

LA VALUTAZIONE DELLA GRAVITÀ INDIZIARIA PER L'ADOZIONE DEL SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA*

Gaia Caneschi

ABSTRACT

Il contributo analizza i presupposti che legittimano il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 c.p.p., mettendo in luce che, similmente a quanto già riconosciuto dal Supremo Collegio in relazione all'art. 53 d.lgs. 231/01, la sua adozione non può prescindere dalla verifica della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a carico del destinatario, quantomeno laddove la misura sia attuata in funzione anticipatoria della confisca.

SOMMARIO

1. Le incertezze sulla disciplina dei presupposti del sequestro preventivo nell'interpretazione dell'art. 321 c.p.p. – 2. I gravi indizi di reità a carico dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca. – 3. Gli spunti contenuti nella sentenza *Codelfa*.

* Il presente scritto è destinato alla pubblicazione sulla *Rivista Archivio della nuova procedura penale*, n. 1/2016.
M. Ceresa Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439.

1. Le incertezze sulla disciplina dei presupposti del sequestro preventivo nell'interpretazione dell'art. 321 c.p.p.

La nozione di *fumus commissi delicti* rilevante per l'applicazione della misura cautelare reale del sequestro preventivo non è individuata in modo univoco né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza. Attualmente, infatti, non è possibile circoscrivere con sufficiente chiarezza l'ambito dell'accertamento che il giudice deve compiere per l'applicazione della misura in questione.

D'altro canto, la necessità di individuare i presupposti applicativi del sequestro preventivo nasce dalla considerazione che la disciplina codicistica dedicata alla coercizione reale è piuttosto scarna, ed offre garanzie difensive estremamente ridotte rispetto a quelle previste per le misure personali. Infatti, il legislatore si è limitato a predeterminare i casi di adozione della misura e a riservare ampia discrezionalità all'organo giurisdizionale, creando incertezza attorno agli elementi fondanti il *fumus* ⁽¹⁾.

Un simile quadro normativo ha propiziato lo sviluppo di una prassi giurisprudenziale che finisce ormai per limitare la valutazione ad un mero controllo sull'astratta configurabilità della fattispecie di reato prospettata dall'accusa, senza che sia necessaria alcuna valutazione in ordine alla fondatezza della stessa. A questa stregua, per applicare il vincolo in questione, sarebbe sufficiente un'operazione di sussunzione della fattispecie concreta in quella legale ipotizzata dal richiedente ⁽²⁾.

In questi casi, si dice, poiché l'intervento cautelare non inerisce all'autore del reato, quanto semmai ai beni suscettibili di determinare situazioni di pericolo, non occorrerebbe verificare la sussistenza di elementi a carico della persona sottoposta alle indagini.

Tale impostazione è tuttavia ampiamente criticata per la grave contrazione che imprime ai diritti difensivi, e per il fatto che comporta l'applicazione di una misura reale sulla base di un acritico avallo della tesi accusatoria ⁽³⁾. In questo modo, si assisterebbe ad un impiego del potere coercitivo illimitato, e potenzialmente arbitrario, con il risultato di vedere rigettata la richiesta cautelare solo dinanzi ad enunciati accusatori palesemente irrazionali o errati (come nel caso di una contestazione per fatti prescritti).

Si è quindi obiettato, d'altro canto, che l'art. 321 c.p.p. dovrebbe essere integrato con un richiamo all'art. 273 c.p.p., sotto il profilo della gravità indiziaria, atteso che anche la misura cautelare reale può incidere su diritti tutelati a livello costituzionale. Come si può ricavare dalla stessa Relazione al progetto preliminare del codice del 1988 ⁽⁴⁾, e come altresì si desume dall'architettura cautelare complessiva, le misure cautelari reali possono presentare contenuti afflittivi anche più pesanti di quelli determinati da alcune misure personali, il che ha indotto ad individuare spunti ermeneutici che consentissero di delimitare l'utilizzo dell'istituto ai soli casi in cui si manifestasse un quadro indiziario sufficientemente consistente.

Su queste premesse si è assistito al maturare di un più rigoroso orientamento interpretativo che, in un primo momento minoritario, sembra oggi consolidarsi ⁽⁵⁾: nonostante la coercizione reale non venga presidiata da garanzie analoghe a quelle previste dall'art. 273 c.p.p. per le misure cautelari personali, secondo questa diversa lettura, il giudice avrebbe l'obbligo di

¹ Il presente scritto è destinato alla pubblicazione sulla *Rivista Archivio della nuova procedura penale*, n. 1/2016.

M. CERESA GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439.

² Cass., sez. un., 23 aprile 1993, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969, con nota di R. MENDOZA, *L'incidenza dei vincoli paesistici su opere in corso alla data del 7 settembre 1985 che abbiano alterato lo stato dei luoghi*, *ivi*, p. 1975. Conviene sottolineare che il richiamo alla pronuncia è stato spesso operato in termini impropri, poiché la stessa era principalmente incentrata sull'analisi dell'elemento soggettivo, che veniva escluso dai parametri valutativi per l'applicazione della misura, v. M. PIERDONATI, *Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1002.

