

LUCA PISTORELLI

Magistrato addetto al Massimario della Suprema Corte di Cassazione

Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*

Sommario: 1. La centralità della confisca del profitto nel sistema punitivo degli enti. – 2. La problematica ricostruzione della nozione di profitto – 3. La differenziazione tra “profitto lordo” e “profitto netto”. - 4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite. – 5. Considerazioni. – 6. La confisca del profitto nell'illecito plurisoggettivo.

1. La centralità della confisca del profitto nel sistema punitivo degli enti. Con la sentenza 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654 le Sezioni Unite della Cassazione per la prima volta sono intervenute sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi.

La questione di cui si sono occupati i giudici di legittimità concerne l'esatta delimitazione della nozione di profitto oggetto di confisca ai sensi dell'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 ed in particolare la Corte è stata chiamata ad esprimersi sull'alternativa per cui il provvedimento ablativo (e conseguentemente quello di sequestro preventivo finalizzato alla confisca adottato ai sensi dell'art. 53 dello stesso decreto legislativo) debba estendersi esclusivamente all'utile tratto dall'attività illecita, al netto dei costi sostenuti, ovvero all'intero ricavo lordo conseguito dalla suddetta attività.

Profilo, dunque, apparentemente secondario della normativa introdotta dal 2001, che non implicava una riflessione sulle questioni più dibattute dalla dottrina, come quelle relative alla reale natura del nuovo modello di responsabilità ovvero all'effettivo ruolo ricoperto nella struttura dell'illecito dai modelli organizzativi. Ed infatti la sentenza ha evitato anche solo di sfiorare questi temi.

Ciò non impedirà peraltro al pronunciamento del Supremo Collegio di avere grande risonanza.

Infatti, nella prassi applicativa, sin da subito è emerso come l'ablazione del vantaggio economico ricavato dall'ente dalla consumazione del reato rappresenti il vero momento cruciale dell'applicazione del nuovo sistema punitivo, in sintonia non solo con le intenzioni del legislatore nazionale, ma altresì con l'aspirazione degli atti internazionali cui quest'ultimo ha dato attuazione, di spostare con sempre maggior decisione il contrasto alla criminalità economica sul piano dello spossessamento dei proventi illeciti, ritenuta condizione necessaria per l'efficacia della risposta repressiva.

In tal senso i rigorosi presupposti che condizionano l'irrogazione delle sanzioni interdittive e la modesta efficacia dissuasiva di quelle pecuniarie (la cui contenuta entità appare facilmente metabolizzabile come un costo di gestione, soprattutto dalle imprese di una certa dimensione)¹ hanno immediatamente rivelato come la confisca del profitto, eletta dal d. lgs. n. 231 del 2001 a sanzione principale, costituisca la preoccupazione maggiore degli enti nei cui confronti sia stata aperta una indagine e come dunque risulti essenziale individuare gli esatti confini della nozione evocata, attraverso una terminologia tanto generica, dal legislatore.

In proposito non si registrava, in realtà, alcun contrasto in atto nella giurisprudenza di legittimità, che per vero non si era nemmeno mai occupata direttamente dello specifico profilo controverso. Circostanza evidenziata anche nel provvedimento di rimessione alle Sezioni Unite, che peraltro, sulla base delle profonde divergenze interpretative manifestatesi sul punto in dottrina, nonché in relazione all'apparente favore emerso dalle pieghe della motivazione di un'altra pronuncia della

* Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" - Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008

¹ Per la problematica rivelatasi da tempo negli ordinamenti anglosassoni in riferimento ai rispettivi modelli di responsabilità delle persone giuridiche v. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 162.

Corte² verso l'identificazione del profitto confiscabile con l'utile netto ricavato dal reato, ha ritenuto opportuno investire comunque il Supremo Collegio della questione in via preventiva.

2. *La problematica ricostruzione della nozione di profitto.* In effetti la nozione di "profitto" risulta non poco sfuggente, sia che si consideri l'utilizzo del termine effettuato dalla legge penale, che quello svolto nell'ambito del d. lgs. n. 231 del 2001.

In proposito è innanzi tutto doveroso ricordare che in alcun testo normativo il legislatore ha fornito la nozione generale di "profitto" (né tanto meno ha mai proceduto a specificazioni del tipo "profitto lordo" o "profitto netto"), apparentemente utilizzando il termine come semplice elemento descrittivo nelle fattispecie in cui è inserito e rinviando altrettanto apparentemente al significato lessicale dello stesso termine. Il che pone un primo problema, atteso che il medesimo presenta indubbiamente uno spazio semantico "aperto".

Nel linguaggio penalistico il termine ha tradizionalmente assunto un significato oggettivamente ampio ed è stato tralaticciamente utilizzato - in modo assai poco impegnativo sul piano descrittivo - in ambiti normativi assai diversi, tanto da confermare la sua evidente attitudine polisemica³.

In proposito viene innanzi tutto in conto il profitto del reato (*rectius*: le cose che costituiscono il profitto del reato) menzionato nel primo comma dell'art. 240 c.p. come uno degli oggetti della confisca-misura di sicurezza. In tal senso, sul piano dell'esegesi, il profitto del reato è stato tendenzialmente identificato nel generico vantaggio economico ricavato dall'illecito, in contrapposizione al "prodotto" e al "prezzo" del reato, il primo inteso come il risultato empirico dello stesso illecito e il secondo come il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare qualcuno a commettere il reato.

Va ancora segnalato in proposito l'occasionale utilizzo in giurisprudenza della formula di sintesi "proventi" (termine che non trova riscontro nel linguaggio normativo) per individuare il complesso di ciò che sia stato ricavato dal reato, intendendosi in tal senso tanto il profitto che il prodotto dell'illecito⁴.

Il "profitto" è poi assunto all'interno del dolo specifico o dell'evento dei reati contro il patrimonio. Ed in questo ambito in alcuni casi il profitto vincolante sul piano della tipizzazione della fattispecie si vuole necessariamente "ingiusto", mentre in altri tale caratterizzazione non viene richiesta.

Nell'interpretazione giurisprudenziale il significato che tradizionalmente il termine assume in questo contesto trascende la sua dimensione più prettamente economica, diventando sinonimo di vantaggio, patrimoniale o non patrimoniale, il che ha portato la dottrina a criticare la scelta del codice di incentrare sul profitto questa categoria di delitti, etichettandola come uno dei passaggi fondamentali nell'opera (ritenuta scarsamente compatibile con i principi costituzionali in materia penale) di soggettivizzazione delle fattispecie incriminatrici⁵.

