

# D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto” confiscabile/sequestrabile

Nota a Cassazione penale, sez. VI, 18 febbraio 2010 n. 27746 -  
Cassazione penale, sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748 - Tribunale di  
Milano, 3 novembre 2010, G.u.p. D’Arcangelo

*La nostra Rivista è lieta di ospitare qui il contributo di un autorevole civilista, il Prof. Franco Bonelli, che prende spunto da due sentenze di legittimità e una di merito per analizzare la nozione di profitto confiscabile ai sensi dell’art. 19 d.lgs. n. 231/2001. Segnaliamo ai lettori che la sentenza del Tribunale di Milano qui esaminata – già pubblicata su Diritto Penale Contemporaneo – è stata nel frattempo parzialmente riformata da Corte d’Appello di Milano, sez. II, 25 gennaio 2012, Pres. Lapertosa, Est. Maiga, ric. Banca Italease S.p.A., parimenti pubblicata sulla nostra Rivista con nota di M. Scoletta, In tema di responsabilità dell’ente per reati societari e profitto confiscabile, 11 aprile 2012. La Corte d’Appello ha nella sostanza confermato il principio di diritto posto a base della statuizione in merito alla confisca dal giudice di prime cure, pur riducendone l’importo complessivo.*

## SOMMARIO

1. LE TRE SENTENZE ESAMINATE. – 2. PRINCIPI GIURIDICI IN TEMA DI DETERMINAZIONE DEL “PROFITTO DEL REATO”. – 3. LE DUE DECISIONI DELLA CASSAZIONE (CASS., SEZ. VI, NN. 27746/2010 E 35748/2010). – 4. LA DECISIONE DEL TRIBUNALE DI MILANO (TRIB. MILANO 3.11.2010/3.1.2011).

## 1

### LE TRE SENTENZE ESAMINATE

Le tre sentenze riportate in appendice (Cass. Pen., sez. VI, nn. 27746/2010 e 35748/2010 e Trib. Milano 3.11.2010/3.1.2011) si sono occupate del “profitto da reato” confiscabile/sequestrabile alla società in caso di sua “responsabilità” ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 (“Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”)<sup>1</sup>.

Tali sentenze riguardano reati tra loro diversi (rispettivamente: frode in pubbliche forniture, truffa ai danni dello Stato e false comunicazioni sociali), ma in tutte e tre le decisioni i Giudici, indipendentemente dai diversi “reati-presupposto”, si sono pronunciati

1. La “confisca” del “profitto del reato” è prevista dall’art. 19 co. 1 del Decreto 231: “Nei confronti dell’ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato”. L’art. 9 dello stesso decreto colloca tale “confisca” tra le “sanzioni amministrative” previste a carico della società “per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”. Il Decreto 231 prevede anche la possibilità, prima della “sentenza di condanna”, del “sequestro preventivo” di cui all’art. 53 del Decreto 231: “Il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell’art. 19”. Sulla “confisca” ex art. 19 del Decreto 231 e sul “sequestro preventivo” dei beni confiscabili si v., tra gli altri, EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3, pagg. 76-77; AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, Milano, 2010, pagg. 243-244; PRETE, *La confisca-sanzione: un difficile cammino*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, pagg. 105 ss.

sulla medesima questione: la possibilità di considerare come profitto confiscabile/sequestrabile un vantaggio meramente *finanziario e non patrimoniale*, conseguito dalla società grazie a condotte illecite di propri esponenti.

I casi rispettivamente oggetto delle tre decisioni in esame erano, in estrema sintesi, i seguenti:

(i) Cass. n. 27746/2010: una società era indagata per *frode in pubbliche forniture* ed era accusata di aver realizzato con tale frode un “*profitto*” di circa € 11 milioni pari al corrispettivo delle forniture. La società indagata non era riuscita a incassare tale corrispettivo dagli enti committenti, ma lo aveva “*di fatto conseguito a titolo di anticipazioni bancarie garantite dalla cessione (pro solvendo) dei crediti*” vantati nei confronti degli enti per i contratti di fornitura; la Cassazione ha escluso la sequestrabilità di tali somme *ex art. 53 del Decreto 231* ritenendo che la “*temporanea anticipazione di liquidità*” ottenuta dalle banche, comportando “*contestualmente l’assunzione di un debito di corrispondente importo*”, non costituisca un “*incremento*” o “*arricchimento*” patrimoniale qualificabile come “*profitto del reato*”;