³ In dottrina le posizioni non sono univoche. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 557, osserva «nessun accenno ai "gravi indizi", ma (a parte la confisca obbligatoria ex art. 240, comma 2, n. 2) è requisito implicito nell'idea della "cosa pertinente al reato": l'imputazione li presuppone; durante le indagini preliminari, bisogna valutarli»; similmente S. RAMAJOLI, *Il sequestro preventivo nel nuovo codice: oggetto, presupposti, area di operatività*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 290. Si segnala anche la tesi di chi ritiene che il *fumus* possa dirsi integrato con la sola esistenza di un'indagine in corso, v. A. BEVERE, *Coercizione reale, limiti e garanzie*, Milano, 1999, p. 22. E, sul versante opposto, quanti considerano invece che il sequestro preventivo debba essere subordinato all'esistenza di gravi indizi di colpevolezza: P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991; M. CIRULLI, *In tema di presupposti del sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 315.

⁴ Relazione al progetto preliminare del c.p.p., in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. 80, p. 79.

⁵ Cass., sez. V, 15 luglio 2008, Cecchi Gori, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3887, con nota di G. TODARO, *Il fumus delicti richiesto per il sequestro preventivo, un'ipotesi ricostruttiva*. Nello stesso senso Cass., sez. IV, 29 gennaio 2007, Veronese, *ivi*, 2008, p. 1144; Cass., sez. III, 27 gennaio 2000, Covagnuoli, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 271; Cass., sez. VI, 7 giugno 1991, Mattioli, in *C.E.D. Cass.*, n. 190425.

riscontrare in concreto i presupposti fattuali che legittimano l'adozione del provvedimento, ancorché senza addentrarsi nella valutazione della sussistenza degli indizi di colpevolezza e della loro gravità.

Questa più recente posizione ha dunque superato l'idea che il provvedimento cautelare reale potesse fondarsi sulla mera allegazione di una notizia di reato. Tuttavia, ancora non viene recepita la tesi, proposta da parte della dottrina, secondo cui l'applicazione del sequestro preventivo dovrebbe avere luogo solo qualora il giudice abbia previamente accertato la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza previsti dall'art. 273 c.p.p.⁽⁶⁾.

Ad alimentare lo scetticismo nei confronti di una tesi tanto garantista, si situa la considerazione per cui, collegando l'applicazione della misura all'indagato, e imponendo il vaglio della sussistenza degli indizi a suo carico, si subordinerebbe il sequestro all'individuazione del presunto autore del reato. In questo modo, verrebbe tradita la *ratio* della misura, che è insita nella rimozione della situazione di pericolosità derivante dal nesso tra il bene e l'illecito, e che solo indirettamente coinvolge il profilo soggettivo. Oltretutto, il destinatario della misura potrebbe anche non coincidere con il presunto autore dell'illecito, così come potrebbe essere ancora ignoto il soggetto da sottoporre alle indagini al momento dell'insorgenza della necessità di rendere indisponibile la *res* (7).

Si è già sottolineato come l'adozione di una misura cautelare reale possa presentare un contenuto afflittivo pari, se non addirittura superiore, a quello di una misura personale. Eppure, difficile fingere di non trovarsi dinanzi ad una disciplina dal contenuto estremamente generico rispetto alle rigorose previsioni che informano tutte le altre misure cautelari, compreso il sequestro conservativo, nel cui ambito, il presupposto del *fumus commissi delicti*, ancorché inespresso, è desumibile in via interpretativa dal fatto che la misura è applicabile solo dopo che sia stata esercitata l'azione penale. Senza trascurare poi che, per l'adozione della misura di cui all'art. 321 c.p.p., il rischio che il potere coercitivo cautelare non incontri limiti è determinato anche dall'assenza di ogni indicazione a proposito dell'obbligo motivazionale che grava sul giudice: questi, infatti, non è vincolato ad argomentare sui presupposti, sulle finalità o sulla durata del sequestro (8), con ciò aprendosi ampi spazi a distorsioni applicative che gettano un'ombra di incostituzionalità sull'intera disciplina.

Non a caso, il Giudice delle leggi è già stato chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale dell'opzione adottata dal codice, nella parte in cui non estende alle misure cautelari reali i presupposti previsti dall'art. 273 c.p.p. per quelle personali (9). Il *dictum* della Corte costituzionale viene richiamato, spesso in modo avventato, per motivare la scelta di non riprodurre per il sequestro preventivo le condizioni legittimanti le altre misure cautelari. In altre parole, poiché in quell'occasione il Giudice costituzionale aveva stabilito che «la scelta di non riprodurre per le misure cautelari reali i presupposti sanciti dall'art. 273 per le misure cautelari personali» non costituiva di per sé una lesione dei diritti tutelati a livello costituzionale, perché sarebbero «graduabili tra di loro i valori che l'ordinamento prende in considerazione», taluni interpreti hanno rinvenuto, nell'importante pronuncia, una sorta di autorevole «lascia passare» in favore dell'orientamento giurisprudenziale più disinvolto nel tracciare l'ampiezza dei confini del potere cautelare reale.

