

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

L'ACCERTAMENTO DEL *PERICULUM* NEL SEQUESTRO PREVENTIVO "OBBLIGATORIO", IN VISTA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

di Mario Arbotti

In seguito alla mirabile decisione delle Sezioni Unite Ellade è sorto un nuovo contrasto giurisprudenziale in ordine al corretto atteggiarsi dell'onere motivazionale sul periculum in mora nei casi di sequestro preventivo "obbligatorio" finalizzato alla confisca, risolvibile alla luce di un'applicazione attenta delle logiche che informano il principio di proporzionalità. Dopo aver rimarcato il ruolo svolto dal principio nella valorizzazione della figura dell'interprete in funzione "promozionale" e "compositiva", l'Autore si confronta con i rilevanti problemi di legittimazione del giudice comune nel maneggiare le "geometrie fluide" del bilanciamento tipico del proportionality test, evidenziando come la ponderazione nel caso concreto non sembri riguardare tanto i principi o altri elementi di valore, quanto le sole circostanze di fatto che permettono di qualificare giuridicamente e connotare "equitativamente" il caso sottoposto al giudizio. La corretta interpretazione sistematica delle disposizioni ex art. 321, commi 2 e 2 bis c.p.p., restituisce, allora, l'immagine di un giudice attento agli effetti dell'intervento cautelare, nel quadro di una più generale evoluzione dei rapporti tra la figura del giudicante e le esigenze della continuità aziendale: un giudice "tessitore di relazioni", sensibile alle conseguenze e ai costi di ordine macro-economico e sociale che l'intervento cautelare è in grado di produrre.

SOMMARIO: 1. L'unica incertezza di una sentenza mirabile: le Sezioni Unite Ellade sull'accertamento del *periculum* nel sequestro preventivo "obbligatorio". – 2. Il giudice "tessitore": la declinazione in concreto del principio di proporzionalità e la distinzione tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro preventivo. – 3. I problemi di legittimazione del giudice nel prisma dei valori costituzionali. – 4. La ponderazione dei "connotati singolari" del fatto e le esigenze di maggiore gradualismo. – 5. Considerazioni conclusive.

1. L'unica incertezza di una sentenza mirabile: le Sezioni Unite Ellade sull'accertamento del *periculum* nel sequestro preventivo "obbligatorio".

Attraverso una sapiente valorizzazione ermeneutica del principio di proporzionalità, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 (Ellade)¹, hanno risolto il precedente contrasto giurisprudenziale relativo

¹ Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 2021, n. 36959, in *Cass. pen.*, 2022, 532 ss. con nota di R. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, *ivi*, 543 ss. e in *Sistema penale*, 9 novembre 2021, con osservazioni di S. PIERGIOVANNI, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca: le Sezioni*

all'estensione e alla profondità dell'onere valutativo sul *periculum in mora* ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca², aderendo all'orientamento favorevole al necessario e autonomo apprezzamento delle esigenze cautelari, nell'ottica di un equilibrato bilanciamento tra finalità pubblicistiche sottese alla misura e contro-interessi incisi dal vincolo cautelare.

Come è ampiamente noto, la natura sequenziale del *proportionality test*³ ne tramanda una struttura tendenzialmente triadica, sempre preceduta, però, da una preliminare 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 dello stesso⁴, per valutare, poi, la non eccessività della compressione del diritto rispetto agli scopi di tutela, nel quadro di un complessivo e delicato bilanciamento dei vari interessi individuali e collettivi in gioco⁵.

unite impongono l'onere di motivare sul periculum in mora.

² Prima dell'ultimo arresto nomofilattico, la giurisprudenza di legittimità era pervenuta sul punto ad epiloghi decisori sensibilmente differenti. Un primo indirizzo, difatti, escludeva l'obbligo per il giudice di dare conto nella motivazione relativa all'applicazione del sequestro della sussistenza del *periculum*, facendo leva tanto sulla natura autonoma e sulle differenti funzioni del sequestro strumentale alla confisca rispetto al sequestro "impeditivo", quanto sulla sussistenza *in re ipsa* di un'oggettiva pericolosità del bene da sottoporre a sequestro, già vagliata *ex ante* dal legislatore al momento della previsione della confiscabilità della *res* e non necessitante, pertanto, alcun approfondimento valutativo da parte del giudice precedente (cfr., pur con varietà di sfumature ed accenti, Cass. pen., Sez. VI, 17 marzo 1995, n. 1022; Cass. pen., Sez. VI, 21 ottobre 1994, n. 4114; Cass. pen., Sez. II, 26 giugno 2014, n. 31229; Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2014, n. 47684; Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887). Un diverso orientamento, per converso, pur aderendo alla tesi della strutturale alterità funzionale tra sequestro strumentale alla confisca e sequestro "impeditivo", giudicava comunque indefettibile, ai fini dell'applicazione della prima misura, l'esistenza e l'autonoma valutazione di un pericolo di sottrazione o di dispersione del bene confiscabile, la cui sola sussistenza avrebbe giustificato un intervento ablativo anticipato finalizzato a garantire l'effettività della successiva decisione di merito (cfr., pur con varie e significative gradazioni dell'onere motivazionale, Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 1994, n. 151; Cass. pen., Sez. II, 9 novembre 2011, n. 43325; Cass. pen., Sez. II, 21 settembre 2016, n. 46389; Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2018, n. 6562; Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2019, n. 5530; Cass. pen., Sez. V, 22 luglio 2020, n. 25834).

