

Sommario 2/2024

Editoriale 3

Diritto civile

- Divisione ereditaria  4
- Promessa di pagamento di debito altrui 8

Diritto immobiliare

- Prescrizione della garanzia per vizi nella compravendita 12

Diritto bancario

- Adeguata verifica del merito creditizio 16

Crisi d'impresa

- Compensazione nel codice della crisi  20

Diritto societario

- Prosecuzione dell'attività di impresa dopo l'accertamento di una causa di scioglimento  24
- Clausole di trascinamento e di co-vendita 28

Avvocato d'affari

- Associazione temporanea di imprese: *joint venture*  32

IT & Data protection

- *Data breach* e obbligo di notifica 36

Modelli di organizzazione, gestione e controllo

- È escluso il ricorso all'equità per determinare il profitto confiscabile 40
- Infortuni sul lavoro e colpa di organizzazione 44

Diritto del lavoro

- Tutela dei lavoratori nell'appalto 48

Diritto di famiglia

- Curatore Speciale del minore alla luce della Riforma Cartabia 52

Rubrica

- Riforma del diritto di famiglia (Quinta parte) 56
- Rassegna giurisprudenziale 60

PROMESSA DI PAGAMENTO DI DEBITO ALTRUI

Art. 1272 c.c. - Art. 1987 c.c. - Art. 1988 c.c.

L'art. 1988 c.c. introduce l'istituto della promessa di pagamento e della dichiarazione di ricognizione di debito. La norma in esame prevede l'inversione dell'onere della prova a seguito della dichiarazione resa dal promittente con cui quest'ultimo riconosca il proprio debito o prometta l'adempimento con riferimento a un proprio obbligo contrattuale. In questi casi, quindi, per espressa previsione normativa, il rapporto fondamentale alla base dell'adempimento sarà considerato esistente fino a prova contraria, che potrà essere resa unicamente dal dichiarante/promittente. Se ciò è chiaro nel caso ordinario, e cioè quando l'atto provenga direttamente dalla parte che ha preso parte al rapporto contrattuale, sono sorti dubbi interpretativi in merito alla possibilità di rendere la dichiarazione ex art. 1988 c.c. con riferimento a un debito non proprio, ma di terzo soggetto. Il caso, affrontato dalla Suprema Corte e deciso con l'ordinanza 10.11.2023, n. 31296, ha imposto una specifica motivazione in merito ai limiti applicativi della proposta unilaterale citata, raffrontandola con istituti di simile applicazione e chiarendo i requisiti di diritto e la portata entro cui potersi avvalere dell'istituto. La Corte di Cassazione ha avuto modo di chiarire altresì le intenzioni del legislatore nella stesura delle norme di cui agli artt. 1987-1991 c.c., ricostruendo quegli obblighi che il promittente potrà realmente assumere con propria dichiarazione unilaterale, unitamente all'utilizzo che il destinatario potrà farne in ambito processuale.

BREVI CENNI SULL'ISTITUTO



Il titolo IV c.c. disciplina le promesse unilaterali. Con particolare riferimento agli artt. 1987 e 1988 c.c., gli effetti di tali promesse producono effetti obbligatori solo nei casi previsti dalla legge; in tal caso, la dichiarazione resa dispensa il destinatario dal provare il rapporto fondamentale, che sarà ritenuto esistente sino a prova contraria da rendere, però, dal promittente.

QUESITO DI DIRITTO AFFRONTATO DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ



Con il caso sottoposto alla Suprema Corte, si è esaminato il perimetro della promessa di pagamento, effettuata da un terzo ex art. 1988 c.c. L'esame ha fatto emergere le distinzioni tra l'istituto ed altri analoghi, imponendo una disamina chiarificatrice soprattutto sugli elementi che differenziano le varie casistiche.

PROMESSA DI PAGAMENTO DI DEBITO ALTRUI E DIFFERENZE CON ALTRI ISTITUTI APPARENTEMENTE SIMILI



Nel caso di promessa di pagamento di debito altrui, sorgono dubbi applicativi soprattutto con riferimento alla modifica del lato soggettivo del rapporto obbligatorio. In tal caso, infatti, il promittente è potenzialmente idoneo a subentrare nel rapporto sostanziale e, conseguentemente, la disciplina rischia di intersecarsi con istituti simili che prevedono la stessa modifica del lato passivo del negozio giuridico; si pensi all'espromissione ex art. 1272 c.c., l'accollo ex art. 1273 c.c. o la cessione del contratto ex art. 1406 c.c.

PRINCIPIO DI DIRITTO ENUNCIATO



La promessa unilaterale ex art. 1988 c.c., fatta dal terzo, di pagare un debito altrui è inidonea a obbligare il promittente nei riguardi del creditore. Alla promessa di pagamento non può essere attribuita efficacia costitutiva di nuovi diritti e obblighi.