Analogamente il profitto caratterizza il nesso paratattico tra reato-mezzo e reato-fine nell'aggravante comune di cui all'art. 61 n.2 c. p., nonché il dolo specifico di alcune fattispecie contemplate dalla legislazione speciale: così è, ad esempio, per alcuni reati societari come le false comunicazioni sociali, l'infedeltà patrimoniale e l'illecita influenza sull'assemblea, ovvero per i reati in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina previsti dall'art. 12, comma terzo e quinto, del d. lgs. n. 286 del 1998 (e con riguardo alla prima delle due fattispecie menzionate è interessante sottolineare il ricorso da parte del legislatore all'inedita allocuzione «profitto anche indiretto») o, ancora, per il delitto di abusiva duplicazione di programmi informatici (art. 171 *bis* l. n. 633 del 1941).

² Si tratta di Cass. Sez. VI 23 giugno 2006 n. 32627, La Fiorita soc. coop. a r.l., in *Cass. Pen.*, 2007, p. 4227, con nota di RENZETTI, *Misure cautelari applicabili agli Enti: primi interventi della Cassazione*.

³ In questo senso v. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di Dolcini - Paliero, Milano, 2006, III, p. 2103.

⁴ V. ad es. Cass. Sez. Un. 3 luglio 1996, Chabni, in CED 205707.

⁵ V. SGUBBI, *Patrimonio (reati)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 383.

Ben altra funzione è assegnata al profitto (e al prodotto) del reato nell'ambito dei delitti in materia di intermediazione finanziaria (abuso di informazioni privilegiate e abuso di mercato: artt. 184 e 185 T.U.F.), dove viene utilizzato per parametrare la sanzione pecuniaria (determinata per l'appunto in ragione di un moltiplicatore del valore del profitto) nell'ambito di speciale aggravanti fondate sulla rilevante offensività del fatto, sulle qualità personali del colpevole ovvero sull'entità dello stesso profitto.

Nel d. lgs. n. 231 del 2001, l'uso del termine diviene, se possibile, ancor più promiscuo, atteso che il "profitto" è menzionato in ben quattordici disposizioni diverse - e cioè negli artt. 6 comma quinto, 9 comma primo lett. c), 13 comma primo lett. a), 15 comma quarto, 16 comma primo, 17 lett. c), 19, 23 commi secondo e terzo, 24 comma secondo, 25 comma terzo, 25 *ter* comma secondo, 25 *sexies* comma secondo, 74 comma primo lett. d) e 79 comma secondo - ed in contesti assai eterogenei.

Come già accennato nel paragrafo precedente, infatti, il profitto è innanzi tutto, congiuntamente al prezzo del reato, l'oggetto della confisca-sanzione di cui agli artt. 9, 19 e 23, ma è al tempo stesso anche l'oggetto della più ambigua (sul piano della classificazione) confisca di cui all'ultimo comma dell'art. 6. Provvedimenti che si differenziano per il fatto che nel primo caso la misura ablativa segue alla condanna dell'ente, mentre nel secondo alla sua assoluzione (ed in proposito può essere utile evidenziare ancora una volta la diversa formula utilizzata dal legislatore: nel primo caso «la confisca del prezzo o del profitto *del reato*», nel secondo «la confisca del profitto che *l'ente ha tratto dal reato*»).

Ma il profitto è oggetto di confisca anche ai sensi dell'art. 15, comma quarto, del decreto. In questo caso non si tratta però del profitto ricavato dal reato, bensì di quello emerso dalla gestione commissariale disposta in sostituzione delle sanzioni (o delle misure cautelari) interdittive.

Nell'art. 13, comma primo, lett. a) il profitto «di rilevante entità» diviene invece la condizione alternativa alla recidiva per l'irrogazione nei confronti dell'ente delle sanzioni interdittive, in aggiunta a quelle pecuniarie ed alla confisca e, analogamente, nell'art. 16, comma primo, uno dei presupposti per l'applicazione delle stesse sanzioni in via definitiva. Mentre nell'art. 17 lett. c) sempre il profitto (*rectius*: la messa "a disposizione" del profitto ai fini della confisca) diviene l'oggetto di una delle condotte "riparatorie" che consentono all'ente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive.

Infine, negli artt. 24, comma secondo, 25, comma terzo, 25 *ter*, comma secondo, e 25 *sexies*, comma secondo, il conseguimento di un profitto di «rilevante entità» (in alcuni casi in alternativa alla causazione di un danno di particolare gravità) costituisce il fondamento di altrettante circostanze aggravanti dell'illecito relativo ai reati-presupposto contemplati dalle norme menzionate.

La polifunzionalità del profitto nel "sistema" costituito dal decreto rende certamente problematica la definizione della sua esatta nozione o anche solo stabilire se si abbia a che fare con un concetto unitario.

Se indubbiamente il dato testuale non offre che modesti spunti per la ricostruzione della nozione di profitto, nemmeno dall'indagine sulla volontà "storica" del legislatore si ricavano indicazioni risolutive. Infatti, nella Relazione allo schema di decreto legislativo (p. 37), trattando della confisca-sanzione, il profitto viene definito «*come una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato*». Definizione ancora una volta poco impegnativa sul piano descrittivo (la quale certamente non solo non consente di "scegliere" tra profitto lordo o netto, ma nemmeno, più semplicemente, di affermare che la tematica sia stata oggetto di specifica riflessione nel corso della redazione del testo normativo), ma che se non altro indica all'interprete un possibile percorso e cioè quello della pertinenzialità della cosa confiscata al reato quale unico vero criterio selettivo dell'area di applicazione della sanzione ablativa.

Nemmeno analizzando la l. 29 settembre 2000, n. 300 (la legge delega che ha originato il d. lgs. n. 231 del 2001) è possibile ritrarre elementi decisivi al fine di definire la nozione di profitto rilevante ai presenti fini. Infatti, l'art. 11 lett. i) della summenzionata legge si limita testualmente a commissionare «*la confisca del profitto o del prezzo del reato, anche nella forma per equivalente*».