(ii) Cass. 35748/2010: è una delle numerose decisioni riguardanti il noto procedimento penale per *truffa ai danni dello Stato* instaurato contro l’ATI Impregilo–Fibe–Fisia Italimpianti in relazione all’aggiudicazione del servizio smaltimento rifiuti in Campania (cioè la stessa vicenda in relazione alla quale è intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite n. 26654/2008 di cui al successivo § 2). La questione oggetto della sentenza del 2010 riguardava la sequestrabilità *ex art. 53 del Decreto 231* di varie somme conseguite dall’ATI grazie all’aggiudicazione dell’appalto, tra le quali vi era anche l’importo di € 53 milioni “anticipato” all’ATI dal Commissario di Governo per finanziare la costruzione degli impianti di produzione di combustibile derivato dai rifiuti. La Cassazione, confermando la decisione del Tribunale, ha escluso la sequestrabilità di tale importo, in quanto le somme conseguite dalla società – essendo state utilizzate per la realizzazione complessiva del progetto – non hanno costituito un “*incremento*” o “*arricchimento*” patrimoniale qualificabile come “*profitto del reato*”;

(iii) Trib. Milano, 3.11.2010/3.1.2011: la sentenza ha condannato Banca Italease per il reato di *false comunicazioni sociali* commesso da suoi “*soggetti apicali*” nella redazione del bilancio 2006. Il falso in bilancio avrebbe in particolare consentito alla Banca di occultare nel bilancio 2006 rilevanti perdite su crediti derivanti da “*contratti derivati*” stipulati con la clientela. Il Tribunale ha disposto la confisca *ex art. 19 del Decreto 231* di un importo pari all’ammontare di tali perdite, stimabili (per difetto) in almeno € 62,4 milioni, perché il loro occultamento nel bilancio aveva permesso alla Banca di “*liberare*” e “*impiegare*” somme di pari importo, che altrimenti sarebbero state “*avvinte per legge da un vincolo di indisponibilità*”.

Le conclusioni alle quali sono giunti i Giudici sul sequestro/confisca delle somme sono state completamente diverse, in quanto le due decisioni della Cassazione hanno escluso che la “*disponibilità di somme*” possa *di per sé* costituire per la società un profitto confiscabile/sequestrabile perché – pur trattandosi di un vantaggio finanziario – non si traduce in un arricchimento o incremento patrimoniale. La sentenza del Tribunale di Milano ha invece ritenuto che, per una società (nella specie una banca), costituisca “*profitto del reato*”, suscettibile di “*confisca*”, il poter utilizzare e impiegare somme che altrimenti sarebbero state “*avvinte per legge da un vincolo di indisponibilità*” (la sentenza non specifica quale sia il vincolo di indisponibilità stabilito dalla legge, ma – come si dirà nel § 4 – il riferimento pare quello al vincolo legale che impone alle banche un determinato livello minimo di rapporto tra “*patrimonio di vigilanza*”, al di sotto del quale le banche

## 2 PRINCIPI GIURIDICI IN TEMA DI DETERMINAZIONE DEL “PROFITTO DEL REATO”

non possono utilizzare le loro disponibilità di liquidità). Su questo presupposto, il Tribunale di Milano ha disposto la “*confisca per equivalente*” di un ammontare di € 62,4 milioni, pari all’intero importo delle somme di cui la società aveva omesso la iscrizione al passivo del bilancio, con conseguente reato di “*false comunicazioni sociali*”<sup>2</sup>.

A mio parere nessuna delle tre sentenze in esame ha affrontato in modo pienamente condivisibile il problema della confiscabilità/sequestrabilità dei vantaggi “*finanziari*” conseguiti dalle società nei tre casi riportati in appendice.

La determinazione di cosa debba intendersi per “*profitto del reato*” è essenziale per l’applicazione della confisca/sequestro, in particolare nel caso in cui si sia in presenza di un vantaggio solo “*finanziario*” e non “*patrimoniale*”<sup>3</sup>.

In nessuna disposizione legislativa è prevista la definizione di “*profitto del reato*”. La giurisprudenza è orientata: (i) ad attribuire al termine un significato più ampio rispetto a quello economico o aziendalistico (secondo cui il profitto corrisponde all’“*utile netto*”, ossia ai ricavi meno i costi)<sup>4</sup>; (ii) a ritenere che la nozione di “*profitto del reato*” possa essere diversa a seconda del tipo di reato di cui si discute<sup>5</sup>.

Per la giurisprudenza formatasi sull’applicazione della confisca di cui all’art. 240 co. 1 c.p. nei confronti delle persone fisiche, il “*profitto*” del reato va anche tenuto distinto dal “*prodotto*” e dal “*prezzo*” del reato, e va individuato in qualsiasi “*vantaggio economico*” che costituisca un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*” che abbia una “*diretta derivazione causale*” dalla commissione del reato<sup>6</sup>.

---

2. In base al secondo comma dell’art. 19 del Decreto 231, la “*confisca*” – quando non può essere eseguita “in forma specifica” (ossia confiscando i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato) – può essere eseguita “*per equivalente*” su “*somme di denaro, beni o altre utilità*” purché “*di valore equivalente*” al “*profitto del reato*” (c.d. “*confisca di valore*” o “*confisca per equivalente*”).

