche i costi sostenuti dal reo ancorché non contabilizzati (i cosiddetti “costi neri”)²⁵, ma – invece – non vengono considerati i costi derivanti da attività di per sé costituenti reato (cfr. art. 2 della l. 27 dicembre 2002, n. 289).

Dunque, mentre l'evasione fiscale dell'impresa edilizia verrà determinata riconoscendo (ad esempio) rilevanza anche alle ore di straordinario pagate “in nero” ai carpentieri, il contrabbandiere verrà invece tassato sui *ricavi* derivanti dalla sua attività illecita, senza tener conto dei costi che egli ha comunque dovuto sopportare.

Riecheggia, in questo contesto, la nozione dell'impresa illecita²⁶, ma, soprattutto, pare trovare conferma quel paradigma evocato dalle Sezioni unite della Cassazione e, forse, ancora meritevole di ulteriore riflessione: a fronte di attività del tutto *illicite*, i “costi” sostenuti dal soggetto agente non trovano alcuna considerazione, alcun riconoscimento normativo. E qui, l'applicazione della confisca per equivalente su un'evasione fiscale calcolata su tutti i *ricavi* (non gli *utili*, si badi) derivanti da attività delittuose, pare davvero andare a completare il modello che vede la confisca intervenire in misura integrale sui beni oggetto di “reati contratto” o, forse più in generale, di fatti interamente connotati da illiceità penale²⁷.

²⁵ Si veda, al riguardo, la previsione di cui all'art. 1, lett. f) del d.lgs. n. 74/2000, laddove è previsto che l'imposta evasa debba essere identificata con “la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione”. Di qui la già ricordata rilevanza, ai fini delle imposte dirette, anche dei cosiddetti “costi neri”, i quali – tuttavia – sembrano oggi mantenere rilevanza solo *a condizione che non provengano da attività costituenti reato*. In giurisprudenza, cfr. Cass., 28.5. 2008, in *Riv. pen.*, 2009, 3777, la quale pare attribuire rilevanza non solo al ricavato dalla vendita di un immobile ma altresì al costo sostenuto per tale acquisto, in un contesto nel quale pare che nessuno di tali elementi fosse stato portato a conoscenza del fisco.

²⁶ A. DI AMATO, *L'impresa illecita*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa*, v. I, Padova, 1990, 303 ss.

²⁷ Com'è noto, in data successiva a quella in cui si è svolto il Convegno, il legislatore ha ritenuto (in due tempi) di estendere anche a taluni illeciti penali tributari l'area applicativa del d.lgs. n. 231/2001: si veda, al riguardo, l'attuale formulazione dell'art. 25-*quinqüiesdecies* del d.lgs. n. 231/2001. Si tratta di una modifica normativa che non incide sulla determinazione del *profitto* derivante dal reato tributario ma, piuttosto, interviene sulla possibilità di applicare la confisca, anche nella forma di valore, nei confronti dell'ente, superando quelle limitazioni che la nota sentenza Gubert (Cass., SS.UU., 30 gennaio 2014, n. 10561) aveva riconosciuto proprio in ambito penale tributario. Sulla sentenza Gubert, per tutti (e perlopiù in senso critico), G. GIANGRANDE, *Timeo dànaos et dona ferentes: le Sezioni Unite della Cassazione in materia di confisca per equivalente*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, II, 637; G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni “inespresse” delle Sezioni Unite in*

Laddove, invece, i profili di anti giuridicità penale intervengano in una cornice negoziale *lecita* e, quindi, meritevole di riconoscimento, allora l'intervento ablativo non sembra poter interessare tutti i beni oggetto di scambio ma solamente l'eventuale accrescimento patrimoniale che ne è derivato.

E, come si è visto, sembrano più d'una le conferme sistematiche di una tale linea interpretativa, probabilmente destinata non tanto a *rettificare* quanto a *completare* l'orientamento espresso dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, riconoscendo profili di perdurante attualità alla dicotomia, che appare quasi ontologica, tra *profitto lordo* e *profitto netto*²⁸.

Tutto ciò, dunque, dovrebbe condurre a tracciare delle linee guida, di portata generale, capaci di condurre alla determinazione del profitto di reato suscettibile di confisca, eventualmente anche nella misura del suo equivalente. Da notare, tuttavia, come non di rado possano manifestarsi dei delicati profili applicativi laddove oggetto di confisca non possa essere una somma di denaro ma si renda necessaria l'apprensione di beni aventi diversa natura, quali degli immobili o delle quote societarie. È chiaro che, in siffatte circostanze, sarà cruciale la corretta determinazione del valore del bene da sottoporre a confisca, onde evitare sacrifici patrimoniali fuori misura rispetto all'effettivo profitto derivante dal reato²⁹.

