

TEMI

CONFISCA E SEQUESTRO PREVENTIVO: VECCHI ARNESI INTERPRETATIVI E NUOVE FRONTIERE DI LEGALITA'¹

Prof. Avv. Alessandro Bernasconi, Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Brescia, Avvocato in Milano

1. I profili da ripensare

È risaputo che, tra gli strumenti di marca penalistica annoverati dalla normativa sulla responsabilità da reato degli enti, i più incisivi - e per questo temuti - si sono rivelati essere, sul versante sanzionatorio, la confisca del prezzo o del profitto del reato e, su quello cautelare, il sequestro preventivo dei beni di cui è consentita l'ablazione stessa. Il diffuso impiego di entrambi, nel processo penale *contra societatem*, ha sollevato una molteplicità di problematiche e di dissidi interpretativi, spesso riconducibili ad un vizio di approccio della giurisprudenza, ovvero quello di prendere in prestito categorie concettuali talvolta superate dalle nuove esigenze ermeneutiche - imposte dall'avvento del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 -, talaltra inutilizzabili in quanto forgiate esclusivamente per l'imputato-persona fisica.

Al fine di suggerire inquadramenti e soluzioni alternative a quelle sino ad oggi prospettate dai giudici è necessario premettere, dal punto di vista metodologico, un triplice ordine di considerazioni, afferenti alla natura della confisca, ai presupposti applicativi del sequestro preventivo e, infine, ai criteri di individuazione della proprietà dei beni da sottoporre ad apprensione coattiva.

1.1. "La" confisca? Un istituto al plurale

Sia la Corte Costituzionale - già dagli anni Sessanta del secolo scorso² -, sia, di recente, la Corte di cassazione a sezioni unite³, hanno affermato l'impossibilità di fare riferimento ad un concetto di confisca astratto ed ispirato ad unità concettuale: l'istituto ablativo va declinato nello specifico contesto normativo di appartenenza per

¹ Il presente contributo è frutto della rielaborazione delle relazioni presentate al convegno della Camera penale di Venezia su *Sequestro preventivo, confisca per equivalente* (Venezia-Mestre, 26 giugno 2009) e al convegno della Camera penale di Milano su *Misure di prevenzione reali e misure cautelari reali* (Milano, 1° marzo 2011), nonché dell'intervento programmato al convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale su *Sequestro preventivo e confisca per equivalente. Verso una nuova frontiera delle misure patrimoniali?* (Verona, 19 giugno 2010).

² Corte cost., sentt. 25 maggio 1961, n. 29 e 4 giugno 1964, n. 46.

³ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italmimpianti s.p.a. et al., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738 s., con nota di E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*.

rintracciarne la *ratio*, i connotati distintivi e le peculiari cadenze applicative. Di conseguenza, la confisca assume figure cangianti per esibire vuoi la veste tradizionale di misura di sicurezza, vuoi la natura di vera e propria pena, vuoi - ancora - quella di una fattispecie innervata di profili civilistici e/o amministrativi. Del resto, la constatazione per la quale non viene in rilievo, oggi, solo la fisionomia ispirata al diritto penale classico ma, in concreto, quella che risulta da e in una determinata legge, trova esplicita conferma nel d.lgs. 231/2001 ove - come è noto - albergano quattro tipologie di confisca: quelle, rispettivamente, *ex artt.* 19 (ovvero, una sanzione), 6 comma 5 (la sottrazione del profitto del reato commesso dai vertici dell'ente), 15 comma 4 (la sottrazione del profitto conseguito nel periodo di commissariamento giudiziale) e 23 comma 2 (la sanzione contro le violazioni dei divieti imposti con le misure interdittive ed il profitto che ne è derivato).

1.2. Sequestro preventivo: i requisiti

Nel processo penale la giurisprudenza si adagia, quanto a verifica dei presupposti della cautela reale, sulla sussunzione del caso pratico nella fattispecie di reato; quindi, *fumus boni iuris* e, pressoché conseguentemente, *periculum in mora*, non rappresentano momenti di accertamento approfondito ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo⁴. Tuttavia, quando si è al cospetto di un sequestro funzionalizzato non all'istituto richiamato dall'art. 321 comma 2 c.p.p. - ovvero la confisca intesa come misura di sicurezza patrimoniale - bensì ad una sanzione, qual è quella contemplata dall'art. 19, d.lgs. 231/2001, la prospettiva deve mutare in termini radicali, poiché - in quest'ultimo caso - viene anticipata, in sede cautelare, l'applicazione di una pena. In altri termini, importare i canoni di controllo del presupposto cautelare, in voga nel processo alle persone fisiche, in quello *contra societatem*, equivale ad utilizzare utensili inappropriati ed inidonei a soddisfare (ineludibili) esigenze di legalità. Generalizzando, a scopi espositivi, si può asserire che ad ogni tipologia di confisca corrisponde una versione di sequestro preventivo e dei relativi requisiti applicativi, da accertare nel procedimento cautelare.

1.3. Appartenenza dei beni da sequestrare e principio solidaristico

Nemmeno il problema dell'individuazione dei beni da sequestrare preventivamente e, in seguito, da confiscare, è risolvibile - come si ostina a ribadire la Cassazione - attingendo, dall'ambito della responsabilità della persona fisica, al principio solidaristico in materia di pena⁵; solidarismo che si traduce nell'indifferenza circa la proprietà del patrimonio, della persona giuridica piuttosto che di quella fisica, da sottrarre. Trattasi di un approccio vetusto, poiché la classica figura penalistica del concorso di persone nel reato non è fruibile, quale paradigma di riferimento, quando

⁴ Tra le tante, Cass., sez. II, 26 febbraio 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1043, con nota di N. VENTURA, *Sul sequestro preventivo di beni confiscabili*.

