

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Sequestro preventivo nei confronti dell'ente

La decisione

Sequestro preventivo - gravi indizi - necessità di accertamento - individuazione del profitto (D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 19, 53).

Il termine di riferimento necessario per valutare se sussista un apparato argomentativo idoneo ad evidenziare i criteri seguiti per l'individuazione del profitto del reato, la cui determinazione è il presupposto per la confisca e, quindi, per il sequestro nei confronti dell'ente, è l'indicazione della condotta illecita ipotizzata e posta alla base della responsabilità da reato dell'ente. (Nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto l'ordinanza impugnata affetta da violazione di legge in quanto non indicava in alcun modo la condotta illecita ipotizzata).

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 31 maggio 2016 (ud. 22 aprile 2016) - CONTI, *Presidente* - CORBO, *Relatore* - ANIELLO, *P.G.* (conf.) - VBIO 1 S.A. s.r.l. e altro, ricorrenti.

Individuazione del profitto e accertamento del *fumus* nel sequestro preventivo nei confronti dell'ente

1. Nell'ambito di un procedimento ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, due società secondo l'impostazione accusatoria responsabili di condotte corruttive erano destinatarie di un sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato. Il legale rappresentante delle persone giuridiche avanzava richiesta di revoca del vincolo cautelare. L'istanza non trovava accoglimento. Il provvedimento di diniego veniva quindi impugnato avanti al Tribunale di Ancona in funzione di giudice dell'appello che, con ordinanza in data 17 luglio 2016, confermava il provvedimento genetico. Ne conseguiva la proposizione del ricorso per cassazione a seguito del quale la Suprema Corte, con la sentenza che si annota, annullava con rinvio l'ordinanza impugnata.

La decisione, pur concentrandosi sulla nozione di profitto oggetto della confisca, consente di approfondire il tema del sequestro preventivo, misura cautelare prodromica all'esecuzione della citata sanzione, ma orfana di una compiuta disciplina. Nello specifico, l'analisi concerne il profilo del *fumus* dell'illecito che la sentenza commentata eleva, da condizione di applicabilità del vincolo reale, a coefficiente indispensabile per poter valutare la consistenza del *quantum*, oltre che dell'*an*, del profitto confiscabile. Si tratta di un'accezione inedita del citato requisito applicativo che, se da un lato fa della

pronuncia un approdo interpretativo del tutto originale, dall'altro, porta a riflettere sulla necessità di un ripensamento del consolidato orientamento giurisprudenziale maturato in ordine ai parametri operativi legittimanti il sequestro preventivo *contra societatem*.

2. Il sistema cautelare di cui al capo III, Sez. V, del d.lgs. n. 231 del 2001 annovera, accanto alle misure interdittive, due strumenti reali applicabili all'ente: il sequestro preventivo e quello conservativo, disciplinati nel procedimento *de societate* per scelta autonoma del legislatore delegato.

Differentemente da quanto previsto per le cautele interdittive¹, al primo sequestro è dedicata una sola disposizione, l'art. 53². La norma riconosce al giudice la facoltà di disporre in via incidentale l'ablazione delle cose di cui è consentita la confisca (prezzo o profitto del reato) ai sensi dell'art. 19, rinviando poi alla corrispondente disciplina codicistica in quanto applicabile³. Ne consegue una disciplina scarna, costruita *per relationem*, foriera di molteplici dubbi interpretativi e per questo non andata esente, a più voci, da critiche⁴.

Nel passaggio dall'enunciazione all'applicazione, il silenzio del legislatore ha spinto l'interprete ad interrogarsi circa la necessità di subordinare l'adozione dello strumento cautelare al ricorrere dei presupposti applicativi c.d. tradizionali, il *fumus commissi delicti* ed il *periculum in mora*.

L'esigenza di venir a capo del problema è parsa fin da subito sentita, laddove

¹ Si veda PERONI, *Il sistema delle cautele*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 246, per il quale il sistema cautelare di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 è «tendenzialmente asimmetrico», in quanto «a un corredo pluriarticolato di norme devoluto allo strumentario interdittivo, fa da contraltare l'esigua disciplina dei mezzi reali, all'uopo etero integrata dal codice». In via generale, per la disciplina delle misure cautelari applicabili all'ente si rinvia a VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, XLVII, Milano, 2012, 187 ss.; PRESUTTI, *Le misure cautelari reali*, in Presutti, Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 295 ss. e CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, 101 ss.

² Le norme citate senza ulteriore indicazione si intendono riferite al d.lgs. n. 231 del 2001.

