

CONFISCA “PER VALORE” ED OBBLIGATORIETÀ
DEL SEQUESTRO PREVENTIVO PER
EQUIVALENTE: SOLUZIONI INTERPRETATIVE
NEL CASO DI FALLIMENTO E PROFILI DI
INCOSTITUZIONALITÀ DELLE CAUTELE REALI
IMPOSTE “SINE PERICULUM”

di GIUSEPPE SACCONI (*)

Sommario: 1. Il dibattito sui presupposti ed i limiti oggettivi del sequestro e della confisca per equivalente. - 2. Confisca per valore ed obbligatorietà del sequestro preventivo nell'interpretazione prospettata da Cass. SS. UU. 2 luglio 2008, ud. 27 marzo 2008. - 3. Il *revirement* giurisprudenziale operato con la decisione emessa da Cass. Sez. V 8 luglio 2008: a) confisca per valore e facoltatività del sequestro preventivo nel caso di fallimento. - 3.b) la valenza sistematica del richiamo al principio giurisprudenziale contenuto in Cass. SS. UU. 24 maggio 2004 n. 29951. - 4. I limiti della nuova prospettiva interpretativa: verso un nuovo intervento regolatore del giudice di legittimità?

1. Negli ultimi anni la confisca per equivalente, prevista dall'art. 19 comma 2 del d.lgs. n. 231/2001 nei confronti dell'Ente reso responsabile di illecito amministrativo dipendente da reato, ha assunto un rilievo centrale nel complesso dibattito giurisprudenziale e dottrinale¹ sui provvedimenti volti

(*) Ricercatore, incaricato di Procedura Penale presso l'Università Telematica Pegaso. Lo scritto è destinato al Volume *Diritto delle Imprese e Tutela Cautelare*, a cura di F. Fimmanò, n. 5, Collana di *Ricerche di Law and Economics dell'Università telematica Pegaso*, Giuffrè, Milano, 2012, 373.

¹ Sul punto v. COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro: il necessario temperamento degli*

all'acquisizione al patrimonio dello Stato del profitto illecito da reato.

Proprio con riferimento a tale istituto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione² sono intervenute col proposito di demarcare gli ambiti della nozione di profitto - inteso quale vantaggio patrimoniale diretto ed immediato dell'attività delittuosa - nei casi in cui la condotta penalmente rilevante si collochi nell'ambito di un rapporto contrattuale sinallagmatico, instauratosi - come sovente avviene nei casi in cui si configura la responsabilità degli enti - tra due soggetti, dei quali l'uno fornisca all'altro beni o servizi dietro pagamento di un corrispettivo³. Il nucleo dell'intervento regolatore operato dalle Sezioni Unite è volto a tracciare i confini della nozione di profitto, utili non solo a scongiurare - sin dalla fase cautelare - pericolosi sconfinamenti dai limiti oggettivi dell'istituto della confisca, ma anche a determinare l'ambito dell'*equivalente*, potendo la confisca per valore incidere su somme di denaro, beni od altre utilità di pertinenza del condannato per un ammontare corrispondente a quello del profitto illecito. In sostanza, ci si è interrogati su cosa, di preciso, debba considerarsi profitto

interessi costituzionali in gioco e l'ipotesi di fallimento, in *Cass. pen.*, 2009, n. 07/08, p. 3037 e ss.

² Cass. Sez. Un., 2 luglio 2008 (ud. 27 marzo 2008), n. 26654, Impregilo e altri, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4544, con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, p. 4562; nonché in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1738, con nota di MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*, p. 1758. Per alcuni rilievi critici all'impianto argomentativo della pronuncia, in riferimento alla indeterminatezza della nozione di utilità, alla sovrapposizione tra confisca e profitto e alla inapplicabilità ai rapporti sinallagmatici, v. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronti*, in *RIDPP*, 2009, p. 1744 e ss.

³ In tema di profitto del reato v. PISTORELLI, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, cit., p. 4563 e ss.; ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINIPALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, III, p. 2104; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, n. 1-2, p. 63; LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 564 e ss., anche per una attenta disamina comparatistica.

dell'attività illecita, sottoponibile, in quanto tale, a confisca⁴, poiché, a seconda del modo - restrittivo o estensivo - in cui viene inteso il relativo concetto, varierà conseguentemente l'entità dell'equivalente, che al valore economico del profitto deve essere rapportato.

Questo il tema centrale affrontato nella sentenza citata. La particolare attenzione riservata all'argomento ha finito, tuttavia, per offuscare - anche se non per trascurare del tutto - altri importanti profili della decisione richiamata⁵, ugualmente significativi ai fini del corretto inquadramento della problematica in esame. Ci si riferisce al "tema sensibile" della obbligatorietà o meno della confisca per equivalente⁶ e, conseguentemente, della corrispondente forma di sequestro preventivo⁷. In

⁴ LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto*, (nota a sentenza Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1788.

⁵ Altra spinosa questione trattata dalle Sezioni Unite è la possibilità di confiscarsi/sequestrarsi l'intero profitto del reato per ciascuno degli enti coinvolti nel procedimento, applicando "il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato". Secondo Cass. pen., Sez. Un., 26654/2008, cit., ciò è possibile quando si è perduta l'individuabilità storica del profitto illecito, fermo restando che l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo del profitto. In senso critico per tutti MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 20; COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1646.

⁶ Sulla confisca del profitto, ex art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 v., specialmente, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2103 e ss.; FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, cit., p. 63 e ss.

⁷ Sul tema delle misure cautelari applicabili agli enti collettivi v. BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 571 e ss.; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 267 e ss.; FIDELBO, *Le misure cautelari*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2005, p. 455 e ss.; LATTANZI F., *Sequestri*, *ivi*, p. 527 e ss.; NUZZO, *Le misure cautelari. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1486 e ss.; PERONI, *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 243 e ss.; PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1294 e ss.

verità esiste uno stringente automatismo tra l'una e l'altra situazione giuridica, nel senso che se si profila come obbligatoria la confisca di valore - in virtù della particolare qualificazione giuridica di "cosa confiscabile", attribuita dal legislatore alla res - dovrà ritenersi obbligatorio anche il sequestro preventivo, funzionalmente diretto all'ablazione definitiva del provento illecito⁸.