⁵ Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, Betteo, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4274, con nota di E. LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*.

si è al cospetto di illeciti nei quali sono coinvolti ente collettivo e persona fisica; anche in questo campo, l'interpretazione è chiamata a sperimentare nuovi sentieri.

2. La confisca quale “moderna” sanzione

È osservabile una stratificata, a tratti accidentata, molto spesso contraddittoria, evoluzione normativa dell'istituto; appare oggi inutile, e anche le sezioni unite della Suprema corte hanno elevato un monito in proposito⁶, catalogare la confisca nel rigido schema delle misure di sicurezza, mentre è proficuo, di contro, riconoscere in quella di valore, ovvero la confisca per equivalente, i tratti distintivi di una sanzione.

Occorre richiamare, seppure in estrema sintesi, alcuni punti fermi volti ad asseverare l'equazione tra confisca e pena.

Viene in gioco, in prima battuta, lo sviluppo dell'istituto in parola verso una generalizzata obbligatorietà applicativa. Premesso, da un lato, che il concetto di *profitto* identifica il lucro che si ricava dalla commissione del reato, mentre quello di *prezzo* rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e, dall'altro, che per il *profitto* del reato l'art. 240, comma 1, c.p. prevede la *facoltatività* della confisca mentre, per il prezzo del reato, il comma 2 n. 2 della citata norma prescrive l'*obbligatorietà* dell'ablazione, va ricordato come la giurisprudenza abbia cercato, in molteplici occasioni, di forzare i confini del significato di *prezzo* del reato allo scopo di ampliare l'effettività repressiva della confisca, e come ciò sia avvenuto a discapito del principio di legalità. Tale orientamento ha costituito lo spunto per la riforma - realizzata con la previsione speciale di cui all'art. 322-ter c.p. - della disciplina della confisca del *profitto* e del *prezzo* del reato, resa obbligatoria per i delitti dei pubblici ufficiali⁷.

La retrospettiva storica identifica negli anni Settanta il momento dal quale è dato assistere ad un moto di progressiva emancipazione della confisca del *profitto* del reato dal potere del giudice - meramente discrezionale - di disporla, verso una sua applicazione obbligatoria in caso di condanna. Ciò accade grazie a numerose leggi speciali che proliferano nel solco della lotta a forme di criminalità indotte «dalla tensione all'arricchimento, a detrimento di rilevanti interessi generali»⁸. Tuttavia, e solo per citare qualche “estremo storico”, un esempio importante di confisca obbligatoria del profitto del reato è reperibile addirittura nella legge doganale del 1940⁹, mentre, tra quelli più vicini alla nostra epoca, si registrano due provvedimenti in materia di sicurezza pubblica e, nello specifico, di immigrazione clandestina - uno del 2009, l'altro del 2008 - a proposito di confisca, nel primo, del mezzo usato per il trasporto di immigrati clandestini¹⁰ e, nel secondo, dell'immobile dato in alloggio o in locazione - a titolo oneroso e al fine di trarne ingiusto profitto - allo straniero privo di titolo di

⁶ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a. et al., cit., p. 1747.

⁷ La disposizione citata è stata introdotta dall'art. 3 della legge 29 settembre 2000, n. 300 (la stessa, peraltro, che contemplava - all'art. 11 - la delega al governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica).

⁸ Per questa ricostruzione, F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, pp. 20 ss.

⁹ Il riferimento è alla speciale confisca prevista dall'art. 116 della legge 25 settembre 1940, n. 1424.

¹⁰ V. l'art. 26 della legge 15 luglio 2009, n. 94.

soggiorno¹¹; in un caso si punta a colpire gli strumenti utilizzati per la commissione di delitti, nell'altro a sottrarre la libera disponibilità di ciò che consente il permanere della situazione criminosa¹².

Ulteriore punto attiene al progetto di riforma del codice penale elaborato dalla commissione presieduta da Carlo Federico Grosso; esso ha scartato, a causa di una possibile incompatibilità con la giurisprudenza della Corte costituzionale, l'opzione di recepire, nel progetto di codice, la fattispecie della "speciale" confisca di cui all'art. 12-*sexies* della legge 7 agosto 1992, n. 356¹³ - sulla quale si tornerà a breve con qualche cenno - e ha proposto, viceversa, di considerare la confisca non più come una misura di sicurezza ma come una pena, secondo i casi, accessoria o principale, concernente singoli beni - si badi - tassativamente indicati dalla legge¹⁴.

Un terzo aspetto concerne le misure di prevenzione: nell'art. 2-*ter* comma 3 della legge 31 maggio 1965, n. 575¹⁵, la confisca si estende *oltre* il profitto e il prodotto, non dell'illecito - ciò sarebbe, *va da sé*, incompatibile con la finalità di prevenzione *ante delictum* - bensì dell'attività del reo.

