

**QUESTIONI E
APPROFONDIMENTI**

NOTE MINIME IN TEMA DI PROFITTO DA FALSO IN BILANCIO

GIOVANNI PAOLO ACCINNI, AVVOCATO in Milano

Il «profitto da reato» è una conseguenza possibile, ma solo eventuale, della fattispecie di false comunicazioni sociali, il cui effettivo conseguimento non potrà che essere verificato di volta in volta, analizzandosi le concrete modalità di realizzazione del fatto alla luce dei principi elaborati dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, così da evitare l'indiscriminata (e dannosa) applicazione di provvedimenti ablatori quale risposta ad esigenze meramente repressive per l'avvertita gravità di quello stesso fatto di reato contestato.

1. Premessa: la recente riforma dei reati di false comunicazioni sociali ed il venir meno di ogni esplicito riferimento a possibili profili di danno

Come noto, le fattispecie di false comunicazioni sociali sono state oggetto di una recente riformulazione normativa intesa al ripristino della loro originaria configurazione quale reato di pericolo¹. Mentre infatti il legislatore del 2002 aveva previsto due distinte fattispecie incriminatrici che si ponevano lungo una medesima linea di progressione criminosa per cui ad una contravvenzione di pericolo (prevista dalla disposizione di cui all'art. 2621, c.c. nella sua previgente formulazione) faceva seguito un delitto (di cui alla successiva disposizione dell'art. 2622, c.c.) connotato invece dalla verifica di un danno patrimoniale alla società, ai soci od ai creditori ed enfatizzato in siffatta sua connotazione dannosa dalla previsione dell'aggravante speciale per il caso in cui il fatto avesse cagionato un grave nocumento ai risparmiatori, la più recente riforma ha espulso ogni riferimento tipizzante alle possibili ricadute patrimoniali della condotta tipica, fatta unica eccezione per la previsione di cui all'art. 2621 *ter* c.c. che – nel contesto delle sole società non quotate – ha sì recuperato l'apprezzamento del danno (correttamente definito come «eventuale») in capo alla società, ai soci od ai creditori, ma in una prospettiva del tutto speculare rispetto a quella previgente, ossia quale parametro di valutazione della particolare tenuità del fatto². L'attuale configurazione delle novellate fattispecie quali reati di pericolo induce dunque a poter oggi ravvisare nella correttezza dell'informazione societaria il bene giuridico tutelato e ad abbandonare quella previgente impostazione marcatamente

¹ Secondo una scelta legislativa che – almeno sotto questo specifico profilo – pare essere stata accolta con favore. Cfr. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le Soc.*, 2015, 1301 ss.

² Non sfugge peraltro la peculiare anomalia di doversi giudicare la tenuità di un reato di pericolo sulla base dell'entità di un danno che pure si riconferma elemento solo eventuale ed estraneo alla fattispecie. Cfr., sul punto, SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 821.

patrimonializzante (e privatizzante) che aveva (per contro) caratterizzato il ricordato precedente intervento del 2002³.

La riformulazione delle fattispecie incriminatrici, da reati patrimoniali di danno a reati di pericolo posti a presidio di un bene giuridico connotato in senso più immateriale, induce quindi ad interrogarsi in ordine alla possibilità che le fattispecie di false comunicazioni sociali, così come riformulate, consentano ancora (o meno) il ricorso allo strumento del sequestro preventivo ai fini di confisca del profitto di reato. A questo fine vi è infatti ed intanto che nessun appiglio ermeneutico potrebbe essere riconosciuto alla circostanza che in capo agli autori delle false comunicazioni sociali sia ancora richiesto il dolo specifico consistente proprio nel fine di conseguire per sé o per altri un «ingiusto profitto». Invero, anche a volersi sottacere il fatto che il dolo specifico individua un obiettivo dell'intenzione e non un risultato materiale che, come tale, ben potrebbe anche mancare, vi è soprattutto da porre in precipua evidenza che il termine «profitto» non ha (come pure noto) un significato univoco nell'ordinamento penale, tanto che allo stesso vengono attribuiti contenuti concettuali parzialmente differenti a seconda del contesto⁴. Il «profitto ingiusto» che integra l'oggetto del dolo specifico non è (ovviamente) in alcun modo sovrapponibile al «profitto di reato» assoggettabile a sequestro ed a confisca, basti pensare solo che il primo è stato identificato con un «vantaggio anche non economico, come ad es. il prestigio o la reputazione dell'agente o della società»⁵, ossia in termini sicuramente insuscettibili di adattarsi ad un'entità aggredibile ovvero necessariamente materiale quale deve invece essere il «profitto di reato». Nonostante l'assonanza terminologica, la previsione del dolo specifico si conferma dunque come di nessun effettivo ausilio nell'indagare il tema del profitto dei reati di false comunicazioni sociali, rispetto al quale le mosse non possono perciò che essere prese dai principi generali elaborati in tema dalla giurisprudenza di legittimità.