Va peraltro menzionato il riferimento «*all'ammontare dei proventi del reato*» effettuato nella precedente lett. g) del medesimo articolo trattando dei parametri cui ancorare la dosimetria della sanzione pecuniaria. In proposito è peraltro necessario evidenziare che il legislatore delegato non ha ripreso alla lettera l'indicazione del Parlamento, limitandosi nell'art. 11 del decreto ad un più generico riferimento alla «*gravità del fatto*».

Conclusivamente una certa attenzione deve essere riservata anche gli Atti internazionali ai quali la l. n. 300 del 2000 ha inteso dare esecuzione e cioè la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles 26 luglio 1995) e i relativi protocolli; la Convenzione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea (Bruxelles 26 maggio 1997); la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi 17 dicembre 1997).

Ebbene tutte le fonti menzionate impegnano gli Stati aderenti ad adottare nelle rispettive legislazioni nazionali misure idonee alla confisca o comunque alla "sottrazione", tra l'altro, dei «proventi» dei reati di cui si occupano (oltre a configurare, per l'appunto, la responsabilità delle persone giuridiche per gli illeciti commessi nel loro ambito).

"Proventi" è, nella versione italiana delle menzionate convenzioni, la traduzione dei termini "proceeds" e "produit", utilizzati nel testo ufficiale, rispettivamente inglese e francese, delle medesime⁶. Entrambi i termini vantano un significato lessicale, nei rispettivi ambiti linguistici, ben più ampio di "utile netto" (individuando sostanzialmente i ricavi monetari di una determinata attività), tanto che, ad esempio, nel Rapporto esplicativo alla citata Convenzione OCSE è precisato che con il termine "proceeds" devono intendersi «i profitti o gli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione o gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione»⁷.

Sembra dunque che il senso tradizionale del termine "proventi", da intendersi come mera formula di sintesi di prodotto e profitto, non sia quello accolto nella traduzione degli strumenti internazionali citati, che si occupano di reati che non appaiono idonei a generare un "prodotto", propriamente inteso, bensì solo "profitti". In definitiva il termine "proventi" sembra essere stato scelto per rendere il concetto omnicomprensivo di vantaggi ricavati dalla commissione del reato⁸.

E sempre con riguardo al quadro normativo internazionale può essere opportuno ricordare come anche la più recente Decisione quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI) del 24 febbraio 2005, abbia previsto all'art. 2, dedicato alla confisca, l'adozione da parte di ciascuno Stato membro, entro il 15 marzo 2007, delle «misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o *proventi* di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi», confermando l'utilizzo di una terminologia dallo spettro lessicale assai ampio e scarsamente selettivo⁹.

⁶ Ad esempio l'art. 3 par. 3 della Convenzione OCSE recita: «*Each Party shall take such measures as may be necessary to provide that the bribe and the proceeds of the bribery of a foreign public official, or property the value of which corresponds to that of such proceeds, are subject to seizure and confiscation or that monetary sanctions of comparable effect are applicable*». Nella stessa direzione si pongono anche il Secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee del 19 giugno 1997, e la Convenzione sulla corruzione, aperta alla firma dal Consiglio d'Europa il 27 gennaio 1999, peraltro entrambi non ancora ratificati dall'Italia. Il primo, all'art. 5, stabilisce che ciascuno Stato membro dell'Unione europea adotti le misure che gli consentano il sequestro e la confisca o comunque di ordinare la privazione degli strumenti e dei «proventi della frode, della corruzione attiva o passiva e del riciclaggio di denaro o di proprietà del valore corrispondente a tali proventi». La seconda, all'art. 19, fa parimenti carico agli Stati aderenti della previsione nei sistemi nazionali di misure di confisca per colpire i "proventi" dei reati ivi contemplati o i beni di valore ad essi corrispondente.

⁷ «*The "proceeds" of bribery are the profits or other benefits derived by the briber from the transaction or other improper advantage obtained or retained through bribery*».

⁸ Cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 65.

⁹ Ed in proposito va ricordato che l'art. 28 della legge 25 febbraio 2008, n. 34 (Legge comunitaria 2007) ha conferito al Governo la delega per l'attuazione, tra l'altro, proprio della decisione quadro 2005/212/GAI citata nel testo. Il successivo art. 31 della legge menzionata delega la predisposizione di una norma generale in grado di rendere

3. *La differenziazione tra “profitto lordo” e “profitto netto”*. La scarsa elaborazione che la nozione di profitto ha avuto nei testi normativi si riflette nella scarsa attenzione riservata alla sua definizione in passato da parte della giurisprudenza.

Nella giurisprudenza di legittimità in particolare la nozione di profitto non è stata oggetto di organica e specifica analisi, anche perché per lungo tempo l'interesse si è concentrato sull'applicazione della sola misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. ed ai proventi di condotte totalmente illecite, circostanza che ben poche perplessità ha generato in ordine all'identificazione dell'oggetto della misura ablativa o alla “deducibilità” delle spese sostenute per la consumazione del reato (profilo mai posto all'attenzione della giurisprudenza di legittimità fino a tempi recentissimi), tanto più che, come si ricordava precedentemente, fino all'avvento della confisca di valore, era tutto sommato sporadica nella prassi l'ablazione dei proventi monetari del reato, a causa dell'ovvia difficoltà incontrata nella loro individuazione nel patrimonio del reo.

E gli angusti ambiti di applicazione che nella prassi l'istituto della confisca del profitto del reato ha conosciuto per lungo tempo, non hanno certo favorito l'approfondimento scientifico della materia, tanto che anche la dottrina si è solo sporadicamente occupata nel passato del tema.

Negli ultimi tempi l'argomento ha iniziato ad attrarre invece l'attenzione degli studiosi, chiamati a confrontarsi, dopo la scelta del legislatore di affidare alla confisca di prevenzione e a quella di valore un ruolo centrale nella strategia repressiva dei fenomeni criminali, con problematiche spesso inedite per l'Italia.

Ciò non toglie che il tentativo di elaborare in maniera organica il tema del profitto sia stato promosso in pochissime occasioni e non a caso la questione sottoposta alle Sezioni Unite è stata sino ad ora trattata da pochissimi autori, ancor più raramente in modo approfondito e per lo più mutuando gli esiti del dibattito svoltosi in quegli ordinamenti dove il tema vanta una maggior tradizione.

