

(<http://www.pisauniversitypress.it/>)

La casa editrice (<http://www.pisauniversitypress.it/chi-siamo.html>)

Catalogo pubblicazioni (<http://www.pisauniversitypress.it/>)

Collane Archivio Penale (/collane)



## Archivio Penale (/)

Rivista Scientifica dell'Area 12 Anvur ([https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2020/08/Elenco-riviste-scientifiche\\_Area12\\_VIquad.pdf](https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2020/08/Elenco-riviste-scientifiche_Area12_VIquad.pdf)) - Fondata da Remo Pannain (<http://www.pannain.com/>) - Diretta da David Brunelli

### Filtri di ricerca

#### Tipologia



- Contenuto gratuito
- Articolo a pagamento
- Articolo open access

#### Data



da

a

**FILTRA**

## Risultati della ricerca

mormando



### Articoli (2)

1

VITO MORMANDO

Obblighi di pagamento e obblighi dichiarativi nelle procedure concorsuali (/obblighi-di-pagamento-e-obblighi-dichiarativi-nelle-procedure-concorsuali/articoli/42593)

PUBBLICATO IL 17/08/2023

VITO MORMANDO

Il principio di proporzionalità della confisca: alcune brevi riflessioni, a margine della sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 delle SS.UU. (/il-principio-di-proporzionalita-della-confisca-alcune-brevi-riflessioni-a-margine-della-sentenza-24-giugno-2021-n-36959-delle-ssuu/articoli/42576)

PUBBLICATO IL 19/07/2023

Dati statistici

I nostri collaboratori

**Iscriviti alla Newsletter**

(/newsletter)

Archivio Penale è una rivista quadrimestrale di diritto, procedura e legislazione penale speciale, europea e comparata fondata nel 1945; Autorizzazione n. 114 del 7 settembre 1984 Tribunale di Urbino - ISSN 0004-0304, e-ISSN 2384-9479

Archivio Penale è documentato nell'[Archivio DoGi \(http://www.ittig.cnr.it/dogi/\)](http://www.ittig.cnr.it/dogi/) dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche

Questo sito è gestito da Pisa University Press - [Privacy e Cookies \(/crediti/contenuti/6499\)](#)

© Copyright 2017 Pisa University Press Srl - Società con socio unico Università di Pisa Lungarno Pacinotti 43/44 56126 Pisa - PI 02047370503 - CF 02047370503

Powered by [Booksflow \(http://www.booksflow.it/\)](http://www.booksflow.it/) - [Progettinrete \(http://www.progettinrete.com/\)](http://www.progettinrete.com/) - [Crediti \(/crediti/contenuti/6498\)](#)

## QUESTIONI APERTE

---

### Principio di proporzionalità della confisca

#### La decisione

Confisca - *periculum in mora* - principio di proporzionalità - esigenze cautelari - finalità di prevenzione - parametri di accertamento

(Art. 240 c.p.)

*Ai fini dell'applicazione della confisca è necessario, accanto ad un rigoroso accertamento del periculum in mora, un simmetrico e parimenti rigoroso accertamento del principio di proporzionalità tra la finalità di prevenzione della misura ed il principio di proporzionalità.*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. un., 11 ottobre 2021 (ud. 24 giugno 2021), n. 36959 - FUMU, *Presidente* - ANDREAZZA, *Relatore*

#### Il principio di proporzionalità della confisca: alcune brevi riflessioni, a margine della sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 delle SS.UU.

La confisca continua a rappresentare lo strumento di contrasto a tutte le forme di ricchezza illecita. E tuttavia, come hanno recentemente stabilito le Sezioni Unite della S.C., è necessario che vi sia sempre un rigoroso accertamento tra finalità di prevenzione e garanzie personali.