Come rilevato da Cass. Pen., S.U., 22.11.2005, n. 41936, la “*confisca per equivalente*”:

- “*costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti, viene ad assumere un carattere preminentemente sanzionatorio*”;

- “*richiede, oltre alla ravvisabilità di uno dei reati per i quali è consentita e alla non appartenenza dei beni a un terzo estraneo, che nella sfera giuridico-patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o profitto (di cui sia però “certa” l’esistenza) del reato*”.

In tal senso v. EPIDENDIO, *op. cit.* alla nota 1, pagg. 86-87, il quale osserva che ai fini della “*confisca per equivalente*” occorre: (i) la dimostrazione della impossibilità di “*aggredire direttamente*” i beni costituenti il “*prezzo*” o il “*profitto del reato*”; (ii) “*l’equivalenza del valore*” (cioè il fatto che i beni confiscati “*siano di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato da cui dipende l’illecito*”) e (iii) “*la riconducibilità dei beni all’ente e non a terzi*”.

3. Sul punto, oltre alla giurisprudenza e agli Autori citati nelle note 1 e 2, si v. PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, c. 2075.

4. In tal senso, oltre alla sentenza Cass. Pen., S.U., 27.3.2008, n. 26654 nel seguito ampiamente citata, v.: Cass., 2.3.2011, n. 14225; Cass., 15.2.2011, n. 17604; Cass., 23.11.2010, n. 45505; Cass., 17.6.2010, n. 35748; Cass., 14.1.2010, n. 4064; Cass., 14.10.2009, n. 46215; Cass., 26.3.2009, n. 17897; Cass., 18.12.2008, n. 47983; Cass., 18.7.2008, n. 44032; Cass., 26.6.2008, n. 42300. In dottrina, *ex plurimis*, MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l’intervento delle Sezioni Unite Penali*, in *Cass. pen.*, 2010, 7-8, 2717 secondo cui “*è principio, ormai, pacifico, quello per cui in assenza di una puntuale definizione normativa, il profitto non può attestarsi su una ricostruzione in termini economico-aziendalistic*”.

5. Sul punto v. PRETE, *op. cit.* alla nota 1, pag. 121 “*L’individuazione del profitto varia a seconda del reato che lo ha generato*”. Nello stesso senso anche PRISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2008, 12, pagg. 4562 ss.

6. Sulla nozione di “*profitto*”, “*prodotto*” e “*prezzo*” del reato suscettibili di confisca si v. in primo luogo Cass. Pen., S.U., 3.7.1996, n. 9149: “*deve ritenersi pacifica in dottrina e giurisprudenza la definizione dei concetti di prodotto, profitto e prezzo del reato contenuti nell’art. 240 c.p. Il prodotto rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il profitto, a sua volta, è costituito dal lucro, e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il prezzo, infine, rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce, quindi, un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l’interessato a commettere il reato*”.

Cass. Pen., S.U., 24.5.2004, n. 29951 ha precisato che “*Nella formulazione dell’art. 240, 1 comma, cod. pen. per “profitto del reato” si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall’illecito, quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale .... Deve essere tenuta ferma, però, in ogni caso - per evitare un’estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa scaturire da un reato - l’esigenza di una diretta derivazione causale dall’attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita*”. Nello stesso senso anche Cass. Pen., S.U., 25.10.2005 n. 41936 e Cass. Pen. Sez. II, 14.6.2006, n. 31988.

Il criterio sopra indicato della necessaria “*diretta derivazione causale*” del profitto dal reato è ribadito anche dalla giurisprudenza che – nei casi in cui non è prevista dalla legge la confisca “*per equivalente*” – ammette comunque la confiscabilità/sequestrabilità di beni acquistati con il reimpiego di denaro

Questa nozione di profitto è stata sostanzialmente recepita dalla giurisprudenza in tema di “confisca” e di “sequestro preventivo” previsti dagli artt. 19 e 53 del Decreto 231 (v. sopra § 1).

Fondamentale, in questa materia, è stata la pronuncia dalle Sezioni Unite del 27 marzo 2008, n. 26654, che ha affermato il seguente principio di diritto: “*Il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto – ai sensi degli artt. 19 e 53 d.leg. 231/2001 – nei confronti dell’ente collettivo, 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, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente*”<sup>7</sup>.

