

CAMBIANDO L'ORDINE DEGLI ADDENDI IL RISULTATO NON CAMBIA: RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI, ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE E PROFITTO CONFISCABILE

Antonio Gilio



[Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785](#)

Sommario. 1. Considerazioni preliminari – 2. La lenta ed inesorabile erosione del principio di legalità – 3. La giurisprudenza successiva al caso Ilva: aggiramento dell’ostacolo con riferimento al profitto del reato associativo – 4. La sentenza 8785/2020 della Cassazione accresce l’orientamento maggioritario – 5. Osservazioni critiche.

1. Considerazioni preliminari.

E’ fatto notorio che il d. lgs. 231/2001 ha scardinato il brocardo “*societas delinquere non potest*”, introducendo nel nostro ordinamento la responsabilità diretta da reato delle persone giuridiche, seppur battezzata come “amministrativa”. Tuttavia, ad onta del *nomen juris*, tale responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi penalistici dell’imputazione criminale ([1]).

E che si tratti di “*matière pénale*” trova conferma nei “c.d. criteri Engel” elaborati dalla Corte di Strasburgo, secondo cui anche se la sanzione si presenta formalmente come amministrativa ma abbia carattere punitivo o repressivo, si dovrà intendere come sostanzialmente penale, sottostando alle garanzie fondamentali insite nella Costituzione. Tutto ciò apre la via alle garanzie sovranazionali con immediato riferimento, primo fra tutti, all’art. 7 CEDU, ove è racchiuso il *nullum crimen* convenzionale ([2]).

La definizione della natura giuridica della responsabilità degli enti potrebbe apparire una questione teorica speciosa, ma da essa è fatta talora dipendere la soluzione interpretativa di una serie di questioni di rilevantissimo impatto pratico, legate allo statuto costituzionale della responsabilità (e dunque al sistema e al rango delle garanzie) ([3]), alla normativa sistematicamente applicabile in caso di lacune di discipline e alla struttura del paradigma imputativo della responsabilità, cioè dello specifico modello di illecito dell’ente.

In ogni caso, è lo stesso Legislatore a segnare la strada. L’art. 2 d. lgs. 231, riprendendo il tenore letterale dell’art. 1 c.p. e dell’art. 25 Cost., detta il principio di legalità stabilendo <<“l’ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”>>. E’ agevole cogliere il duplice piano nel quale opera la normativa: da un lato la responsabilità amministrativa dell’ente, dall’altro il fatto reato dal quale discende la prima ([4]). Logico corollario è il principio di specialità, in virtù del quale la responsabilità dell’ente non è generale ma è circoscritta a quei reati per i quali è espressamente prevista dalle norme di parte speciale o dalla legislazione complementare ([5]).

L’opzione legislativa per il “catalogo chiuso” dei reati presupposto costituisce, d’altronde, la necessaria premessa dell’attività di predisposizione dei modelli organizzativi ([6]) – tali presidi dovendo essere eretti

attorno a un'area di rischio-reato previamente individuata e delimitata *ex lege* -, con chiari riflessi sulla colpa di organizzazione ([7]), quale coefficiente di rimproverabilità ascrivibile all'ente ([8]).

E' su questo terreno che s'innesta il problema connesso all'introduzione, nella parte speciale del d. lgs. 231/2001, di fattispecie "c.d. aperte", la cui integrazione passa necessariamente attraverso la realizzazione di ulteriori figure criminose, che delle prime rappresentano il fine o il presupposto ([9]).

Il riferimento va alle fattispecie associative inserite dal "Pacchetto Sicurezza" (L. 15.7.2009 n. 94) all'interno del catalogo dei reati presupposto, che ha posto fine ad una asimmetria dovuta alla novella di cui alla L. n. 146/2006, che aveva esteso la responsabilità dell'ente ai reati associativi connotati dal carattere della transnazionalità con esclusione, quindi, di tutti i comportamenti illeciti che esaurivano i loro effetti all'interno del territorio nazionale.

Tale innesto ha dato origine ad una serie di profili critici.

Il problema più delicato si è posto in relazione alla compatibilità delle ipotesi di criminalità organizzata in esame con la struttura tipica della criminalità d'impresa, la quale sembra doversi necessariamente riferire ad un'attività lecita. Difatti, la responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato aveva il precipuo fine di colpire l'ente che deviava verso circuiti illegali occasionalmente, mentre l'ente intrinsecamente illecito costituiva una prospettiva quasi teorica ed ai margini del d.lgs. 231/2001. Tanto è vero che tale evenienza veniva presa in considerazione solo dall'art. 16, comma, 3 ove si prevedeva la sanzione dell'interdizione definitiva per l'ente criminale, cioè deputato alla stabile commissione di reati.