Prevale, in ogni caso, nelle trattazioni che non si fermano alla superficie dell'argomento, una certa diffidenza verso il termine profitto e la sua indeterminatezza concettuale, rilevandosi come quella proposta dal legislatore, nei pur diversi ambiti in cui è utilizzata, sia, comunque la si guardi, una nozione «ampia e disponibile».

Ciò premesso la dottrina maggioritaria vuole sottolineare come l'indefinita nozione di vantaggio economico complessivo tratto dal reato - di conio giurisprudenziale - si adatti esclusivamente allo scenario dell'attività totalmente illecita, segnalando l'esigenza di distinguere da quest'ultima l'attività lecita d'impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato.

obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate alla commissione del reato e dei proventi del reato. Circa questi ultimi, la lett. b) n.1 del primo comma dell'articolo menzionato, chiarisce che tali dovranno intendersi il prodotto e il prezzo del reato, nonché il «profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato» o dal suo impiego. La stessa disposizione, ma al n.3, impone poi la previsione di una disposizione parimenti generale concernente la confisca per equivalente dei beni costituenti il prodotto, il prezzo o il profitto del reato. Infine la lett. f) del primo comma dell'art. 31 delega il Governo ad adeguare anche le disposizioni del d. lgs. n. 231 del 2001 alle medesime direttive. La l. n. 34 del 2008, in linea con le intenzioni degli strumenti internazionali cui intende dare attuazione, accoglie dunque una nozione assai ampia ed omnicomprensiva del “provento” di reato e in particolare introduce una inedita - a livello normativo - distinzione tra “profitto diretto” e “profitto indiretto” del reato, da non confondere con quella tra “profitto immediato” e “profitto mediato”, implicitamente richiamata nella stessa lett. b) dell'art. 31, laddove viene esteso l'obbligo di confisca anche ai beni che costituiscono l'impiego del profitto. Il legislatore non ha precisato ulteriormente le nozioni richiamate, ma ciò che si può evidenziare a prima lettura - e nell'attesa di vedere come il legislatore delegato interpreterà i principi di delega - è che ancora una volta non viene operata a livello normativo alcuna distinzione fondata sul margine di guadagno “netto” tratto dal reato, mentre la specifica menzione del “profitto indiretto” sembra riferirsi alla necessità di considerare, ai fini dell'applicazione della misura ablativa, anche i vantaggi indotti dal profitto diretto acquisito attraverso la consumazione dell'illecito (senza peraltro chiarire ancora una volta se tra questi debbano considerarsi anche quelli “immateriali”).

In proposito, ad esempio, autorevole dottrina¹⁰ sostiene vi sia radicale diversità strutturale tra l'impresa criminale – orientata alla commissione di crimini quali mezzi ordinari di esercizio dell'attività economica – e quella lecita, che solo in via episodica deborda nella commissione di un reato. Sulla base di questa distinzione (che ovviamente suggerisce una interpretazione della realtà, prima ancora che del diritto positivo, il quale di tale realtà non registra traccia evidente nel testo delle norme che si occupano della confisca del profitto) la medesima dottrina edifica il rigetto di una nozione di profitto confiscabile che ecceda il margine residuale di effettivo guadagno tratto dal reato commesso per favorire lo svolgimento dell'attività (lecita d'impresa).

E' stato altresì sottolineato¹¹ che «l'ablazione del ricavo complessivo, e non solo del margine di guadagno, rischia di rivelarsi una misura eccessiva rispetto allo scopo», giacché nell'ambito della criminalità d'impresa il reato è una scelta razionale e l'impulso a reiterare il reato è data dal conseguimento di un saldo attivo e non dalla dimensione complessiva dell'affare¹², dovendosi dunque distinguere tra quanto realizzato per consumare il reato e quanto speso per fornire una prestazione lecita pur nell'ambito di un affare illecito.

Ben più radicale, invece, la critica di chi ritiene che l'accoglimento di una nozione ampia di profitto sarebbe animata da valutazioni di politica criminale estranee alla rigorosa interpretazione del dato normativo¹³. Scopo della confisca del profitto sarebbe infatti esclusivamente quello di espropriare le cose provenienti dall'illecito per deprimere l'attrattiva del reato: in breve la *ratio* che assisterebbe la misura ablativa in ogni sua manifestazione sarebbe sintetizzabile nell'aforisma “il crimine non paga”, compatibile proprio con il guadagno effettivo ricavato dal reato, cioè l'utile netto (mentre andare oltre la confisca dell'arricchimento del reo significherebbe affermare che “il crimine costa”). Su queste premesse non sarebbe dunque soddisfacente per identificare il profitto confiscabile un criterio fondato sulla distinzione tra quanto consumato per commettere il reato in sé, da quanto speso per fornire prestazioni lecite, pur nell'ambito di un affare illecito, e propone invece il criterio alternativo del divieto di “doppia ablazione”. In tal senso perché un costo sia ritenuto deducibile sarebbe cioè irrilevante la sua natura intrinsecamente illecita (ad esempio il costo della tangente per il corruttore), ma conterebbe esclusivamente il fatto che lo stesso sia stato sostenuto, provocando all'autore del reato non già un guadagno, bensì una perdita.

Un differente approccio al problema emerge invece in altro orientamento dottrinario¹⁴ che riporta la confisca del profitto illecito al concetto di “riparazione”, nel senso di meccanismo socialmente costruttivo di superamento del fatto illecito. In tale ottica la restituzione del lucro illecito assumerebbe, dunque, un concreto significato di riparazione del conflitto non solo nei confronti del diretto danneggiato, i cui diritti lesi vanno innanzitutto risarciti, ma nei confronti della società con cui l'autore dell'illecito si è posto in contrasto. In definitiva la misura ablativa si limiterebbe comunque a sottrarre al reo quanto indebitamente ottenuto dal reato, qualcosa rispetto alla quale il medesimo non può rivendicare alcun legittimo titolo di godimento¹⁵: la confisca del profitto risponderebbe cioè ad una finalità di compensazione dell'ordine economico violato, riportando la situazione patrimoniale del reo nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione del reato e così impedendogli di godere del frutto della sua attività¹⁶.

Secondo questa impostazione il criterio del “profitto netto” finirebbe per riversare sullo Stato il rischio di esito negativo del reato, giacché il reo perderebbe ogni rischio di perdita economica: l'agente rischierebbe solo di non guadagnare, ma non certo di subire una perdita economica. Ma la

¹⁰ V. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2028 e ss.