In realtà, la sentenza in questione si presta ad una lettura ben diversa, basata sull'osservazione che il sequestro preventivo assume una duplice dimensione che si differenzia in base all'oggetto. A ben vedere, infatti, a fondare la conclusione prescelta dal Giudice costituzionale è stato il rilievo della connotazione normalmente oggettiva del sequestro preventivo: ma, affermando che «la funzione cautelare non si proietta necessariamente sull'autore del fatto

⁶ Il requisito dovrebbe essere oggetto di accertamento solo durante la fase delle indagini preliminari, perché con l'esercizio dell'azione penale, ogni approfondimento in merito sarebbe reso superfluo dalla formulazione dell'accusa da parte del pubblico ministero.

⁷ In dottrina L. FIORE, *Accertamento dei presupposti e problematiche applicative in tema di sequestro preventivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 543; F. LATTANZI, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 351.

⁸ Diversamente da quanto previsto per le cautele personali, per le quali l'art. 292, co. 2, c.p.p., come noto impone «a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio» al giudice «l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato», nonché «l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa».

⁹ Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271. Il senso della pronuncia è richiamato da M. CERESA GASTALDO, *Tra i presupposti del sequestro preventivo "per equivalente" anche l'accertamento del collegamento tra bene sequestrato e profitto del reato*, in questa *Rivista*, 14 settembre 2011.

criminoso», la Corte costituzionale si è limitata a considerare che il sequestro può risolversi nell'univoca finalità di rendere indisponibile un bene ritenuto oggettivamente pericoloso, prescindendo dalla valutazione del *fumus commissi delicti*. È questo il caso della misura cautelare reale descritta al primo comma dell'art. 321 c.p.p., ovvero il sequestro delle «cose pertinenti al reato». A risaltare qui è il semplice impiego del bene, perché potenzialmente pericoloso per l'aggravarsi del quadro criminoso, e non già la posizione del suo detentore in relazione al presunto reato. In questi casi la valutazione non tiene conto del *fumus indiziario*: la cosa va resa indisponibile a prescindere dalla posizione soggettiva del detentore. Anzi, in simili ipotesi, indagare sul compendio probatorio potrebbe rivelarsi addirittura fuorviante.

È evidente, però, come la sentenza del Giudice delle leggi non possa estendersi al sequestro di cui al secondo comma dell'art. 321 c.p.p., rispetto al quale non potrà essere predicata in modo assoluto l'indifferenza nei confronti della posizione soggettiva dell'indagato. Infatti, è vero che normalmente la misura in questione esplica la propria funzione a prescindere dall'appartenenza del bene al soggetto sottoposto alle indagini, ma è altrettanto vero che, in molti casi, è proprio la disponibilità da parte del ritenuto autore la ragione che legittima la misura.

Se il carattere solo oggettivo del sequestro non è provato nemmeno nel caso che più sarebbe congeniale alla dimostrazione dell'ipotesi (art. 321, comma 1, c.p.p.), a maggior ragione la regola dell'inesistibilità delle garanzie non pare poter riguardare i casi – che invece l'ordinamento conosce – in cui la pericolosità del bene si coglie solo in rapporto al presunto autore del reato: è proprio l'ipotesi del sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato (art. 321, comma 2, c.p.p.), in cui la relazione tra la misura ablativa e il soggetto non può passare inosservata.

Ed è proprio l'applicazione impropria della regola, al di fuori della situazione cui la Corte specificamente si riferisce, che fa nascere dubbi sull'illegittimità costituzionale della disciplina. Come noto, il precetto dell'art. 27, comma 2, Cost. vieta al legislatore di modulare il sistema delle misure cautelari in funzione di anticipazione del trattamento sanzionatorio, che può conseguire solo alla condanna definitiva. Se, come sembra, alla confisca deve riconoscersi natura sanzionatoria, la norma processuale che ne consentisse l'immediata esecuzione – senza alcuna analisi del quadro indiziario – si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale¹⁰.

Pertanto, a seconda della connotazione oggettiva o soggettiva che il sequestro preventivo andrà ad assumere, la valutazione dei presupposti della misura andrebbe modulata includendo o meno il profilo della colpevolezza. Anche in assenza di riferimenti testuali espressi, le suddette argomentazioni portano a sostenere che la disciplina del sequestro preventivo non possa essere impermeabile a garanzie analoghe a quelle dettate in tema di misure cautelari personali.

2. I gravi indizi di reità a carico dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

Nell'ambito del processo penale agli enti ai sensi del d.lgs. 231/01, l'art. 53, dedicato al sequestro preventivo, svolge una funzione anticipatoria rispetto al provvedimento definitivo, in armonia con l'intero sistema cautelare ivi previsto¹¹. In particolare, la misura si occupa di assicurare l'apprensione delle cose di cui è consentita la confisca.