RISVOLTI PRATICI



Le delucidazioni rese dalla Suprema Corte chiariscono che nessuna norma prevede la possibilità di subentrare, con promessa unilaterale, nel debito altrui, con conseguente logico che ogni dichiarazione così resa sarà da considerare radicalmente nulla poiché estranea allo schema e alla *ratio* di cui all'art. 1988 c.c.

BREVI CENNI SULL'ISTITUTO

L'art. 1988 c.c., incluso tra le norme del Libro IV, Titolo IV, rubricato "delle promesse unilaterali", stabilisce che: *"la promessa di pagamento o la ricognizione di debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria"*.

La *ratio* alla base dell'istituto è attribuire alla dichiarazione il valore di confessione processuale circa l'esistenza del sinallagma contrattuale poiché, lungi dal creare rapporti giuridici o contrattuali, rileva unicamente sull'ambito dimostrativo del rapporto alla base della controversia. Ciò doverosamente premesso, la norma sovverte, quindi, il principio dell'onere della prova ordinario ex art. 2697 c.c. secondo cui chi fa valere un diritto in giudizio ha l'onere di dimostrarne la legittimità/sussistenza. Sia la promessa di pagamento sia l'atto ricognitivo del debito esonerano il creditore dalla dimostrazione dell'esistenza del rapporto sostanziale per cui il debitore ha reso dichiarazione. Circa la natura dell'atto esaminato e se debba ritenersi negoziale o meno, le Sezioni Unite, con sent. 16.03.2023, n. 7682, hanno sottolineato il principio di diritto secondo cui la ricognizione di debito non costituisce una autonoma fonte di obbligazione, ma determina un'astrazione meramente processuale della *causa debendi*, in forza della quale il destinatario della ricognizione di debito è dispensato dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale. Inoltre, esso può essere indicato o meno nell'atto ricognitivo: nel primo caso parlandosi di riconoscimento titolato, nel secondo caso di riconoscimento definito "puro".

La qualifica delle dichiarazioni rese ex art. 1988 c.c. e la differenza in base al contenuto inserito nell'atto stesso si collocano come presupposto logico-giuridico su cui la Suprema Corte è tornata ad affrontare l'istituto lo scorso 10.11.2023.

QUESITO DI DIRITTO AFFRONTATO DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Con la decisione 10.11.2023, n. 31296 la II Sez. Civile della Suprema Corte è tornata a rendere chiarimenti sull'argomento. Il caso esaminato aveva a oggetto la promessa di pagamento ex art. 1988 c.c., effettuata a mezzo mail da un soggetto estraneo al rapporto fondamentale, qualificatosi come rappresentante della società debitrice. In sostanza, la Corte di Cassazione ha dovuto chiarire il valore della dichiarazione resa dal soggetto che, come detto, non è mai stato parte del rapporto contrattuale. A tal fine, occorre stabilire se l'art. 1988 c.c. e la relativa dichiarazione di sola *scientia* effettuata siano idonei a produrre effetti sostanziali anche in capo a chi non è o è stato parte del rapporto negoziale.

I risvolti pratici della vicenda sono di facile comprensione: l'eventuale attribuzione di valore pieno, secondo il dettato degli artt. 1987 e 1988 c.c. alla promessa effettuata per il pagamento di un terzo, consentirebbe allo stesso atto posto in essere di creare e/o modificare aspetti sostanziali di un negozio giuridico di cui il promittente non è mai stato parte, incidendo direttamente sul requisito contrattuale concernente la volontà dei soggetti.

Ricordiamo che l'intera *ratio* su cui si fondano le norme di cui al Libro IV, Titolo IV c.c., invece, rimanda a un'agevolazione del solo assetto probatorio nel caso in cui la parte in causa abbia reso dichiarazioni a "sé" sfavorevoli tali per cui se ne possa presumere (o meglio sia giustificato presumere) la veridicità giuridica in ambito processuale.

Tuttavia, se tale circostanza è di semplice applicazione nel caso in cui un soggetto emetta un atto a sé stesso sfavorevole, relativo quindi a un proprio diritto e/o a obbligazioni di cui è direttamente parte, la questione assume valore diametralmente opposto nel caso in cui la promessa venga resa da soggetto estraneo alle dinamiche contrattuali e idoneo a incidere direttamente nella sfera giuridica del terzo.