Più precisamente, mentre in relazione ad una associazione criminale la semplice partecipazione può costituire reato (indipendentemente dal contributo del singolo alla realizzazione dei delitti-scopo), la criminalità d'impresa pone un problema di imputazione delle manifestazioni devianti, in quanto nessun rilievo assume il mero inserimento nella struttura imprenditoriale. L'odierna prassi giurisprudenziale dimostra però una evidente estensione dei confini del reato di associazione per delinquere che determina, nei fatti, l'erosione del confine tra ente illecito ed illeciti commessi dall'ente. Nell'ipotesi in cui la compagine criminale si annidi in una struttura organizzativa che opera lecitamente, non sussiste una teorica incompatibilità del reato associativo ma, sarà necessaria una prova rigorosa della componente materiale del delitto associativo che non deve alimentarsi dei fatti organizzativi del sodalizio lecito ([10]).

Del resto - e non è aspetto secondario - nel processo all'ente sarà altresì necessario provare l'interesse o il vantaggio che da quell'attività associativa è derivato alla società ed il *deficit* organizzativo, *rectius* colpa di organizzazione. Muovere un rimprovero all'ente in assenza di tali accertamenti significherebbe, sostanzialmente, colpirlo per i reati fine della *societas sceleris*; e se questi non fossero previsti nel catalogo dei reati-presupposto, operare in aperto contrasto con il principio di legalità/tassatività dell'art. 2 del d.lgs. 231.

Ulteriore criticità è rappresentata dal fatto che attraverso i due principali reati mezzo codicistici, ovvero le condotte associative in senso stretto tipizzate dagli artt. 416 e 416 *bis* c.p., potrebbero determinarsi effetti di estensione delle ipotesi tipiche di responsabilità dell'ente assai più ampi di quelli che il legislatore aveva preventivato.

In primo luogo, infatti, il riconoscimento dell'esistenza di un vincolo associativo criminoso – spesso costruito su elementi piuttosto blandi di tipicità – potrà costituire il presupposto su cui fondare la responsabilità dell'ente in relazione ad attività delittuose che non sono annoverate nel catalogo legislativo tipico dei reati-presupposto. Attraverso la contestazione del reato associativo potrà essere sostanzialmente addebitata alla persona giuridica la commissione di qualsiasi reato-fine. E si badi bene, non si tratta di un argomento prettamente teorico atteso che la prassi applicativa riflette, ormai sempre più spesso, la tendenza ad applicare misure cautelari *ex d. lgs. 231/2001* – come il sequestro preventivo finalizzato alla confisca – per effetto dell'addebito di associazione per delinquere in relazione all'art. 24 *ter* con il vero intento di perseguire l'ente rispetto ai delitti-scopo del sodalizio ([11]).

È *ictu oculi* evidente il pericolo che, accedendo ad una tesi estensiva, la contestazione del reato associativo possa rappresentare un autentico grimaldello per far confluire nel *corpus* 231 fattispecie non contemplate e demolire, in un colpo solo, i principi dettati dall'art. 2 del decreto.

2. La lenta ed inesorabile erosione del principio di legalità.

Le fattispecie associative hanno fatto il primo ingresso in orbita 231 con la L. 146/2006 ([12]): in attuazione della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale, le associazioni per delinquere (art. 416 c.p.), quelle di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), finalizzate al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 *quater* d.p.r. 43/1973), nonché quelle dedite al traffico di stupefacenti (art. 74 d.p.r. 309/90), se connotate dagli elementi di transnazionalità di cui all'art. 4 L. 146/2006, possono far scaturire la responsabilità amministrativa degli enti.

Il "pacchetto sicurezza" del 2009, come già detto, introduce nel micro-sistema 231 l'art. 24 *ter* rubricato "delitti di criminalità organizzata" ([13]) che estende la responsabilità della *societas* in relazione a due distinti gruppi di reato presupposto, previsti rispettivamente ai commi 1 e 2. Diventano così reati-presupposto le fattispecie di cui agli artt. 416, 416 *bis*, 416 *ter* c.p., 630 c.p. e 74 T.U. stupefacenti. Ed ancora, viene sancita la responsabilità dell'ente in relazione ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* ([14]), ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo ([15]). È chiaro che si attrae nel novero dei reati-presupposto una serie indefinita ed indefinibile di delitti che la persona giuridica – anche fuori dal vincolo associativo – può teoricamente porre in essere operando, attraverso i suoi

rappresentanti o i suoi dipendenti, con le modalità tipiche di intimidazione o con il dolo specifico di agevolazione tipizzato dalla norma in esame.

