

## QUESTIONI APERTE

---

### Sequestro preventivo

#### La decisione

**Sequestro preventivo a fini di confisca di beni costituenti profitto del reato - Responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001 - Presupposti - Motivazione del provvedimento** (artt. 19, 24, 53 d.lgs. 231/2001).

*Il decreto di sequestro preventivo disposto a carico delle società ex art. 53 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 finalizzato alla successiva confisca obbligatoria ex art. 19 d.lgs. 231/2001 richiede una specifica motivazione in ordine alle ragioni per le quali i beni suscettibili di apprensione potrebbero, nelle more del giudizio, essere modificati, dispersi, deteriorati, utilizzati o alienati, tenendo conto della tipologia dei beni presenti nel patrimonio del destinatario della confisca, senza, tuttavia, che le esigenze cautelari possano essere desunte esclusivamente dall'incapienza del patrimonio rispetto al presumibile ammontare della confisca.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 5 aprile 2024 (ud. 13 febbraio 2024), FIDELBO, *Presidente* - DI GERONIMO, *Relatore* - BALSAMO, *P.G.* - A. S.r.l., ricorrente.

#### Nuove suggestioni dalla Corte di cassazione in tema di sequestro preventivo *contra societatem*

L'Autore focalizza l'attenzione su di una recente sentenza della Corte di cassazione, che ha ritenuto necessaria la motivazione del *periculum in mora* per l'adozione del sequestro preventivo dei beni ex art. 53 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sulla scia dei principi stabiliti dalle Sezioni Unite nel caso "Ellade". Condividendo, in linea di massima, la soluzione della Corte, il commento si interroga sulle ripercussioni sistematiche della pronuncia sulla disciplina delle condizioni di applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca nel processo contro le persone giuridiche.

*New suggestions from the Italian Court of Cassation concerning preventive seizure of assets contra societatem*

*The Author focuses on a recent ruling issued by the Court of Cassation, which deemed it necessary to justify the periculum in mora for the adoption of the preventive seizure of assets ex art. 53 legislative decree 8 June 2001, n. 231, in the wake of the principles established by the Joint Chambers in the "Ellade" case. Embracing, for the most part, the solution of the Court, the comment questions the systematic repercussions of the ruling on the regulation of the conditions for the applicability of preventive seizure for confiscation purposes in proceedings against legal persons.*

**SOMMARIO:** 1. La questione affrontata e la decisione. 2. - Il *periculum in mora* nel sequestro preventivo a carico dell'ente: l'applicabilità del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite. - 3. *Segue:* l'incidenza dello stato di incapienza patrimoniale sulla valutazione delle esigenze cautelari. - 4. Alcune riflessioni critiche: la scelta dell'annullamento con rinvio. - 5. Qualche considerazione a margine: ne-

cessità di un ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale in ordine alla valutazione della gravità indiziaria.

1. *La questione affrontata e la decisione.* Con la sentenza in commento, la Suprema Corte compie un deciso passo in avanti verso l'innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali dell'ente accusato, collocandosi a suggello dell'orientamento giurisprudenziale<sup>1</sup>, di recente emersione, che ritiene applicabile al sequestro strumentale alla confisca disciplinato all'interno del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 il *dictum* delle Sezioni Unite "Ellade"<sup>2</sup>.

Più in particolare, su impulso del ricorso formulato nell'interesse della società incolpata dell'illecito amministrativo di cui all'art. 24 d.lgs. 231/2001, la VI Sezione si è trovata a vagliare la legittimità dell'ordinanza con cui il tribunale del riesame, in sede di rinvio<sup>3</sup>, aveva rigettato il gravame presentato contro il decreto di sequestro preventivo del profitto del reato, sul presupposto che l'obbligatorietà della confisca escludesse la necessità di procedere al vaglio del *periculum in mora*.

Il Collegio, nell'annullare con rinvio il provvedimento, ha statuito che, anche per quanto concerne la cautela *ex art. 53* d.lgs. 231/2001, è richiesta una specifica motivazione in ordine alle ragioni per le quali i beni suscettibili di apprensione potrebbero, nelle more del giudizio, essere modificati, dispersi, deteriorati, utilizzati o alienati, tenendo conto della tipologia delle *res* presenti nel patrimonio del destinatario della misura ablativa, senza che, tuttavia, le esigenze cautelari possano essere trattate esclusivamente dall'incapienza del patrimonio rispetto al presumibile ammontare della confisca.

La decisione adottata risulta senz'altro condivisibile nella sostanza, là dove, con riferimento alla valutazione del rischio di depauperamento, pare allineare la soglia della tutela accordata all'ente alla misura fissata dalle Sezioni Unite,

---

<sup>1</sup> A tale filone giurisprudenziale appartengono, senza pretesa di completezza, Cass., Sez. III, 24 gennaio 2024, n. 3038, Rv. 285747 e Cass., Sez. II, 28 novembre 2023, n. 47640, in *Guida dir.*, 2024, 3, 96.

<sup>2</sup> Si tratta di Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36959, Ellade, in *Arch. pen. web*, 2021, 2, 1 ss., con commento di CAPRIELLO, *Natura e presupposti applicativi del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa*.