2. L'evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di profitto da reato

Il tema del «profitto di reato» quale oggetto di confisca è stato infatti ripetutamente affrontato nell'ultimo decennio da un significativo numero di pronunce delle Sezioni Unite della Suprema Corte che sono così progressivamente giunte ad individuarne in via (appunto) interpretativa i suoi caratteri qualificanti. In specifico preme precisarsi che le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sia rispetto ad ipotesi di confisca, intesa quale misura di sicurezza nei confronti delle persone fisiche ai sensi

³ SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 818; MUCCIARELLI, *Le «nuove» false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4.

⁴ Il «profitto» (eventualmente anche qualificato come «ingiusto») può così essere l'oggetto del dolo specifico o dell'evento tipico di alcune fattispecie di reato, essere circostanza aggravante della sanzione pecuniaria nei reati in materia di intermediazione finanziaria, essere contemplato in svariate disposizioni del d.lgs. 231/2001 e, ovviamente, costituire l'oggetto dei provvedimenti di sequestro preventivo e confisca che possano essere disposti a carico dell'autore del reato; nonché a carico dell'ente chiamato a rispondere di quello stesso reato ai sensi del menzionato decreto 231. In proposito cfr. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 3/2006, 2103 ss.; PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 4563 ss.

⁵ DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1243.

della disposizione di cui all'art. 240, c.p.; sia (più di recente) rispetto ad ipotesi di confisca quale sanzione nei confronti dell'ente ai sensi dall'art. 19, d.lgs. 231/2001. Pur nella consapevolezza di siffatta diversità sostanziale dei due istituti, resta quindi il dato di fatto che entrambe le misure postulano, a valere quale loro presupposto applicativo, la definizione di «profitto del reato»; non pare pertanto scorretto l'utilizzo delle pronunce senza necessità di ulteriori distinzioni⁶.

Con una prima e ormai più risalente pronuncia le Sezioni Unite si erano dunque presentate a chiarire che il profitto di reato consiste nel «lucro», ossia nel «vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato», suggerendo così che il profitto assoggettabile a sequestro/confisca debba avere carattere necessariamente patrimoniale e consistere in una forma di arricchimento, ossia in un introito maggiorativo della ricchezza del reo⁷, secondo una prima definizione che è stata poi confermata e meglio precisata statuendosi che «nella formulazione dell'art. 240, 1 comma, c.p. per «profitto del reato» si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito, quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, che non deve essere necessariamente conseguito da colui che ha posto in essere l'attività delittuosa». Ad evitare poi un'estensione indiscriminata ed una dilatazione perciò indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto e mediato, che possa scaturire da un reato si è ben esplicitata «l'esigenza di una diretta derivazione causale dall'attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita»⁸ e si è richiamata l'attenzione dell'interprete sulla necessità di individuare un rapporto di immediata derivazione causale tra il predetto arricchimento e la condotta criminosa che lo abbia determinato, non potendosi intendere quale profitto del reato qualsiasi vantaggio (pur suscettibile di valutazione economica) prodottosi nella sfera soggettiva del reo e che dal reato abbia semplicemente tratto la propria occasione.

Senonché, il concetto è poi stato (nuovamente) ampliato, soggiungendosi che siano da ricomprendersi «non soltanto i beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità, che lo stesso realizza come effetto anche mediato ed indiretto della sua attività criminosa». Insomma, «qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato – il denaro – conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto». Una più restrittiva interpretazione non veniva infatti più creduta compatibile con la finalità dell'istituto, in quanto identificata in quella «di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti». Si sono così indicate come *res confiscabili* (a titolo esemplificativo) «i beni acquistati con denaro di cui risulti accertata la provenienza da reato» e, più in generale, «la trasformazione che il denaro abbia subito in beni di altra natura, purché la trasformazione abbia i caratteri della certezza e della esatta corrispondenza di

⁶ Sul tema del profitto e della confisca, per aspetti ulteriori rispetto a quelli affrontati in questa sede, sia consentito poter rinviare a ACCINNI-BIGNAZZI, *Il fallimento della società e la confisca ex art. 19, d.lgs. 231/2001: profili applicativi alla luce anche della recente pronuncia delle sezioni unite n. 11170 depositata in data 17 marzo 2015*, in questa Rivista, 2/2015, 23 ss.