³ In generale, sulla struttura del giudizio di proporzionalità cfr., *ex multis*, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, New York, 2012; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss. e ptc. 757 ss. e – in un contesto finalizzato a "testare" la resa del principio di proporzionalità come fondamento e limite alle scelte di criminalizzazione – N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 100 ss.

⁴ 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 N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 100 e, con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 73, 79 ss.

⁵ In questi termini, ancorché incidentalmente nel contesto di un'istruttiva indagine dedicata al diverso giudizio retrospettivo di proporzionalità della pena rispetto al fatto commesso, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 117.

A ben vedere – come correttamente osservato dal Giudice di legittimità – una basilare esigenza di conservazione della disposizione di cui all’art. 321, comma 2, c.p.p. impone di ricostruire il fine perseguito dal legislatore avendo di mira il solo 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, considerato che se 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” (art. 321, comma 1, c.p.p.).

Individuato correttamente il fine perseguito dal legislatore, una ricostruzione della cautela con annessa “compressione” del *periculum* tramanderebbe, difatti, significativi dubbi di compatibilità con il principio costituzionale e convenzionale: alla diminuzione meramente congetturale del rischio che il bene potenzialmente confiscabile sia nel frattempo occultato o disperso, si affiancherebbe la certa limitazione del diritto di proprietà, di libertà dell’iniziativa economica privata e della presunzione di innocenza nella sua cardinale proiezione di regola di trattamento. In altri termini, una riduzione interpretativa del *periculum* finirebbe per legittimare un’ingerenza statale manifestamente eccessiva rispetto ai fini perseguiti, determinando un’incisione sproporzionata dei diritti fondamentali rilevanti tale da rompere l’equilibrio tra i diversi interessi pubblici e privati in gioco, sacrificando con un’eccedenza irragionevole i secondi anche in assenza di un’apprezzabile esigenza di valorizzazione dei primi.

La decisione, facendo buon governo dei superiori principi che informano la materia e valorizzando con attenzione la precipua logica cautelare e la connessa autonomia di scopo della spoliazione anticipata, ha avuto, dunque, il merito di inibire derive “funzionaliste” e vessatori “assaggi inquisitori”⁶ della misura finale, eventualmente giustificati da surrettizi intenti di difesa sociale o di simbolica rassicurazione della collettività sulla prontezza della risposta al reato da parte dell’autorità inquirente, ricollocando correttamente una misura dagli invasivi “effetti sostanziali” nella dimensione propria dei vincoli interinali che, per loro natura, non possono prescindere dall’esistenza di apprezzabili e ben motivate esigenze cautelari, a meno di trasmodare in anfibie anticipazioni di pena, all’evidenza incompatibili, tra l’altro, con la trama assiologica che delinea lo statuto costituzionale del giusto processo.

Al netto di una sentenza mirabile per la chiarezza concettuale che informa i diversi snodi argomentativi cruciali, l’unico frammento di incertezza rilasciato è confinato all’ombra di un frugale *obiter dictum*, dove la Corte pare miniaturizzare l’onere motivazionale sul *periculum* nel diverso caso di sequestro obbligatorio *ex art. 321, comma 2 bis, c.p.p.*, affermando che la differente formulazione dei commi 2 e 2 *bis* dell’art. 321 c.p.p. giustificerebbe, in relazione alle sole ipotesi di sequestro obbligatorio, una motivazione limitata alla mera individuazione della confiscabilità del bene⁷; costruendo

⁶ Sui quali cfr. A. SCALFATI, *L’ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1 ss.

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 2021, n. 36959, § 6.2. del “Considerato in diritto”.

così – pare di poter arguire – una sorta di “gerarchia motivazionale” differenziata a seconda della tipologia di sequestro.

Com’era ampiamente prevedibile, la “fluidità” del passaggio argomentativo ha dato la stura ad un nuovo contrasto giurisprudenziale – interno alla sesta sezione penale della Corte di Cassazione – in ordine al corretto atteggiarsi dell’onere motivazionale sul *periculum in mora* nei casi di sequestro preventivo “obbligatorio” finalizzato alla confisca, a sua volta risolvibile, come subito si dirà, proprio alla luce di un’applicazione attenta delle logiche che informano il principio di proporzionalità.

2. Il giudice “tessitore”: la declinazione in concreto del principio di proporzionalità e la distinzione tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro preventivo.

L’equivocità del segnalato snodo argomentativo ha permesso, come anticipato, lo sviluppo in seno alla sesta sezione penale della Corte di Cassazione di un contrasto giurisprudenziale sincronico, incentrato sul corretto atteggiarsi dell’onere motivazionale del *periculum* nei casi di sequestro obbligatorio *ex art. 321, comma 2 bis, c.p.p.*

Le prime decisioni successive all’arresto nomofilattico⁸, valorizzando tanto la lettera della disposizione, quanto considerazioni di carattere logico-sistematico volte ad attribuire un significato ad un istituto che altrimenti – nell’economia complessiva del ragionamento – costituirebbe un mero duplicato della più ampia e generale misura del sequestro facoltativo, si sono orientate nel senso di ritenere sufficiente il mero indice formale della confiscabilità del bene, senza alcuna ulteriore specificazione in ordine alle ragioni che rendono necessaria l’anticipazione dell’effetto ablativo rispetto alla definizione del giudizio, sul presupposto implicito della sussistenza *in re ipsa* di un’oggettiva pericolosità della *res* già vagliata *ex ante* dal legislatore.

