

L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa

Nota a Corte di Cassazione, Sez. II, 20 dicembre 2011 (dep. 29 marzo 2012), n. 11808, Pres. Casucci, Rel. D'Arrigo, ric. Angelucci; e a Corte di Cassazione, Sez. II, 22 febbraio 2012 (dep. 31 maggio 2012), n. 20976, Pres. Esposito, Rel. D'Arrigo, ric. Pravadelli.

MASSIMA
(CASS. N. 11808/2011)

Per determinare il «profitto del reato» nel sequestro preventivo funzionale alla confisca c.d. per equivalente, assume rilievo la distinzione fra il “reato contratto”, cioè il caso in cui vi è una vera e propria immedesimazione del reato con il negozio giuridico, ed il “reato in contratto”, che si ha allorché il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere sostanzialmente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale. Nel caso di “reato in contratto” il profitto tratto dall'agente non è interamente ricollegabile alla condotta penalmente sanzionata. Per cui, se il fatto penalmente rilevante 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 non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha configurato la corruzione propria in termini di “reato in contratto” e ha affermato che 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.).

MASSIMA
(CASS. N. 20976/2012)

Per determinare il «profitto del reato» nel sequestro preventivo funzionale alla confisca c.d. per equivalente, assume rilievo la distinzione fra il “reato contratto”, cioè il caso in cui vi è una vera e propria immedesimazione del reato con il negozio giuridico, ed il “reato in contratto”, che si ha allorché il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere sostanzialmente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale. Nel caso di “reato in contratto” il profitto tratto dall'agente non è interamente ricollegabile alla condotta penalmente sanzionata. Per cui, se il fatto penalmente rilevante 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 non equivale all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica. Tale vantaggio corrisponde, quindi, all'utile netto dell'attività d'impresa. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha configurato la truffa ai

danni dello Stato in termini di “reato contratto” e ha affermato che il valore che può essere sottoposto a confisca è rappresentato dall’intero prezzo dell’appalto, senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo e il profitto).

1 Con due pronunce in rapida successione della Seconda Sezione¹, la Corte di cassazione ritorna su un tema assai dibattuto in giurisprudenza e nella letteratura penale, sostanzialistica e processualistica. La materia è quella del sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato; il settore specifico quello del processo per i reati, quali la corruzione e la truffa, commessi in vista o in occasione dell’aggiudicazione di appalti e per gli illeciti amministrativi che ne derivano in capo agli enti. In questo contesto non si pone soltanto il problema centrale di chiarire il significato della nozione di «profitto» impiegata dagli artt. 322-ter c.p. e 19 d. lgs. n. 231/2001, vale a dire quali siano le «regole di uso» del termine² su questo versante dell’ordinamento³. Bisogna anche capire quali criteri siano impiegabili per calcolare il valore del profitto nei casi concreti, alla luce della disciplina che consente di sequestrare, in via sussidiaria al profitto stesso, i beni di «valore corrispondente» o di «valore equivalente» (v. l’art. 322-ter comma 2 c.p. e l’art. 19 comma 2 d. lgs. n. 231/2001).

I due profili di analisi sono strettamente connessi, ma distinti, in quanto non è detto che nelle situazioni della prassi, per individuare il bene sequestrabile, debba essere necessariamente risolto il secondo problema. Inoltre, l’inquadramento di entrambe le questioni è il presupposto per svolgere correttamente, nelle singole vicende giudiziarie, l’accertamento probatorio dei fatti costitutivi del potere di sequestro⁴. La materia ha guadagnato un notissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione⁵, cui hanno fatto seguito ulteriori pronunce della Suprema Corte⁶, e registra anche un crescente interesse della dottrina processuale penalistica⁷.

2 Conviene prendere le mosse dalla prima delle decisioni annotate, emessa in un procedimento per il reato di corruzione⁸, anche perché il principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte in questa occasione, così come la sua motivazione, sono stati riprodotti nella parte logica della seconda decisione, peraltro riguardante un’ipotesi di truffa⁹. Si vedrà, inoltre, come le problematiche connesse all’accertamento della «misura» del profitto sequestrabile nella corruzione non siano affatto sovrapponibili a quelle riguardanti

1. V. le sentenze n. 11808 del 29 marzo 2012 e n. 20976 del 31 maggio 2012.

2. Per quest’espressione, v. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2115.

3. Come è noto, l’art. 640-*quater* c.p. rende operanti, “in quanto applicabili”, le disposizioni contenute nell’art. 322-ter c.p. ai reati di truffa a danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640 comma 2, n. 1, c.p.), truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.) e frode informatica aggravata (art. 640-ter c.p.).

4. Per una corretta sottolineatura della distinzione tra il piano probatorio, relativo alla quantificazione del profitto confiscabile, e il piano esegetico, relativo alla sua qualificazione, v. F. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1765.

5. V. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4544, con nota favorevole di L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni unite*, con riferimento alla disciplina dettata dall’art. 19 d. lgs. n. 231/2001.

6. Per un quadro aggiornato degli orientamenti giurisprudenziali in materia, v. S. M. CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2012, pp. 128 ss.

7. V., da ultimo, l’ampio contributo di F. VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, spec. pp. 209 ss.; nonché, di recente, ad es., P. BALDUCCI, *Alcune riflessioni sulla confisca per equivalente*, in AA.Vv., *Il rito accusatorio a vent’anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno, Lecce 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012, pp. 47 ss.; A. BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, n. 3, pp. 205 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, pp. 86 ss., 99 ss., 244 ss. Su questioni particolari: P. CORSO, *La confisca «per equivalente» non è retroattiva*, in *Corr. trib.*, 2009, pp. 1775 ss.; O. MAZZA, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell’ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 gennaio 2012.

8. Cass., Sez. II, 29 marzo 2012, n. 11808.

9. Cass., Sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976.

la determinazione del profitto della truffa commessa a danno dello Stato o di altro ente pubblico.

La vicenda giudiziaria in esame, assai complessa e puntualmente ricostruita nella motivazione della sentenza annotata, riguarda un addebito di corruzione propria aggravata, realizzata per favorire un consorzio nell'aggiudicazione di un appalto per la gestione di residenze sanitarie assistenziali regionali. Dopo aver disposto il sequestro preventivo «per equivalente» ex art. 322-ter c.p. dei beni personali degli indagati e il sequestro ex art. 19 d. lgs. n. 231/2001 dei beni della società coinvolta nel processo penale, in veste di ente responsabile dell'illecito amministrativo dipendente dal suddetto reato di corruzione, per un valore pari all'ingente profitto ricavato dal consorzio nei sette anni di durata dell'appalto, i giudici del Tribunale di Bari hanno revocato parzialmente la misura cautelare riguardante la società, accogliendo i rilievi della difesa secondo i quali l'equivalente del profitto dovesse calcolarsi quale «utile netto di gestione» e l'appalto per la conduzione delle residenze sanitarie avesse comportato delle perdite. Di qui l'ulteriore iniziativa dei difensori dell'indagato in ordine alla revoca parziale del sequestro, sull'assunto che il profitto debba ritenersi «unico» per le persone fisiche e per le persone giuridiche.