³ Il rinvio è agli artt. 321, commi 3, 3 bis e 3 ter, 322, 322 bis e 323 c.p.p. in quanto applicabili.

⁴ Critica verso una disciplina definita «approssimativa» e foriera di «poche certezze e plurimi nodi esegutici», PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 181; analogamente, BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti: restano incerti i confini per l'applicazione delle norme in tema di sequestro preventivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 941; Id., *Sull'inapplicabilità del sequestro preventivo al profitto che l'ente ha tratto dal reato*, in *Cass. pen.*, 2007, 2889; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., 245 e 266; LORENZETTO, *Sub art. 53*, in Presutti, Bernasconi, Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 457 e FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 352, 353 e 357.

si consideri che, mentre la disciplina degli enti nulla prescrive in merito al sequestro, l'art. 45, al contrario, subordina l'adozione delle misure interdittive al previo riscontro sia dell'esigenza cautelare, sia di un consistente quadro probatorio.

Si tratta di valutazioni di non facile momento: ad una differente connotazione del sequestro preventivo nei termini ora richiamati consegue una diversa ampiezza del suo raggio di azione.

Al fine di far fronte alla lacuna legislativa, diverse sono state le soluzioni interpretative approntate: le une, forti del richiamo alla disciplina di cui al libro quarto del codice di rito, hanno optato per la trasposizione nel processo agli enti delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in tema di sequestro esperibile nei confronti dell'imputato persona fisica; le altre, stanti le peculiarità dell'istituto, hanno invocato la necessità di soluzioni autonome. In via intermedia, non è mancato il tentativo di risolvere il dubbio interpretativo attingendo alla disciplina dettata per le cautele interdittive.

3. All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, il problema della mancata previsione dei presupposti applicativi del sequestro preventivo è stato affrontato in termini sostanzialmente riduttivi, non ritenendosi necessario, quanto al *fumus* dell'illecito, il ricorrere dei gravi indizi di responsabilità. Esclusa l'applicabilità dell'art. 45, una prima impostazione ha ritenuto presupposto sufficiente (ed al contempo indispensabile) per l'emissione del sequestro patrimoniale l'astratta configurabilità dell'illecito, espressione da ricondursi ad una «fattispecie tipica, ipotizzabile non soltanto in base ad un eventuale successivo sviluppo delle indagini, ma a una teorica possibilità, pur sempre collegata con elementi processuali già acquisiti in atti»⁵.

⁵ Così BRICCHETTI, *Anticipo sulla "pena" con il sequestro preventivo*, in *Guida al dir.*, 2001, 26, 97; Id., *Le misure cautelari*, in Alessandri e altri, *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, 292 e 293; Id., *Il sistema cautelare*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2007, 1, 147 e 148; Id., *Il sistema cautelare*, *ivi*, 2012, 1, 230; Id., *Ma davvero servono gravi indizi di responsabilità dell'ente per disporre il sequestro preventivo? (commento a Cass. pen., n. 34505, 10 settembre 2012)*, *ivi*, 2013, 4, 209. Parimenti, si vedano NUZZO, *Le misure cautelari*, in *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1494; VARANELLI, *Le misure cautelari nel procedimento per la responsabilità amministrativa degli enti (parte seconda)*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2009, 1, 194; MAZZOTTA, *Le misure cautelari*, in *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di D'Avirro, Di Amato, X, Padova, 2009, 884 e BELTRANI, *Il presupposto di applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca in danno degli enti (commento a Cass. Pen., n. 41435, 6 ottobre 2014)*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2015, 3, 184, per il quale, «sebbene esigenze di coerenza sistematica ... imporrebbero altre soluzioni .. », la Relazione Governativa al d.lgs. n. 231 del 2001 ed il testo degli artt. 45 e 53 portano ad escludere che il presupposto dei gravi indizi possa essere esteso anche alle misure cautelari reali.

L'orientamento ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità ove, ravvisati «aspetti simili e spiccate analogie»⁶ tra il sequestro *contra societatem* e quello di cui all'art. 321, co. 2, c.p.p., si è proceduto a trasferire al primo le soluzioni interpretative maturate per il secondo, dove il problema di un analogo vuoto normativo era già stato affrontato. Quanto al *fumus*, la Suprema Corte ha escluso la necessità del ricorrere dei gravi indizi prescritti dall'art. 273 c.p.p. in tema di cautele personali, ritenendo sufficiente la «astratta configurabilità dell'illecito»⁷; la soluzione - si diceva - trovava avallo nel ricorrere di un'ipotesi di confisca obbligatoria e nel tenore letterale dell'art. 53, che nulla accenna ai gravi indizi⁸. Contestualmente, desunta la pericolosità dei beni oggetto di confisca dall'obbligatorio operare dell'ablazione in caso di condanna dell'ente, si è esclusa la sussistenza, in capo al giudice, di ogni onere d'indagine circa il ricorrere del *periculum in mora*, considerato sussistente *in re ipsa*⁹.

