

I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità

SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. LA NOZIONE DI PROFITTO CONFISCABILE NELLA SENTENZA *IMPREGILO* DELLE SEZIONI UNITE. – 3. INCERTEZZE RESIDUE: L'INDETERMINATEZZA DEL CONCETTO DI *UTILITAS* TRATTA DAL DANNEGGIATO. – 3.1. ULTERIORI SPAZI DI AMBIGUITÀ DELLA SENTENZA *IMPREGILO*. – 4. LA QUANTIFICAZIONE DEL PROFITTO IN SITUAZIONI DI REGOLARE ESECUZIONE DI UN CONTRATTO OTTENUTO ILLECITAMENTE. – 5. LA LUNGA – E ACCIDENTATA – MARCIA DELL'UTILE NETTO. LA SENTENZA N. 11808/2012 DELLA SUPREMA CORTE. – 6. VERSO UNA GENERALIZZAZIONE DEL CRITERIO DELL'UTILE NETTO NEL DOMINIO DEI “REATI IN CONTRATTO”? – 7. RAGIONEVOLEZZA E FUNZIONALITÀ DEL CRITERIO DELL'UTILE NETTO “A BASE PARZIALE”. – 8. IL CRITERIO DELL’“EXTRA-VANTAGGIO”. – 9. L'INCERTA DISTINZIONE TRA “REATI CONTRATTO” E “REATI IN CONTRATTO”. LA QUALIFICAZIONE DELLA TRUFFA COME “REATO CONTRATTO” IN UNA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE (N. 20976/2012). – 10. CONCLUSIONI.

1 PREMESSA

La “nozione” e i “criteri di quantificazione” del profitto confiscabile: queste sono le questioni, concernenti le nuove ipotesi speciali di confisca (anche) per equivalente, che continuano a destare incertezze e oscillazioni interpretative nella giurisprudenza di legittimità¹.

Lo attestano anche due recenti sentenze della II Sezione della Corte di Cassazione, che, nello specifico, hanno riguardato provvedimenti cautelari reali funzionali alla confisca del profitto derivante, rispettivamente, da fatti di corruzione (art. 322-ter c.p.) e truffa ai danni dello Stato (art. 640-*quater* c.p.)².

Entrambe, inoltre, hanno richiamato adesivamente il fondamentale arresto delle Sezioni Unite nel *leading case* “Impregilo” (di seguito anche “sentenza *Impregilo*”)³, specificamente riguardante le previsioni contenute negli artt. 19 e 53 del d.lgs. n. 231 del 2001, in materia di responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi. Come vedremo, però, l'adesione è stata meramente esteriore, poiché smentita, nella sostanza, da una profonda rivisitazione dei *dicta* delle Sezioni Unite.

1. V., per un quadro generale, oltre agli Autori menzionati nel prosieguo della trattazione, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, pp. 2103 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, spec. pp. 51 ss., pp. 249 ss. e pp. 311 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, spec. pp. 539 ss., pp. 564 ss.; i contributi raccolti nel volume collettaneo a cura di BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, tomi I e II, Torino, 2011. Nella dottrina processualpenalistica v., da ultimo, VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, spec. pp. 86 ss., 99 ss., 241 ss.

2. Si tratta di Cass., sez. II, 20 dicembre 2011-29 marzo 2012, n. 11808 e di Id., 22 febbraio 2012-31 maggio 2012, n. 20976. Entrambe le sentenze sono state pubblicate in *Diritto penale contemporaneo*, con commento di BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, 13 settembre 2012.

3. Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, *Impregilo* s.p.a. e altre, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1750 ss., con note di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, ivi, pp. 1758 ss. e LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, ivi, pp. 1788 ss.

Necessita, in via preliminare, ripercorrere brevemente i passaggi salienti della sentenza *Impregilo* delle Sezioni Unite della Cassazione.

Chiamata a precisare il concetto di profitto confiscabile, la Corte regolatrice aveva esercitato il suo magistero postulando, almeno nell'ambito di attività imprenditoriali lecite e connotate dalla presenza di un rapporto sinallagmatico con il danneggiato, una 'terza via' rispetto alla classica dicotomia 'ricavo lordo/utile netto'⁴.

In linea di principio, l'identificazione del profitto con l'utile netto della gestione aziendale era stata perentoriamente respinta, essendosi esclusa "l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico", per dare concreto significato operativo alla nozione in esame. In termini generali, così, il profitto del reato *ex artt.* 19 e 53 del d.lgs. n. 231/2001 era stato definito come il "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto". Un concetto la cui latitudine si estende ad abbracciare l'intero compendio dei benefici patrimoniali derivanti dall'illecito, con l'unico filtro garantistico della pertinenzialità del profitto – nel senso di "res" o di "valore equivalente" – al reato, vale a dire dell'esistenza di un nesso di causalità diretta tra questi due elementi.

Il giudice di legittimità, però, non aveva disconosciuto le peculiarità dei rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive, in cui al disvalore del reato, fa da contraltare, di norma, la densa dinamica dei costi leciti diretti all'attuazione del programma negoziale: costi di produzione, imposte e tasse, oneri previdenziali, ecc. Di qui la fissazione di una regola accessoria, derogatoria del principio generale, secondo cui "nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, il profitto confiscabile va concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato". Infatti, secondo la Suprema Corte a Sezioni Unite, in un regolamento contrattuale viziato, nella formazione della volontà negoziale o nella successiva esecuzione, dalla commissione di un reato, il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita dal soggetto responsabile in favore della controparte non può dirsi di diretta derivazione criminosa; *ergo*, non può essere imputato al profitto espropriabile.

In ogni caso, la "derogabilità" del *Bruttoprinzip* è stata vincolata a due precise condizioni: 1) il rapporto contrattuale deve collegarsi alla sfera negoziale di un'impresa 'lecita', cioè non dedita, esclusivamente o prevalentemente, alla perpetrazione di reati; 2) la condotta criminosa non deve aver contaminato integralmente d'illiceità l'attività negoziale. In breve: il contratto deve essere in sé lecito, ancorché annullabile a causa di un fatto penalmente sanzionato (cd. "reato in contratto").

Al contrario, ove l'illecito penale rifletta l'ordinaria proiezione criminosa dell'attività imprenditoriale (cd. "impresa criminale"), ovvero si immedesima con il negozio giuridico, dando luogo ad un cd. "reato contratto", non v'è spazio per prestazioni lecite rese in attuazione del programma negoziale. Per l'effetto, qualsiasi vantaggio economico scaturente dall'esecuzione del contratto dovrà essere ritenuto conseguenza immediata e diretta di quel reato, legittimandone l'integrale *adprehensio*. Volendo esemplificare: una cosa è la vendita di stupefacenti il cui corrispettivo è, al pari del negozio che ne determina il passaggio di proprietà, geneticamente e intrinsecamente illecito, altro è la condotta corruttiva realizzata a monte o nell'esecuzione di un contratto di appalto che la parte danneggiata ben può decidere di tenere in vita, trattenendo le utilità derivanti dalle prestazioni contrattuali utilmente rese alla controparte. In quest'ultimo caso, secondo le Sezioni Unite, "è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido *inter partes* è il contratto [...], con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente".