Sulla pronuncia, si veda anche TAVASSI, *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata dei sequestri preventivi*, *ivi*, 2022, 1, 1 ss.

<sup>3</sup> La prima decisione del Tribunale di cui all'art. 324 c.p.p., adottata in data 21 aprile 2023, era stata annullata, come ricorda la sentenza in commento, dalla Corte di cassazione, a causa del mancato rispetto del termine a comparire, previsto dall'art. 324, co. 6 c.p.p., con conseguente nullità dell'ordinanza conclusiva del giudizio: Cass., Sez. VI, 4 ottobre 2023, n. 40434, Rv. 285296.

chiarendo, inoltre, alcuni profili dell'autorevole insegnamento, fino a ora rimasti in ombra; mentre, con riguardo alla forma prescelta - l'annullamento con rinvio - suscita qualche perplessità.

Allargando lo sguardo oltre la questione specificamente affrontata, alcune considerazioni contenute nella pronuncia in rassegna offrono, poi, la sponda per formulare ulteriori riflessioni - per così dire, a margine - relative all'improcrastinabilità di un mutamento di indirizzo giurisprudenziale in ordine alla profondità da riconoscere allo scrutinio del *fumus commissi delicti* all'interno della disciplina del sequestro preventivo *contra societatem*.

2. *Il periculum in mora nel sequestro preventivo a carico dell'ente: l'applicabilità del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite.* Procedendo con ordine, occorre, anzitutto, rimarcare come il fulcro della pronuncia in commento sia costituito dall'adesione al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite in merito all'impegno argomentativo da approfondire nel decreto di sequestro preventivo *ex art. 321, co. 2 c.p.p.*

Si allude a un recente arresto nel quale, come noto, la Corte di cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha stabilito come l'adozione della cautela patrimoniale strumentale alla confisca, ai sensi dell'art. 240 c.p., debba essere accompagnata dalla concisa esposizione delle ragioni che rendono necessaria l'apprensione del bene prima della definizione del giudizio, salvo che nelle ipotesi di sequestro di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, lì dove la motivazione può limitarsi alla sola appartenenza della *res* al novero di quelle confiscabili *ex lege*.

La ritenuta applicabilità di tale *dictum* nell'ipotesi in esame è, d'altra parte, conclusione tanto convincente, quanto niente affatto scontata.

Da questo angolo di visuale, la decisione in rivista appare particolarmente pregevole, sciogliendo ogni dubbio circa la capacità del rinnovato statuto di tutela dei diritti fondamentali incisi dai provvedimenti ablativi di lambire anche il procedimento a carico delle persone giuridiche<sup>4</sup>. Terreno sul quale,

---

<sup>4</sup> L'opportunità dell'estensione del paradigma interpretativo coniato dalle Sezioni Unite al sequestro, di cui all'art. 53 d.lgs. 231/2001, è sostenuta, in particolare, da SANTORIELLO, *231: per i sequestri preventivi è sempre necessario valutare la sussistenza del periculum in mora*, in [www.iusgiuffirell.it](http://www.iusgiuffirell.it), 27 dicembre 2021; VARRASO, *Le misure cautelari*, in *Diritto e procedura penale delle società*, a cura di Canzio-Lupària Donati, Milano, 2022, 1312.

peraltro, l'accoglimento del nuovo paradigma interpretativo assume, come si vedrà fra breve, un significato particolare, in ragione di alcune peculiarità proprie del rito di cui al d.lgs. 231/2001.

Orbene, secondo lo schema di pensiero fatto proprio dai Supremi Giudici, l'obbligo motivazionale intorno al *periculum in mora* deriverebbe dall'azione combinata dei principi della presunzione di non colpevolezza e di proporzionalità. Il rispetto del primo, in particolare, esigerebbe l'esplicitazione di motivi, diversi dalla mera confiscabilità della *res*, che rendono necessaria l'apprensione immediata del bene, al fine di evitare che l'anticipazione dell'effetto della confisca, tipica del sequestro strumentale, traligni, di fatto, in una applicazione della sanzione prima del giudizio, incompatibile con la garanzia di cui agli artt. 27, co. 2 Cost. e 6, par. 2 C.E.D.U.<sup>5</sup>. Analoga diligenza argomentativa sarebbe, inoltre, postulata nel *test* di proporzione<sup>6</sup>, vale a dire nell'attività dell'autorità giudiziaria diretta a stabilire l'*an* e il *quomodo* della scelta ablativa, per scongiurare «un'indebita compressione di diritti fondamentali, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica, e la

---

<sup>5</sup> Analogamente, ma con riferimento al sequestro *ex art.* 321, co. 2 c.p.p., CERESA-GASTALDO, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. Pen.*, 2010, 12, 4443, secondo cui, se la misura preventiva reale viene adottata nella sola prospettiva della anticipata esecuzione della sanzione pecuniaria, «la norma processuale finisce inevitabilmente per confliggere con la fondamentale regola di trattamento dell'imputato statuita dall'art. 27, comma 2, Cost.».

Sull'applicabilità della presunzione di non colpevolezza nel procedimento a carico delle persone giuridiche, in generale, e nel contesto delle misure cautelari *de societate*, in particolare, BELLUTA, *L'ente incolpato*, Torino, 2018, 52; FIORIO, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in *La prova nel processo agli enti*, a cura di Fiorio, Torino, 2016, 145 ss.; RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, 2017, 80.