PROMESSA DI PAGAMENTO DI DEBITO ALTRUI E DIFFERENZE CON ALTRI ISTITUTI APPARENTEMENTE SIMILI

La vicenda esaminata dalla Corte di Cassazione e appena richiamata ha imposto al Collegio una ricostruzione sistematica dell'istituto, mediante la quale si è avuto modo di inquadrare l'art. 1988 c.c. e delimitarne il perimetro con particolare riferimento a quegli istituti analoghi che, solo apparentemente, risultino idonei a raggiungere il medesimo fine della promessa di pagamento. Il punto di partenza dell'intera decisione esaminata è la modalità con cui un soggetto terzo possa subentrare nel lato passivo del rapporto obbligatorio e, in caso positivo, con che modalità.

L'accoglimento della tesi secondo cui basti la sola dichiarazione di un soggetto a sostituirlo al debitore originario, infatti, contrasta con più di una norma prevista dal Codice Civile. È ben noto, infatti, che il nostro ordinamento stabilisce espressamente quali siano i casi con cui si può modificare il sinallagma contrattuale dal punto di vista debitorio. Il principio di riferimento si fonda sulla circostanza che il debito assunto (o la prestazione da rendere) rimanda al concetto di "responsabilità" che, a meno che non sia stata modificata con patto espresso, è e rimane personale. Caso diverso è, invece, la normativa sotto il profilo del lato attivo del contratto dove il soggetto avrà diritto a "ricevere", concetto che esula dal profilo di personalità e, quindi, idoneo a essere trasferito da una sfera patrimoniale ad altra. Per tale ragione il no-

stro ordinamento non solo stabilisce quali siano i casi in cui si possa modificare il lato passivo del rapporto contrattuale, ma prevede altresì la forma scritta quale requisito essenziale per farlo.

Si pensi agli istituti principali della delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.), dell'espromissione (art. 1272 c.c.) e dell'accollo (art. 1273 c.c.); tutti istituti idonei a modificare il rapporto contrattuale sotto il lato passivo e tutti subordinati all'accordo scritto tra terzo e debitore. Tralasciando l'aspetto dell'accettazione da parte del creditore, non rilevante in questa sede, ciò che interessa è sottolineare l'impossibilità di modifica del sinallagma passivo per la sola dichiarazione resa dal terzo e tale per cui non possa ritenersi legittima una modifica sostanziale del rapporto obbligatorio del debitore. Proprio su tale falsariga, quindi, si è espressa la Corte di Cassazione con la sentenza esaminata, confermando con riferimento alla modifica sostanziale del sinallagma contrattuale, che *"tale successione può, invero, avvenire soltanto nei casi previsti in modo espresso dalla legge, ossia generalmente con la forma contrattuale, attraverso la delegazione, l'espromissione, l'accollo o la cessione del contratto"* pur rimandando altresì alle specifiche ulteriori ipotesi di subentro nella posizione debitoria altrui stabilite dalla legge, quali ad esempio la statuizione sui debiti relativi all'azienda ceduta ex art. 2560 c.c. o le norme sui titoli di credito.

PRINCIPIO DI DIRITTO ENUNCIATO DALLA SUPREMA CORTE

Con riferimento alla fattispecie concreta sottoposta al vaglio del Collegio, che rimanda al rapporto tra la promessa di pagamento ex art. 1988 c.c. e l'espromissione ex art. 1272 c.c. (avendo il terzo promesso il pagamento della somma dovuta dal debitore), la Suprema Corte ha definitivamente posto fine alla questione indicando le differenze sostanziali tra i due istituti e ricordando che:

- **sotto il profilo sistematico:** l'espromissione si distingue dalla promessa di pagamento poiché la prima è un contratto vero e proprio caratterizzato dall'incontro delle volontà di chi si dichiara nuovo debitore e di chi lo accetta come tale, mentre l'art. 1988 c.c. si colloca fra i negozi unilaterali;
- **sotto il profilo del perfezionamento:** nell'espromissione il contratto si perfeziona verso il creditore quando egli viene a conoscenza dell'impegno assunto dell'espromittente mediante sottoscrizione del contratto, mentre la promessa di pagamento si perfeziona nel momento della sola dichiarazione/volontà del dichiarante;
- **sotto il profilo degli effetti:** l'espromissione, comportando una successione a titolo particolare nel rapporto originario, è idoneo a costituire nuove obbligazioni in capo ai contraenti; la promessa di paga-

mento, al contrario, non è idonea a creare nuovi vincoli, avendo natura meramente confermativa sotto il profilo probatorio, di un rapporto preesistente;

- **sotto il profilo formale:** l'espromissione e la conseguente successione nel rapporto obbligatorio, può avvenire unicamente nei casi previsti dalla legge e, generalmente, mediante contratto. La promessa di pagamento, al contrario, essendo una dichiarazione unilaterale non soggiace a tale formalità ed è considerata fonte di obbligazione tipica, con la conseguenza che *"la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti fuori dai casi ammessi dalla legge"* ex art. 1987 c.c.;
- **sotto il profilo causale:** nell'espromissione la causa del contratto è da rinvenirsi nell'assunzione del debito altrui, a nulla rilevando i rapporti interni intercorrenti tra il debitore e l'espromittente, né le ragioni che hanno determinato l'intervento di quest'ultimo. La promessa di pagamento ex art. 1988 c.c., invece, è un negozio causale, che presuppone specificamente l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra promittente e promissario e non può essere da questo slegato.