¹¹ V. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, p. 80 e ss.

¹² Conclusione che secondo il medesimo Autore troverebbe conforto nello stesso meccanismo della premialità che pervade il patteggiamento, il quale sarebbe totalmente vanificato dall'ablazione del profitto ben oltre il limite dell'effettivo guadagno residuale tratto dal reato.

¹³ V. LUNGHINI, *Commento a Trib. Milano 22 ottobre 2007*, in *Corriere del Merito*, 2008, n. 1, p. 88 e ss..

¹⁴ V. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 500 e ss..

¹⁵ MAUGERI, *op. cit.*, p. 504.

¹⁶ MAUGERI, *op. cit.*, p. 517.

sottrazione del profitto illecito corrisponde ad esigenze di giustizia, innanzitutto, e, quindi, di prevenzione generale e speciale, da tutti condivise. Non sembrerebbero, invece, così indiscutibili le esigenze che dovrebbero imporre l'adozione del principio del prelievo netto, atteso che il reo nel momento in cui intraprende l'attività illecita si assume un rischio consapevole di "perdere"¹⁷. In definitiva il profitto del reato – inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito – non gli spetta, in quanto il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e, quindi, il reo non può rifarsi delle perdite subite per la realizzazione del reato con qualcosa a cui non ha diritto¹⁸.

Per converso, secondo la dottrina illustrata, accettare il criterio del "lordo" non significa trasformare *tout court* la confisca da strumento di compensazione in pena, giacché non si limita o cancella alcun diritto dell'autore del reato. Infatti, una sanzione punitiva non si limita a ricostituire l'equilibrio violato dall'infrazione attraverso il risarcimento del danno o la sottrazione del vantaggio indebitamente tratto dalla violazione della legge, ma deve infliggere un *plus* di carattere punitivo che nella confisca del profitto lordo manca, assistendo la medesima ad una funzione compensativa simile a quella svolta nell'ordinamento civilistico dalle disposizioni sull'arricchimento ingiustificato (artt. 2033 – 2040 cod. civ.)¹⁹.

Conclusivamente, per garantire la compensazione della collettività, secondo questo orientamento, deve essere sottratto all'autore del reato una somma o delle cose corrispondenti al valore dello spostamento patrimoniale che si è avuto, a causa dell'illecito, dalla collettività al reo, e non vengono, invece, in rilievo gli spostamenti patrimoniali in senso inverso, e, quindi, le eventuali spese sostenute²⁰. Ciò non toglie che il principio del lordo possa subire delle deroghe o un ridimensionamento quando il profitto non è del tutto illecito: ciò sarebbe necessario, in particolare, in relazione alle imprese, nell'ambito della cui attività può essere difficile distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti. L'esigenza sarebbe, ancora una volta, quella di distinguere quanto realizzato per consumare il reato in sé e quanto speso per fornire una prestazione lecita, pur nell'ambito di un affare illecito (ed in tal senso secondo la dottrina menzionata si tratterebbe di sottrarre alla confisca i costi diretti delle prestazioni lecite fornite nell'ambito di un affare illecito, ma non le spese generali che rientrano nello svolgimento dell'attività d'impresa funzionalizzata alla consumazione dell'affare illecito, fermo comunque l'onere che grava su chi li reclama di fornire la prova dei costi "diretti")²¹.

4. *La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.* Affrontando, dunque, per la prima volta la materia della responsabilità da reato degli enti collettivi, le Sezioni Unite, dopo aver ripercorso la genesi del d. lgs. n. 231 del 2001, hanno svolto un'articolata panoramica dell'istituto della confisca, prima di approdare all'analisi della nozione di profitto.

In proposito la sentenza in commento ha avuto modo di ribadire alcune conclusioni già presenti nella giurisprudenza di legittimità, evidenziando come il composito panorama delle fonti (codicistiche e speciali) che utilizzano la misura ablativa ne impediscano una ricostruzione in termini unitari e soprattutto l'esclusiva catalogazione entro il rigido schema della misura di sicurezza patrimoniale²². Osservazione che secondo il Supremo Collegio si ripropone anche con riguardo alla confisca contemplata dall'autonoma disciplina della responsabilità degli enti.

¹⁷ MAUGERI, *op. cit.*, p. 569.

¹⁸ MAUGERI, *op. cit.*, p. 570.

¹⁹ Per FORNARI, *op. cit.*, p. 82 invece, solo la confisca del "netto" assumerebbe valenza compensativa, mentre quella del lordo vanterebbe un più evidente significato di deterrenza.

²⁰ MAUGERI, *op. cit.*, p. 571.

²¹ MAUGERI, *op. cit.*, p. 572.

²² Sostanzialmente nello stesso senso si v. in dottrina COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. Pen. proc.*, 2007, p. 1638, per il quale è "azzardata" l'individuazione di una *ratio* unitaria delle diverse ipotesi di confisca e LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato* a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 166, per il quale la confisca in generale è oramai un *nomen iuris* attribuito a vari istituti sempre meno riconducibili ad un unico comune denominatore. Sul punto

La Corte – del tutto condivisibilmente - respinge infatti i tentativi di ricondurre *ad unum* le tre figure di confisca previste, rispettivamente, dagli artt. 6, quinto comma, 15, quarto comma, e 19 del d. lgs. n. 231 del 2001, che pure hanno caratterizzato alcune impostazioni dottrinarie e i motivi di alcuni dei ricorsi esaminati dal Supremo Collegio²³.

In proposito la Sezioni Unite puntualizzano come la prima forma di confisca, conseguente non già all'affermazione, bensì alla negazione della responsabilità dell'ente, non possa che essere concepita come strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe dunque per conseguire altrimenti (e seppure incolpevolmente) «un profitto geneticamente illecito». Quanto alla seconda (e cioè la confisca del profitto generato dalla gestione commissariale dell'ente) la Corte sottolinea la evidente natura di sanzione sostitutiva che assume la misura ablativa, chiamata a privare l'ente del profitto generato dalla gestione posteriore alla consumazione dell'illecito sostituita dal giudice all'applicazione delle sanzioni interdittive.

