

LA PROVA DEL *FUMUS DELICTI* NEL SEQUESTRO PREVENTIVO EX ARTT. 19 E 53 D.L.VO 231/2001

Nota a Cass. Sez. III, 14 novembre 2012, n. 11029 (dep. 8.3.2013)

di Luca Rapetti (§§ 1, 2) e Alessandro Torri (§§ 1, 3)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'importanza della nozione di "profitto del reato". – 2.1. Evoluzione del concetto di "profitto del reato". – 2.2. L'approdo della Cassazione sul "profitto del reato" (FISIA Impianti). – 2.3. Recenti pronunce in tema di "profitto del reato". – 3. L'accertamento in fase cautelare. – 3.1. La natura del sequestro preventivo penale. – 3.2. Lo standard probatorio del *fumus delicti*. – 3.3 L'assenza del requisito del *periculum in mora* e la prova del profitto illecito in sede cautelare.

1. Introduzione

La vicenda da cui trae origine la sentenza in commento riguarda una corruzione in atti giudiziari *ex art. 319-ter c.p.*, contestata al legale rappresentante di una società, in concorso con il commercialista di questa e a un giudice della Commissione tributaria regionale di Bari, questione approdata alla Suprema Corte unicamente sotto il profilo cautelare.

L'accordo delittuoso, così come ipotizzato dalla Procura barese, era volto a ottenere la conferma in secondo grado della decisione – favorevole per l'impresa chiamata a rispondere *ex art. 25 d.l.vo 231/2001* – già pronunciata in primo grado e impugnata dalla locale amministrazione tributaria.

In base a tale ipotesi accusatoria il P.M. chiedeva e otteneva dal GIP il sequestro preventivo per equivalente, finalizzato alla confisca *ex artt. 321 comma 2 c.p.p., 19 e 53 d.l.vo 231/2001*, di beni sociali mobili e immobili fino al concorrere della somma oggetto di contestazione da parte dell'Agenzia delle Entrate, che veniva identificata come "profitto del reato".

La società impugnava l'ordinanza del GIP con appello *ex art. 322-bis c.p.p.*, ma gli argomenti difensivi venivano respinti dal Tribunale barese nel giudizio di riesame la cui ordinanza assumeva che – nel caso di specie – il "profitto del reato" coincidesse con l'ammontare dell'imposta evasa, e confermava la misura cautelare. La società proponeva ricorso per Cassazione, che veniva accolto con la sentenza in commento.

Fra le numerose censure di legittimità eccepite dal ricorrente, ha assunto rilievo decisivo quella attinente la nozione di "*profitto del reato*" posto a fondamento della richiesta di sequestro, la quale era stata intesa dai giudici del merito come "risparmio di spesa fiscale", connesso – quindi – non direttamente al delitto di cui alla contestazione, bensì alla pregressa situazione di fatto – non oggetto di accertamento penale – che aveva determinato i concorrenti all'accordo criminoso.

La Suprema Corte ha omesso la trattazione degli altri motivi di ricorso ritenuti assorbiti da quello in esame, e ha annullato senza rinvio l'ordinanza cautelare, affrontando due aspetti della vicenda processuale, e precisamente: (i) la nozione di profitto dell'illecito e la sua identificazione nel caso di specie e (ii) lo *standard* probatorio necessario all'assunzione del provvedimento ablativo in sede cautelare.

2. L'importanza della nozione di "profitto del reato"

La nozione di profitto del reato ha assunto negli ultimi anni una particolare importanza a causa delle innovazioni introdotte tanto nel codice penale quanto in numerose leggi speciali¹. Infatti a partire dal 1996 sono state introdotte nell'ordinamento italiano ipotesi di confisca obbligatoria anziché facoltativa che hanno sollevato il giudice dal difficile compito di decidere quando utilizzare detti strumenti². Una di queste ipotesi di confisca è prevista come sanzione dall'art. 19 comma 1 del d.l.vo 231/2001³.

La nozione di "profitto del reato", dunque, costituisce oggi il perno su cui ruotano importanti strumenti punitivi, la cui operatività è condizionata dall'ampiezza che si ritiene dover attribuire alla nozione stessa, sulla quale negli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità è quindi intervenuta spesso per precisarne i confini⁴. L'attenzione della giurisprudenza è stata soprattutto volta a qualificare il collegamento

¹ Non si fa dunque riferimento unicamente alla confisca prevista dall'art. 19 comma 1 del d.l.vo 231/2001, ma anche, tra le altre, all'art. 187 d.l.vo 58/1998 (c.d. TUF); all'art. 2641 c.c.; all'art. 11 L. 146/2006 e all'art. 1 comma 143 L. 244/2007.

² V.: D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007 e M. PELISSERO, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, 991 ss.

³ L'art. 19 comma 1 del d.l.vo 231/2001 prevede che: "Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato". L'art. 9 dello stesso decreto colloca poi tale "confisca" tra le "sanzioni amministrative" previste a carico della società "per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato". Il d.l.vo 231/2001 prevede infine la possibilità, prima della "sentenza di condanna", del "sequestro preventivo" di cui all'art. 53 dello stesso d.l.vo 231/2001 ("Il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19").

Sulla "confisca" ex art. 19 del Decreto 231 e sul "sequestro preventivo" dei beni confiscabili si v., tra gli altri, T.E. EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 76-77; AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano, 2010, 243-244; F. PRETE, *La confisca-sanzione: un difficile cammino*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 105 ss. Più in generale su come sia mutata la natura giuridica della confisca nel diritto penale italiano v.: L. ARATO, *Confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza: natura giuridica e successione di leggi nel tempo*, in *Dir. pen. e proc.*, 591-600.

⁴ Come rileva R. LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2009, 361; in tal senso anche L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2004, 70. Per un'approfondita analisi della nozione di profitto elaborata dagli economisti v. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e E. PALIERO, III, Milano, 2006, 2104; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 27; S. GIAVAZZI, *Sub. art. 19*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, a cura di A. GIARDA-E. M. MANCUSO-G. SPANGHER-G. VARRASO, Milano, 2007, 182 ss.

esistente tra reato e vantaggio economico necessario per poter qualificare quest'ultimo come profitto del primo, come si vedrà *sub* § II.2⁵.

2.1. Evoluzione del concetto di "profitto del reato"

La definizione di "profitto del reato" risulta non poco sfuggente, sia che si consideri l'utilizzo del termine effettuato dalla legge penale che quello svolto nell'ambito del d.l.vo 231/2001. In proposito è doveroso ricordare che in nessun testo normativo il legislatore ha fornito la nozione generale di "profitto" (né tantomeno ha mai proceduto a specificazioni del tipo "profitto lordo" o "profitto netto"), apparentemente utilizzando il termine come semplice elemento descrittivo nelle fattispecie in cui è inserito, e rinviando altrettanto apparentemente al significato lessicale dello stesso termine, il che pone un primo problema, atteso che il medesimo presenta indubbiamente uno spazio semantico "aperto"⁶.

Nel linguaggio penalistico il termine ha tradizionalmente assunto un significato ampio ed è stato utilizzato in ambiti normativi assai diversi. In proposito si segnala il "profitto del reato" (*rectius*: le cose che costituiscono il profitto del reato) menzionato nel primo comma dell'art. 240 c.p. come uno degli oggetti della confisca/misura di sicurezza. In tal senso sul piano dell'esegesi il "profitto del reato" è stato tendenzialmente identificato nel generico vantaggio economico ricavato dall'illecito, in contrapposizione al "prodotto" e al "prezzo" del reato, il primo inteso come il risultato empirico dello stesso illecito e il secondo come il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare qualcuno a commettere il reato⁷. Va ancora segnalato in proposito l'occasionale utilizzo in giurisprudenza della forma di sintesi "proventi" per

⁵ In particolare il riferimento è per. Cass. 6.3.2008, n. 10280, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1295 ss.. Sul tema anche Cass. S.U., 25.6.2009, n. 38691, in *Foro it.*, 2009, p. 629; su quest'ultima v. A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente ex art. 322 ter - tra obblighi di interpretazione conforme e esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 791; V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 101.

