

I RISVOLTI PROCESSUALI DELLA CONFISCA NEL PROCESSO AGLI ENTI

GIULIO GARUTI, Ordinario di Diritto Processuale Penale nell'Università di Modena e Reggio Emilia, Avvocato

Il lavoro – che riprende la relazione svolta nel corso del Convegno Nazionale della *Association internationale de droit penal* – Gruppo italiano, sul tema La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo, tenutosi a Modena, dal 30 marzo al 1° aprile 2017 – dopo avere esaminato i vari tipi di confisca richiamati nell'ambito del d.lgs. 231/2001 ed averne analizzato le ricadute strettamente processuali, mette in evidenza la natura anfibia dell'istituto, destinato a rappresentare, a seconda del momento in cui lo si valorizza, vuoi una «pena», vuoi un momento di natura «premiante» per l'ente.

1. Premesse di contesto

Il concetto di illecito «sostanzialmente penale» trova, nell'ambito del d.lgs. 231/2001, un campo di elezione dedicato, essendo nota a tutti – in un contesto interpretativo assai dibattuto – vuoi la reale natura della responsabilità degli enti¹, molto «prossima» a quella penale piuttosto che di altro tipo², vuoi le motivazioni poste a fondamento di quella «truffa delle etichette» che viene perpetrata in questo contesto³.

Campo di elezione dedicato che, sotto il profilo dell'accertamento, dovrebbe essere garantito dalle forme del processo penale, cui rinviano, in generale, gli artt. 34 e 35, nonché, nello specifico, le previsioni contenute nell'articolato normativo: art. 34 che richiama le forme del processo penale in quanto compatibili; art. 35 che equipara l'ente all'imputato, da un punto di vista processuale, applicando all'ente le regole riguardanti l'imputato, anche in questo caso, in quanto compatibili.

¹ Per una efficace e aggiornata sintesi circa la diatriba interpretativa riguardante la natura del sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/2001, cfr., per tutti, MARANDOLA, *Il processo penale agli enti*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB, *Procedura penale – Teoria e pratica del processo*, vol. III, *Procedimenti speciali*, GARUTI (a cura di), Milano, 2015, 657 ss.

² Così, in dottrina, MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, *DeG.*, 2001, n. 23, 8; PALIERO, *Il d.lgs. 231/2001: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, *CG*, 2001, 845 ss.; nonché FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, *DeG.*, 2001, n. 29, 9; in giurisprudenza, CASS., S.U., 23 giugno 2011, Deloitte Touche Spa, CED, 250347, è giunta a definire questo tipo di responsabilità «parapenale»; da ultimo, CASS., S.U., 24 aprile 2014, ESPENHAHN e altri, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 203-204 (della sentenza), con nota di CAPONERA, evidenzia come «il sistema di cui si discute costituisce un corpus normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*, se si vuole (...). Parimenti non è dubbio che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento».

³ A riguardo, cfr. CERESA GASTALDO, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 2232 ss., il quale evidenzia che «[a]d ogni modo, l'impressione è che, se non ha truffato sull'etichetta, il legislatore ha comunque perpetrato un inganno sui contenuti».

Se per un verso, allora, non può sfuggire come il rinvio operato in chiave integratrice alle disposizioni del codice di rito sia chiaramente volto a prevenire fenomeni di «rifiuto» della disciplina richiamata da parte del sistema nel quale è destinata a operare, per l'altro verso, non vi è dubbio che la scelta legislativa effettuata sia stata ispirata non solo dall'esigenza di rendere effettivi gli strumenti di accertamento, ma anche dall'intenzione di dotare l'impresa, sottoposta a procedimento, di un sistema di garanzie in grado di contrastare l'accertamento condotto con gli strumenti suddetti.

Sistema di garanzie che, in ragione dell'applicabilità di penetranti sanzioni interdittive provenienti dal sistema penalistico, esige, in punto di ricostruzione dell'illecito, vuoi il rispetto delle garanzie giurisdizionali fissate dagli artt. 6 C.e.d.u. e 14 Patto internaz. dir. civ. pol.⁴, vuoi il rispetto dei parametri costituzionali tipici del rito penale; rispetto, quest'ultimo, che sotto il profilo specifico e del principio della responsabilità del fatto proprio e del principio di colpevolezza, è stato tuttavia sancito dalla stessa giurisprudenza di legittimità che si è pronunciata, a riguardo, nella sua più alta composizione⁵.