Quanto alla terza forma di confisca, la sentenza in commento conclude trattarsi di una sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre sanzioni riservate all'ente dall'art. 9 del d. lgs. n. 231 del 2001, in ciò accordandosi con l'unanime opinione manifestata sino ad ora dalla giurisprudenza di legittimità²⁴.

Affrontando lo specifico tema del profitto del reato, anche la Corte sottolinea innanzi tutto come in nessuno dei contesti normativi in cui viene menzionato sia offerta la relativa nozione. E la genericità del dettato normativo non è, per le Sezioni Unite, terreno di coltura per l'antinomia "profitto lordo" - "profitto netto", che, come si è visto, è invece promossa dalla dottrina maggioritaria.

In proposito la Corte afferma, anzi, come la mancanza di specificazioni a livello normativo consente, sul piano definitorio, solo di ribadire al tradizionale orientamento accolto dalla giurisprudenza di legittimità²⁵ in relazione al profitto oggetto di confisca ai sensi dell'art. 240 c.p., secondo cui lo stesso si identificherebbe nel vantaggio economico ritratto dal reato, ma allo stesso tempo ricorda che, sempre in adesione all'interpretazione accolta nella giurisprudenza del Supremo Collegio, l'espressione deve essere intesa nel senso di «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» e non già di «utile netto» o «reddito».

Anche nell'identificazione del criterio di perimetrazione dell'area vantaggi patrimoniali comunque collegabili al reato che devono essere fatti rientrare nell'area del profitto, le Sezioni Unite dimostrano di voler ribadire un orientamento oramai più che consolidato nella giurisprudenza della Corte relativa all'art. 240 c.p.²⁶ e cioè quello secondo cui la confisca presuppone l'accertamento

va ricordato poi che già in epoca risalente la Corte Costituzionale avvertiva come «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica» e che «il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, si da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa», talché ciò che viene in considerazione «non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge»: v. Corte Cost. sent. 25 maggio 1961, n. 29; nello stesso senso anche sent. 4 giugno 1964, n. 46, entrambe citate anche nella sentenza in commento.

²³ V. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2134, che pone per l'appunto l'accento sul presunto carattere unitario della nozione di profitto accolta negli artt. 6, 12, 13, 16, 19, 23, 25 e 25 *ter* del decreto, identificando lo stesso nel beneficio economico residuale ricavato dal reato.

²⁴ Si vedano in questo senso Cass. Sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989, Troso, in CED 235128; Cass. Sez. II, 21 dicembre 2006, n. 316, Spera ed altri, in CED 235363; Cass. Sez. II, 12 dicembre 2006, n. 3629, Ideal Standard Italia srl, in CED 235814.

²⁵ V. Cass. Sez. Un., 3 luglio 1996, Chabni, cit. e Cass. Sez. Un., 24 maggio 2004, Curatela fall. in proc. Romagnoli, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3097.

²⁶ V. in questo senso Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2007, Miragliotta, in CED 238700; Cass. Sez. Un. 24 maggio 2004, Curatela fall. in proc. Focarelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3097; Cass. Sez. Un. 24 maggio 2004, Curatela fall. in proc. Romagnoli, cit; Cass. Sez. II 14 giugno 2006, Chetta, in CED 235356; Cass. Sez. VI 4 novembre 2003, Falci, in CED 227326.

della diretta derivazione causale del profitto dalla condotta dell'agente²⁷. Anzi la pronuncia in commento sottolinea con forza come il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenti «l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo», evidenziando come occorra cioè una correlazione diretta del profitto col reato e una stretta affinità con l'oggetto di quest'ultimo, dovendosi escludere per converso 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.

Ciò premesso, le Sezioni Unite hanno verificato l'esportabilità degli illustrati approdi interpretativi nella disciplina del d. lgs. n. 231 del 2001. Dopo aver osservato come anche il termine profitto assuma significati diversi nelle numerose disposizioni del decreto che lo menzionano, il Supremo Collegio ha così chiarito come il tenore degli artt. 6, 17 e 19 del decreto ed alcuni passi della Relazione allo schema del d. lgs. n. 231 del 2001 consentano di accogliere anche in quest'ambito il vincolo di pertinenzialità al reato come unico effettivo criterio di selezione dei vantaggi economici confiscabili, sottolineando come la misura ablativa, prevista anche per l'ipotesi in cui l'ente non venga ritenuto responsabile, assuma una effettiva generale funzione di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla consumazione del reato-presupposto, circostanza che contrasta con la tesi che vorrebbe identificare il profitto esclusivamente con "l'utile netto" ricavato dall'ente.

In definitiva secondo la Corte il profitto oggetto di confisca ai sensi dell'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 deve essere inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, ai fini della loro identificazione, il ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico. Del resto, osservano i giudici di legittimità il crimine in alcun ordinamento costituisce un legittimo titolo di acquisto di diritti su di un bene e il reo non può quindi rifarsi dei costi affrontati per la sua realizzazione cercando di trasferire sullo Stato – come in definitiva risulterebbe accedendo alla teoria del "profitto netto" – il rischio che l'attività illecita determini una perdita economica.

Fissato in questi termini il principio generale, la sentenza in commento ne ha però precisato la portata in relazione all'ipotesi che l'illecito presupponga la consumazione di un reato che si inserisca occasionalmente e strumentalmente nella dinamica dello svolgimento di rapporti di natura sinallagmatica instaurati nell'ambito dell'attività d'impresa.

In particolare il Supremo Collegio, ricorrendo alla distinzione tra "reato contratto" e "reato in contratto", rileva come nell'ambito dell'attività dell'ente è necessario distinguere tra il caso in cui il reato si identifichi con la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione da quello in cui il comportamento penalmente rilevante vada ad incidere sulla fase di formazione della volontà contrattuale ovvero su quella di esecuzione del programma negoziale. In tale seconda ipotesi, secondo la Corte, è possibile enucleare autonomi aspetti leciti del rapporto cui può essere collegato un profitto non direttamente ricollegabile al reato. In altri termini, le Sezioni Unite hanno sottolineato che la genesi illecita di un rapporto giuridico che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l'intera evoluzione dello stesso rapporto, nel cui ambito dunque possono essere poste in essere attività lecite estranee al reato.