In particolare tale decisione delle Sezioni Unite, in linea con la giurisprudenza sulla “confisca tradizionale” di cui all’art. 240 c.p. (v. nota 6), ha ribadito:

– *da un lato* il principio per cui il profitto confiscabile/sequestrabile è costituito da qualsiasi “vantaggio economico” conseguito dal reato, con la precisazione che «*a tale espressione non va attribuito il significato di “utile netto” o di “reddito”, ma quello di “beneficio aggiunto di tipo patrimoniale”, a superamento quindi dell’ambiguità che il termine “vantaggio” può ingenerare*», e

– *dall’altro lato*, la necessità che vi sia sempre una “**diretta correlazione**” tra la condotta criminosa e il “vantaggio economico”, con conseguente esclusione della confiscabilità/sequestrabilità di quei vantaggi, anche di natura patrimoniale, che non costituiscono una “**conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato**”.

Allo stesso tempo, la decisione delle Sezioni Unite ha introdotto un rilevante elemento di novità rispetto alla giurisprudenza sulla “confisca tradizionale”, affermando la necessità di distinguere – nel valutare il nesso di “**diretta derivazione causale dal reato**” – tra la condotta dell’agente che sia inserita in un contesto di “**attività totalmente illecita**” e la condotta inserita in un’attività lecita “**nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato**”. In base a tale distinzione le Sezioni Unite hanno ritenuto che, mentre nella prima ipotesi (attività totalmente illecita) l’intero “vantaggio economico” costituisce immediata e diretta conseguenza del reato e, di conseguenza, può essere interamente assoggettato a confisca<sup>8</sup>; nella seconda ipotesi (situazioni in cui l’illiceità non connota l’intera fase del rapporto) il profitto tratto dall’agente dall’attività lecita non è confiscabile/sequestrabile<sup>9</sup>.

---

illecitamente conseguito con il reato. Tale giurisprudenza ribadisce infatti la necessità di un rapporto immediato e diretto tra reato e profitto, sottolineando in particolare che il bene oggetto del reimpiego di denaro, per essere confiscabile/sequestrabile, deve essere sempre “*collegabile causalmente al reato stesso e al profitto immediato – il denaro – conseguito*” (in tal senso v. Cass. Pen., S.U., 25.10.2007, n. 10280, ed ivi ampi riferimenti a precedenti decisioni della Suprema Corte).

Insomma, riguardo alla “confisca” a carico di persone fisiche prevista dall’art. 240 co. 1 c.p. può dirsi pacificamente acquisita una nozione di “profitto” confiscabile/sequestrabile che non fa riferimento a una nozione aziendalistica di profitto intesa come “*utile netto*” dell’attività criminosa e che individua il “profitto del reato” in qualsiasi vantaggio economico avente un connotato di incremento patrimoniale che si trovi in un rapporto di “**diretta derivazione causale**” con il reato (così EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit. alla nota 1, pagg. 80-81).

Secondo la dottrina in tema di “truffa” ex art. 640 c.p. la nozione di “profitto del reato” può comprendere situazioni non soltanto di incremento, ma anche di mancata diminuzione del patrimonio (v. per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Commentario al codice penale*, III ed., 2011, sub art. 640 c.p.).

7. Così Cass. Pen., S.U., 27.3.2008, n. 26654. La sentenza è relativa al noto procedimento penale ex Decreto 231 per truffa ai danni dello Stato contro l’ATI Impregilo-Fibe-Fisia Italimpianti in relazione all’aggiudicazione del servizio smaltimento rifiuti in Campania. Si tratta dello stesso procedimento di cui alla prima delle tre sentenze oggetto del presente commento (Cass. 35748/2010).

Tra i numerosi commenti alla sentenza delle Sezioni Unite si v.: PISTORELLI, in *Cass. pen.* 2008, 12, 4544; CISTERNA, in *Guida al diritto* 2008, 30, 89; LORENZETTO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 4, 1738; MONGILLO, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 4, 1738.

8. Si pensi ad esempio al caso di contributi pubblici ottenuti a seguito di truffa ai danni dello Stato: v. Cass. Pen., sez. II, 4.2.2011 e Cass. Pen. 16.12.2010, n. 6459.

9. Si pensi all’appalto pubblico geneticamente viziato da corruzione o truffa ai danni dello Stato, ma regolarmente eseguito dall’appaltatore con beneficio della stazione appaltante: v. ad esempio Cass. Pen., sez. VI, 26.6.2008, n. 42300, oppure il caso deciso dalle Sezioni Unite 26654/2008.

Da qui il principio di diritto per cui il profitto confiscabile/sequestrabile deve essere determinato “*al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente*”, perché “*la genesi illecita di un rapporto giuridico, che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l’intera fase evolutiva del rapporto, dalla quale, invece, possono emergere spazi assolutamente leciti ed estranei all’attività criminosa nella quale sono rimasti coinvolti determinati soggetti e, per essi, l’ente collettivo di riferimento*”.

La giurisprudenza successiva e la dottrina si sono allineate alla decisione delle Sezioni Unite 26654/2008<sup>10</sup>, e in particolare anche le tre sentenze in commento hanno ribadito il principio di diritto enunciato da tale sentenza<sup>11</sup>.