Sebbene la collocazione sistematica abbia destato le perplessità di quanti hanno segnalato la possibilità di un eccesso di delega nella regolamentazione dell'istituto, addirittura a

¹⁰ La disposizione opera con riferimento alla confisca di cui all'art. 240 c.p., ma anche con riguardo alle ulteriori ipotesi di ablazione che sono state progressivamente introdotte sia nel codice penale, sia nella legislazione speciale. Tra queste figurano ormai anche forme di confisca aventi carattere sanzionatorio: si pensi all'art. 322 *ter* c.p. e alla confisca che, secondo la norma, segue «sempre» la condanna, e può essere disposta anche «per equivalente», a dimostrazione del fatto che l'ablazione è del tutto scevra da finalità preventive. Dunque, i mutamenti a proposito della fisionomia da attribuire all'istituto non potranno che riverberarsi anche sul sequestro preventivo previsto dal secondo comma dell'art. 321 c.p.p. Cfr. F. PRETE, *La confisca-sanzione: un difficile cammino*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 105.

¹¹ Sul sistema cautelare a carico degli enti, in generale, si rinvia a M. CERESA GASTALDO, *Il processo alle società nel d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Torino, 2002, p. 38; L. D. CERQUA, *L'applicazione delle misure cautelari interdittive nei confronti degli enti: le prime pronunce della giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 3, p. 149; G. FIDELBO, *Le misure interdittive*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, p. 503; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 187.

rischio di conflitto con l'art. 76 Cost. ⁽¹²⁾, il vero nodo da sciogliere riguarda il rapporto tra la disciplina dettata dagli articoli precedenti, a proposito delle misure interdittive, e le peculiari previsioni che riguardano le cautele reali. In altri termini, occorre comprendere se le seconde debbano considerarsi parte di un sistema autonomo rispetto alle prime, ovvero se possa operarsi un'integrazione normativa, che sarebbe legittimata dalla presenza di un sistema cautelare unitario ⁽¹³⁾.

Come si è già osservato relativamente alle misure cautelari del codice di rito, la questione è tutt'altro che astratta, anzi è destinata ad assumere un ruolo decisivo nella soluzione di alcuni quesiti di rilevante importanza pratica, quale quello dell'individuazione delle condizioni applicative del sequestro preventivo.

La prima impressione confermerebbe che, da una comune funzione di anticipazione della sanzione, potrebbe discendere un'affinità più profonda – concernente anche i presupposti –, tale da consentire di attingere dalle previsioni dettate per le misure cautelari interdittive per colmare le lacune presenti nella disciplina dei sequestri. Insomma, il tentativo sarebbe quello di legittimare una manovra interpretativa che permettesse l'estensione alla disciplina dei sequestri della portata precettiva dell'art. 45, disposizione d'apertura del sistema cautelare che per l'applicazione di una misura interdittiva richiede il riscontro di «gravi indizi» e di «fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede».

In mancanza di un rinvio esplicito, una simile operazione sembrerebbe inibita dalla scelta legislativa compiuta: infatti, mentre la regolamentazione delle misure interdittive, in punto di presupposti e finalità, pare adeguatamente dettagliata, lo stesso non può dirsi della disciplina delle misure reali, talmente esigua da prevedere solo un'eventuale eterointegrazione con le corrispettive norme codicistiche (ferma restando la consueta verifica di compatibilità).

Tuttavia, sebbene una simile asimmetria normativa renda problematico coordinare tra loro i due segmenti della disciplina cautelare, bisognerebbe cercare di individuare soluzioni alternative ad un'interpretazione strettamente letterale, che potrebbe mettere a rischio la coerenza del sistema.

Venendo poi ad analizzare il contenuto specifico dell'art. 53 del d.lgs. 231/01, non si può fare a meno di notare che, a differenza dell'art. 321 c.p.p., l'obiettivo della misura è esclusivamente quello di sottoporre a cautela «le cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19», ossia, secondo quanto stabilito da questa disposizione, «del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato», ovvero, nel caso di impossibilità della loro individuazione, di «somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente» ⁽¹⁴⁾.

Come si vede, nonostante la rubrica della norma in esame, non è richiamato il contenuto del primo comma dell'art. 321 c.p.p., teso ad impedire che si aggravino o si protragano le conseguenze delittuose, o che sia agevolata la commissione di nuovi illeciti ⁽¹⁵⁾.