La novella legislativa in commento ha sollevato più di qualche dubbio in ordine alla compatibilità con il principio di legalità/tassatività dettato dall'art. 2 del decreto. Il connubio tra associazione per delinquere e d. lgs. 231/2001 potrebbe avere una potenzialità espansiva tale da trasformare la responsabilità dell'ente in generale, immettendo nella parte speciale del decreto una sorta di "meccanismo moltiplicatore"([16]) in grado di travolgere il sistema del *numerus clausus*.

Sul punto non v'è unanimità di vedute da parte della dottrina, divisa tra quanti negano l'esistenza di argomenti teorici ostativi alla possibilità di allargare il novero dei reati addebitabili all'ente, includendovi fattispecie non appartenenti alla parte speciale del sistema 231 ([17]), e chi – in maniera diametralmente opposta – solleva censure di incostituzionalità per contrasto con l'art. 25 della Costituzione specificando che il reato-fine dell'associazione può imputarsi all'ente solo se già ricompreso nella cerchia dei reati-presupposto 231 ([18]).

A fugare ogni dubbio è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione, con una pronuncia resa nel noto caso Ilva ([19]), mettendo in risalto la potenziale trasformazione dell'art. 24 *ter* in una disposizione aperta dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo a ricomprendere nel novero dei reati presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo. Con tale decisione, il Giudice di legittimità ha annullato il provvedimento con cui il G.I.P. di Taranto aveva disposto il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente nei confronti delle società Ilva S.p.A., Riva FI.RE S.p.a. e Riva Forni Elettrici S.p.a. ritenendo che tale decisione fosse <<inficiata da un vizio di fondo laddove si è ritenuto di valorizzare, ai fini della responsabilità amministrativa delle società ricorrenti, una serie di fattispecie di reato (...) del tutto estranee al tassativo catalogo dei reati presupposto (...). Né la rilevanza di quelle fattispecie può essere indirettamente recuperata, ai fini dell'individuazione del profitto confiscabile, nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti-scopo del reato associativo>>.

3. La giurisprudenza successiva al caso Ilva: aggiramento dell'ostacolo con riferimento al profitto del reato associativo.

La soluzione offerta dalla Cassazione, con la pronuncia sopra richiamata, sembrava aver posto fine alla *querelle*, riconducendo il controverso innesto dei reati associativi nell'alveo del principio di legalità. Tuttavia tale approdo è stato inficiato da un successivo filone giurisprudenziale che ha, di fatto, aggirato l'ostacolo spostando l'attenzione sull'individuazione del profitto derivante dal reato di associazione per delinquere

([20]).

Diverse sentenze - apparentemente in linea con i principi normativi - hanno ricollegato il sequestro del profitto al reato associativo, salvo poi individuarlo nei reati-fine riconducibili all'associazione, quand'anche estranei al catalogo 231, sostenendo, con una evidente contraddizione in termini, "che il delitto associativo è in grado di generare un profitto autonomo rispetto a quello dei reati-fine, costituito dal complesso dei vantaggi direttamente conseguiti alla commissione di questi ultimi".

Se il profitto proprio dell'associazione è quello dei reati fine pare arduo, come acutamente rilevato da attenta dottrina ([21]), discernere, all'interno di un *quantum* indistinto, la componente dell'una e degli altri.

Emblematica al riguardo la pronuncia resa nel caso Fiorentini s.r.l. ([22]), laddove la Corte dapprima osserva che <<il reato associativo sia un mezzo per perseguire la perpetrazione di altri reati a fine di un profitto, sicché già la condotta punita dall'art. 416 c.p. è produttiva di profitto, sicché può esser disposto il sequestro preventivo per equivalente a prescindere dalla concreta focalizzazione del profitto ricavabile dai reati fine>> e poi annulla con rinvio l'ordinanza cautelare per non aver individuato il *quantum* da "imputare" al reato associativo.