Dopo una prima decisione negativa, la revoca è stata disposta dal Tribunale in sede di rinvio conseguente all'annullamento della Suprema Corte. Contro la decisione del Tribunale ha proposto ricorso il pubblico ministero, deducendo sia che il «giudicato cautelare» scaturito dalla decisione sul sequestro dei beni dell'ente precludesse la revoca parziale del sequestro nei confronti dell'indagato, sia che il concetto di «profitto» andasse interpretato, in modo conforme all'orientamento delle Sezioni Unite, distinguendo fra «reati contratto» (quali, secondo il pubblico ministero, la corruzione) e «reati in contratto» (quali la truffa) e limitando ai reati del secondo tipo l'applicazione del criterio dell'«effettivo vantaggio patrimoniale», «al netto dei costi di esecuzione delle obbligazioni assunte con il medesimo contratto illecito». La Cassazione, dopo aver rigettato il motivo riguardante il «giudicato cautelare», ha affrontato la questione relativa ai criteri di determinazione del profitto nei diversi tipi di reato.

3

Ciò premesso, bisogna dire che l'individuazione dei criteri per calcolare il valore del profitto del reato si presenta ancor più problematica nei casi in cui, nelle concrete vicende giudiziarie, ad essere contestati siano fatti di corruzione preordinati all'aggiudicazione di appalti¹⁰.

Nei reati predetti, è vero che la condotta criminosa addebitata all'imputato costituisce un anello della catena ideale di fatti da cui origina il profitto. Infatti, la corruzione è realizzata per fare compiere al pubblico ufficiale l'atto che aggiudica l'appalto e, a sua volta, questo contratto genera, direttamente o indirettamente, utilità economica in capo all'autore della corruzione: con conseguente possibilità che il reato assuma effettiva rilevanza causale in ordine alla creazione del profitto.

Tuttavia, è altrettanto vero che il profitto si verifica perché prima è insorto, in capo alla pubblica amministrazione committente, l'obbligo giuridico di corrispondere all'appaltatore il corrispettivo per il compimento dell'opera o del servizio (art. 1655 c.c.). Vale a dire, senza il contratto non vi sarebbe alcun profitto per l'appaltatore.

Dunque, l'utilità economica conseguita dal privato trae origine dagli obblighi contrattuali e dal regime legislativo del tipo contrattuale in questione. Ciò distingue le situazioni in esame da quelle in cui il profitto non dipende dall'esistenza e dalle vicende

10. Rileva la peculiarità della tecnica di determinazione del profitto tratto dall'ente in conseguenza del reato commesso dal suo rappresentante, con riferimento all'aggiudicazione di contratti di forniture ad enti pubblici, L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 70. È significativo come, secondo l'A., la questione presenti «un rilievo generale, che va al di là della natura fisica o societaria del soggetto che compie il reato, e [...] della stessa tipologia di quest'ultimo» (*ivi*, p. 72).

di un contratto. Quando vi sia in concreto la necessità di calcolare il valore del profitto, bisogna evidentemente aver cura di distinguere il profitto del reato dal profitto del contratto.

4

La sentenza in esame argomenta bene che il concetto di profitto del reato assume diversa fisionomia operativa a seconda del contesto giuridico in cui la condotta criminosa è inserita e svolge opportunamente l'indagine interpretativa considerando la disciplina sui contratti dettata dal codice civile. Inoltre, la Suprema Corte impiega la tipologia, risalente alla dottrina penale, dei «reati contratto» e dei «reati in contratto»¹¹, agganciandovi la distinzione fra i casi in cui si ha «un'attività totalmente illecita» e quelli in cui «il fatto-reato si inserisce nel contesto di una attività che in sé sarebbe lecita»¹².

La Corte di cassazione sostiene che, mentre nelle situazioni di «reato contratto» non è possibile distinguere fra il profitto e il c.d. «utile netto», con la conseguenza di dover confiscare (e sequestrare) tutto quanto costituisce «una conseguenza economica immediata» del reato, nelle situazioni del secondo tipo (di «reato in contratto»), in cui il comportamento penalmente rilevante incide solo «sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale», il profitto non è interamente collegabile al reato, con la conseguenza di dover calcolare l'oggetto della confisca (e del sequestro) in base al criterio dell'«utile netto dell'attività d'impresa». Dunque, secondo la Suprema Corte, in presenza di una corruzione – come quella esaminata nel caso di specie – incidente sulla fase d'individuazione dell'aggiudicatario di un pubblico appalto¹³, il profitto del reato non equivarrebbe «all'intero prezzo dell'appalto, ma solo al vantaggio economico conseguito per il fatto di essersi reso aggiudicatario della gara pubblica».

5

Queste argomentazioni coinvolgono direttamente il problema della distinzione fra il profitto del reato e il profitto del contratto, problema che, a sua volta, rinvia all'accertamento della causa del profitto.

La legge penale (sostanziale e processuale), consentendo il sequestro del «profitto del reato», impegna l'attività probatoria anche sul tema dell'individuazione della causa del profitto. Quando non è possibile sequestrare il profitto e, pertanto, la misura cautelare riguarda i beni di valore «corrispondente» o «equivalente», è pregiudiziale alla decisione cautelare l'accertamento del nesso di pertinenzialità fra il reato e il bene vincolato in sostituzione del profitto. Tuttavia, in questa situazione non bisogna accertare il rapporto di derivazione del bene dal reato, come accade nella confisca tradizionale *ex art. 240 c.p.*, ma calcolare la portata del profitto per individuare i beni confiscabili in via sussidiaria. Nella «confisca di valore»¹⁴ rileva, in termini diversi, il nesso di pertinenzialità fra il reato e il bene sequestrato: questo vincolo costituisce il «parametro di quantificazione del sacrificio patrimoniale che dovrà sopportare il reo»¹⁵ e bandisce dalla legalità

11. V. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 38; cfr., in materia, più di recente, I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006.

12. Per questa distinzione, v. già Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit.; nonché Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 777, con nota di A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*. Entrambe le pronunce non originano da vicende giudiziarie riguardanti il delitto di corruzione e non affermano che la corruzione sia estranea alla categoria dei «reati in contratto».

13. V., in questa materia, Cass., Sez. VI, 13 novembre 2008, n. 42300, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4726, che distingue «il profitto direttamente derivato dall'illecito penale dal corrispettivo conseguito dall'ente per l'effettiva e corretta erogazione delle prestazioni comunque svolte in favore della stessa amministrazione, le quali non possono considerarsi automaticamente illecite in ragione dell'illiceità della causa remota».

14. In ordine all'autonomia della categoria della «confisca di valore» cfr., in linea generale, F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, pp. 37 ss. V., in senso diverso, M. AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, in *Digesto Disc. pen.*, Agg., vol. IV, tomo I, a cura di A. GAITO, Torino, 2008, p. 192.

15. Così, incisivamente, A. PERINI, *La nozione di "profitto del reato" quale oggetto della confisca per equivalente*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura

(sostanziale e processuale) il ricorso a pratiche interpretative volte a sequestrare beni, attraverso la misura «per equivalente», in mancanza di un compiuto accertamento della misura del profitto del reato¹⁶.

Dunque, l'accertamento del rapporto di causalità fra il profitto e il reato è necessario per calcolare il valore equivalente al profitto, vale a dire ai fini dell'individuazione dell'oggetto del sequestro preventivo (tant'è che, a norma dell'art. 322-ter comma 3 c.p., il giudice, con la sentenza di condanna, individua i beni assoggettati alla confisca «in quanto di valore corrispondente al profitto» del reato). A questi fini, la distinzione fra «reati contratto» e «reati in contratto» è richiamata dalla Corte di cassazione nella sentenza ora in esame, per individuare i presupposti applicativi del criterio di calcolo del valore del profitto fondato sulla categoria del c.d. «utile netto»¹⁷.