<sup>6</sup> Come è noto, il canone di proporzionalità, in veste di principio generale del diritto dell'Unione Europea, esige, nei suoi tratti essenziali, che le limitazioni ai diritti fondamentali siano idonee a realizzare fini legittimi e non vadano oltre lo stretto necessario per raggiungerli. Esso, implicito nell'enunciato dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., trova espressa consacrazione nell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 1, par. 3 del Regolamento 2018/1805/EU, relativo al reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca in materia penale, e viene evocato nel Punto n. 17 del Considerando della Direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea.

Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia agli studi monografici di BELFIORE, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino, 2019, 45 ss.; CALÒ, *Proporzionalità e cautele reali*, Bari, 2022, 9 ss.; GUIDO, *Il sequestro preventivo penale tra principi costituzionali e vincoli sovranazionali*, Napoli, 2020, 45 ss.; VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2012, 11 ss.

trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in tutto o in parte, inutilmente vessatorio»<sup>7</sup>.

A simili argomenti di ordine generale, si aggiungono considerazioni calate, più nello specifico, nel profondo del sottosistema punitivo di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

Come correttamente ricorda la VI Sezione, nel procedimento *contra societatem*, la confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 è espressamente qualificata come sanzione<sup>8</sup>, con la conseguenza che, in tale contesto, è ancor più pressante l'esigenza di salvaguardare la persona giuridica contro applicazioni del trattamento sanzionatorio prima dell'accertamento definitivo<sup>9</sup>. Di più: l'incidenza della cautela reale sulle risorse patrimoniali o sul compendio dei beni produttivi dell'ente, potendo raggiungere una portata tale da determinare la paralisi dell'attività economico-imprenditoriale<sup>10</sup>, rappresenterebbe un incentivo verso

<sup>7</sup> Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36959, Ellade, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2.2.

<sup>8</sup> La natura sanzionatoria della confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 trova conferma, oltre che nel dato normativo (art. 9 d.lgs. 231/2001), nell'opinione, pressoché unanime, di dottrina e giurisprudenza. Si vedano, questo senso, EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 395 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 315 ss.; MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022, 129 ss.; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 2012, vol. XLVII, 86 ss.; VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica*, cit., 256. Per la giurisprudenza: Cass., Sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1738 ss., con commenti di MONGILLO, *La confisca del proflitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, e di LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*.

<sup>9</sup> Cfr. BELLANTONI, *Enti e sequestro preventivo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2021, 1, 209; SANTORIELLO, *Quando si procede a sequestro preventivo a carico di enti collettivi occorre motivare sul periculum in mora*, [www.iusgiuffre.it](http://www.iusgiuffre.it), 2 maggio 2024.

<sup>10</sup> Analogamente PERONI, *Il sistema delle cautele*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 266.

L'esigenza di evitare la paralisi dell'azienda allorché i beni dell'ente siano sottoposti a sequestro preventivo è, d'altra parte, presa in considerazione in modo esplicito nel d.lgs. 231/2001. Il riferimento è all'art. 53, co. 1-bis e 1-ter d.lgs. 231/2001, nella parte in cui, alle condizioni ivi stabilite, si prevede che il giudice, rispettivamente, nomini un custode amministratore giudiziario, che consente l'utilizzo e la gestione delle *res* sottoposte a vincolo da parte degli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali, e disponga la prosecuzione dell'attività, avvalendosi di un amministratore giudiziario. In argomento, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 12 febbraio 2018, n. 6742, Rv. 273065; in dottrina, GENTILE, *L'impresa criminale tra sequestro preventivo e sistema 231*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 5, 1183 ss.; GIUNCHEDI, *L'amministrazione dei beni sequestrati e la gestione dei frutti*, in *Giur. it.*, 2009, 7-8, 2094 ss.; ROMANELLI, *Caporalato*, in *Codice delle confische*<sup>2</sup>, a cura di Epidendio-Varraso, Milano, 2024, 441 ss.; TROISI, *L'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e l'esecuzione della confisca*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 200; nonché, volendo, MARCHETTI, *Il ruolo*

il riconoscimento di garanzie rafforzate, e non certo inferiori, rispetto a quanto previsto per le persone fisiche<sup>11</sup>.

In una prospettiva più ampia, si nota, inoltre, come l'ispirazione di fondo del sistema delineato nel d.lgs. 231/2001, improntata alla tutela della continuità aziendale, sia incompatibile con «un'interpretazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca che sia, potenzialmente, in grado di esautorare l'ente di gran parte del proprio patrimonio e dell'azienda, anticipando gli effetti della condanna e, di fatto, impedendo anche l'efficace adozione delle misure riparatorie, se non a fronte della rigorosa verifica dei presupposti, anche in ordine al *periculum in mora*»<sup>12</sup>.

Tali conclusioni appaiono persuasive, in quanto espressione di una matrice esegetica tale, a un sol tempo, da tutelare in modo adeguato i diritti fondamentali di chi sia sottoposto a procedimento penale e da restituire una dimensione funzionale al sequestro preventivo, ex art. 53 d.lgs. 231/2001, coerente con la regola di trattamento racchiusa nell'art. 27, co. 2 Cost.<sup>13</sup>. Come

---

*delle misure cautelari de societate nella strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo, in Caporalato e sfruttamento del lavoro: prevenzione, applicazione, repressione. Un'indagine di diritto penale, processuale penale e del lavoro*, a cura di Ferraresi-Seminara, Modena, 2024, 240 ss.