Se l'unica finalità che residua per il sequestro preventivo è quella di assicurare la futura confisca, allora occorre porre l'attenzione sulla natura che a quest'ultima misura viene attribuita nella disciplina del processo *de societate*. Pure a fronte della non uniformità di vedute sulla fisionomia dell'istituto (perché, anche all'interno del d.lgs. 231 del 2001, se ne possono individuare differenti declinazioni), dubbi non possono sorgere sul carattere sanzionatorio

¹² In effetti, la regolamentazione delle misure cautelari reali non era stata espressamente prevista dal legislatore delegante: l'art. 11, legge n. 300 del 2000, si limitava a prevedere al 1° co., lett. o), che «le sanzioni [interdittive] di cui alla precedente lettera l sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti». Tuttavia, lo scostamento dalla delega, a ben vedere, è risultato più apparente che reale, tenuto conto dell'affinità normativa tra le cautele reali e quelle interdittive. Sul punto A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 181; 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.

¹³ Sul fronte dell'autonomia F. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005, p. 527. In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti S.p.A. e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738.

¹⁴ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Impregilo S.p.A., in *Cass. pen.*, 2008, p. 4562, con nota di L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*. Per l'interpretazione della norma S. GIAVAZZI, sub *Art. 19*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 173.

¹⁵ Così come congegnata, la misura, più che avvicinarsi all'omologo sequestro ordinario previsto dal codice, rivela i tratti tipici della cautela conservativa, avvicinandosi a quelle forme di sequestro finalizzate al congelamento del patrimonio in vista della futura sanzione, per prevenirne il rischio di dissipazione, e che quindi, sotto il profilo dei presupposti applicativi, richiedono un *surplus* di garanzie (la necessaria adozione in fase processuale), v. E. LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica e ente*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4276.

di quella prevista dagli articoli 19 e 53 (in relazione all'art. 9, comma 1, lett. c): concetto che peraltro è stato ribadito dalle Sezioni Unite, che hanno affermato come sia «chiara quindi la configurazione della confisca come sanzione principale, obbligatoria e autonoma rispetto alle altre»¹⁶.

Si tratta di una puntualizzazione non marginale, considerata la natura giuridica poliedrica della misura, che, anche al di là del contesto normativo in esame, può mutare in base alle leggi che la prevedono, potendo assumere, a seconda dell'occasione, la veste di sanzione o di misura di sicurezza. In proposito, vale la pena richiamare un risalente insegnamento della Corte costituzionale che, proprio riguardo alla confisca, tenuto conto dell'intricato panorama di accezioni che la figura aveva ormai assunto, suggeriva di operare ricostruzioni che superassero il profilo astratto della classificazione, per concentrare l'analisi sulla specifica ipotesi di ablazione rilevante per il caso concreto¹⁷.

Di conseguenza, almeno con riferimento al congegno normativo delineato dagli artt. 19 e 53, nessuna esitazione può residuare nel riconoscere che la confisca debba essere ritenuta una sanzione. Dunque, poiché pare doveroso che una cautela tesa ad assicurarne i risultati ne condivida i presupposti applicativi, se ne desume che, in relazione al sequestro preventivo di cui all'art. 53 d.lgs. 231/01, non potranno non essere oggetto di apprezzamento i gravi indizi di reità a carico dell'ente¹⁸. In altre parole, il giudice della cautela dovrà verificare che sussista un'elevata probabilità di condanna con conseguente applicazione della confisca: ciò presuppone un pur sommario giudizio, allo stato degli atti, della riferibilità dell'illecito all'ente, nonché della sussistenza di un'utilità da esso derivante.

Ma accertare la sussistenza di gravi indizi ai fini dell'applicazione di un sequestro preventivo finalizzato ad una confisca-sanzione rappresenta, a ben vedere, il riconoscimento di un *minimum* di garanzie, sotto il quale non pare davvero legittimo scendere, e che però non può lasciare – di per sé solo – soddisfatti. Il vero punto nodale sembra risiedere, infatti, nella necessità che al sequestro preventivo di cui all'art. 53 venga restituita una fondamentale dimensione soggettiva.

In questo senso depone anche l'affinità teleologica tra le misure di cui all'art. 53 D.lgs. 231/01 e all'art. 321, comma 2 c.p.p.. Con riferimento al secondo istituto, percorso dalle note tensioni circa l'inquadramento dogmatico della confisca – misura sanzionatoria o meno –, ciò che da più parti si è evidenziato rilevare, dal punto di vista delle condizioni applicative dell'istituto, è proprio il legame tra misura ablativa e presunto autore dell'illecito: nesso senza accertare il quale l'applicazione della misura non parrebbe legittima, non potendosi fondare sulla mera allegazione dell'ipotesi accusatoria.

Eppure, anche nel caso del sequestro preventivo a carico dell'ente, il dibattito a proposito delle condizioni che ne legittimano l'adozione permane tutt'altro che sopito. Dinanzi ad un dato normativo così conciso, si sono contrapposte due letture: l'una appiattita sul dato testuale, l'altra più ponderata.

La prima ritiene che l'astratta configurabilità dell'illecito contestato all'ente integrebbe il *fumus*, mentre il *periculum* non dovrebbe essere oggetto di indagine, perché sarebbe implicito nella intrinseca pericolosità della *res* oggetto di sequestro¹⁹. Per applicare la misura, dunque, al giudice sarebbe richiesto un esame meramente formale, volto a verificare l'esattezza della contestazione mossa, ossia che l'illecito addossato all'ente rientri nel catalogo di cui al d.lgs. 231 del 2001.