Come è noto, anche le Sezioni Unite¹⁸ hanno implicitamente rivalutato il criterio di quantificazione del valore del profitto basato sull'«utile netto», ritenuto applicabile nelle ipotesi di «reato in contratto». Infatti è vero che, con la ricordata pronuncia del 2008, la Corte di cassazione ha aderito in via generale al criterio del c.d. «profitto lordo»¹⁹, che opererebbe nell'ambito delle «attività totalmente illecite», «senza alcuna possibilità di letture più restrittive». Ma è anche vero che la sentenza ha «ridimensiona[to] fortemente la portata applicativa del principio del profitto lordo»²⁰ nelle distinte situazioni in cui il profitto derivi da un'attività lecita d'impresa²¹. In queste ipotesi, secondo le Sezioni Unite, vi è l'esigenza di sottrarre alla confisca (e al sequestro preventivo) il «corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito», con la conseguenza che il profitto del reato «è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato *al netto* dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente»²².

di A. BARGI e A. CISTERNA, Tomo II, Torino, 2011, p. 913, corsivo nel testo; cfr. anche, ad es., G. M. SOLDI, *Sequestro e confisca per equivalente: gli accertamenti sulla "pertinenzialità" del bene con il reato e sulla determinazione del valore "equivalente"*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, coord. da M. MONTAGNA, Torino, 2011, p. 703. Va richiamato, inoltre, l'orientamento interpretativo che è andato consolidandosi nella giurisprudenza di legittimità, intorno all'accertamento del nesso di pertinenzialità fra il profitto e il reato nel sequestro preventivo. V. Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, cit., di cui si riporta il principio di diritto elaborato al proposito: «Il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua *diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente*. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo: occorre cioè una *correlazione diretta* del profitto con il reato ed una stretta affinità con l'oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall'illecito» (v. motivazione par. 3.2, corsivi nel testo). Cfr., in materia, ad es., E. FUSCO, *Riflessioni su sequestro e confisca in materia di criminalità economica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3, p. 23.

16. Cfr., ad es., A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 793. Per ulteriori spunti, v. A. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2066; P. BALDUCCI, op. cit., p. 50.

17. Per l'uso del criterio del «risultato netto» nel contesto della confisca ex art. 19 d. lgs. n. 231/2001, con specifico riferimento al settore degli appalti, v., nella dottrina penale, ad es., A. ALESSANDRI, op. cit., p. 2154; L. FORNARI, *La confisca del profitto*, cit., pp. 74 ss. Cfr. F. BOTTALICO, op. cit., pp. 1756 ss., che è a favore di una «nozione "temperata" di profitto netto».

18. V. la sentenza n. 26654/2008 cit.

19. V., già, in dottrina, con ampiezza di riferimenti sistematici e comparativi, A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

20. Così, G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, IV ediz., Milano, 2012, p. 689. Nello stesso senso, C. BENUSSI, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, III ediz., Milano, 2011, art. 322-ter, p. 3160, il quale osserva che le Sezioni Unite «hanno *prima facie* avallato il criterio del "profitto lordo" definendo il profitto in conformità ai suoi precedenti enunciati [...], ossia come "il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato", ma, entrando nello specifico, hanno poi legittimato l'opposto criterio del profitto netto» nei casi di «reato in contratto» (corsivo nel testo).

21. Afferma che le valutazioni espresse dalla Suprema Corte nella pronuncia in questione «trovano ed esauriscono la propria portata semantica sul terreno della responsabilità dell'ente per illecito amministrativo da reato», E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1790, la quale osserva che in questo contesto «i soggetti destinatari delle sanzioni – diversamente dalla persona fisica – sono organismi plurisoggettivi produttivi di profitto, ingiusto in quanto totalmente votato al crimine ovvero giusto ove non contaminato dalle sporadiche incursioni nel campo dell'illegalità».

22. V. la decisione citata, in motivazione, parr. 6b e 7, corsivo aggiunto. Ritiene «fuorviante» la scelta dell'espressione «*al netto*», F. C. BEVILACQUA, *La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1132 (cfr., peraltro, *ivi*, p. 1134). Definisce il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, in riferimento all'ipotesi di «reato in contratto», in termini di «regola di esclusione» rispetto alla regola generale impiegabile per definire il concetto di profitto del reato, V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1764.

Come si vede, il lavoro interpretativo compiuto dalle Sezioni Unite²³, per dare concretezza alla categoria dell'«utile netto»²⁴, ha originato una trama argomentativa intessuta attorno ai nodi costituiti dal corrispettivo in denaro versato all'appaltatore e dall'utilità patrimoniale conseguita dal committente²⁵. I due concetti non risultano pienamente sovrapponibili, dal momento che le utilità ottenute dalla pubblica amministrazione potrebbero essere inferiori al corrispettivo ricevuto dal privato quale controprestazione. Ad ogni modo, l'impiego giurisprudenziale di queste categorie civilistiche corrobora la centralità che il contesto contrattuale assume nell'individuazione dei criteri per calcolare il profitto sequestrabile (e confiscabile).

Inoltre, è significativo come la Suprema Corte, nella stessa sentenza delle Sezioni Unite, abbia qualificato il committente del contratto di appalto in termini di soggetto danneggiato dal reato²⁶. Tuttavia, questa equiparazione appare condivisibile, nella sua assolutezza, con l'avvertenza che, nelle concrete vicende, il reato di corruzione potrebbe aver generato un danno esclusivamente morale alla pubblica amministrazione e potrebbe non esservi stato inadempimento contrattuale imputabile all'appaltatore.

Resta intatta la problematicità della determinazione del concetto di «utile netto»²⁷. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite²⁸ non sembra consentire la sottrazione al sequestro del compenso percepito dal privato che non si sia tradotto in «effettiva utilità» per il committente; e nemmeno la sottrazione di una somma superiore al compenso stesso, ove pure essa rispecchi le utilità effettive per il «danneggiato»²⁹. Ruota, invece, attorno al calcolo dei costi sostenuti dall'appaltatore per l'esecuzione del contratto la tradizionale impostazione (disattesa dalle Sezioni Unite) coltivata dalla dottrina prevalente. A questa impostazione ha aderito, implicitamente, la sentenza della Sezione Seconda della Cassazione qui annotata, nella parte in cui, dopo aver affermato la validità del criterio dell'«utile netto», in concreto ha quantificato tale utile decurtando i «costi sostenuti per l'effettuazione della prestazione di cui ha fruito la pubblica amministrazione»³⁰.

23. Nello stesso senso, v. Cass., Sez. VI, 3 maggio 2011, n. 17064, in *Giur. it.*, 2012, p. 401, con nota di F. APREA, *Sulla nozione di profitto del reato commesso nell'esecuzione di un contratto*, con riferimento a un caso di truffa ex art. 640 c.p.

24. Secondo E. LORENZETTO, op. cit., p. 1791, la soluzione individuata dalle Sezioni Unite «non si situa affatto *in medias res* bensì inaugura una terza via interpretativa sconosciuta ai commenti, coniando una nuova voce di scorporo – l'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato – idonea a rendere l'utile netto; senza chiarire, al contempo, le sorti dell'originario dissidio sulla deducibilità dei costi che pure l'ordinanza di rimessione aveva efficacemente riassunto in vista dell'auspicata composizione».