Un successivo orientamento⁹, per converso, esaltando le indicazioni di principio sottese alle valutazioni di matrice sistematica che hanno informato il più volte menzionato arresto delle Sezioni Unite, ha concluso nel senso della indefettibile necessità di una puntuale valutazione delle esigenze cautelari connesse al pericolo di “volatilizzazione” del bene; le sole in grado di assicurare quell’ineludibile esigenza di rispetto di criteri di proporzionalità, evitando, così, un’indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti ed una surrettizia trasformazione della cautela in uno strumento inutilmente vessatorio.

A ben vedere, in effetti, non sembra che l’obbligatorietà dell’apposizione del vincolo possa in alcun modo esimere il giudice dalla scrupolosa valutazione dei necessari presupposti cautelari, ma soltanto elidere ogni spazio di discrezionalità in merito all’applicazione della misura laddove comunque sussistano *fumus* e *periculum*, non superando, altrimenti, la costituzionalmente imposta “prova di resistenza” rispetto ai contro-interessi incisi nel prisma del *proportionality test*¹⁰. In questa prospettiva, la

⁸ Segnatamente Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 2022, n. 12513 e Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 2022, n. 11844.

⁹ Espresso da Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582.

¹⁰ Sul punto cfr. R. BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora*, cit., 548 ss. e, volendo, anche M. ARBOTTI,

natura obbligatoria del sequestro proscrive esclusivamente al giudice ogni successiva valutazione circa l'applicazione del vincolo laddove sia indefettibilmente appurata – e adeguatamente motivata – la sussistenza dei relativi presupposti cautelari.

Ed è proprio nella possibilità di svolgere valutazioni orientate ad un'ulteriore valorizzazione del principio di proporzionalità che risiede la differenza tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro strumentale alla confisca, potendo il giudice solo nel primo caso non applicare il vincolo cautelare, pur in presenza dei necessari presupposti, laddove l'eccessivo sacrificio dei contro-interessi incisi non si lasci giustificare dalla necessità di far fronte ad un grave ed immediato *periculum* di dispersione del bene: a mero titolo esemplificativo, si pensi alla necessità di salvaguardare i livelli occupazionali, il benessere economico/sociale di un certo territorio ove l'impresa opera o, in generale, tutti gli interessi comunque riconducibili alla "funzione sociale"¹¹ dell'impresa – fortemente compressi dall'apposizione della cautela reale – a fronte di un lieve e remoto pericolo di sottrazione dei beni passibili di confisca.

È ben nota, d'altronde, la capacità del principio di operare tanto in "astratto", come utile parametro per il legislatore al fine di verificare già *ex ante* (al momento della scelta normativa) la correttezza del bilanciamento tra i vari interessi in gioco, quanto in una dimensione "concreta" come ausilio valutativo per l'interprete nel momento in cui – a priori – sia chiamato ad incidere con un proprio provvedimento su uno o più diritti fondamentali o – a posteriori, nel caso delle giurisdizioni "critiche" – a verificare che il provvedimento adottato abbia realizzato un corretto bilanciamento tra gli interessi in conflitto¹². E, difatti, valorizzando la capacità logico-persuasiva delle argomentazioni utilizzate per giustificare l'individuazione del corretto punto di equilibrio fra i valori e gli interessi in gioco, la declinazione "in concreto" del principio evoca la figura di un ideal-tipico giudice "tessitore"¹³, tenuto ad incanalare nel prisma della ragione argomentativa il percorso motivazionale che legittima l'identificazione della misura "sostenibile" dell'ingerenza nel godimento del diritto fondamentale.

In altri termini, la "cultura della proporzionalità" esalta la figura dell'interprete in una funzione "promozionale" e "compositiva", non solo esercitando attivamente nei suoi confronti una "coazione alla razionalità" (*Zwang zur Rationalität*) – in ragione della maggiore "giustificabilità" e, a monte, della più agevole controllabilità critica di ogni sua scelta o decisione –, ma, per di più, nella prospettiva di un'estensione in chiave "lenitiva" del potere di comporre gli interessi in gioco, in un orizzonte finalisticamente vincolato

Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca, in *Cass. pen.*, 2022, 3305 ss., 3313 s.

¹¹ Sempre attuali le autorevoli riflessioni di F. GALGANO, *Sub. art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, II.

¹² Sul punto, diffusamente, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, 159.

¹³ In una prospettiva più generale, sulla figura del giurista "tessitore" (di relazioni) cfr., oltre alle lucide osservazioni dell'Autore citato nella nota precedente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 20 ss.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 301 ss.

alla sterilizzazione degli “effetti-collaterali”¹⁴ macroscopicamente “eccedenti” rispetto al fine perseguito dall’ingerenza nel godimento di un diritto fondamentale.

In tutti quei casi in cui la compressione dei diversi interessi coinvolti non si lasci giustificare al metro di un’equivalente “innalzamento sostenibile” delle *chances* di realizzazione del fine pubblico, allora, il giudice potrà procedere al parziale sacrificio dell’interesse pubblico per tutelare i contro-interessi incisi da ingerenze irragionevolmente onerose.

Si badi, il giudizio compositivo non va, però, interpretato in una chiave rigidamente “aritmetica”, di equivalenza fra il *quantum* di compressione dei vari diritti ed interessi coinvolti ed il corrispondente coefficiente di rafforzamento delle opportunità di raggiungimento dell’interesse pubblico, ma in un orizzonte orientato ai valori, dove il sacrificio dei primi, nel caso concreto e alla luce delle contingenti e peculiari circostanze di contesto, deve risultare non manifestamente sproporzionato rispetto alle possibilità effettive di conseguire il fine perseguito dal legislatore, potendo solo in caso contrario l’interprete attivare le leve del bilanciamento per porre rimedio alla situazione di manifesto disequilibrio.