L'altra posizione, ispirata dalla struttura bifasica sequestro/confisca, suggerisce di incentrare l'analisi sulla specifica finalità attribuita alla misura cautelare, che, come si è visto, non ha lo scopo di sottrarre la disponibilità di un bene in sé pericoloso, ma vuole garantire la

¹⁶ Testualmente Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti S.p.A. e altri, *cit.*; precedentemente Cass., sez. II, 14 giugno 2006, Troso, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2886. C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare: riflessioni sull'effettività*, in *Il processo penale* de societate, a cura di P. BERNASCONI, Milano, 2006, p. 142.

¹⁷ Così Corte cost., sent. 25 maggio 1961, n. 29, in *Foro it.*, 1961, I, p. 1061, secondo cui «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità [...], ciò che spetta di considerare non è un'astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

¹⁸ Come osserva F. RUGGERI, sub *Art. 53*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI – G. GARUTI – P. VENEZIANI, Torino, 2010, p. 624 «quando si discute di anticipare una sanzione, irrogabile solo all'esito del futuro accertamento [...] non può ritenersi sufficiente la mera prospettazione in astratto della notizia di reato».

¹⁹ In dottrina R. BRICCHETTI, *Anticipo sulla "pena" con il sequestro preventivo*, in *Guida dir.*, 2001, n. 26, p. 97.

possibilità di apprendere il prezzo o il profitto del reato, per non vanificare la futura punizione dell'ente.

Se questo è vero, l'ineludibile conseguenza sarà il riconoscimento, anche per il sequestro preventivo, delle stesse condizioni che legittimano la confisca: occorrerà operare una prognosi sulla probabilità di una sentenza di condanna, valutando – seppure a livello indiziario – la sussistenza di gravi indizi di reità a carico dell'ente⁽²⁰⁾.

Anche perché, a negare l'opportunità di un innalzamento dello *standard* probatorio per l'applicazione dello strumento cautelare reale, si rischia – tenuto conto della specifica funzione anticipatoria che il mezzo è chiamato ad assolvere in concreto – di alimentare il dubbio di un contrasto con l'art. 27, comma 2, Cost..

Per converso, la giurisprudenza ha assunto una posizione molto rigida nell'escludere l'applicabilità alle misure cautelari reali dei presupposti richiesti per le interdittive: la semplice prospettazione dell'illecito sarebbe sufficiente a legittimare l'adozione della misura, così negando la necessità stessa di esaminare il *fumus*⁽²¹⁾.

Le pronunce riconducibili a questo filone danno una lettura alquanto stringente dell'art. 53 d.lgs. 231/01, il quale, non riproducendo di fatto il contenuto dell'art. 45, non obbligherebbe – come avviene invece per l'adozione delle misure interdittive – il giudice all'accertamento della sussistenza di gravi indizi di reità in capo all'ente collettivo. Ulteriore conferma di un simile assunto si avrebbe nella netta divaricazione, già conosciuta nel codice di procedura penale, tra la disciplina delle misure cautelari personali e di quelle reali: anche in quel caso, infatti, per le ragioni su cui si è avuto modo di soffermarsi sopra, l'art. 273 c.p.p. non sarebbe estensibile alla disciplina dei sequestri.

In definitiva, secondo l'orientamento in parola, per procedere al sequestro preventivo, basterebbe il solo accertamento della confiscabilità del bene, una volta riscontrata in astratto la contestazione formulata dall'accusa nei confronti dell'ente.

La soluzione, tuttavia, sembra poco persuasiva: impossibile condividere conclusioni che non tengano conto della natura sanzionatoria della confisca e, in vista di una sua esecuzione anticipata, della necessità di ancorare la misura all'accertamento della riferibilità soggettiva della tenuta dell'accusa.

3.

Gli spunti contenuti nella sentenza *Codelfa*.

A proposito della connessione tra il sequestro preventivo e la confisca, si segnala l'importante pronuncia con cui la Corte di cassazione si è affrancata dall'orientamento giurisprudenziale sopra segnalato, ed ha rilevato che, in ragione della specifica funzione che in questa sede la misura cautelare è destinata ad assumere, è necessaria la valutazione del *fumus commissi delicti*, intesa come accertamento della sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'ente⁽²²⁾.