*The principle of proportionality of forfeiture: some brief reflections, about the June 24, 2021, no. 36959 ruling of the SS.UU.*

*Forfeiture continues to be the tool for «fighting» all forms of illicit wealth.*

*And yet, as the United Sections of the S.C. have recently ruled, there must always be a strict assessment between prevention purposes and personal guarantees.*

**SOMMARIO:** 1. Vincolo cautelare reale e onere motivazionale in ordine alla sussistenza del *periculum in mora* nel prisma del principio di proporzionalità. - 2. Criteriologia del principio di proporzionalità. - 3. *Proportionality test* e ablazione reale.

1. *Vincolo cautelare reale e onere motivazionale in ordine alla sussistenza del periculum in mora nel prisma del principio di proporzionalità.* Nell'ambito della virtuosa dialettica tra “costituzionalismo nazionale” e “costituzionalismo europeo”, il principio di proporzionalità è diventato il meta-principio

---

<sup>1</sup> Cfr. BARTOLI, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *www.sistema-penale.it*, 14 aprile 2022; ID., *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, 83-90, che, nel definirne le reciproche relazioni, parla efficacemente di «un meta-costituzionalismo, inevitabilmente differenziato per ogni Stato, dove la penetrazione del costituzionalismo europeo deve avvenire nel costituzionalismo nazionale in modo da non alterare gli assetti di quest'ultimo e quindi con lo sforzo di dare attuazione alle finalità di garanzia convenzionale con mezzi compatibili con l'assetto costituzionale».

informatore dell'intero microsistema e il nucleo centrale del *legal reasoning* dei giudici sia di merito che di legittimità.

In ordine a tale profilo, è emblematica la sentenza 24 giugno 2021, n. 36959<sup>2</sup> con la quale le Sezioni unite della Corte di Cassazione sono autorevolmente intervenute sul contrasto giurisprudenziale relativo all'estensione e alla profondità dell'onere valutativo del *periculum in mora* ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, convalidando l'orientamento favorevole al necessario e autonomo apprezzamento delle esigenze cautelari e definendo la natura ed i parametri ai quali ancorare il relativo giudizio, nell'ottica di un equilibrato bilanciamento tra finalità di prevenzione e garanzie personali.

Alla luce del principio di diritto elaborato dalle SS.UU., il provvedimento che dispone il sequestro *ex art. 321, comma 2, c.p.p.* deve contenere la concisa motivazione anche del *periculum in mora*, da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca prima della definizione del giudizio, con la sola eccezione delle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, in relazione al quale la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili *ex lege*<sup>3</sup>.

A fronte del segnalato contrasto giurisprudenziale, uno dei momenti di maggiore pregio della decisione è indubbiamente rappresentato dalla puntuale definizione del contenuto del *periculum in mora*, esattamente ricostruito quale necessità che il provvedimento di sequestro dia motivatamente conto della sussistenza di elementi significativamente indicativi della necessità di procedere ad una spoliazione anticipata, dovuta all'impossibilità di attendere la definizione del giudizio rischiando, diversamente, di divenire concretamente impraticabile il provvedimento ablativo finale.

All'interno di questa più puntuale dimensione del giudizio è solo il pericolo che nelle more del procedimento il bene possa essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato a legittimare il vincolo cautelare, la cui autonomia di scopo è diretta ad evitare che il decorso del tempo possa neutralizzare la concreta *adprehensio* e frustrare le ragioni sottese alla confisca.

---

<sup>2</sup> Cass, Sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, in *Cass. pen.*, 2022, 2, con nota di BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, 543 ss.

<sup>3</sup> Così § 12 del "Considerato in diritto".

Il sequestro disciplinato dall'art. 321, comma 2, c.p.p. assume, dunque, una funzione conservativo-anticipatoria non troppo dissimile da quella svolta dal sequestro ex art. 316, comma 1, c.p.p.<sup>4</sup>.