Questo, in estrema sintesi, il punto di equilibrio individuato dalle Sezioni Unite tra la teoria dei *gross proceeds* e quella dei *net proceeds*.

4. Cfr. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem*, cit., p. 1791.

Rispetto alla precedente dialettica dottrinale e giurisprudenziale, il mutamento di prospettiva appare evidente. Cambiano in particolare i referenti soggettivi dei valori scomputabili dal profitto suscettibile di ablazione. *A parte subiecti*, infatti, l'*utilitas* deducibile secondo le Sezioni Unite, è l'effettivo vantaggio che il *danneggiato* ottiene dall'esecuzione, ancorché parziale, delle pattuizioni contrattuali; i *costi*, invece, costituiscono gli esborsi sostenuti dal reo-*danneggiante*, i quali non si traducono automaticamente in utilità per il soggetto danneggiato. Pertanto, in presenza di un contratto illecitamente acquisito, secondo questa impostazione, occorre verificare, in concreto, se le somme investite nel corso della sua attuazione abbiano, in modo tangibile, giovato al danneggiato, consentendogli di ottenere, almeno in parte, il risultato atteso.

3

INCERTEZZE RESIDUE: L'INDETERMINATEZZA DEL CONCETTO DI *UTILITAS* TRATTA DAL DANNEGGIATO

Senonché, anche la nozione di "utilità" eventualmente conseguita dal danneggiato lascia aperte diverse incognite. La principale attiene, anche questa volta, al metodo di computo cui attenersi. Volendo sfogliare, senza pretese di completezza, la rosa delle possibili opzioni, meritano di essere segnalati soprattutto i seguenti parametri: a) il corrispettivo pattuito, decurtato della parte di *utilitas* eventualmente non corrisposta in caso di adempimento parziale o inesatto; b) il valore di mercato della prestazione effettivamente eseguita; c) l'entità dei costi congrui ed inerenti sostenuti per l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, maggiorata del margine di guadagno medio determinato statisticamente⁵. Probabilmente, non v'è una '*one best way*', un metodo ottimale per qualsiasi situazione. Sicuramente, però, il primo dei criteri indicati, cioè quello che assume a parametro il corrispettivo pattuito, è del tutto insoddisfacente laddove il reato abbia proprio consentito di ottenere condizioni negoziali indebitamente più vantaggiose. Ad esempio, mediante il versamento di una tangente il privato potrebbe spuntare, nel vendere un immobile, un prezzo assai più lucroso di quello normalmente praticato in situazioni simili. Nella specie, è d'uopo far riferimento al valore di mercato dell'immobile, anziché a quello stabilito in contratto (torneremo sulla questione nel § 8).

In effetti, nella maggior parte dei casi il criterio del valore di mercato appare il più congruo per calcolare l'effettiva *utilitas* conseguita dal danneggiato. Purtroppo è anche il più oneroso in chiave probatoria⁶ e richiede, altresì, la previa fissazione del momento cui far riferimento per effettuare la stima: data di stipula del contratto ovvero di esecuzione della prestazione?

3.1

ULTERIORI SPAZI DI AMBIGUITÀ DELLA SENTENZA *IMPREGILO* DELLE SEZIONI UNITE

Al di là dei problemi di determinazione dell'*utilitas*, l'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite, ben più articolato di quello qui sommariamente schematizzato, può dare adito ad interpretazioni contrastanti anche rispetto ad altri passaggi della motivazione.

Di seguito, intendiamo soffermarci, in particolare, su due spazi di ambiguità, i quali hanno trovato nelle sentenze menzionate in epigrafe l'occasione per una rimediazione: 1) il *quantum* del profitto confiscabile in un contesto di regolare esecuzione di un contratto pur viziato, nella genesi, da un illecito penale; 2) l'incerta distinzione tra "reati in contratto" e "reati contratto".

5. Sia consentito, sul punto, il rinvio a MONGILLO, *La confisca del profitto*, cit., p. 1784; ID., *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro a fini di confisca)*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1-2010, p. 175. V. anche EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1278, il quale fa riferimento ai costi più una quota di utile da determinare secondo equità o, in alternativa, al valore di costo della prestazione eseguita; LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le società*, 2009, p. 366 (valore di mercato).

6. Si pensi alla complessità di monetizzare le prestazioni rese, nel corso di vari anni, in esecuzione di un contratto avente ad oggetto il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani in una determinata regione, come nel caso *Impregilo*.

4

LA QUANTIFICAZIONE DEL PROFITTO IN SITUAZIONI DI REGOLARE ESECUZIONE DI UN CONTRATTO OTTENUTO ILLECITAMENTE

Dal primo punto di vista, si presta a letture eccessivamente indulgenti per i responsabili di un illecito “amministrativo” ex d.lgs. n. 231/2001 o di un illecito penale individuale⁷, la seguente affermazione delle Sezioni Unite: “il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall’obligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*, non può costituire una componente del profitto da reato, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi *sine causa* o *sine iure*”.

Giova anche in questo caso partire da un esempio. Tizio, amministratore di una società corrompe un pubblico ufficiale, ottenendo l’aggiudicazione di un contratto di costruzione di un edificio pubblico a detrimento dei concorrenti reali o potenziali; il prezzo pattuito non è alterato dalla corruzione, ma corrisponde ai valori di mercato; il contratto viene integralmente eseguito, consentendo all’impresa di incamerare l’intero corrispettivo pattuito, pari a 100 milioni di euro. Orbene, adottando il *gross revenue method* (ricavo complessivo del reato)⁸, siccome il contratto è stato ottenuto con mezzi illeciti, l’intero corrispettivo andrebbe acquisito al patrimonio dello Stato⁹. All’opposto, applicando alla lettera le summenzionate direttive delle Sezioni Unite, il *quantum* confiscabile si ridurrebbe a zero, non essendo identificabile un “profitto da reato”. Nel caso indicato, infatti, la somma complessivamente percepita dall’ente è perfettamente bilanciata dal valore della controprestazione erogata alla p.a. Sennonché, un simile approdo sarebbe francamente troppo benevolo per l’autore dell’illecito, e in definitiva inaccettabile alla luce degli obiettivi di efficacia preventiva perseguiti dal legislatore con l’introduzione dell’istituto della confisca per equivalente¹⁰. Infatti, anche la *societas* o l’imprenditore individuale, responsabili di un reato di corruzione, che abbiano interamente adempiuto alle obbligazioni contrattuali, avranno, in condizioni di ordinaria redditività, incamerato un guadagno. Si tratta proprio dell’utile aziendalistico, vale a dire i ricavi meno i costi di gestione del contratto, ripudiato dalla sentenza *Impregilo* come base di calcolo del profitto confiscabile.