⁶ Così Cass., Sez. II, 22 marzo 2006, P.M. in proc. Miritello, ricorrente, in *Giur. it.*, 2006, 2139, con nota di SANTORIELLO.

⁷ In tal senso Cass., Sez. II, 22 marzo 2006, P.M. in proc. Miritello, ricorrente, cit.

⁸ Si veda, in punto, BRICHETTI, *Ma davvero servono gravi indizi*, cit., 209, il quale, contrariamente all'iniziale posizione, pare ammettere che l'argomento del mancato richiamo dell'art. 53 ai gravi indizi di cui all'art. 45 «non sembra in effetti decisivo», essendo «un po' debole» e CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 130 ss., per il quale «non costituisce un argomento contrario insuperabile quello affidato all'osservazione che le previsioni contenute negli artt. 45 - 52 ... sono riferite alle sole misure interdittive e non sono quindi esportabili in altra sede», trattandosi di una riproposizione della «tesi .. elaborata nell'interpretazione dell'art. 321 c.p.p. per escludere che al sequestro preventivo a fine di confisca siano applicabili le garanzie dettate dal codice per l'applicazione delle misure cautelari personali (e, in particolare, quella dell'art. 273 c.p.p.) ». Secondo l'A., peraltro, la citata tesi si fonderebbe su di un «equivoco», «alimentato dall'impropria generalizzazione del *dictum*» della sentenza Corte Cost., n. 48 del 17 febbraio 1994.

⁹ Così Cass., Sez. II, 22 marzo 2006, P.M. in proc. Miritello, ricorrente, cit.; in giurisprudenza si veda Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, Fisia Italimpianti S.p.A e altri, in S. M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, Torino, 2015, 89, cui si rinvia per un quadro complessivo degli approdi giurisprudenziali; conformemente, in dottrina si vedano PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., 266; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, 169; F. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, 582; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., 356 e 357; VERGINE, *Il contrasto all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 322; MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Le cautele reali*, in *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2006, 195. In senso critico si vedano MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini di confisca)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 1, 165 e 166 e PRESUTTI, *Le misure cautelari reali*, cit., 300, per la quale «ritenere che il *periculum* coincida con la confiscabilità del prezzo o del profitto derivante da reato .. significa sovrapporre natura e funzione della confisca regolata dall'art. 19 (sanzione principale) e quelle della confisca misura di sicurezza patrimoniale regolata dal codice penale».

Avviando ad un pressoché granitico ed acritico orientamento¹⁰, la Corte di cassazione ha affermato che «le condizioni necessarie e sufficienti per disporre il sequestro preventivo di beni confiscabili, consistono, quanto al *fumus commissi delicti*, nell'astratta configurabilità, nel fatto attribuito all'indagato, di una delle ipotesi criminose individuate dal Pubblico Ministero, senza che rilevino nè la sussistenza degli indizi di colpevolezza nè la loro gravità e, quanto al *periculum*, coincidendo quest'ultimo con la confiscabilità del bene, nella presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca»¹¹.

In tale ottica, il compito del giudice è stato circoscritto al solo riscontro della compatibilità tra caso concreto suscettibile di intervento cautelare e fattispecie legale.

Ciò significa che, sia ove chiamato a disporre la misura sia allorché interpellato della sua legittimità, il giudice deve (limitarsi a) verificare l'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito alla persona giuridica indagata in una delle ipotesi di cui agli artt. 24 e seguenti del d.lgs n. 231 del 2001.

L'impostazione, pur condivisa dalla giurisprudenza, è stata respinta dalla dottrina, che l'ha ritenuta responsabile di utilizzare nel nuovo contesto «vecchi arnesi interpretativi»¹² del tutto inadatti.

Nello specifico, si è osservato come allo svilimento dei presupposti applicativi conseguano gravi effetti patologici, tra cui l'eccessivo ampliamento della discrezionalità giudiziale e l'intollerabile compressione del diritto di difesa¹³.