⁶ In questo senso v. L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*, *Cass. pen.* 2008, 4562; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit, 2103; sulla nozione di "profitto del reato" v. anche G. ARMONE, *In tema di nozione di profitto del reato*, in *Il Foro italiano*, 2009, 475-476; E. NICOSIA, *Recenti problemi interpretativi in tema di beni confiscabili*, in *Il Foro italiano*, 2009, 225-229; M. R. SANTANGELO, *La nozione di "profitto del reato" nella confisca di beni derivanti da concussione*, in *Studium iuris*, 2009, 70-73; T. E. EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1267-1281; A. ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1281-1289; R. LOTTINI, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1300-1307; F. CAMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1643-1646; G. AZZALI, *Offesa e profitto nella teoria del reato, Prospettive di parte generale (pt. II)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 821-848.

⁷ V. Cass. S.U., 3.7.1996, *Chabni*, in *C.E.D. Cass.*, n. 205707.

individuare il complesso di ciò che sia stato ricavato dal reato, intendendosi in tal senso tanto il profitto che il prezzo dell'illecito⁸.

Proprio la varietà delle accezioni del "profitto penale", legata alla differente valenza giuridica che questo assumeva nel singolo caso esaminato, deve ritenersi responsabile di una certa incostanza terminologica e interpretativa nei tentativi giurisprudenziali di precisare il concetto mediante l'uso di coppie oppostive di termini (quali, ad esempio, "profitto-lucro", "profitto-risparmio", "profitto-utile" o "profitto-vantaggio") che sono state talvolta utilizzate per sostenere conclusioni interpretative diverse⁹.

Ad esempio, in una sentenza delle Sezioni Unite¹⁰, si usa il termine "lucro" come equivalente del termine "profitto" intendendo quest'ultimo come qualsiasi "vantaggio economico" effetto della commissione del reato, di talché il termine "vantaggio" si caratterizzerebbe come termine di genere per riferirsi a vantaggi di carattere sia patrimoniale sia non patrimoniale, mentre i termini "profitto" o "lucro" si caratterizzerebbero come termini di specie per riferirsi esclusivamente a vantaggi patrimoniali. In altre occasioni però la stessa Cassazione, nel dare conto della modifica normativa dell'art. 171-*bis* sulla legge sul diritto di autore¹¹ che prevedeva lo scopo di "profitto" al posto del previgente scopo di "lucro", riconosce che il primo termine sarebbe più ampio mentre lo scopo di lucro si caratterizzerebbe per richiedere esclusivamente un beneficio patrimoniale¹². Su questo medesimo tema, peraltro, la giurisprudenza di merito, pur confermando la maggiore ampiezza del termine "profitto" rispetto a quello di "lucro", ha ritenuto che il profitto rappresenti sempre un "vantaggio" patrimoniale che può dar luogo sia a un "lucro", cioè a un incremento

⁸ V. L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*, cit., 4562. In proposito è doveroso segnalare che il termine "proventi", è ampiamente utilizzato nelle fonti di diritto europeo: prima nella Convenzione di Strasburgo dell'8.11.1990, il cui art. 1 lett. a) definisce "provento" "ogni vantaggio economico derivato da reati"; successivamente il termine si rinviene con la medesima accezione nell'Azione Comune del 3.12.1998 (98/966/GAI), poi sostituita dalla Decisione Quadro del 26.6.2001 (2001/500/GAI); nonché nella Decisione Quadro del 24.2.2005 (2005/212/GAI) relativa "alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato", che all'art. 1 riproduce la definizione di provento già offerta dalla Convenzione di Strasburgo dell'8.11.1990 e che ritorna anche all'art. 2 lett. e) della Decisione Quadro del 6.1.2006 (2006/783/GAI). La proposta di Direttiva Bruxelles, 12.3.2012, COM (2012) 85 final, 2012/0036 (COD), invece, prevede una nozione più estesa, per cui: "provento di reato" deve intendersi: "ogni vantaggio economico derivato da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti da parte dell'indagato o imputato, e qualsiasi utile valutabile". Per un'approfondita analisi v.: A.M. MAUGERI, [Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni](#), in questa Rivista, 18 giugno 2012, e in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2012, 180 e ss. Quanto all'utilizzo nella legislazione nazionale si evidenzia l'art. 11¹ lett. g) della L. 300/2000, legge che ha offerto al governo la delega per emanare il d.l.vo 231/2001.

⁹ In tal senso v. T.E. EPIDENDIO, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, cit., 1267-1281.

¹⁰ Cass. S.U. 3.7.1996, *Chabni*, in C.E.D. Cass., n. 205707, altresì in *Cass. pen.* 1997, 972 con nota di D. CARCANO, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 458 con nota di F. PERONI e in *Riv. personale ente locale* 1997, 163.

¹¹ Fattispecie che sanziona l'abusiva duplicazione di opere protette.

¹² In tal senso si segnala Cass., 28.7.2001, n. 2408, in *DeJure*.

positivo del patrimonio dell'agente (in tal modo accresciuto con nuovi beni), sia una mancata diminuzione patrimoniale conseguita attraverso un "risparmio"¹³.

In questo senso sembrano esprimersi anche le Sezioni Unite della Cassazione in data 24.5.2004, n. 29951, *Focarelli*, puntualizzando che il profitto del reato va inteso come «vantaggio di natura economica» ovvero «beneficio aggiunto di tipo patrimoniale» di «diretta derivazione causale dall'attività del reo», senza però ben chiarire il rapporto con il concetto di lucro e senza precisare se, nel generico vantaggio di natura economica, sia compreso anche il mero risparmio. In una più recente pronuncia le Sezioni Unite in data 25.10.2005 n. 41936, *Muci*, pur richiamando (fra le altre) anche la citata precedente decisione del 2004, hanno definito il profitto come "utile" ottenuto in seguito alla commissione del reato, utilizzando un termine ("utile") già usato in precedenza dalla giurisprudenza per riferirsi anche a benefici non patrimoniali ovvero per sottolineare il solo incremento positivo del patrimonio (con esclusione quindi del "risparmio" o della mancata diminuzione patrimoniale).

Un ulteriore sentenza sul punto¹⁴ ha infine definito il profitto come «immediata conseguenza economica dell'azione criminosa che può corrispondere all'utile netto ricavato»¹⁵.

2.2. L'approdo della Cassazione sul "profitto del reato" (FISIA Impianti)

A cercare di dirimere la questione relativa alla definizione di "profitto del reato" sono intervenute le Sezioni Unite con la sentenza del 27.3.2008 n. 26654, *Fisia Impianti*¹⁶.

Tale sentenza ha affermato il seguente principio di diritto: «Il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto – ai sensi degli artt. 19 e 53 d.lvo. 231/2001 – nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente».

Con tale decisione la Suprema Corte ha dato seguito al filone giurisprudenziale sulla confisca "tradizionale" di cui all'art. 240 c.p.¹⁷, confermando – anche in questo

¹³ In tal senso v. Pretura di Cagliari, 26.11.1996, in *DeJure*.