25. Secondo F. C. BEVILACQUA, op. cit., p. 1131, la pronuncia delle Sezioni Unite, «fa leva sull'ingiustizia dell'arricchimento che deriverebbe in capo alla controparte vittima del reato, nel caso in cui non dovesse pagare alcunché per le prestazioni ricevute».

26. Cfr., al riguardo, i rilievi critici di E. LORENZETTO, op. cit., p. 1794, intorno agli argomenti spesi dalle Sezioni Unite intorno al ruolo del danneggiato dal reato. Secondo l'A., «l'ambigua contraddizione racchiusa da questa inedita figura – il beneficiario danneggiato dal reato – nasce senz'altro dal tentativo di districare il groviglio delle situazioni lecite, ovvero illecite, che possono germogliare negli sviluppi di un sinallagma contrattuale di origine delittuosa». Risulta pertinente il richiamo dell'A. all'«ipotesi in cui, in concreto, il danneggiato dal reato – che allora sì, sarebbe realmente tale – non abbia conseguito alcuna utilità, avendo versato all'ente un corrispettivo a fronte di una controprestazione rimasta inadempita».

27. Al proposito, v. l'impostazione metodologica linearmente data al problema da V. MONGILLO, op. cit., p. 1782 (cfr., altresì, *ivi*, p. 1767, nt. 41). Cfr. S. GIAVAZZI, Sub art. 19, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche. D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. GIARDA-E. M. MANCUSO-G. SPANGHER-G. VARRASO, Milano, 2007, p. 179, la quale, peraltro, parla «degli investimenti o dei costi sostenuti dall'ente *prima o durante la conclusione del contratto*» (*ivi*, p. 182, corsivo aggiunto).

28. Cfr., sul punto, i rilievi di E. LORENZETTO, op. cit., p. 1794, che definisce «francamente scontata» la conclusione cui è pervenuta la Corte, «non fosse altro perché simili importi difettano evidentemente di quella dimensione di ingiustizia la quale soltanto ne legittima l'ablazione per effetto della diretta pertinenza al reato». La critica dell'A. s'impenna sul fatto che la pronuncia non abbia svolto considerazioni «in ordine al destino dei costi sostenuti dall'ente in vista della lecita esecuzione del contratto, pur illecitamente ottenuto, in relazione ai quali – nonostante l'espresso sollecito in tal senso della sezione rimettente – ancora non è dato conoscere con certezza *l'an* e il *quantum* dell'eventuale scorporo». Ritieni, invece, che costituisca un «salto logico» l'operazione interpretativa compiuta dalle Sezioni Unite nel sostenere che dal vantaggio economico tratto dal reato vada dedotta l'utilità ricavata dal danneggiato, V. MONGILLO, op. cit., p. 1783. Si veda quanto osservato da F. C. BEVILACQUA, op. cit., p. 1135, secondo la quale «non è ben chiaro il motivo per cui le SS.UU. – dopo aver incentrato tutta la loro argomentazione sul corrispettivo ricevuto quale controprestazione dal reo – alla fine si incentrano sull'effettiva utilità percepita dal danneggiato. Sembra questa una nozione di profitto diversa da quanto presagito dalle premesse, una nozione sicuramente più equilibrata delle visioni *tranchantes* delle pronunce campane, ma comunque notevolmente complessa quanto ad accertamento». L'A. si riferisce alle ordinanze cautelari emesse nel procedimento da cui è originata la sentenza delle Sezioni Unite.

29. V. L. PISTORELLI, op. cit., p. 4573, che afferma: «Per le Sezioni unite [...] deve essere in definitiva sottratto alla confisca il corrispettivo ricevuto per il compimento di quelle prestazioni, ancorché nei limiti dell'utilità conseguita dal danneggiato a causa del loro svolgimento».

30. Cfr., già, Cass., Sez. VI, 27 settembre 2007, n. 37556, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1638.

7

A ben vedere, in nessuna delle varianti emerse al banco di prova dell'applicazione pratica la prospettiva dell'«utile netto» risolve il problema pregiudiziale dell'accertamento della quota di profitto causalmente riconducibile al reato, invece che al contratto³¹. Infatti, la determinazione del concetto di «profitto lordo» si presenta, essa stessa, problematica. Inoltre, la detrazione dei costi sostenuti per stipulare o per eseguire il contratto ovvero la sottrazione del corrispettivo per le utilità conseguite dalla controparte sono operazioni logiche successive alla determinazione del «profitto» del contratto³².

D'altra parte, le utilità o i costi anzidetti potrebbero superare il valore del corrispettivo della prestazione fornita dall'appaltatore, con la conseguenza che l'applicazione coerente del criterio della distinzione fra «reati contratto» e «reati in contratto», come enucleata dalla giurisprudenza, potrebbe portare a escludere il sequestro di beni di valore equivalente al profitto³³ (essendo in questa situazione negativo).

Si esemplifichi considerando il caso in cui l'appaltatore spenda 50 per aggiudicarsi un appalto che frutti, come corrispettivo, 100 e che generi, come utilità per il committente, 120. In vista della possibile conclusione di ulteriori contratti, il privato potrebbe avere interesse economico ad aggiudicarsi l'appalto per l'esecuzione di un'opera a favore dell'ente pubblico, tenendo basso, rispetto alla concorrenza, il corrispettivo della prestazione fornita; inoltre, potrebbe avere investito ingenti risorse per accreditarsi alla pubblica amministrazione, come contraente credibile, sul piano della qualità della prestazione fornita. In questo contesto, la corruzione potrebbe avere avuto un'influenza determinante (vale a dire rilevanza causale) ai fini della determinazione del prezzo dell'appalto³⁴ e, dunque, potrebbe avere creato un profitto pari a 100, nell'ottica della teoria del «profitto lordo», un profitto pari a 50, nell'ottica della teoria, per così dire, «tradizionale» del «profitto netto», un profitto inesistente, nell'ottica fatta propria dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2008.

8

Da diversa prospettiva muove un pronunciamento della Sezione Sesta della Cassazione³⁵. Questo precedente è richiamato nella motivazione della decisione annotata, a sostegno del metodo di quantificazione del profitto impiegato dalla Suprema Corte nell'occasione. Peraltro, la suddetta sentenza della Sezione Sesta introduce il criterio (parzialmente difforme) basato sulla «differenza tra quanto dovuto e quanto effettivamente corrisposto. Vale a dire: «differenza tra corrispettivo (e non costo) dell'appalto e

31. Sottolinea la necessità di «approfondire il concetto di “derivazione causale” del profitto dal reato, T. EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, n. 4, p. 28. Cfr., altresì, ID., *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, spec. pp. 119 ss. V., già, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 60; F. BOTTALICO, op. cit., pp. 1759-1760.