È tuttavia il rapporto tra confisca e crimine di impresa quello che, in questa sede, desta maggiore interesse. Per sua naturale e intrinseca vocazione all'utile e al profitto l'attività imprenditoriale diviene oggetto delle politiche legislative che puntano alla sottrazione coattiva del vantaggio acquisito con il reato: questo, perlomeno, è l'intento dichiarato, ovvero quello di contrastare, grazie a siffatto strumento, la criminalità degli affari. La percezione internazionale, che si diffonde anche in Italia, per la quale i veri protagonisti della criminalità del profitto sono proprio le *corporations*, ha indotto a fare spazio, nella disciplina della responsabilità degli enti, anche alla confisca, pure qui con esplicite cadenze di natura punitiva; proprio su questo terreno la finalità dell'istituto diviene più scopertamente punitiva. Nel quadro normativo del 2001 sono individuabili quattro diverse configurazioni della *confisca*.

Quella principale, ovvero la fattispecie sanzionatoria, è prevista dall'art. 19; trattasi di sanzione che, tra l'altro, è richiamata in quelle generali di cui all'art. 9 (accanto alla sanzione pecuniaria, alle sanzioni interdittive, alla pubblicazione della sentenza di condanna); ha come oggetto il *profitto* e il *prezzo* del reato; è obbligatoria, perché segue sempre la sentenza di condanna; è autonoma rispetto alle altre sanzioni; può essere applicata per equivalente quando non è possibile eseguirla a norma del comma 1 dell'art. 19; ha per oggetto somme di denaro, beni, altre utilità.

Nel sistema del d.lgs. 23/2001 la confisca si affaccia in altri tre istituti. Essa può essere applicata all'ente che dimostri la propria estraneità al reato commesso dagli apicali (art. 6 comma 5). Cioè a dire, l'ente che, sottoposto a processo, riesca a provare - nella scalata probatoria ad onere invertito contemplata dall'art. 6, comma 1 - di avere adottato un modello di organizzazione e gestione idoneo ed efficace, che vi è stata l'elusione fraudolenta dei protocolli organizzativi da parte del proprio *management*, che l'organismo di vigilanza - autonomo ed indipendente - non è caduto in omissioni o negligenze nell'attività di controllo, può sì guadagnare

¹¹ V. l'art. 5 della legge 24 luglio 2008, n. 125.

¹² F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., p. 22.

¹³ Volendo, v. A. BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.-l. 20 giugno 1994 n. 339 conv. dalla l. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1417 ss.

¹⁴ Ne da conto A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2129.

¹⁵ Introdotta dalla legge 13 settembre 1982, n. 646

l'assoluzione ma, il profitto ricavato dal reato-presupposto commesso dalla persona fisica, viene ad esso confiscato; l'ordinamento, nel compiere questa scelta, sembra sottintendere che, anche laddove l'ente venga riconosciuto non colpevole, l'equilibrio economico alterato dal reato vada ristabilito: infatti, presupposto del processo *contra societatem* è che un reato sia stato commesso - dalla persona fisica del così detto apicale - nell'interesse o a vantaggio dell'ente. E, in assenza di un provvedimento ablatorio, l'ente lucrerebbe un giovamento, seppur incolpevolmente, dal reato; dalla *ratio* della previsione trapela la matrice della confisca che non è, almeno in questo caso, sanzionatoria¹⁶.

Conclusione non dissimile sembra valere per il caso dell'ente il quale, in ragione della primaria posizione di mercato ricoperta (o del fatto che garantisce un pubblico servizio), può essere esentato dall'applicazione della misura - in sede cautelare o sanzionatoria - della interdizione dalla attività: viene applicato, in sua vece, il commissariamento giudiziale (art. 15); il commissario opera sotto il controllo del giudice che l'ha nominato ed è tenuto a mettere a disposizione, ai fini della confisca, il profitto che consegue all'attività d'impresa da egli gestita. La tipologia di confisca in questione non è additabile alla stregua di una sanzione in ragione del controllo giudiziale sull'operato del commissario; l'ablazione - inoltre - colpisce un profitto che non germina dal reato, bensì dall'attività lecita. Anche in questo caso, si è in presenza di un mezzo che tende a ristabilire una sorta di condizione di eguaglianza rispetto al punto di partenza, cioè a dire, se l'ente non avesse goduto del beneficio del commissariamento giudiziale la misura interdittiva della chiusura dell'attività avrebbe dispiegato i suoi (devastanti) effetti e, di conseguenza, l'impresa non avrebbe potuto lucrare profitto¹⁷; l'ordinamento consente all'ente, imputato o condannato, di continuare ad esercitare la propria attività sotto la gestione di un commissario ma il profitto che deriva da quest'ultima viene confiscato. Una scelta, quella del trasferimento forzoso del profitto, suscettibile di palesare una certa screziatura punitiva: incontrovertibile, tuttavia, che il suddetto non è profitto da reato bensì scaturisce da un'attività lecita, seppure proseguita *sub iudice*. E il senso della misura adottata (la confisca) ne illumina, al tempo stesso, la coloritura intrinseca.

Nel sistema della responsabilità degli enti, l'ultima tipologia di confisca - con tratti squisitamente sanzionatori - è quella di cui all'art. 23, comma 2, per il caso di violazione degli obblighi e divieti che connaturano le misure interdittive; se l'ente ha beneficiato di un profitto, conseguente alla trasgressione, l'indefettibilità della confisca risulta funzionale alla punizione del medesimo.

Chiude la lista degli indici rivelatori della connotazione sanzionatoria dell'istituto un fattore legato all'oggetto dell'apprensione coattiva; il primo passaggio verso una nettissima ed inconfutabile «adesione al paradigma punitivo»¹⁸, secondo il quale il profitto deve essere sottratto al reo - *indipendentemente dalle trasformazioni del profitto* stesso -, si realizza grazie alla *confisca per equivalente*. La fungibilità dei beni ricavati dal reato, con una somma monetaria di pari valore, «sgombera», in termini

¹⁶ Per le tesi al riguardo, v. A. BERNASCONI, sub art. 6, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 115.