¹⁴ Cass. 23.6.2006 n. 32627 in *Dir. e giust.* 2006, 41-54 con nota di F. SPAGNOLO.

¹⁵ In proposito v. F. CAMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente* cit., p. 1644 (commento a Tribunale di Napoli, 6.10.2007, ordinanza relativa alla vicenda Fisia poi oggetto della pronuncia a sezione unite dalla Cassazione, v. § II.2).

¹⁶ La sentenza è relativa al procedimento penale *ex* Decreto 231 per *truffa ai danni dello Stato* contro l'ATI Impregilo-Fibe-Fisia Italimpianti in relazione all'aggiudicazione del servizio smaltimento rifiuti in Campania. Si tratta dello stesso procedimento di cui alla nota precedente.

¹⁷ Sulla nozione di "profitto", "prodotto" e "prezzo" del reato suscettibili di confisca si v. in primo luogo la già citata Cass. S.U., 3.7.1996, n. 9149, *Chabni*, cit., per cui: «deve ritenersi pacifica in dottrina e giurisprudenza la definizione dei concetti di prodotto, profitto e prezzo del reato contenuti nell'art. 240 c.p.. Il prodotto rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività

contesto – che il profitto confiscabile/sequestrabile è costituito da qualsiasi “vantaggio economico” ottenuto con il reato, e precisando che «a tale espressione non va attribuito il significato di utile netto o di reddito, ma quello di beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, a superamento quindi dell’ambiguità che il termine vantaggio può ingenerare». Con tale pronuncia la Suprema Corte ha quindi ribadito la necessità che vi sia sempre una “diretta correlazione” tra la condotta criminosa e il “vantaggio economico”, escludendo la confiscabilità/sequestrabilità di quei vantaggi, anche di natura patrimoniale, che non costituiscono una «conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato»¹⁸.

Le Sezioni Unite hanno quindi sancito che il profitto confiscabile/sequestrabile deve essere determinato «al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente”, perché “la genesi illecita di un rapporto giuridico, che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l’intera fase evolutiva del rapporto, dalla quale, invece, possono emergere spazi assolutamente leciti ed estranei all’attività criminosa nella quale sono rimasti coinvolti determinati soggetti e, per essi, l’ente collettivo di riferimento»¹⁹.

illecita; il profitto, a sua volta, è costituito dal lucro, e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il prezzo, infine, rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce, quindi, un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l’interessato a commettere il reato». Cass. S.U., 24.5.2004, n. 29951 in *Cass. pen.* 2004, p. 3087 (v. § II.1), ha precisato che «Nella formulazione dell’art. 240, 1 comma, cod. pen. per “profitto del reato” si deve intendere il vantaggio di natura economica che deriva dall’illecito, quale beneficio aggiunto di tipo patrimoniale ... Deve essere tenuta ferma, però, in ogni caso – per evitare un’estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa scaturire da un reato – l’esigenza di una diretta derivazione causale dall’attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita». Nello stesso senso anche le già citate Cass. S.U., 25.10.2005 n. 41936 in *Cass. pen.* 2006, p. 1382 e Cass., 14.6.2006, n. 31988 in *Giur. it.* 2007, p. 2290.

¹⁸ Un elemento di novità rispetto alla precedente giurisprudenza relativa alla “confisca tradizionale”, è stato individuato da tale pronuncia nella necessità di distinguere – al fine di poter valutare il nesso di “diretta derivazione causale dal reato” – tra la condotta dell’agente effettuata in un contesto di “attività totalmente illecita” e la condotta in un’attività lecita “nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato” (in tal senso la già citata Cass. n. 29951 del 24.5.2004). Le Sezioni Unite hanno ritenuto che nella prima ipotesi l’intero “vantaggio economico” costituisce immediata e diretta conseguenza del reato e, di conseguenza, possa essere interamente assoggettato a confisca, mentre nella seconda ipotesi il profitto tratto dall’agente dall’attività lecita non sia confiscabile/sequestrabile. Sul punto v. F. BONELLI, *D.lgs 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto confiscabile/sequestrabile” cit.*, 254-263.

¹⁹ Critico sulla soluzione seguita dalle Sezioni Unite M. RIVERDITI, *La nozione di profitto nella confisca*, in *Giur. it.* 2009, 1843 per cui «la prima impressione che si ricava dalla lettura, sinottica, del principio di diritto e dell’argomentazione posta a suo fondamento, è che si tratti di una soluzione destinata a sollevare non poche difficoltà – sia pragmatiche che interpretative – allorché la si voglia tradurre sul terreno operativo. Anzitutto tali difficoltà attengono alla stessa necessità di elaborare quella che la dottrina ha già prospettato come una vera e propria teoria dei “costi deducibili” alla cui stregua distinguere, in concreto, le voci di spesa effettivamente imputabili all’attività lecita e, come tali, non sottoponibili a confisca da quelle intrinsecamente o funzionalmente illecite. Oltre a ciò peraltro, si rende indispensabile una scansione delle varie fasi attraverso cui si articola l’esecuzione del contratto (geneticamente illecito, ma lecito nella sua

Le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla definizione di “profitto del reato” da ultimo con la sentenza del 25.6.2009 n. 38691, Caruso, con la quale hanno confermato la nozione di “profitto del reato” già assunta nel caso Fisia per cui il «profitto del reato deve essere identificato col vantaggio economico ricavato in via immediata dal reato» stesso e a tale vantaggio «non va attribuito il significato di utile netto o di reddito, bensì di beneficio aggiunto di tipo patrimoniale», sottolineando inoltre che «occorre una correlazione diretta del profitto con il reato ed una stretta affinità con l’oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall’illecito». In tale sentenza è poi stato evidenziato che «il profitto deve essere identificato con il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato e si contrappone al “prodotto” e “prezzo” del reato», specificando che “il prodotto è il risultato empirico dell’illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato; il prezzo va invece individuato nel compenso dato o promesso a una determinata persona come corrispettivo dell’esecuzione dell’illecito»²⁰.

2.3 Recenti pronunce in tema di “profitto del reato”

La giurisprudenza e la dottrina successive si sono allineate a quest’ultima decisione delle Sezioni Unite²¹, ma vi sono comunque state alcune pronunce che hanno diversamente interpretato il concetto di “profitto del reato”²².

attuazione) da cui muove il rimprovero rivolto all’ente, onde verificare quali di esse siano direttamente riconducibili al reato e quali, invece, costituiscano la legittima realizzazione della prestazione dedotta nel rapporto sinallagmatico e di cui si è avvantaggiato il relativo destinatario». In proposito v. anche R. LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001, cit.*, p. 366, per cui la soluzione fornita dalle Sezioni Unite sarebbe “inappagante e ambigua”. V. altresì E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo “contra societatem” per un valore equivalente al profitto del reato, cit.* 1788 ss. V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite, cit.*, 1758 ss..

²⁰ In *Foro it.*, 2009, p. 1629; A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente ex art. 322 ter – tra obblighi di interpretazione conforme e esigenze di razionalizzazione, cit.*, p. 791; V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem, cit.*, 101.