In conclusione, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite 26654/2008, della giurisprudenza successiva e delle prevalente dottrina, possono ritenersi ad oggi sufficientemente consolidati i seguenti principi in tema di profitto confiscabile/sequestrabile ex artt. 19–53 del Decreto 231:

1) il profitto è costituito da qualsiasi “*vantaggio economico*” che costituisca un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*”, e non va confuso con il concetto aziendalistico di “*utile netto*”;

---

10. Tra le molte sentenze si veda:

Cass., 14.10.2009, n. 46215, secondo cui si deve “*differenziare 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)*”;

Cass. Pen., S.U., 25.6.2009, n. 38691, per la quale il “*profitto del reato deve essere identificato col vantaggio economico ricavato in via immediata dal reato*” e a tale vantaggio “*non va attribuito il significato di utile netto o di reddito, bensì di beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*”; la sentenza sottolinea inoltre che “*occorre ... una correlazione diretta del profitto con il reato ed una stretta affinità con l’oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall’illecito*”;

Cass., 13.1.2009, n. 7718, secondo cui “*per «profitto» deve intendersi il vantaggio economico direttamente ed effettivamente conseguito con l’illecito*”, con la conseguenza che “*l’imputazione a profitto di semplici crediti, anche se liquidi ed esigibili, non può essere condivisa poiché, in effetti, trattasi di utilità non ancora percepite, ma solo attese*”;

Trib. Palermo, Sez. Riesame, 14.10.2008, secondo il quale nelle ipotesi di “*attività economica...che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto*”, “*l’individuazione del profitto deve essere adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione e presuppone la distinzione di quelle parti di profitto lecito, rispetto a quelle che hanno una genesi illecita*”.

In dottrina, tra i diversi contributi, si vedano PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle sezioni unite*, cit. a nota 2, 12, 4544; MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l’intervento delle Sezioni Unite Penali*, cit. nota 4; FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. It.*, 2009, pag. 2082.

11. Per Cass. 27746/2010 “*la nozione di profitto confiscabile del reato s’identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dall’illecito presupposto*”. Nella motivazione di Cass. 35748/2010 si afferma che “*nell’operazione di verifica del profitto sequestrabile in funzione della futura confisca di cui all’art. 19 cit. si identifica con il ‘complesso dei vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente pertinenti’, escludendo l’utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico e superando la dicotomia tra profitto netto e profitto lordo. La sentenza recupera la giurisprudenza precedente ribadendo che il profitto del reato presuppone l’accertamento della sua ‘diretta derivazione causale dalla condotta dell’agente’ e precisa come il parametro della pertinenzialità al reato del profitto costituisca l’effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo, occorrendo che vi sia sempre una diretta correlazione tra reato e profitto, con esclusione di quei vantaggi, anche di natura patrimoniale, privi di un nesso causale con l’illecito, dovendo il profitto essere comunque una ‘conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato’*”.

Anche la terza sentenza in commento (Trib. Milano, 3.11.2010/3.1.2011) ha ribadito il principio per cui “*il profitto del reato oggetto di confisca è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto*”, salvo poi giungere ad una quantificazione nel caso di specie, che - come vedremo - non pare condivisibile.

La giurisprudenza in materia è molto ampia e diversificata, tanto che non sono mancate decisioni che hanno esteso la nozione di “interesse” o “vantaggio” dell’Ente anche a “*una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto*” (così Cass. Pen., 20 giugno 2011, n. 24583: decisione, questa, particolarmente importante in quanto stabilisce che la responsabilità ex L. 231 a carico di un’impresa del gruppo può estendersi anche alla **holding** e alle altre società del gruppo solo se “*il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l’Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale; insomma è necessario che l’agente [cioè il soggetto che ha compiuto il reato presupposto] rivesta una posizione qualificata all’interno dell’Ente*” “*in effetti la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della L. 231, ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato; insomma non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della L. 231*”.

2) tale profitto, per essere confiscabile/sequestrabile, deve essere “*pertinente al reato*” secondo un rapporto “*causa-effetto*”, nel senso che il profitto deve essere “*una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato*”, dovendosi distinguere a tal fine il profitto derivante dall’attività illecita da quello derivante da un’attività lecita<sup>12</sup>.

In base a tali principi, per determinare il profitto confiscabile/sequestrabile occorre stabilire:

- se “*sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l’interesse o il movente alla commissione del reato ma non l’adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un’utilità ulteriore rispetto a quelle che l’ente aveva anteriormente all’illecito*”;
- se “*il vantaggio abbia carattere patrimoniale*”;
- se “*vantaggio patrimoniale sia legato al reato da un rapporto di causalità diretta*”<sup>13</sup>.