¹⁷ F. VIGANÒ, sub art. 15, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 211.

¹⁸ A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2108.

inequivoci, «la scena della confisca»¹⁹ da qualunque residuo reperto di una nozione di pericolosità della cosa che, ormai, appartiene al buon tempo antico. In questo caso, non si tratta più nemmeno di accertare se la pericolosità passi dalla *res* al reo; la pericolosità - in conclusione - «diviene solo [una] nozione normativa», che non è «riferibile al ricavato dal reato», in quanto del tutto «neutro»²⁰: essendo i beni destinati alla *captatio* fungibili, l'ordinamento penale si disinteressa dei mezzi impiegati per compiere il reato.

Al di là degli esempi portati fin qui all'attenzione, si registra un dato di fondo ineludibile: la confisca costituisce «un mezzo di reazione al crimine di eccezionale duttilità»²¹. Lo strumento era noto e largamente impiegato ancor prima di venire inquadrato, nel codice Rocco del 1930, tra le misure di sicurezza; ad esso era stata applicata un'etichetta, quella di mezzo di neutralizzazione della pericolosità della *res*²²; il tutto si è però risolto in un «omaggio formalistico alla simmetria, privo di contenuti stringenti»²³, proprio perché la simmetria medesima - pena/responsabilità, da un lato, misura di sicurezza/pericolosità, dall'altro - non aveva e non ha più ragion d'essere. Ciò in quanto - come si è cercato di chiarire - la storia del percorso della confisca arriva fino «al punto da rendere poco plausibile una ricerca del fondamento», cioè la pericolosità della cosa, «di fronte al fiorire di una gamma lussureggiante di istituti»²⁴; dalle misure di prevenzione ad una sanzione penale *tout court* (quella proposta dal «progetto Grosso»), fino all'esito, non ultimo ma più significativo, rappresentato dall'art. 19, d.lgs. 231/2001.

3. Il sequestro preventivo, strumento cautelare volto ad anticipare la confisca-sanzione

Il tratteggiato *iter* della confisca verso lidi sanzionatori è funzionale alla disamina di quello che, nella prassi applicativa del d.lgs. 231/2001, si atteggia a naturale preludio dello strumento: la cautela reale del sequestro preventivo; più precisamente, ciò che qui interessa è la prospettiva di *come* l'istituto medesimo abbia subito una significativa torsione, indotta dalla natura (sanzionatoria) del mezzo ablatorio che il sequestro anticipa, applicandolo in sede cautelare.

L'art. 53 - rubricato, appunto, «sequestro preventivo» - si fa portatore di una 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; parrebbe cioè riprodotta la finalità preventiva dell'art. 321 comma 1 c.p.p., connessa, nel caso specifico, non alla libera disponibilità di una cosa pertinente al reato - requisito tipicamente ritagliato sulla sagoma della persona fisica - bensì alla prosecuzione dell'attività dell'ente. In realtà, dal testo della norma si apprende che il

¹⁹ In questi termini si esprime A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2108.

²⁰ *Ibidem*, p. 2108.

²¹ *Ibidem*, p. 2128.

²² *Ibidem*, p. 2128.

²³ *Ibidem*, p. 2128.

²⁴ *Ibidem*, p. 2128.

vincolo sulla *res* è strettamente funzionale alla piena concretizzazione del provvedimento di confisca di cui all'art. 19; quindi, la locuzione *preventivo* ha più che altro una valenza di tipo temporale²⁵.

È così chiarito, come premessa, che il riferimento del provvedimento ablativo cautelare alla confisca impedisce all'interprete di adagiarsi su comode sovrapposizioni tra l'istituto previsto per la persona fisica e quello contemplato per la persona giuridica; il sequestro in parola è infatti funzionale non ad una misura di sicurezza ma ad una pena, con l'importante conseguenza di una rivisitazione del metodo di approccio: attardarsi ad inquadrare la fattispecie nella cornice degli strumenti codicistici, previsti per la persona fisica, non è operazione transitiva legittimamente praticabile²⁶. Come anticipato, è la natura punitivo-afflittiva della confisca, cui il sequestro in parola è preordinato, a dettare le cadenze logiche dell'interpretazione.

In via preliminare, occorre verificare come si articola, a livello cautelare, l'apparato normativo del 2001 con riferimento allo strumento elettivo ivi contemplato, ovvero le misure interdittive. Queste - com'è noto - sono applicabili *tout court* in ambito cautelare; in termini ancora più espliciti, non è previsto un sistema di misure autonome perché la scelta del legislatore è quella di anticipare, in sede cautelare, l'applicazione delle suddette sanzioni. Ma, con un apparato precauzionale per larga parte appiattito su quello sanzionatorio - con l'eccezione degli strumenti reali, ovvero il sequestro preventivo e quello conservativo -, il problema del rapporto tra il primo e la presunzione di non colpevolezza si pone con chiara evidenza²⁷; va da sé, il principio consacrato dall'art. 27, comma 2 Cost. è inteso qui non come regola di giudizio, bensì come regola di trattamento che vieta di assimilare l'imputato al colpevole. E uno dei corollari più pregnanti della garanzia in parola, pacificamente accolto dalla dottrina, sia processualpenalistica che costituzionalistica, consiste nel divieto di anticipare in fase cautelare una pena.