²¹ Tra le molte sentenze si veda:

Cass. 14.11.2012 n. 11029 in *DeJure* per cui «il profitto del reato deve essere identificato con il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato», sentenza che richiama espressamente le pronunce delle Sezioni Unite *Fisia* e *Caruso*, specificando che il “profitto del reato” «presuppone l’accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell’agente» (v. *infra* § I.2);

Trib. Milano, 3.11.2010 in *DeJure* per cui «il profitto del reato oggetto di confisca è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto», salvo poi giungere ad una quantificazione nel caso di specie, che non pare condivisibile (v. BONELLI, *D.lgs 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto confiscabile/sequestrabile”, cit.*, 254-263);

Cass. 17.6.2010 n. 35748 in *DeJure* e in *Rivista231.it* per cui «nell’operazione di verifica del profitto sequestrabile in funzione della futura confisca ... è quindi imprescindibile il riferimento a quanto stabilito dalla sentenza n. 26654 del 27.3.2008, secondo cui il profitto del reato oggetto della confisca di cui all’art. 19 cit. si identifica con il “complesso dei vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente

È da rilevarsi come in astratto le sopra evidenziate pronunce della Suprema Corte abbiano fatto chiarezza sull'interpretazione del concetto in questione. Tale chiarezza, però, viene meno nel momento in cui di questo stesso concetto si debba fare

pertinenti", escludendo l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico e superando la dicotomia tra profitto netto e profitto lordo. La sentenza recupera la giurisprudenza precedente ribadendo che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua "diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente" e precisa come il parametro della pertinenzialità al reato del profitto costituisca l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo, occorrendo che vi sia sempre una diretta correlazione tra reato e profitto, con esclusione di quei vantaggi, anche di natura patrimoniale, privi di un nesso causale con l'illecito, dovendo il profitto essere comunque una "conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato»;

Cass. 18.2.2010 n. 27746 in *DeJure* e in *Rivista231.it* secondo cui «la nozione di profitto confiscabile del reato s'identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dall'illecito presupposto»;

Cass. 14.10.2009 n. 46215 in *DeJure*, secondo cui si deve «differenziare il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito (profitto non confiscabile)»;

Cass. 16.4.2009 n. 20506 in *DeJure* secondo cui il "profitto sequestrabile" è solo quello che deriva direttamente dal reato e non il corrispettivo o il ricavo di attività lecita anche se inquinata da reato;

Cass. 13.1.2009 n. 7718 in *DeJure* secondo cui «per "profitto" deve intendersi il vantaggio economico direttamente ed effettivamente conseguito con l'illecito", con la conseguenza che "l'imputazione a profitto di semplici crediti, anche se liquidi ed esigibili, non può essere condivisa poiché, in effetti, trattasi di utilità non ancora percepite, ma solo attese»;

Trib. Palermo, Sez. Riesame, 14.10.2008 in *DeJure*, secondo la quale nelle ipotesi di «attività economica...che opera lecitamente e soltanto in via episodica deborda nella commissione di un delitto», "l'individuazione del profitto deve essere adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione e presuppone la distinzione di quelle parti di profitto lecito, rispetto a quelle che hanno una genesi illecita»;

Cass. 27.9.2007 n. 37556 in *DeJure* secondo cui oggetto di sequestro preventivo è il "profitto inteso in senso stretto" come "utile netto ricavato" (conferma Trib. Milano che aveva ridotto sequestro a "ricavi depurati dai costi").

In dottrina, tra i diversi contributi, si vedano F. BONELLI, *D.lgs 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto confiscabile/sequestrabile"*, cit., p254-263; L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, cit., 4562; L. MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l'intervento delle Sezioni Unite Penali*, in *Cass. pen.*, 2010, 2717; S. FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. It.*, 2009, 2082.

²² Non sono infatti mancate decisioni che hanno esteso la nozione di "interesse" o "vantaggio" dell'Ente anche a «una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto» (così Cass. 20.6.2011, n. 24583 che ha affermato la responsabilità ex d.l.vo. 231/2001 a carico di un'impresa del gruppo può estendersi anche alla holding e alle altre società del gruppo solo se «il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l'Ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale» ossia che l'agente «rivesta una posizione qualificata all'interno dell'Ente»); in tal senso si segnala anche il parere reso dal Consiglio di Stato in data 11.1.2005 che ha affermato che «la responsabilità di altre società rientranti nel gruppo potrà ipotizzarsi solo quando sia dimostrato che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti hanno contribuito alla commissione del reato»). In tal senso v. anche L. MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l'intervento delle sezioni unite penali*, cit., 2717.

applicazione concreta, sebbene siano ormai trascorsi cinque anni dalla prima sentenza delle Sezioni Unite sul tema.

In fase cautelare, infatti, il concetto di “profitto del reato” sembra creare ancora considerevoli problemi. Tali problemi derivano, tra l’altro, anche dal fatto che il “profitto del reato” muta a secondo del titolo di reato contestato²³.

In particolare è dato rilevare che, come nel caso in questione, le Procure tendano a richiedere questo genere di provvedimenti ablativi quando ancora manchi una ragionevole certezza in ordine all’ *an* e al *quantum* del profitto afferente la contestazione tuttora pendente nella fase delle indagini. Tale *modus operandi* risulta però particolarmente pericoloso poiché comporta per le imprese coinvolte un’immobilizzazione di capitali ingentissima, che proprio a causa della “confusione” rispetto al concetto di “profitto del reato” finisce per immobilizzare, oltre la quota dell’eventuale vero e proprio “profitto”, considerevoli risorse aziendali, spesso indispensabili per l’impresa.

Tale immobilizzazione, sia in presenza che in assenza dei presupposti del sequestro, rischia inoltre di protrarsi per un arco di tempo più o meno indeterminato. Infatti per tale misura, al contrario di quanto accade per le misure cautelari personali, non sono previsti termini massimi di durata né scadenze processuali “certe”²⁴.

Insomma le risorse sequestrate, necessarie all’attività imprenditoriale, tanto più in un periodo di crisi come quello attuale, possono rimanere indisponibili per le imprese fino alla conclusione del processo o nella migliore delle ipotesi delle impugnazioni cautelari²⁵.

In ogni caso un’applicazione spregiudicata del sequestro preventivo rischia di risultare esiziale per l’attività d’impresa, specie se si considera che il legislatore non prevede alcuna forma di risarcimento o indennizzo, come invece per le misure cautelari personali, nel caso di applicazione di tali misure in assenza dei presupposti²⁶.

Tale rischio è tanto più concreto considerando che il procedimento cautelare non è un procedimento a cognizione piena, ma richiede un *fumus delicti* che costituisce

²³ Sul punto v. F. BONELLI, *D.lgs 231/2001: tre sentenze in materia di “profitto confiscabile/sequestrabile”*, cit., 254-263 per cui «la giurisprudenza è orientata a ritenere che la nozione di profitto del reato possa essere diversa a seconda del tipo di reato di cui si discute»; v. anche F. PRETE, *La confisca-sanzione: un difficile cammino*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit. p. 121 per cui «l’individuazione del profitto varia a seconda del reato che lo ha generato». Nello stesso senso anche L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell’interpretazione delle Sezioni Unite*, cit., 4562 ss..

²⁴ «Non risulta, infine, alcuna inefficacia della misura se il pubblico ministero non trasmette gli atti al tribunale del riesame entro 5 giorni dalla richiesta di gravame» così A. SCALFATI, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al “tipo” cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 535-536.

²⁵ In tal senso v. F. CAMPAGNA, *L’interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, cit., 1645.

²⁶ In proposito v. G. SPANGHER *Riparazione per il fermo e l’arresto, ritrattazione alla P.G.* in *Studium iuris*, 1999, 594; sull’eccessiva durata della misura cautelare personale v. S. QUATTROCOLO, *Libertà personale: eccessiva durata della misura restrittiva, rapidità delle decisioni cautelari e riparazione della restrizione illegittima*, in *Leg. pen.*, 2005, 311-312.

necessariamente una forma di prova diversa e “minore” rispetto al completo accertamento della responsabilità penale, come meglio si vedrà in seguito²⁷.