In definitiva la sentenza in commento sottolinea che proprio applicando il principio di pertinenzialità del profitto al reato è necessario distinguere, nell'ambito di un rapporto complesso che non si esaurisce nella consumazione di quest'ultimo, i profili leciti da quelli illeciti destinati a ripercuotersi nella sfera di responsabilità dell'ente collettivo.

Affrontando il caso oggetto del ricorso – un appalto pubblico di opere e servizi acquisito a seguito di aggiudicazione inquinata dalla consumazione di una truffa – la Corte ha precisato ulteriormente che le attività poste in essere dall'appaltatore in esecuzione degli obblighi contrattuali assunti sono il frutto di una iniziativa lecita che interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta illecita e dunque il corrispettivo tratto da una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed

²⁷ Che anche parte della dottrina continua ad indicare come l'unico parametro di selezione del profitto confiscabile: v. in questo senso FONDAROLI, *op. cit.*, p. 60.

accettata dalla controparte non può costituire una componente del profitto confiscabile in quanto non può ritenersi *sine causa* o *sine iure*.

Ma la Suprema Corte ha definito ulteriormente il principio illustrato –ed è questo lo spunto esegetico decisamente più interessante - ancorandolo alla previsione dell'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001, nella parte in cui la disposizione in oggetto sottrae alla confisca quella parte del profitto che può essere restituita al danneggiato. In tal senso la pronuncia precisa che nell'ambito di un rapporto sinallagmatico a maggior ragione l'utilità tratta dal danneggiato dallo svolgimento di prestazioni lecite, seppure incardinate nell'ambito di un affare illecito, non può essere imputata all'ente come profitto illecito. Per le Sezioni Unite, dunque, deve essere in definitiva sottratto alla confisca il corrispettivo ricevuto per il compimento di quelle prestazioni, ancorché nei limiti dell'utilità conseguita dal danneggiato a causa del loro svolgimento.

5. *Considerazioni.* L'articolato ed esaustivo percorso seguito dalle Sezioni Unite ha portato ad una conclusione che ci sembra senza dubbio da condividere. Ma al di là di questa considerazione, quella che deve essere rimarcata è la stessa opportunità del tempestivo intervento dei giudici di legittimità, in grado di prevenire pericolose derive nell'applicazione degli istituti connessi all'ablazione del profitto del reato.

Come più volte ricordato, la scarsa elaborazione della relativa nozione, tanto da parte del legislatore che degli interpreti, sconta la scarsa rilevanza statistica che la confisca del profitto ha avuto nel passato. Ma non è dubbio che l'introduzione nell'ordinamento penale della confisca per equivalente e della responsabilità da reato degli enti collettivi abbiano determinato nella prassi una vera e propria accelerazione della "caccia" ai proventi del reato. In tal senso la sentenza in commento è dunque in ogni caso destinata a costituire per il futuro un importante punto di riferimento.

Ma come accennato, anche nel suo contenuto, la decisione assunta dalla Corte deve essere salutata con favore. Infatti le teorie, di matrice dottrina, sull'identificazione del profitto del reato esclusivamente con l'utile netto ricavato dalla sua consumazione non vantano solide fondamenta nel contesto normativo di riferimento²⁸, nel mentre, a monte, ritenere che il delitto –anche e soprattutto quello economico - non debba tradursi anche in un costo per il suo autore, pena la configurazione di una cripto-sanzione, è contestazione eventualmente destinata ad assumere valore con riguardo alla confisca penale (ostinatamente imprigionata nella sempre meno credibile veste della misura di sicurezza)²⁹, ma che certo non può essere sollevata in relazione alla confisca prevista dall'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001, che senza ambiguità il legislatore ha voluto e modellato come sanzione principale.

Su quest'ultimo punto le Sezioni Unite sono state anzi assai esplicite, distinguendo la differente funzione che la misura ablativa assume nei diversi contesti in cui è prevista nel decreto legislativo. Dunque le obiezioni sollevate dalla dottrina circa la necessità che la confisca riguardi solo il profitto netto, venendo altrimenti contraddetta la sua funzione riequilibratrice e compensativa³⁰, al più potrebbero evidenziare la necessità di una diversa modulazione dell'oggetto della confisca nell'ipotesi di cui all'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, ma non possono certo essere condivise con riguardo alla confisca-sanzione, cui devono riconoscersi finalità ulteriori.

In realtà la sentenza in commento, nel respingere in radice l'alternativa tra profitto lordo e profitto netto e nel riaffermare per converso il criterio di diretta pertinenzialità come unico parametro di selezione dell'oggetto della confisca, ha restituito al dato normativo un contenuto sufficientemente preciso, attenuandone l'incontestabile genericità di formulazione e consentendo di evitare esiti interpretativi incontrollabili.

²⁸ Cfr. in proposito BASSI – EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 301 e ss.

²⁹ Cfr. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, p. 39, che condivisibilmente ritiene quella attribuita dal codice penale una qualificazione «più ideologica che classificatoria».

³⁰ V. PELLISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, a cura di C.F. Grosso, I, Milano, 2007, p. 898 e FORNARI, *op. loc. ult. cit.*.

Ed in effetti la pretesa di limitare la confisca al solo utile netto ricavato dal reato sembra ispirata più che altro dal timore che la nozione di profitto assuma nella prassi una attitudine espansiva dagli esiti devastanti per le imprese³¹. Ma oltre a non trovare un effettivo addentellato nelle norme che disciplinano la responsabilità degli enti, la tesi non chiarisce come l'utile dovrebbe essere determinato o anche se lo stesso debba essere inteso come puro residuo contabile di segno positivo (confondendo in tal caso l'utile dell'operazione economica sottostante all'illecito con il profitto ricavato da quest'ultimo³²). Senza mai affermarlo esplicitamente poi, i fautori di questa posizione finiscono per ammettere che i "costi di produzione" dell'illecito debbano essere recuperati dall'ente, esito difficilmente compatibile con l'effettiva intenzione del legislatore e certamente in contrasto con le linee evolutive dell'istituto della confisca dei proventi del reato.

In realtà la sentenza in commento mette in luce come alla base dell'alternativa profitto lordo – profitto netto vi sia l'equivoco per cui la consumazione del reato-presupposto non consentirebbe di distinguerlo dall'attività lecita d'impresa alla cui realizzazione è strumentale.