La questione assume contorni particolarmente sfumati in presenza di quote di società, laddove – di regola – il valore nominale non rispecchia affatto l'effettiva consistenza economica della quota stessa: basti pensare a società a responsabilità limitata che presentino un modesto capitale sociale ma detentrici – ad esempio – di importanti partecipazioni, dotate di significativi avviamenti. Non v'è dubbio che la complessità dell'analisi necessaria per valutare il *reale* valore da attribuire a tali beni non possa certo autorizzare arbitrarie identificazioni tra *valore nominale* e *valore effettivo* delle quote stesse: al contrario, sarà sempre necessario valutare attentamente la consistenza economica dei beni oggetto di apprensione onde garantire, *in ogni caso*, quella adeguatezza della misura abla-

tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari, in *Cass. pen.*, 2014, 2806; F. MUCCIARELLI - C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015, 246 ss.; L. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le società*, 2014, 862 e ss., part. 867; ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., 1674; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016.

²⁸ Si veda, in argomento, *Cass. pen.*, sez. VI, 22.4.2016, n. 23013 ed il commento di SCARCELLA, *Il profitto sequestrabile all'ente nei reati a prestazioni corrispettive*, cit., 260 e ss.

²⁹ Si vedano, sul punto, *Cass.*, sez. VI, 10.1.2013, n. 19051; *Cass.*, sez. VI, 23.7.2015, n. 33765.

tiva che rappresenta la regola allorquando sia percorribile la più agevole soluzione di confiscare somme di denaro.

3. *Confisca 231 e diritto penale societario: le fattispecie a tutela del capitale sociale*

Le riflessioni fin qui svolte fungono da necessaria premessa al secondo tema sul quale, in questa sede, vorremmo portare l'attenzione, vale a dire l'applicazione della "confisca 231" alle fattispecie penali societarie richiamate dall'art. 25-ter del d.lgs. n. 231/2001.

Anche in tale ambito, per vero, la confisca pare assumere connotati alquanto cangianti in funzione delle diverse fattispecie penali societarie suscettibili di fungere da reati presupposto. Di talché, se appare eccessiva una parcellizzazione dell'analisi in funzione dei diversi beni giuridici tutelati dalle fattispecie penali societarie, esigenze di razionalità (e di sintesi) della trattazione suggeriscono, quantomeno, di prendere in esame due macro-classi di reati societari, in funzione della tipologia di condotta illecita e, quindi, del potenziale plasmarsi della confisca in relazione alle peculiari note modali che presenta ciascun fatto tipico. Soprattutto, a fungere da fondamentale elemento discretivo, pare essere il *ruolo* assolto dall'ente nell'economia delle diverse fattispecie penali contemplate dal codice civile.

Ed allora, la prima categoria di fattispecie sulla quale conviene soffermare l'analisi si compone degli illeciti che coincidono, grosso modo, con i reati a tutela del capitale sociale, ossia le fattispecie previste dagli artt. 2626, 2627, 2628, 2629 e 2632 c.c., alle quali appare utile aggiungere – ancorché non concerna il capitale sociale – il delitto di cui all'art. 2633 c.c.³⁰.

Sono questi, infatti, i reati societari nei quali avviene – di regola – un trasferimento di ricchezza tra la società ed i soci in conseguenza di condotte realizzate dagli amministratori o dagli altri soggetti attivi tipizzati, *in primis* i liquidatori (cfr. art. 2633 c.c.), e che presentano, come punto di approdo, un sostanziale impoverimento della società.

Certo, talora il trasferimento di ricchezza è più evidente, come nei casi di indebita restituzione di conferimenti (art. 2626 c.c.) o di illegale

³⁰ Fattispecie a tutela dell'interesse a che il patrimonio sociale sia destinato al soddisfacimento dei creditori: per tutti, S. SEMINARA, voce *Reati societari*, *Enc. dir.*, Milano, 2016, 756; G. VACIAGO, *Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori*, in G. CANZIO - L.D. CERQUA - L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società Diritto penale delle società*, II ed., Padova, 2016, 466.

ripartizione di utili o, ancora, di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.): in tali fattispecie si assiste ad una fuoriuscita di risorse dalla società, con pregiudizio per i creditori ma, in via immediata e diretta, con un immancabile depauperamento della società stessa.

Addirittura, nelle fattispecie previste dall'art. 2632 c.c. il socio diviene espressamente potenziale soggetto attivo del reato, beneficiando di azioni o quote di valore superiore rispetto al conferimento effettuato³¹, in uno schema tipico nel quale la società si vede attribuire attività patrimoniali in misura inferiore rispetto a quella dovuta.