¹⁰ Riportano in maniera pedissequa la citata pronuncia Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2014, Calamai, in *Mass. Uff.*, n. 261571; Cass., Sez. II, 6 ottobre 2014, Assoc. Integrazione Immigrati e altri, in *Cass. Pen.*, 2015, 710, commentata da BELTRANI, *Il presupposto di applicabilità del sequestro preventivo*, cit., 179 e da SCARCELLA, *Sequestro per equivalente legittimo anche in mancanza di gravi indizi a carico dell'ente (Commento a Cass. pen., n. 41435, 6 ottobre 2014)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 1, 215; Cass., Sez. II, 10 gennaio 2007, Spera e altri, in *Guida al dir.*, 2007, 7, 79.

¹¹ *Contra*, in punto, si esprime F. LATTANZI, *Sequestri*, cit., 585, per il quale «l'affermazione non trova fondamento né in argomenti giuridici né in argomenti logici»; ciò in quanto, per l'A., ove fosse sufficiente l'astratta configurabilità del reato, da un lato, non sarebbe necessario accertare l'esistenza del *fumus* e, dall'altro, nell'adozione della misura al giudice sarebbe preclusa ogni valutazione, dovendosi limitare alla verifica dell'esatta impostazione formale della contestazione.

¹² Così BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 3, 205. Altri contrari, F. LATTANZI, *Sequestri*, cit., 585, 586; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., 266; MORELLI, *Il sistema cautelare*, cit., 195; GARUTI, *Il processo penale agli enti*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da Spangher, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, II, Torino, 2011, 1605 e PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi*, cit., 184, la quale definisce l'impostazione richiamata una «corniva esegesi», che «si accontenta di soluzioni accreditatesi altrove, di fatto trasferendole *tout court* nell'assetto prefigurato per l'ente: l'astratta configurabilità della violazione contestata alla società sostanzierebbe il *fumus* mentre il *periculum* si risolverebbe nell'estrinseca pericolosità della *res* (prodotto o profitto) alla stregua di una presunzione legislativa che esonera da concreti accertamenti».

¹³ Così MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato*, cit., 164 e 165. Parimenti critici, CERESA -

Ancora, si è rilevato come la natura punitiva-afflittiva, in altre parole sanzionatoria, attribuita alla misura cautelare determini non pochi problemi sul versante della tenuta costituzionale del sequestro *contra societatem*, collidendo con la presunzione di innocenza *ex art. 27, co. 2, Cost.*, che, ove declinata quale regola di trattamento, vieta di assimilare l'ente imputato al colpevole, precludendo la possibilità che egli sia destinatario di una pena prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna emessa a suo carico¹⁴.

La necessità del ricorrere, ai fini applicativi, ad un più consistente quadro indiziario è stata variamente argomentata. Al riguardo, si è posto in luce come la contiguità dei mezzi cautelari applicabili agli enti precluda la possibilità di operare un razionale distinguo della pretesa indiziaria (solo) in ragione dell'oggetto del vincolo: l'attività dell'ente per le misure interdittive, il suo patrimonio per gli strumenti reali¹⁵. Contestualmente, l'analisi si è concentrata sull'inedita finalizzazione del sequestro preventivo di cui all'art. 53¹⁶ e sulla sua

GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 132, per il quale stante la «connotazione soggettiva del sequestro», «l'elusione della verifica della posizione del destinatario della misura finisce per avvallare una sorta di presunzione di addebitabilità del reato». Secondo l'A., tale situazione patologica contrasta non solo con l'art. 27, comma 2°, Cost., ma anche con il dettato di cui all'art. 24, co. 2°, della Carta fondamentale, «privando l'imputato del diritto ad interloquire sul merito della fattispecie contestatagli, ridotta ad una mera, non arbitraria enunciazione dell'ipotesi di reato da parte del pubblico ministero»; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 152 - 154, per il quale «un controllo meramente formale dell'addebito .. può impegnare il giudice nell'adozione di provvedimenti cautelari fantasma a danno di società inesistenti»; Id., *Il contrasto all'illegalità economica*, cit., 325, in cui l'A. pone in luce come «il panorama prospettato dalla giurisprudenza, mentre rende evanescenti i presupposti applicativi della misura cautelare nei confronti dell'ente, provoca un *vulnus* del diritto di difesa» e AUREMMA, *Sequestro preventivo ai fini della confisca nella responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Giur. it.*, 2013, 663, per il quale ridurre la verifica dei presupposti cautelari alla mera possibilità di ricondurre la condotta concreta nell'ipotesi delittuosa astratta, determinerebbe la violazione del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Ciò porterebbe all'inflizione di una sanzione che, pur concernendo solo una *res*, risulterebbe applicata «unicamente sulla base di una verifica routinaria e superficiale».