Solo sotto quest’angolo visuale può essere correttamente interpretata la distinzione operata dal legislatore – in maniera, invero, non esente da censure di ragionevolezza – tra sequestro facoltativo e sequestro obbligatorio, come acutamente sottolineato, incidentalmente, dal secondo orientamento del Giudice di legittimità, nella parte in cui si evidenzia che la scelta normativa del 2001 ha «esclu[so] a monte qualsivoglia lettura interpretativa finalizzata a rendere discrezionale l’adozione della misura *malgrado* il riscontro dei relativi presupposti costitutivi»¹⁵.

Ogni altro percorso ermeneutico appare, invece, inesorabilmente destinato a “cronicizzare” il contrasto frontale tra l’istituto del sequestro obbligatorio ed il superiore canone di proporzionalità.

3. I problemi di legittimazione del giudice nel prisma dei valori costituzionali.

Non sfugge che una tale declinazione del giudizio di proporzionalità postula un ampio potere “valutativo” in capo al giudice comune, con tutti i conseguenti problemi di legittimazione del suo intervento, oltre a notevoli difficoltà nel maneggiare le “geometrie fluide” del bilanciamento tipico del *proportionality test*. Ne deriva che, in linea di massima, la sua applicazione dovrà essere informata a prudenza e cautela e trovare riscontro solo nei casi di manifesta sproporzione, ossia nelle situazioni in cui ad un *periculum* diafano si affianchi una limitazione macroscopicamente eccessiva di una pluralità di interessi costituzionalmente tutelati di significativo rilievo sociale.

In ogni caso, la discrezionalità riconosciuta in capo al giudice è pur sempre orientata a ridurre gli spazi di incidenza – e a temperare la gravosità – dell’intervento

¹⁴ In argomento, *funditus*, M. GALLI, *La pena insostenibile. Effetti collaterali e delegittimazione del diritto penale*, Pavia, 2021.

¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582, § 5.3.1. del “Considerato in diritto”.

pubblico nella sfera dei diritti fondamentali e non ad ampliare *praeter legem* l'area del penalmente rilevante.

In questa prospettiva, allora, i rilevanti problemi di legittimazione istituzionale sembrano risolvibili proprio alla luce dell'assiologia costituzionale che deve orientare l'esercizio valutativo del giudice. È il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità a legittimare i maggiori spazi di valutazione del giudice, in quanto questi ultimi sono diretti a dare attuazione alla trama costituzionale nel caso concreto, inibendo eccedenze irragionevoli nella limitazione del godimento dei diritti fondamentali e nella compressione di una pluralità di interessi, anche a titolarità diffusa, incisi dall'intervento pubblico.

È ampiamente noto, d'altronde, che rispetto a qualsiasi istituto che lasci residuare margini più o meno ampi di discrezionalità, il criterio decisivo di gestione dei relativi poteri è fornito dalla funzione assegnata all'istituto dall'ordinamento¹⁶. In materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, l'unica funzione costituzionalmente legittima è quella di evitare che il trascorrere del tempo possa neutralizzare la concreta *adprehensio* e frustrare, pertanto, le ragioni sottese alla confisca. Il *periculum*, insomma, è un presupposto costitutivo ed indefettibile tanto nel sequestro facoltativo, quanto in quello obbligatorio: la sua assenza trasfigurerebbe la misura in un qualcosa di radicalmente altro, in un'ambigua pena patrimoniale *ante-iudicium*, in contrasto non solo con il principio di proporzionalità, ma persino con la garanzia della presunzione d'innocenza.

Ed è altrettanto noto che il giudice, dinanzi a più possibili significati riconducibili al tenore letterale della disposizione e, dunque, fra più possibili declinazioni ermeneutiche compatibili con la *littera legis*, dovrà sempre preferire quella maggiormente "orientata" a Costituzione, rappresentando quest'ultima la "bussola" cognitiva e valoriale per l'interprete. Ne consegue che, come è stato osservato, il principio di soggezione del giudice alla legge si sposta dal piano della mera fedeltà al testo a quello della superiore coerenza con i principi costituzionali, quali elementi di orientamento delle scelte ermeneutiche all'interno del ventaglio delle opzioni consentite dal tenore testuale della legge¹⁷.

Una tale operazione di corretta "deontologia ermeneutica"¹⁸ risulta ancora più necessaria a fronte di possibili scelte interpretative in grado di arrecare un chiaro *vulnus* a principi di rilievo costituzionale: laddove il testo della disposizione sia suscettibile di plurime letture ermeneutiche, l'interprete dovrà necessariamente prediligere l'opzione che garantisca la massima "esaltazione" dei valori costituzionali e, in ogni caso, ricusare

¹⁶ In argomento cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 34; ID., (voce) *Potere discrezionale del giudice (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 747; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 18.

¹⁷ In questi termini, sostanzialmente, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *La Giustizia Penale*, X, 2020, 270.