Non è invece necessario distinguere tra ricavo ed utile, quanto distinguere tra provento illecito e provento lecito, limitando solo al primo la confisca³³. Ed in tal senso appare condivisibile il richiamo operato dalla Corte al primo comma dell'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001, che effettivamente, nel vietare la confisca della parte del profitto che può essere oggetto di restituzione al danneggiato dal reato, offre un ancoraggio positivo in grado di guidare l'interprete nell'applicazione della norma, evidenziando non tanto l'intenzione del legislatore di non trasformare la confisca in una sorta di doppiopena della sanzione pecuniaria, quanto quella, per l'appunto, di espropriare quanto effettivamente pervenuto alla persona giuridica in conseguenza dell'attività illecita.

Seguendo questa impostazione le Sezioni Unite in definitiva affermano che l'area del profitto confiscabile può mutare a seconda del tipo di reato-presupposto ed anche delle modalità con cui quest'ultimo interferisce con l'esercizio dell'attività lecita³⁴. Ciò non significa attribuire alla nozione di profitto una geometria variabile – giacché, si ripete, questa rimane saldamente ancorata al rapporto di dipendenza tra provento e reato –, ma evidenziare che il vincolo di pertinenzialità deve essere accertato in concreto distinguendo tra quanto effettivamente pervenuto all'ente collettivo come immediata conseguenza dell'illecito.

Nel caso sottoposto alla sua attenzione – e cioè quello dell'appalto di opere o di servizi aggiudicato con frode – la Corte ha distinto, nella remunerazione delle prestazioni (di per sé lecite ed anzi dovute) fornite in esecuzione del contratto, il corrispettivo delle stesse dalla remunerazione dell'attività d'impresa.

Il Supremo Collegio, dunque, lungi dall'operare una differenziazione tra profitto lordo e profitto netto, non ha consentito all'ente di scomputare i costi sostenuti per la consumazione del reato, bensì ha ritenuto - del tutto condivisibilmente - che il corrispettivo corrispondente al valore intrinseco delle opere e dei servizi resi a vantaggio del soggetto passivo del reato, non possano ritenersi una conseguenza immediata e diretta dello stesso, bensì dell'attività lecita posta in essere dopo la sua commissione. Non così per l'eventuale guadagno remunerativo del rischio d'impresa lucrato dall'ente, il cui conseguimento è la stessa "causa" della frode perpetrata per l'aggiudicazione dell'appalto.

6. La confisca del profitto nell'illecito plurisoggettivo. Nel risolvere la questione rimessa alla sua decisione, le Sezioni Unite si sono altresì occupate, tra l'altro, di un ulteriore profilo ad essa

³¹ Cfr. ad esempio FORNARI, *op. cit.*, p. 82 e COMPAGNA, *op. cit.*, p. 1638.

³² V. in questo senso AMATO, *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Guida Dir.*, 2006, p. 69.

³³ In dottrina avevano già sostenuto questa impostazione BASSI – EPIDENDIO, *op. cit.*

³⁴ Cenni in tal senso si rinviengono in PRETE, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, n. 4, p. 105

connesso, cercando di ricomporre preventivamente il potenziale contrasto latente nella giurisprudenza della Corte.

Il profilo in oggetto è quello dell'imputazione del profitto nel caso di illecito plurisoggettivo e più specificamente riguarda la possibilità di eseguire un sequestro preventivo a fini di confisca nella forma per equivalente nei confronti di uno solo dei soggetti responsabili dell'illecito per l'intero valore del profitto accertato.

Il problema della ripartizione della confisca del profitto in caso di illecito plurisoggettivo si è presentato soprattutto con riguardo all'ipotesi della confisca di valore prevista dagli artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p., qualificata dalla giurisprudenza di legittimità come sanzione³⁵.

Fondandosi su questa classificazione della confisca la stessa giurisprudenza di legittimità è poi giunta ad affermare che nell'ipotesi di illecito commesso da una pluralità di soggetti deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso delle persone nel reato, implicando l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e comportando solidarietà nella pena.

In tal senso, secondo un consolidato orientamento della Corte, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato (ed entro i limiti quantitativi dello stesso), non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito, senza dunque che il riparto del relativo onere tra i concorrenti rilevi in qualche modo³⁶. E considerazioni analoghe sono state utilizzate anche dai giudici di legittimità anche con specifico riferimento ad una ipotesi di concorso tra confisca penale e confisca prevista proprio dall'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001³⁷.

Sul punto la giurisprudenza della Corte si è pronunziata in senso apparentemente contrastante con l'indirizzo illustrato, affermando che in caso di pluralità di indagati, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente non può eccedere per ciascuno dei concorrenti la misura della quota di profitto del reato a lui attribuibile³⁸.

La sentenza in commento, nell'affrontare una fattispecie plurisoggettiva che vede per la prima volta per protagoniste esclusivamente persone giuridiche, recepisce interamente queste argomentazioni, affermando la validità del principio enucleato dalla giurisprudenza maggioritaria anche nell'ambito applicativo della responsabilità da reato degli enti.

Quanto all'orientamento minoritario, la Corte si preoccupa di evidenziare come il prospettato contrasto risulti soltanto apparente e come i due indirizzi siano invero complementari. Il Supremo Collegio, infatti, riconduce i due principi ad unità affermando che, ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta d'individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno - logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti -, mentre nel caso contrario, quando cioè la quota di profitto attribuibile al singolo concorrente sia individuata o risulti chiaramente individuabile, la cautela potrà essergli applicata esclusivamente entro tali limiti.

³⁵ V. in questo senso Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2005, Muci, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1382; Cass. Sez. V, 16 gennaio 2004, Napolitano, in CED 228750; Cass. Sez. II, 6 luglio 2006, Carere, in CED 234849.

³⁶ V. in questo senso Cass. Sez. II, 20 settembre 2007, Angelucci, in CED 238160; Cass. Sez. II, 21 febbraio 2007, Alfieri ed altri, in CED 235842; Cass. Sez. II, 6 luglio 2006, n. 30729, Carere, cit.; Sez. V, 16 gennaio 2004, n. 15445, Napolitano, *cit.*

³⁷ V. Cass. Sez. II, 14 giugno 2006, Troso, in CED 235128.

³⁸ V. Cass. Sez. VI, 23 giugno 2006, p.m. in proc. Maniglia, in CED 234850 e Cass. Sez. VI, 5 giugno 2007, Giallongo, in CED 236900.