Peraltro, le conclusioni non mutano in caso di operazioni illecite sulle azioni o sulle quote sociali o della controllante (art. 2628 c.c.), né in caso di operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.): per quanto le condotte tipizzate appaiano connotate da maggiore complessità, queste si risolvono pur sempre in un apporto fittizio di sostanze alla società o in un travaso sperequato (o comunque non consentito) di beni da un soggetto all'altro. Non si deve dimenticare, infatti, come si tratti pur sempre di fattispecie di danno, caratterizzate dalla presenza di una lesione all'integrità del capitale sociale o di un danno arrecato ai creditori³² che, tuttavia, passa di necessità attraverso un pregiudizio destinato a riverberarsi immediatamente sulla consistenza patrimoniale della società.

Dunque, si è al cospetto di fattispecie penali societarie che cagionano, di regola, un *pregiudizio* alla società che si vede depauperata di una parte del suo patrimonio o, comunque, vede il proprio capitale sociale annacquato dalla condotta illecita: appare quindi arduo, in siffatti casi, ipotizzare la sussistenza di un *vantaggio* o di un *interesse* per la società stessa. Di qui, dunque, il venire meno di qualsiasi profilo di responsabilità per l'ente e, con esso, la stessa possibilità di dare corso alla "confisca 231".

Piuttosto, in siffatti ambiti sarà doveroso tracciare una netta linea di separazione tra la confisca prevista dal d.lgs. n. 231/2001 e la confisca

³¹ Su tale fattispecie, per tutti, S. DELSIGNORE, *Formazione fittizia del capitale*, in A. LANZI - C. CADOPPI (a cura di), *I reati societari*, Padova, 2007, 148; L. FOFFANI, *Art. 2632 - Formazione fittizia del capitale*, in F. PALAZZO - C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 2509; MONTAGNANI, *Art. 2632 - Formazione fittizia del capitale*, in F. D'ALESSANDRO (dir. da), *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, Padova, 2010, 309; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., 297; G. VACIAGO, *La formazione fittizia del capitale sociale*, in CANZIO - CERQUA - LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, II ed., cit., 447.

³² Per tutti, su tali fattispecie, si veda SEMINARA, voce *Reati societari*, cit., 749 e ss., al quale rinviamo anche per gli ulteriori riferimenti.

prevista dall'art. 2641 c.c., destinata – questa sì – a trovare applicazione nei confronti (non dell'ente ma) della persona fisica resasi autrice del reato societario.

Il punto è meritevole di sottolineatura in quanto nella sentenza pronunciata dalla Cassazione nel caso *Uni Land s.p.a.*³³ si è invece ritenuto, in un caso di applicazione dell'art. 2632 c.c., che l'incremento fittizio di capitale avrebbe determinato “*un aumento dell'affidabilità della medesima compagine sociale nei confronti dei terzi [...] ed una sensibile moltiplicazione del valore delle azioni della società quotata in borsa, anche in conseguenza della successiva diffusione di comunicati in ordine all'avvenuta capitalizzazione*”.

In tal guisa, è stata ritenuta sussistente una responsabilità della società e, quindi, si è disposta (tra l'altro) la *confisca del profitto* che dalla commissione di tale fattispecie la società avrebbe tratto.

In realtà, nel caso di specie sembrano sovrapporsi eterogenei profili di profitto provenienti – al più – da fattispecie penali *diverse* da quella di cui all'art. 2632 c.c. e riconducibili, piuttosto, ai delitti di cui agli artt. 2637 o 2638 c.c. Ma, soprattutto, come nota la sentenza *Fondiararia Sai*³⁴ in un caso non dissimile, il profitto indicato dalla pronuncia *Uni Land s.p.a.* ricade, a tutto concedere, sui *soci* della società e non sulla società stessa che, invece, si è trovata ad emettere azioni ricevendo una contropartita inadeguata a fronte dell'aumento di capitale sociale. Del tutto fuori luogo, poi, appare l'identificazione dei “falsi valori patrimoniali” con il (o almeno parte del) profitto suscettibile di confisca, come se la menzogna fosse, di per sé, suscettibile di generare ricchezza³⁵.

Dunque, a monte del tema concernente l'identificazione del profitto scaturente dalla commissione di un tale delitto, a porsi è – *in radice* – una delicata questione di sussistenza di un interesse o di un vantaggio, in capo alla società, derivante dalla commissione di una fattispecie che prevede, come risultato della condotta tipica, un annacquamento del capitale sociale.

In realtà, a ben vedere, si tratta di ipotesi di reato rispetto alle quali l'attribuzione di profili di responsabilità anche in capo alla società rischia di risolversi in una *duplicazione* del pregiudizio che già la società stessa ha subito a motivo della realizzazione dell'illecito penale. Ritenere, in si-

³³ Cass., sez. VI, 22.5.2013, n. 24557, *Uni Land s.p.a.*

³⁴ Cass., sez. V, 3.4.2014, n. 25450, *Fondiararia Sai*, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2014, con nota di M. DOVA.