¹⁸ In argomento, cfr. V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018 e, *funditus*, A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.

quelle manifestamente in contrasto con gli stessi. Come costantemente insegnato dalla Corte costituzionale, difatti, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»¹⁹, con la conseguenza che è un preciso *onere* del giudice procedere, fin dove possibile, ad interpretare *secundum constitutionem* le disposizioni legislative, attivando tutte quelle torsioni ermeneutiche che permettano alla formulazione legislativa di stemperare il conflitto con la Carta costituzionale²⁰.

Dell'esercizio di una tale discrezionalità, ovviamente, è necessario che il giudice dia puntualmente conto nella motivazione, esplicitando le ragioni che lo hanno condotto a ritenere manifestamente eccedente il sacrificio dei diversi contro-interessi incisi dall'intervento pubblico a fronte di un *periculum* evanescente.

In questa prospettiva, l'elaborato ed olistico costruito di giudizio coesistente al test di proporzionalità rappresenterà un valido ausilio per il giudice, supportandolo nell'incanalare la razionalità discorsiva della valutazione all'interno di una struttura argomentativa in grado di rendere la scelta suscettibile di un migliore controllo critico. In altri termini, la valutazione sull'idoneità dell'ingerenza pubblica ad implementare le possibilità di raggiungimento del fine legittimo perseguito dal legislatore (*Geeignetheit* o *suitability*), sull'esistenza di soluzioni alternative dotate della medesima capacità di conseguimento dello scopo ma connotate da una minore incidenza sui vari contro-interessi coinvolti (*Erforderlichkeit* o *necessity*) e, soprattutto, la verifica della non eccedenza della compressione di questi ultimi rispetto agli scopi di tutela (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*) dovranno tradursi in un razionale *legal reasoning*, in grado di corroborare la dimensione strutturalmente cognitiva del giudizio ed escludere valutazioni "intuizionistiche", arbitri decisionali ed inaccettabili disparità di trattamento.

Del resto, la scelta operata dal legislatore nel 2001 di rendere obbligatorio il sequestro nei casi in cui si proceda per un delitto previsto dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale – inibendo, pertanto, la possibilità di svolgere valutazioni di proporzionalità rispetto ai contro-interessi incisi e ai *side effects* dell'intervento penale su una pluralità di interessi di significativo rilievo sociale – non appare di immediata evidenza, lasciando trapelare soprattutto una malcelata volontà di irrigidire il contrasto ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione in forme, tra l'altro, evidentemente improprie, con una notevole e censurabile confusione di piani tra intervento cautelare e repressione penale.

L'inopportunità dell'opzione legislativa non può, però, sterilizzare quei meritori esperimenti ermeneutici diretti a riportare in un clima di compatibilità costituzionale un istituto la cui razionalità strumentale alle esigenze processuali impone sempre di preservarne l'autonomia di scopo rispetto alla misura definitiva, inibendo gli effetti

¹⁹ Così Corte cost. 14 ottobre 1996, n. 356.

²⁰ In argomento cfr. V. MANES- V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale, passim* e ptc. – anche per una perspicua analisi del "lato oscuro" dell'onere di interpretazione conforme – V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme, ivi*, 49 ss., 103 ss.

sproporzionati in grado di incidere con un'eccedenza irragionevole su una platea ampia di interessi di indubbio rilievo costituzionale.

4. La ponderazione dei “connotati singolari” del fatto e le esigenze di maggiore gradualismo.

Ad un'analisi più attenta non sfugge, poi, un ulteriore elemento in grado di ridimensionare molti dei problemi legati alla mancanza di legittimazione del giudice nel compiere operazioni di bilanciamento in relazione all'applicazione del (solo) sequestro facoltativo.

A ben vedere, in effetti, la ponderazione nel caso concreto non sembra riguardare tanto principi o altri elementi di valore, ma le sole circostanze di fatto che ne giustificano l'applicazione: il bilanciamento – tipico di qualunque attività giurisdizionale – non ha tanto ad oggetto le norme da applicare, quanto, appunto, le circostanze di fatto che permettono di qualificare giuridicamente e connotare “equitativamente” il caso sottoposto al giudizio.

In altri termini, gli elementi cangianti che devono essere “misurati” nel giudizio sono i fatti e le situazioni concrete a cui le norme devono essere applicate e non i principi sottesi all'applicazione delle medesime, con la conseguenza che così concepita la ponderazione dei “connotati singolari” ed irripetibili di ciascuna situazione fattuale è un'attività fisiologica, corrispondente alla dimensione inevitabilmente “equitativa” di ogni giudizio²¹.

D'altronde, non mancano esempi di giudizi caratterizzati da un simile paradigma valutativo: basti pensare, ad esempio, all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*. All'orientamento più tradizionale secondo cui l'istituto rappresenterebbe una sorta di “appendice” dell'art. 133 c.p. – funzionalmente diretto ad un'attenuazione della pena quando il «valore unitario del reato» appaia al giudice sproporzionato rispetto alla pena concreta, determinata sulla base degli indici commisurativi previsti dall'art. 133 c.p. – sembra, difatti, preferibile l'opinione che attribuisce all'art. 62 *bis c.p.* una funzione autonoma, consistente nel permettere al giudice di cogliere un «valore positivo» del fatto non tipicizzabile a priori, ma desumibile solo dai casi concreti nelle loro infinite e multiformi sfumature²². In questa prospettiva, la discrezionalità non risulta “libera nei fini” – nonostante il legislatore non preveda alcun indice “positivizzato” cui orientare il suo esercizio – ma vincolata dalla funzione – per così dire – “intrinseca” che l'istituto svolge, ovvero sia quella di permettere l'opportuna considerazione di «un valore attenuante», legato alla

²¹ In questi termini, sostanzialmente, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2810.