32. Peraltro, è significativo come la Suprema Corte, nella richiamata pronuncia delle Sezioni Unite del 2008, abbia escluso dalla sfera operativa del concetto di «profitto» il corrispettivo per le prestazioni lecite eseguite a favore della controparte. «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, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi *sine causa* o *sine iure*» (motivazione, par. 6b). Cfr., sul punto, A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., pp. 802-803, la quale, anzitutto, osserva condivisibilmente quanto segue: «Le Sezioni Unite [...] non si limitano a richiedere che laddove vengano eseguite delle prestazioni a favore del danneggiato o della collettività occorre tener conto delle spese realizzate per tali prestazioni, che devono essere decurtate al ricavo ottenuto, confiscabile in quanto profitto del reato, ma *più a monte* [corsivo aggiunto] ritiene che laddove si sia svolta un'attività sinallagmatica in base ad un contratto, che rimane valido, il profitto non può essere sottratto *tout court*, in quanto costituisce il “corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato” anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa (quest'ultima ha compromesso la libera formazione della volontà contrattuale). Le S.U. non distinguono tra profitto lordo o netto, ma tra profitto illecito e lecito: il corrispettivo corrispondente al valore intrinseco delle opere e dei servizi resi a vantaggio del soggetto passivo del reato, non può ritenersi una conseguenza immediata e diretta dello stesso, bensì dell'attività lecita posta in essere dopo la sua commissione» (corsivi nel testo). Inoltre, l'A. critica la posizione interpretativa assunta dalle Sezioni Unite affermando, fra l'altro, che «non emerge come calcolare l'utilità ricevuta dal danneggiato, che dovrebbe essere dedotta dalla controprestazione ricevuta dall'autore dell'illecito» (*ivi*, p. 803; v., già, V. MONGILLO, op. cit., p. 1784; in seguito, ad es., F. C. BEVILACQUA, op. cit., p. 1130; cfr., *infra*, par. 8).

33. Cfr., in termini critici, A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., pp. 803-804. Cfr., al proposito, i puntuali rilievi esemplificativi di F. C. BEVILACQUA, op. cit., p. 1132 nt. 59.

34. V., *infra*, par. 8.

35. V. Cass., Sez. VI, 29 aprile 2009, n. 1787.

reale prezzo di mercato»³⁶.

Il riferimento al «prezzo di mercato»³⁷ rinvia a una modalità di calcolo del profitto che appare, per così dire, «spurio», nella misura in cui non è basato sull'accertamento del rapporto di derivazione dal contratto, ma su una valutazione esterna al negozio giuridico concluso fra le parti. Tuttavia, questa indicazione metodologica appare di estrema utilità ai fini di un tentativo di inquadramento del problema in esame, perché induce ad accertare quale sarebbe stato il profitto conseguito dall'appalto, senza la corruzione.

Le prospettazioni della giurisprudenza convergono nel senso di abbandonare il parametro di quantificazione dell'oggetto della misura cautelare reale basato sul c.d. «profitto lordo» (cioè sul «prezzo dell'appalto»), quantomeno in riferimento alle situazioni in cui vi sia un rapporto di derivazione del profitto dal contratto. Peraltro, queste situazioni non sembrano coincidere con la fenomenologia dei «reati in contratto». A rigore questa categoria, se riferita ai casi in cui il contratto è «concluso in modo penalmente illecito»³⁸, non sembra ricomprendere la corruzione: si tratta di un reato che è commesso al di fuori delle operazioni con cui è concluso il contratto e che può assumere un'influenza meramente indiretta sul negozio. In altre parole, la stipulazione del negozio è qui esterna alla fattispecie penale³⁹.

In quest'ottica, il profitto del reato appare quantificabile in via residuale alla determinazione del profitto del contratto, nel senso che non costituiscono profitto del reato le utilità economiche che l'appaltatore ha conseguito unicamente in forza della conclusione del contratto, mentre rientrano nella categoria del profitto del reato le utilità che, senza il reato, l'appaltatore non avrebbe conseguito (o avrebbe conseguito in termini diversi). Il giudizio controfattuale da svolgere ai fini dell'accertamento del nesso di causalità tra il reato e il profitto implica chiedersi quale sarebbe stato il «prezzo dell'appalto», se non vi fosse stato il reato di corruzione⁴⁰.

Ad esempio, il privato potrebbe essersi aggiudicato l'appalto per la costruzione di un'opera, avente valore di mercato pari a 100, ma ottenendo come corrispettivo 120, grazie all'accordo corruttivo sottostante con il pubblico amministratore. A fronte di spese pari a 80, effettuate dall'appaltatore per stipulare e poi eseguire il contratto, è chiaro che vi sarebbe un profitto del reato pari a 20, utilizzando il criterio della detrazione delle utilità conseguite dal danneggiato, mentre vi sarebbe un profitto pari a 40, utilizzando il criterio della detrazione dei costi sostenuti dall'appaltatore. Nella prospettiva qui coltivata, per dire che il profitto del reato è pari a 20, bisogna dimostrare che, senza la corruzione,

36. Cfr., invece, V. MONGILLO, op. cit., pp. 1783-1784, con riferimento al profitto generato nel contesto di un contratto di compravendita. L'A. prospetta il caso in cui «mediante una corruzione si riesce a spuntare, nella vendita di immobili alla pubblica amministrazione, un corrispettivo più elevato del loro valore di mercato», osservando correttamente che «la differenza tra il ricavo e l'utilità resa al danneggiato mediante la cessione dell'immobile (il suo autentico valore) è esattamente pari alla plusvalenza lucrata». Dopodiché afferma: «Ad identici risultati si giungerebbe, nel caso di specie, applicando il criterio della deduzione dei costi o investimenti leciti». Tesi che non sembra pienamente condivisibile, dal momento che i costi sostenuti dal venditore, in vista della compravendita, potrebbero essere di misura non corrispondente alla differenza tra il corrispettivo della vendita e il prezzo di mercato del bene venduto.

37. Fa riferimento al «valore di mercato» della prestazione, ma in un diverso contesto argomentativo, T. EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., pp. 29-30.

38. In ordine a questa definizione del tipo «reato in contratto» v., ad es., I. LEONCINI, op. cit., p. 3.

39. Mette in guardia contro le «troppo estese» classificazioni ricomprendenti, nella categoria dei reati che «implicano» la conclusione di un contratto, i «casi, in cui il contratto risulta connesso alla realizzazione di un reato soltanto occasionalmente e indirettamente, ma la stipulazione non entra in alcun modo a far parte del fatto criminoso, né come frazione del fatto tipico, né come presupposto della condotta», I. LEONCINI, op. cit., pp. 20-21, che altresì osserva: «Rispetto a ipotesi di questo genere, non sussiste alcuna convergenza tra fattispecie incriminatrice e disciplina del contratto, per cui il problema della relazione tra norma penale e disciplina privatistica presenta, al più, un rilievo marginale» (ivi, p. 21).

40. V. la diversa prospettiva coltivata da T. EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 28, il quale, da un lato, ritiene inapplicabile il criterio di accertamento del nesso di causalità fra il profitto e l'attività lecita d'impresa basato sul giudizio controfattuale e afferma la necessità di svolgere una «valutazione giuridica tra titolo ed effetto» (corsivi nel testo), dall'altro, sostiene, in riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite del 2008, che «vi sia un assunto implicito nel ragionamento della Corte, quello in base al quale il profitto derivato dall'attività lecita è il profitto trasferito in forza di un titolo giustificativo valido, mentre il profitto derivato dal reato è trasferito in forza di un titolo non valido perché illecito, il reato appunto» (corsivi nel testo). «In tal modo», secondo l'A., «la distinzione tra profitto derivato dal reato e profitto derivato da attività lecita» si trasforma «in quella tra profitto derivato da un titolo valido, cioè il «giusto profitto» e quello derivato da un titolo invalido, cioè l'«ingiusto profitto»». Resta, però, da dimostrare che il profitto conseguito da un appalto aggiudicato a seguito di una corruzione si basi su un titolo giuridico non valido. Di «nesso squisitamente negoziale» parla F. BOTTALICO, op. cit., p. 1763.

il contratto di appalto avrebbe previsto, per la realizzazione dell'opera, il corrispettivo di 100, invece che di 120⁴¹, vale a dire bisogna accertare una rilevanza causale congiunta, ai fini del profitto, del contratto e della corruzione. In mancanza di una tale prova⁴², non si potrebbe sequestrare alcunché, dal momento che il corrispettivo di 120 costituirebbe, in questa ipotesi, il profitto del contratto, invece che il profitto del reato.