3. L'accertamento in fase cautelare

3.1. La natura del sequestro preventivo

L'art. 53 d.l.vo 231/2001, che disciplina l'applicazione del sequestro preventivo nei procedimenti per responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato, fa espresso rinvio a diverse disposizioni dell'art. 321 c.p.p., il quale prevede una misura cautelare reale finalizzata a porre sotto cautela (sottraendole dalla disponibilità dall'autore del reato) le “cose pertinenti al reato” e le “cose di cui è consentita la confisca”²⁸.

Il citato articolo del codice, pur riunendoli sotto un unico *nomen iuris*, disciplina in realtà due differenti istituti, poiché il sequestro preventivo di cui al primo comma costituisce un'ipotesi ben diversa – per presupposti e finalità – rispetto a quello anticipatorio della confisca previsto dai commi II e II-bis della disposizione in esame²⁹. Entrambe le ipotesi di sequestro previsti si fondano sull'esistenza del *fumus delicti* (v. § III.2), ma solo il primo richiede la presenza di un *periculum in mora* derivante dalla permanenza della “cosa pertinente al reato” nella disponibilità di chi – presumibilmente – lo ha commesso. Il secondo – invece – riguarda i beni per i quali è prevista la confisca³⁰ (sia essa obbligatoria o facoltativa) ed esula dall'accertamento in concreto del *periculum in mora* poiché questo viene sostanzialmente presunto *ex lege* nello stesso momento in cui si ammette la confiscabilità della cosa oggetto di sequestro³¹.

²⁷ R. ADORNO, *Sequestro preventivo, fumus commissi delicti e cognizione del tribunale del riesame*, in *Giur. cost.*, 2011, 914 - 924.

²⁸ In tal senso in dottrina v.: G. BONO, *Confisca di valore in materia di reati transnazionali: le criticità di un'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2012, 1309 per cui: «è evidente l'alto grado di incisività e (e di afflittività) che connota la misura di cui all'art. 322-ter c.p., che rende confiscabili non tanto le res che consistono nel vantaggio o guadagno economico tratto dal reato, ma beni che non hanno rapporti con la pericolosità individuale del soggetto e non sono collegati con lo specifico profitto del reato: precipitato logico è che il *periculum* finisce per coincidere con la confiscabilità del bene»; in giurisprudenza v. Cass., 11.12.2007, n. 1454, Battaglia, in *CED Cass.* n. 239433.

²⁹ Sul punto v.: C. SANTORIELLO, *Il sequestro preventivo*, in *Le misure cautelari reali* a cura di F. FIORENTIN-C. SANTORIELLO, Torino, 2009, 21; M. D'ONOFRIO, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1988, 43.

³⁰ La prima ipotesi è regolata dal primo comma dell'articolo citato, secondo cui: «quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»; mentre la seconda ipotesi è disciplinata al successivo comma II: «il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca” e II-bis, in forza del quale: “nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca».

³¹ In tal senso in giurisprudenza v. Cass., 29.1.2007, Cortellino, in *CED Cass.* 236430.

Quanto alla duplice natura della misura cautelare in parola già si è espressa la giurisprudenza di legittimità precisando che nelle ipotesi di sequestro finalizzato alla confisca non rileva in alcun modo la pericolosità del bene³².

È sufficiente la lettura dell'art. 53 d.l.vo 231/2001 per comprendere che, pur in assenza di un rinvio esplicito all'art. 321 comma 2 c.p.p., la norma in esame deve intendersi ispirata al secondo dei due istituti, trattandosi di sequestro finalizzato alla confisca, nel caso di specie confisca del profitto per equivalente³³.

Tale precisazione, tuttavia, non è per nulla sufficiente a chiarire in quali ipotesi possa applicarsi il sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex* artt. 19 e 53 d.l.vo 231/2001 ed entro quali limiti, e quale sia lo *standard* probatorio richiesto per l'applicazione di tale misura.

³² Cass., 19.1.1994, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 3459 per cui: «il sequestro preventivo funzionale alla confisca – come è detto testualmente nella Relazione al codice e come conferma l'avverbio “altresi” inserito nell'art. 321, comma 2 nel suo significato additivo (Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca) – costituisce figura specifica autonoma che si propone come distinto rimedio rispetto al sequestro preventivo regolato dal comma I. La particolarità di tale mezzo cautelare reale consiste nel fatto che per l'applicabilità di esso non occorre necessariamente la sussistenza dei presupposti di applicabilità previsti dal comma I per il sequestro preventivo tipico (pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati), ma basta il presupposto della confiscabilità, la quale non è subordinata alla pericolosità sociale dell'agente, non riguardando l'art. 204 c.p. (come modificato dall'art. 31, legge 20 ottobre 1985, n. 663) le misure di sicurezza patrimoniali». Altra giurisprudenza, più recente, precisa che invece la motivazione sul *periculum in mora* è necessaria in tutte le ipotesi di confisca facoltativa (v. Cass., 30.1.2004, n. 13298 Pani, in *Cass. pen.* 2005, p. 2324. per cui: «Ai fini del sequestro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.) è necessario uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra res e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa». Non si ritiene, tuttavia, di approfondire l'argomento in questa sede poiché la confisca in parola è pacificamente di natura obbligatoria, limitandosi in questa sede al rinvio a Cass. 10.1.2013, n. 19051, in *DeJure*.

³³ In tal senso v.: S. PIZZETTI, *Nota a Cassazione penale del 7 febbraio 2012, sez. II, n. 4703, in Resp. civ. e prev.*, 2012, 830 per cui: «il fatto che l'art. 53 non richiami l'art. 321, comma 1, c.p.p., evidenzia come il sequestro preventivo, di cui al d.lgs. n. 231/2001, non sia stato considerato come lo strumento per evitare che la libera disponibilità del bene in capo alla società possa aggravare o protrarre le conseguenze del fatto sanzionato, ovvero agevolare la commissione di altri illeciti; anzi, questa misura cautelare è stata considerata servente rispetto all'irrogazione della confisca, sanzione prevista dall'art. 19 in termini più ampi di quelli previsti dall'art. 240 c.p. (infatti, l'art. 19 dispone la confisca obbligatoria anche del profitto del reato, mentre ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 1, c.p., è soggetto a confisca obbligatoria solo il prezzo del reato; inoltre, l'art. 19, comma 2, introduce la c.d. confisca per equivalente)». In giurisprudenza v.: Cass., 16.2.2006, n. 9829, in *DeJure*.