Nell’articolazione sillogistica delle Sezioni Unite si annidava quindi il germe di un paradosso: la vaporizzazione del profitto confiscabile ad onta della redditività dell’affare illecitamente acquisito. Un esito assai distante dalla *voluntas legis* e persino criminogeno, tutte le volte in cui l’operatore economico si convinca che la sanzione pecuniaria eventualmente irrogabile – anche a prescindere dalla ridotta probabilità di scoperta dell’illecito – sarebbe assai inferiore al lucro ricavabile dal rapporto contrattuale viziato dal reato.

5

LA LUNGA – E ACCIDENTATA – MARCIA DELL’UTILE NETTO. LA SENTENZA N. 11808/2012 DELLA SUPREMA CORTE

Merita, a questo punto del discorso, analizzare il caso oggetto della sentenza n. 11808/2012 (di seguito anche “sentenza *Angelucci*”), così riassunto dalla II Sezione della Cassazione: attraverso una corruzione propria aggravata, un’azienda sanitaria otteneva un appalto di gestione delle residenze sanitarie assistenziali della Regione Puglia; l’appalto durava sette anni e veniva regolarmente eseguito dall’aggiudicatario corruttore, facendo maturare un utile netto di gestione di circa 7 milioni di euro; tale importo veniva sequestrato sia alla società che al suo amministratore, in applicazione del c.d.

7. Espressamente, sull’estensibilità dei principi dettati dalla sentenza *Impregilo* in tema di confisca a carico delle persone giuridiche ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001, alle ipotesi di confisca, e ai sequestri ad essa funzionali, riguardanti persone fisiche, ad es., Cass., sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 17064, in *Dir. & Giust.*, 5 maggio 2011.

8. Sul piano comparatistico, tale metodo è quello normalmente utilizzato, ad es., dalle corti inglesi, nel caso di contratti acquisiti con modalità corruttive. Esso si fonda sull’assunto che, senza l’illecito, il contratto non sarebbe stato ottenuto, cosicché nessuna deduzione andrebbe concessa al reo: cfr. OECD-StAR, *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A Joint OECD-StAR Analysis*, 30 marzo 2012, pp. 30, 50 ss. Sul punto v. anche MONTHEITH, *The Bribery Act 2010 (3): Enforcement*, in *Crim. Law Review*, n. 2, 2011, 118, che illustra anche le differenze esistenti tra Regno Unito e Stati Uniti, nel computo dei profitti illecitamente conseguiti mediante condotte corruttive.

9. In tal senso, nella dottrina italiana, AMATO, *La confisca “per equivalente” del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 3/2009, p. 150.

10. Cfr. su questa potenziale incongruenza, MAUGERI, *La confisca nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Relazioni tenute nell’incontro 2924, 17/09/2008*, p. 87, reperibile sul sito *appinter.csm.it*, secondo cui la posizione delle Sezioni Unite “non sembra condivisibile perché si finisce per escludere la confisca del profitto del crimine che in questo caso si identifica con il guadagno derivante dall’esecuzione del contratto”; BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell’art. 19, d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 3/2012, p. 184, che per questa ragione propende per il criterio dello “scomputo dei costi effettivamente sostenuti per dare esecuzione alla prestazione”; e, volendo, anche MONGILLO, *La confisca del profitto*, cit., p. 1786.

principio di solidarietà passiva, costantemente applicato nella prassi giudiziale italiana. Pertanto, nella specie, all'aggiudicazione illecita del contratto aveva fatto seguito la corretta attuazione del programma negoziale: proprio la sequenza che, nello schema interpretativo tracciato dalle Sezioni Unite, appare foriera di incongruenze applicative.

La sentenza *Angelucci* sembra aver opportunamente "corretto" sul punto il costruito motivazionale delle Sezioni Unite, benché non l'abbia fatto *expressis verbis*, ma sotto la parvenza di una sostanziale concordia¹¹.

Non può sfuggire, infatti, la disparità di accenti e di esiti applicativi potenzialmente scaturenti dalle tesi della II Sezione e delle Sezioni Unite.

Per queste ultime – lo si ricorda – il "corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*, non può costituire una componente del profitto da reato".

Il ragionamento della II Sezione, invece, si snoda dalle seguenti premesse: "se il fatto penalmente rilevante (ad esempio, una corruzione) ha inciso sulla fase di individuazione dell'aggiudicatario di un pubblico appalto, ma poi l'appaltatore ha regolarmente adempiuto alle prestazioni nascenti dal contratto (in sé lecito), il profitto del reato per il corruttore non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica". Ed ecco la conclusione: "Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa".

Questo epilogo ermeneutico, a ben vedere, ha le sembianze di un enunciato assertivo, più che di una deduzione logica. La sua base dimostrativa, infatti, non si ricava dalle premesse indicate, ma da un autonomo postulato politico-criminale che sfocia in una definizione stipulativa: in presenza di un'attività di impresa che si svolge in un contesto lecito di base, è giusto e congruo identificare il profitto confiscabile con l'utile netto dell'operazione economica corrotta dall'illecito. Se – come ribadisce la II Sezione, sulla scia delle Sezioni Unite – il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita, utilmente eseguita e accettata dalla controparte, non costituisce profitto confiscabile, tale non può reputarsi, per forza logica, neppure l'utile netto dell'attività di impresa. Quest'ultimo, infatti, è parte del corrispettivo che si assume, nel caso indicato, come lecito.

In conclusione, il principio sancito dalla II Sezione ci sembra condivisibile nella misura in cui evita di sottrarre *in toto* al raggio operativo della misura ablatoria le operazioni economiche viziate da un reato, ma connotate da una corretta esecuzione negoziale. Dal punto di vista della *ratio decidendi*, però, il succinto discorso giustificativo alla base del principio di diritto enunciato, non segue le cadenze argomentative delle Sezioni Unite¹², discostandosene sensibilmente¹³.

6

VERSO UNA GENERALIZZAZIONE DEL CRITERIO DELL'UTILE NETTO NEL DOMINIO DEI "REATI IN CONTRATTO"?

Se la portata innovativa della sentenza *Angelucci* si esaurisse nella riconsiderazione del *quantum* confiscabile in situazioni di regolare esecuzione di un contratto illecitamente ottenuto, la sua portata potrebbe apparire persino estensiva rispetto alla sentenza *Impregilo*.

Tuttavia, la II Sezione, nella pronuncia in questione, sembra essersi spinta oltre, additando l'utile netto quale referente contenutistico del profitto confiscabile in tutte le situazioni di c.d. "reato in contratto", a prescindere, quindi, dall'esattezza o meno dell'adempimento

11. Peralto, va evidenziato che tale sentenza nasce da un ricorso della pubblica accusa, nel quale, oltre ad una questione in materia di giudicato cautelare, ci si doleva del fatto che il tribunale del riesame avesse qualificato la corruzione come 'reato in contratto', anziché come 'reato contratto', senza contestare, invece, la validità del criterio dell'utile netto ai fini del computo, nel primo caso, del profitto confiscabile.