Oltre a rappresentare l'approdo necessario - come subito si dirà - di un corretto giudizio di proporzionalità, tale soluzione sembra suggerita già da solide ragioni di coerenza funzionale fra vincolo cautelare e misura finale. E, difatti, la generale vocazione ripristinatoria delle varie forme di confisca dei proventi - quali misure che, a prescindere dalla natura giuridica, appaiono indubbiamente orientate ad un obiettivo (anche) di *asset recovery* - mal si concilia con un vincolo interinale che, se slegato dall'accertamento di un *periculum* di dispersione del bene, appare rivolto soprattutto a fronteggiare anticipatamente una pericolosità "relazionale" della cosa e non un rischio di volatilizzazione della garanzia patrimoniale.

A sostegno di tale tesi, poi - come correttamente ricordato dal Giudice di legittimità - militano tanto argomenti di natura testuale, quanto, soprattutto, ragioni sistematiche e di razionalità "intrinseca" della misura cautelare.

Quanto ai primi, la facoltatività dell'apposizione del vincolo - rivelata dall'impiego del verbo modale («il giudice può») - postula l'esercizio di un potere di discrezionalità del quale è sempre necessario dare conto nella motivazione del provvedimento applicativo.

Con riguardo alle seconde, ben più pregnanti, è immanente alla stessa logica della cautela l'esigenza di un'adeguata motivazione dell'esercizio del potere di disposizione del vincolo: la circostanza che misure limitative di diritti dell'imputato, normalmente condizionate all'affermazione di responsabilità o quantomeno all'accertamento del fatto, vengano anticipate rispetto alla decisione finale implica la concreta esistenza della c.d. "esigenza" ablatoria, il cui accertamento deve necessariamente essere oggetto di idonea motivazione nel provvedimento applicativo.

---

<sup>4</sup> D'altronde, già prima dell'intervento delle Sezioni unite, una tale ricostruzione emergeva in alcuni lavori della dottrina: cfr. VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 423 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 191 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in [www.la-legislazionepenale.eu](http://www.la-legislazionepenale.eu), 14 dicembre 2020, 15 s.; BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2073 ss. Ad avviso dell'ultimo Autore, in particolare, la funzione assegnata alla misura cautelare ne disvela una significativa affinità al sequestro conservativo e la definizione come "preventivo" rischia, perfino, di rivelarsi una mera "truffa delle etichette", rappresentando una chiara forzatura del sistema in quanto maschera come misura a finalità preventiva quella che è, in realtà, una mera garanzia patrimoniale.

Al contrario, affermare la sufficienza di una generica motivazione, in ordine alla riconducibilità del bene al novero delle *res* oggettivamente suscettibili di confisca significa «motivare ai fini della misura finale, in tal modo annullando ogni divaricazione tra il piano cautelare ed il piano del giudizio, sì che, davvero, la mera confiscabilità finirebbe, inammissibilmente, per giustificare *ipso iure* il sequestro»<sup>5</sup>.

Né, del resto, la necessaria valutazione sulla sussistenza del *periculum* può variare, a seconda della formale qualificazione della confisca come facoltativa o come obbligatoria, ostando in tal senso tanto ragioni riconducibili all'inesistenza di una solida dogmatica della confisca – in grado di orientare razionalmente le scelte del legislatore in materia e di giustificare già in astratto una differente modulazione del giudizio sulle esigenze cautelari in ragione delle diverse finalità perseguite dal provvedimento ablativo definitivo – quanto l'incongruenza di una valorizzazione del distinto regime applicativo dell'ablazione definitiva rispetto allo scopo precipuo della cautela<sup>6</sup>.

Sotto il primo profilo – e al di là della generale vocazione funzionale al recupero di vantaggi illeciti delle confische dei proventi – è ampiamente nota la difficoltà che l'interprete incontra nel tentativo di razionalizzare le diverse forme di confisca presenti nell'ordinamento – in ragione della proliferazione di misure che paiono riconducibili ad un'apparente unità solo sul versante nominalistico e, almeno in parte, sul piano degli effetti, essendo comunque tutti mezzi di *deprivation of property*<sup>7</sup> – risultando l'istituto sempre più «teleologicamente ambiguo e dogmaticamente apolide»<sup>8</sup>.