Sotto questo profilo non può sottacersi come l'imposizione di una misura cautelare reale svincolata da una concreta valutazione del periculum, sin dalla fase delle indagini preliminari, si connota per un elevato grado di afflittività, dovuto alla concomitanza dei seguenti fattori:

1. applicazione del sequestro preventivo sulla base del semplice *fumus di reato*⁹, che sottintende una valenza

⁸ COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3038; LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1791.

⁹ Per una attenta analisi del *fumus in bona iuris* quale presupposto applicativo del sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., v. VENTURA, *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2004, p. 753 e ss.; MONTAGNA, *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., tomo II, Torino, 2005, p. 1548; D'ONOFRIO, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998, p. 14 e ss.; AA.VV., *sub art. 321 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, p. 3840 e ss. Sul punto alcuni Autori evidenziano lo stretto parallelismo con le misure cautelari personali e la necessità di verificare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p., si v. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, p. 143; CIRULLI, *In tema di presupposti del sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 1992, III, p. 316; VICICONTE, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *RIDPP*, 1992, p. 362. Altri Autori ritengono, invece, sufficiente la sussistenza di "precisi indizi" di reato, il cui collegamento alla commissione del fatto risulti in maniera certa e univoca, si v. GALATINI, *sub art. 321c.p.p.*, in *Comm. Amodio-Dominioni*, vol. III, p. 270, LATTANZI, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, (nota a sent. Cass. pen., Sez. II, 25 febbraio 1994, Fragini), in *Cass. pen.*, 1995, p. 355. Secondo un diverso orientamento è necessario un quadro indiziario grave, sia in ordine all'avvenuta commissione del reato per cui si procede, sia in ordine alla pertinenza del bene sequestrato al reato stesso, sia in ordine al rischio che la libera disponibilità della cosa può costituire in relazione al quadro criminoso attuale, v. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche applicative in tema di sequestro preventivo*, in *RIDPP*, 1995, p. 554; PIERDONATI, *Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo*, in *DPP*, 2009, p. 1004. Infine va segnalata l'opinione di quanti ritengono sufficiente ad integrare il *fumus* una indagine che rispetti i canoni di sommarietà e provvisorietà propri delle indagini preliminari, mirante ad accerta-

dimostrativa degli elementi raccolti in fase d'indagine più

re la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie reale, v. BEVERE, *Coerzione reale, limiti e garanzie*, Milano, 1999, p. 22.

In giurisprudenza si segnala Corte Cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. pen.*, 1994: secondo la Corte il codice di rito non si è spinto al punto di aver assimilato in *toto* le condizioni che devono assistere le misure cautelari reali e quelle personali. La giurisprudenza di legittimità ha sostenuto l'inapplicabilità della categoria dei gravi indizi *ex art.* 273 c.p.p. al sequestro preventivo, attesa l'assenza di specifica menzione *expressis verbis*, in proposito, nel contesto dell'art. 321 c.p.p.: sul punto, tra le altre. v. *Cass. pen.*, Sez. Un., 23 aprile 1993, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; *Cass. pen.*, Sez. Un., 24 marzo 1995, Barbuto, in *FI*, 1997, II, p. 113; *Cass. pen.*, Sez. Un., 4 maggio 2000, Mariano, in *ANPP*, 2000, p. 255. Sulla scia delle Sez. Un. Gifuni, cit., si è consolidato l'orientamento volto ad affermare che la valutazione della antigiuridicità del fatto va operata su di un piano di astrattezza, in tal senso v. *Cass. pen.*, Sez. II, 13 maggio 2008, Sarica, in *GD*, 2008, 27, 92; *Cass. pen.*, Sez. II, 14 febbraio 2007, Mazreku, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1510; *Cass. pen.*, Sez. V, 21 giugno 2005, Zhu, in *CED*, 231901. In una recente decisione si è, inoltre, ritenuto sufficiente ad integrare il *fumus commissi delicti*, la semplice configurabilità nei comportamenti dell'indagato delle ipotesi criminose contestate, v. *Cass. Sez. V*, 18 dicembre 2008, Cecchi Gori, in *DPP*, 2009, p. 994 con nota critica di PIERDONATI, *Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo*, cit., p. 1004. Secondo altro indirizzo giurisprudenziale il *fumus* va individuato nell'accertata sussistenza di indizi di commissione del fatto per il quale si procede ad indagini: in tal senso v. *Cass. pen.*, Sez. VI, 10 settembre 1992, Fiorito, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1780. Secondo tale orientamento, presupposto per l'applicazione della misura cautelare reale è che un reato sia stato commesso, v. *Cass. Sez. III*, 30 giugno 1993, Crispo, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1610; *Cass. pen.*, Sez. IV, 11 giugno 1993, Nitti, in *ANPP*, 1993, p. 584. Alcune decisioni delle Sezioni Unite hanno aderito a questa opinione, statuendo che al giudice spetta il potere-dovere di esercitare il controllo di legalità, sia pure nell'ambito del fatto prospettato dal p.m. e di svolgere un indispensabile ruolo di garanzia: l'accertamento del *fumus commissi delicti*, se pur ricondotto nel campo dell'astrattezza, va sempre riferito ad un'ipotesi ascrivibile alla realtà "effettuale" e non "virtuale", con un esame della congruità degli elementi raccolti, in questo senso v. *Cass. pen.*, Sez. Un., 20 novembre 1996, Bassi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1673; *Cass. pen.*, Sez. Un., 25 ottobre 2000, Poggi Longostrevi, in *DPP*, 2001, p. 58. Per una recente interpretazione del *fumus* in termini di "serietà degli indizi", v. *Cass. pen.*, Sez. IV, 24 settembre 2008, Cappa, in *C.E.D.*, n. 241511, in *Il Sole 24 ore, Reperorio Lex 24*, nella quale pur nella consapevolezza della diffusa "tendenza alla svalutazione del *fumus delicti* nelle ipotesi di confisca, si evidenzia come «il tendenziale automatismo valutativo legato alla verifica dell'altra condizione del *periculum in mora* (la confiscabilità della cosa contiene in sé la valutazione circa la pericolosità) dovrebbe portare ad una maggiore sensibilità nell'accertamento di questo presupposto". In dottrina esclude una mera verifica in astratto dell'ipotesi accusatoria, F. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti*, in G. LATTANZI (a cura di), Milano, 2005, p. 530; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 266.