12. E' da notare che anche un'altra sentenza citata adesivamente dalla II Sezione (Cass., sez. VI, 29 aprile 2009, n. 17897, Ferretti, rv. 243319), concernente un caso di corruzione finalizzata alla proroga di una concessione di lavori di manutenzione, non sembra aver sposato il criterio dell'utile netto. In essa può, infatti, leggersi che "il profitto del reato di corruzione consiste nella differenza tra quanto dovuto e quanto effettivamente corrisposto. Vale a dire: «differenza tra corrispettivo (e non costo) dell'appalto e reale prezzo di mercato», pur dovendosi riconoscere (SS.UU. 27 marzo 2008 citata) che tale differenza non può essere conteggiata in termini strettamente aziendalistici".

13. Sulle differenze tra il disposto della sentenza *Impregilo* e l'orientamento della maggioritaria dottrina, favorevole al criterio dell'utile netto, v. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2ª ed., Milano, 2010, p. 244.

e dall'attuazione, parziale o integrale, dei vincoli negoziali. In effetti, alla lettura delle seguenti asserzioni, la prospettiva sembrerebbe essere generalizzante: "rilevato che il delitto per cui si procede è un'ipotesi di corruzione propria e che questa si configura chiaramente come un «reato in contratto», è corretto aver limitato l'oggetto del sequestro preventivo ai fini della confisca per equivalente al solo profitto netto del contratto posto a valle dell'attività corruttiva"; "il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato unicamente dal guadagno conseguito in esito all'esecuzione dello scambio sinallagmatico, al netto dei costi sostenuti per l'effettuazione della prestazione di cui ha fruito la p.a."

In quest'ordine d'idee, la confisca per equivalente del profitto manterrebbe la fisionomia di congegno "a due velocità", alla stregua della *summa divisio*, tracciata dalle Sezioni Unite, tra "reati contratto" e "reati in contratto"¹⁴. Tuttavia, rispetto a questi ultimi, nell'impostazione della II Sezione si passa dalla deduzione delle utilità percepite dal danneggiato al diretto scomputo dei costi sostenuti dal reo per l'esecuzione del contratto.

La svolta non è di poco conto. Per discernerne appieno il senso rimarrebbe, però, un punto da precisare: la *base di calcolo* dell'utile netto.

Sotto questo profilo, tale paradigma esplicativo del profitto confiscabile si ramifica ulteriormente, a seconda che si attribuisca rilevanza, a fini della sottrazione dal ricavo conseguito: a) a tutti i costi o spese sostenuti nell'ambito dell'operazione economica (costi *tout court*), così da arrivare all'utile netto in senso aziendalistico; b) a tutti i costi lecitamente sostenuti per l'esecuzione del contratto: in breve, i costi *leciti*; c) oppure, ancor più restrittivamente, ai soli costi funzionali alla "regolare" esecuzione del contratto, *scilicet* quelli congrui e strumentali all'attuazione del programma negoziale, con esclusione delle spese lecite ma del tutto inutili nella prospettiva della controparte negoziale: deduzione dei soli costi *utili*¹⁵.

In vicende come quella oggetto della decisione *in re* "Angelucci", in cui il contratto aveva avuto regolare esecuzione, i *criteria* di cui ai punti b) e c) tendono a coincidere: tutti i costi sostenuti per adempiere al contratto sono anche utili. Ma in casi di parziale o inesatto adempimento, i riflessi pratici dell'una o dell'altra opzione non sarebbero affatto gli stessi. Ipotizziamo che una società abbia assunto l'obbligo di costruire due edifici e che, in fase esecutiva, abbia realizzato a regola d'arte il primo immobile e con numerosi difetti il secondo, tanto da ridurne il valore effettivo della metà, avuto riguardo al prezzo di mercato e/o a quello pattuito negozialmente. Applicando il parametro dei 'costi leciti', tutti gli esborsi effettuati al fine di adempiere al contratto, in quanto *non* intrinsecamente illeciti o strumentalmente diretti alla realizzazione del reato genetico, andrebbero detratti dal corrispettivo ricevuto. Invece, facendo riferimento al criterio dei costi utili, rilevarebbero in chiave riduttiva del *quantum* confiscabile solo le somme impegnate per realizzare una prestazione rispondente alle attese della controparte¹⁶.

7

RAGIONEVOLEZZA E FUNZIONALITÀ DEL CRITERIO DELL'UTILE NETTO "A BASE PARZIALE"

Abbiamo già avuto modo di notare come il criterio – coniato dalle Sezioni Unite – dell'utilità tratta dal danneggiato, risulti di dubbio fondamento teorico e spesso anche di ridotta funzionalità pratica, basandosi su parametri incerti e di scomoda gestione processuale¹⁷. Si pensi alle difficoltà di calcolare l'*utilitas* in un contratto di appalto pluriennale, di determinare il valore economico di prestazioni complesse, per le quali non

14. Come dichiara la stessa Cassazione: "Pur in assenza di una definizione legislativa delle nozioni di profitto e provento del reato, è indubbio che queste assumono significati diversi in relazione ai differenti contesti normativi in cui sono inserite".

15. Cfr., su quest'ultima opzione, GRASSO, *art. 240 c.p.*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 618.

16. Sotto quest'ultimo profilo, appare chiara anche la diversità rispetto al metodo di quantificazione del profitto confiscabile basato sullo scomputo dell'*utilitas* tratta dal danneggiato.

17. Di quest'avviso sono anche BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 1746 ss.; BEVILACQUA, *La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1135; SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in BARGI-CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, tomo II, cit., pp. 883 ss.

sia disponibile un “listino” di mercato facilmente accessibile, o, ancora, di distinguere tra profitto rinveniente da un cattivo adempimento del contratto inquinato da un illecito penale e profitto direttamente derivante dal reato¹⁸.

Sotto questo profilo, il metodo del “prelievo netto” appare senz’altro più fruibile sul piano applicativo. E’ indubbiamente più agevole calcolare, con l’ausilio di una perizia contabile, i costi di esecuzione di un contratto, tanto più nelle situazioni particolarmente complesse testé segnalate. Rispetto al criterio del ricavo lordo, inoltre, l’ancoraggio all’effettivo guadagno riduce il rischio di *overdeterrence* e di pregiudicare irrimediabilmente gli interessi di terzi innocenti: lavoratori, soci incolpevoli, creditori, ecc.

Come accennato nel paragrafo precedente, occorre, però, definire la *base di calcolo* dell’utile netto, vale a dire i costi cui attribuire rilievo nella quantificazione del profitto confiscabile.