Inoltre, per via pretoria, si è giunti, pur nel silenzio del legislatore, a consentire lo svincolo parziale delle somme sottoposte a sequestro, ex art. 53 d.lgs. 231/2001, al fine di permettere all'ente di pagare le imposte dovute sui profitti del reato presupposto, nei casi in cui, considerate l'entità del vincolo e l'incidenza dell'obbligo tributario, ciò si renda necessario per scongiurare che si determini la cessazione definitiva dell'esercizio dell'attività della persona giuridica prima della definizione del processo: Cass., Sez. VI, 11 aprile 2022, n. 13936, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 1 ss., con commento di VISCONTI, *Sullo svincolo parziale delle somme in sequestro per consentire all'ente di pagare le imposte dovute sui profitti del reato*.

<sup>11</sup> Né paiono potersi trarre indicazioni in senso contrario alla conclusione raggiunta, argomentando a partire dalla *littera legis* del citato art.53, lì dove prevede che il giudice “possa” disporre il sequestro. Secondo la VI Sezione, infatti, il ricorso al verbo servile è presente anche all'interno dell'art. 321, co. 2 c.p.p., in relazione al quale le Sezioni Unite, nella recente sentenza più volte richiamata, hanno ritenuto necessaria la motivazione in merito alle esigenze cautelari, anche nel caso di confisca obbligatoria. Cfr. la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 2.2.

Parimenti, in dottrina si è sottolineato che «l'utilizzo dell'espressione “il giudice può”, conferendo carattere discrezionale dell'esercizio del potere di ablazione, implica necessariamente l'esigenza per il giudice di attestare la sua giustificazione, in termini di esposizione delle ragioni di fatto e di diritto che giustificano l'adozione di un provvedimento limitativo dei diritti della persona»: così MURONE, *Necessarietà della motivazione sul periculum in mora in ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 6, 781. Analogamente BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, cit., 548.

<sup>12</sup> Così, la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 2.2.

<sup>13</sup> Sul tema della presunzione di non colpevolezza come regola di trattamento, fra gli altri, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 38 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione*

sottolineato in dottrina, infatti, l'esercizio del potere cautelare si può giustificare, in omaggio ai principi di accessorietà e strumentalità, a partire, per un verso, dall'apparente fondatezza dell'ipotesi criminosa e, per l'altro, dall'esigenza di fronteggiare un pericolo per la funzione cognitiva del processo ovvero per l'esecuzione della decisione finale<sup>14</sup>. Ne discende che l'ablazione *ante iudicium*, per non risolversi in un'inammissibile esecuzione anticipata della sanzione patrimoniale, deve servire una funzione differente da quella tipica della pena.

Allo scopo di meglio comprendere questo passaggio, conviene richiamare quanto da tempo rilevato dalla più attenta dottrina in tema di perimetro funzionale del sequestro *de quo*.

In proposito, è stato, anzitutto, escluso che la cautela reale di nostro interesse possa rispondere a fini di profilassi probatoria, posto che le esigenze istruttorie sono del tutto estranee alla disciplina delle misure cautelari *contra societatem*. Per altro verso si ritiene parimenti precluso che l'istituto in esame possa venir piegato al perseguimento di finalità di difesa della collettività, deponendo in tal senso due argomenti. Il primo ruota attorno alla scelta del legislatore di affidare, nel processo a carico delle persone giuridiche, la funzione preventiva alle sole misure interdittive: scelta che trova riscontro, oltre che in precisi indici sistematici, nella stessa *littera* dell'art. 53 d.lgs. 231/2001, che, nel rinviare alla disciplina codicistica, omette qualunque riferimento al congegno impeditivo, di cui all'art. 321, co. 1 c.p.p.<sup>15</sup>. Il secondo trae fondamento

---

*d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 31 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 119 ss.; PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 95 ss.

<sup>14</sup> SCALFATI, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 3, 1.

<sup>15</sup> Va, infatti, ricordato che, nel processo a carico delle persone giuridiche, non è previsto lo strumento del sequestro preventivo c.d. impeditivo, di cui all'art. 321, co. 1 c.p.p. Non si ignora come, ciò nonostante, parte della giurisprudenza ritenga che tale figura di ablazione sia applicabile anche nel procedimento ex d.lgs. 231/2001, facendo perno sull'art. 34 d.lgs. 231/2001. Così: Cass., Sez. II, 20 luglio 2018, n. 34293, in [www.iusgiuffrè.it](http://www.iusgiuffrè.it), 30 agosto 2018, con commento di SANTORIELLO, *Sull'applicabilità del sequestro c.d. impeditivo nei confronti degli enti collettivi*. La tesi non convince. Nel sistema della responsabilità amministrativa degli enti, la funzione preventiva, sottesa all'istituto di cui all'art. 321, co. 1 c.p.p., è esplicitamente assegnata alle misure interdittive. Pertanto, proprio in ragione dell'art. 34 d.lgs. 231/2001, lì dove rende applicabile la disciplina del codice di rito penale quando la materia non sia direttamente normata dal d.lgs. 231/2001, la parziale sovrapposizione fra il campo di azione del sequestro preventivo impeditivo, da un lato, e quello dell'interdizione cautelare ai sensi dell'art. 45 d.lgs. 231/2001, dall'altro, va risolta a favore dell'applicabilità di quest'ultima. In analoga prospettiva, CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2023, 161 ss.; F. LATTANZI,