debole rispetto a quella attribuita ai gravi indizi di colpevolezza richiesti, invece, per l'applicazione delle misure cautelari personali;

2. limitazione degli ambiti di operatività del controllo di merito, sul provvedimento di sequestro preventivo, da parte del giudice del riesame, proprio a causa della ridotta soglia di rappresentatività degli elementi dimostrativi del *fumus*;
3. principio di equivalenza tra la cosa qualificata confiscabile e il sequestro preventivo obbligatoriamente disponibile. Ciò, invero, esime il giudice della cautela dal verificare l'esistenza del *periculum in mora* costituente, invece, nelle ipotesi ordinarie, uno dei due presupposti legittimanti l'adozione del sequestro preventivo (facoltativo): la presenza del *periculum*, nelle ipotesi di sequestro obbligatorio, è infatti presunta in via assoluta dal legislatore.

Ne consegue che - a voler ritenere il sequestro preventivo come obbligatorio - già nella fase delle indagini preliminari rischia di delinarsi (per poi consolidarsi attraverso la formazione del cd. giudicato cautelare) una misura afflittiva dagli effetti deleteri, proprio perché destinata ad essere applicata in presenza del semplice *fumus* di reato e per effetto della qualifica di "*cosa confiscabile*" attribuita al bene provento di attività illecite. Una misura preventiva altresì devastante, poiché le conseguenze della sua applicazione sono destinate a permanere immutate sino alla definizione del giudizio di merito.

2. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza del 2 luglio 2008 hanno affrontato, solo sinteticamente e marginalmente la delicatissima questione della facoltatività/obbligatorietà del sistema confisca-sequestro preventivo, esprimendosi - sia pur di riflesso - in favore della obbligatorietà della confisca per equivalente e del relativo sequestro, ricadente sui beni pertinenti al reato.

In particolare, i ricorrenti avevano censurato il sequestro preventivo - ricaduto sul patrimonio aziendale - sotto il profilo della inadeguatezza motivazionale in punto di esercizio del po-

tere discrezionale conferito al giudice dall'art. 53 del d.lgs. 231/2001. La Suprema Corte ha, invece, ritenuto infondata la doglianza, sul presupposto che il caso di specie riguardasse la differente ipotesi, contemplata dall'art. 19 comma primo del d.lgs. citato, di confisca diretta obbligatoria. Ne discende che il disposto sequestro (per equivalente) è da ritenersi anch'esso obbligatorio, risultando la valutazione in ordine alla sussistenza del *periculum* già tipizzata dalla volontà del legislatore, come peraltro verso previsto all'art. 321 comma 2 c.p.p.

In dottrina¹⁰ si è obiettato, tuttavia, come la drastica presa di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità su un tema così delicato del d.lgs. n. 231 del 2001 appaia tendenzialmente ellittica nel punto in cui estende l'obbligatorietà della confisca disposta in ambito di responsabilità degli enti (*ex art. 19 comma 1*) anche al relativo sequestro preventivo (previsto dall'art. 53 del decreto medesimo), per effetto del richiamo operato nei confronti della disposizione normativa disciplinante la distinta ipotesi del sequestro preventivo diretto (quello cioè avente ad oggetto il prodotto o il profitto dell'attività criminosa), previsto all'art. 321, comma secondo, del codice di rito.

Ad ogni modo, per effetto della sentenza delle Sezioni Unite n. 26654 del 2008, viene a profilarsi un indirizzo giurisprudenziale orientato a sostenere l'obbligatorietà del sequestro preventivo previsto in tema di illeciti penali-amministrativi a fronte di un profitto ritenuto - dal legislatore medesimo - obbligatoriamente confiscabile¹¹.

3. a). A brevissima distanza dalla pubblicazione della pronuncia, l'orientamento interpretativo che da essa prende origine viene disatteso da una successiva decisione della Corte di Cas-

¹⁰ LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1791.

¹¹ Critico rispetto alla trasposizione fra obbligatorietà della confisca ed obbligatorietà del sequestro, v. LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1791; COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3038 e ss.

sazione¹² nella quale, per la particolare condizione della società indagata (sottoposta a procedura fallimentare), i giudici di legittimità si sono interrogati sull'effettiva necessità di applicare automaticamente il sequestro preventivo in presenza di beni obbligatoriamente confiscabili, propugnando una diversa interpretazione dell'art. 19, comma 2 del d.lgs. del 2001. Il mutamento ermeneutico venutosi a determinare si fonda sull'assunto secondo cui non esiste un necessario automatismo tra confiscabilità e sequestrabilità: le cose obbligatoriamente confiscabili non sono, per ciò solo, soggette anche e necessariamente a sequestro preventivo obbligatorio.

Peraltro già talune risalenti sentenze della Corte Costituzionale¹³ avevano chiarito come la confisca avesse natura complessa e dunque difficilmente definibile, trattandosi di un “*mixtum compositum*”¹⁴ di non - sempre - agevole inquadramento

¹² Cass. pen., Sez. V, 8 luglio 2008, n. 33425, in *Cass. pen.*, 2009, n. 7-8, p. 3034, con nota di COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit.; *C.E.D. Cass. pen.* 2008.