Ciò premesso, nella disciplina del sequestro preventivo, nel procedimento *contra societatem*, il nodo critico si ripropone in termini non dissimili in quanto lo scopo precauzionale perseguito dalla cautela reale si smarrisce: il sequestro è infatti finalizzato all'applicazione della confisca-sanzione. Intuibile, del resto, che l'apprensione del prezzo o del profitto del reato non è certo uno strumento idoneo a neutralizzare il rischio di aggravamento e reiterazione dell'illecito. La connotazione «preventivo» (ex art. 53) ha - come anticipato - una valenza spiccatamente temporale e non precauzionale in senso stretto. L'interrogativo, a questo punto, concerne la funzione svolta da questa peculiare tipologia di sequestro preventivo. L'anticipazione del vincolo sulle cose delle quali, una volta accertato nel merito l'illecito amministrativo dipendente da reato, sarà possibile eseguire la confisca, impedendo così la sottrazione o la dispersione delle medesime, appare come il ruolo più consono - nel sistema - attribuibile allo strumento in esame. Se tale è l'inquadramento teleologico del sequestro preventivo, l'accennato richiamo al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza impregna di connotazioni significative i rapporti tra cautela e

²⁵ M. ROBERTI, *L'applicazione delle misure interdittive: il sequestro*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. LANCELLOTTI, Torino, 2003, p. 168.

²⁶ A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in questa *Rivista*, 2009, f. 3, pp. 183 ss.

²⁷ A. PRESUTTI, sub art. 45, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 411.

sanzione. La finalità cautelare esibisce effetti sanzionatori anticipati tali da esigere - e la posta in gioco è la legittimità costituzionale della misura reale - che l'interprete si faccia carico di una soluzione ortopedica, idonea a fronteggiare una lacuna; nell'art. 53 è infatti assente ogni riferimento testuale ai presupposti di applicazione del sequestro preventivo e, in particolare, al cosiddetto *fumus boni iuris*, ovvero i gravi indizi di colpevolezza.

L'asimmetria di fondo è già stata da più voci rilevata²⁸: se in tema di misure cautelari l'art. 45 si è profuso nell'individuazione delle condizioni applicative, altrettanto non è accaduto, con l'art. 53, in relazione al sequestro preventivo; ciò nulla toglie alla necessità - se non doverosità - di controbilanciare l'improprio utilizzo cautelare di una pena²⁹. Proprio alla luce della obiettiva contiguità tra cautela reale e mezzi di interdizione risulta irrazionale e, per certi versi, inaccettabile, ammettere che l'intervento cautelare si moduli su un differente grado di intensità indiziaria solamente in ragione dell'oggetto su cui si dirige³⁰: per l'ente, le misure interdittive (con il corredo di presupposti da accertare ex artt. 45 e 13), per il suo patrimonio, i sequestri. Al contrario, la ponderazione degli indizi per l'applicazione delle cautele - interdittive o reali che siano - deve adottare la stessa scala metrica: *a fortiori*, se si tiene conto che la stretta parentela tra sequestro preventivo e mezzi interdittivi è ulteriormente rafforzata dal comune effetto neutralizzativo, il quale incide su un'attività economica. Quindi - come è stato patrocinato dalla dottrina più sensibile³¹ - per il sequestro preventivo va contemplata una rigida previsione dei presupposti di applicazione. E ciò, lo si ribadisce, non per ideologico garantismo ma per salvaguardare la compatibilità della misura con i principi costituzionali (art. 27, comma 2 Cost.). Da questa angolatura - per tornare alla premessa di metodo iniziale - riaffiora l'impossibilità di importare, per il problema qui trattato, le corrive esegesi³² che, nel settore delle cautele reali codicistiche, vengono tuttora proposte; si allude, da un lato, all'interpretazione giurisprudenziale per la quale i gravi indizi di reato sono surrogati con l'astratta configurabilità della violazione, cioè la sussunzione della fattispecie concreta nella norma penale che si assume violata; dall'altro lato, allo svilimento del *periculum in mora*, diluito in requisito implicito, e pertanto da non accertare da parte del giudice, con riferimento ai beni di cui è consentita la confisca ex art. 321, comma 2 c.p.p.³³. Trattasi di operazioni ermeneutiche connotate da un lassismo che finisce per vanificare il controllo giurisdizionale sui presupposti della misura cautelare³⁴. E poiché la confisca non è, nel sistema della responsabilità degli enti, misura di sicurezza, bensì pena, la presunzione di non colpevolezza, nella sua accezione di divieto di anticipare una sanzione in sede cautelare, richiede che la minorata garanzia - connessa alla provvisoria applicazione dell'ablazione con il sequestro preventivo -

²⁸ Per tutti, A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., p. 181.

²⁹ E. LORENZETTO, sub art. 53, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 466

³⁰ F. PERONI, *Il sistema cautelare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 267.

³¹ E. LORENZETTO, sub art. 53, p. 466.

³² Così A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., p. 184.

³³ Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, p.m. in proc. Miritello, in *Giur. it.*, 2006, p. 2139.

³⁴ A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., pp. 184 ss.

vada in qualche misura compensata. Si allude qui ad un sensibile irrigidimento dei presupposti applicativi del sequestro preventivo su entrambi i fronti, quello del quadro indiziario, per un verso, e quello del *periculum in mora*, per l'altro³⁵.