Pertanto, non di rado si assiste, da parte delle Procure, alla contestazione del reato associativo, unitamente ad una nutrita schiera di reati, soprattutto tributari ([23]), estranee al d.lgs. 231, con contestuale sequestro preventivo finalizzato alla confisca di un profitto che, benché imputato al reato associativo, deriva dai reati-fine: di sovente tributari.

La giurisprudenza di legittimità, peraltro prevalente, avalla tale *modus operandi* ritenendo che il delitto di cui all'art. 416 c.p. sia idoneo a generare un profitto autonomo rispetto a quello dei reati fine. Questo, tuttavia, altro non sarebbe che il complesso dei vantaggi direttamente conseguenti dall'insieme dei reati-fine medesimi, la cui realizzazione viene agevolata proprio dall'esistenza di una stabile struttura organizzata e da un comune progetto ([24]). Difatti, afferma la Corte, <<l'istituzione della *societas sceleris* è funzionale alla ripartizione degli utili derivanti dalla realizzazione del programma criminoso>> ([25]). La conferma di tale asserzione giungerebbe proprio dalla lettera dell'art. 416 bis c.p., laddove prevede che <<l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono del "metodo mafioso" per realizzare, tra l'altro, "profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri" sicché, in un contesto criminale associativo sia esso o meno di tipo mafioso, non vale obiettare che, siccome gli agenti pongono in essere i reati fine, sono questi delitti - non quello associativo - a produrre direttamente il profitto>> ([26]).

In realtà, tale tesi non sembra negare che siano effettivamente i reati-fine a generare il profitto, ma questo viene comunque ascritto in forma autonoma al reato di cui all'art. 416 c.p., sulla base del rilievo per cui l'associazione viene costituita per la "spartizione" dei benefici derivanti dalla messa in atto del programma

criminoso.

Tuttavia la soluzione offerta dalla Suprema Corte presta il fianco, quantomeno, a due rilievi critici. *In primis*, oblitera del tutto che il rapporto di pertinenzialità di questo profitto (inteso come nesso di derivazione causale dal reato in via immediata e diretta) sia ravvisabile esclusivamente rispetto ai reati-fine e che la relazione con l'associazione (la quale si limita a consentire o agevolare la commissione dei reati-fine medesimi) non possa che configurarsi come indiretta o mediata ([27]).

Inoltre, non convince il parallelismo che si opera nelle pronunce scrutinate tra l'ente lecito e l'associazione per delinquere, come se le stesse seguissero le stesse logiche e regole ([28]). Ed in ogni caso, la tesi in commento – al di là di petizioni di principio – non è in grado di identificare un profitto che scaturisca effettivamente ed in maniera indipendente dal mero associarsi.

Nondimeno, giova evidenziare che con un'altra pronuncia – seppur catalogabile nel medesimo filone maggioritario – la Suprema Corte ha affermato che l'associazione per delinquere è idonea a generare un profitto, ma soltanto allorquando fa corrispondere al contributo dei sodali il riconoscimento di utili. Ovvero, il profitto trova la sua genesi nei reati fine, ma si manifesta nelle utilità effettivamente percepite dai partecipi in relazione al contributo prestato e, quindi, derivanti in via diretta e immediata dalla fattispecie associativa ([29]).

Occorre ora dar conto di un orientamento giurisprudenziale, seppur minoritario, che nega al reato di associazione a delinquere la capacità di generare un vantaggio economico, *rectius* profitto, di diretta e immediata derivazione causale dallo stesso. Invero, il mero associarsi al fine di commettere più delitti da parte di tre o più persone è, di per sé, improduttivo di ricchezze illecite sicché il profitto sarebbe solo quello derivante dalla realizzazione del programma criminoso attraverso i reati fine ([30]). A corroborare tale indirizzo contribuisce un'ulteriore considerazione, e cioè la possibilità che il soggetto partecipe dell'associazione per delinquere semplice potrebbe essere chiamato a rispondere di concorso nel riciclaggio dei proventi dei reati scopo. Soluzione altrimenti preclusa, se il profitto derivasse dall'associazione, dalla clausola di esclusione del concorso nel reato prevista dall'art. 648 *bis* c.p. ([31]).