Anche volendo limitare l'attenzione alla sola figura “generale” disciplinata dall'art. 240 c.p., non è di pacifica ed immediata evidenza la finalità politico-criminale dell'istituto<sup>9</sup>, né la *ratio* sottesa alla distinzione tra alcune forme di

<sup>5</sup> In questi termini, con grande chiarezza, il § 6.2 del “Considerato in diritto”.

<sup>6</sup> Cfr. § 6.3.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>7</sup> Così ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, vol. III, Milano, 2006, 2129 ss.

<sup>8</sup> In questi termini, MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1261 e ss.

<sup>9</sup> Già in tempi vicini alla codificazione, in dottrina sono emerse ricostruzioni contrastanti in merito alla reale finalità della misura. Alle tesi di chi, facendo leva sulla Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ne difendeva una natura autenticamente preventiva, legata ad un'idea di pericolosità “relazionale” della *res* che, qualora lasciata nella disponibilità del reo, verrebbe a costituire per lui un incentivo a commettere ulteriori illeciti, secondo l'idea che «dalle cose la pericolosità passa al soggetto», si opponevano le ricostruzioni tese ad evidenziare il carattere essenzialmente repressivo dell'istituto, dimostrato dal fatto che ad esso «non si applicano le norme proprie delle misure di sicurezza ogni qualvolta per un qualsiasi effetto giuridico debba prendersi in considerazione la pericolosità del soggetto». Riconducibili al primo

confisca facoltativa e obbligatoria, rischiando, pertanto, di risultare arbitraria una gradazione *in peius* dell'onere motivazionale sul *periculum* - tendente a inclinare verso meri automatismi applicativi della cautela reale - legata ad una presunzione assoluta di pericolosità di alcuni beni pertinenti al reato asseritamente già svolta *ex ante* dal legislatore<sup>10</sup>.

Ed ancora: una differente modulazione del *periculum* fondata sulla distinzione tra forme facoltative e forme obbligatorie di confisca risulta inconferente, rispetto alla *prospettiva teleologica* del vincolo cautelare, così sovrapponendo le ragioni della logica della cautela, da un lato e della logica dell'ablazione definitiva, dall'altro.

Se, difatti, nella prospettiva cautelare è solo l'esistenza di un pericolo di dispersione del bene a giustificare un'ablazione anticipata finalizzata a garantire l'effettività della spoliazione definitiva, una diversa articolazione del *periculum* dipendente dal mero regime applicativo della confisca rischia di frustrare in radice qualsiasi autonomia di scopo della cautela, rendendo il vincolo nient'altro che un mero "surrogato" prodromico all'eventuale misura definitiva.

Una diversa gradazione dell'onere motivazionale - come puntualmente evidenziato dalle Sezioni Unite - sarà giustificata, per converso, solo con riguardo al sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione

---

orientamento gli autorevoli rilievi di BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1978, 888 ss., e MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 980 ss. Per l'inquadramento repressivo, cfr. soprattutto le altrettanto autorevoli osservazioni di CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, 2, 637 ss.; SABATINI, *La confisca nel diritto processuale penale*, Napoli, 1943, 3 ss., 11; ID., *Di alcune questioni in tema di confisca*, in *Arch. pen.*, 1945, 2, 344 ss. Scettico sulla qualificazione dell'istituto come misura di sicurezza anche MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1950, 351 ss., secondo cui sarebbe stato meno improprio riguardare la confisca come una sanzione civile - e regolarla subito dopo la disposizione dell'art. 189 c.p. - ovvero considerarla come un provvedimento a sé stante di indole amministrativa. D'altronde, significative perplessità sulla natura autenticamente preventiva della confisca "generale" ex art. 240 c.p. - astrattamente coerente con la qualificazione giuridica datane dal legislatore del codice come misura di sicurezza patrimoniale - sono emerse successivamente in dottrina in considerazione della difficoltà di formulare un giudizio di pericolosità rispetto al bene confiscabile dalla durata perpetua e dell'applicabilità della misura anche in caso di concessione della sospensione condizionale. Cfr., sul punto, ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 45 ss.; GRASSO, *Art. 240*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di Romano-Grasso-Padovani, vol. III, Milano, 2011, 606 ss.; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 167.