Alla luce di tutte queste specifiche ricostruzioni, la Suprema Corte ha definitivamente concluso che *"la promessa di pagamento, per il carattere meramente confermativo di un rapporto obbligatorio preesistente, determina l'inversione dell'onere della prova tra le parti del rapporto obbligatorio, ma non è fonte autonoma di obbligazione e non può produrre la modificazione soggettiva dell'obbligazione"*.

Si badi, le suddette distinzioni, richiamate dal Collegio in relazione alla espromissione ex art. 1272 c.c., valgono altresì per tutti gli altri istituti che, analogamente, modificano il lato passivo del rapporto obbligatorio.

RIFLESSIONI PRATICHE IN AMBITO PROCESSUALE

La ricostruzione di legittimità resa dalla Corte di Cassazione pone definitivamente fine alla illegittima portata che veniva resa alla promessa di pagamento nei confronti di debiti pretesamente assunti da terzi. Risulta ormai pacifico che il nostro ordinamento non prevede alcuna norma idonea a consentire il subentro automatico nel debito altrui mediante la sola dichiarazione unilaterale. In ambito processuale, quindi, non si potrà che ritenere definitivamente nulla la promessa/dichiarazione così resa, poiché estranea allo schema specificamente indicato dall'art. 1988 c.c.

Sulla scia di precedenti orientamenti pur sempre recenti (*ex multis* Cass. Civile, sentenza 25.01.2022, n. 2091; Cass. Civile, sent. 13.10.2016, n. 20689), è definitivamente chiarito che la portata dell'art. 1988 c.c. potrà estendersi unicamente alle circostanze direttamente legate al dichiarante/debitore. La finalità della norma, infatti,

rimane quella di facilitare l'ambito processuale con particolare riferimento all'aspetto probatorio in ottica di economia processuale; sia la promessa di pagamento sia la dichiarazione di riconoscimento del debito rendono più spedito l'accertamento del "solo" rapporto giuridico a esse sottostante, attribuendo portata presuntiva all'esistenza del sinallagma che, per tale ragione, comporterà l'inversione dell'onere della prova in caso di contestazioni future sulla sua esistenza. Sarà, infatti, solo il dichiarante/promittente a dover dimostrare l'eventuale inesistenza del rapporto obbligatorio cui l'atto dichiarativo rimanda, non operando il generale principio di cui all'art. 2697 c.c., per espressa scelta del legislatore.

Tutto quanto detto non può che chiarire come l'azione giudiziaria del creditore non potrà essere indirizzata nei confronti di una parte estranea al rapporto contrattuale, laddove si intenda agire unicamente sulla base dell'art. 1988 c.c.; l'azione così proposta, oltre a non essere consentita per la statuizione resa dalla Suprema Corte, si conferma altresì contraria al principio di economia processuale che la norma stessa intende tutelare, valevole, infatti, per le sole parti del rapporto originario. Resta fermo, infatti, quanto stabilito dall'art. 1321 e ss. c.c., secondo cui la principale modalità di costituzione, regolamentazione o estinzione di un rapporto giuridico tra 2 o più parti è il contratto. In tale ottica è chiaro che uno degli elementi essenziali del contratto è l'accordo delle parti che solo tramite proposta e accettazione (da sé rese) potranno perfezionare l'incontro delle volontà. Va da sé, quindi, che attribuire portata costitutiva/modificativa di rapporti giuridici esterni alla propria sfera di diritto alla sola dichiarazione del dichiarante, andrebbe a scalfire le norme principali dell'intero Titolo II c.c. e di tutte le norme sui contratti in generale.

I tribunali di merito si sono univocamente orientati a quanto oggi confermato dalla Corte di Cassazione: *ex multis* Tribunale di Salerno, sent. 6.09.2023, n. 3640; Tribunale di Prato, sent. 26.09.2023, n. 639; Corte di appello di Brescia, sent. 24.07.2023, n. 1257, tutti a favore della possibilità della dichiarazione resa *ex art. 1988 c.c.* di provare il solo rapporto fondamentale già esistente.