¹³ In particolare cfr. Corte Cost. 25 maggio 1961 (ud. 15 marzo 1961), n. 29, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do#diritto>; Corte Cost., 4 giugno 1964 (ud. 15 aprile 1964), n. 46, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Per la Corte «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica», in quanto “il suo contenuto ... è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge». Similmente in dottrina, VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato* (1977), ora in *ID.*, *Scritti giuridici*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 1661, secondo cui “per sua natura l'istituto della confisca nel diritto penale oscilla tra esigenze di tipo diverso, delle quali la sua disciplina risente variamente, a seconda dei tempi, delle culture giuridiche, dei bisogni della repressione e della prevenzione, del favore che si intende assicurare alla protezione di determinati interessi”.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 33425/2008, cit. In dottrina v. CIVOLI, *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. it.*, VIII-I, 1896, p. 893; FURFARO, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Torino, 2005, p. 202, secondo cui “non di confisca bisogna parlare ma piuttosto di confische”, diverse nelle finalità ma accumulate nell'effetto ablativo; VASSALLI, *Confisca doganale*, cit., p. 1662; GRASSO, *sub. art. 240 c.p.*, in GRASSO-PADOVANI-ROMANO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994, p. 525; FIANDACAMUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, V ed., 207, p. 834;

sistematico. L'ablazione di beni economici, invero, può essere disposta per differenti motivi ed essere indirizzata verso svariate finalità: è per tale ragione che la misura cautelare in parola assume, di volta in volta, funzione di pena accessoria, di misura di sicurezza, oppure di mero provvedimento di carattere amministrativo. Pertanto anche la confisca di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 - che va a incidere su beni di pertinenza del condannato per un valore equivalente a quello del profitto illecito - si connota in maniera differenziata a seconda dello specifico contesto nel quale sia chiamata ad operare: l'articolo 19 del menzionato testo normativo, come è noto, prevede, al comma primo, la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto del reato; mentre al comma secondo, prevede la applicazione facoltativa della confisca per equivalente.

Di conseguenza anche per gli illeciti amministrativi disciplinati dal decreto legislativo del 2001, non diversamente da quanto prevede l'art. 240 c.p.¹⁵, va distinto un sequestro preventivo finalizzato ad una confisca (per equivalente) obbligatoria e un sequestro preventivo finalizzato ad una confisca (per equivalente) facoltativa, che non viene disposta obbligatoriamente, ma rappresenta una misura da poter, eventualmente, disporre - in sostituzione della confisca della *res illecita* -, qualora venga valutata la sussistenza del *periculum* ad opera dell'organo giudicante. In sostanza i collegamenti sistematici fin qui svolti valgono a chiarire (secondo la decisione in esame) come le ipotesi di confisca per equivalente, introdotte nell'ordinamento giuridico, abbiano finito per attenuare la rigida dicotomia tra confisca-sanzione e confisca-prevenzione, fi-

MOLINARI, *nota a Cass. Sez. Un., 30 maggio 2001, Derrouach*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1563, che sottolinea come non si possa pensare "alla riconduzione di tutte le ipotesi ad una unica *ratio* giustificatrice, che non è ipotizzabile data la natura polivalente che assume la confisca nelle varie ipotesi".

¹⁵ In merito alle diversità tra la misura ablativa prevista dall'art. 19 d.lgs n. 231/2001 rispetto a quella disciplinata dall'art. 240 c.p., v. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*, cit., p. 1762 e ss.; PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1361, secondo cui la confisca-sanzione riguardante gli enti "per come congegnata ... rivela una sostanziale autonomia rispetto al modello generale di confisca e a quelli di confisca amministrativa".

no a qualche tempo fa universalmente accettata. Tant'è vero che la misura ablativa della confisca, specie se inquadrata nello "specifico e innovativo sistema punitivo degli enti collettivi"¹⁶, può svolgere sia l'una che l'altra funzione (come abbiamo visto), o anche entrambe.

3. b). Vi è però un altro punto della sentenza in esame che merita di essere approfondito, al fine di poter eventualmente elaborare spunti critici sull'orientamento giurisprudenziale derivatone. Il tema riguarda il generale rapporto tra confisca per equivalente e fallimento della società nel cui interesse il soggetto in posizione apicale abbia a commettere attività illecite. In proposito le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in una nota decisione del 2004¹⁷, ebbero ad affrontare la tematica in esame e ad ammettere la legittimità del sequestro preventivo facoltativo dei beni provento di attività illecite, appartenenti all'impresa dichiarata fallita nei cui confronti sia stata instaurata la relativa procedura concorsuale.

Tale indirizzo giurisprudenziale, peraltro, risulta perfettamente in linea con l'orientamento (pacifico), secondo cui il patrimonio di una società - successivamente dichiarata fallita - deve ritenersi costituito anche dai beni distratti, pervenuti alla società medesima per mezzo di condotte illecite (quali ad esempio, truffe o appropriazioni indebite) tenute dagli amministratori in nome e per conto della società medesima.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 33425/2008, cit.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3087. Si segnala, inoltre, Cass. pen., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli, in *Cass. pen.*, 2005, n. 12, p. 3933 (con nota di VITIELLO). La Suprema Corte in tale sentenza ha ulteriormente precisato che all'espressione profitto non va attribuito il significato di "utile netto" o di "reddito". Tale orientamento è stato consolidato ulteriormente da Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, in *Guida al dir.*, 2005, n. 47, p. 52 e ss., in tema di confisca *ex art. 322-ter c.p.*, confermando che il profitto corrisponde all' "utile ottenuto in seguito alla commissione del reato" ed il prodotto al "risultato, cioè al frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita". In dottrina si v. CHIARAVIGLIO, *Sequestro preventivo, confisca e diritti dei terzi*, in *Riv. dott. comm.* 2004, 6, p. 1399.