³⁵ A tal proposito, sia consentito fare rinvio ad A. PERINI, *Reati societari - 2641*, in T.E. EPIDENDIO, G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, 837 ss.

mili contesti, che il reato societario sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della società pare davvero risolversi in una forzatura ermeneutica, in un infingimento nel quale l'interesse della *società* viene scambiato, attraverso un'operazione di ortopedia interpretativa, con l'interesse (in realtà antagonista) degli amministratori o dei soci *soggetti attivi* del reato. Ma ciò finisce con il tradire la stessa *ratio* fondante dell'intero sistema di ascrizione di responsabilità agli enti.

4. (Segue) *Le fattispecie più problematiche: le false comunicazioni sociali*

In realtà, non vi è dubbio che l'autentico nervo scoperto, nell'applicazione della confisca alle fattispecie penali societarie, sia costituito da quelle figure delittuose che non colpiscono spostamenti più o meno squilibrati o ingiustificati di sostanze economiche ma, piuttosto, *deficit* informativi o, comunque, forme di mendacio o di travisamento della realtà fattuale incidenti sull'informazione societaria, intesa nella sua accezione più lata³⁶.

È questo, evidentemente, l'ambito applicativo, in primo luogo, delle ipotesi di false comunicazioni sociali, anche se questioni non meno delicate sono poste dalle fattispecie di aggio e di ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Prendendo le mosse dalle fattispecie di mendacio societario³⁷, è utile calarsi subito in *media res* per constatare come siano sostanzialmente due le letture che sono state proposte per ricostruire le modalità attraverso le quali la confisca troverebbe applicazione all'esito della realizzazione di codeste ipotesi di reato.

Per un verso, si osserva che il profitto (o, meglio, il "vantaggio") scaturente dalla realizzazione di tali delitti si sostanzierebbe nella "apparenza che la condotta falsificatoria crea, rapportata alla situazione reale"³⁸. In altri termini, quindi, il profitto del reato coinciderebbe con la menzogna: la sovrastima di una posta attiva (ad esempio, i crediti) "in-

³⁶ Cfr. C.E. PALIERO, *False comunicazioni sociali e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le società*, 2012, 80.

³⁷ Sulle quali, per tutti, A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 14; V. MANES, *Commento agli artt. 2621, 2621-bis, 2621-ter, 2622 c.c.*, in *ABBADESSA, PORTALE* (a cura di), *Codice delle società*, cit., 3499 e ss.; C. SANTORIELLO, *Il nuovo reato di falso in bilancio*, Torino, 2015; C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016; F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2015.

³⁸ Così R. PELLICANO, *Il profitto e la confisca nei reati societari*, in C. PARODI (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2017, 255.

cide sulla determinazione dell'utile dell'esercizio e, di riflesso, sulla consistenza contabile del patrimonio aziendale"³⁹. Quindi, tale eccedenza patrimoniale, scaturente dalla *sovrastima* della posta attiva di bilancio, sarebbe in profitto del reato suscettibile di confisca. Ma, seguendo questo argomento, un profitto sussisterebbe anche in presenza di casi nei quali l'autore del reato dia corso ad una *sottostima* dei beni aziendali (magari attraverso una sopravvalutazione di una posta del passivo, come un fondo rischi) in quanto, si osserva, "la sottostima comporterà una liberazione di risorse di misura pari alla sottovalutazione, che si tradurrà nel vantaggio patrimoniale preso di mira dalla falsificazione del bilancio"⁴⁰.

Il punto merita qualche approfondimento.

In primo luogo, è necessario concentrare nuovamente l'attenzione, in questa sede, sulla sfera applicativa della confisca prevista dall'art. 2641 c.c., da non sovrapporre artificiosamente al perimetro disciplinato dalla confisca di cui all'art. 19, d.lgs. n. 231/2001.

È utile, al riguardo, rammentare come la stessa Relazione al d.lgs. n. 231/2001 (§ 7) descriva chiaramente la funzione assolta dalla confisca per equivalente in tale contesto: "evitare che l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato ormai indisponibili per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria".

Vero ciò, pare doveroso, tentando di ricostruire il perimetro applicativo dell'art. 19, d.lgs. n. 231/2001 rispetto alle fattispecie di false comunicazioni sociali, domandarsi quale sia il profitto scaturente dalla commissione *del reato societario* rispetto al profitto *tratto dall'ente* in conseguenza dell'illecito previsto dall'art. 25-ter, lett. a), a-bis) e b), d.lgs. n. 231/2001. È ben vero, ovviamente, che la responsabilità dell'ente vede come fattispecie presupposto proprio la commissione del reato societario, ma il duplice profilo di illiceità del fatto comporta differenti prospettive di valutazione del profitto derivante dal reato.