In ultima analisi, sembra corretto indicare quale documento possa essere ritenuto "promessa di pagamento"

o "ricognizione di debito". Oltre agli atti sottoscritti direttamente dal dichiarante, infatti, negli ultimi anni si è aperto un acceso dibattito circa le comunicazioni inviate per via informatica, con particolare riferimento alla messaggistica istantanea e le applicazioni come WhatsApp o Telegram. Circa la rilevanza probatoria attribuita a tali messaggi, si è assistito a un'apertura giurisprudenziale volta ad attribuire agli stessi la portata *ex art. 1988 c.c.*, laddove si rispettino precisi requisiti. Richiamando estensivamente il principio sancito dall'art. 634 c.p.c., secondo il quale il giudice può attribuire valore di prova scritta anche a fonti "atipiche" purché meritevole di fede quanto ad autenticità e provenienza, risulta coerente l'attribuzione di forza probatoria alla comunicazione inviata secondo la modalità richiamata. Tuttavia, come previsto altresì per i procedimenti giudiziari in materia penale, affinché il messaggio informatico possa assurgere a prova legale dovrà essere autenticato.

L'autenticazione è l'attività con cui, a seguito di esame diretto del dispositivo su cui è presente il messaggio o la conversazione cui si intende attribuire valenza probatoria, se ne certifica la congruenza così da attribuirle il carattere di fedeltà giuridica. Resta inteso che tale attività potrà essere svolta da soggetto idoneo a svolgerla, come il notaio il quale, per i poteri attribuitigli dalla legge, farà sì che il documento costituisca prova fino a querela di falso. L'apertura verso l'accoglimento delle conversazioni WhatsApp come elementi di prova utilizzabili in giudizio, si è avuta con la sentenza 19.06.2017, n. 49016 con cui la Corte di Cassazione penale, Sez. V, chiarì che la trascrizione di conversazioni effettuate via WhatsApp e registrate da uno degli interlocutori rappresenta la memorizzazione di un fatto storico costituente prova documentale.

Laddove il difensore intenda utilizzare una dichiarazione resa dal debitore *ex art. 1988 c.c.* tramite strumento informatico, potrà farlo solo avvalendosi della certificazione notarile o di un perito informatico che renda apposita relazione. Quest'ultima possibilità, tuttavia, si espone alle controdeduzioni del perito di controparte e della probabile consulenza tecnica d'ufficio che, con ogni probabilità, sarà disposta dal giudice per confermare o sconfessare la relazione di parte allegata.

È ESCLUSO IL RICORSO ALL'EQUITÀ PER DETERMINARE IL PROFITTO CONFISCABILE

Artt. 9 e 19 D.Lgs. 8.06.2001, n. 231 - Cass. pen., Sez. II, sent. 13.09.2023, n. 37326

La confisca del prezzo o del profitto del reato nei confronti dell'ente è disciplinata dagli artt. 9 e 19 D.Lgs. 231/2001. La disposizione appare silente in relazione alle definizioni dell'oggetto della confisca; pertanto, la nozione di prezzo e, soprattutto, di profitto è stata oggetto di vivaci dibattiti in dottrina e giurisprudenza. Quest'ultima è pacifica ormai nel ritenere che il profitto confiscabile si identifichi con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto. Tuttavia, nel caso in cui questo derivi da un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni imposte dal contratto. La giurisprudenza ha negli anni esteso radicalmente la portata della nozione di profitto confiscabile, disancorandola dai criteri di attualità e materialità alla quale inizialmente era stata assoggettata in ossequio al principio di tassatività. Oggi si ritiene confiscabile qualsiasi risparmio di spesa ottenuto dall'ente in ragione della mancata adozione di presidi cautelari, per importi oggettivamente non identificabili, corrispondenti a mancati decrementi economici. Con riferimento alla confisca diretta, si è esteso il campo di applicazione al profitto non immediato e diretto, per esempio ai beni acquistati attraverso l'utilizzo delle somme illecite, nonché ai crediti, purché certi, liquidi ed esigibili. Da ultimo, con la sentenza n. 37326/2023, la Cassazione ha escluso che il profitto possa essere determinato dal giudice in via equitativa, ma lo stesso deve ricorrere allo strumento della perizia contabile per individuare le somme percepite dall'ente quale effetto del reato, al netto di variazioni contrattuali, di somme restituite e di somme corrisposte per prestazioni effettivamente erogate.