Dunque anche le SS. UU. con la sentenza 24 maggio 2004, n. 29951, ritengono ammissibile il sequestro preventivo facoltativo dei beni appartenenti all'impresa dichiarata fallita, a condizione, però, che il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, dia motivatamente conto - nel provvedimento cautelare - della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca, rispetto a quelle legittimanti la tutela degli interessi dei creditori costituiti nella procedura concorsuale. Il giudice della cautela, dunque, sarebbe chiamato a compiere una valutazione "bilanciata"¹⁸ tra le ragioni che ineriscono all'acquisizione del bene in favore del patrimonio dello Stato e le ragioni sottese alla tutela dei creditori in buona fede che vantino diritti reali di garanzia nei confronti dei beni passibili di confisca.

Ebbene il richiamo alla sentenza del 2004 contribuisce a far comprendere meglio la *ratio* della decisione emessa dalla Corte di legittimità in data 8 luglio 2008, Sez. V, n. 33425, fornendo, altresì, la possibilità di formulare qualche rilievo critico - peraltro non privo di fondatezza - nei confronti della relativa pronuncia. Il punto cruciale del ragionamento seguito dai giudici di legittimità ruota intorno alla considerazione secondo cui il sopravvenire del fallimento preclude di fatto il possibile uso illecito dei beni sottoposti a cautela reale (nell'ambito del procedimento penale) da parte del titolare nonché autore del presunto reato, non profilandosi, quindi, una ipotesi di confisca obbligatoria. In verità, lo spossessamento dei beni venutosi a determinare in danno della impresa fallita, pur non traducendosi in una perdita del diritto di proprietà, determina pur sempre l'indisponibilità per il reo dei beni fallimentari che, pertanto, non possono considerarsi come cose di cui è obbligatoria la confisca, essendo venuta meno la possibilità di configurare la finalità preventiva del provvedimento cautelare. Peraltro la efficacia *erga omnes* della dichiarazione di fallimento, per effetto della quale il patrimonio dell'impresa fallita transita nell'esclusiva disponibilità del curatore fallimentare, fa sì che i beni societari possano - per di più - essere destinati al soddisfacimento delle legittime pretese dei creditori.

¹⁸ Tali argomentazioni delle Sez. Un., n. 29951/2004, cit., sono state fatte proprie nelle motivazioni della sentenza della Cass. pen., Sez. V, n. 33425/2008, cit.

Sulla scia dell'orientamento interpretativo prospettato dalla sentenza delle Sezioni Unite, n. 29951 del 2004, dunque, si è pervenuti ad ammettere, anche nel caso deciso da Cass. pen., Sez. V, n. 33425 del 2008, la possibilità di una confisca per valore (ricadente cioè sulle somme equivalenti al prezzo o al profitto del reato) che - ai sensi dell'art. 19 comma secondo del decreto legislativo n. 231 del 2001 - deve considerarsi facoltativa. Tale pronuncia, quindi, smentisce l'applicazione rigorosa del principio - fino a quel momento prevalente - secondo cui la confiscabilità di un bene ne determina automaticamente la possibilità di sottoporlo a sequestro preventivo obbligatorio. Di qui il consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'art. 19, comma 2, del citato d.lgs., a differenza di quanto disposto nel comma 1 (e, ciò che più rileva, a differenza di quanto previsto dagli articoli 322-*ter*, 640-*quater* nonché 644 e 648-*quater* c.p.), prevederebbe - come in precedenza sottolineato - un'ipotesi di confisca per equivalente facoltativa e non obbligatoria.

4. Se le ragioni di buon senso poste a fondamento della decisione - quelle, cioè, di restituzione di quanto sequestrato agli organi della procedura concorsuale per agevolarne gli esiti e far salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede - risultano completamente condivisibili, il percorso interpretativo seguito - nel caso di specie - solleva notevoli perplessità, poiché risulta scarsamente aderente alla lettera ed allo spirito della normativa emanata in tema di responsabilità amministrativa degli enti¹⁹. Si è già evidenziato, infatti, come, in motivazione, si sostenga che contrariamente all'ipotesi di confisca diretta del prezzo o del profitto del reato *ex* art. 19, comma 1, l'apprensione coattiva di «somme di danaro, beni o altre utilità di valore equivalente», prevista dal secondo comma dello stesso articolo, conserverebbe le vesti di una confisca meramente facoltativa. Tale conclusione ermeneutica viene sostanzialmente desunta dal confronto letterale fra la disposizione contenuta nell'art. 19,

¹⁹ COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3038 e ss.

comma 2, d.lgs. n. 231/2001 e quelle contemplate negli artt. 322-ter, 640-*quater*, 644, comma 6, e 648-*quater* c.p. Si argomenta, in particolare, che mentre - in tali ultime disposizioni - l'obbligatorietà della confisca per equivalente risulterebbe esplicitata attraverso le espressioni «è sempre ordinata» ovvero «... il giudice ordina»; nella norma di cui all'art. 19 comma secondo, la diversa costruzione del periodo («quando non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente»), affiderebbe invece alla valutazione discrezionale dell'organo giudicante l'eventuale ablazione dei beni pertinenti al condannato, di valore corrispondente a quello costituente l'effettivo prezzo o profitto del reato - ormai non più acquisibile.