### 3

LE DUE DECISIONI DELLA  
CASSAZIONE (CASS., SEZ. VI, NN.  
27746/2010 E 35748/2010)

Le due sentenze in appendice pronunciate dalla sesta sezione della Cassazione hanno applicato il primo dei principi giuridici sopra indicati, e cioè il principio per cui è confiscabile/sequestrabile il solo “*vantaggio economico*” costituito da un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*” conseguito dalla società con il reato.

Precisamente, in base a tale principio, Cass. n. 27746/2010 ha ritenuto *non sequestrabile* la disponibilità di somme ottenuta con una “*cessione pro-solvendo di crediti vantati dalla società aggiudicataria dell’appalto nei confronti della P.A. in forza del contratto di fornitura di beni, inquinato nella sua esecuzione da frode*”, in quanto “*Il profitto è individuabile soltanto in un **effettivo arricchimento patrimoniale acquisito** e non nella semplice esistenza di un credito*”. Nella specie, come rileva la Cassazione, il credito derivante dalla cessione *pro-solvendo* era poi stato ceduto a una banca “*a garanzia di una linea di affidamento accordata alla cedente dalla banca e che, pur concretandosi in una temporanea anticipazione di liquidità, comporta comunque contestualmente l’assunzione di un debito di corrispondente importo*”.

In senso conforme anche Cass. n. 35748/2010 ha *escluso la sequestrabilità* della somma di € 53 milioni che era stata “*anticipata*” dal Commissariato di Governo “*per la costruzione degli impianti di produzione di combustibile derivato dai rifiuti (CDR)*” in quanto doveva ritenersi insussistente un “*profitto del reato*” poiché, come sottolineato dal Tribunale, “*l’intera somma ricevuta è poi stata effettivamente utilizzata e investita nel piano di smaltimento dei rifiuti, sicché deve ritenersi [che] **non vi è stato alcun incremento o vantaggio patrimoniale** conseguito dalle società indagate da porre in rapporto di causalità immediata con il reato, con l’ovvia conseguenza di dover escludere che la somma in questione possa considerarsi profitto del reato*”.

Insomma, secondo entrambe le pronunce della Cassazione la mera disponibilità di somme (anche se conseguita dalla società mediante un “*reato presupposto*” del Decreto 231) non costituisce profitto confiscabile/sequestrabile perché di per sé non rappresenta un “*arricchimento*” o “*incremento*” **patrimoniale**.

Si tratta di un’affermazione in linea di principio corretta e conforme al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite per cui il profitto confiscabile/sequestrabile deve essere un “*vantaggio economico*” costituito da un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*”

12. Così la già citata Cass. Pen., S.U., 27.3.2008, n. 26654.

13. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit. alla nota 1, pag. 85.

(v. sopra § 2). Le somme di cui le società imputate avevano conseguito la disponibilità – essendo sottoposte a un obbligo di restituzione (prima decisione) o di impiego per spese destinate alla collettività (seconda decisione) – non hanno rappresentato un incremento o arricchimento, sicché non potevano costituire un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*”.

Entrambe le decisioni non hanno tuttavia esaminato se in concreto fosse ravvisabile un arricchimento o incremento patrimoniale della società costituito non tanto dalla (temporanea) disponibilità finanziaria procurata dal reato, ma dall'utilità derivata dall'impiego di tale disponibilità finanziaria da parte delle società che l'avevano illecitamente conseguita.

Pare infatti che il conseguire illegittimamente una disponibilità finanziaria – anche se tale disponibilità sia solo temporanea e debba poi essere restituita – costituisca comunque un vantaggio o beneficio. E' difficile stabilire quale sia l'effettivo “*incremento patrimoniale*” derivante da una mera temporanea disponibilità finanziaria, ma se in concreto l'impiego di tale disponibilità finanziaria ha prodotto un incremento patrimoniale netto, incremento che è l'effetto della disponibilità finanziaria acquisita con il reato presupposto, non si vede perché tale incremento patrimoniale netto non possa essere confiscato/sequestrato.

L'indagine se l'impiego delle disponibilità finanziarie avesse prodotto un effettivo incremento patrimoniale non è stata però effettuata nelle vicende esaminate dalle due sentenze di Cassazione di cui al presente § 3. Ed è per questo motivo che esse appaiono non aver considerato ogni possibile profitto patrimoniale derivante dal poter disporre di una liquidità finanziaria.

## 4

### LA DECISIONE DEL TRIBUNALE DI MILANO (TRIB. MILANO 3.11.2010/3.1.2011)

La terza sentenza in appendice, pronunciata dal GUP del Tribunale di Milano a seguito di “*giudizio abbreviato*”, riguarda la vicenda della “*operatività in derivati*” di Banca Italease, vicenda nella quale sono stati imputati alla Banca, ai sensi del Decreto 231, i reati di aggrigotaggio, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e false comunicazioni sociali commessi dall'Amministratore Delegato e dal Direttore Generale in carica all'epoca dei fatti (2004–2007).