Se il sequestro preventivo *ex art. 53* mira a garantire la futura confisca del prezzo o del profitto del reato conseguente alla condanna, il *fumus* necessario all'applicazione della misura in cosa dovrà consistere? Come è stato correttamente suggerito, dalla probabilità - da accertare da parte del giudice - che si giunga alla confisca del prezzo o del profitto del reato; in altre parole, ai fini del sequestro preventivo andranno verificati due presupposti: la probabilità che si giunga a una pronuncia di condanna e il fatto che il bene in oggetto costituisca il prezzo o il profitto del reato. Una conclusione, sulla quale tutta la dottrina processualpenalistica è unanime³⁶. Non è quindi sufficiente che il giudice si limiti ad attestare l'esattezza dell'impostazione formale della contestazione, come oggi avviene per il sequestro, nei confronti delle persone fisiche, nel quadro del codice di rito.

Quanto all'altro requisito - il *periculum in mora* - occorre (anche in questo caso) discostarsi dall'opinione giurisprudenziale prevalente per cui esisterebbe una sorta di presunzione di pericolosità, connaturata ai beni suscettibili di confisca, tale da rendere superflua qualunque indagine al riguardo. Se l'ormai assodata natura sanzionatoria della confisca viene coniugata con l'accertamento del *periculum in mora*, la conclusione vira necessariamente in una direzione: l'esigenza cautelare va rapportata alla specifica finalità del sequestro, quella di garantirne la fruttuosità - cioè a dire - che la futura confisca vada a buon fine³⁷. Il controllo del giudice non può adagiarsi sull'implicita sussistenza di tale condizione; viceversa, va condotta un'indagine apposita la quale deve vertere sulla concreta probabilità che il prezzo o il profitto del reato si volatilizzino. In ciò risiede la differenza fondamentale tra il sequestro preventivo per gli enti e l'omologa figura funzionale alla confisca di cui al 321, comma 2 c.p.p. (per le persone fisiche). È la peculiarità dell'oggetto della ablazione che non risponde affatto a requisiti, espliciti o impliciti, riconducibili alla pericolosità intrinseca del bene; il sequestro preventivo nel settore degli enti non verte su un "bene pericoloso"; il pericolo, semmai, è altrove, e concerne la dissipazione dell'oggetto medesimo, tale da giustificare - appunto - la sua apprensione in sede cautelare³⁸.

In via riassuntiva, il provvedimento di sequestro preventivo richiede, nella ricostruzione qui proposta, un triplice ordine di accertamenti; che vi sia un concreto ed accertato pericolo di dispersione dell'oggetto della confisca; che sussista, in secondo luogo, un'apprezzabile probabilità di giungere ad una sentenza di condanna dell'ente; infine, la natura del bene oggetto di apprensione, in sede cautelare, sia rappresentata dal prezzo o dal profitto del reato.

Uno sguardo alla giurisprudenza in materia di confisca prevista dall'art. 12-*sexies* della legge 356/1992, illumina un precedente nel quale la Cassazione ha stabilito che, per disporre il sequestro preventivo dei beni confiscabili, l'accertamento del *fumus commissi delicti* non può essere limitato - a differenza di altre figure di sequestro

³⁵ E. LORENZETTO, sub *art. 53*, p. 466.

³⁶ Per tutti, F. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005, p. 529.

³⁷ E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, cit., p. 1797.

³⁸ E. LORENZETTO, sub *art. 53*, p. 467.

preventivo - al controllo puntuale e coerente delle risultanze processuali, in base alle quali ritenere esistente il reato configurato e la conseguente possibilità di sussumere la fattispecie concreta processuale in quella astratta³⁹; al contrario, la verifica - sostiene la Corte - attiene alla possibilità di formulare un giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato per uno dei reati-presupposto previsto dall'art. 12-*sexies* medesimo. La soluzione al problema di cui si discute è dunque già presente nel sistema.

Laddove tuttavia il tentativo di rifunzionalizzare i presupposti del sequestro per gli enti a più stringenti parametri - che non obbediscono e non corrispondono alle superate logiche del sequestro per le persone fisiche - si riveli sterile, l'unica alternativa da percorrere risulterebbe quella di promuovere un controllo di costituzionalità della norma. Ben dieci anni or sono era stato sollevato il problema dell'eccesso di delega, e lo iato rilevabile tra la legge 300/2002 e il d.lgs. 231/2001, palesa(va) la violazione dell'art. 76 Cost.. La norma fondamentale vincola l'esercizio della funzione legislativa - da parte del governo - alla determinazione, ad opera del parlamento, dei principi e dei criteri direttivi per un tempo limitato e per oggetti definiti. L'art. 11 della legge delega (300/2000) non menzionava affatto la misura del sequestro preventivo, istituito che fa peraltro parte di un sistema di cautele reali nemmeno esso contemplato, in via generale, dalla delega stessa. L'ipotesi di eccesso di delega non appare controvertibile facendo ricorso - come è stato da taluno ventilato⁴⁰ - all'espedito di colmare la lacuna (dell'assenza di riferimento alle misure cautelari reali) attraverso la eterointegrazione con il codice di procedura penale, resa possibile dall'art. 34, d.lgs. 231/2001 (per il quale le disposizioni del codice di rito sono applicabili in quanto compatibili con il procedimento penale *de societate*). La genericità del richiamo operato dall'art. 34 - con la suddetta clausola di compatibilità - non pare consentire di sciogliere il nodo della mancata previsione delle cautele reali da parte della legge delega⁴¹. Per questo motivo, di fronte al perdurare della ignavia della giurisprudenza nella valutazione dei presupposti applicativi del sequestro preventivo, l'unica strada rimane, appunto, quella del controllo di costituzionalità.