Il percorso ermeneutico delineato in sentenza offre il fianco, tuttavia, a molteplici rilievi critici. Innanzitutto l'argomentazione cui ricorrono i giudici sembra enfatizzare più del dovuto un dato di natura meramente grammaticale²⁰; in secondo luogo, si presta a vari ordini di obiezioni, soprattutto di carattere sistematico. Sotto il profilo strettamente letterale, la tecnica di formulazione della norma - e segnatamente l'utilizzo dell'espressione secondo la quale la confisca “può” avere ad oggetto anche beni ulteriori rispetto al profitto materiale del reato - sembra trovare delle giustificazioni completamente diverse dalla ipotizzata facoltatività della confisca di valore. Le ragioni per le quali la confisca per equivalente assume carattere eventuale nella lettera della legge (ma non per questo facoltativo o discrezionale) andrebbero, più opportunamente, ravvisate nel fatto che non sempre possono trovare realizzazione i due presupposti dell'impossibilità di procedere alla confisca diretta (del profitto illecito) e della individuazione di altri beni - appartenenti all'ente responsabile - sui quali non gravino diritti acquisiti dai terzi in buona fede²¹. E' fondamentale per tale motivo che il legislatore precisa che la confisca “può” avere ad

²⁰ COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3039.

²¹ SANTORIELLO, *La confisca per equivalente nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 3, p. 154.

oggetto anche beni ulteriori rispetto al profitto materiale del reato.

Sotto altro profilo, poi, assume rilievo i profila inoltre, un'ulteriore considerazione utile ad indebolire la tesi favorevole alla natura facoltativa della confisca per equivalente, che affonda le radici nel generale sistema repressivo ove, la misura ablativa in questione, si colloca. Da un punto di vista sistematico, infatti, la *ratio* delle ipotesi di confisca del profitto, *anche in forma di equivalente*, è palesemente ravvisabile nella necessità di ristabilire, sempre e comunque, l'equilibrio economico alterato dall'illecito²². Si tratterebbe, pertanto, di una finalità di natura compensativa. Se si considera, poi, che l'art. 6 comma 5 del d.lgs. 231 del 2001 prevede esplicitamente l'obbligatorietà della confisca diretta finanche nell'ipotesi in cui sia stata esclusa la responsabilità dell'ente per effetto dell'efficace attuazione dei modelli organizzativi volti alla prevenzione di reati della medesima specie (si dice "*è comunque disposta la confisca*"), ne consegue che la ritenuta discrezionalità (e dunque facoltatività) della confisca per equivalente - in tema di responsabilità amministrativa degli enti - non possa che risultare frutto di una interpretazione affrettata ed illogica²³. In definitiva se nel summenzionato articolo 6 (del d.lgs. 231/2001) il legislatore è ricorso alla clausola «è comunque disposta la confisca», se ne deve dedurre che il medesimo abbia avvertito la necessità di estendere l'operatività della confisca obbligatoria anche ai casi in cui la responsabilità amministrativa dell'ente debba ritenersi esclusa.

Ad ogni modo, l'obiezione più puntuale e convincente sollevata, in dottrina²⁴, nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla natura facoltativa della confisca di

²² MONGILLO, *La confisca del profitto*, cit., p. 174.

²³ Al riguardo v. PRETE, *La confisca sanzione: un difficile cammino*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 4, p. 115.

²⁴ v. tra gli altri COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3040 e ss. L'Autore ricorda, ad esempio come "... le ragioni dei creditori che possono essere privilegiate durante la procedura fallimentare non paiono dissimili dalle generali esigenze dei cd. *stakeholders*, tanto più che nelle vicende economiche maggiormente rilevanti il sequestro preventivo rischia di rappresentare, per l'appunto, l'anticamera del fallimento".

valore sembra risiedere nella considerazione secondo cui tale ultimo indirizzo ermeneutico ha - inammissibilmente - trascurato di individuare gli opportuni canoni valutativi, idonei a guidare il giudice nell'esercizio del potere discrezionale. Ed infatti, se nell'ipotesi di fallimento è possibile ravvisare - in virtù del *decisum* della sentenza del 2004 - il criterio decisivo nella realizzazione di una comparazione tra le ragioni dell'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, e quelle della tutela dei creditori che vantino interessi legittimi nei confronti dei beni confiscabili, in tutte quelle ipotesi - che non presuppongono una vicenda fallimentare - difetterebbe invece l'indicazione di parametri idonei ad orientare la valutazione giurisdizionale sull'*an* e sul *quantum* della confisca per equivalente facoltativa²⁵.

L'argomento non è privo di fondamento. In effetti, fuori dalle vicende fallimentari, verrebbero a mancare i parametri o gli indici utili alla formulazione di un giudizio di comparazione, necessario nel caso di applicazione facoltativa del sequestro per equivalente. Peraltro la stessa giurisprudenza di legittimità si è pronunciata a sfavore della sostenibilità teorica di cautele reali facoltative, in forza dell'assunto secondo cui il sequestro preventivo finalizzato alla misura ablativa, che trova applicazione in presenza di cose obbligatoriamente confiscabili, non necessita di alcuna verifica - e, quindi valutazione discrezionale - circa la sussistenza del *periculum*²⁶: il sequestro preventivo

²⁵ COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3040.

²⁶ Secondo Cass. pen., Sez. Un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in Cass. pen. 2004, p. 1182 (con nota di FIDELBO), ci sarebbe una presunzione *ope legis* di pericolosità connaturata ai beni suscettivi di confisca, si da dedurre la sussistenza *in re ipsa*. Sull'inutilità di un accertamento del *periculum in mora* del sequestro preventivo ai fini di confisca previsto dall'art. 321, 2 comma, c.p.p., v. SANTORIELLO, *La confisca*, cit., p. 149. In senso critico con tale orientamento si v. LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., pp. 1797 - 17988. L'Autore evidenzia come « ... gli arresti giurisprudenziali in tema di presupposti applicativi del sequestro di cui all'art. 321, 2 comma, c.p.p., (non sono) per nulla esportabili sul terreno del sequestro preventivo per valore finalizzato all'esecuzione della confisca-sanzione di valore *ex art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001* ... invero trattandosi di cautela reale con effetti sanzionatori anticipati, meno indulgente deve risultare il controllo sulla sussistenza delle condizioni generali di applicabilità del sequestro preventivo, imponendosi una verifica approfondita circa la ricorrenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*. E infatti, se per l'adozione di un