⁷ Cass., S.U., 3 luglio 1996, n. 9149.

⁸ Cass., S.U., 24 maggio 2004, n. 29951.

valori⁹. Da porsi allora in evidenza che, nel tornare ad ampliare l'estensione del concetto di «profitto del reato» anche a beni che non sono più immediatamente ricollegati all'attività illecita, l'accento veniva fatto cadere sul profilo probatorio: l'estensione del concetto di profitto sarebbe cioè potuta avvenire solo rispetto a beni che fossero stati certamente acquisiti con i proventi del reato e per importi a quelli corrispondenti¹⁰.

Pronunce successive hanno invece mediato tra siffatta più ampia concezione di profitto del reato e quella, per così dire, «tradizionale», riconfermando il principio generale in forza del quale il «profitto di reato» – da intendersi come «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» – postulerebbe «l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente», richiamandosi in particolare l'attenzione dell'interprete sulla necessità di evitare «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». Al contempo si era nondimeno riconosciuta anche l'esigenza di evitare che un'applicazione troppo rigorosa di quello stesso principio potesse rendere nei fatti inapplicabili le misure ablatorie, così come sarebbe potuto avvenire ogni qualvolta l'autore del reato avesse reimpiegato o trasformato il profitto conseguito interrompendo il nesso di derivazione causale diretta ed immediata della *res* dal reato. In siffatti casi i supremi giudici erano invero tenuti a chiarire che il profitto ben avrebbe potuto essere individuato anche «nel frutto del reimpiego», ma alla condizione che fosse «anch'esso causalmente ricollegabile in modo univoco, sulla base di chiari elementi indiziali evincibili dalla concreta fattispecie, all'attività criminosa posta in essere dall'agente». Solo nella ricorrenza di siffatti presupposti, il reimpiego sarebbe infatti stato riconoscibile comunque come «causalmente ricollegabile al reato e al profitto «immediato» dello stesso¹¹».

È dunque attraverso siffatto non semplice *iter* che si è approdati agli altri due principi che più meritano di essere ora richiamati. Il primo è quello secondo cui «l'imputazione a profitto di semplici crediti, anche se certi, liquidi e esigibili, non può essere condivisa, trattandosi di utilità non ancora effettivamente conseguite». Il provvedimento di confisca (al pari di quello di sequestro ad essa funzionale) dovrebbe in tali casi ricadere sui crediti stessi (confisca diretta) «considerato che la confisca di questi per equivalente porrebbe il destinatario nella condizione di vedersi privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata». L'interprete è pertanto richiamato all'esigenza di assoggettare a vincolo soltanto *res* che siano già positivamente acquisite al patrimonio del reo nel momento di adozione della misura, valorizzandosi quel (necessario) carattere di attualità e certezza del «profitto di reato» che non potrebbe essere ravvisato in beni futuri (e quindi in aspettative). Lungo la medesima direttrice si è anzi perciò meglio

⁹ Cass., S.U., 25 ottobre 2007, n. 10280. In senso conforme, più di recente, anche Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561.

¹⁰ Si rammenti che nel caso di specie la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su di un'ipotesi di reimpiego di denaro riveniente dal reato di concussione ed utilizzato per l'acquisto di un casale, ritenendo «del tutto pacifico» (in quanto «non contestato») che il reo avesse richiesto denaro alle parti lese proprio al fine di acquistare quel casale e valorizzando il fatto che la somma versata dai concussi corrispondesse a quella poi utilizzata per la compravendita. La conclusione era stata perciò che non solo il danaro, ma anche l'immobile acquistato con quel danaro dovesse essere considerato profitto del reato, «perché il bene immobile costituisce la trasformazione del danaro ottenuto per l'attività criminosa posta in essere ed è, quindi, causalmente riferibile direttamente al delitto commesso».

¹¹ Cass., S.U., 27 marzo 2008, n. 26654.

precisato che «il profitto è individuabile soltanto in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito e non nella semplice esistenza di un credito, per così dire «virtuale», in quanto non riscosso e meno che mai nella cessione *pro solvendo* dello stesso credito, non ancora liquido ed esigibile, a garanzia di una linea di affidamento accordata alla cedente dalla banca e che pur concretizzandosi in una temporanea anticipazione di liquidità, comporta comunque contestualmente l'assunzione di un debito di corrispondente importo»¹².