Illuminante al riguardo la recentissima pronuncia della Seconda Sezione della Corte di Cassazione (n. 5730 del 13 febbraio 2020) che, nell'affermare che tra il delitto di riciclaggio e quello di associazione per delinquere semplice non vi sia alcun rapporto di "presupposizione", con conseguente inoperatività della causa di esclusione con cui esordisce l'art. 648 *bis* c.p. relativa a chi abbia concorso nel reato, statuisce che: << (...) la partecipazione all'associazione a delinquere non è autonomamente produttiva di proventi illeciti che possano essere oggetto del delitto di riciclaggio e, conseguentemente, esiste un'impossibilità ontologica di far derivare i beni oggetto del delitto previsto dall'art. 648 *bis* c.p. dalla condotta associativa>>.

Operando poi un raffronto tra gli art. 416 e 416 *bis* c.p. il Supremo Consesso asserisce che << l'impossibilità dell'estensione del principio della sentenza delle Sezioni unite lavarazzo alle associazioni per delinquere semplici, deriva (...) dalle diversità ontologiche e strutturali dei delitti di associazione a delinquere e di associazione a delinquere di stampo mafioso (...). Invero, mentre nell'associazione a delinquere di stampo mafioso è la stessa esistenza della consorteria in sé a produrre ricchezza economica individuale e collettiva, nell'associazione a delinquere semplice detto effetto di "arricchimento" è certamente inesistente a livello generale, potendosi determinare solo in conseguenza della realizzazione di determinati reati-fine. Orbene, premesso che la correlazione imposta dalla legge (art. 240, comma 1, c.p.) tra bene e reato va intesa come il vantaggio economico positivo di diretta ed immediata derivazione causale del reato presupposto, nell'ipotesi di reato ex art. 416 c.p., detta relazione qualificata non può dirsi – neanche ipoteticamente – sussistente posto che l'incriminazione per la violazione in parola ha per oggetto, esclusivo, il mero fatto di associarsi allo scopo di commettere più delitti: il reato *de quo*, infatti, differentemente dal reato di associazione mafiosa, non genera – autonomamente – dai reati-fine vantaggi economici costituenti prodotto o profitto illecito immediatamente riconducibili al sodalizio criminale come tali suscettibili di confisca, in quanto il mero fatto di associarsi al fine della commissione di più delitti è di per sé improduttivo di ricchezze illecite, come – del resto – si ricava, in chiave esplicativa, dalla differente proiezione sul terreno economico delle attività poste in essere dalle associazioni ex art. 416 *bis* c.p. (cfr. Sez. U., n. 25191/2014; Sez. 1, n. 7860/2015) >> ([32]).

Da tanto, emerge come le sole associazioni mafiose siano in grado di generare di per sé sole profitto. Queste, infatti, cercano il loro arricchimento non solo tramite la commissione di azioni criminose ma anche in diversi altri modi, quali il controllo delle attività economiche mediante il metodo mafioso, la realizzazione di profitti o vantaggi avvalendosi della forza d'intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne derivano; di tal che la capacità di generare profitti le rende meno estranee al sistema 231.

4. La sentenza 8785/2020 della Cassazione accresce l'orientamento maggioritario.

A pochi giorni dalla sentenza 5730/2020 la Corte Suprema torna a pronunciarsi sul tema del rapporto tra responsabilità degli enti, associazione per delinquere e profitto confiscabile ([33]) in un caso riguardante, ancora una volta, i reati tributari come reati-fine dell'associazione. E lo fa aderendo al filone maggioritario, affermando che attraverso la misura ablatoria non si attinge ad un profitto derivante da un reato "non presupposto", ma ad un vantaggio patrimoniale scaturente *ex se* dal reato associativo. Non si verificherebbe, dunque, alcun *vulnus* al principio di legalità in quanto "*l'ente risponde non già dei reati-fine, ma delle "proiezioni patrimoniali" del programma criminoso, venendo gli illeciti avvinti dal vincolo associativo*" ([34]).

Sulla scia delle precedenti decisioni si sostiene, pedissequamente, che il profitto del reato di associazione per delinquere è costituito dal complesso dei vantaggi direttamente conseguiti dall'insieme dei reati-fine, posto che l'istituzione della *societas sceleris* è funzionale alla ripartizione degli utili derivanti dalla realizzazione del programma criminoso.