2. I vari tipi di confisca richiamati nel sistema disciplinato dal d.lgs. 231/2001 in rapporto al sequestro

Su questo sfondo, l'analisi dei risvolti processuali della confisca nel processo agli enti deve necessariamente muovere dall'esatta individuazione della natura di tale istituto nell'ambito del microsistema normativo delineato *ad hoc* dal d.lgs. 231/2001.

Se la natura di sanzione è pacificamente riconosciuta alla confisca richiamata dagli artt. 9 («sanzioni amministrative»), 19 («confisca») e 23 («inosservanza delle sanzioni interdittive»)⁶, qualche perplessità nonché pareri discordanti si registrano invece con riferimento alla confisca richiamata dall'art. 6, comma 5 («soggetti apicali e modelli di organizzazione dell'Ente») e dall'art. 15, comma 4 («commissario giudiziale»): rispetto alla prima si oscilla tra la natura di sanzione⁷, la «fisionomia di strumento volto a stabilire l'equilibrio alterato del reato presupposto»⁸, nonché la dimensione squisitamente preventiva⁹; rispetto alla seconda, invece, accanto a chi, in dottrina, bolla questo rimedio alla stregua di una misura ablatoria derivante da «attività lecita»¹⁰, si registra la giurisprudenza che riconosce alla stessa la natura di «sanzione sostitutiva»¹¹.

Da qui, allora, una prima riflessione destinata a investire il processo nella sua fase iniziale, ovvero quella delle indagini preliminari.

La diversa natura delle confische presenti nel sistema di cui al d.lgs. 231/2001 ha obbligato il legislatore a operare delle scelte, imponendogli l'utilizzo del sequestro ai

⁴ PALIERO, *Bowling a Columbine; la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Soc.*, 2011, 1084.

⁵ Cass., S.U., 24 aprile 2014, ESPENHAHN e altri, cit.

⁶ Cfr., per tutti, SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in *Aa.Vv.*, *La giustizia patrimoniale penale*, BARGI e CISTERNA (a cura di), t. 2, Torino, 2011, 855 ss.

⁷ EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Milano, 2001, 398.

⁸ Cass., S.U., 2 luglio 2008, Fisia Italmobiliari srl, in *Cass. pen.*, 2008, 4544 ss. con nota di PISTORELLI.

⁹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Aa.Vv.*, *Reati e responsabilità degli enti*, LATTANZI (a cura di), Milano, 2005, 96.

¹⁰ EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, cit., 400.

¹¹ Cass., S.U., 2 luglio 2008, Fisia Italmobiliari srl, cit.

fini di confisca unicamente in relazione a quelle «cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19» (art. 53), ovvero unicamente in caso di condanna. La qual cosa significa che il sequestro in parola non può essere utilizzato, invece, per incamerare il profitto confiscabile ai sensi degli artt. 6 comma 5, 15 comma 4 e 23 comma 2.

Così facendo, il legislatore sembra aver voluto fornire uno strumento cautelare, destinato a incidere nell'immediato sul patrimonio, soltanto in funzione di una valutazione di responsabilità dell'ente; insomma, il collegamento sequestro/confisca, nell'ambito del sistema previsto dal d.lgs. 231/2001, risulta imprescindibile dal concetto di «rimproverabilità» dell'ente.

Detto ciò, preme peraltro evidenziare come, in concreto, in ragione di una estensione assai ampia del concetto di «cosa sequestrabile», il sequestro, al pari della misura cautelare interdittiva, rischi anch'esso di potere eventualmente paralizzare l'attività d'impresa, senza tuttavia venire disposto nel rispetto di quelle garanzie, in favore dell'ente, tipiche delle stesse cautele interdittive, vale a dire una verifica accurata circa l'effettiva esistenza di gravi indizi di colpevolezza in capo all'ente nonché di una concreta esigenza cautelare¹².