Il secondo principio esplicita poi che il profitto ben possa essere integrato anche da un risparmio di spesa da intendersi come un «ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere, vale a dire un risultato economico positivo concretamente determinato», secondo una direttrice non poco significativa perché consente di ravvisare il conseguimento di un profitto da reato anche in tutte quelle ipotesi in cui non vi sia stato un accrescimento della situazione economico/patrimoniale del reo a seguito di un introito, ma un mantenimento dello *status quo ante* a seguito di un mancato esborso, quale (ad esempio) quello che si verrebbe a creare in ragione di un illecito risparmio d'imposta; sicché si è confermato anche come «il profitto possa essere costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguente alla consumazione del reato e possa, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi e sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario»¹³. In siffatte fattispecie il profitto sarebbe invero quantificabile nella differenza tra l'incremento patrimoniale maturato e quello che si sarebbe misurato in assenza dell'indebito risparmio di spesa¹⁴.

Riassumendo, i tratti caratterizzanti tipici della nozione di «profitto del reato» devono conclusivamente potersi caratterizzare per essere un evento in senso naturalistico esterno alla fattispecie tipica, *sub specie* di (i) accrescimento patrimonialmente apprezzabile rispetto allo *status quo ante*, ovvero (ii) risparmio di spese dovute e per essere conseguenza eziologica diretta del reato, ossia un accadimento immediatamente collegato alla condotta delittuosa imputata e che non avrebbe potuto essere conseguito dal reo senza la commissione del fatto di reato contestato. La valorizzazione di quest'ultimo requisito sta in particolare nel richiamare l'attenzione dell'interprete sull'impossibilità di dilatare la nozione del profitto di reato sino a farla coincidere con qualsivoglia tipo di vantaggio, pur economicamente apprezzabile, connesso alla realizzazione della condotta delittuosa¹⁵; con il corollario che il «profitto di reato» debba essere identificabile, quantificabile e determinabile, ossia consistere in una *res* attuale e come tale non potendosi qualificare una mera aspettativa od un vantaggio meramente potenziale (ancorché connotato nei termini della probabilità/verosimiglianza) non quantificabile *a priori*, quale (a mero titolo di esempio) un incremento delle *chances* aziendali¹⁶.

¹² Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27746.

¹³ Cass., S.U., 31 gennaio 2013, n. 18374.

¹⁴ ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti e reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1684.

¹⁵ Una parte minoritaria della dottrina si è invece espressa in termini favorevoli ad un'interpretazione che individui il «profitto» non solo nell'incremento patrimoniale conseguente al reato, ma più in generale in qualunque «conseguenza vantaggiosa direttamente conseguente al reato» (TUTINELLI, *Responsabilità per falso in bilancio e determinazione del profitto confiscabile alla luce della recente sentenza del Tribunale di Milano sul caso Italease*, in questa *Rivista*, 2/2011, 158).

¹⁶ In proposito cfr. PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le Soc.*, 2012, 74; BONELLI, *D.lgs. 231/01: tre sentenze in materia di «profitto» confiscabile/sequestrabile*, in

3. Il «*leading case*»: i principi elaborati nell'ambito della vicenda che ha interessato Banca Italease

L'esperienza giudiziaria degli ultimi anni ha (come noto) affrontato il tema del profitto del reato di false comunicazioni sociali in due significative vicende di merito. Si tratta dei procedimenti connessi alle vicissitudini di Banca Italease e di quelli connessi a quelle di Banca Monte dei Paschi di Siena. Il primo si è in particolare recentemente concluso con una pronuncia di legittimità che è assunta (a pieno titolo) a *leading case* dello specifico tema in commento¹⁷. La vicenda, decisa in primo grado con rito abbreviato, aveva visto il giudice disporre la confisca del preteso profitto del reato di false comunicazioni sociali, identificandolo con l'ammontare degli accantonamenti che non erano stati operati dalla banca in ragione della contestata dolosa sottostima dell'effettiva consistenza del rischio di credito connesso ai contratti in strumenti finanziari derivati stipulati con la propria clientela. Come più in dettaglio dato di potersi testualmente leggere in sentenza «la dolosa indicazione di un inadeguato importo dello stanziamento per rettifica di controparte ha consentito alla banca di liberare risorse e, segnatamente, di svincolare somme destinate *ex lege* a garantire l'adeguatezza patrimoniale della banca e di operare una indebita appropriazione delle stesse. La inadeguata rettifica per rischio di controparte, pertanto, ha consentito alla banca di lucrare (e di rendere liquida) una somma dell'importo corrispondente a quella che si sarebbe dovuta indicare in bilancio quale congrua rettifica per rischio di controparte e che sarebbe risultata vincolata *ex lege* e non altrimenti disponibile per l'ente»¹⁸. Per la quantificazione dell'importo il primo giudice aveva quindi fatto riferimento alle risultanze della consulenza tecnica disposta dall'Accusa in cui pure la somma era stata individuata (si badi) «secondo criteri prudenziali», e così già di per sé ponendosi in sicuro contrasto con i principi generali elaborati dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite ad allora già noti.