dall'oggetto su cui è destinata a ricadere l'ablazione patrimoniale, il prezzo e il profitto dell'illecito, che non esprimono una pericolosità intrinseca, bensì relazionale, legata alla loro disponibilità da parte del reo<sup>16</sup>, e la cui apprensione in via cautelare deve, per i motivi testé ricordati, rispondere a logiche differenti dal «contrasto al rischio sociale connesso alla circolazione di determinati beni, aspetto che rappresenta la causa giustificativa»<sup>17</sup> della pena.

Non resta che concludere che l'unica finalità tale da poter giustificare l'adozione del sequestro preventivo sia quella di assicurazione della disponibilità della *res* in vista della confisca di quest'ultima, da adottarsi all'esito del procedimento.

3. Segue: *l'incidenza dello stato di incapacienza patrimoniale sulla valutazione delle esigenze cautelari*. Va da sé che le considerazioni svolte poc'anzi inducano a concludere per una ricalibratura della funzione della cautela *ex art. 53 d.lgs. 231/2001* in chiave conservativa, e come tale diretta alla prevenzione del rischio che i beni frutto delle attività illecite vengano, nelle more del giudizio, dispersi<sup>18</sup>.

---

*Le cautele reali*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di G. Lattanzi-Severino, Torino, 2020, vol. II, 193; PADOVANI, *Un nuovo intervento normativo per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida dir.*, 2016, 48, 51; nonché, volendo, MARCHETTI, *Il ruolo delle misure cautelari de societate*, cit., 235.

<sup>16</sup> Analogamente, ma con riguardo all'art. 321, co. 2 c.p.p., BELFIORE, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, cit., 547. Ancor più esplicitamente, CANESCHI, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 57, secondo cui «il carattere solo oggettivo del sequestro non è provato nemmeno nel caso che più sarebbe congeniale alla dimostrazione dell'ipotesi (art. 321, comma 1, c.p.p.), a maggior ragione la regola dell'inesistibilità delle garanzie non pare poter riguardare i casi - che invece l'ordinamento conosce - in cui la pericolosità del bene si coglie solo in rapporto al presunto autore del reato: è proprio l'ipotesi del sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato (art. 321, comma 2, c.p.p.), in cui la relazione tra la misura ablativa e il soggetto non può passare inosservata». Sul punto si tornerà in seguito: si veda *infra* § 5.

<sup>17</sup> SCALFATI, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., 5.

<sup>18</sup> In tal senso, fra gli altri, CANESCHI, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, cit., 58; GARUTI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche. II Profili processuali*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003, vol. XI, 6; MONTAGNA, *Misure cautelari e semiplena probatio: certezze dogmatiche ed itinerari giurisprudenziali*, in *La prova nel processo agli enti*, cit., 186 ss.; LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, in *Cass. Pen.*, 2010, 4, 4278; VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica*, cit., 232; VICOLI, *Il sequestro preventivo di immobile abusivo già ultimato*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 3, 313. In un'ottica parzialmente difforme, BELFIORE, *Il sequestro preventivo*, cit., 129, secondo cui il sequestro

Partendo da tale premessa, il ragionamento della Corte, nella sentenza in esame, si dirige verso il tema degli elementi rivelatori dell'esistenza di siffatto pericolo e, ciò che qui più rileva, verso la caratura del dovere motivazionale del giudice. Calato sulle specificità della vicenda sotto scrutinio, il problema assume la forma dell'interrogativo circa la legittimità o meno della motivazione del Tribunale del riesame, che si era limitato a rilevare l'incapienza del patrimonio dell'ente accusato rispetto all'ammontare della futura confisca<sup>19</sup>.

Si tratta di una questione di non poco momento, se si considera che nemmeno le Sezioni Unite, nel precedente più volte citato, si erano espresse in modo risolutivo sul punto, non essendo andate oltre il mero richiamo degli approdi giurisprudenziali raggiunti riguardo ai presupposti applicativi della cautela reale conservativa, di cui all'art. 316 c.p.p.<sup>20</sup>. Al riguardo, è noto come sia in giurisprudenza affermazione comune quella secondo cui tale figura di sequestro possa rapportarsi, tanto a situazioni di mancanza delle garanzie, vale a dire al caso in cui i beni del debitore siano insufficienti per l'adempimento delle obbligazioni, quanto all'ipotesi in cui si tema la dispersione, allorché, cioè, sia l'atteggiamento del medesimo soggetto a far desumere l'eventualità di un depauperamento<sup>21</sup>.