Nell'enunciare la redditività in sé dell'associazione, la Corte compie un passo ulteriore sulla strada della trasfigurazione dei vantaggi in utili, quasi a tradire il retro-pensiero della letteratura aziendalistica della delinquenza associata, capace di produrre "utili" sì ma "d'impresa" ([35]). Afferma la Suprema Corte che "questo profitto non è destinato a recare un vantaggio *uti singuli*, se non limitatamente alla divisione degli utili conseguiti dall'organizzazione. (...) Dunque effettivamente sono i singoli reati a monte a generare materialmente le entrate, ma queste si fanno profitto divisibile solo per il tramite della sovrastruttura costituita dall'associazione per delinquere. Il necessario passaggio dalle casse dell'associazione e dalle decisioni dei suoi vertici rende dunque il profitto dei reati-fine il profitto proprio dell'associazione".

Appare singolare – lo si ribadisce – il paragone tra associazioni criminali ed enti per quel che concerne la *governance*. Anche perché riesce difficile immaginare la *societas sceleris* introitare i profitti dei singoli reati fine per poi dividerli tra tutti gli associati, sulla scorta di quanto avviene nelle società commerciali attraverso le regole dettate dal codice civile. Peraltro, non è sempre detto che un partecipe sia destinatario di quote di profitti derivanti dalla perpetrazione di illeciti. Si pensi, ad esempio, alla ritenuta partecipazione all'associazione ex art. 74 d.p.r. 309/90 dello stabile acquirente dello stupefacente. Ebbene, costui sicuramente non sarà chiamato a partecipare ai proventi derivanti dalle vendite di stupefacenti eppure riveste il ruolo di associato.

Allora, magari, sarebbe più corretto pensare che il profitto dell'associazione potrebbe cercarsi in una mera aspettativa di utilità che, però, come tale sfugge alla possibilità di quantificazione ([36]).

La sentenza *de quo*, sicuramente apprezzabile per l'impegno motivazionale profuso, sembra confondere i piani tra l'ente intrinsecamente illecito e quello che occasionalmente devi verso l'illegalità. Dalla mera lettura della motivazione si evince che, nel caso deciso, ci si trovi di fronte ad una "società fittizia, e dunque, uno schermo utilizzato per porre in essere l'attività illecita, donde appare evidente la responsabilità dell'ente per il reato associativo". Se così è, sarebbe oltremodo superfluo disquisire della responsabilità del reato associativo piuttosto che dei reati-fine atteso che per tale tipologie di enti – insensibili a qualsivoglia rimprovero punitivo in vista di una conseguente possibilità di recupero – non si intravede prospettiva ulteriore rispetto alla interdizione definitiva.

5. Osservazioni critiche

Le conclusioni cui approda l'orientamento giurisprudenziale predominante, in cui si annovera la sentenza da ultimo esaminata, sollevano più d'una perplessità.

Difatti, pare difficile sostenere che il profitto dei reati fine sia anche profitto dell'associazione e predicarne, al contempo, il carattere di autonomia rispetto ai primi.

D'altronde tale assunto evita di considerare che tale profitto, quand'anche lo si volesse riferire all'associazione, deriverebbe comunque in via immediata e diretta dall'esecuzione dei delitti scopo e non dal delitto associativo in sé considerato. Poiché l'associazione, come emerge dal ragionamento dei giudici di legittimità, è elemento agevolatore della realizzazione dei reati fine da cui deriva il profitto, consentirne l'ablazione significherebbe accedere ad un'interpretazione più ampia di profitto rispetto a quanto stabilito dalla Suprema Corte nella sua più autorevole composizione ([37]), secondo cui tale nozione va intesa come *"vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato"*.

In sintesi, si aggira completamente la questione della presenza o meno della singola fattispecie nel catalogo dei reati presupposto per focalizzare l'attenzione sul tema della confisca del profitto, della quale si estende la portata per raggiungere ugualmente l'obiettivo avuto di mira: l'applicazione della sanzione afflittiva nei confronti dell'ente.

La tesi prevalente apre così la strada alla violazione del principio di legalità, nonché all'applicazione analogica della confisca – anche per equivalente – in relazione a fattispecie che normativamente non la contemplano.

Nonostante la recente introduzione dei reati tributari nel catalogo 231, si auspica ugualmente un intervento delle Sezioni Unite volto a dirimere il contrasto in relazione ad una questione altamente rilevante e densa di ricadute pratiche per gli enti, anche con riferimento alla perdita dell'efficacia esimente propria dei modelli organizzativi. Anche perché la soluzione del contrasto potrebbe tornare utile anche e soprattutto per individuare con precisione le nozioni di profitto che ruotano attorno ai delitti di riciclaggio ed autoriciclaggio, anch'essi reati presupposto 231 ed idonei, tanto quanto le fattispecie associative, a generare le stesse aporie di sistema.