Ed allora, è innegabile che "l'abbellimento" del bilancio si risolva in un generico *vantaggio* per l'ente, anche se sarebbe comunque avventato – riteniamo – desumere da ciò il *profitto* del quale l'ente medesimo si trova a godere in seguito alla realizzazione di un fatto di false comunicazioni sociali: quale sarebbe, infatti, il *beneficio aggiunto* di tipo patrimoniale di "diretta e immediata derivazione causale dal reato"⁴¹ scaturente da una siffatta condotta? In un tale contesto, non pare del tutto convin-

³⁹ PELLICANO, *Il profitto e la confisca nei reati societari*, cit., 256.

⁴⁰ PELLICANO, *Il profitto e la confisca nei reati societari*, cit., 256.

⁴¹ Così Cass., SS.UU., 24.5.2004, n. 29951, cit.

cente la conclusione che vorrebbe identificare tale profitto con l'entità della menzogna, sul presupposto che il bilancio sarebbe comunque la "carta d'identità della persona giuridica; perché l'essenza di una società di capitali coincide con il suo patrimonio"⁴².

Già il fatto che tanto la sopravvalutazione di una posta dell'*attivo* quanto un'identica sopravvalutazione di una posta del *passivo* diano luogo – in tesi – al medesimo profitto ancorché si tratti di fenomeni tra loro speculari, lascia spazio a più di qualche perplessità. Inoltre, quale sarebbe il profitto derivante da due manipolazioni di bilancio destinate a compensarsi perfettamente? Si pensi all'omesso stanziamento di un fondo rischi accompagnato da una equivalente sottostima di una partecipazione: annullamento del profitto o somma tra i due opposti profili di falsità?

Il tema, in realtà, è stato affrontato con argomenti convincenti dalla Cassazione con la nota sentenza *Italease*⁴³ che, pronunciata nell'ambito applicativo della responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*, ha inteso distinguere tra il *generale* concetto di "vantaggio" scaturente dalla fattispecie di false comunicazioni sociali e la *speciale* nozione di "profitto" *direttamente* generato da tale reato e, quindi, suscettibile di confisca⁴⁴. In tale prospettiva, il profitto è stato definito dalla Cassazione come "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"⁴⁵.

Dunque, nella ricerca del profitto del reato di false comunicazioni sociali, occorrerà portare l'attenzione sui "valori reali" apportati dall'illecito penale e non sulle mere "grandezze ideali" oggetto di manipolazione⁴⁶, soprattutto in considerazione del fatto che il mendacio societario, di per sé, potrà comportare dei mutamenti *qualitativi* nella composizione del patrimonio della società (si pensi al mancato stanziamento di un fondo rischi la cui omissione evita l'erosione di una riserva di patrimonio netto) ma non certo dar luogo ad incrementi *quantitativi* dello stesso. Tali incrementi, infatti, appaiono del tutto eventuali, sono destinati ad assumere i connotati dell'*evento* e, rispetto a questi, sarà quanto

⁴² PELLICANO, *Il profitto e la confisca nei reati societari*, cit., 255.

⁴³ Cass., sez. V, 28.11.2013, n. 10265, *Banca Italease*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 545.

⁴⁴ Cfr. altresì C.E. PALIERO, *False comunicazioni sociali e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, 69 e ss., in nota alla del GUP di Milano sempre avente ad oggetto il caso *Italease*: Trib. Milano, 3 gennaio 2011, *ivi*, 65.

⁴⁵ Cass., sez. V, 28.11.2013, n. 10265, *Banca Italease*, cit., § 9.3.

⁴⁶ Così ancora Cass., sez. V, 28.11.2013, n. 10265, *Banca Italease*, cit., § 10.3.

mai necessario compiere una rigorosa verifica in ordine alla solidità del legame causale che li avvince alla condotta illecita⁴⁷.

Nello stesso solco pare collocarsi la sentenza resa dalla Cassazione nel caso *Fondiaria Sai*⁴⁸, laddove (ancorché oggetto di contestazione fosse altresì il delitto di manipolazione del mercato) si osserva che, per quanto sia “innegabile che possa ipotizzarsi, in linea astratta, un interesse della società Fondiaria-Sai alla diffusione di un bilancio contenente false informazioni”, tuttavia “tale interesse non basta, da solo, a far configurare, in concreto, il profitto del reato di manipolazione del mercato”.