¹⁴ Si vedano BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo*, cit., 211 e 212 e CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 129.

¹⁵ In questo senso, PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., 266 e 267; si vedano, altresì, GUALTIERI, *Rapporti tra sequestro preventivo e confisca. Principi generali*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, II, Torino, 628; LORENZETTO, *Sub art. 53*, cit., 466; BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo*, cit., 212; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 167; MONTAGNA, *Misure cautelari e semiplena probatio: certezze dogmatiche ed itinerari giurisprudenziali*, in *La prova nel processo agli enti*, a cura di Fiorio, Torino, 2016, 188 e VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., 151.

¹⁶ Così PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi*, cit., 182. Quanto alla finalità del sequestro preventivo *ex art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001*, si vedano PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi*, cit., 185; Id., *Le misure cautelari reali*, cit., 299, 300; F. LATTANZI, *Misure cautelari*, cit., 583; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 166, 167; FIDELBO, *Le misure cautelari*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse. Atti del Convegno di Roma 30 novembre - 1 dicembre 2001*, in *Cass. pen.*, 2003, 136; BRICCHETTI, *Anticipo sulla pena con il sequestro preventivo*, cit., 87; NUZZO, *Le*

marcata corrispondenza fisionomica con la misura personale, di tipo inibitorio della disponibilità dei beni¹⁷. Ciò ha portato a rilevare che, mentre il sequestro di cui al codice di rito ha finalità impeditiva (co. 1) ovvero è funzionale alla confisca - misura di sicurezza (co. 2), il vincolo reale destinato all'ente è prodromico all'esecuzione della confisca *ex art. 19*, che è sanzione principale, obbligatoria e autonoma e che si distingue non solo dalle altre ipotesi di confisca previste dal codice e dalle leggi speciali, ma anche da quelle disciplinate dal sistema di cui al d.lgs. n. 231 del 2001¹⁸. In un'ottica conservativa, la misura determina pertanto l'indisponibilità del prezzo o del profitto del reato al solo fine di garantire il buon esito della pretesa sanzionatoria¹⁹. Ne consegue un ineludibile corollario interpretativo: se la misura è monodirezionale verso la fruttuosità della sanzione²⁰, ai fini della sua legittima adozione nella fase cautelare sarà necessario verificare il ricorrere di tutte quelle condizioni che consentono l'applicazione della confisca, non potendosi certo ritenere sufficiente la prospettazione della notizia di un illecito amministrativo²¹. È la natura della confisca - si è rilevato - ad influenzare i presupposti applicativi del sequestro

misure cautelari, cit., 1488; LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, in *Cass. pen.*, 2010, 4277 e 4278; Id., *Sub art. 53*, cit., 460; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., 150 e MONTAGNA, *Misure cautelari e semiplena probatio*, cit., 183, 188.

¹⁷ Il rilievo è di CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 132, per il quale, stante la connotazione soggettiva, il sequestro applicabile all'ente si distingue strutturalmente dal vincolo reale disciplinato dal codice di rito. Da qui necessità di una «adeguata perequazione delle garanzie».

¹⁸ Così Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, Fisia Italmobiliare S.p.A. e altri, cit.; In dottrina si vedano PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., 166, 167 e M. MONTAGNA, *Misure cautelari e semiplena probatio*, cit., 178 e 187; P. CORSO, *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, in *Giur. it.*, 2014, 994; Id., *Le misure cautelari reali: quadro normativo attuale e giurisprudenza*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 2, 135; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 315; RIVERDITI, *La Confisca nei confronti degli enti: un focus a quindici anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 2, 73. Quanto alle diverse tipologie di confisca delimitate dal d.lgs. n. 231 del 2001 si vedano EPIDENDIO, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, *ivi*, 2011, 4, 19; BASSI, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 231/2001: commento alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2011 n. 3311*, *ivi*, 2012, 4, 199 e VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., 107.

¹⁹ Così MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato*, cit., 166 e MARANDOLA, *Punti fermi e «equivoci interpretativi» in tema di misure cautelari destinate all'ente responsabile dell'illecito da reato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 763, secondo cui il sequestro preventivo avrebbe «funzione più propriamente conservativa che preventiva».

²⁰ Così LORENZETTO, *Sub art. 53*, cit., 458 e CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 129 e 136, il quale riconosce alla misura rispettivamente «una chiara connotazione sanzionatoria» ed una «finalizzazione conservativa».