La vicenda da cui trae origine la sentenza in commento riguardava alcuni fatti di corruzione commessi dai vertici aziendali nell'interesse della società ricorrente. In base all'ipotesi accusatoria, il pubblico ministero aveva richiesto l'imposizione di un sequestro preventivo per equivalente, finalizzato alla confisca del profitto del reato, di una somma di denaro nella disponibilità della società indagata. La misura, dopo un primo diniego da parte del G.i.p., veniva applicata dal Tribunale del riesame in accoglimento dell'appello della pubblica accusa. La società proponeva allora un ricorso per cassazione che, con la pronuncia in questione, veniva

²⁰ Di questo avviso E. LORENZETTO, sub *Art. 53*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. PRESUTTI – A. BERNASCONI – C. FIORIO, Padova, 2008, p. 456, secondo cui poiché per l'adozione di un provvedimento cautelare occorre una prognosi di probabilità sul verificarsi della situazione che si vuole cautelare, per applicare un sequestro preventivo finalizzato alla confisca, tale prognosi dovrà concernere la possibilità che si giunga ad una sentenza di condanna; F. PERONI, *Il sistema delle cautele, in Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 243; L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Le cautele reali*, in *Il processo penale* de societate, cit., p. 195.

²¹ Si rimanda in particolare a Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, p.m. in c. Miritello, in *Giur. it.*, 2006, p. 2139; ma anche Cass., sez. II, 21 dicembre 2006, Soc. Gesa, in *Foro it.*, 2007, II, p. 193.

²² Cass., sez. VI, 31 maggio 2012 (dep. 10 settembre 2012), *Codelfa S.p.A.*, in questa *Rivista*, 19 settembre 2012, con nota a prima lettura di G. CANESCHI, *Sulla necessaria valutazione dei gravi indizi di responsabilità a carico dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo di cui all'art. 53 del d.lgs. 231/01*; E. GUIDI, *Fumus commissi delicti «allargato» per il sequestro preventivo destinato all'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, n. 3, p. 249. In senso critico, R. BRICCHETTI, *Ma davvero servono i gravi indizi di responsabilità dell'ente per disporre il sequestro preventivo?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 4, p. 209.

accolto.

La ricorrente deduceva in particolare l'erronea lettura del combinato disposto degli artt. 19 e 53 d.lgs. 231 del 2001, sotto il profilo della mancata valutazione del *fumus commissi delicti*. Tale censura non solo ha trovato accoglimento, ma ha offerto al Supremo Collegio anche l'occasione per esprimersi sulle condizioni legittimanti il sequestro preventivo.

Dopo aver richiamato il consolidato orientamento che, in tema di sequestro *ex art.* 321 c.p.p., con riferimento al *fumus*, giudica soddisfacente l'astratta possibilità di sussumere il fatto contestato in una determinata ipotesi di reato, la Corte compie un apprezzabile passo avanti, facendo leva sulla precipua funzione che la misura riveste nell'ambito del processo agli enti. In tale sede, infatti, attese le peculiarità della misura cautelare dell'art. 53 d.lgs. 231/01, il dibattito sul sequestro preventivo a carico delle persone fisiche non potrebbe essere riproposto integralmente. Nondimeno, la Corte lo prende in esame, in un modo che suscita alcuni spunti di riflessione, propiziati anche dall'elevato numero di richiami alla disciplina codicistica.

Seguendo il ragionamento della sentenza, proprio il meccanismo di applicazione del sequestro preventivo in vista della successiva confisca (sanzione che è necessariamente subordinata all'accertamento della responsabilità) impone una valutazione del *fumus* indiziario adeguata rispetto alla finalità che si intende raggiungere. La natura della confisca, quale sanzione principale, autonoma ed obbligatoria definisce i presupposti del sequestro preventivo, poiché, quando quest'ultima misura è diretta esclusivamente ad assicurare gli effetti del provvedimento definitivo, la decisione del giudice cautelare non potrà omettere una valutazione degli elementi allegati dall'accusa a proposito del coinvolgimento dell'ente collettivo.

Inoltre, osserva la Corte, anche l'automatismo con cui si sta progressivamente risolvendo la verifica giudiziale sul *periculum* (secondo cui la confiscabilità del bene assorbirebbe ogni prognosi di pericolosità) potrebbe suggerire l'opportunità di soffermarsi, quantomeno, sull'accertamento del presupposto della gravità indiziaria⁽²³⁾.

Perfino l'assenza di un esplicito richiamo ai «gravi indizi» di responsabilità dell'ente, riportati nel testo dell'art. 45 d.lgs. 231/01 e non in quello dell'art. 53, potrebbe dirsi superata dalla considerazione che, in tale contesto normativo, le misure cautelari presentano un'omogeneità, quanto ai beni che sono volte a tutelare, che non si riscontra nella disciplina codicistica (in cui la bipartizione tra le misure cautelari personali e reali è invece netta). La diversità delle formule impiegate dal legislatore del 2001 sarebbe dunque solo «apparente», e frutto di una tecnica normativa impropriamente tesa a replicare, almeno quanto a struttura, la suddivisione codicistica.

Oltretutto, la funzione anticipatoria delle sanzioni finali è condivisa da tutte le misure cautelari, interdittive e reali: il che indurrebbe ulteriormente a confermare che i presupposti applicativi siano i medesimi.