E allora, nonostante il palliativo introdotto dall'art. 53, comma 1 *bis* – procedura operativa assai macchinosa e di difficile attuazione pratica – ben venga quell'interpretazione, avanzata da buona parte della dottrina¹³ e seguita soltanto parzialmente dalla giurisprudenza, che richiede, ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo all'ente, l'esistenza di un quadro indiziario analogo a quello richiesto per l'applicazione della misura interdittiva «in ragione della comune natura anticipatoria rispetto a sanzioni definitive e a causa della sostanziale omogeneità dei beni su cui cadono, ossia, rispettivamente, l'attività dell'ente e il profitto o il prezzo derivante da reato». Insomma, «ai fini dell'emanazione dell'ordinanza di sequestro preventivo, il *fumus commissi delicti* deve essere costituito dalla presenza di elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che per quanto insufficienti ai fini di un accertamento oltre ogni ragionevole dubbio della responsabilità dell'ente, sono in grado di fare ritenere al giudice l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità, secondo una prognosi presuntiva e riferita all'intera fattispecie dell'illecito amministrativo attribuito»¹⁴.

Non deve dunque bastare, per l'applicazione del sequestro preventivo, la verifica circa l'astratta configurabilità dell'illecito in linea con l'approccio interpretativo che riguarda la persona fisica, non potendosi accettare di dichiarare la sostanziale «morte» dell'ente sulla base di semplici sospetti e non, piuttosto, in sintonia con la presunzione di innocenza – che deve valere anche in questo contesto – sul giudizio prognostico di elevata probabilità di giungere a una sentenza di condanna.

Quanto poi all'accertamento riguardante la sussistenza dell'esigenza cautelare, in dottrina non manca chi sostiene come l'ipotesi di sequestro qui considerata si fondi

¹² PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in questa *Rivista*, 3/2009, 182; nonché 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, 940, il quale rileva la fungibilità delle cautele reali e interdittive da un punto di vista funzionale.

¹³ PAOLOZZI, *Vademecum degli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato*, Torino, 2006, 170; PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, GARUTI (a cura di), Padova, 2002, 266; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 151.

¹⁴ Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2012, Codelfa spa, in *Cass. pen.*, 2013, 3667.

su una presunzione legale di pericolosità connaturata ai beni suscettibili di confisca; presunzione che affrancherebbe il giudice da qualsiasi indagine a riguardo¹⁵.

A ben vedere, tuttavia, la natura sanzionatoria della confisca in esame sembrerebbe imporre una prospettiva diversa, tesa ad avvalorare la differente vocazione del vincolo reale che, rispetto agli enti, non pare ancorato a nessun profilo di pericolosità della cosa, ma esclusivamente collegato all'oggetto della futura sanzione in caso di condanna. Più giustamente, quindi, il giudice dovrebbe limitarsi all'individuazione e alla quantificazione del prezzo o del profitto assoggettabile a confisca, tralasciando qualsiasi fuorviante prognosi di pericolosità che sembra essere assolutamente estranea alla disciplina in commento.

Si dovrebbe pertanto ritenere che il giudice possa disporre il sequestro preventivo del prezzo o del profitto confiscabile a carico dell'ente soltanto qualora il pubblico ministero sia in grado di allegare e dimostrare che, in presenza di elementi idonei a configurare in concreto l'illecito per cui si procede, risulti probabile che, in caso di condanna, i proventi del reato non possano più essere confiscati perché in qualche modo sottratti alla procedura¹⁶.

3. Le ricadute processuali della confisca disciplinata dall'art. 6, comma 5

L'incerta natura della confisca prevista dall'art. 6, comma 5 – considerata, come abbiamo visto, vuoi «uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto», vuoi una vera e propria sanzione – dal punto di vista processuale schiude le porte ad una serie di problemi di non poco momento.

Se la natura di sanzione sembrerebbe tecnicamente preclusa dall'assenza di una condanna, o di un atto assimilato, nei confronti dell'ente, la valutazione della confisca alla stregua di un semplice strumento «volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto» rischia tuttavia di privare l'ente, che ne dovesse essere attinto, delle garanzie difensive necessarie per contrastare il provvedimento.

In particolare, non è dato capire quale possa essere il percorso processuale normativamente adeguato per applicare la confisca di cui all'art. 6, comma 5, nonché attraverso quali strumenti l'ente possa interloquire sull'applicazione della confisca qui richiamata.

Sotto il primo profilo, ci si chiede se sia necessario che venga avviato un procedimento nei confronti dell'ente e questo si concluda positivamente perché l'ente stesso è stato in grado di dimostrare l'idoneità e l'efficacia del proprio Modello organizzativo, ovvero sia sufficiente l'avvio di un procedimento penale nei confronti della persona fisica per il reato presupposto, tenendo tuttavia nella dovuta considerazione, nell'individuare la soluzione, l'eventualità di cui all'art. 8 («autonomia della responsabilità dell'ente»), che consente la celebrazione del procedimento nei confronti dell'ente anche quando «l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile».