A nostro avviso, il metodo da privilegiare è quello che potremmo denominare dell’“*utile netto a base parziale*”¹⁹. In quest’ottica, andrebbero ammessi in deduzione dai vantaggi direttamente derivanti dal reato i soli costi/spese lecitamente sostenuti per l’attuazione del programma negoziale. Sarebbe, infatti, assolutamente contraddittorio dal punto di vista della prevenzione generale positiva – aggregazione di consensi attorno ai valori tutelati²⁰ – che l’ordinamento da un lato vietasse un comportamento, e dall’altro valorizzasse in sede di quantificazione del profitto confiscabile anche gli investimenti illeciti o strumentali alla commissione del reato. Così, va escluso che possano intaccare il compendio confiscabile le tangenti versate per aggiudicarsi un affare (a prescindere dalla loro eventuale registrazione in contabilità sotto l’apparenza di spese legittime), la provvigione versata all’intermediario incaricato del pagamento corruttivo, le somme impiegate per ingannare la p.a. in ordine alla corretta esecuzione di un contratto, come ad esempio quelle investite per una falsa analisi tecnica del materiale fornito, ecc. Per queste ragioni va rifiutata l’identificazione del profitto suscettibile di confisca con l’utile netto aziendalistico o “utile netto a base totale”.

Neppure ci sembra appagante e del tutto consona il ricorso al criterio dei ‘costi utili’, che pure consentirebbe di escludere l’indiscriminata deducibilità di qualsiasi spesa sostenuta dal reo. L’utilità delle somme investite per eseguire una prestazione contrattuale è circostanza che merita di essere considerata nella sua *sedes* naturale, quella civilistica, dove i soggetti danneggiati da un’esecuzione inesatta, parziale o totalmente difforme, ben possono far valere le proprie ragioni risarcitorie e restitutorie²¹.

Espressa la nostra preferenza per il metodo della deduzione dei soli costi ‘leciti’, va notato che l’analisi comparata svela come, pure entro il perimetro tracciato da tale

18. E’ significativo che uno dei tronconi in cui, dopo il citato arresto delle Sezioni Unite, si è scisso il procedimento cautelare contro le società del gruppo Impregilo, vale a dire quello riguardante la tariffa di smaltimento dei rifiuti solidi urbani (RSU) regolarmente incassata dall’Ati, si sia concluso con una pronuncia favorevole alle società indagate, nella quale la Suprema Corte ha tra l’altro confermato l’*opinione* del Tribunale di Napoli, secondo cui l’impostazione accusatoria era viziata da una “inaccettabile assimilazione del cattivo adempimento della prestazione contrattuale al carattere penalmente illecito delle entrate da essa derivanti”. Cass., sez. VI, 5 luglio 2012, n. 26188, in www.rivista231.it. Giova segnalare, al riguardo, che alle società affidatarie del servizio di smaltimento dei RSU erano essenzialmente contestate condotte truffaldine intervenute nella fase di esecuzione del contratto; gli artifici o raggiri asseritamente posti in essere per l’aggiudicazione del medesimo erano, infatti, antecedenti all’entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001.

19. Ci siamo espressi in questo senso in MONGILLO, *La confisca del profitto*, cit., spec. p. 1172-1175. Analogamente già FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, pp. 71, 74 ss., 81 ss., che mette in rilievo la connotazione “riparativa” più che “punitiva” di un’ablazione limitata al mero “saldo attivo”. A conclusioni sostanzialmente coincidenti arrivano, partendo dal principio del ‘lordo’, MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 564 ss.; Id., *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 804; EPIDENDIO, *La nozione di profitto*, cit., pp. 1278 ss.; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, pp. 69 ss., 125 ss. Sulla “funzione essenzialmente restitutoria” della confisca, quale “misura volta non tanto a punire l’ente quanto a sottrarre al medesimo il prezzo o profitto dell’illecito”, altresì, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, 2ª ed., Bologna, 2009, p. 59 s.; VERGINE, *Il «contrasto» all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, p. 299 e *passim*. Reputa il criterio del ‘netto’ l’unico coerente con le “finalità compensative” della confisca anche PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLOSEI, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari, bancari, i reati di lavoro e previdenza, la responsabilità degli enti*, a cura di GROSSO, Milano, 13ª ed., 2007, p. 898.

20. Su questo concetto v., all’interno di una sistematica teleologica di derivazione costituzionale, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 96 ss., 109 ss.

21. Non si dimentichi, in relazione alla responsabilità da reato degli enti, neppure il disposto dell’art. 19, comma 1, seconda parte, del d.lgs. n. 231/2001, a norma del quale non può essere sottoposta a confisca la parte di profitto illecito “che può essere restituita al danneggiato”.

parametro, siano prospettabili diverse soluzioni. Ad esempio nella prassi giudiziale danese, nell'applicare il criterio del prelievo netto in materia di corruzione attiva, prevale la tendenza a ritenere deducibili solo le spese *direttamente* legate all'esecuzione del contratto, vale a dire i costi di produzione, vendita e distribuzione, escludendo, così, oltre ai costi illeciti (per esempio le tangenti mascherate come commissioni per "servizi post-vendita" e incorporate nel prezzo finale richiesto al cliente), le spese *indirette*, come i costi legati all'ammortamento delle attrezzature e quelli generali di amministrazione/finanza²². Invece, per fare un altro esempio, la giurisprudenza statunitense, in applicazione del *net profits method*, tende non solo ad escludere la detraibilità delle somme impiegate a fini corruttivi, ma anche a sommarle al profitto netto confiscabile, quando la società coinvolta le abbia registrate in contabilità tra i costi leciti, traendone beneficio anche dal punto di vista fiscale²³.

8

IL CRITERIO DELL'“EXTRA-VANTAGGIO”

Una puntualizzazione esigono le situazioni in cui il fatto illecito, ad esempio una corruzione propria, abbia avuto incidenza causale non tanto sulla stipula del contratto *in sé*, quanto sull'ottenimento di condizioni contrattuali più vantaggiose. Si pensi al caso in cui, anche in assenza del versamento di una tangente, la p.a. avrebbe acquistato ugualmente un immobile o una fornitura di beni, giacché rispondenti ad effettive necessità, ma la dazione indebita abbia permesso all'*extraneus* di spuntare un prezzo di vendita maggiore rispetto a quello di mercato. In questi casi, ancor prima di quantificare il profitto confiscabile, occorrerebbe aver chiaro che il "vantaggio di diretta derivazione causale dal reato" non s'identifica con l'intero importo contrattuale, ma solo con il "differenziale ingiustificato", e cioè con la plusvalenza impropriamente lucrata: differenza tra prezzo pattuito e prezzo di mercato²⁴.