Si tornerà in seguito su tale pronuncia: vale tuttavia la pena osservare come la Cassazione abbia sottolineato la necessità, per applicare la disciplina che governa la confisca del profitto del reato, di ricostruire la catena causale che avvince il fatto illecito all’“effettivo vantaggio” da questo prodotto, “concretizzato sul piano delle utilità computabili economicamente”.

L'interprete, allora, dovrà domandarsi quale sia il beneficio economico aggiuntivo, “computabile economicamente” che direttamente deriva dal reato societario, secondo un rigoroso paradigma causale: questo sarà il profitto suscettibile di confisca, con una delicata ponderazione tra le sfere di intervento della norma prevista dal codice civile e di quella contenuta nel d.lgs. n. 231/2001.

Verosimilmente, i finanziamenti ottenuti in conseguenza dell’abbellimento del bilancio o gli utili mantenuti in seno alla società grazie a rendiconti particolarmente pessimistici potranno ascrivere ad ipotesi di profitto tratto direttamente dall’*ente*⁴⁹, mentre il premio percepito dall’amministratore grazie a dati economici opportunamente “gonfiati” pare rientrare perfettamente nel perimetro dell’art. 2641 c.c., così come il profitto lucrato dal socio (magari anche amministratore) in conseguenza della vantaggiosa cessione di una quota societaria resa possibile dall’artificiosa lievitazione delle attività di bilancio.

Certo, la circostanza che la già ricordata sentenza Gubert⁵⁰ abbia consentito di aggredire *comunque* il patrimonio della *società* anche in un contesto estraneo al d.lgs. n. 231/2001 come quello penale tributario⁵¹,

⁴⁷ Si vedano, sul punto, le riflessioni di PALIERO, *False comunicazioni sociali e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, cit., 79.

⁴⁸ Cass., sez. V, 3.4.2014, n. 25450, *Fondiaria-Sai*, cit.

⁴⁹ Si veda ancora PALIERO, *False comunicazioni sociali e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, cit., 80-81.

⁵⁰ Cass., SS.UU., 30.1.2014, n. 10561, *Gubert*, cit.

⁵¹ Ciò, ovviamente, prima delle recentissime modifiche normative che hanno condotto all’introduzione dell’art. 25-*quiquiesdecies* in seno al d.lgs. n. 231/2001.

sembra comportare vere e proprie sovrapposizioni tra le due ipotesi di confisca, specie con riferimento a quella confisca diretta che tanto viene rivitalizzata dalla medesima sentenza.

5. (Segue) Aggiotaggio ed ostacolo alle funzioni di vigilanza

Le considerazioni svolte consentono ora di procedere speditamente nell'esame di altre fattispecie penali societarie che risultano in qualche misura problematiche laddove traggurdate dalla peculiare prospettiva della confisca. Ed allora, *in primis*, cade acconcio portare l'attenzione sull'ipotesi di aggioaggio di cui all'art. 2637 c.c.: in realtà, il tema, complice la limitata sfera applicativa della fattispecie penale societaria, è stato oggetto di interessanti approfondimenti non tanto con riferimento all'art. 2637 c.c.⁵² quanto all'omologa fattispecie prevista dal Testo unico della finanza (art. 185 TUF) ed alla correlata ipotesi sanzionatoria prevista dal d.lgs. n. 231/2001 (cfr. art. 25-*sexies*). Senza poter indulgere nell'esame di tale fattispecie, in questa sede vorremmo limitarci a rilevare come l'applicazione della confisca ai fatti di aggioaggio, nell'esperienza giurisprudenziale, sembri avvalorare alcune delle riflessioni che sono state fin qui sviluppate.

In tale contesto, invero, le fattispecie incriminatrici (tra le quali, evidentemente, rientra l'art. 2637 c.c.) vanno a colpire – in buona sintesi – contratti viziati da asimmetrie informative che si alimentano della notizia falsa o degli artifici posti in essere dal reo: deve trattarsi, infatti, di condotte suscettibili di incidere sulla formazione del prezzo, ossia capaci di perturbare il valore al quale le parti sono disposte a scambiare lo strumento finanziario, rendendolo *unfair*⁵³.

Qui, dunque, l'individuazione del profitto del reato sembra meno problematica che al cospetto di una falsa comunicazione sociale in quanto l'attestarsi del prezzo su livelli artificialmente indotti dalla condotta tipica comporta spostamenti di ricchezza nei quali non pare difficoltoso individuare il profitto del reato⁵⁴. Emblematica, in questa prospettiva, la confisca delle plusvalenze derivanti dalla compravendita di titoli oggetto di condotte manipolative, soluzione più volte sperimentata dalla giurisprudenza.

⁵² Sul quale, tuttavia, cfr. Cass., sez. VI, 22.5.2013, n. 24559, *House Building s.p.a.*, proprio in tema di confisca.