4. L'arbitrario ricorso al principio solidaristico ai fini dell'individuazione del patrimonio da sequestrare

Come si è osservato, il problema della appartenenza dei beni da sequestrare in via preventiva, e in seguito da sottoporre a confisca, è sbrigativamente risolto dalla giurisprudenza facendo ricorso al principio solidaristico - in tema di sanzioni - in nome del quale sarebbe del tutto indifferente la proprietà del patrimonio (della persona fisica o dell'ente) da apprendere in maniera coattiva.

Arroccata su questa posizione, la Cassazione afferma che sulla base della «convergenza di responsabilità della persona fisica e di quella giuridica» e «avuto

³⁹ Cass., sez. I, 16 dicembre 2003, Marzocchella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1235.

⁴⁰ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al f. 6, p. 135.

⁴¹ C. 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. proc.*, 2007, p. 941; E. LORENZETTO, sub art. 53, p. 457.

riguardo all'unicità del reato come fatto riferibile a entrambe, deve trovare applicazione il principio solidaristico» il quale «informa lo schema concorsuale, con la conseguenza che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può interessare *indifferentemente ciascuno dei soggetti indagati, anche per l'intera entità del profitto accertato* [corsivo di chi scrive], con il limite però che il vincolo cautelare di disponibilità non deve essere esorbitante»⁴². In altre parole, il giudice di legittimità ritiene che l'impossibilità di soddisfarsi sul patrimonio dell'ente legittima - vuoi a causa del concorso nel reato, vuoi per l'"equivalenza" dei beni - l'apprensione di quello della persona fisica.

L'approccio metodologico al problema consiglia di distinguere un profilo teorico ed uno tecnico-pratico. Dal primo punto di vista, il paradigma di responsabilità, adottato dal legislatore nel 2001, si risolve in una fattispecie - dogmatica - a "concorso necessario"; lo dimostra il criterio imputativo principale: per attribuire la responsabilità alla *societas* occorre che questa partecipi al reato - tramite la cosiddetta colpa di organizzazione - materialmente commesso dalla persona fisica. Ciò vale per il nesso di ascrizione soggettivo. A questo va aggiunto - come noto - quello di natura oggettiva, per il quale il reato deve essere compiuto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

L'estensione della responsabilità alla società avviene sulla base del principio di accessorietà, in quanto un fatto materiale tipico - commesso da una persona fisica, anche se non individuata (v. art. 8) - deve essere stato comunque realizzato; a tale evento accede la responsabilità della società che, altrimenti, non sarebbe stato possibile imputare ed accertare. Dunque, un unico reato, due diverse forme di responsabilità, quella naturalisticamente presupposta, fondata sul reato della persona fisica, e quella della partecipazione della persona giuridica, "interessata" o "avvantaggiata" - ex art. 5 - dal reato commesso dalla persona fisica. Questa l'ossatura dell'impianto del 2001.

Le conseguenze sul piano della distribuzione degli effetti - relativi alle suddette responsabilità - sono lineari. La persona fisica, autrice del reato presupposto, non potrà mai rispondere per l'illecito amministrativo dipendente da quel fatto: ad essa è imputabile solo il primo. Tale approccio implica che non dovrebbero risultare confiscabili per equivalente (e tantomeno essere sottoponibili a sequestro) i beni della persona fisica, in quanto soggetto che risulta *estraneo all'illecito amministrativo addebitato all'ente* e, quindi, alle sanzioni, confisca compresa, che lo puniscono. Reato della persona fisica, pena e misura di sicurezza sono istituti tipici del codice penale e delle leggi speciali, concepiti per l'individuo; illecito amministrativo dipendente dal reato e relative sanzioni, sono categorie *altre*, ritagliate sulla sagoma del soggetto collettivo⁴³.

L'epilogo ermeneutico è avvalorato da almeno un paio di dati, uno di stampo normativo, l'altro di natura sistematica.

Il primo afferisce all'istituto della riduzione della sanzione pecuniaria, contemplato dall'art. 12; qui si prevede, laddove l'autore del reato abbia commesso il fatto nel

⁴² Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1957; affermazioni peraltro ribadite da Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, Betteo, cit., p. 4275, nonché da Cass., sez. II, 14 giugno 2006, Troso, *ivi*, 2007, p. 2886, con nota di C. BONZANO, *Sull'inapplicabilità del sequestro preventivo al profitto che l'ente ha tratto dal reato*.

⁴³ Questi i due livelli. Argomentazioni e conclusioni analoghe sono rinvenibili in A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., p. 190 e in E. LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, cit., p. 4281.

prevalente interesse proprio o di terzi - e l'ente non ne ha ricavato vantaggio, o ne ha ricavato un vantaggio minimo - che l'entità della sanzione pecuniaria venga ridotta fino alla metà; dunque, se il reato è ascrivibile ad un puro "egoismo" appropriativo del *manager*, e si è concretizzato un vantaggio minimo o nullo in capo all'ente, la pena pecuniaria - per quanto indefettibile e non suscettibile di pagamento in misura ridotta (art. 10, commi 1 e 4) - può essere, in tale caso, abbattuta. La classica categoria penalistica della tenuità del fatto si affaccia dalla fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, lett. *a* (e *b*) pur non ricalcando appieno l'impostazione tradizionale; il sistema contempla la situazione in cui l'ente - imputato per un reato commesso dalla persona fisica - alla luce della insussistenza o della scarsa rilevanza dell'interesse o vantaggio, si vede ridurre la sanzione. L'eccezione esalta il significato della regola generale: l'ente viene sanzionato laddove, *ex art. 5*, consegua un interesse o un vantaggio, per così dire, pieno o, in qualche misura, apprezzabile. E se questo è il caso paradigmatico accolto dall'ordinamento, le conseguenze sanzionatorie non possono che investire solo ed esclusivamente il patrimonio dell'ente.