Altro problema è ipotizzare una rilevanza causale della corruzione, non tanto ai fini della determinazione del corrispettivo dell'appalto, quanto ai fini della stessa aggiudicazione del contratto, vale a dire ipotizzare che, senza la corruzione, il privato non avrebbe conseguito l'appalto e, quindi, alcun profitto.

Ad esempio, a seguito di una gara l'appalto potrebbe essere stato aggiudicato all'imprenditore A (corruttore), per un corrispettivo pari a 120, invece che all'imprenditore B, per un corrispettivo pari a 100⁴³. In questa situazione, per ritenere che il profitto del reato sia pari a 20, bisogna dimostrare che, senza la corruzione, la pubblica amministrazione avrebbe selezionato B, invece che A. Anche in funzione della verifica di quest'ipotesi deve essere compiuto il giudizio controfattuale di cui si è detto⁴⁴, dovendosi accertare, allo stato degli atti, che la corruzione costituisce condizione necessaria⁴⁵ dell'aggiudicazione dell'appalto all'imprenditore A.

L'accertamento della quota di profitto «imputabile» al reato riposa evidentemente su una valutazione, caso per caso, della singola vicenda contrattuale posta a valle (o a monte) della condotta corruttiva: in questa materia non appaiono configurabili criteri di accertamento del profitto del reato generali e astratti. Lo svolgimento di questo tema storico rinvia al problema probatorio e richiede, nei singoli casi, il compimento di attività conoscitive più o meno sofisticate e eventualmente di fonte esperta⁴⁶.

9

Si è sostenuto, nella dottrina penale, che la tesi che «ammette la deducibilità solo dei costi realizzati per prestazioni lecite, non solo sembra giuridicamente fondata e facilmente applicabile, trattandosi di costi contabilizzati (il cui onere di allegazione può ricadere in capo al soggetto o all'ente), ma finisce per mettere d'accordo le opposte posizioni, e cioè sia di chi, partendo dal principio del lordo, ammette la deducibilità delle sole spese lecite (realizzate per prestazioni lecite a favore della vittima o di terzi, "i costi eziologicamente e funzionalmente correlati all'attività lecita", come i costi per l'esecuzione

41. Secondo T. EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 30, «risulta imputabile al reato e, quindi, derivato causalmente da questo, soltanto la differenza tra il maggiore corrispettivo pattuito e quello di mercato che si sarebbe dovuto pagare e che si sarebbe ottenuto anche in assenza dell'illecito, chiunque avesse eseguito la prestazione». Peraltro, ai fini del sequestro, oltre a dover essere accertato, ancorché con un giudizio allo stato degli atti, il «prezzo di mercato», deve anche essere dimostrato che, senza la corruzione, la pubblica amministrazione avrebbe pattuito il prezzo di mercato, invece che un prezzo equivalente a quello concretamente pattuito, giustificato da ulteriori ragioni.

42. Evidentemente l'accertamento della circostanza indicata nel testo potrebbe essere ricavato anche da una prova critica. Ad esempio, potrebbero esservi scambi epistolari in grado di documentare le trattative contrattuali tra il privato e l'ente pubblico e da questi scambi potrebbe essere ricavato che l'ente pubblico, pur ritenendo, fino a un certo momento delle trattative, che 100 fosse un «prezzo dell'appalto» in linea con i valori di mercato, abbia poi improvvisamente accettato di pattuire, a favore dell'appaltatore, un corrispettivo pari a 120. In mancanza di ulteriori elementi storici per ritenere economicamente giustificato un tale aumento, i fatti documentati nella suddetta corrispondenza epistolare, se corroborati da altri indizi, potrebbero essere correttamente impiegati per ritenere che l'aumento del corrispettivo sia stato causato dalla corruzione, vale a dire per accertare che, senza la corruzione, il profitto del contratto sarebbe stato pari a 100, invece che a 120.

43. Ma si potrebbe anche ipotizzare il caso in cui l'appalto sia stato aggiudicato al corruttore A, per un corrispettivo identico a quello proposto da B o, addirittura, per un corrispettivo inferiore.

44. Non sembra condivisibile quanto afferma G. AMATO, *La confisca "per equivalente" del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, n. 3, p. 162: «allorché il reato sottostante alla responsabilità amministrativa sia quello di corruzione, la cui commissione abbia consentito all'ente di stipulare un contratto (di appalto, di fornitura, ecc. ...), dovrà considerarsi l'importo complessivo del contratto come rappresentativo del profitto indebitamente ottenuto dall'ente, non foss'altro perché, senza la commissione del reato, non si sarebbe pervenuti alla stipulazione del contratto che, diversamente, avrebbe visto come controparte altro soggetto economico o addirittura non sarebbe stato *tout court* stipulato dalla pubblica amministrazione». Nel procedimento incidentale cautelare, il tema di prova è proprio il fatto (ipotetico) che, senza il reato, il contratto non sarebbe stato stipulato.

45. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ediz., Milano, 2003, p. 271.

46. Auspicano il ricorso alla perizia, tanto più in sede cautelare, F. COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1646 (peraltro l'A. prospetta – in modo, invero, non condivisibile – l'impiego di criteri di natura presuntiva nel calcolo del profitto: v., *ivi*, p. 1645); E. LORENZETTO, *op. cit.*, p. 1799. V., invece, in senso contrario, G. AMATO, *op. cit.*, p. 163.

dell'opera appaltata o le tasse pagate), sia di chi, anche se accoglie il principio del prelievo netto, nega la deducibilità delle spese c.d. illecite (i costi necessari per l'acquisto di beni strumentali all'attività illecita ovvero intrinsecamente illeciti)»⁴⁷.

Al riguardo, prima di verificare la fruibilità pratica della soluzione interpretativa prescelta, occorre verificarne la tenuta, alla luce delle coordinate normative del sistema. Inoltre, anche nella materia in esame l'accertamento dei fatti costitutivi del potere di sequestro, se fondato sul ragionamento indiziario, deve allinearsi alla disciplina della valutazione della prova critica (art. 192 comma 2 c.p.p.)⁴⁸. D'altro canto, la disciplina dettata dall'art. 322-ter c.p. e dall'art. 19 d. lgs. n. 231/2001 non prevede alcuna semplificazione della fattispecie (sostanziale) costitutiva del potere di confisca: nello schema della norma sostanziale rientra, infatti, il rapporto di causalità fra il reato e il profitto, motivo per cui non è prospettabile alcuna inversione dell'onere della prova dei fatti costitutivi del potere cautelare. Resta ferma la configurabilità in capo all'indagato o all'ente cui è addebitato l'illecito amministrativo di «oneri» (atecnici) di allegazione⁴⁹ delle circostanze a discarico non acquisite al procedimento⁵⁰.