3.2 Lo standard probatorio del *fumus delicti*

La nozione del *fumus delicti* rilevante ai fini del sequestro preventivo non è attualmente individuata in maniera univoca né in dottrina né in giurisprudenza³⁴. Quanto alla dottrina possono individuarsi tre teorie differenti in ordine al livello di fondamento dell'accusa necessario per poter adottare la misura cautelare reale:

l'indirizzo dottrinale più garantista assume che anche le misure cautelari reali debbano sottostare ai limiti imposti dall'art. 273 c.p.p. e quindi necessitino dell'accertamento dei "gravi indizi di colpevolezza" idonei a provare i tre elementi essenziali di ogni fattispecie (elemento oggettivo, nesso di causalità, elemento soggettivo), nonché della valutazione negativa in ordine alla presenza di cause di giustificazione o di non colpevolezza e di quella positiva sull'effettiva eseguibilità della pena³⁵. In difetto di tale prova, la misura ablativa non potrà essere adottata, o convalidata nelle ipotesi di urgenza³⁶;

un secondo indirizzo dottrinale sostiene invece che sarebbe necessario l'accertamento di "precisi indizi di reato" e della coincidenza tra la fattispecie concreta e quella legale ipotizzata³⁷. Tale orientamento richiede in sostanza un controllo concreto sulla ricorrenza del reato e sulla presenza dei presupposti giustificanti la misura ablativa richiesta dal P.M., così che il giudice debba «tenere conto in modo puntuale e coerente delle concrete risultanze processuali e dell'effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti», pur non essendo necessaria "la

³⁴ In tal senso v.: C. SANTORIELLO, *Il sequestro preventivo*, in *Le misure cautelari reali* a cura di F. FIORENTIN – C. SANTORIELLO, Torino, 2009, 4; M. MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, 97.

³⁵ Tale impostazione non è ampiamente condivisa, quanto meno per le ipotesi di sequestro di cui all'applicazione diretta dell'art. 321 c.p.p. e, anzi, viene confutata nella parte in cui ritiene esportabili alle misure reali le tutele di cui all'art. 273 c.p.p.. Chi critica tale teoria assume che il legislatore del 1988, non abbia fatto richiamo alle garanzie di cui all'art. 273 e ss. c.p.p. in materia di misure cautelari reali perché i diritti compressi dalle misure ablative sono differenti e meno rilevanti rispetto alla libertà personale; in particolare perché, mentre l'art. 13 Cost. prevede che la libertà personale possa essere limitata solo in casi eccezionali, e con la ben nota duplice clausola di tutela (sia legislativa che giurisdizionale), altrettanto non avviene per l'art. 41 Cost. che offre una tutela meno forte alla proprietà privata. Da tale diverso contesto costituzionale si desumerebbe che il legislatore del 1988 avrebbe scientemente previsto garanzie differenti per le misure cautelari personali e per quelle reali, di talché non potrebbe estendersi alle seconde per analogia l'applicazione delle norme che il Codice di rito prescrive solo per le prime, in applicazione del principio per cui *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*.

³⁶ In tal senso v.: P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel codice del 1988*, Milano, 1991, 143; nella stessa pagina con particolare riferimento, al contrasto giurisprudenziale da subito sviluppatosi sul punto v. nota 58; M. CIRULLI, *In tema di presupposti del sequestro preventivo*, in *Giur. it.* 1992, 316; G. VICICONTE, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 362.

³⁷ In tal senso v.: N. GALANTINI, *sub art. 321 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO – O. DOMINIONI, vol. III, pt. II, Milano, 1990, 270; F. LATTANZI, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.* 1995, 355; sulle stesse posizioni, già prima dell'introduzione del Codice Vassalli, v.: G. BETOCCHI, *Il sequestro penale preventivo: delimitazione dell'ambito di operatività; presupposti; conseguenze peculiari dell'autonomia funzionale; tutela dei soggetti passivi*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.* 1983, 970.

sussistenza di indizi di colpevolezza o la loro gravità, ma solo elementi concreti conferenti nel senso della sussistenza del reato ipotizzato»³⁸;

un ultimo indirizzo dottrinale, confortato dalla giurisprudenza prevalente, sostiene che per applicare correttamente il sequestro è sufficiente un vaglio di corrispondenza tra la fattispecie astratta e quella reale, cioè sulla mera configurabilità in astratto dell'ipotesi di reato³⁹;

Come si è detto, delle tre teorie sopra brevemente esposte quella prevalente in giurisprudenza è la terza, che ha trovato in passato il duplice consenso delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁰ e della Corte Costituzionale⁴¹. Tuttavia deve

³⁸ In giurisprudenza in tal senso v.: Cass., 15.7.2008, Cecchi Gori, in *Cass. Pen.* 2009, 3887.

³⁹ Quanto al sequestro nei confronti dell'ente responsabile ex d.l.vo. 231/2001 v.: R. BRICCHETTI, *Anticipo sulla 'pena' con il sequestro preventivo*, in *Guida dir.*, 2001, 97, per cui: «Tra le condizioni legittimanti l'adozione della misura (il sequestro preventivo), non sono richiesti «gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato», atteso che l'articolo 45 è disposizione che concerne le sole misure cautelari personali; requisito indispensabile per l'ammissione del provvedimento è la sola «astratta configurabilità dell'illecito», espressione riferentesi a una fattispecie tipica, ipotizzabile non soltanto in base a un eventuale successivo sviluppo delle indagini, ma a una teorica possibilità, pur sempre collegata con elementi processuali già acquisiti in atti»; dello stesso avviso ma sul sequestro preventivo in generale v.: A. BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, 1999, 22-23: «perché ricorra il presupposto del *fumus*, cioè il presupposto della probabile commissione di un reato, è sufficiente un'indagine – nei termini di sommarietà e provvisorietà propri delle indagini preliminari – mirante ad accertare la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie reale. È sufficiente la semplice enunciazione (che non sia manifestamente arbitraria, nel qual caso si avrebbe violazione di legge) attestante che la fattispecie astratta del reato, ipotizzata dall'accusa e riferibile al soggetto interessato, trovi conforto nella previsione penale, sulla base della probabile commissione del reato e sulla base della necessità di escutere la libera disponibilità di cose pertinenti a tale reato, stante il *periculum* che tale disponibilità possa aggravare e protrarre le conseguenze di quest'ultimo o possa agevolare la commissione di nuovi». Tale opinione è ampiamente criticata dai fautori delle due teorie di cui ai punti i) e ii), perché ritenere sufficiente il controllo in astratto sarebbe gravemente lesivo dei diritti di difesa poiché la misura potrebbe essere applicata dal GIP pressoché in ogni caso, salvo errori macroscopici da parte del P.M., quali – a titolo esemplificativo – la contestazione in merito a fatti prescritti o medio tempore depenalizzati, mentre come ha osservato recentemente attenta dottrina, in caso di accoglimento della richiesta cautelare, alla difesa che decida di impugnare il provvedimento spetterebbe l'onere di confutare un postulato, di per sé indiscutibile, così da rendere – di fatto – inoppugnabile una misura ablativa fondata sostanzialmente sulla mera iscrizione della *notitia criminis*. In tal senso v.: M. CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.* 2010, 4441. Altrettanto critica N. GALANTINI, *sub art. 321 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO – O. DOMINIONI, vol. III, pt. II, Milano, 1990, 270, secondo cui il controllo di mera configurabilità in astratto non fa altro che reiterare nell'applicazione del nuovo istituto le stesse distorsioni del sequestro penale del Codice Rocco, alle quali il legislatore del 1988 aveva inteso porre rimedio proprio con l'introduzione della misura ablativa in esame.

⁴⁰ Cass., S.U., 25.3.1993, n. 4, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; Cass., S.U., 23.2.2000, n. 7, Mariano, in *Cass. pen.* 2000, 2225, per cui: «In tema di sequestro preventivo, la verifica delle condizioni di legittimità della misura cautelare da parte del tribunale del riesame o della Corte di cassazione non può tradursi in anticipata decisione della questione di merito concernente la responsabilità della persona sottoposta ad indagini in ordine al reato oggetto di investigazione, ma deve limitarsi al controllo di compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale, rimanendo preclusa ogni valutazione riguardo alla sussistenza degli indizi di colpevolezza ed alla gravità degli stessi».