[1] Cass. Sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, Jolly Mediterraneo s.r.l., in *Cass pen*, 2007, p. 74 e ss.; in termini simili già Trib. Torino, ord. 11 giugno 2004, in *Riv. trim. dir. Pen. ec.*, 2004, p. 294 e ss., con nota di A. NISCO.

Sul tema v. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. IV, Milano, 2008; v. altresì SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale delle società. I profili sostanziali*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua; L. Luparia, II ed., Padova, 2016, 819 ss.

[2] Sulla dimensione convenzionale del principio, BERNARDI, *Articolo 7 – Nulla poena sine lege*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249 ss; MANES, *Commento all'art. 7* in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 258 ss. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *DPC*, 1/2013, 159 ss; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, Milano, 2013, 195 ss.; PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legisl. Pen.*, 29 gennaio 2016, 2; VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs legalità convenzionale*, in *DPC*, 5 aprile 2017.

[3] Vengono in rilievo soprattutto gli artt. 25, 27, 111 e 112 Cost. Cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di) *Reati e responsabilità degli enti*, 2 edizione, Milano, 2010.

[4] D'ALFONSO e FRANZESE, "D.lgs. 231/2001: i soggetti, la successione di leggi, i reati commessi all'estero e i reati presupposti" in *Impresa*, 2002, 458.

[5] PALAZZO e PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova 2007, 2294.

[6] Per riflessioni di analogo tenore v. DI GIOVINE, op.cit., la quale rimarca come "condensandosi la tipicità dell'illecito dell'ente per gran parte sul piano soggettivo (dell'omessa osservanza degli standard di cautela) (...) via via che l'elenco dei reati presupposto si amplia, aumenta (...) in modo esponenziale, il novero delle cautele per l'ente doverose e si amplificano quindi, in questo settore, i problemi di tassatività/determinatezza da tempo lamentati in rapporto alla responsabilità colposa".

[7] Sulla nozione di colpa di organizzazione v. per tutti PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annuali*, vol. X, Milano, 2017, 260 ss.

[8] V. R. SABIA, *Responsabilità degli enti e reati ambientali al banco di prova del principio di legalità*, in *Diritto penale contemporaneo* 1/2018.

[9] Così, E. TARQUINI, in *Sistema penale, fascicolo 1/2020*, p. 85.

[10] INSOLERA, in *Responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di F. Sbisà, p. 170 e ss.

[11] Sul punto v. R. SABIA, *Responsabilità degli enti..op. cit* e L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17.12.2015, 1 e ss.

[12] Sull'art. 10 l. 146/2006 v. A. ASROLOGO, *I reati transanzionali come presupposto della responsabilità degli enti. Un'analisi dell'art. 10, l. 146/2006*, in *Rivista* 231 2009, 117 ss. S. BARTOLOMUCCI, *Reato transnazionale: ultima (opinabile) novellazione al d.lgs. 231/2001* in *Le Soc.* 2006, 1163 ss.; A. D'AMATO, *sub Art. 10 l. 16 marzo*

2006, n. 146 – *Responsabilità amministrativa degli enti*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231, cit*; E. MUSCO, *Modelli associativi e reati transnazionali nella legge 16 marzo 2006 n. 146*, in *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001*, a cura di F. Sgubbi, D. Fondaroli, Bologna 2010, 13 ss.

[13] Cfr. sul tema SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in Corbetta-Della Bella-Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano 2009, p. 371; D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti di criminalità organizzata*, in *Resp. Amm. Soc. ent.*, 2/2010, 35 ss; L.D. CERQUA, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001*, *ivi*, 2/2012, 8 ss; A. CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in Mazza-Viganò (a cura di), *il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. In legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. 367 ss; M. PANSARELLA, *Associazione per delinquere : spunti di riflessione ai fini dell'aggiornamento della mappatura delle aree di rischio*, in *Resp. Amm. Soc. ent.*, 2010, p. 219 ss.

[14] In sostanza, il metodo e la finalità mafiosa, che per i delitti delle persone fisiche svolgono il ruolo di circostanze aggravanti ad effetto speciale (cfr. art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152), per le persone giuridiche giocano una funzione direttamente incriminatrice, rendendo ascrivibili alla responsabilità degli enti fatti illeciti che altrimenti non lo sarebbero.