<sup>10</sup> Un argomento di questo tipo, tra l'altro, rischia di tradire una confusione concettuale e funzionale tra sequestro impeditivo e sequestro strumentale alla confisca, considerato che anche laddove si aderisse alle ricostruzioni tese a valorizzare l'oggettiva pericolosità del bene suscettibile di confisca obbligatoria, tale pericolosità "relazionale" giustificherebbe già l'applicazione del sequestro impeditivo ex art. 321, comma 1, c.p.p., rendendo sostanzialmente superflua la disposizione di cui al secondo comma e privando, conseguentemente, la diversa figura di sequestro di qualsiasi autonomia funzionale.

costituisce reato, essendo sufficiente accertare la mera riconducibilità delle res al novero di quelle confiscabili *ex lege*<sup>11</sup>.

In tale ipotesi, difatti, la confisca prescinde da qualsiasi accertamento di responsabilità penale, costituendo la mera proiezione del regime giuridico di una bene oggettivamente illecito<sup>12</sup>, che impone l'intervento cautelare a prescindere da ogni considerazione sul pericolo di sottrazione della cosa ad un successivo provvedimento ablativo definitivo<sup>13</sup>, considerato che la spoliazione è sempre e comunque disposta indipendentemente dall'esito del giudizio di merito.

La soluzione cui pervengono le Sezioni Unite è corroborata da un'attenta valorizzazione del principio di proporzionalità, le cui potenzialità performative risultano in grado di giustificare la decisione adottata nel prisma di un corretto bilanciamento tra ragioni pubblicistiche sottese alla peculiare figura di sequestro e contro-interessi incisi dalla misura<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. § 9 del "Considerato in diritto".

<sup>12</sup> D'altronde la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato l'illiceità oggettiva in senso assoluto delle cose confiscabili ai sensi dell'art. 240, comma 2 n. 2, c.p. che permette di prescindere completamente dal rapporto con il soggetto che ne dispone. Cfr., sul punto, Corte cost., 9 luglio 1974, n. 229; Corte cost., 21 dicembre 1976, n. 259; Corte cost., 14 gennaio 1987, n. 2. In argomento, si vedano anche le lucide considerazioni di GRASSO, *Art. 240*, cit., 610 ss.

<sup>13</sup> Cfr. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora*, cit., 552 che, pur ritenendo assolutamente condivisibili le conclusioni cui giungono le Sezioni unite sul punto, evidenzia la non totale logicità del riferimento ad un precedente del Giudice di legittimità (Sez. un., 30 maggio 2019, n. 40847) – sul divieto di restituzione di beni in sequestro ex art. 324, comma 7, c.p.p. – nel quale «con un certo azzardo e ambiguità per la verità» sono assimilate le cose intrinsecamente illecite al prezzo del reato, in ragione della asserita uniformità derivante dalla necessità che per la confisca obbligatoria di queste res si possa prescindere dalla condanna (nonostante la confisca del prezzo presupponga sempre un previo accertamento di responsabilità). Ed in effetti, le Sezioni unite si trovano immediatamente costrette a precisare le ragioni per le quali il provvedimento di sequestro strumentale alla confisca del prezzo non si sottrae comunque all'onere motivazionale sul *periculum in mora*, di talché il riferimento al precedente risulta in verità privo della ritenuta capacità di supporto argomentativo e non del tutto pertinente rispetto al condivisibile esito decisorio.