²¹ Si veda RUGGERI, *Sub art. 53*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Torino, 2010, 625.

preventivo²².

Il *fumus* dell'illecito è stato quindi ravvisato nell'elevata probabilità di giungere ad una sentenza di condanna con conseguente irrogazione della confisca del prezzo o del profitto del reato²³; ciò significa che, ai fini applicativi, è necessario che il giudice accerti, seppur a livello indiziario, l'imputabilità dell'illecito all'ente e la sussistenza di ciò che costituisce l'oggetto dell'ablazione²⁴. Rilevato come la confisca cui è preordinata la misura cautelare è, a sua volta, legata ad un accertamento della responsabilità dell'ente, si è peraltro aggiunto come il requisito applicativo non debba essere circoscritto al solo reato presupposto ma, al contrario, vagliato alla luce di ogni ulteriore elemento da cui dipende la responsabilità dell'ente, vale a dire il ricorrere in capo alla persona giuridica dell'interesse o vantaggio (art. 5)²⁵ e della qualità di soggetto apicale e non in capo all'autore del reato (artt. 6 e 7)²⁶.

Quanto al *periculum*, il parametro cautelare è stato rapportato alla specifica finalità cui è preordinato il sequestro che, come detto, si identifica nell'esigenza di garantire la fruttuosità della confisca. Il presupposto si concretizza, quindi, non già nelle intrinseca pericolosità della *res* oggetto d'ablazione

²² Si vedano BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti*, cit., 944; CERQUA "La Corte di cassazione precisa i presupposti applicativi del sequestro preventivo contra societateni", in *Proc. pen. e giust.*, 2013, 1, 44; in termini contrari, F. LATTANZI, *Misure cautelari*, cit., p. 583, per il quale «non sembra che la natura sanzionatoria della confisca possa spostare i termini della questione perché questa natura non priva il prezzo e il profitto del carattere di cose pericolose e comunque di cose la cui provenienza delittuosa impone che ne venga sottratta la disponibilità a chi è responsabile del reato».

²³ Si vedano MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato*, cit., 164 e ss.; F. LATTANZI, *Misure cautelari*, cit., 583; GARUTI, *Rapporti tra sequestro preventivo e confisca. Principi Generali*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, II, Torino, 628, per il quale per il *fumus commissi delicti* deve ritenersi necessaria la sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente, sia ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. n. 231/2001 che, «seppur si riferisce espressamente soltanto alle misure interdittive e al commissariamento deve considerarsi una misura cautelare di portata generale», sia perché l'espresso richiamo dell'art. 321, comma 3, c.p.p. «implica l'applicazione del 1 comma della medesima norma, che consente, appunto, il sequestro preventivo ove ricorrano gravi indizi nella commissione di un reato»; quanto ai presupposti del sequestro preventivo per equivalente, si veda SANTORIELLO, *La confisca per equivalente nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, 147.

²⁴ PRESUTTI, *Le misure cautelari reali*, cit., 301; SCARCELLA, *Sequestro per equivalente legittimo anche in mancanza di gravi indizi a carico dell'ente*, cit., 218 e MONTAGNA, *Misure cautelari e semiplena probatio*, cit., 183, 187.

²⁵ Quanto al concetto di interesse e vantaggio si vedano ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, 1003; SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 110 ss.; VENEZIANI, *Sub art. 5*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, 2010, 103; SILVESTRI, *L'interpretazione dei concetti di «interesse» e «vantaggio»*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 4, 221; SELVAGGI, *Reato colposo e interesse dell'ente. Le Sezioni unite tra vecchie e nuove questioni*, in *Le Società*, 2015, 3, 357.

²⁶ Così BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti*, cit., 942; negli stessi termini, VERGINE, *Il contrasto all'illegalità economica*, cit., 324 e ID., *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., 154.

bensi nel pericolo, reale e plausibile, della dispersione dell'oggetto della confisca²⁷. In tale prospettiva, con specifica indagine, il giudice deve verificare, la concreta probabilità che il prezzo o il profitto del reato si «volatilizzino»²⁸.