Ai fini della determinazione del *quantum* ablabile ci si potrebbe arrestare qui, come in effetti fa la giurisprudenza, adottando il metodo dell'“extra-vantaggio”. Occorre chiedersi, però, se ciò sia del tutto lineare allorché l'impresa coinvolta nell'illecito non sia stata in grado di eseguire la prestazione ai costi standard, da cui dipende, essenzialmente, il valore di mercato di un bene. In questa situazione, il guadagno effettivo ben potrebbe essere assai inferiore allo scarto tra il prezzo di mercato e il corrispettivo negoziale. Pertanto, sarebbe più corretto, anche per ragioni di uniformità di trattamento rispetto alla casistica sopra considerata, applicare pure nelle ipotesi ora in esame il suddetto criterio dell'utile netto a base parziale, così da dedurre dalle somme effettivamente incassate tutti i costi sostenuti per l'esecuzione della controprestazione (ad esempio per ottenere la fornitura di beni). Ciò, ovviamente, senza pregiudizio del diritto dell'Amministrazione di ottenere, in sede civilistica, la restituzione dell'intera eccedenza rispetto a quanto avrebbe versato in assenza dell'illecito.

In ogni caso, il metodo del “profitto eccedente” è stato applicato dalla Suprema Corte anche in materia di truffa nel conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.). In quest'ambito, secondo la Corte regolatrice, l'entità del profitto muta a seconda dell'intensità dell'attività fraudolenta. Così, ove sia stata prospettata una realtà che abbia permesso alla società 'soltanto' di ottenere arbitrariamente erogazioni maggiori di quelle a cui avrebbe avuto diritto, l'illecito arricchimento non copre l'intero importo corrisposto alla società, ma solo la differenza tra il percepito e ciò a cui si aveva titolo²⁵. Diversamente, qualora in assenza della frode il rapporto contrattuale non si sarebbe in

22. V. OECD-StAR, *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*, cit., p. 31.

23. OECD-StAR, *op. cit.*, p. 47-49.

24. Così, in applicazione dell'art. 322-*ter* c.p., Cass., sez. II, 13 aprile 2007, n. 15082, rv. 236468; Id., sez. VI, 13 novembre 2008, n. 44995, rv. 242136; Id., sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 46215, rv. 246495.

25. In questo senso, in un caso di radicale simulazione di operazioni destinate ad ottenere finanziamenti integralmente non dovuti: Cass., sez. II, 12 maggio 2011, n. 35355, Meraglia, rv. 251178. V. anche Cass., sez. VI, 23 novembre 2010, n. 45504, Marini, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2211.

nessun caso perfezionato, l'intera erogazione ricevuta deve ritenersi indebita e in quanto tale suscettibile di confisca²⁶.

9

L'INCERTA DISTINZIONE TRA "REATI CONTRATTO" E "REATI IN CONTRATTO". LA QUALIFICAZIONE DELLA TRUFFA COME "REATO CONTRATTO" IN UNA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE (N. 20976/2012)

Sorprendente, e questa volta palesemente incongruo, appare l'epilogo decisivo nell'altra sentenza della II sezione della Cassazione cui si è fatto riferimento all'inizio: la n. 20976 del 2012. Risalta, in particolare, la discrasia con il provvedimento appena esaminato, e viepiù con l'indirizzo delle Sezioni Unite.

Tutto il percorso decisivo della sentenza *Impregilo* muoveva da questa premessa: le condotte truffaldine realizzate a monte o a valle della stipula di un contratto integrano un "reato in contratto", con la conseguenza che "il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente". E, infatti, nel caso *sub iudice*, l'illecito "amministrativo" addebitato alle imprese aggiudicatrici del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani nelle province campane dipendeva proprio dal delitto di truffa alla p.a. (art. 640 cpv. c.p.).

Invece, in quest'ultimo arresto della II Sezione, dopo la citazione di rito della sentenza delle Sezioni Unite, si conclude, del tutto apoditticamente, in modo antitetico: "nella specie, il reato per il quale è stato disposto il sequestro è costituito da una truffa ai danni dello Stato. Trattasi di un «reato contratto», alla stregua della ricostruzione giuridica della figura illustrata nelle pagine precedenti. Conseguenza che, essendovi la totale immedesimazione del reato con il negozio giuridico, l'intero prezzo è sequestrabile, senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo ed il profitto". La motivazione termina qui.

Si sarebbe tentati di derubricare ad accidentale svista questo pronunciamento. Peraltro, esso è il sintomo di un più generale malessere, meglio di una falla nel proteiforme regime legale della confisca (*rectius*, delle "confische"). La sentenza *Impregilo* poggia su una categorizzazione prettamente dottrinale, non ancora consolidata nelle premesse teoriche e ancor più incerta nelle declinazioni pratiche. Manca, è persino banale osservarlo, un inventario formale di "reati in contratto" e di "reati contratto", da cui il giudice possa attingere, selezionando così la regola da applicare al caso concreto, mediante meccaniche operazioni di sussunzione²⁷. Ciò conferma che la legalità penale è oggi un valore sostanzialmente disatteso nel delicatissimo e decisivo settore della confisca per equivalente.

Nondimeno, se v'era un reato di cui non si dubitava circa la sua riconducibilità al novero dei "reati in contratto", questo era proprio la truffa. Spesse nubi avvolgevano, piuttosto, la corruzione, in passato qualificata come "reato contratto" dalla giurisprudenza civilistica²⁸, almeno avuto riguardo al *pactum sceleris*, intrinsecamente illecito e

26. Così, Cass., sez. III, 10 maggio 2012, n. 17451, in *www.rivista231.it*, la quale ha annullato la decisione della Corte di appello di Catanzaro che, in applicazione del criterio del ricavo lordo, aveva confermato l'applicazione della confisca sull'intero importo della somma corrisposta dall'ente erogante. Invece, secondo la Corte regolatrice, essendosi in presenza di operazioni sovrappagate e non integralmente simulate, l'ablazione avrebbe dovuto riguardare solo la minor somma corrispondente alla maggiorazione dei costi documentati attraverso supporti ideologicamente falsi, "restando lecitamente percepiti da parte della società quelli corrispondenti alle prestazioni effettive che la società stessa [aveva] retribuito ai fornitori".

27. Sulla distinzione tra "reati-contratto" e "reati in contratto" la trattazione più approfondita è quella della LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, *passim*, spec. pp. 3 ss., 20 ss., 438 ss., in cui l'Autrice enuclea, in aggiunta alle tradizionali categorie dei "reati-contratto", nei quali il fatto penalmente sanzionato coincide con la proposta contrattuale, la conclusione del contratto o l'esecuzione delle relative obbligazioni, e dei "reati in contratto", in cui il reato consiste nell'illecito commesso da uno dei contraenti nella conclusione di un contratto che di per sé può risultare del tutto lecito (ad es. estorsione, truffa contrattuale), quelle dei "reati di violazione di obblighi connessi alla stipulazione di un contratto", "nei quali il fatto tipico consiste nel comportamento tenuto da uno dei contraenti – o, in certi casi, da entrambi – in un momento successivo alla conclusione del contratto, in violazione degli obblighi derivanti, direttamente o indirettamente, dalla stipulazione dell'atto" (ad es. inadempimento o frode nelle pubbliche forniture), ed altresì dei "reati di omessa stipulazione di un contratto". Spunti in tal senso già in GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, 2ª ed., Milano, 1952, pp. 234 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 37 ss.; VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 467 ss. Più di recente, v. anche LIBERATI, *Reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998; da una prospettiva civilistica, DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, Napoli, 2003.