Senza poi valutare l'ipotesi, ancor più specifica, che vede un pubblico ministero che, pur convincendosi, nel corso delle indagini preliminari, dell'idoneità e

¹⁵ PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., 266.

¹⁶ RUGGERI, *Sub art. 53*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 627.

dell'efficacia del Modello organizzativo, accerti comunque l'esistenza di un profitto incamerato dall'ente.

In questo caso, il pubblico ministero procederà senz'altro a disporre l'archiviazione nei confronti dell'ente, ma l'assenza di un organo giurisdizionale terzo deputato a controllare l'*iter* archiviativo, rende ancora più problematica l'individuazione del percorso processuale destinato a giungere all'applicazione della confisca.

Sotto il secondo profilo – quello relativo all'individuazione degli strumenti attraverso i quali l'ente possa interloquire sull'applicazione della confisca qui richiamata – si constata come l'ente si troverebbe sfornito di un adeguato strumentario di impugnazioni per contrastare questo provvedimento di confisca «non sanzione», presupponendo, il sistema delle impugnazioni di cui al d.lgs. 231/2001, l'applicazione di una vera e propria sanzione in capo all'ente.

I problemi appena richiamati, da ricondurre all'individuazione, in capo all'ente, delle garanzie difensive proprie del processo, potrebbero venire meno ove si considerasse la confisca di cui all'art. 6, comma 5 alla stregua di una vera e propria sanzione.

In quest'ottica, se per un verso si potrebbe ragionare in termini di sanzione senza colpevolezza, per l'altro verso, invece, sarebbe sufficiente valorizzare – come ha fatto attenta dottrina¹⁷ – il Modello di organizzazione e gestione in termini di strumento «impeditivo» dell'illecito e non già di «esimente».

Se all'esimente sono soliti ricorrere gli studiosi del diritto penale, è al fatto impeditivo che preferiscono rifarsi i cultori del processo penale, «reputando che sia l'assenza di ogni colpa organizzativa a configurarsi come fatto impeditivo, la cui prova grava interamente sulla difesa che, per schivare la condanna, deve documentare l'adozione di un efficace Modello organizzativo»¹⁸.

L'importanza pragmatica di questa soluzione non può di certo sfuggire, prestando essa tuttavia il fianco a possibili critiche ove si decida di seguire l'impostazione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che esclude, a riguardo, un'inversione dell'onere della prova, residuando l'onere di dimostrare l'inidoneità e l'inefficacia del Modello organizzativo in capo al pubblico ministero¹⁹.

4. Le ricadute processuali della confisca disciplinata dall'art. 19

Ulteriori temi degni di approfondimento, dalle ricadute processuali di non poco momento, riguardano poi il rapporto tra la confisca prevista dall'art. 19 e la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti nonché tra la medesima confisca e il decreto penale di condanna.

Quanto al primo punto, i temi da considerare sono due: a) la compatibilità della confisca con l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta di parte; b) la possibilità di negoziare, in fase di accordo, anche il *quantum* confiscabile.

¹⁷ EPIDENDIO, in BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 241.

¹⁸ FERRUA, *Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare*, in *Giur. it.*, 2009, 1846.

¹⁹ Cass., S.U., 24 aprile 2014, ESPENHAHN e altri, cit.

Rispetto al primo tema, il ragionamento muove dalla lettera dell'art. 19 che fa riferimento alla «sentenza di condanna» e non alla mera «condanna».

Pur consapevoli del fatto che la sentenza di patteggiamento non rappresenta una vera e propria sentenza di condanna, prevale su tale argomento – di natura meramente formale – il rinvio effettuato dall'art. 63 all'intero titolo riguardante l'applicazione della pena su richiesta delle parti e quindi alla possibilità di applicare, con la sentenza di patteggiamento, la confisca obbligatoria avente ad oggetto il prezzo del reato di cui all'art. 240 c.p. La qual cosa, letta in combinazione con l'art. 6, comma 5, consente l'estensione della confisca anche al profitto, essendo evidente come una soluzione diversa creerebbe illogiche disparità.

Quanto poi al secondo aspetto – ovvero la possibilità di negoziare, in fase di accordo, anche il *quantum* confiscabile – non sembrano esservi dubbi circa la non negoziabilità della sanzione in questione, non avendo alcun potere, il giudice, di modificare in via autonoma, sull'accordo delle parti, il *quantum* del profitto²⁰.