DETERMINAZIONE DEL PROFITTO CONFISCABILE	
AMBITO NORMATIVO	• Art. 9 "sanzioni amministrative": lett. c) confisca. • Art. 19, c. 1: "è sempre disposta" (obbligatoria) la confisca c.d. diretta del prezzo o del profitto del reato. • C. 2: confisca per equivalente.
NOZIONE DI PROFITTO	Vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto.
GRADUALE ESTENSIONE IN VIA GIURISPRUDENZIALE DEL "PROFITTO CONFISCABILE"	• Profitto anche in via mediata e indiretta (non soltanto quello di diretta derivazione causale dal reato). • Per la confisca diretta, il profitto può essere rappresentato anche dai crediti certi, liquidi ed esigibili. • Profitto in termini di risparmio di spesa.
C.D. RISPARMIO DI SPESA	1. Iniziale interpretazione restrittiva: necessario un introito con corrispondente aumento del patrimonio dell'ente o mancata riduzione per i costi. 2. Interpretazione estensiva della giurisprudenza maggioritaria: qualsiasi risparmio, a prescindere dall'incremento economico del patrimonio, derivante dalla mancata predisposizione dei presidi cautelari.
ULTIME INDICAZIONI GIURISPRUDENZIALI	• La sentenza 13.09.2023, n. 37326: - esclude la possibilità per il giudice di determinare il profitto in via equitativa; - dispone che il profitto può essere determinato anche sulla base di dati notori precisi desunti da analisi statistiche e corroborati da norme di riferimento; - impone al giudice di ricorrere alla perizia contabile per stabilire le somme percepite dall'ente, al netto delle variazioni contrattuali, di quelle già restituite e di quelle corrisposte per prestazioni effettivamente erogate.

La normativa sulla responsabilità degli enti disciplina la sanzione della confisca agli artt. 9 e 19 D.Lgs. 231/2001. In particolare, l'art. 19 disciplina la confisca c.d. "diretta" avente a oggetto il prezzo o il profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e sono in ogni caso fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

Nell'ipotesi in cui, invece, non sia possibile procedere con la confisca diretta, lo stesso articolo prevede che il provvedimento ablativo possa avere a oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato (c.d. confisca "per equivalente").

La confisca (sia diretta, sia per equivalente) consegue sempre alla pronuncia di condanna nei confronti dell'ente.

Essa è, pertanto, obbligatoria e prescinde dalle valutazioni prognostiche intese a verificare la pericolosità connessa alla disponibilità delle cose servite o destinate a commettere il reato, potendo, nell'ipotesi di confisca per equivalente, avere a oggetto anche beni estranei e non pertinenti all'illecito penale.

In ogni caso, occorre precisare che la distinzione tra confisca e sanzione pecuniaria risiede nel fatto che la prima non è predeterminabile e potenzialmente illimitata, mentre la seconda può essere preventivamente quantificata.

Questa è una delle ragioni per cui, nel panorama sanzionatorio applicabile all'ente, la confisca risulta essere la conseguenza più temuta dall'ente stesso.

OGGETTO DELLA CONFISCA: PREZZO O PROFITTO

Oggetto della confisca obbligatoria ex art. 19 è, innanzitutto, il **prezzo** del reato, che rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato.

Per la sua esatta quantificazione è necessario fare riferimento ai contenuti specifici dell'imputazione, nonché agli altri elementi eventualmente emersi nel corso del procedimento penale.

Relativamente invece alla nozione di **profitto** illecito confiscabile, nel silenzio dell'art. 19, vi è stato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In via generale, il profitto suscettibile di confisca si definisce in funzione del collegamento che si instaura con il reato.

Questo nesso di derivazione (o di pertinenzialità) assume, secondo il costante indirizzo interpretativo, una connotazione causale.

Tra profitto e reato intercorre, quindi, un **nesso di derivazione causale diretto e immediato**.

Il profitto è stato, quindi, individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza ora nel vantaggio di natura eco-

nomica, ora nel beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dal reato, ovvero, ancora, nell'utilità creata, trasformata o acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa.

La necessaria correlazione causale tra profitto e reato non consente un'estensione indiscriminata e una dilatazione indefinita dell'oggetto della confisca a ogni vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire dal reato.

Invero, la giurisprudenza di legittimità ha pacificamente chiarito la nozione di profitto (Cass. S.U. n. 26654/2008):

- deve avere natura patrimoniale, in quanto oggetto materiale della confisca e come tale deve essere previamente identificabile e quantificabile;
- deve essere attuale e concreto, non potendosi comprendere in tale nozione quei vantaggi futuri ed eventuali, ancorché certi;
- deve risultare causalmente e direttamente riconducibile al reato presupposto.

La giurisprudenza ha, quindi, precisato che il profitto oggetto della confisca si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto.

Tuttavia, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni imposte dal contratto.

In materia di reati colposi d'evento commessi in violazione della normativa di prevenzione, il profitto si identifica *"nel risparmio di spesa che si concreta nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare o nello svolgimento di un'attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto"* (Cass. pen. S.U. n. 38343/2014).

Dunque, il profitto può essere determinato anche sulla base di dati notori precisi, desunti da analisi statistiche e corroborati da specifiche norme di riferimento.