⁵³ Per tutti, F. SGUBBI, voce *Abusi di mercato*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 1 e ss., part. 8 e s.

⁵⁴ Diversamente, invece, Cass. pen., sez. VI, 22.5.2013, n. 24559, cit., identifica il profitto derivante dalla fattispecie di aggioaggio (anche) con i falsi valori patrimoniali rappresentati dalla società.

Piuttosto, è questo un interessante banco di prova per quanto si osservava in precedenza in ordine alla misurazione del profitto derivante dal reato, atteso che si è in presenza – certamente – di “reati in contratto” che generano plusvalenze inscindibilmente connesse, ad esempio, alle imposte gravanti sulle stesse ed agli oneri finanziari sostenuti per ottenere i fondi dal cui investimento sono scaturite.

Il tema è stato oggetto di analisi sia da parte del Tribunale di Milano, in sede di riesame⁵⁵, che della Cassazione⁵⁶, peraltro intervenuta successivamente alle Sezioni unite *Fisia Impianti*.

Tali pronunce, rese in applicazione dell'art. 187 TUF ma interessanti anche nella prospettiva della confisca *ex d.lgs. n. 231/2001*, hanno preso in esame proprio lo scenario dianzi esemplificato decidendo di tracciare una linea di demarcazione, tutto sommato inattesa, tra i costi relativi alle

⁵⁵ Trib. Milano, sez. Riesame, 22.10.2007, in *Corr. del merito*, 2008, 84, con nota di LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, cit., 88 e ss., ed in *Foro ambrosiano*, 2007, 460 e ss., con nota di G. CAMERA, *Ancora in materia di market abuse: criteri per l'individuazione del profitto confiscabile*, *ivi*, 466 e ss. In tema di *capital gains*, nell'ambito della vicenda Antonveneta, la Suprema Corte, ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il Tribunale del riesame di Milano aveva confermato il decreto di sequestro preventivo di “*capital gains*” disposto in relazione al delitto di manipolazione del mercato escludendo che dal profitto del reato fossero detraibili le competenze bancarie versate dall'indagato al fine di ottenere l'affidamento necessario per l'acquisizione dei titoli oggetto di aggio. In tale frangente, la Corte ha affermato che “non sono computabili dal profitto del reato, oggetto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, le attività, pur intrinsecamente lecite, preordinate alla realizzazione della fattispecie criminosa, in quanto nella determinazione del profitto del reato – inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito ed a questo strettamente pertinenti – non sono utilizzabili parametri valutativi di tipo aziendalistico, quale il criterio del profitto netto che porrebbe a carico dello Stato il rischio di esito negativo del reato, sottraendo contestualmente il reo a qualunque rischio di perdita economica”. (Cass. pen., sez. V, 18.12.2008, n. 47983, in CED Cass. pen., 2008). Per approfondimenti sul punto cfr. V. MONGILLO, *Osservazioni a Cass. pen., sez. V, n. 47983, 18.12.2008*, in *Cass. pen.*, 1/2010, 306. Si veda anche Tribunale Milano, sez. XI, 12.1.2006, in *Foro ambrosiano*, 2006, 1, 81, per la quale “il profitto del reato è rappresentato dall'utilità patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo, mentre non è tale ogni qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato, pena una estensione indiscriminata di tale concetto. Costituisce profitto del reato di manipolazione del mercato la plusvalenza delle azioni, in quanto aumento di valore, e quindi incremento patrimoniale, derivante in via immediata e diretta dall'attività di manipolazione del mercato ed è come tale soggetto a confisca obbligatoria *ex art. 187 TUF*. Poiché la plusvalenza di derivazione illecita non è separabile dalle azioni in cui è incorporata, solo il mantenimento del sequestro delle azioni stesse può consentire l'esecuzione della prevista misura di sicurezza obbligatoria”.

Sul tema, di recente, P. CONSIGLIO, *La confisca negli illeciti di market abuse*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2014, 1485 e ss.

⁵⁶ Cass. pen., sez. V, 25.11.2008, n. 44032.

imposte pagate sulla plusvalenza e, invece, i costi connessi agli oneri finanziari. In particolare, secondo la Corte, il profitto del reato di manipolazione del mercato dovrebbe essere considerato pari alla plusvalenza scaturente dall'operazione censurata *al netto* delle imposte ma *al lordo* degli interessi passivi.

In realtà, un'applicazione integrale del principio elaborato dalle Sezioni unite avrebbe forse dovuto condurre ad affermare la confiscabilità della sola plusvalenza netta, riconoscendo l'incidenza non dei soli *oneri fiscali* ma, altresì, degli *oneri finanziari*. Eventualmente, in caso di concorso nel reato anche del soggetto finanziatore, gli interessi corrisposti a fronte del finanziamento sarebbero potuti divenire oggetto di confisca in capo al finanziatore stesso, così da evitare di trattare in modo distinto due componenti di costo (tassazione ed interessi) che appaiono del tutto assimilabili: il primo, infatti, scaturisce da uno specifico obbligo normativo, mentre il secondo proviene da un contratto di finanziamento che – di per sé – potrebbe benissimo non essere inficiato da profili di illiceità.