²² In argomento cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 466 s.; E. DOLCINI, (voce) *Potere discrezionale del giudice*, cit., 764; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 85. In senso contrario, v. M. MANGIABENE, *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, 2059 ss.

concretezza del caso, «che non può sfuggire al diritto senza compromettere la sua funzione di regola adeguata e proporzionata alla realtà della vita»²³. Il fine cui orientare l'esercizio valutativo, insomma, pur non risultando espressamente da nessun parametro normativo, è desumibile implicitamente dalla specifica funzione che l'istituto è chiamato a svolgere all'interno del quadro ordinamentale.

L'attività "compositiva", pertanto, non sembra riguardare i principi – con la conseguente e rilevante difficoltà di "pesare" gli stessi ed ordinarli in una (inevitabilmente soggettiva) scala di valori –, ma gli "elementi connotativi" dei fatti che devono essere scrupolosamente apprezzati dal giudice per procedere alla corretta applicazione del diritto.

Correttamente inquadrata in una tale prospettiva, la costituzionalizzazione dei principi in materia di diritti fondamentali finisce persino per ridurre lo spazio della discrezionalità interpretativa, considerato che di tutte le plausibili interpretazioni che è possibile dare di un testo di legge vanno selezionate come "valide" solo quelle compatibili con la Costituzione²⁴.

In ogni caso, la corretta interpretazione sistematica delle disposizioni *ex art. 321*, commi 2 e 2 *bis* c.p.p., restituisce l'immagine di un "giudice attento agli effetti" dell'intervento cautelare, nel quadro di una più generale evoluzione dei rapporti tra la figura del giudicante e le esigenze (e i problemi) della continuità aziendale²⁵: un giudice, appunto, "tessitore di relazioni", sensibile anche alle conseguenze e ai costi di ordine macro-economico e sociale che l'intervento *lato sensu* penale è in grado di produrre rispetto ad una pluralità di contro-interessi incisi dall'intervento pubblico.

Un modello, tra l'altro, che emerge – con sempre più vigore – anche dal confronto con altri istituti che paiono orientati ad una medesima *ratio* di fondo: si pensi, ad esempio, al commissariamento giudiziale *ex art. 15*, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, alle misure amministrative di completamento dell'appalto (art. 32 d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114), alla forma *ante litteram* di controllo giudiziario prevista dall'art. 3 della legge 29 ottobre 2016, n. 199²⁶ o alle c.d. misure di prevenzione

²³ Così, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 15. Analogamente sul punto anche F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1028.

²⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit., 2811.

²⁵ Diffusamente sul punto, M. GALLI, *La pena insostenibile*, cit., 188 ss.; ID., *Poteri confusi, poteri contesi: il giudice penale di fronte alle esigenze di continuità aziendale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4, 2018, 92 ss. che propone una distinzione euristica fra un modello di «poteri confusi, ma non contesi» in cui è il giudice penale, fattosi anche "uomo del futuro", a «rimodulare la risposta al reato, [...] non adotta[ndo] la sanzione ritenuta proporzionata al fatto in via legislativa, laddove questa nel caso concreto, e sulla base di un giudizio prognostico, risulti sproporzionata rispetto alle conseguenze che potrebbero derivare alla collettività interessata» e un diverso paradigma di «poteri divisi, ma contesi», esemplificato dalle c.d. "leggi Ilva", dove il legislatore riconosce uno spazio di sovrapposizione tra i poteri, risolvendo *ex ante* il potenziale conflitto, ma ponendo così «le premesse per la nascita di conflitti inter-organici, laddove, al contrario, la separazione dei poteri [...] vorrebbe essere la premessa di un'interazione costruttiva tra le diverse funzioni statali».

²⁶ Su cui cfr. T. BENE, *Dallo spossamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. pen.*, supplemento al n. 1 del 2018, 395 ss.; D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, 5-6.

patrimoniale non ablativa di cui agli art. 34 e 34 bis d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159²⁷; istituti accomunati, appunto, dall'esigenza di salvaguardare il *going concern* aziendale ed i livelli occupazionali o, comunque, altri interessi pubblici rilevanti pur a fronte di indiziate o, persino, accertate situazioni di illegalità.

Anche in questo caso, pur avendo omissis il legislatore di individuare parametri normativi certi cui orientare l'esercizio valutativo – che avrebbero senz'altro ridimensionato molte delle criticità connesse all'applicazione degli istituti –, gli stessi sembrano desumibili proprio dall'unica *ratio* costituzionalmente sostenibile del distinguo tra forme facoltative e forme obbligatorie di sequestro preventivo: considerato che il *periculum* è un elemento costitutivo irrinunciabile di entrambe le tipologie, l'unica distinzione costituzionalmente accettabile riposa, appunto, sulla facoltà riconosciuta al giudice di non disporre il sequestro facoltativo qualora gli "effetti collaterali" della misura risultino insostenibili alla luce della gravosa incidenza su interessi macroeconomici e sociali legati alla continuità aziendale dell'impresa sequestrata. E, d'altronde, non è mancato in dottrina chi ha osservato che la logica di conservazione dei beni correlati all'operatività dell'attività d'impresa pare rappresentare, persino, un "principio generale immanente all'ordinamento", ricavabile, sul piano penale, dai criteri di adeguatezza e proporzionalità della pena e delle misure cautelari²⁸.