La necessità di un vaglio dei presupposti applicativi non meramente formale e cartolare²⁹ è stata sostenuta/confermata dalla Suprema Corte che, seppur con isolata pronuncia, ha ribadito come la ricerca debba essere condotta «tenendo conto della specificità della confisca cui la misura cautelare in questione si riferisce»³⁰. Il Collegio ha argomentato la necessità di una diversa ricostruzione dei presupposti applicativi muovendo da una duplice prospettiva. Da un lato, si è osservato come, pur non richiamando l'art. 53 i gravi indizi di cui all'art. 45, le misure cautelari siano collocate su uno stesso piano, condividendo oggetto (ente) e finalità (applicazione di una sanzione principale ed obbligatoria subordinata all'accertamento della responsabilità dell'ente); dall'altro, si è posto in luce come in sede cautelare il profilo della responsabilità della persona giuridica debba rientrare nella valutazione del *fumus*, riguardando la funzione preventiva direttamente l'ente quale autore del fatto illecito e non solo il bene (profitto o prezzo) la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo. Sulla base di tale impostazione, la Corte di cassazione ha ravvisato quale presupposto per il sequestro preventivo sia «un *fumus* allargato, che finisce per coincidere sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per l'emanazione delle misure cautelari interdittive». Nello specifico, il Supremo Collegio ha precisato come i gravi indizi debbano coincidere con gli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, tali da consentire al giudice di elaborare una qualificata probabilità di colpevolezza.

²⁷ Si veda LORENZETTO, *Sub art. 53*, cit., 467. Parimenti, PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi*, cit., 185; Id., *Le misure cautelari reali*, cit., 300; MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato*, cit., 166 e SANTORIELLO, *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, coordinato da Santoriello, Torino, 2011, 213.

²⁸ Così BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo*, cit., 213.

²⁹ Così Cass., Sez. III, 13 giugno 2011, con nota di CERESA - GASTALDO, *Tra i presupposti del sequestro preventivo per "equivalente" anche l'accertamento del collegamento tra bene sequestrato e profitto del reato*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁰ Cass., Sez. VI, 10 settembre 2012, Codelfa S.p.A., in *Proc. pen. e giust.*, 2013, 1, 38, con nota di CERQUA, *La Corte di cassazione precisa i presupposti applicativi del sequestro preventivo contra societatem*, cit., 41, per il quale la pronuncia ha il merito di «orientare la disciplina dettata dall'art. 53 lungo le coordinate costituzionali»; la sentenza è altresì commentata da GUIDO, *Fumus commissi delicti "allargato" per il sequestro preventivo destinato all'ente*, in *Resp. ann. soc. enti*, 2013, 3, 249; AURIEMMA, *Sequestro preventivo ai fini della confisca*, cit., 663; CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 132 ss. e TORRI, *Lo standard probatorio del fumus delicti*, in Rapetti, Torri, *La prova del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo ex art. 19 e 53 D.Lvo n. 231/2001*, in www.penalecontemporaneo.it.

Solo dopo aver riscontrato il ricorrere della prima condizione di applicabilità nei termini così intesi, il giudice dovrà accertare il requisito del *periculum*, compito limitato all'individuazione ed alla quantificazione del prezzo o del profitto assoggettabile a confisca³¹.

4. La presenza di un (seppur flebile) contrasto giurisprudenziale ha portato a sperare nell'intervento delle Sezioni unite³²; l'occasione, sfortunatamente, non risulta essersi ancora presentata.

Peraltro, pur non intervenendo sullo specifico tema che ci occupa, il Supremo Collegio ha precisato come le cautele reali applicabili all'ente abbiano ciascuna un'autonoma disciplina³³, con esclusione della possibilità di fare ricorso agli artt. 45 ss. onde colmare il vuoto normativo in tema di sequestro preventivo.

L'impressione parrebbe quella di un persistente vuoto di adeguatezza della disciplina del sequestro preventivo, su cui aleggia un'ombra inquisitoria³⁴.

La sentenza che si annota, tuttavia, dimostra (almeno in parte) la presenza di un lavoro interpretativo di segno opposto. Nel pronunciarsi sul ricorso la Corte rileva come la parte motiva del provvedimento impugnato non indichi «in alcun modo la condotta illecita ipotizzata e posta alla base della responsabilità da reato» dell'ente. Ne consegue - a detta del Supremo Collegio - la tota-

³¹ Critico sul punto, CERQUA, *La Corte di cassazione precisa i presupposti applicativi del sequestro preventivo contra societatem*, cit., 45, per il quale «il passaggio argomentativo avrebbe forse meritato una maggiore precisazione nella individuazione della latitudine operativa del *periculum*». Per quanto concerne il calcolo del profitto si rinvia a Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, Fisia Italimpianti S.p.A. e altri, cit.; in dottrina si vedano BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2012, 143; Id., *Presunzioni legali tributarie e indizi di reato, nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 2014, 1233 e PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2008, 4562; sul tema, più in generale, il rinvio è a FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 1-2, 53; MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2008, 1758; Id., *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2012, 58; LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem, per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1788; BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, ivi, 2009, 1726; EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 10, 1263 e BASSI, *Il profitto confiscabile nel procedimento a carico degli enti nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 2, 53.