Orbene, la VI Sezione, nella decisione in commento, prende le distanze da tale posizione per giungere a conclusioni del tutto differenti. *In primis*, ritiene che l'autorevole insegnamento non intendesse affatto trapiantare *in toto* la disciplina del sequestro conservativo nel terreno dello strumento cautelare strumentale, bensì, più semplicemente, affermare la necessità, in relazione ad ambedue i congegni, di un impegno argomentativo intorno al *periculum in mora*. Una volta "liberata" la misura di cui all'art. 53 d.lgs. 231/2001 da vinco-

---

strumentale, di cui all'art. 321, co. 2 c.p.p., «non previene direttamente un pericolo, ma assicura, anticipandone gli effetti, la misura di sicurezza reale (secondo una strumentalità in senso stretto)».

<sup>19</sup> Come nota la stessa VI Sezione, il Tribunale del riesame sembra, invero, sovrapporre elementi valutativi differenti, quando, per un verso, rileva l'insufficienza dei cespiti della società e, per l'altro, in modo contraddittorio, afferma che «l'attuale capienza del patrimonio non garantisce nulla sulla possibilità che nelle more del giudizio lo stesso possa essere dissolto». Si veda la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 3.

<sup>20</sup> Lo rileva, criticamente, BISCARDI, *Sequestro per confisca: morte (apparente?) di un paradosso*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 2, 498.

<sup>21</sup> Così Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, n. 36959, Ellade, cit., *Considerato in diritto*, § 7, richiamando Cass., Sez. un., 11 dicembre 2014, n. 51660, Zambito, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 4, 75 ss., con commento di ROSATI, *Il "periculum in mora" nel sequestro conservativo penale: finalmente intervengono le Sezioni Unite*.

li derivanti da un presunto parallelismo con quella disciplinata dall'art. 316 c.p.p., la Cassazione afferma che nell'ambito specifico della cautela ex art. 53 d.lgs. 231/2001, l'ablazione può giustificarsi solo a fronte del timore di dissipazione, incentrato sulle ragioni per cui i cespiti possano essere modificati, utilizzati, dispersi, deteriorati o alienati<sup>22</sup>. Ne deriva che il giudicante non può legittimamente arrestarsi alla mera presa d'atto dell'insufficienza del patrimonio dell'ente, ma deve considerare anche ulteriori indici sintomatici della probabile messa in atto di condotte elusive<sup>23</sup>.

Nello schema di pensiero fatto proprio dai giudici di Piazza Cavour, alla stessa conclusione si dovrebbe pervenire anche sulla base della *littera legis*. Al riguardo, si ricorda come il riferimento all'insufficienza delle garanzie patrimoniali sia presente all'interno dell'art. 316 c.p.p. (e dell'art. 54 d.lgs. 231/2001), ma non nel dettato degli artt. 321 c.p.p. e 53 d.lgs. 231/2001<sup>24</sup>.

Alle già persuasive considerazioni formulate dalla Corte, si potrebbe, in effetti, aggiungere qualche ulteriore chiosa, in un'ottica di sistema. In proposito, non si può che sottolineare come, a considerare provata l'esigenza cautelare in base al solo argomento presuntivo dell'assenza di un complesso di beni di valore sufficiente, si finirebbe con lo svilire grandemente il significato dell'obbligo motivazionale, che il massimo consesso nomofilattico ha, invece, inteso rafforzare<sup>25</sup>. Ciò che conferma la bontà della tesi che pretende la valutazione, oltre che dell'esiguità dei beni nella disponibilità della società, di ulteriori comportamenti volti al depauperamento.

---

<sup>22</sup> Per una presa di posizione in questo senso, in passato, Cass., Sez. III, 18 luglio 2023, n. 31025, Rv. 285042.

<sup>23</sup> Quanto agli indici valutabili, pare problematico l'utilizzo, quantomeno in via esclusiva, delle condotte illecite imputate all'ente, come sostenuto in Cass., Sez. VI, 5 settembre 2022, n. 32582, Rv. 283619. Il ricorso a tali elementi, infatti, se portato alle estreme conseguenze, finirebbe con il contraddire la presunzione di non colpevolezza. Sembra, pertanto, preferibile valorizzare in misura maggiore comportamenti di depauperamento o di occultamento del patrimonio, posti in essere dopo la commissione dell'illecito.

<sup>24</sup> La Corte procede, inoltre, a stilare un prontuario dei profili da esaminare nella delibazione dell'esigenza cautelare *de qua*. In questo senso, la VI Sezione ritiene che il giudice della cautela debba stabilire il valore della confisca; valutarla in relazione al patrimonio della società, a sua volta soppesato, tenendo conto della tipologia dei beni, della loro destinazione all'attività produttiva e della natura di quest'ultima; accertare, alla luce della composizione patrimoniale, l'esistenza di un pericolo di sottrazione alla futura confisca, senza che si possa affidare valore dirimente alla mera sproporzione fra l'entità dell'ablazione e le risorse della persona giuridica. Così, la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 3.

<sup>25</sup> In questo senso, Cass., Sez. III, 18 luglio 2023, n. 31025, cit., *Considerato in diritto*, § 3.3.

4. *Alcune riflessioni critiche: la scelta dell'annullamento con rinvio.* Alla luce delle considerazioni appena ricordate, la VI Sezione conclude per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata, in quanto priva di un'effettiva motivazione in ordine al *periculum in mora*. La opzione per tale tipologia di pronuncia, per vero, non persuade, là dove restituisce gli atti al Tribunale del riesame per una nuova valutazione.