Queste riflessioni hanno portato la Corte a concludere che, per l'adozione del sequestro preventivo *ex art.* 53 d.lgs. 231/2001, sarebbe necessario riscontrare «un *fumus delicti* allargato», ossia compiere una prognosi di responsabilità sulla base degli elementi indiziari a carico dell'ente⁽²⁴⁾. Del resto, dato che il sequestro preventivo è finalizzato all'adozione di una misura – la confisca – che consegue alla condanna, sarebbe indispensabile fondare il medesimo sulla stima di un'elevata probabilità, appunto, di condanna.

Pertanto, quando il sequestro preventivo ha un destino segnato dalla funzione che la legge gli attribuisce, non è possibile elidere dall'analisi il profilo della colpevolezza. In altre parole, bisognerebbe ricorrere allo strumento cautelare in modo meno disinvolto: ciò si impone anche in considerazione dell'effetto afflittivo che la misura in concreto può assumere per l'ente⁽²⁵⁾.

L'interpretazione proposta soddisfa quindi l'esigenza di garantire il rispetto del principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), che vieta ogni equiparazione dell'imputato al condannato e, di conseguenza, postula quantomeno che, nel

²³ La presenza implicita del *periculum* nei beni confiscabili è ormai ricorrente in giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, p.m. in c. Miritello, *cit.*; Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italmobiliari S.p.A. e altri, *cit.*

²⁴ Un simile compendio probatorio coincide «con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non valgano di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità dell'illecito all'ente con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia globalmente apprezzati nella loro consistenza e nella loro concatenazione logica, consentono di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza», così testualmente Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, Codelfa S.p.A., *cit.*, p. 9.

²⁵ L'importanza della decisione è sottolineata da L. RAPETTI – A. TORRI, *La prova del fumus delicti nel sequestro preventivo ex artt. 19 e 53 d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista*, 29 ottobre 2013.

caso limite in cui nella fase cautelare vengano anticipati gli effetti di una pena, tale situazione venga compensata da un irrigidimento dei presupposti applicativi.

Cionondimeno, è doveroso prendere atto che la ricostruzione operata dalla sentenza in commento non ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza di legittimità: alcune recenti pronunce hanno infatti ribadito l'orientamento precedente, secondo il quale, se il fatto contestato è suscumbibile entro un'ipotesi di reato, e una volta determinata la confiscabilità del bene, non sarebbe necessario dare prova della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza per adottare la misura ⁽²⁶⁾.

Nonostante la presa di posizione ormai netta della Corte di cassazione, non sembra eccessivamente avventata l'idea di seguire itinerari interpretativi simili a quelli tracciati dalla sentenza *Codelfa* anche per il sequestro preventivo di matrice codicistica.

È vero che, in quell'ambito, la natura sanzionatoria della confisca (che è stata il punto di partenza della pronuncia in commento) è tuttora in discussione: per superare tale *impasse* occorrerebbe vincere le resistenze di quanti ritengono il rinvio all'art. 240 c.p., ossia ad una misura di sicurezza patrimoniale, ostativo ad interpretazioni come quella suggerita dalla sentenza.

Del resto, non si può non notare che i due modelli di sequestro (quello a carico della persona fisica e quello *contra societatem*), oltre a condividere la funzione di anticipazione rispetto all'ablazione definitiva (sanzione o misura di sicurezza che sia), hanno in comune quella connotazione soggettiva, cui si è fatto cenno in apertura, che impone al giudice di verificare la commissione di un reato e che da esso sia derivato un profitto, ma anche che il soggetto (persona fisica o giuridica) cui viene sottratta la presunta utilità sia coinvolto nell'ipotesi criminosa.

Può darsi che le pregevoli conclusioni della Corte siano state propiziate dal fatto di trovarsi all'interno di un "microcosmo" – quello del d.lgs. 231/01 – in cui la selva normativa, ancorché oscura, è meno intricata e rende la soluzione più agevole, e quindi consente una maggiore disinvoltura nell'individuare interpretazioni innovative, che non rischiano di infrangersi contro dogmi granitici.

Tuttavia, non può essere ignorata l'esigenza di addivenire a soluzioni più garantiste anche con riguardo al sequestro preventivo dell'art. 321 c.p.p.. Per compiere questo ambizioso passaggio, il riconoscimento esplicito del carattere sanzionatorio della confisca (o addirittura la sua inclusione nel catalogo delle pene principali) potrebbe essere risolutivo.

²⁶ Nelle more della pubblicazione del presente contributo, la ricostruzione operata dalla sentenza in commento è stata capovolta da una nuova pronuncia della Corte di cassazione: Cass., sez. II, 4 ottobre 2014, Ass. Integrazioni Immigrati e altri, *inedita*. Nella sentenza si legge infatti che, sebbene la confisca sia una sanzione, «il legislatore, nel disciplinare le misure cautelari [a carico degli enti] ha richiesto la verifica di gravi indizi di responsabilità solo per le misure interdittive cautelari e non per il sequestro preventivo finalizzato alla confisca». In senso conforme, ancora più di recente, anche Cass., sez. IV, 12 dicembre 2014, n. 51806, in *C.E.D. Cass.*, n. 261571.