La sentenza contiene aspetti interessanti relativamente al tema della responsabilità della società *ex* Decreto 231, ed è stata infatti già oggetto di commento da parte della dottrina<sup>14</sup>.

L'aspetto che si vuole qui commentare riguarda specificamente la confisca *ex* art. 19 del Decreto 231 che è stata disposta a carico della Banca con la pronuncia di condanna per il reato di *false comunicazioni sociali*.

Ai sensi del Decreto 231 la Banca è stata ritenuta responsabile per la commissione di tale reato da parte di suoi “*soggetti apicali*” (l'Amministratore Delegato e il Direttore Generale allora in carica). La condotta costituente il reato di *false comunicazioni sociali* è stata individuata nell'occultamento di una rilevante perdita in sede di redazione del bilancio 2006 della Banca, occultamento posto in essere principalmente mediante l'omissione di adeguati accantonamenti per il rischio di perdite su crediti derivanti da

---

14. Si v. TUTINELLI, *Responsabilità per falso in bilancio e determinazione del profitto confiscabile alla luce della recente sentenza del Tribunale di Milano sul caso Italease*, in *La resp. amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 2, pagg. 151 ss.; ASSONIME, *Responsabilità della società da reati finanziari e societari: una mappa della disciplina 231 in un caso giudiziario*, n. 6/2011.

“contratti derivati” non quotati (c.d. derivati “OTC – *over the counter*”) stipulati con la clientela<sup>15</sup>.

Il Tribunale ha identificato il profitto del reato di *false comunicazioni sociali* nell’ammontare di tali mancati accantonamenti (v. § III, pagg. 14-26 della sentenza), affermando:

(i) che i mancati accantonamenti hanno permesso alla Banca di occultare una perdita stimabile, per difetto, avuto riguardo soltanto “*ai primi 20 clienti verso i quali la Banca era esposta per contratti derivati*”, in almeno € 62,4 milioni (v. § X della Sentenza);

(ii) l’occultamento di tale perdita stimabile in almeno € 62,4 milioni “*ha consentito alla banca di liberare risorse e, segnatamente, di svincolare somme destinate ex lege a garantire l’adeguatezza patrimoniale della banca e di operare una indebita appropriazione delle stesse*” e, pertanto, “*di lucrare (e di rendere liquida) una somma dell’importo corrispondente a quella che si sarebbe dovuta indicare in bilancio quale congrua rettifica per rischio di controparte e che sarebbe risultata vincolata ex lege e non altrimenti disponibile per l’ente*” (v. § X della Sentenza).

In sostanza, secondo il Tribunale, il reato di *false comunicazioni sociali*, precisamente l’omissione di accantonamenti a bilancio che ha consentito di occultare una perdita di € 62,4 milioni, avrebbe fatto conseguire alla Banca la disponibilità di una somma di pari importo che “*sarebbe risultata vincolata ex lege e non altrimenti disponibile per l’ente*”. L’ammontare di questa somma ha costituito, ad avviso del Tribunale, il profitto derivante dal reato di falso in bilancio<sup>16</sup>.

A un primo esame questa conclusione cui è giunto il Tribunale di Milano urta frontalmente con i principi giuridici pacifici in giurisprudenza dopo la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (v. § 2), principi secondo i quali il profitto confiscabile deve essere un “*vantaggio economico*” costituito (non già dalla semplice disponibilità o utilizzabilità finanziaria di una somma, ma) da un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*” di “*diretta derivazione causale*” dall’“*attività illecita*” costituente reato (v. § 2).

Il contrasto con i principi recepiti dalla giurisprudenza di Cassazione è particolarmente evidente ove si consideri che il Tribunale ha disposto la confisca di somme che la stessa sentenza qualifica quali “*perdite*” che la banca avrebbe dovuto accantonare al passivo del bilancio: e non è chi non veda la palese contraddittorietà di considerare come “*profitto*” confiscabile quello che la stessa sentenza qualifica come “*perdita effettiva*”.

A ben vedere, però, la sentenza afferma che il *falso in bilancio* (mancata appostazione di una perdita nel passivo del bilancio) ha permesso alla Banca di “*liberare*”, “*svincolare*”

---

15. Nel § III della sentenza, pagg. 14-26, si trova una approfondita descrizione delle condotte che hanno costituito il *falso in bilancio*.