[15] Per la definizione del preciso contenuto di entrambi i requisiti occorrerà fare riferimento alla copiosa giurisprudenza sul comma 3 dell'art. 416 bis c.p., a norma del quale "l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza intimidatrice del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

[16] Così SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Milano, 2009, 378.

[17] M. PANSARELLA, *op. cit.*; F. D'ARCANGELO, *op. cit.* Per gli aderenti a tale filone interpretativo il problema non è la tassatività, ma semmai la predisposizione del modello avente efficacia esimente, soprattutto con riferimento alla fase del *risk assessment*.

[18] Cfr. sul tema G.FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, 2012, 1292; G.R. CROCE-C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, in *Gruppo24Ore* 2010, 80 ss.

[19] Corte di Cassazione, Sez. VI Penale, n. 3635/2014.

[20] Tra le altre, Cass. 14.10.2015, n. 46162, con commento di A. SALEMME, *Profili di responsabilità tributaria degli enti*, in www.ilsocietario.it, 10 dicembre 2015. Dello stesso tenore Cass. 17.4.2018, n. 38243, in *RtrimDpenEc* 2018, 837, con nota di M. CROCE.

[21] Il riferimento va a F.C. BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti: spunti a margine di una ricerca*, in *Espansione della criminalità organizzata nell'attività di impresa al Nord*, a cura di A. Alessandri, Torino, 2017, 119-120.

[22] Cass. Pen. Sez. V, sent. n. 15205 del 25 febbraio 2016.

[23] Il decreto legge 124/2019, convertito dalla L. 19.12.2019 n. 157 ha dato ingresso ai reati tributari nell'elenco dei reati-presupposto 231. L'art. 25 *quinquiesdecies* del d.lgs. 231/2001 indica per quali reati tributari (previsti cioè nel novellato **D.Lgs. 74/2000**) commessi per interesse o vantaggio dell'ente possa determinarsi la responsabilità amministrativa:

1. a) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 74/2000, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- b) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'art. 2, comma 2-bis, d.lgs. 74/2000, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- c) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici previsto dall'art. 3, d.lgs. 74/2000, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- d) per il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'art. 8, d.lgs. 74/2000, comma 1, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- e) per il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'art. 8, comma 2-bis, d.lgs. 74/2000, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- f) per il delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili previsto dall'art. 10, d.lgs. 74/2000, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- g) per il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte previsto dall'art. 11, d.lgs. 74/2000, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote.

In caso di profitto di rilevante entità la sanzione pecuniaria subisce un aumento di un terzo.

Sono inoltre applicabili le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. 231/2001, lettere c) (divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio), lettera d) (esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già

concessi) e lettera e) (divieto di pubblicizzare beni o servizi).

[24] In tal senso Cass. 27.1.2011 n. 5869; Cass. 20.1.2015 n. 6507; Cass. 25.2.2016, n. 15205.

[25] Così testualmente Cass. Pen. Sez. III n. 26721 del 4.3.2015.

[26] vedi nota che precede.

[27] V. R. BORSARI, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, in *L.P.* 2019, p. 40.

[28] Si veda F. C. BEVILACQUA, *op. cit.*, laddove afferma che *“è parimenti discutibile che quanto generato dai reati fine debba intendersi sempre e comunque come profitto dell’associazione nel momento in cui questa distribuisca gli utili: anche sotto questo profilo il parallelo con l’ente lecito non è evidentemente, a partire dal piano fenomenologico, del tutto coerente con la realtà di un’entità criminale, le cui logiche non sono certo necessariamente attente e proporzionali quanto quelle delle società regolate dal codice civile”*

[29] Cass. 20.1.2015, n. 6507.

[30] Di questo avviso Cass. 20.1.2015, n. 7860.

[31] Cass. 14.2.2003 n. 10582 e di recente Cass. Pen. Sez. II, n. 5730/2020.

[32] Testualmente Cass. Pen., Sez. II, 13 febbraio 2020, n. 5730.

[33] Cass. Pen., Sez. III, n. 8785 del 4.3.2020 (udienza 29.11.2019).

[34] Sentenza 8785/2020, pag. 32.

[35] L’espressione è di A. SALEMME, *Profili di responsabilità tributaria degli enti*, in www.ilsocietario.it 10 dicembre 2015.

[36] Sul punto F. C. BEVILACQUA, *op.cit.*

[37] Cass., Sez. Un. 25 giugno 2009, n. 38691.