La pronuncia, pur confermata in appello (salva una riduzione nel *quantum* dell'ammontare della confisca¹⁹), ma oggetto di condivisibili critiche in dottrina²⁰, è stata quindi (come prevedibile) definitivamente annullata dalla Suprema Corte. La censura dei giudici di legittimità ha preso in particolare le mosse dalla semplice constatazione che «secondo l'impostazione seguita, l'ente avrebbe conseguito un profitto in quanto la violazione dell'obbligo di accantonamento avrebbe aumentato la quota di risorse disponibili per altri utilizzi», secondo un'impostazione ritenuta non corretta perché non idonea a far ravvisare la creazione o comunque l'acquisizione a favore della banca di nuova ricchezza aggiuntiva, trattandosi di sola destinazione della ricchezza preesistente al soddisfacimento di scopi diversi da quelli che avrebbero dovuto essere perseguiti. Insomma, è stato ritenuto «certo che il patrimonio effettivo dell'ente non abbia subito variazioni «all'esito» della consumazione del reato presupposto», posto che (assai più semplicemente) «il falso in bilancio ha fornito nel caso di specie una errata rappresentazione

Giur. comm., 2012, II, 257; MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2008, 1764 s.

¹⁷ Cass., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10625.

¹⁸ Trib. Milano, Uff. G.u.p., 3 gennaio 2011, in *Le Soc.*, 2012, 65 ss.

¹⁹ App. Milano, Sez. II, 25 gennaio 2012 n. 488, reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²⁰ Non si era in particolare mancato di stigmatizzare che «il contrasto con i principi recepiti dalla giurisprudenza di Cassazione è particolarmente evidente ove si consideri che il Tribunale ha disposto la confisca di somme che la stessa sentenza qualifica quali 'perdite' che la banca avrebbe dovuto accantonare al passivo del bilancio: e non è chi non veda la palese contraddittorietà di considerare come 'profitto' confiscabile quello che la stessa sentenza qualifica come 'perdita effettiva'» (BONELLI, *D.lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di «profitto» confiscabile/sequestrabile*, 262).

dell'allocazione di risorse di cui Italease già aveva la disponibilità». Il falso in bilancio non è stato pertanto giudicato un «effettivo antecedente causale di ciò che è stato identificato (comunque erroneamente) come profitto del reato», essendosi trattato di somme di cui la banca già disponeva e che non erano state in alcun modo incrementate per effetto della condotta criminosa contestata perfino a tacersi dell'ulteriore considerazione critica per la quale i giudici di merito – pur qualificando la presunta destinazione della risorse a finalità diverse dagli accantonamenti dovuti per legge come «profitto di reato» – «non hanno accertato l'effettivo impiego (spendita, investimento, distribuzione di maggiori utili ecc.) delle risorse asseritamente «liberate» attraverso la dissimulazione del rischio di credito». Con la conclusione finale del riconoscimento che l'assunto accusatorio (pur già giuridicamente scorretto) si sarebbe (in ogni caso) connotato nel senso della (sola) mera potenzialità.

E' dunque stata fatta semplice applicazione dei criteri ermeneutici già elaborati dalla giurisprudenza della Sezioni Unite ed in forza dei quali il «profitto del reato» deve consistere in (i) un accrescimento patrimoniale (ii) effettivo ed apprensibile – ossia concretamente conseguito, individuabile, quantificabile e perciò non meramente ipotetico e potenziale – e che (iii) sia conseguenza specifica del reato: una conseguenza cioè che non si sarebbe prodotta nel patrimonio del reo senza la commissione del reato stesso. La pronuncia di merito cassata aveva per contro disposto la confisca di un *quid* che non soddisfaceva nessuno dei predetti requisiti, perché (i) non integrava un accrescimento patrimoniale (trattandosi di risorse che già si trovavano nella disponibilità dell'ente); (ii) era stato quantificato in termini meramente prudenziali senza accertare l'effettivo concreto sviamento delle somme rispetto alle finalità di riserva che avrebbero dovuto essere loro proprie e soprattutto (iii) non costituiva conseguenza immediata e necessaria del contestato delitto, poiché (come testualmente chiarito nella sentenza) «la possibilità di impiegare o meno le risorse patrimoniali dell'ente da destinare alla soddisfazione dei requisiti di vigilanza prudenziale per scopi diversi non dipendeva necessariamente dalla falsa rappresentazione del rischio di credito nel bilancio, ben potendo operare in tal senso gli amministratori della società anche in difetto della medesima, qualora tale fosse stata la loro intenzione, proprio in quanto già nella disponibilità dei beni».