<sup>14</sup> Il Giudice di legittimità, tra l'altro, ha cura di evidenziare come nella propria pregressa giurisprudenza il principio di proporzionalità sia già stato valorizzato con riferimento alle misure cautelari reali – in consonanza con le acquisizioni della giurisprudenza europea – proprio al fine di evitare un'exasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata. Cfr., ad esempio, Cass., Sez. V, 21 ottobre 2010, n. 8152; Cass., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 246103; Cass., Sez. III, 7 maggio 2014, n. 21271; Cass., Sez. II, 28 maggio 2019, n. 29687. Da ultimo, all'interno di un'omologa e simmetrica *ratio* ancorché con riferimento al diverso istituto del sequestro probatorio, le stesse Sezioni unite hanno riconosciuto l'importanza del *proportionality test* nella valutazione sull'*an* e sul *quomodo* della scelta ablativa con la sentenza Cass., Sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072 e, già prima, con la pronuncia Cass., Sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876.

2. *Criteriologia del principio di proporzionalità*. Come in precedenza evidenziato, il rilievo sempre maggiore che il principio ha assunto già nel dibattito costituzionalistico - e, di riflesso, in quello penalistico - deriva dall'adesione a letture "pluraliste" della Costituzione<sup>15</sup>, secondo le quali, in estrema sintesi, la Carta fondamentale - non avendo risolto *ex ante* e definitivamente il contrasto tra le diverse possibili istanze comunque riconducibili al campo di gravitazione di un diritto fondamentale<sup>16</sup> - non indicherebbe semplicemente un catalogo armonico e non conflittuale di diritti, rendendo, pertanto, insufficiente una mera attività ermeneutica del testo costituzionale ai fini della composizione dell'eventuale contrasto tra pretese egualmente fondate, in quanto riconducibili al bacino di tutela di un diritto costituzionalmente riconosciuto<sup>17</sup>.

La soluzione di tale conflitto, allora, impone all'interprete opzioni valutative finalizzate a definirne confini certi e ragionevoli<sup>18</sup>.

In questo orizzonte di senso, non ogni limitazione di un diritto costituzionalmente riconosciuto rappresenta un'automatica violazione dello stesso, dovendosi sempre verificare se tale ingerenza risulti o meno giustificabile al metro della proporzionalità.

L'importanza che il principio ha assunto (anche) nella decisione in commento impone allora una, pur sintetica, ricostruzione del correlato modulo di giudizio.

In generale, la natura sequenziale del *proportionality test* - al netto delle rilevanti differenze affiorate nei diversi schemi ricostruttivi - ne tramanda una struttura tendenzialmente triadica, sempre preceduta da una preliminare

<sup>15</sup> Sui cui tratti fondamentali si veda CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 145 ss.

<sup>16</sup> In una tale prospettiva, non esistendo una gerarchia predeterminata in astratto tra diritti e valori costituzionali, il bilanciamento fra gli stessi risulta un'operazione strutturalmente dinamica affidata in primo luogo al legislatore e sulla quale la Corte costituzionale effettua il proprio compito di controllo. In questi termini, CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di Giorgis-Grosso-Luther, Torino, 2016, 471 ss.

<sup>17</sup> Un'impostazione teorica di tal fatta - in un contesto finalizzato a "testare" la resa del principio di proporzionalità come fondamento e limite alle scelte di criminalizzazione - si rinviene nel lavoro monografico di RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 79 ss., al quale si rinvia per un migliore approfondimento della dicotomia letture coerentiste/letture pluraliste della Costituzione e dei rispettivi pendant penalistici.

<sup>18</sup> È ampiamente nota, d'altronde, la necessità che la dimensione pre-normativa e perfino "intuitiva" della proporzionalità sia riempita di un idoneo contenuto "critico" che ne corrobori la tenuta euristica e ne definisca logica e confini delle performance quale principio garantistico. Del resto, come autorevolmente osservato, «*Proportionality [...] is a framework that must be filled with content*»: BARACK, *Proportionality* (2), in *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, a cura di Rosenfeld-Sajo, Oxford, 2012, 738 ss., 741.

operazione concettuale finalizzata ad individuare la *ratio legis* della disposizione limitatrice del diritto fondamentale, ovvero sia lo scopo perseguito dal legislatore all'atto dell'ingerenza nel godimento di un diritto fondamentale<sup>19</sup>.