Il fine che deve guidare l'esercizio della discrezionalità, allora, lo si ricava da una lettura sistematica delle disposizioni orientata a Costituzione ed è rappresentato dalla necessità di evitare che il sequestro possa sacrificare con un'eccedenza irragionevole quell'insieme di interessi costituzionalmente rilevanti legati alle esigenze di continuità aziendale.

Se così è, allora, si deve condividere, anche in questa materia, l'auspicio dell'introduzione di elementi di maggiore gradualismo²⁹ – utili anche al fine di "stemperare" i problemi di legittimazione dell'intervento giudiziale – attraverso, ad esempio, la previsione di modelli di "vigilanza prescrittiva" – mutuando la scelta già compiuta dal legislatore in materia di prevenzione patrimoniale "mite" – che possano, se del caso, fare le veci degli esistenti strumenti di "spossessamento gestorio" (art. 104 bis disp. att. c.p.p.), evitando così di costringere il giudice nell'asfittica prospettiva dell'"*aut aut*" (tra applicazione o meno del sequestro preventivo), senza possibilità di modulare i pervasivi effetti che ne discendono qualora lo stesso abbia ad oggetto «aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione» (art. 104 bis, comma 1, disp. att. c.p.p.).

In questo modo si assicurerebbe al giudice uno strumentario in grado di "reagire" adeguatamente alla situazione concreta, mediante la predisposizione di uno schema legislativo idoneo ad attagliarsi alla ponderazione delle peculiari circostanze di

²⁷ Esclude, invece, queste ultime misure dagli «istituti di "sostenibilità" fondati sulla insostenibilità», ritenendoli non agganciati nei loro presupposti applicativi alla previa individuazione di "ragioni di insostenibilità" dell'intervento penale, M. GALLI, *La pena insostenibile*, cit., 239 ss.

²⁸ In questi termini, R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Arch. dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015.

²⁹ Cfr. M. GALLI, *Poteri confusi*, cit., 102.

fatto che eventualmente tramandino uno scenario di abnorme sproporzione tra contro-interessi incisi dall'intervento cautelare ed evanescenza del *periculum* di dispersione della garanzia patrimoniale.

5. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle osservazioni che precedono, allora, il secondo orientamento del Giudice di legittimità – espresso da Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582 – sembra assestarsi su posizioni largamente condivisibili, richiedendo tanto per il sequestro facoltativo, quanto per quello obbligatorio il necessario accertamento – e la puntuale motivazione – del *periculum* ed individuando, al contempo, il *discrimen* tra le due forme del vincolo cautelare nella possibilità del giudice, in relazione ai soli casi di sequestro facoltativo, di compiere ulteriori valutazioni di proporzionalità orientate a temperare le conseguenze dell'intervento pubblico su un'ampia sfera di interessi costituzionalmente presidiati.

D'altronde, un simile “modello” di giudizio si pone in un'ideale linea di continuità con il progressivo innalzamento del tasso di complessità delle valutazioni giurisdizionali – e del grado di sensibilità rispetto alle conseguenze dell'ingerenza penale nella sfera dei diritti e degli interessi costituzionalmente tutelati – , sempre maggiormente caratterizzate dalla necessità di muoversi all'interno, appunto, di “sistemi cognitivamente complessi”, dove le ragioni della coercizione devono necessariamente conciliarsi con i notevoli costi (non solo economici) che le prime inevitabilmente postulano.

Si pensi, ma è un esempio tra i molti, all'intervento penale nella sfera d'azione delle organizzazioni complesse³⁰, intese, in estrema sintesi, quali strutture articolate orientate a fini legittimi e che svolgono attività di per sé lecite tali, però, da creare specifici problemi di disciplina per la tutela di una pluralità di interessi quantomeno esposti a pericolo (o attinti da qualificate situazioni di rischio) dall'attività dell'organizzazione medesima³¹.

³⁰ In generale, cfr., già, M. HAIRE (a cura di), *La moderna teoria dell'organizzazione*, Milano, 1959; A. MONTESANO (a cura di), *Teoria economica dell'organizzazione*, Bologna 1996; M.J. HATCH, *Teoria dell'organizzazione*, Bologna, 2006. In argomento, più di recente, v. anche C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 380 s. che considera le organizzazioni complesse espressione di «un aggregato di individui che, proprio perché organizzati, esprimono una strategia collettiva destinata a fronteggiare situazioni “complesse” non dominabili dal singolo o da una pluralità “disorganizzata” di soggetti». Come osservato dall'Autore, sul piano strutturale, l'organizzazione si compone di una dotazione specializzata di competenze (il personale) e di vie formalizzate di comunicazione, orientate all'assunzione di decisioni in uno stato di reciproca progressione: il principale vantaggio che deriva dall'agire organizzato è rappresentato dalla formazione di una “metacompetenza” aggregata, superiore alle competenze dei singoli individui, con la conseguenza che – se funzionalmente organizzato – il gruppo possiede di norma maggiori informazioni e conoscenze rispetto ai singoli che lo compongono, migliore capacità di proporre soluzioni (anche organizzative) ai problemi e una più accentuata condivisione degli obiettivi (c.d. “effetto esponenziale” del fenomeno organizzativo).

³¹ In argomento cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2021, 388 ss. L'attività delle organizzazioni

In ogni caso, il paradigma valutativo orientato al *proportionality test* – “calibrato” sulle *circostanze connotative di fatto* – non sembra tanto l’espressione di una definitiva rinuncia al modello cognitivo “classico” della sussunzione del caso concreto nella fattispecie legale, ma un suo sviluppo che non ne trasfigura le qualità essenziali.