sarebbe, dunque, da intendersi come sequestro obbligatorio e non facoltativo/discrezionale. In tema di responsabilità degli enti, si era infatti in tal modo pronunciata, contrariamente all'interpretazione letterale prospettata nella sentenza della Corte di Cassazione, Sez. V, n. 33425 del 2008, sia la II Sezione della medesima Corte²⁷, secondo la quale «per il sequestro pre-

provvedimento cautelare si richiede un giudizio di probabilità circa il verificarsi della situazione che si vuole proteggere e se il sequestro in esame mira a garantire la futura confisca del profitto del reato conseguente alla condanna dell'imputato, il *fumus* necessario è rappresentato dalla probabilità che si giunga alla confisca del profitto del reato. Pertanto, per potersi legittimamente disporre il sequestro preventivo di valore finalizzato alla futura confisca-sanzione non pare sufficiente la verifica dell'esatta imposizione formale della contestazione, come pretende l'orientamento che si accontenta dell'astratta configurabilità della violazione onde soddisfare il *fumus* richiesto in sede applicativa. Piuttosto appaiono necessari chiari e precisi indizi che addensino profili di responsabilità in capo all'ente, dovendo il giudice valutare se risulta probabile che si giunga a una sentenza di condanna e se il valore dei beni da sequestrare corrisponda all'ammontare del profitto del reato, da calcolarsi al netto di costi e profitti non direttamente riferibili alla realizzazione dell'illecito in quanto connessi alla lecita attività dell'impresa» Per quanto riguarda il *periculum in mora* lo stesso Autore sottolinea come «... nel caso in esame non è affatto l'oggetto del sequestro preventivo - profitto del reato appunto - a rappresentare un pericolo, bensì è il pericolo di dissipazione dell'oggetto medesimo che ne giustifica l'apprensione in fase cautelare. Pertanto, soltanto ove ricorra la concreta e plausibile probabilità di dispersione del profitto del reato - o dei beni di valore ad esso equivalente - oggetto di futura confisca-sanzione potrà dirsi integrato il presupposto in parola». In questo senso, v. anche EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale, e confisca*, in *Resp. amm. soc.*, 2006, n. 3, p. 95. In tale ottica l'istituto di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001 si presenta sempre più simile al sequestro conservativo, sul punto v. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 530. Parte della Dottrina ha evidenziato la necessità di estendere al sequestro preventivo di valore *ex art. 53 d.lgs. 231/2001* la portata precettiva dell'art. 45 dello stesso d.lgs., dove si richiedono “gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato, al riguardo si v. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 328; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 267; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato (d.lgs. n. 231 del 2001)*, II ed., Torino, 2006, p. 466; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bonomia University Press, 2007, p. 353. In una prospettiva difforme v. BRICHETTI, *Il sistema cautelare*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 1, p. 131, secondo il quale anche la cautela in esame mirerebbe ad “elidere la libera disponibilità del prezzo del reato o del profitto del reato il cui uso potrebbe permettere di aggravare o protrarre le conseguenze del reato medesimo ovvero di agevolare la commissione di altri reati”.

²⁷ Cass. pen., Sez. II, 22 marzo 2006 (ud. 16 febbraio 2006), Miritello, in *Riv. pen.*, 2007, p. 110; ed in *Foro it.*, 2007, IV, c. 194. Più recentemente v. Cass.

ventivo funzionale alla confisca non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il *periculum* richiesto per il sequestro preventivo di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p., essendo invece sufficiente accertare il presupposto della confiscabilità²⁸, sia la nota ordinanza del Tribunale di Napoli²⁹, poi confermata sul punto dal richiamato dettato delle Sezioni unite nella sentenza del 2 luglio 2008.

D'altro canto, però, sorge spontanea una considerazione di segno opposto, che salimenta, invece, dubbi circa la prospettata obbligatorietà del sistema “*confisca-sequestro preventivo*”. Infatti, qualora si dovesse accogliere (sia pure nell'ambito della disciplina relativa alla responsabilità amministrativa degli enti) la tesi secondo cui per il sequestro preventivo funzionale alla confisca è sufficiente accertare il presupposto della confiscabilità e non anche la sussistenza di indizi di colpevolezza gravi e del *periculum*, ne scaturirebbe una misura cautelare assolutamente dissonante rispetto al quadro normativo di riferimento ed altresì scarsamente rispettosa di fondamentali principi costituzionali³⁰.

pen., Sez. II, 10 gennaio 2007, in *Cass. pen.*, 2007, n. 10, p. 3721. In dottrina, esprime rilievi critici rispetto a tali pronunce MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali*, cit., p. 33. L'Autore sottolinea l'intrinseca pericolosità di un simile orientamento nei suoi riflessi economici e la possibile disarmonia derivante da confische di valore anticipate e dirompenti. Sul punto cfr., inoltre, COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3041, secondo cui tale orientamento giurisprudenziale è «viziato da un'insuperabile petizione di principio. Se è vero che il sequestro finalizzato alla confisca ha smarrito le finalità di prevenzione attribuite all'istituto di cui all'art. 321, 1 comma, c.p.p. e non richiede pertanto il pericolo ... ciò non autorizza di certo a concludere che la radicale mancanza di un simile presupposto determina l'automatica applicazione della cautela reale prevista dal legislatore».

²⁸ Cfr. *Cass. pen.*, Sez. II, 22 marzo 2006, cit.

²⁹ Cfr. Trib. Napoli, ord. 6 ottobre 2007 (ud. 24 luglio 2004), Impregilo, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 12, p. 1638. Più recentemente v. *Cass. pen.*, Sez. IV, 7 aprile 2009, Azzano, in www.reasisocietari.it.