Il punto centrale del meccanismo che ha permesso di falsificare i risultati del bilancio 2006 è comunque ben sintetizzato anche nel § X della sentenza riguardante la confisca. Si afferma in particolare: “*Il compendio probatorio diffusamente descritto ha ... evidenziato una diretta incidenza sul risultato economico della società della scelta di sottostimare gli stanziamenti per rischi di controparte. Secondo la persuasiva valutazione dei consulenti della Pubblica Accusa, la congrua valutazione del rischio di credito nella determinazione del valore dei contratti derivati non quotati OTC con “fair value” positivo stipulati con la clientela (effettuando accantonamenti per svalutazione forfettaria di €. 8,3 mln. a fronte di una perdita effettiva stimabile quantomeno, sulla base di evidenze all’epoca disponibili, nella misura di €. 62,4 mln.), si sarebbe dovuta tradurre in una diminuzione del risultato netto di negoziazione (in termini di minori plusvalenze o maggiori minusvalenze), da -25 mln. a -87,4 mln. (peraltro se si tiene conto della corretta classificazione degli up-front, il risultato netto dell’attività di negoziazione sarebbe passato da 160 mln. a 97,6 mln.). L’utile dell’operatività corrente al lordo dell’imposte, per questo solo fattore, sarebbe dovuto calare da 166 mln. a 103,6 mln. Inoltre il valore delle attività finanziarie detenute per la negoziazione (voce 20 dell’attivo dello stato patrimoniale) sarebbe sceso da 455 mln. a 393 mln.*”

16. Sul punto v. TUTINELLI, *op. cit.* alla nota 14, pag. 158: “*La conclusione appare di interesse proprio perché giunge a una quantificazione (sebbene ottimistica perché calcolata su una base ristretta di clienti della banca) di un profitto conseguente all’elusione delle regole che avrebbero dovuto sovrintendere alla stesura del bilancio e quindi all’individuazione di valori che risultano corrispondere a utilità di fatto acquisite (siccome rese disponibili) con la condotta criminosa ovvero acquistate mediante la realizzazione della prima. ... Si fornisce inoltre in questo modo un nuovo riscontro alla natura ormai incontrovertibilmente sanzionatoria dell’istituto proprio perché si viene ad attaccare anche incrementi che non attengono alla consistenza patrimoniale in assoluto quanto all’entità delle somme disponibili*”.



e rendere “*disponibile*” una liquidità che “*sarebbe risultata vincolata ex lege e non altrimenti disponibile*”, in quanto destinata per legge “*a garantire l’adeguatezza patrimoniale della banca*” (v. sopra punto “*ii*”).

Il Tribunale non specifica per quale ragione le somme in questione sarebbero risultate vincolate *ex lege* se fossero state correttamente esposte in bilancio le perdite dei “*contratti derivati*”. I riferimenti della sentenza alla necessità di “*garantire l’adeguatezza patrimoniale della banca*” e a una “*alterazione dei coefficienti normativamente imposti di adeguatezza patrimoniale*” fanno tuttavia pensare ad un rinvio alle disposizioni regolamentari sul c.d. “*patrimonio di vigilanza*”. In particolare, i riferimenti della sentenza sembrano collegati alla fondamentale regola per cui ogni Banca, indipendentemente dalla liquidità di cui dispone (derivante dai depositi e da altre forme di “*raccolta*”), può impiegare questa liquidità solo fino a che il suo c.d. “*patrimonio di vigilanza*” sia superiore o comunque almeno pari all’8% dell’ammontare complessivo della liquidità impiegata.

In sostanza, l’occultamento in bilancio delle perdite subite dalla Banca dall’operatività in derivati, poiché ha permesso di far risultare in bilancio un patrimonio maggiore di quello reale, può aver consentito alla Banca di impiegare nella sua attività un ammontare maggiore di quello consentito dal suo reale patrimonio di vigilanza.

Rimane però il dato di fatto che la Banca nulla ha acquisito per effetto del *falso in bilancio*. Anche a volere seguire il percorso logico del Tribunale, si potrebbe solo affermare che il falso in bilancio ha solo consentito alla Banca di impiegare nella sua attività somme che – per i limiti della normativa sul patrimonio di vigilanza – la Banca non avrebbe potuto impiegare senza la falsa omissione in bilancio della perdita su derivati. La conseguenza non può comunque essere quella di sequestrare/confiscare la *perdita occultata* in bilancio, ma – semmai – quella di sequestrare/confiscare il profitto che la banca abbia conseguito per effetto del falso in bilancio.

In conclusione, applicando il principio – oggi consolidato in giurisprudenza – secondo cui è confiscabile il profitto che costituisce un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*” di “*diretta derivazione causale*” dall’“*attività illecita*” (v. § 2), poteva essere confiscato (non già l’ammontare di € 62,4 milioni che – lungi dall’essere un *profitto* – è stata una *perdita* che avrebbe dovuto essere iscritta quale voce passiva del bilancio), ma “*l’effettivo beneficio patrimoniale*” eventualmente conseguito dalla Banca mediante l’impiego delle maggiori somme che il falso in bilancio ha reso possibile facendo risultare un patrimonio di vigilanza maggiore di quello reale.