L'adagio del giudice di legittimità, per il quale il concorso nel reato tra la persona fisica e l'ente legittima l'apprensione coattiva dei beni dell'una o dell'altra, trascura il fatto che, se l'interesse o il vantaggio si sono concretizzati, è la responsabilità della persona giuridica - con il suo patrimonio - a venire in gioco; qualora non risultino individuabili i beni da sequestrare - vuoi perché si sono confusi con altri, vuoi perché sono stati alienati a terzi in buona fede - non risulta corretto aggredire, in via di equivalenza, quelli della persona fisica e procedere al loro sequestro. In altre parole, quando il reato è stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'invocato principio del concorso di persone, *ex art. 110 c.p.*, non rileva; l'istituto entrerebbe in gioco solo nella misura in cui concorrono più enti - per esempio, appartenenti ad un gruppo di società - a commettere il reato: nella specifica situazione di coinvolgimento nell'illecito della controllata e della controllante, il principio sussidiario risulterebbe applicabile; *ma tale non è il caso dell'ente e della persona fisica*. Il dato normativo è di conforto, in quanto, lo si ripete, è proprio la fattispecie dei «casi di riduzione della sanzione pecuniaria» (art. 12) a tarare, in maniera duttile, la responsabilità della persona giuridica laddove l'interesse o il vantaggio siano stati minimi; l'istituto, in conclusione, preclude l'interpretazione che, appiattendolo la responsabilità della persona fisica su quella dell'ente, applica il principio solidaristico ad entrambi i soggetti, con la conseguenza che l'incapienza patrimoniale dell'ente apre la strada all'apprensione dei beni della persona fisica. "Rilevante" o "irrilevante" sia stata la locupletazione, essa riguarda - in via esclusiva - la *societas*. Ed i *suoi* beni.

Alquanto diverso il caso in cui, oltre all'interesse o vantaggio in capo all'ente, sia accertato anche un riparto del profitto, derivante dal fatto criminoso, tra l'ente medesimo e la persona fisica. A ciascun soggetto potrà essere sottratta la rispettiva porzione di provento delittuoso utilizzando gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento che, come illustrato, operano su piani distinti. Nei confronti del profitto o del prezzo del reato, incamerati dall'ente, sarà dispiegabile la confisca - sanzione obbligatoria *ex art. 19* - anticipata, in via cautelare, tramite il sequestro preventivo (nel rispetto delle condizioni illustrate nel paragrafo precedente). Profitto e prodotto del reato, incamerati dalla persona fisica, saranno invece oggetto di confisca facoltativa, ai sensi dell'art. 240 c.p.; laddove si tratti del solo prezzo del reato, l'ablazione sarà invece obbligatoria.

Un altro aspetto, enucleabile dal sistema, conforta l'interpretazione qui suggerita. Al di là del necessario adeguamento alle direttive sovranazionali, una delle ragioni dell'introduzione della normativa del 2001 è stata quella di porre fine al fenomeno della sovraresponsabilizzazione della persona fisica, dipendente dell'azienda, che commetteva un *corporate crime*; si allude alla prassi della "elezione" del capro espiatorio interno, tramite la quale - grazie al principio *societas delinquere non potest* - era il singolo *manager* a farsi carico di tutte le conseguenze di un reato, nonostante quest'ultimo fosse espressivo della politica d'impresa. Il "subir tacendo" dell'imputato (o condannato) veniva, una volta conclusasi la vicenda penale, graziosamente ricompensato dall'organo gestorio - tenuto al riparo da eventuali chiamate in correità - con un incarico dirigenziale presso una società controllata o, comunque, un'azienda del gruppo in posizione defilata. Con il nuovo millennio, l'esigenza di contrastare la criminalità d'impresa, attraverso un innovativo schema di imputazione, imperniato sulla *colpa in organizzazione* e sulla correlativa esimente dei *compliance programs*, scolorisce la responsabilità individuale la quale - grazie al modello di organizzazione ispirato alla legalità - risulta in qualche modo surrogata da quella collettiva: il requisito della elusione fraudolenta dei protocolli organizzativi (art. 6, comma 2, lett. c), una volta dimostrato nel processo penale, porta, da un lato, al proscioglimento dell'ente e, dall'altro, a fare sì riemergere la centralità dell'agire umano ma solo nella peculiare prospettiva del (necessario) impiego di mezzi decettivi, intesi ad aggirare il sistema di controlli di cui l'ente si è dotato⁴⁴.

L'orientamento della Cassazione che qui si critica tende - invece - ad attingere ad un passato, normativo e di prassi giudiziarie, nel quale la persona del *manager* era, comunque, il parafulmine sul quale scaricare gli incerti esiti dell'azione penale; in questo modo, il *dermièr pensée* della Suprema corte finisce tuttavia per annullare la *ratio* ispiratrice della normativa del 2001.

⁴⁴ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2003, p. 41.