Al più, in un tale contesto, gli interessi potrebbero divenire oggetto di confisca in capo al soggetto finanziato solo laddove si dovesse condividere il cosiddetto “principio solidaristico” che, secondo la giurisprudenza, informerebbe la confisca, consentendo di apprendere in capo anche ad uno solo dei concorrenti l'intero profitto scaturente dal reato⁵⁷.

Resta il fatto che, con ogni probabilità, tali oneri finanziari rientrano nella sfera di liceità del reato in contratto, non partecipando dei profili di anti-giuridicità innescati dalla condotta di aggioaggio e, in quanto tali, ci sembra che non possano andare ad alimentare il *quantum* confiscabile a titolo di profitto del reato.

Piuttosto, di particolare interesse, in tema di aggioaggio (anche se resa con riferimento all'art. 185 TUF) è la già citata sentenza *Fondiarisat*⁵⁸, la quale ha escluso che possa essere identificato il profitto tratto dalla società con il *mancato deprezzamento del titolo azionario* in conseguenza della condotta manipolativa. Ciò in forza della constatazione che vede una tale condotta suscettibile di incidere sul patrimonio del *proprietario dell'azione* e non su quello dell'ente emittente l'azione stessa.

⁵⁷ E le stesse Sezioni unite sembrerebbero condividere un tale orientamento: cfr. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti*, cit., 4576; COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto*, cit., 1646. Per l'opposto orientamento, cfr. R. ROMANELLI, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 865 e ss. e le pronunce ivi riprodotte; N. DI MARIO, *Art. 2641 - Confisca*, in F. D'ALESSANDRO, *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, volume III, Padova, 2010, 486.

⁵⁸ Cass., sez. V, 3.4.2014, n. 25450, cit.

Anche in questo frangente, quindi, la Cassazione pare fare attento governo dello statuto della causalità, non accontentandosi, per rintracciare il profitto del reato, di paradigmi causali deboli (o del tutto evanescenti).

Non dissimili sono le considerazioni che possono essere svolte in ordine alle fattispecie racchiuse in seno all'art. 2638 c.c., laddove le condotte tipizzate sono finalizzate ad ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza. In tale contesto, i fatti di mendacio o, comunque, di impedimento dell'esercizio delle funzioni di vigilanza sono evidentemente strumentali ad ingenerare una falsa rappresentazione non necessariamente foriera di un qualche profitto patrimoniale. Anzi, la regola appare di segno contrario, nel senso che lo sviamento dell'attività di vigilanza è generalmente finalizzato a compiere operazioni o a perpetuare prassi in qualche modo non aderenti alle regole di condotta promananti dalle autorità pubbliche. In tali contesti, difficilmente potrà individuarsi un profitto direttamente riconnettibile, sotto il profilo causale, al fatto di reato, specie se ci si interroghi sull'esistenza di un profitto *tratto dall'ente*.

Certo, non è possibile escludere a priori l'eventualità che la fallace rappresentazione fornita dall'ente vigilato dia luogo ad un inganno dell'autorità di vigilanza in qualche misura foriera di un profitto che assuma i lineamenti dianzi definiti. Forse, in tali contesti, potrebbe verosimilmente prospettarsi la controversa questione concernente la possibilità di identificare il profitto del reato in un *risparmio di spesa*: tale peculiare connotazione del profitto confiscabile, recentemente ammessa dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione⁵⁹, potrebbe manifestarsi in presenza dell'omessa adozione di misure o di procedure particolarmente onerose ed imposte dagli organi di vigilanza. L'inadempienza dell'ente vigilato potrebbe così essere occultata attraverso il ricorso a comunicazioni non veritiere o ad altre condotte decettive che, a tal punto, verrebbero ad essere causalmente avvinte ad un siffatto profitto, sempre che se ne ammetta la configurabilità.

⁵⁹ Cass., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343, *ThyssenKrupp*. Aperture in tale direzione, tuttavia, si rinvencono anche nella sentenza Gubert: Cass., SS.UU., 30.1.2014, n. 10561, cit. Ma si veda altresì Cass., sez. VI, 20.12.2013, n. 3635, *Riva Fi.re. s.p.a.*, sulla quale P. SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *Cass. pen.*, 2014, 1538.

In dottrina, per tutti, sull'argomento, ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti e reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 1683 ss., ove ulteriori riferimenti.