28. Rammentano l'inquadramento della corruzione come causa di nullità del contratto, nella giurisprudenza civilistica, PELISSERO, *Il sequestro preventivo e la confisca anche per equivalente. Ricadute sulla responsabilità dell'ente derivante da reato*, relazione tenuta al C.S.M., 9 luglio 2009, p. 35; MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 803. Descrive "la corruzione – almeno nel nostro ordinamento – [...] un tipico reato-contratto bilateralmente illecito", MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 780. Nella dottrina civilistica, sulla corruzione come

10 CONCLUSIONI

pertanto nullo. Sotto questo profilo, detto incidentalmente, a diverse conclusioni potrebbe – a nostro avviso – pervenirsi, almeno ai fini del diritto penale, circa l'esecuzione del rapporto contrattuale discendente dall'implementazione dell'accordo corruttivo, nel senso cioè della sua riconduzione allo schema del "reato in contratto".

In ogni caso, mentre la sentenza in discorso ha affermato l'appartenenza della truffa al *genus* dei "reati contratto", escludendo così l'applicazione del criterio dell'utile netto, nella di poco anteriore sentenza *Angelucci* la Cassazione non ha avuto alcun tentennamento nel qualificare la corruzione come "reato in contratto". Un divario interpretativo di cui riesce assai arduo rintracciare il *rationale*.

E il momento di tirare le fila delle riflessioni svolte.

Con i più recenti arresti della Suprema Corte, il regime della *value confiscation* si conferma complesso, incerto e ricco d'insidie ermeneutiche. Non è bastato l'intervento delle Sezioni Unite per conferire all'istituto un assetto stabile ed esiti applicativi sufficientemente prevedibili.

In altra sede avevamo pronosticato che alcuni degli approdi interpretativi cui la giurisprudenza di legittimità era pervenuta, sarebbero stati rivisti nella successiva elaborazione, e che pertanto altri sforzi ermeneutici si sarebbero resi necessari per giungere a un consolidamento definitivo della materia²⁹.

Il recupero del principio del "netto", emerso in una parte della più recente giurisprudenza di legittimità, ci sembra vada nella giusta direzione. Anche l'analisi comparata rivela che l'alternativa fondamentale è quella tra *Bruttoprinzip* e *Nettoprinzip*, con tutte le possibili sfumature. "Terze vie" sono poco praticabili o provocano più questioni – sistematiche, interpretative, applicative – di quante ne risolvano.

Tuttavia, al di là dei margini di ambiguità presenti nella sentenza delle Sezioni Unite, era difficile immaginare un suo utilizzo quasi camaleontico, ai limiti dell'"opportunismo" giudiziario. Ovviamente, anche i principi di diritto enunciati dal Consesso che costituisce la massima espressione della funzione nomofilattica, possono essere rivisti, emendati e persino rovesciati da successive pronunce; le decisioni delle Sezioni Unite – è ovvio – non hanno valore di legge. Tuttavia, un *revirement*, in questi casi, ancor più che nella dialettica tra sezioni semplici o all'interno di singole sezioni del giudice di legittimità, non dovrebbe mimetizzarsi dietro la citazione retorica del precedente³⁰. Lo esigono ragioni di trasparenza, chiarezza discorsiva e, non da ultimo, di garanzia, specie quando le svolte ermeneutiche diano luogo ad esiti *in malam partem*, come avvenuto nella succitata sentenza n. 20976/2012.

Non siamo certi che, d'ora in poi, il principio dell'utile netto dominerà in modo incontrastato nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Probabilmente non mancheranno sentenze che si riannoderanno in modo più puntuale e fedele ai dettami delle Sezioni Unite³¹.

Pertanto, l'impressione che si ricava dall'attuale stato dell'elaborazione giurisprudenziale *in subiecta materia* è l'assenza di qualsiasi argine al libero fluire delle interpretazioni giudiziali. Siamo abbondantemente oltre i margini di 'manovra ermeneutica'

reato-contratto perché illecito nel motivo, v. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2ª ed., 2008, p. 448.

29. MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2332 ss., spec. p. 2357.

30. Viene alla mente una decisione della II sezione, in materia di concorso esterno in associazione mafiosa, che confutò, punto per punto, il precedente *Demitry* delle Sezioni Unite: *Cass.*, sez. V, 23 gennaio 2001, n. 3299, Vellecco, in *Foro it.*, 2001, II, 405.

31. V., nella più recente giurisprudenza di legittimità, *Cass.*, sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 17064, cit., che in materia di truffa aggravata ha annullato un'ordinanza di sequestro in quanto "il Tribunale avrebbe dovuto verificare se oltre all'esistenza di un vantaggio economico derivante direttamente dal reato e che poteva essere oggetto di confisca, non fosse individuabile anche una porzione di incremento economico determinato da una prestazione lecita eseguita in favore del Comune [...] nel corso del rapporto contrattuale relativo alla gestione del servizio di rifiuti urbani, che avrebbe rappresentato il profitto non confiscabile, nella misura in cui fosse estraneo all'attività criminosa posta in essere".

che possono essere concessi al giudice penale, in un sistema vincolato al principio della riserva di legge. Allo stato, non v'è istituto sanzionatorio, sia del diritto penale individuale, sia del diritto punitivo concernente gli enti collettivi, che presenti contorni contenutistici così imprecisi ed ambigui. In assenza di qualsiasi delucidazione legislativa, il profitto è concetto connotato da incoercibile vaghezza, malleabile nelle mani degli organi dell'accusa e di quelli giudicanti.

Questa incertezza, invero, non è appannaggio esclusivo del nostro sistema giuridico. In sede internazionale, l'OCSE ha di recente dedicato una pubblicazione *ad hoc* al tema dell'identificazione e quantificazione dei *proceeds of bribery*, reputandolo evidentemente un profilo nevralgico per una coordinata ed efficace azione di lotta alla corruzione in ambito internazionale³². Dagli ordinamenti messi a confronto emerge un'estrema varietà di strumenti ablatori, penali ed extrapenali, nonché di nozioni di profitto illecito confiscabile e di modelli di quantificazione³³. In vari ordinamenti nazionali, inoltre, la questione della determinazione del profitto ablabile ha dato luogo, come da noi, ad oscillazioni giudiziali³⁴.