Svolta tale preliminare operazione, il primo *step* del giudizio di proporzionalità dovrà necessariamente consistere nella valutazione dell'idoneità della limitazione ad implementare le possibilità di raggiungimento del fine legittimo perseguito dal legislatore (*Geeignetheit* o *suitability*), secondo una logica che guarda prioritariamente all'utilità dell'intervento o, meglio, alla non inutilità dell'ingerenza rispetto all'obiettivo di tutela prefissato.

Il secondo livello del *test* è orientato alla valutazione della necessità della limitazione (*Erforderlichkeit* o *necessity*), in un orizzonte d'analisi concentrato sull'eventuale esistenza di soluzioni alternative dotate della medesima capacità di conseguimento del fine legittimo, ma connotate, al contempo, da una minore (o, perfino, nulla) incidenza sul diritto fondamentale.

Queste prime due fasi del *test* di proporzionalità si caratterizzano per una natura tendenzialmente "strumentale", dimostrando sovente una scarsa capacità selettività ed un'efficacia prevalentemente "servente" rispetto all'ultima fase del giudizio, essendo soprattutto funzionali, come è stato efficacemente osservato, a svolgere un'accurata "topografia del conflitto"<sup>20</sup>, attraverso una precisa mappatura dell'importanza dei contro-interessi incisi dall'intervento e della praticabilità, efficacia, sostenibilità nonché dei costi di eventuali soluzioni alternative<sup>21</sup>. L'ultima sequenza - vero e proprio *clou* valutativo del giudizio - consiste infine nel vaglio della c.d. proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza) della misura, in relazione ai fini perseguiti, attraverso una verifica della non eccessività della compressione del diritto fondamentale, nel quadro di un complesso e delicato bilanciamento dei vari interessi individuali e collettivi in gioco<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> In questo momento prodromico del giudizio di proporzionalità poca importanza assumerà la maggiore o minore rilevanza del fine perseguito dal legislatore, avendo l'operazione il mero obiettivo "ricostruttivo" di individuare le specifiche ragioni di tutela di diritti altrui o di perseguimento dell'interesse pubblico che hanno motivato il legislatore all'introduzione di una limitazione di un diritto fondamentale. Cfr., sul punto, le puntuali osservazioni di RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 100 e, con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 73; 79 ss.

<sup>20</sup> In questi termini si esprime icasticamente BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 63.

<sup>21</sup> Cfr. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 102.

<sup>22</sup> Così, con esemplare chiarezza, ancorché incidentalmente nel contesto di un'istruttiva indagine dedicata al diverso giudizio retrospettivo di proporzionalità della pena rispetto al fatto commesso, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 117.

3. Proportionality test e ablazione reale. Il *proportionality test*, alla luce di quanto fin qui argomentato, non può non rappresentare l'unico fine possibile perseguito dal legislatore mediante la previsione di un'autonoma forma di sequestro strumentale alla confisca sia quella di evitare, attraverso il vincolo cautelare, il pericolo di dispersione o di deterioramento del bene confiscabile, allo scopo di garantire l'effettività del provvedimento finale.

Se, difatti, la finalità perseguita dalla misura cautelare fosse quella di neutralizzare una pericolosità "relazionale" della *res*, l'istituto si rivelerebbe all'evidenza ultroneo e privo di qualsiasi specifica utilità, potendo già trovare applicazione la diversa forma di sequestro "impeditivo".

Una basilare esigenza di conservazione della disposizione impone, allora, di ricostruire lo scopo della misura avendo di mira il ben più pregnante obiettivo di evitare che, nelle more del procedimento, il bene passibile di confisca possa essere, più o meno artificiosamente, sottratto alla successiva (ed eventuale) pretesa ablativa.