Per convincersene, occorre muovere da una necessaria premessa.

Da un lato, va rimarcato come, stando alla decisione assunta dal Supremo Collegio, la decisione del Tribunale del riesame risulti affetto da un vizio di motivazione, riguardante, nello specifico, il punto della sussistenza del *periculum in mora*. Dall'altro è noto come l'*error in procedendo* consistente nel difetto dell'apparato giustificativo non possa di regola, ai sensi dell'art. 309, co. 9 c.p.p. (applicabile anche nel giudizio di riesame reale in forza del rinvio contenuto nell'art. 324, co. 7 c.p.p.), trovare emenda in sede di impugnazione di merito<sup>26</sup>.

Tale conclusione, già sostenibile a partire dalla formulazione originaria delle disposizioni poc'anzi richiamate<sup>27</sup>, trova, oggi, viepiù fondamento alla luce del-

---

<sup>26</sup> Al riguardo, vale la pena ricordare come il potere del giudice del riesame di annullare i provvedimenti cautelari per difetto di motivazione sia stato al centro di un acceso dibattito, ai cui termini è possibile, in questa sede, solamente fare cenno. Prima della L. 16 aprile 2015, n. 47, giurisprudenza e parte della dottrina ritenevano che, salvo che nelle più gravi ipotesi di inosservanza dell'obbligo motivazionale (assenza e mera apparenza), il Collegio ex art. 309 c.p.p. potesse procedere all'integrazione dell'apparato motivativo ritenuto deficitario. Secondo altri interpreti, invece, sarebbe stata preclusa l'adozione di decisioni diverse dall'annullamento in presenza di vizi argomentativi, costituenti deviazioni dal modello legale di cui all'art. 292 c.p.p. In argomento, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, ADORNO, *Il riesame delle misure cautelari reali*, Milano, 2004, 381 ss.; CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 183 ss.; FERRAIOLI, *Il riesame "anche nel merito"*, Torino, 2012, 93 ss.; GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 354 ss.; LA ROCCA, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Milano, 2012, 192; ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. Pen.*, 1996, 5, 1521 ss.; SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa sovranazionale*, Milano, 2008, 349 ss.

<sup>27</sup> Si riteneva, infatti, che il caso della motivazione apparente fosse da equiparare all'ipotesi in cui l'apparato argomentativo fosse mancante, e pertanto si predicava, per entrambe le situazioni, l'annullamento del provvedimento gravato, stante l'impossibilità, per il Tribunale del riesame, di far uso del proprio potere integrativo. Così: Cass., Sez. II, 17 marzo 2014, n. 12537, Rv. 259554. In dottrina, *funditus*, CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 192.

le modifiche apportate dalla L. 16 aprile 2015, n. 47. In proposito, non sfugge come, a valle della citata novella, si sia discusso circa la compatibilità fra le innovazioni da essa introdotte con specifico riferimento alla materia *de libertate*, da un lato, e il sistema delle cautele reali, dall'altro<sup>28</sup>; e come uno dei profili controversi abbia riguardato proprio l'applicabilità, nel giudizio di riesame reale, del combinato disposto degli artt. 292, co. 2 lett. *c-bis*) e 309, co. 9 c.p.p. (così come interpolati dalla L. 16 aprile 2015, n. 47), in virtù del quale al giudice di cui all'art. 309 c.p.p. è imposto l'annullamento dell'ordinanza applicativa della cautela nel caso di motivazione mancante o priva dell'autonoma valutazione delle esigenze cautelari, degli indizi e delle deduzioni difensive<sup>29</sup>.

A sciogliere ogni dubbio sono, infine, intervenute le Sezioni Unite, che hanno stabilito come il Tribunale *ex art. 324 c.p.p.* debba annullare il provvedimento cautelare patrimoniale privo dell'autonoma disamina degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento, fra i quali v'è senz'altro il tema delle esigenze cautelari<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Sul punto, per tutti, PAZIENZA, *L'impatto della riforma sul sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti di sequestro*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 249 ss.

<sup>29</sup> Al riguardo, da diversi punti di vista, ADORNO, sub *art. 309 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*<sup>6</sup>, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2023, vol. II, 836; BONTEMPELLI, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 756 ss.; CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento*, Milano, 2021, 549; CERESA-GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i "nuovi" poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 8 ss.; CHINNICI, *I nuovi parametri in tema di motivazione del provvedimento di restrizione cautelare della libertà personale e dell'ordinanza del tribunale de libertate*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, a cura di Chinnici, Napoli, 2015, 71 ss.; GIULIANI, sub *art. 309 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*<sup>8</sup>, a cura di Illuminati-Giuliani, Milano, 2020, 1436 ss.; IACOVIELLO, *La cassazione penale*<sup>2</sup>, Milano, 2023, 752 ss.; LA ROCCA, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Milano, 2018, 217 ss.; MAGGIO, *I controlli*, in *Il rinnovamento delle misure cautelari*, a cura di Bene, Torino, 2015, 95 ss.; MARZADURI, *Verso una maggiore tutela dell'imputato nel procedimento di riesame: luci ed ombre della nuova disciplina*, in *www.la legislazione penale.eu*, 1° dicembre 2015; F. MORELLI, *L'annullamento senza rinvio nel giudizio penale di Cassazione*, Milano, 2023, 79; SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l.n. 47 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 4 ss.