Vero che – come riconosciuto nelle stesse sentenze di merito – la falsa rappresentazione bilancistica posta in essere dagli amministratori della banca aveva loro consentito di svincolare delle riserve rispetto alla specifica finalità di copertura con vantaggio per la banca medesima di siffatta maggiore disponibilità (*recte* liquidità) economica; non meno vero che, sebbene una simile condotta avesse potuto determinare (almeno in potenza, stante il denunciato mancato accertamento) il suddetto vantaggio, non sarebbe stata comunque già tale da produrre un «profitto da reato» nel senso tecnico/giuridico chiarito dalla giurisprudenza di legittimità e per la quale «vantaggio economico» e «profitto del reato» individuano aree concettuali concentriche, ma non necessariamente sovrapponibili. L'aver confuso i due concetti (sovrapponendo il primo al secondo) non poteva perciò che costituire motivo di annullamento.

4. Una più recente applicazione dei principi elaborati dalle Sezioni Unite: la vicenda Banca Monte dei Paschi di Siena

Il procedimento penale a carico degli *ex* vertici di Banca Monte dei Paschi di Siena è ad oggi ancora pendente. Vi si contesta un'ipotesi di falsità nei bilanci di Banca MPS

sostanzialmente per non avere rilevato a conto economico il *fair value* negativo di un'operazione di rinegoziazione conclusa con una banca straniera e pari complessivamente a più di trecento milioni di euro, con la conseguenza che i risultati dell'esercizio per Banca MPS sarebbero risultati migliori rispetto a quelli effettivi per un corrispondente importo. In particolare, l'ammontare del ritenuto *fair value* negativo occultato risulterebbe dalla sommatoria di due grandezze: (i) l'importo delle perdite accumulate dallo strumento finanziario poi rinegoziato con la banca straniera e (ii) l'importo delle commissioni riconosciute alla stessa banca quale corrispettivo per l'accollo dello strumento in perdita e la sua sostituzione con altro meno rischioso. Del reato sono quindi chiamati a rispondere in concorso tra di loro i soggetti apicali che erano ai vertici di entrambi gli istituti coinvolti, e (ovviamente) gli stessi istituti in applicazione del d.lgs. 231/2001.

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca del «profitto di reato» nei confronti di uno degli imputati persone fisiche richiesto dalla Pubblica Accusa è stato rigettato con una motivazione del tutto analoga a quella appena analizzata nell'ambito della vicenda cd. Italease²¹. Secondo la stessa impostazione accusatoria – ha infatti osservato il giudice dell'udienza preliminare – si sarebbe addivenuti all'operazione di ristrutturazione per non dover rilevare contabilmente nel bilancio BMPS le perdite maturate dal citato strumento finanziario. Senonché quelle perdite sarebbero state solo apparentemente ripianate perché sostituite (in realtà) da un'assai onerosa esposizione a lunghissimo termine nei confronti della controparte. Poiché dunque l'operazione sarebbe stata concepita (secondo il testo del provvedimento) in termini «assolutamente svantaggiosi per BMPS», sarebbe difficilmente individuabile un profitto di reato. In altri termini, «non si intravede un profitto connotato da un nesso di pertinenzialità come diretta e immediata conseguenza dei reati per i quali si procede, potendosi solo genericamente configurare, in termini latamente economici, il mantenimento di una credibilità finanziaria che ha consentito a BMPS di apparire come soggetto ancora credibile e affidabile sul mercato finanziario». Se così è «il profitto (di ardua quantificazione) è indiretto ed apprezzabile solo in termini eventuali ed astratti». Ad avviso dello stesso provvedimento di rigetto neppure convincente sarebbe poi la possibilità di configurare un qualsivoglia profitto confiscabile in capo alla controparte negoziale i cui esponenti sono (anch'essi) imputati in concorso con gli *ex* vertici della banca senese. Invero, l'entità del supposto profitto da reato conseguito dalla banca straniera risulta determinato (da parte dell'Accusa) in ragione di una consulenza tecnica che ha quantificato i vantaggi patrimoniali maturati dal momento di stipula dell'accordo con BMPS e sino alla chiusura transattiva del rapporto negoziale tra le parti intervenuto sei anni dopo. Nell'ordinanza si osserva quindi che «i CC.TT. del pubblico ministero [...] hanno proceduto ad una analisi finanziaria dell'operazione dal suo compimento sino alla chiusura, nel settembre 2015, con l'accordo transattivo fra BMPS e [la banca straniera], calcolando gli effetti delle molteplici operazioni (flussi di cassa, valore finale, linea di liquidità, mancata collateralizzazione, nonché sconto finale) conseguenti anche all'interpretazione del contratto che le parti ne davano». Ne scaturirebbe un valore – prodotto di una complessa analisi economica e finanziaria – che, «pur rappresentando in termini