Forti ragioni di coerenza e razionalità sistematica depongono in tal senso, pur a fronte di una formulazione legislativa anodina e, per alcuni versi, ambigua.

La "irresistibile ascesa" del principio di proporzionalità<sup>23</sup> in tutti i settori dell'ordinamento giuridico ha finito - come già anticipato - per irradiare diversi orientamenti giurisprudenziali, sempre più sensibili alle esigenze di un corretto contenimento tra le finalità sottese ad ogni ingerenza nel godimento di un diritto fondamentale e i contro-interessi pubblicistici e privatistici incisi, favorendo la diffusione di una *koïnè* (più o meno) condivisa dell'equo bilanciamento, del minimo sacrificio necessario allo scopo e della puntuale giustificazione di ogni intervento limitativo di un diritto fondamentale.

La legittima finalità di salvaguardare l'effettività della successiva (ed eventuale) confisca mediante il previo sequestro del profitto del reato, difatti, non può eccedere quanto strettamente necessario al fine perseguito e deve realizzarsi attraverso forme che si rivelino adeguate alla tutela degli altri diritti incisi dall'intervento, evitando, in ogni caso, forme di parossistica compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica dell'ente attinto dalla cautela reale. Il Giudice, pertanto, all'atto dell'esecuzione della misura e per tutta la successiva dinamica esecutiva, dovrà sempre evitare che il vincolo cautelare trascenda

---

<sup>23</sup> Secondo l'icastica espressione utilizzata da MARTENS, *L'irresistible ascension du principe de proportionnalité*, in Aa.Vv., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, vol. I, 1992, 48, citato da MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1428.

dall'alveo dei propri effetti tipici, risolvendosi in una sostanziale e definitiva paralisi dell'attività economica svolta dall'ente<sup>24</sup>.

In definitiva, è proprio l'esigenza di garantire il "minimo sacrificio necessario" allo scopo - e, conseguentemente, l'equilibrato bilanciamento fra i diversi interessi in gioco - a rappresentare la stella polare per l'interprete nell'applicazione di ogni misura limitativa di diritti fondamentali, che voglia prestare un tributo, non meramente dichiarativo e formale, al baricentrico canone della proporzionalità.

In questo contesto, la soluzione elaborata dalle Sezioni unite permette di evitare torsioni marcatamente "autoritarie" della misura interinale e "sovradossaggi" cautelari che rivelano un'evidente irrazionalità dinanzi al quadro dei valori rilevanti, rischiando, per di più, di risultare (anche) inutili, rispetto alle effettive finalità legislative.

**VITO MORMANDO**

---

<sup>24</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 11 aprile 2022, n. 13936, §. 14 del "Considerato in diritto". D'altronde la proiezione teleologica dell'intero d.lgs. n. 231/2001 alla salvaguardia della continuità aziendale è chiaramente espressa dall'art. 53, comma 1 bis, introdotto dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, il quale prevede che «ove il sequestro, eseguito ai fini della confisca per equivalente prevista dall'art. 19, comma 2, abbia ad oggetto società, aziende ovvero beni, ivi compresi i titoli, nonché quote azionarie o liquidità anche se in deposito, il custode amministratore giudiziario ne consente l'utilizzo e la gestione agli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali, esercitando i poteri di vigilanza e riferimento all'autorità giudiziaria». L'interesse generale alla continuità aziendale è, poi, fortemente valorizzato anche dallo strumento previsto dall'art. 15 d.lgs. n. 231/2001 in forza del quale, laddove ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura interdittiva (anche in via cautelare stante il disposto dell'art. 45, comma 3, d.lgs. n. 231/2001), il giudice dispone la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della medesima sanzione quando ricorra almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Più in generale, la stessa natura "sussidiaria" delle sanzioni interdittive nella complessiva architettura sanzionatoria del decreto è emblematica del *favor* per forme sanzionatorie che non limitino soverchiamente le esigenze di *going concern* dell'ente.