10

Distinte riflessioni vanno svolte in ordine alla seconda decisione qui annotata⁵¹, riguardante un'ipotesi di accusa di truffa ai danni dello Stato. La sentenza in esame ha rigettato il ricorso presentato dagli indagati contro il provvedimento del Tribunale del riesame di Rovigo, di conferma di un sequestro preventivo in funzione di confisca «per equivalente». Con il primo motivo di ricorso era stata dedotta l'illegittimità, ex artt. 19 e 53 d. lgs. n. 231/2001, dell'applicazione, a carico degli indagati, del sequestro disposto, con lo stesso provvedimento impugnato, nei confronti della società; mentre, con il secondo motivo, era stata dedotta la violazione dell'art. 322-ter c.p., nella parte in cui «sulla base di tale disposizione è stato ritenuto confiscabile (e quindi sequestrabile) non solo il prezzo del reato, ma anche il relativo profitto»⁵².

La Cassazione ha innanzitutto ritenuto infondato il primo motivo di ricorso, richiamando sia l'orientamento giurisprudenziale che ammette il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, «contemporaneamente ed indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso», sia l'orientamento che ammette l'applicazione diretta del sequestro sul patrimonio della persona fisica, senza «preventiva escussione del patrimonio della persona giuridica», sia, infine, la tesi che, in base al «principio solidaristico», ammette la confiscabilità dell'intera entità del profitto nei riguardi di ciascun «concorrente», ferma restando la possibilità di un riparto interno fra gli stessi «concorrenti». Dopodiché la Suprema Corte, decidendo la

47. A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 804. Cfr., già, Id., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, pp. 509 ss. L'A. sostiene, in primo luogo, che «l'utilizzazione del principio del prelievo netto pone indiscutibili problemi di accertamento e difficoltà contabili» (ivi, p. 509, corsivo nel testo); dopodiché, in relazione alle «ipotesi in cui l'applicazione del principio del lordo può subire deroghe o un ridimensionamento» (ivi, p. 513, corsivo nel testo), avanza la seguente tesi, con riferimento al problema dell'accertamento del profitto: «In ogni caso non si pongono a carico del giudice difficili oneri probatori, in quanto l'onere di provare i costi diretti spetta al proprietario» (ivi, p. 514).

48. In ordine alla portata applicativa generale delle regole di valutazione dettate dall'art. 192 c.p.p. v., di recente, ad es., E. M. CATALANO, *Regole ordinarie sulla prova ed accertamenti complementari*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, cit., p. 54.

49. Cfr., in linea generale, D. SIRACUSANO, *Le prove, il procedimento probatorio e il processo*, in D. SIRACUSANO et alii, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2006, p. 352.

50. In ordine alla configurabilità in capo all'ente di un onere di allegazione dei costi detraibili, v. F. BOTTALICO, op. cit., p. 1761, che però prospetta la tesi, non condivisibile, secondo cui «è l'ente che deve dimostrare l'esistenza e l'entità di (eventuali) costi deducibili. Non si tratta di un'inversione dell'onere probatorio [...]; piuttosto di un onere di allegazione: l'ente, difendendosi, può e deve dimostrare che il profitto confiscabile va ridotto. Peraltro, la soluzione proposta consente un più corretto esercizio del diritto (costituzionalmente garantito) di difesa e il rispetto del principio (anch'esso costituzionale) del giusto processo, perché assicura all'ente il contraddittorio anche con riguardo alla determinazione della confisca». Secondo L. FORNARI, *La confisca del profitto*, cit., p. 83, l'applicazione del criterio del «guadagno netto» ai fini della determinazione del profitto confiscabile (e sequestrabile) «impone al giudice – sin ovviamente dalla fase cautelare [...] – di tenere conto delle indicazioni che la società, nel cui interesse il corruttore ha agito, fornisca in ordine agli esborsi che sono stati affrontati nell'esecuzione del rapporto instauratosi con l'ente appaltante».

51. V. Cass., Sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976.

52. V. il resoconto del procedimento fornito dalla motivazione della sentenza annotata.

questione dedotta con il secondo motivo del ricorso, è ritornata sul problema – che precipuamente interessa ai presenti fini – dei criteri di determinazione del profitto del reato.

11

Come si è ricordato, la sentenza riproduce l'intero apparato motivazionale elaborato dalla Cassazione, nella pronuncia «gemella» qui annotata, a sostegno del principio di diritto dell'«utile netto», con le cadenze argomentative già illustrate in ordine alla portata da assegnare alla categoria predetta⁵³. Tuttavia la Corte di cassazione, dopo aver sostenuto la riconducibilità del reato di truffa a danno dello Stato alla categoria dei «reati contratto», invece che a quella dei «reati in contratto», e, dunque, aver coerentemente affermato «la totale immedesimazione del reato con il negozio giuridico», è pervenuta alla conclusione di ritenere sequestrabile l'intero «prezzo» dell'appalto, «senza fare alcun riferimento alla distinzione fra questo e il profitto», così aderendo – nella sostanza – al criterio di calcolo del «profitto lordo».

Questa decisione della Suprema Corte, paradossalmente elaborata in adesione alla base argomentativa del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nel 2008, si segnala per un netto contrasto con la soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite, a proposito del profitto derivante dalla truffa commessa in occasione dell'aggiudicazione di appalti pubblici. Sembra opportuno richiamare gli argomenti spesi dalla Suprema Corte nella pronuncia del 2008, in ordine alla fisionomia del reato di truffa. Questo delitto, secondo le Sezioni Unite, «non integra un “reato contratto”, considerato che il legislatore penale non stigmatizza la stipulazione contrattuale, ma esclusivamente il comportamento tenuto, nel corso delle trattative o della fase esecutiva, da una parte in danno dell'altra. Trattasi, quindi, di un “reato in contratto” e, in questa ipotesi, il soggetto danneggiato, in base alla disciplina generale del codice civile, può mantenere in vita il contratto, ove questo, per scelta di carattere soggettivo o personale, sia a lui in qualche modo favorevole e ne tragga comunque un utile, che va ad incidere inevitabilmente sull'entità del profitto illecito tratto dall'autore del reato e quindi dall'ente di riferimento».

In linea generale, sembra condivisibile ricondurre la truffa alla categoria dei «reati in contratto», non essendovi «una vera e propria immedesimazione del reato con il negozio giuridico»⁵⁴, vale a dire la caratteristica tipica del «reato contratto»: infatti, l'art. 640 c.p. non attribuisce rilievo soltanto alla stipulazione del contratto⁵⁵, ma a un dato modo di concludere il negozio che, di per sé, sarebbe del tutto lecito⁵⁶. Inoltre, l'induzione in errore costituisce estremo della fattispecie penale e, a un tempo, il «presupposto» sostanziale dell'annullamento di un contratto che, fino a un tale esito, è perfetto e, dunque, efficace⁵⁷. Vale a dire, mancando la richiesta di annullamento il contratto produce i suoi effetti senza che, a tale fine, rilevi il *background* criminoso della truffa.

Peraltro, nella truffa contrattuale si verifica anche un altro tipo d'incidenza del contratto sul reato. Non solo il negozio assume rilevanza giuridica per il modo in cui è concluso; è la stessa esistenza del negozio concretamente pattuito a condizionare il reato, posto che, ai fini della sussistenza del reato, rileva indubbiamente il fatto che il negozio sia stato perfezionato. Infatti, senza il contratto, non vi sarebbe reato, dal momento che, nella truffa contrattuale, attraverso la conclusione del negozio è compiuto l'atto di disposizione patrimoniale in assenza del quale non viene integrata la fattispecie penale⁵⁸.