²¹ Trib. Milano, Uff. G.u.p., ord. 17 dicembre 2015, *inedita*. L'ordinanza è stata poi confermata da Trib. Milano, Sez. XII, ord. 11 febbraio 2016, pure *inedita*.

contabili e astratti, un «profitto», non può essere identificato nel «profitto» rilevante ai fini penalistici, ovvero l'effetto prodotto direttamente e immediatamente dalle condotte criminose per le quali oggi è procedimento, consistito, lo si ribadisca ancora una volta, nell'occultamento di una perdita nel bilancio 2009 e non nella stipulazione del contratto di ristrutturazione delle *notes* [...] con [la banca straniera], *strumento, e non fine*²², ideato per realizzare la condotta di occultamento delle perdite».

Il ragionamento è chiaro: la contestata condotta di falso in bilancio avrebbe prodotto quale unico effetto quello di non dover rilevare (e quindi occultare) un valore negativo nel bilancio di Banca MPS. La sostituzione dello strumento finanziario in perdita ed i connessi accordi negoziali altro non sarebbero invero stati se non lo strumento che avrebbe reso concretamente possibile realizzare le supposte false appostazioni contabili: non quindi una conseguenza del reato, ma, al più, un presupposto dello stesso. Presupposto peraltro nemmeno determinante – si potrebbe soggiungere – poiché la condotta criminosa così come contestata non attiene agli accordi negoziali tra le due banche in sé, ma al fatto di averne dato una rappresentazione scorretta ed incompleta nei bilanci di Banca MPS. Manifesto perciò che l'eventuale introito conseguito dalla banca straniera non sarebbe stato conseguenza del reato di false comunicazioni sociali (e come tale «profitto del reato»), ma di accordi negoziali precedenti e poi strumentalizzati ai fini della commissione del reato stesso. Ove – ad immaginarsi un diverso svolgimento dei fatti – la rappresentazione contabile degli accordi di rinegoziazione stipulati fosse stata invece operata in maniera ossequiosa dei principi contabili supposti violati, la banca straniera avrebbe conseguito quell'identico guadagno anche a prescindere dalla commissione del reato contestato. Non sarebbe allora configurabile in capo a quella stessa banca un «profitto del reato» in senso tecnico, asseguibile a sequestro, quale conseguenza immediata e diretta del reato, poiché in quel caso di specie il reato contestato non avrebbe prodotto alcun effetto sulla sua posizione giuridica.

5. Conclusioni: le false comunicazioni sociali come reato solo eventualmente produttivo di profitto

L'esame delle pronunce rese nell'ambito delle due richiamate vicende giudiziarie in cui risulta essere conformemente stata esclusa la ricorrenza di un profitto di reato induce in conclusione a tornare a domandarsi se il reato di falso in bilancio – sebbene suscettibile di ricadute *latu sensu* vantaggiose per il reo – non sia pur tuttavia tale da poter determinare un «profitto di reato» anche in senso proprio, ossia un introito patrimoniale suscettibile di sequestro e quindi di confisca. Si ricordi, in particolare, come in entrambe le richiamate vicende la fattispecie di false comunicazioni sociali sia contestata nella sua previgente formulazione di natura quindi più squisitamente «patrimoniale» e «dannosa»; sicché l'interrogativo potrebbe riproporsi appunto oggi in senso ancor più pregnante, atteso che, come pure già rammentato, a seguito della recente novella dei delitti di false comunicazioni sociali è stato espunto dalla fattispecie quel riferimento al danno patrimoniale che avrebbe potuto costituire forse

²² Enfasi originale nel testo dell'ordinanza.

l'unico riscontro normativo dal quale potersi meglio argomentare che il reato fosse (almeno potenzialmente) suscettibile di produrre un profitto sequestrabile/confiscabile.