³⁰ Diffusamente COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3042 e ss. L'Autore, individua un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. Ed infatti, il “presunto sequestro obbligatorio” difetterebbe di delega, non essendo stato previsto nella L. 29 settembre 2000, n. 300, con la quale il Governo era stato delegato a legiferare in materia di responsabilità da reato degli enti collettivi. Su tale profilo v., altresì, LORENZETTO, *sub. art. 53*, in *La responsabilità degli enti*, PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, Torino, 2008, p. 456 e ss.;

Si prospettano, infatti, fin troppo evidenti le irreparabili conseguenze che verrebbero a determinarsi - sia nei confronti dei terzi in buona fede che della collettività nel suo complesso - laddove i beni, oggetto di sequestro obbligatorio, assumano una rilevanza tale da mettere a repentaglio la stessa continuità dell'attività aziendale, compromettendo, conseguentemente, interessi giuridici costituzionalmente tutelati: una sorte di "morte civile" dell'impresa ancora prima dell'accertamento delle sue eventuali responsabilità³¹. Eppure al legislatore non è sfuggita la necessità di prevedere, nel diverso caso in cui si debba applicare una misura interdittiva, la possibilità di designare un *commissario giudiziale*³², proprio al fine di scongiurare gravi e

FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., p. 352, il quale parla di "silenzio della legge delega"; BONZANO, *Sull'applicabilità del sequestro preventivo al profitto che l'ente ha tratto dal reato*, (nota a Cass. pen., Sez. II, 14 giugno 2006, Troso), in *Cass. pen.*, 2007, p. 2889. L'illegittimità costituzionale potrebbe, inoltre, essere apprezzata anche con riferimento alla sentenza della Corte Cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, I, 271 (con nota di PATERNITI). In tale decisione la Corte ebbe ad affermare l'ammissibilità del ridotto spazio difensivo in tema di misure cautelari reali e del conseguente pregiudizio del diritto di proprietà poiché «la misura cautelare reale attiene, per sua stessa natura, a "cose" che, nell'ipotesi del sequestro preventivo, presentano un tasso di "pericolosità" che giustifica l'imposizione della cautela: da qui il rilievo che la misura, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, inteso questo nella sua realtà fenomenica, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di "colpevolezza", proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso, ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, vengono riguardate dall'ordinamento come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo. Prova evidente di ciò si rinviene nel sequestro preventivo funzionale alla confisca: nei casi di confisca obbligatoria, infatti, questa consegue *de iure* anche nella ipotesi di assoluzione, sicché il "podromico" sequestro ben può prescindere da qualsiasi profilo di verifica in merito alla fondatezza dell'accusa». Tali osservazioni ovviamente non possono valere per il sequestro per equivalente, nel quale le cose sottoposte a vincolo non risultano certamente pericolose e vengono sottratte al legittimo proprietario (persona fisica o giuridica) solo in ragione della contestazione formulata in sede cautelare.

³¹ In questo senso COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3044.

³² Art. 15, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 140, del 19 giugno 2001: *Commissario giudiziale* - 1. Se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo

irreparabili ripercussioni sull'occupazione aziendale. Ebbene, l'inesistenza di un analogo meccanismo di mitigazione nell'ipotesi di applicazione di una misura cautelare reale (qual è il sequestro preventivo per equivalente) rappresenta un'argomentazione in grado di indebolire e - persino - demolire la tesi favorevole all'obbligatorietà della misura preventiva funzionale alla definitiva ablazione del patrimonio aziendale.

D'altra parte, un provvedimento di sequestro per valore, sempre e comunque obbligatorio, risulterebbe inevitabilmente illogico - anche rispetto alle finalità del sistema repressivo - laddove si pongano a confronto, da una parte, le conseguenze pregiudizievoli che la misura afflittiva verrebbe a determinare in capo all'ente sottoposto ad indagini e, dall'altra parte, gli incerti presupposti di fatto valevoli a giustificare l'adozione della misura preventiva, cioè l'astratta configurabilità di una ipotesi (*fumus*) di reato ed il vantaggio economico apparentemente derivatone all'ente, ricorrendo i quali l'ente verrebbe raggiunto da un provvedimento coercitivo in grado di pregiudicare, in modo definitivo, la prosecuzione dell'attività aziendale³³.

dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività;
- b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giudice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente.

3. Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice.

4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato.

5. La prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva.

³³ v. 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, n. 7, p. 941. L'Autore opportunamente evidenzia come il sequestro per equivalente potrebbe tradursi in un'interdizione pressoché totale dell'attività dell'ente pur rimanendo «svincolato da limiti temporali ed imperme-

E' evidente, allora, come il difficile contemperamento tra esigenze di politica criminale, da un lato, e di continuità aziendale, dall'altro - entrambe meritevoli di tutela giuridica -, rischia di essere irrimediabilmente compromesso dall'incauta previsione di una sistematica confisca anticipata del patrimonio aziendale, che prescinda, cioè, da opportune valutazioni di merito³⁴ e che prelude, perciò, ad un ulteriore e più radicale contrasto interpretativo e ad un nuovo intervento regolatore del Giudice di legittimità.

abile rispetto alle ulteriori limitazioni che il Legislatore ha opportunamente indicato quali presupposti per la legittima adozione della misura cautelare interdittiva all'uopo introdotta»; cfr. anche LORENZETTO, *Sequestro preventivo*, cit., p. 1798, che sottolinea come «solleva perplessità il vincolo per equivalente che, stante l'entità del profitto volatilizzatosi, sia apposto su beni corrispondenti all'intera azienda dell'ente indagato. La totale paralisi dell'attività dell'ente che ne deriverebbe, difatti, si attergerebbe come una larvata cautela interdittiva svincolata dal rispetto dei limiti di tempo, delle scadenze procedurali e delle garanzie imposte per l'adozione della relativa misura in quanto, appunto, interdittiva».

³⁴ Sul punto v. COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro*, cit., p. 3047.