⁴¹ C. Cost. 17.2.1994, n. 48, in *Giur. Cost.*, 1994, 271.

sottolinearsi come – anche più recentemente – la Suprema Corte si sia mostrata aperta ad altre interpretazioni, talvolta ammettendo la teoria intermedia esposta *sub ii*), che – seppur con perifrasi tortuose – ha già trovato diverse applicazioni giurisprudenziali⁴².

Merita poi di essere evidenziata l'applicazione dell'impostazione dottrinale più garantista in alcune recenti decisioni, aventi ad oggetto l'applicazione del sequestro finalizzato alla confisca *ex artt. 19 e 53 d.l.vo. 231/2001*: tra queste si sottolinea la sentenza Cass. sez. VI 31.5.2012, n. 34505 secondo la quale può essere applicato unicamente ove ricorrano i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p.. Nell'*iter* argomentativo di tale decisione⁴³, pur prendendo atto degli approdi giurisprudenziali di opposto avviso già ricordati, la Suprema Corte ha dichiarato il proprio intento di distaccarsi da tale filone giurisprudenziale⁴⁴ e ha concluso che: «In tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, per procedere al sequestro preventivo a fini di confisca del profitto del reato presupposto è necessario l'accertamento della sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente indagato»⁴⁵.

Tale argomento appare pienamente condivisibile e anzi, meritevole di essere esteso anche nei confronti delle persone fisiche colpite quando il sequestro *ex art. 321*

⁴² Per tutte v.: Cass., 5.11.2010, n. 42717, in *DeJure*; Cass., 5.5.2010, n. 26197 in *Cass. pen.* 2011, p. 2312; Cass. 26.1.2010, n. 18078, in *DeJure*; Cass., 12.12.2007, n. 4745 in *DeJure*.

⁴³ Pubblicata in *DeJure*; *contra*: Cass., 16.2.2006, n. 9829, in *CED Cass*, n. 233373.

⁴⁴ La Corte ha giustificato il proprio *revirement* sulle seguenti premesse:

la confisca di cui all'art. 19 d.l.vo 231/2001 è pacificamente una misura sanzionatoria, che viene inflitta in via definitiva *ex artt. 9 e 19 d.l.vo 231/2001* solo a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'ente, il quale si fonda sullo standard probatorio tipico del processo penale costituito dalla prova di responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio;

trattandosi di sequestro finalizzato alla confisca viene meno la necessità di provare il *periculum in mora*, di talché la misura ablativa si fonderà sulla sola dimostrazione del *fumus delicti* la quale – conseguentemente – dovrà essere più rigorosa onde evitare di incorrere in provvedimenti privi di una reale motivazione; se è pur vero che anche il sistema cautelare del decreto legislativo citato prevede due ordini di misure (quelle interdittive e quelle reali) tale bipartizione non è paragonabile alla dicotomia presente nell'impianto codicistico, poiché nella legge speciale sulla responsabilità degli enti entrambe le categorie cautelari si sostanziano nella compressione di beni costituzionali omogenei, non essendo concepibile una limitazione della libertà personale di un ente);

l'art. 45 d.l.vo 231/2001 individua i principi generali in materia di applicazione delle misure cautelari agli enti richiedendo: (a) la presenza di gravi indizi, (b) l'utilizzo della forma dell'ordinanza (e non del decreto motivato) e (c) la motivazione secondo i dettami dell'art. 292 c.p.p..

⁴⁵ Cass., 31.5.2012, n. 34505, *cit.*; nel corso della motivazione la Suprema Corte ha precisato che: «presupposto per il sequestro preventivo di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, art. 53, è un *fumus delicti* "allargato", che finisce per coincidere sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per l'emanazione delle misure cautelari interdittive". I "gravi indizi" coincideranno dunque con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non valgono 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. L'apprezzamento dei gravi indizi deve portare il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti, ma riferito alla complessa fattispecie di illecito amministrativo attribuita all'ente indagato».

comma 2 c.p.p. è finalizzato ad anticipare la confisca del prezzo o del profitto del reato (a maggior ragione se per equivalente) poiché anche in tali ipotesi, secondo giurisprudenza ormai consolidata⁴⁶ tale confisca costituisce “pena e non misura di sicurezza”, perciò fondare l'applicazione della misura cautelare sulla mera configurabilità in astratto della fattispecie costituirebbe una forma incostituzionale di anticipazione della pena⁴⁷.

Seppur non affrontando la questione con il medesimo rigore analitico, anche la sentenza in commento si pone sulla stessa linea di Cass., 31.5.2012, n. 34505, secondo la quale l'applicazione di una pur condivisibile massima di esperienza non è sufficiente a ritenere integrato il *fumus delicti* (in specie la prova del profitto illecito) nelle ipotesi di sequestro *ex artt. 19 e 53 d.l.vo 231/2001*.

Proprio tale affermazione, secondo cui il sequestro andava revocato perché, pur ritenendosi dimostrato il fatto storico (la corruzione) mancava la prova del profitto, costituisce elemento idoneo ad affermare che, nel caso in commento, la Suprema Corte non ha inteso applicare la tesi dottrinale intermedia, richiedendo invece l'accertamento di ogni elemento del reato. La Suprema Corte ha precisato che non si poteva escludere *a priori* che la corruzione fosse per atto conferme ai doveri di ufficio, con conseguente carenza della prova del profitto illecito, il quale non può fondarsi su una presunzione o su di una massima di esperienza, così allontanandosi in modo rilevante dalla precedente giurisprudenza sul punto⁴⁸.

3.3. *L'assenza del requisito del periculum in mora e la prova del profitto illecito in sede cautelare*

Come già visto nei paragrafi precedenti il sequestro finalizzato alla confisca difetta del requisito del *periculum in mora* il quale viene sostituito – nel tradizionale

⁴⁶ In tal senso, per tutte, v.: Cass., 24.9.2008, nn. 39172 in *Riv. dottori comm.*, 2009, p. 604 e Cass., 24.9.2008, n. 39173 in *CED Cass.*, n. 241034; v. altresì C. Cost. 2.4.2009, n. 97, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 984 e C. EDU, n. 9.2.2005, Welch c. Regno Unito.

⁴⁷ In tal senso v.: M. CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.* 2010, p. 4444.

⁴⁸ Nel testo della sentenza in commento si legge: «la corruzione giudiziaria antecedente, quando è funzionale all'adozione di un provvedimento giurisdizionale che implichi la soluzione di complesse e non pacifiche problematiche giuridiche e/o la valutazione di una controversa e non chiara realtà fattuale, assume quasi sempre i connotati di quella per atto contrario ai doveri di ufficio. Ciò, tuttavia, non basta per la qualificazione e l'accertamento del profitto del reato, giacché a tal fine rileva stabilire se l'accordo corruttivo antecedente con un giudice abbia ad oggetto un atto del suo ufficio; né basta a dedurre che dall'atto corruttivo derivi in ogni caso un danno o un favore per una delle parti processuali né, tanto meno, a formulare una valutazione di fondatezza della pretesa erariale». Contraria alla sentenza in commento la giurisprudenza maggioritaria, per tutte, v.: Cass. 24.11.2011, n. 4703: «L'ordinanza applicativa di una misura cautelare interdittiva, ai sensi dell'art. 9 d.lg. 8 giugno 2001 n. 231, non può essere caducata se la prova del profitto conseguito dalla società è stata acquisita dopo lo scadere del termine delle indagini preliminari, in quanto l'art. 13 d.lg. cit. non subordina a detta circostanza l'applicazione della misura stessa», in *Resp. civ. e prev.* 2012, 826.

sequestro finalizzato alla confisca *ex art. 240 c.p.* – con la valutazione sulla “pertinenzialità” dell’oggetto del sequestro rispetto al reato contestato⁴⁹.