Per esempio, in tema di corruzione nel settore dei lavori pubblici, la Suprema Corte ha ritenuto corretta la quantificazione del profitto nell'importo del 10% dell'appalto, trattandosi dell'utile medio ricavato dalle imprese operanti nel settore, confermato dall'art. 122 D.P.R. 554/1999 all'epoca vigente, che individuava la medesima percentuale da riconoscere alle imprese in caso di recesso da parte della stazione appaltante.

La prassi, poi, ha in parte ammorbidito il carattere diretto del nesso di pertinenzialità e ha delineato una concezione "dinamico-causale" piuttosto che statica del profitto del reato.

Al profitto sono stati ricondotti, infatti, anche beni patrimoniali derivanti soltanto in via mediata o indiretta dall'attività penalmente rilevante, perché, ad esempio, risultanti da un successivo investimento delle utilità (direttamente) tratte dal reato.

Così, più in particolare, si è ritenuto suscettibile di confisca il bene immobile acquistato mediante l'impiego della provvista monetaria illecita, conseguita dal pubblico agente attraverso il delitto di concussione; il reimpiego della somma, si è sostenuto, non inficia il nesso di pertinenzialità.

È sufficiente, infatti, che questa correlazione (c.d. di secondo grado) tra reato e successiva condotta di trasformazione del profitto originario risulti, sulla base di chiari elementi indiziari, causalmente collegabile al reato e soggettivamente attribuibile al rispettivo autore (Cass. pen. S.U. 25.10.2007, n. 10208).

In senso critico, però, non sembra che l'immediatezza del reimpiego delle utilità tratte dal reato sia in grado di assicurare l'effettiva consistenza del nesso di derivazione causale, evidentemente attenuato nella sua capacità selettiva al fine di dilatare l'oggetto della confisca a utilità economiche altrimenti inattuabili, perché soltanto indirettamente acquisite con il profitto originario del reato.

Rimane, peraltro, incerto il dato temporale ovvero ci si domanda sino a quale soglia cronologica la condotta di trasformazione del profitto diretto risulti compatibile con il parametro della pertinenzialità.

CONFISCA DEI CREDITI: SI ESCLUDE LA CONFISCA PER EQUIVALENTE

Per profitto confiscabile, deve trattarsi di un incremento **attuale** della situazione patrimoniale del soggetto.

La giurisprudenza ha, infatti, escluso *"l'imputazione a profitto di semplici crediti, anche se certi, liquidi ed esigibili"*, trattandosi di *"utilità non ancora effettivamente conseguite"* (Cass. pen. S.U. 27.03.2008, n. 26654).

Più in generale, non sono suscettibili di confisca **per equivalente** i vantaggi economici prospettici, le mere aspettative di incrementi patrimoniali, non ancora concretizzatesi in un beneficio patrimoniale, attualmente identificabile nel patrimonio del soggetto destinatario della misura ablativa.

La confisca di valore, quindi, in quanto mera modalità di attuazione dell'ablazione patrimoniale, non consente di abdicare alla necessaria verifica dell'**attualità** e **materialità** del profitto effettivamente conseguito dal soggetto collettivo.

Si è esclusa, per esempio, la confisca della *"mera possibilità della società in questione di partecipare in futuro a gare di appalto o di essere inserita negli elenchi dei soggetti contrattisti"*, atteso che *"tale possibilità [...] non costituisce un vantaggio concreto valutabile in relazione alla sfera patrimoniale del soggetto"* (Cass. pen. Sez VI, 16.01.2018, n. 1754).

Si ritiene, quindi, che il profitto non possa coincidere con una mera aspettativa di fatto, con una mera *"chance"*, salvo che questa, fondata su circostanze specifiche,

non presenti caratteri di concretezza ed effettività tale da costituire essa stessa una entità patrimoniale a sé stante, autonoma, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione in relazione alla sua proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto.

Si ritiene che, sottoponendo a confisca per equivalente meri crediti, anche se certi, esigibili e liquidi, il soggetto sarebbe posto nella condizione di essere privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata. Le Sezioni Unite, nelle pronunce sopra richiamate, non hanno tuttavia espresso una preclusione esplicita al ricorso alla confisca diretta dei crediti esigibili, certi e liquidi (così come ritenuto pacificamente per la confisca per equivalente).

Sebbene sul punto, non si registri un orientamento univoco, in talune decisioni, la Suprema Corte ha ammesso il sequestro funzionale alla (sola) confisca diretta dei crediti purché certi, liquidi ed esigibili, circoscrivendo la preclusione, alla sola misura per equivalente.

RILEVANZA DEL C.D. RISPARMIO DI SPESA: LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DEL PROFITTO CONFISCABILE

Inizialmente si riteneva che il c.d. risparmio di spesa, rilevante ai fini della confisca, non potesse essere inteso "in termini assoluti", quale profitto cui non corrispondano beni materialmente entrati nella sfera di titolarità del responsabile.