53. V., *supra*, par. 4.

54. Così, le sentenze qui annotate e, appunto, la sent. n. 26654/2008 delle Sezioni Unite, par. 6b della motivazione, dove, inoltre, si sostiene che, nel «reato contratto», il negozio giuridico «risulta integralmente contaminato da illiceità».

55. Con il «reato contratto», infatti, «la legge penale vieta proprio e soltanto la stipulazione del contratto»: così, ad es., I. LEONCINI, op. cit., p. 3.

56. Secondo F. MANTOVANI, op. cit., p. 38, mediante i «reati in contratto», «si punisce non la conclusione del contratto, ma il comportamento tenuto durante la stipulazione del contratto».

57. V., in linea generale, l'impostazione data al problema delle conseguenze che il reato produce sul negozio da F. MANTOVANI, op. cit., pp. 382-384.

58. Cioè la stipulazione del contratto costituisce «un modo di essere in concreto di un elemento costitutivo della fattispecie»: così, ancora, I. LEONCINI,

Ciò porta a dire che, nella truffa contrattuale, dove è pacifico che la conclusione del contratto è implicata dal reato, il reato «comprende» il contratto: cioè a dire, il contratto realizza in concreto un elemento costitutivo della fattispecie criminosa. Alla luce di queste considerazioni, sembra che non si debba assolutizzare la distinzione tra i «reati in contratto» e i «reati contratto» prospettata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione: in entrambi i casi c'è una intersezione operativa tra la fattispecie delineata dalla legge penale e la fattispecie delineata dalla legge civile e, per converso, in entrambi i casi manca una piena coincidenza tra gli elementi costitutivi delle due fattispecie⁵⁹. Non per questo bisogna rigettare il ragionamento delle Sezioni Unite, nella parte in cui escludono la sequestrabilità dell'intero «prezzo dell'appalto». Dalla legge penale si ricavano gli indici che corroborano questa conclusione di ragionevolezza.

Se il contratto, in mancanza di annullamento, conserva la rilevanza giuridica assegnatagli dalla legge civile, produce gli effetti tipici anche sul piano del corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto. La causa giuridica del compenso anche in questo caso è il contratto, invece che il reato.

Certo, la condotta criminosa influenza la determinazione del profitto, causando un'alterazione del rapporto sinallagmatico, suscettibile di rilevare ai fini della determinazione del profitto sequestrabile. Ad esempio, gli artifici o i raggiri compiuti dal privato potrebbero avere generato una falsa rappresentazione delle condizioni del servizio offerto o della qualità dell'opera promessa, così determinando in errore le persone che rappresentano la controparte, sotto il profilo dell'accettazione di clausole contrattuali più onerose per l'ente pubblico.

Peraltro, ai presenti fini va riadattato lo schema per determinare il *quantum* sequestrabile basato sull'accertamento del profitto che sarebbe stato conseguito senza il reato. Nella truffa contrattuale, si verifica una reciproca influenza fra reato e contratto. Se per un verso, come si è visto, il contratto condiziona l'esistenza del reato, per l'altro, è la stessa condotta costitutiva del reato a condizionare l'esistenza del contratto: senza di essa non ci sarebbero stati il contratto e, dunque, il profitto⁶⁰. Dunque, necessariamente il reato influisce sul profitto del contratto e ciò è quanto distingue il metodo da impiegare per accertare il profitto sequestrabile del reato di truffa da quello impiegabile nei processi penali per corruzione. Ma non bisogna concludere per la piena sovrapposibilità fra il profitto dell'appalto e il profitto della truffa.

È la stessa fattispecie incriminatrice a individuare i criteri che governano l'accertamento dei fatti processuali: la truffa richiede che l'induzione in errore abbia determinato un profitto ingiusto, motivo per cui è il parametro dell'«ingiustizia» a guidare l'interprete nella determinazione di cosa sia profitto sequestrabile. Bisogna, in particolare, accertare quale sia la *misura* del profitto che l'appaltatore ha conseguito in modo ingiustificato, rispetto a quello che è da ritenersi legittimato dalla natura e dal contenuto delle prestazioni pattuite nel contratto. Senza che si possa semplificare il problema (anche qui di natura probatoria) ipotizzando che il profitto del contratto sia del tutto ingiusto, in quanto discendente dal reato⁶¹.

op. cit., p. 2. Come è noto, ai fini della configurabilità della truffa, la fraudolenta attività induttiva deve aver causato l'errore del soggetto passivo del reato, errore che, a sua volta, deve aver determinato l'atto di disposizione patrimoniale. Cfr., in termini riassuntivi, ad es., M. MASPERO, in A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCALÀ (diretto da), *Commentario breve al codice penale*, V ediz., Padova, 2008, art. 640, p. 1849 e p. 1859. In ordine al requisito «tacito» della truffa, costituito dall'atto di disposizione patrimoniale v., ad es., F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, XV ediz. a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008, p. 369; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, IV ediz., Padova, 2012, p. 203. Di «elemento implicito per via interpretativa» parlano G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, V ediz., Bologna, 2007, p. 172.

59. V., infatti, con riferimento alla categoria dei «reati contratto», I. LEONCINI, op. cit., p. 23: «La denominazione “reati-contratto” si deve all'immedesimazione, nella presente categoria, tra attività criminosa e attività negoziale in sé considerata (anche se non esattamente tra reato e contratto, come comunemente si afferma, stante la parziale eterogeneità tra gli elementi della fattispecie incriminatrice e della fattispecie negoziale)».

60. Infatti la truffa contrattuale è «commessa nell'ambito di una relazione di scambio che non avrebbe avuto luogo senza gli artifici o raggiri»: così, G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 185.

61. Non si può dire, infatti, che il profitto dell'agente sia implicito nel pregiudizio provocato all'altra parte. V., ad es., F. ANTOLISEI, op. cit., p. 373; G.

Se, ad esempio, la truffa ha inciso sulla determinazione del compenso dell'appaltatore, ai fini della quantificazione del profitto sequestrabile dovrà prima essere accertato in che misura tale controprestazione sia giustificata alla luce del servizio reso o dell'opera eseguita⁶². Solo in seguito potrà essere determinato in che misura abbia inciso l'inganno del privato. Anche nel procedimento cautelare, «il danno e il profitto vanno accertati dal giudice in reciproca autonomia, dal momento che può ben accadere che al verificarsi del primo non si accompagni il secondo, e viceversa»⁶³.

FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 188.

62. Un accenno indiretto al criterio dell'«ingiustizia» è contenuto nella sentenza delle Sezioni Unite n. 26654/2008, laddove (motivazione, par. 6b) è affermato che, se il corrispettivo versato all'appaltatore non fosse sottratto al sequestro preventivo, «vi sarebbe un'irragionevole duplicazione del sacrificio economico imposto al soggetto coinvolto nell'illecito penale, che si vedrebbe privato sia della prestazione legittimamente eseguita e comunque accettata dalla controparte, sia del *giusto* corrispettivo ricevuto, dal che peraltro conseguirebbe, ove la controparte fosse l'Amministrazione statale, un ingiustificato arricchimento di questa».

63. Così, in generale, in riferimento al profitto (ingiusto) del reato di truffa, G. FIANDACA e E. MUSCO, op. cit., p. 188.