Nelle ipotesi di sequestro finalizzato alla confisca del profitto, invece, non si richiede la prova della “pertinenzialità”, poiché questa viene superata dalla possibilità di sequestrare anche beni di valore equivalente al profitto del reato⁵⁰.

Da tale esenzione probatoria deriva la necessità di accertare con maggiore rigore la sussistenza del *fumus delicti*, onde evitare che la motivazione del sequestro scada nella tautologia⁵¹, conseguentemente impedendo a chi subisce la misura cautelare di potersi adeguatamente difendere attraverso le impugnazioni previste dal codice di procedura⁵².

⁴⁹ In dottrina v.: C. SANTORIELLO, *Il sequestro preventivo*, in *Le misure cautelari reali* a cura di F. FIORENTIN-C. SANTORIELLO, Torino, 2009, p. 22 per cui: «In sostanza, dunque, il sequestro a scopo di confisca si caratterizza per il fatto di richiedere – rispetto all’ipotesi di cui all’art. 321, comma 1, c.p.p. – la sola sussistenza del *fumus delicti* e non invece anche il cosiddetto *periculum in mora*. Infatti, in relazione a tale provvedimento ablatorio è sufficiente e necessario che la cosa sia sottoponibile a confisca, tanto che si tratti di confisca obbligatoria, quanto che si tratti di confisca facoltativa»; in giurisprudenza v.: Cass. 19.1.2007, Cortellino, in *CED Cass.* n. 236430, per cui: «[...] ai fini del sequestro preventivo di beni confiscabili [...] sono condizioni necessarie e sufficienti [...] quanto al *periculum in mora*, attesa la coincidenza di quest’ultimo requisito con la confiscabilità del bene. La presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca». Quanto al requisito della “pertinenzialità”, che invece caratterizza il sequestro *ex art. 321 comma 1 c.p.p.*, per tutte, v.: Cass., 20.1.2004, Pani, in *CED Cass.*, n. 227886 per cui: «Ai fini del sequestro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.) è necessario uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra res e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l’attività criminosa».

⁵⁰ In giurisprudenza v.: Cass., 6.11.2012, n. 46295, in *Dejure*; Cass., 18 maggio 2010, n. 27171, *ivi*; Cass., 1.4.2010, n. 28999, *ivi*; Cass., 26.2.2009, n. 10549, *ivi*; Cass., 20 dicembre 2006, n. 10838, *ivi*; Cass. 26.4.2006, n. 22291, *ivi*; Cass. 27.1.2005, n. 11902, *ivi*.

⁵¹ In tal senso, ma in ordine all’applicazione cautelare di misure interdittive, v.: Cass. 2.10.2006, n. 32627 in *Cass. pen.*, 2007, p. 80 per cui: «In tema di misure cautelari interdittive applicabili all’ente per l’illecito dipendente da reato, la valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi deve essere riferita alla fattispecie complessa che integra l’illecito stesso. Pertanto l’ambito di valutazione del giudice deve comprendere non soltanto il fatto reato, cioè il primo presupposto dell’illecito amministrativo, ma estendersi ad accertare la sussistenza dell’interesse o del vantaggio derivante all’ente e il ruolo ricoperto dai soggetti indicati dall’art. 5 comma primo lett. a) e b) D.Lgs. n. 231, verificando se tali soggetti abbiano agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi; inoltre, è necessario accertare la sussistenza delle condizioni indicate nell’art. 13 D.Lgs. n. 231, che subordina l’applicabilità delle sanzioni interdittive alla circostanza che l’ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ovvero, in alternativa, che l’ente abbia reiterato nel tempo gli illeciti; infine, anche nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione individuati negli artt. 6 e 7 D.Lgs. cit., l’uno riferito ai soggetti in posizione apicale, l’altro ai dipendenti, modelli che presuppongono un differente onere probatorio a carico dell’accusa», con commento adesivo di A. BITONTI, *Sulla emissione di misure interdittive in via cautelare contro gli enti*, in *Giur. it.* pp. 369-370, il quale critica aspramente l’utilizzo di presunzioni per collegare il reato della persona fisica con il profitto per l’ente responsabile *ex d.l.vo 231/2001*.

⁵² Negli stessi termini v.: M. CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.* 2010, 4441, per cui: «Abbassato a zero lo standard dimostrativo, che esige a questo punto solo l’esistenza della *notitia criminis*, il potere cautelare si può espandere senza confini e senza controlli. E la

Un simile processo, d'altra parte, è avvenuto anche nell'applicazione di altri istituti cautelari, profondamente differenti da quello oggi in esame, come le misure cautelari personali, nelle ipotesi in cui il codice di procedura prevede esenzioni dall'onere di provare il *periculum in mora* e l'adeguatezza della misura cautelare applicata⁵³.

Alla luce di tali considerazioni appare degno di nota il rigore richiesto dalla sentenza in esame circa la prova del profitto in sede cautelare, in cui si afferma che: «è indispensabile la certezza che trattasi di profitto del reato per cui si procede, attesa la natura sanzionatoria della confisca di cui all'art. 19 d.lgs. 231/2001» mentre – in difetto di tale prova – non potrà disporsi alcun sequestro.

La sentenza in commento, infatti, ha applicato un criterio di valutazione della prova particolarmente restrittivo nell'esame del rapporto causale fra reato contestato (“corruzione in atti giudiziari”) e l'asserito “profitto” da questo derivante. La Suprema Corte ha infatti affermato che: «Non è possibile in sede penale stabilire se il “risparmio di imposta” a seguito di sentenza d'appello, oggetto di accordo corruttivo, confermativa della sentenza di primo grado, costituisca profitto del reato eventualmente commesso dall'esponente apicale della società [...] in concorso con il giudice tributario», così prendendo con decisione le distanze rispetto alla precedente giurisprudenza in materia.

solo apparente apertura alla considerazione degli elementi difensivi suona come una vera e propria beffa: all'impossibile impresa di inficiare un postulato (per definizione indiscutibile), si pretende di affidare il compito di riequilibrare una disparità di posizioni incolmabile».

⁵³ In particolare in materia di misure cautelari personali, nelle ipotesi di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. la duplice presunzione *ex lege* (di pericolosità e di adeguatezza della misura di massimo rigore, la detenzione in carcere) viene assistita dal contrappeso costituito dal più puntuale vaglio dei gravi indizi di colpevolezza. Tanto si verifica, in particolare, nelle misure cautelari assunte per associazione per delinquere di stampo mafioso, sia perché le altre ipotesi di presunzione legale di pericolosità sono state via via espunte per via giurisprudenziale (In tal senso v.: C. Cost., 3.5.2012, n. 110, in *Cass. pen.* 2012, 2923; C. Cost., 16.12. 2011, n. 331, in *Riv. pen.* 2012, 160; C. Cost., 22.7. 2011, n. 231, in *Cass. pen.* 2011, p. 4251; C. Cost., 12.5. 2011, n. 164, in *Cass. pen.* 2011, 3330; C. Cost., 21.7. 2010, n. 265 in *Arch. nuova proc. pen.* 2010, 513; Cass. S.U., 19.7.2012, n. 34473); sia perché la prova dell'associazione al sodalizio criminale si presta maggiormente a pericolosi ragionamenti induttivi, presunzioni, semplificazioni e sostituzioni che, senza un attento vaglio dei gravi indizi di colpevolezza, rischierebbero di determinare un gravissimo *vulnus* per la libertà personale.