³² La possibilità è auspicata da SCARCELLA, *Sequestro per equivalente legittimo anche in mancanza di gravi indizi a carico dell'ente*, cit., 220.

³³ Così Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, Fisia Italimpianti S.p.A., cit.

³⁴ Le espressioni sono di SCALFATI, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 3, 1.

le mancanza del «termine di riferimento necessario per valutare se sussista un apparato argomentativo idoneo ad evidenziare i criteri seguiti per l'individuazione del profitto del reato, la cui determinazione è presupposto per la confisca e, quindi, per il sequestro nei confronti dell'ente».

L'inciso assume, nella sede che ci occupa, un indubbio rilievo.

Pur inteso nell'accezione minimalista accolta dalla giurisprudenza, il *fumus* dell'illecito è infatti concepito non solo nelle sue vesti tradizionali di condizione di applicabilità della misura cautelare reale ma - profilo innovativo - quale coefficiente indispensabile per poter valutare la consistenza del *quantum*, oltre che dell'*an*, del profitto confiscabile.

Detto altrimenti, ove non sia possibile configurare, neppure astrattamente, la condotta illecita ascritta all'ente, non si potrà procedere alla individuazione dell'oggetto della confisca e, quindi, al sequestro. Contestualmente, è solo ove si sia già configurato l'illecito che si potrà ragionare in termini di quantificazione del prezzo o del profitto. Ciò, peraltro, è del tutto coerente con il condivisibile rilievo per cui il concetto di profitto del reato assume diversa fisionomia operativa a seconda del contesto giuridico in cui la condotta criminosa è inserita³⁵.

L'inedita funzionalizzazione attribuita al presupposto in commento può portare ad (almeno) due ordini di considerazioni. Da un lato, pare confermarsi, ancora una volta, il rilievo per cui il sequestro speciale³⁶ esperibile nei confronti dell'ente e quello c.d. generale di cui al codice di rito condividano, in sostanza, solo il nome³⁷. Dall'altro, si ripropone - più che mai attuale - la necessità di subordinare il potere cautelare alla previa verifica, da svolgersi caso per caso, del ricorrere di un più consistente quadro indiziario. Detta esigenza infatti, non solo rileva onde scongiurare il rischio di una limitazione abusiva dei diritti - di difesa, di proprietà, di iniziativa economica - tutelati³⁸, anche per l'ente, dalla Carta fondamentale ma si impone ancor prima, onde consentire rispettivamente al pubblico ministero ed al giudice di richiedere e dispor-

³⁵ Così BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo*, cit., 146.

³⁶ Così EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 73 ss.

³⁷ Critici circa la scelta di attribuire ai due diversi sequestri lo stesso *nomen iuris*, BERNASCONI, *Confisca e sequestro preventivo*, cit., 210, per il quale «l'art. 53 - rubricato, appunto "sequestro preventivo", si fa portatore di un'apparente confusione nominalistica, inducendo, ad una prima lettura, a ritenere che questa cautela reale - una volta inquadrata nel prisma di riferimento, ovvero il processo penale - sia finalizzata a scongiurare un pericolo, quello dell'aggravamento dell'illecito» e BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti*, cit., 942, per il quale «non è detto che - al di là dell'identità nominale - l'istituto debba o possa atteggiarsi nel processo a carico degli enti nello stesso modo in cui si atteggia nel procedimento avente ad oggetto la penale responsabilità di una persona fisica».

³⁸ Così CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 129.

re il vincolo reale. Ciò in quanto per poter consentire un vaglio, sebbene in sede incidentale, dell'*an* e del *quantum* del profitto, la verifica del “termine di riferimento”, indispensabile per il loro accertamento, non potrà limitarsi all'astratta configurabilità dell'illecito.

Che, anche per questo, in tema di sequestro preventivo a carico dell'ente si imponga (finalmente) la necessità di un accertamento del *fumus boni iuris*³⁹.

DIANA POLETTI

³⁹ Si veda CERESA - GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 132, il quale riconosce alla pronuncia Cass., Sez. VI, 10 settembre 2012, Coldelfa S.p.A., cit., il pregio di aver affermato «un principio di diritto dalla potente carica innovativa: anche il sequestro preventivo, come le cautele personali, esige in determinate situazioni, l'accertamento del *fumus boni iuris*».