Doveva intendersi necessariamente come collegato a un ricavo introitato dal quale non fossero stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere, ossia nel senso di una non diminuzione dell'attivo.

Dunque, era necessario un profitto materialmente conseguito, ma di entità superiore a quello che sarebbe stato ottenuto senza omettere l'erogazione delle spese dovute; in buona sostanza, si riteneva assoggettabile **solo l'eccedenza tra l'incremento patrimoniale effettivamente maturato e quello che sarebbe stato conseguito senza l'indebito risparmio di spesa**.

In ossequio al principio di tassatività, quindi, il risparmio di spesa ha rilievo soltanto relativo, cioè in funzione di un incremento patrimoniale, che risulti previamente identificato sul piano storico-materiale.

La confisca per equivalente, unica modalità di ablazione che la Corte ha ritenuto compatibile con il risparmio di spesa, non è stata concepita dal legislatore come istituto sanzionatorio autonomo e, pertanto, presuppone la previa identificazione di una tangibile modificazione positiva della situazione patrimoniale del soggetto, a cui rapportare, in base al criterio di equivalenza legalmente definito, l'oggetto della confisca di valore.

Senonché, nei successivi sviluppi giurisprudenziali, si è registrata una generale tendenza a svalutare, se non del tutto obliterare, il requisito della previa identificazione

materiale del profitto del reato.

Invero, la giurisprudenza ha operato un'estensione radicale della nozione di profitto del reato, anche al fine di includervi i meri risparmi di spesa, per definizione non concretamente identificabili nel patrimonio del soggetto agente.

Rientrano nella nozione di profitto del reato anche vantaggi patrimoniali immateriali, oggettivamente non identificabili, corrispondenti a mancati decrementi economici (risparmio di costi ovvero di imposta). Per esempio, si è ritenuto assoggettabile a confisca il valore equivalente ai costi illecitamente non sostenuti per l'adozione di determinati presidi cautelari, oggetto di contestazione. Al contempo, il vantaggio è stato estensivamente identificato nella mancata adozione, ovvero nel risparmio di spesa a essa conseguente, di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di un'attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto (Cass. pen. S.U. 18.09.2014, n. 38343).

Dunque, in controtendenza rispetto all'iniziale indirizzo interpretativo che, come sopra riportato, aveva rivestito il concetto dei caratteri selettivi dell'immediatezza e della materialità, sembra, infine, esser stata sdoganata una concezione operativa di profitto inteso come ogni utilità pure indirettamente o mediamente connessa all'attività penalmente rilevante.

CASO GIURISPRUDENZIALE - CASS. PEN. SEZ. II 13.09.2023, N. 37326

Nel caso esaminato dalla Corte, alla società era stato contestato l'illecito ex art. 24 D.Lgs. 231/2001 derivante dal reato di truffa aggravata ex art. 640-bis c.p.

In particolare, nel ricorso in Cassazione presentato nell'interesse dell'ente, veniva dedotta la violazione di legge relativa all'illegittimità della confisca disposta nei confronti della società, sotto il profilo della quantificazione del profitto confiscabile, determinato dai Giudici di merito in via equitativa.

La Suprema Corte, accogliendo il ricorso difensivo, ritiene illogica la motivazione del giudice di prime cure laddove individua la misura del profitto realizzato dall'ente attraverso *"una determinazione equitativa che non è in alcun modo prevista né consentita dalla disposizione ex art. 19 D.Lgs. 231/2001"*.

La Corte richiama e ribadisce i concetti diffusi in giurisprudenza e sopra approfonditi in materia di determinazione del profitto, sottolineando che anche la complessità del rapporto contrattuale da cui è derivato il profitto dell'ente non esime il giudice dal procedere, anche tramite una perizia contabile, all'individuazione delle somme percepite dall'ente quale effetto della condotta di reato commesso dal soggetto apicale, al netto delle variazioni contrattuali, di eventuali somme restituite e delle somme corrisposte per prestazioni effettivamente erogate.

SOCIETÀ SEMPLICE E GESTIONE IMMOBILIARE E FINANZIARIA

Protezione e pianificazione
del patrimonio familiare

ACQUISTA
SU RATIO STORE



Il **nuovo ebook** che illustra gli aspetti civilistici, fiscali e previdenziali delle società semplici, con spunti di riflessione su come comporre lo statuto e le diverse clausole che possono essere redatte al fine di gestire i patrimoni familiari e immobiliari degli imprenditori.

Oltre 120 pagine con tabelle, schemi, esempi e casi pratici.

A cura di *Cinzia De Stefanis*

Ebook in formato PDF e EPUB - versione scaricabile e stampabile