Come anticipato, l'altro argomento che, ai nostri fini, merita attenzione è quello relativo all'applicazione dell'istituto ablatorio in caso di procedimento che si concluda con l'emissione di un decreto penale di condanna.

In questa ipotesi, diversamente da quanto segnalato per l'applicazione della sanzione su richiesta, non sembrerebbe ravvisarsi alcuno spazio per l'applicabilità della confisca: nei casi di procedimento per decreto ai sensi dell'art. 64, se per un verso manca un'equiparazione del provvedimento alla sentenza di condanna, per l'altro verso cambia pure la forma del provvedimento.

5. L'anticipazione volontaria degli esiti della confisca

Se fino ad ora abbiamo esaminato soltanto i risvolti processuali della confisca che hanno un impatto negativo sull'ente, a questo punto un accenno merita pure, limitatamente alla confisca, l'istituto della «riparazione delle conseguenze del reato» (art. 17), destinato ad avere, sotto il profilo dello sviluppo processuale, un impatto positivo per l'ente stesso.

In questa prospettiva, infatti, laddove concorrano – prima della dichiarazione di apertura del dibattimento – i presupposti della messa a disposizione del profitto ai fini della confisca, del risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze del reato, nonché della rimozione delle carenze organizzative tramite l'adozione e l'attuazione di un Modello, le sanzioni interdittive, in caso di condanna dell'ente, non si applicheranno.

Come, in presenza dei medesimi presupposti, verranno revocate eventuali misure cautelari interdittive già applicate all'ente (art. 50), nonché convertite in sanzioni pecuniarie le già irrogate sanzioni interdittive, qualora le attività riparatorie richiamate vengano poste in essere oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento o in seguito a fusione o scissione dell'ente (art. 31, comma 2).

A riguardo, senza entrare nello specifico della disciplina delle condotte riparatorie, preme tuttavia osservare come, nella suddetta prospettiva, la confisca e il profitto

²⁰ A riguardo, cfr., per tutti, VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 339 ss., il quale peraltro sembra non escludere, dal meccanismo dell'applicazione della confisca nell'ambito del patteggiamento, un intervento attivo anche delle parti interessate.

possano talvolta assumere connotazioni positive per l'ente se valorizzate in anticipo rispetto alla condanna ovvero in occasione di un atteggiamento destinato a rivelare una sorta di respiscenza da parte dell'ente stesso.

Sembra dunque possibile affermare che anche in tale contesto – alla stregua di ciò che avviene nell'ambito dell'intero sistema disciplinato dal d.lgs. 231/2001 – la prospettiva premiale subentra a quella punitiva ogniqualvolta l'ente dimostri concretamente di essersi «pentito» e di volere porre in qualche modo «rimedio» al proprio comportamento ritenuto illecito.

6. Conclusioni

Tentando una conclusione finale, preme sottolineare come nel contesto del d.lgs. 231/2001 l'istituto della confisca, nelle sue diverse declinazioni, non sia assistito da una sistematica rigorosa, ma tenda, viceversa, a perseguire finalità pratiche e operative in linea con quelle che sono le finalità del microsistema normativo in esame.

In sostanza, la chiave di lettura per interpretare correttamente la confisca qui considerata in rapporto agli istituti processuali, è quella volta a fare in modo che, all'esito del processo, l'ente risulti privato dell'arricchimento ottenuto in modo illecito, ovvero, nell'ipotesi di cui all'art. 15, dell'arricchimento ottenuto in modo lecito, ma non spettante all'ente, preservato in attività, in questo caso, per ragioni non riconducibili a meriti particolari.

Tuttavia, il sistema della confisca, dal punto di vista processuale, se all'esito del processo diventa comunque una «pena» per l'ente, ove lo si valorizzi volontariamente in un momento endoprocessuale – ad esempio, con la messa a disposizione del profitto in sede di condotte riparatorie ai sensi dell'art. 17 – assume connotati premiali volti a incidere positivamente sulle altre situazioni negative in grado di determinare ricadute pregiudizievoli sull'attività dell'ente.

Insomma, in una prospettiva processuale, la confisca del profitto, nell'ambito del d.lgs. 231/2001, rischia di assumere connotati non solo sanzionatori, ma, se valutata in una prospettiva indiretta, anche premiali.