Depono in questo senso anche il similare modello di giudizio legato a tutte quelle incriminazioni che in qualche misura interferiscano con il godimento di diritti fondamentali, dove la necessità di ponderare adeguatamente i “connotati singolari” ed irripetibili di ciascuna situazione fattuale è un *prius* necessario per evitare ingerenze irragionevoli nel godimento del diritto. È il caso, ad esempio, dei delitti contro l’onore e, più in generale, dei reati che interferiscono con la manifestazione del pensiero: la dignità costituzionale di quest’ultima fa sì che il suo esercizio in forme costituzionalmente garantite costituisca un limite scriminante del divieto penale, imponendo al giudice un’attività di ponderazione *in concreto* da cui dipende la sussistenza di una tipicità che avvince strettamente fatto e diritto³².

Anche in questo caso, in effetti, il paradigma cognitivo non pare abdicare alla tradizionale attività di sussunzione, limitandosi semplicemente ad ampliarne gli orizzonti valutativi – sempre, però, legati all’apprezzamento della contingente situazione fattuale – al fine di garantire un “equilibrio sostenibile” fra le ragioni del penale e le ragioni del godimento del diritto fondamentale³³.

In conclusione, è evidente che un tale modello di giudizio postula un inevitabile ampliamento dei margini valutativi di chi è chiamato a giudicare. Ma, come è noto, discrezionalità non significa affatto arbitrio³⁴ – e «non equivale a capriccio»³⁵ –, ma, come

complesse, come evidenziato dall’Autore, può riguardare entità di qualsiasi natura giuridica, non identificandosi esclusivamente con il diritto penale delle persone giuridiche, anche se quest’ultime ne costituiscono indubbiamente il nucleo essenziale. Dinanzi alle fluide dinamiche riconducibili a tali complessi organizzati, molte delle categorie della tradizione dogmatica penalistica paiono cadere in un’irreversibile “crisi da incontenibilità”, mostrando una preoccupante incapacità di adattamento alle nuove fenomenologie e richiedendo all’interprete problematiche torsioni ermeneutico-concettuali, di portata tale da sfigurare persino la loro originaria *ratio essendi*. In argomento, v. già C.E. PALIERO, *L’autunno del Patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?* In *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 1238 s.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

³² Così, sostanzialmente, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., 271, ma sul punto cfr. anche A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, 25 s.

³³ A ben vedere, anche in questo caso, l’*overdeterrence* rispetto ai comportamenti espressivi del godimento del diritto fondamentale non genera problemi solo dal punto di vista del singolo (limitato nell’esercizio del suo diritto), ma anche rispetto all’interesse generale. L’intervento penale, difatti, può in concreto determinare il rischio di un’inibizione di quei comportamenti “limitrofi” rispetto alla condotta tipica, che, però, si inscrivono in una dimensione di piena liceità: la tabuizzazione di una classe di condotte può di fatto disincentivare un’ulteriore – ma contigua – classe di comportamenti che non solo non risultano disapprovati dal legislatore, ma si collocano nel “campo di gravitazione di un diritto fondamentale”. Un tale “*chilling effect*” rischia, allora, di arrecare nocimento anche all’interesse generale alla stimolata formazione di un’opinione pubblica realmente critica. E, difatti, in una liberal-democrazia il dibattito pubblico si alimenta ed è sollecitato anche dalle opinioni, per così dire, maggiormente “eterodosse” che svolgono una funzione “dialettica” rispetto a ciò che è generalmente reputato culturalmente acquisito. In argomento, cfr., *funditus*, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 251 ss.

³⁴ Sul punto A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-1977, 277.

³⁵ P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, 1936, 46.

è stato autorevolmente affermato, «rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un significato astratto [...] e [...] conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di valore più idonea a produrre un certo trattamento penale»³⁶. La discrezionalità, insomma, è effettivamente tale solo se, in negativo, non immersa in un imperscrutabile “vuoto dei fini” e, in positivo, se legata alla legge e alla Costituzione in relazione alle funzioni per cui viene esercitata.

In questa prospettiva, allora, discrezionalità – se correttamente intesa e, soprattutto, se adeguatamente esercitata – non equivale neanche a “diritto libero” o “giurisprudenziale”, poiché non si risolve in un mero apprezzamento di fatto svincolato da qualsiasi orientamento teleologico, ma nella valutazione del caso concreto *in funzione dello scopo da realizzare*, predeterminato, appunto, dalla legge e *a fortiori* dalla Carta costituzionale, secondo quel modello ideale che vede nel giudice il “tramite” mediante il quale proseguire l’opera del legislatore ove questi non può inoltrarsi³⁷.

In definitiva, la facoltà riconosciuta al giudice di non disporre il (solo) sequestro facoltativo, pur ricorrendone i relativi presupposti, laddove la sua applicazione comprime con un’eccedenza irragionevole una pluralità di interessi di significativo rilievo sociale riconducibili all’esercizio dell’attività d’impresa, non è l’espressione di un “moderno” *arbitrium iudicis*, ma il corretto esercizio di una discrezionalità teleologicamente orientata dalla *funzione* svolta dall’istituto nel contesto ordinamentale e assiologicamente vincolata alla necessità di dare attuazione nel *caso concreto* ad un preciso canone costituzionale e ai precipitati applicativi che dallo stesso discendono.

³⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 100.

³⁷ In questi termini, sostanzialmente, A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 277 s.