Senonché, “mal comune” – nel diritto penale – non è mai “mezzo gaudio”. In particolare, ci sembra assolutamente inaccettabile che l'indeterminatezza di uno strumento sanzionatorio possa annebbiare il suo stesso oggetto. E' tempo di chiedersi se una simile nebulosità concettuale sia compatibile con il principio costituzionale di legalità della pena, *sub specie* determinatezza/tassatività³⁵, il quale, per ovvie ragioni di garanzia, è estensibile anche a sanzioni particolarmente incisive come quella in esame, a prescindere dalla nomenclatura formale³⁶. La definizione lata di “sanzione penale” (*penalty*) adottata dalla Corte EDU di Strasburgo appare dirimente sul punto³⁷. Essa, a nostro avviso, può essere estesa anche a sanzioni dalla prevalente finalità ripristinatoria, come la confisca *ex art.* 19 d.lgs. n. 231/2001, stante la componente afflittiva comunque insita nell'obbligatorietà, a seguito di condanna dell'ente, dell'espropriazione di beni economici ad esso appartenenti a favore dello Stato.

La lotta all'accumulazione di capitali illeciti, mediante efficaci strumenti ablatori,

32. Si ricorda che ai sensi dell'art. 3(3) della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997, “ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie affinché la tangente e i proventi derivanti dalla corruzione di un pubblico ufficiale straniero, o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi, siano soggetti a sequestro e a confisca o affinché sanzioni pecuniarie di simile effetto siano applicabili”. Il *Commentario* 21 alla Convenzione definisce i proventi della corruzione come “the profits or other benefits derived by the briber from the transaction or other improper advantage obtained or retained through bribery”. Nello stesso senso, v. l'art. 31 della Convenzione ONU contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, e ratificata dall'Italia con la l. n. 116/2009.

33. OECD-StAR, *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*, cit.

34. V., con riferimento all'esperienza tedesca, dove la questione del profitto confiscabile ha dato vita ad interpretazioni contrastanti in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità, RÜBENSTAHL, *Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien*, in questa *Rivista*, 2012, n. 2, pp. 6 ss. Cfr., in tema di responsabilità degli enti, BÖSE, *Corporate Criminal Liability in Germany*, in Pieth - Ivory, *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2011, pp. 241 ss., che si sofferma anche sulla nozione di profitto illecito, che ai sensi del § 30 dell'OWiG costituisce una componente della Geldbuße applicabile agli enti.

35. Sulla determinatezza/tassatività della pena, v., *ex multis*, GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, nota a Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1468 ss., relativa alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 122 c.p.m.p. per eccessiva ampiezza della forbice edittale; MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, spec. p. 87-89; VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna* (2006), in Id., *Ultimi scritti*, Milano, 2007, pp. 212 ss. Sul rapporto tra legalità e discrezionalità in materia di risposte al reato, cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, 3ª ed., Torino, 2009, pp. 176 ss.

36. Come notato, con specifico riferimento alla confisca applicabile agli enti collettivi, da PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Le società*, 2012, p. 72, si tratta della “più invasiva e temuta delle conseguenze di una condanna *ex crimine* dell'ente”.

37. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Grecia*; Id., 8 giugno 1976, *Engel ed altri v. Paesi Bassi*; Id., 9 febbraio 1995, n. 307, *Welch v. Regno Unito* (in materia di confisca); Id., 10 giugno 1996, n. 19380, *Benham v. Regno Unito*; Id., 23 novembre 2006, n. 73053, *Jussila v. Finlandia*; Id., 30 agosto 2007, n. 75909, *Sud Fondi s.r.l. v. Italia*, che ha ritenuto “pena” ai sensi dell'art. 7 CEDU la confisca *ex art.* 141. n. 47/1985, poi art. 44, comma 2, d.p.R. n. 380/2001; Id., 27 settembre 2011, n. 43509, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. v. Italia*. Sul tema dei rapporti tra garanzie CEDU e confisca, v. FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in Id. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 143-146; MANES, *La confisca “punitiva” tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 534 ss.; MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2012, spec. pp. 4 ss. Evidenzia, limpidamente, gli “effetti riduttivi” del diritto penale interno, sin qui svolti in materia di confisca dalle norme della CEDU, specie sul piano delle garanzie di legalità e irretroattività della pena in malam partem (art. 7 CEDU), VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in VIGANÒ-MAZZA, *Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, *Gli Speciali*, 2011, pp. 29 ss.

è senz'altro un ingrediente imprescindibile di un'efficace strategia di prevenzione della criminalità d'impresa o, più in generale, "del profitto"³⁸. Non a caso essa è stata collocata ai primi punti dell'agenda relativa all'europeizzazione ed internazionalizzazione del diritto penale³⁹, da numerosi organismi sovranazionali, regionali ed internazionali (UE, Consiglio d'Europa, ONU, OCSE, ecc.). Ma strategie politico-criminali particolarmente rigorose ed invasive esigono, in uno Stato di diritto, una solida rete di garanzie, all'interno di un quadro di regole sufficientemente chiare.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, *de iure condito* accade che il giudice sia posto di fronte a troppi bivi ermeneutici, dovendo optare di volta in volta, guidato principalmente dalla propria intima convinzione, per l'uno o l'altro corno del dilemma. Così, a seconda che si interpreti la nozione di profitto come ricavo lordo, utile netto, o vantaggio economico decurtato dell'*utilitas* ottenuta dal danneggiato, che si cataloghi la corruzione o la truffa tra i "reati contratto" ovvero i "reati in contratto", ecc., somme ingentissime di denaro possono affluire nel patrimonio dello Stato ovvero restare in quello del privato. Un intervento ablatorio irragionevole o *extra ordinem* può mettere a repentaglio la stessa esistenza di una società o *de facto* tradursi, nei confronti di una persona fisica, in una confisca generale di beni di premoderna ferocia. In sede di sequestro preventivo, questi effetti possono prodursi in assenza di un accertamento pieno di responsabilità e, all'inizio del procedimento cautelare reale, persino *inaudita altera parte*.

Purtroppo, la gestione di questi delicati equilibri, e soprattutto l'esigenza che le legittime istanze di tutela non trascinino mai in un clima di "euforia repressiva", a detrimento delle più elementari garanzie, sono oggi totalmente rimesse alla discrezionalità giudiziale e alla logica del caso concreto. Spesso la giurisprudenza riesce a pervenire a soluzioni equilibrate e di buon senso. Ma nel complesso il risultato è poco confortante: l'impressione è che dall'iniziale minuetto di teorie e applicazioni contraddittorie, passando per il richiamo corale delle Sezioni Unite, il diritto vivente stia scivolando verso una rapsodica improvvisazione.

38. Fondamentale, sul tema, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997, *passim*. Notava, acutamente, FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, V, 4, sul finire degli anni novanta del secolo scorso, che "il passaggio da un diritto penale tradizionale o classico a un diritto penale moderno o modernizzato avviene, in non piccola parte, in funzione del grado di disponibilità di ciascun ordinamento a dar vita a nuove misure idonee a incidere sul patrimonio".

39. PICOTTI, *Punti critici della confisca e prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, pp. 359 ss. Attualmente è in fase di progettazione una nuova proposta di direttiva europea sul tema in oggetto: v. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2012.