Il tema pare allora dover essere affrontato muovendo dalla prospettiva della considerazione secondo la quale il «profitto di reato» sia un elemento naturalistico eventuale, conseguente ed estraneo alla fattispecie tipica, senza potersi pur tuttavia pretendere la possibilità di esclusione dell'astratta configurabilità di un «profitto di reato» in ragione solo della circostanza che il fatto tipico non la contempra. Vero infatti che, in alcuni casi, danno e/o profitto sono elementi tipici del fatto, ma questo non legittimerebbe ancora la conseguenza che tutte le ipotesi criminose (che pure sono la preponderante maggioranza) che non contemplino espressamente quei concetti, siano per ciò stesso insuscettibili di produrre un profitto. A tacer d'altro, resterebbe infatti da comprendere la ragione per la quale gli istituti del sequestro preventivo e della confisca siano disciplinati in termini generali e non solo in specifico rapporto alle (poche) fattispecie espressamente tipizzate come «dannose». Sicché non pare essere l'analisi della fattispecie in sé, nella sua astratta tipizzazione, a consentire di valutare in termini di definitività la configurabilità (o meno) di un «profitto di reato» quale conseguenza della stessa. L'elemento di giudizio definitivo sembra invece essere l'esame delle condotte concrete che, volta per volta, siano contestate ad integrare quella fattispecie.

Detto in altri termini, sebbene il reato di false comunicazioni sociali (tanto più nell'attuale formulazione) non sia di per sé certamente sempre produttivo di un profitto «tipico» – quale potrebbe essere ad esempio la refurtiva rispetto al reato di furto – un profitto potrebbe comunque conseguire in ragione delle specificità della condotta tipica concretamente realizzata. Illuminanti in tal senso le parole proprio della decisione di legittimità nella vicenda Italease: «non è infatti in dubbio che la scorretta rappresentazione del patrimonio possa procurare un vantaggio all'ente, ma se questo non si traduce in un immediato incremento dello stesso patrimonio (anche costituito da un effettivo risparmio di spesa) non è possibile configurare il conseguimento di alcun profitto assoggettabile alla misura ablativa». Il che non equivale (appunto) a dire che «il falso in bilancio, come tipologia di illecito, non sia mai in grado di produrre un profitto assoggettabile a confisca – conclusione che non sarebbe condivisibile solo che si pensi al caso della sua manipolazione tesa a non far emergere l'utile da distribuire, con conseguente profitto per la società, costituito dal relativo depauperamento patrimoniale, e danno dei soci – ma più semplicemente che non lo è stato nel caso di specie».

Oltremodo significativa diviene così l'esigenza di procedere ad una corretta e rigorosa individuazione e quantificazione del profitto secondo i criteri di valutazione espressi dalle Sezioni Unite. La concreta precisa individuazione della *res* integrativa del profitto opera infatti quale vero argine di garanzia, soprattutto rispetto ad una fattispecie di reato che, pur suscettibile di determinare impatti significativi sull'andamento aziendale, sul risparmio e financo sul mercato²³, potrebbe nondimeno non generare in concreto alcun «profitto di reato» confiscabile. La cautela pare insomma quella di evitare che l'istituto della confisca possa essere «forzato» e «strumentalizzato» in risposta ad esigenze repressive o restitutorie. Si rammenti: «la confisca [non] può espandersi oltre quanto il reato ha concretamente apportato e

²³ Basti pensare alle grandi società quotate espressamente contemplate dalla novellata disposizione di cui all'art. 2622 c.c.

dunque peggiorare la situazione patrimoniale dell'ente anteriore all'illecito: misura obbligatoria ma eventuale, poiché il profitto può anche mancare, la confisca resta non solo autonoma ma anche estranea sia all'inflizione che alla commisurazione della sanzione pecuniaria²⁴. Non sarà quindi (a titolo d'esempio) ravvisabile un «profitto di reato» assoggettabile a sequestro e/o a confisca laddove la falsa comunicazione sociale sia finalizzata soltanto a far apparire (verso l'esterno) una solidità economica, patrimoniale e finanziaria maggiore della reale od a fornire (verso l'interno) rassicurazioni sull'operato degli amministratori. Si pensi a quelle situazioni nelle quali il reato si risolve in una volontaria frode dei principi contabili tesa a celare delle perdite o a far apparire degli utili inesistenti. Finché siffatte mendaci rappresentazioni non producano *ex novo* un introito (od un mancato esborso) identificabile e quantificabile, non sarà identificabile un profitto assoggettabile a sequestro/confisca. Come già correttamente posto in evidenza, «fin tanto che tutto ciò (ancora) non avviene, siamo sul terreno delle mere *chances*, delle *potenzialità* [...] inservibili per la qualificazione giuspenalistica del 'profitto confiscabile'²⁵».

²⁴ ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, cit., 1683.

²⁵ PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: commissione problematica o correlazione impossibile?*, cit., 81.