<sup>30</sup> Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 18954, Capasso, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1757 ss., con nota di PIERRO, *Misure reali e ragionevole durata del procedimento di riesame*. Analogamente, in dottrina, FELICIONI, *Il regime dei controlli e il giudicato cautelare*, in *Sequestro e confisca*, a cura di Montagna, Torino, 2017, 248; GUALTIERI, sub *art. 324 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., vol. II, 1433.

Nello stesso senso, con riferimento al sequestro *ex art. 321, co. 2 c.p.p.*, Cass., Sez. II, 24 febbraio 2020, n. 7258, Rv. 278509, e con specifico riguardo alla misura disposta ai sensi dell'art. 53 d.lgs. 231/2001, Cass., Sez. III, 24 gennaio 2024, n. 3038, Rv. 285747.

Tornando al caso di specie, dal testo della sentenza in commento, emerge come l'atto gravato fosse corredato da un apparato argomentativo solo apparente intorno all'esistenza del pericolo di dispersione<sup>31</sup>; benché nulla si dica circa l'originario decreto di sequestro, emesso dal giudice per le indagini preliminari, è ragionevole ritenere che anche quest'ultimo fosse affetto dal medesimo vizio<sup>32</sup>, tanto più che in tal senso si erano dirette le censure della difesa<sup>33</sup>. Stando così le cose, ci sarebbe potuto attendere che la scelta della Cassazione ricadesse sull'annullamento senza rinvio, stante la preclusione, in capo al nuovo giudice di merito successivamente investito, di integrare la parte motivata<sup>34</sup>. Il fatto che ciò non sia accaduto induce a ritenere che, all'interno del Col-

<sup>31</sup> È la Corte stessa a rilevarlo in *Considerato in diritto*, § 3.

<sup>32</sup> Giova, inoltre, precisare come, nel caso di specie, nulla si sarebbe frapposto alla rilevazione del vizio da parte del Tribunale *ex art.* 324 c.p.p., in sede di rinvio, godendo, quest'ultimo, della pienezza dei propri poteri decisorii, giacché la prima ordinanza, adottata in seno all'originario giudizio di riesame, era stata annullata per motivi formali, e precisamente in quanto affetta da nullità per mancato rispetto dei termini a comparire. Si veda *supra*, nota n. 3.

Sui poteri del giudice del rinvio, in generale, BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*<sup>11</sup>, a cura di Bargis, Milano, 2023, 977; DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 30.

<sup>33</sup> Oltre a quanto indicato nel testo, sembrano confermare l'impressione anche altre considerazioni. A ragionare diversamente, infatti, per un verso, sarebbe arduo comprendere la ragione per cui, a fronte di un decreto di sequestro correttamente motivato, il Tribunale del riesame, in sede di rinvio, non si fosse limitato a ribadire le ragioni ivi espresse, o eventualmente a integrarle; per l'altro, la Corte di cassazione, giudicando della violazione di legge processuale, ben avrebbe potuto accedere alla parte argomentativa del provvedimento del giudice per le indagini preliminari, evidenziandone la completezza: di ciò, tuttavia, non v'è traccia nella sentenza in commento.

Sulla *cognitio ex actis* della Corte di cassazione si veda il fondamentale saggio di LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 2, 590 ss.

<sup>34</sup> In tal senso, DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, cit., 20; MORELLI, *L'annullamento senza rinvio nel giudizio penale*, cit., 79; MUSCELLA, *Riesame del sequestro e vizio di motivazione*, in *Arch. pen. web*, 2016, 2, 1 ss.; PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari. Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione*, n. III/5/2015, 23 ss.

Tale conclusione appare, peraltro, perfettamente coerente con gli approdi giurisprudenziali raggiunti nell'ambito del procedimento *de libertate*, là dove si è ritenuto che la Corte di cassazione debba annullare, senza rinvio, l'ordinanza applicativa della misura cautelare e quella confermativa, adottata in sede di riesame, qualora entrambi i provvedimenti siano affetti da vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 292, co. 2 lett. c-bis) c.p.p.: Cass., Sez. II, 21 novembre 2018, n. 52488, Rv. 275066. Analogamente, in dottrina, CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, cit., 203; DUCOLI, *L'annullamento delle ordinanze limitative della libertà personale: tra logiche di conservazione dell'efficacia del provvedimento annullato e regole costituzionali*, in *Cass. Pen.*, 2022, 2, 726; MARANDOLA, *Ambiti e limiti dell'autonoma valutazione del giudice cautelare*, *ivi*, 2017, 4, 1672; NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma: appunti su implicazioni e prospettive*, in

legio, sia maturata la convinzione che il provvedimento impugnato contenesse una valutazione, in punto di esigenze cautelari, non già assente *in toto*, ma solo difettiva, e come tale potenzialmente suscettibile di integrazione in sede di rinvio<sup>35</sup>.

Ora, si deve sottolineare, al riguardo, come un simile distinguo, tra motivazione mancante e motivazione insufficiente, già difficilmente operabile in astratto, evochi un criterio valutativo dai tratti sfumati e incerti, il cui governo in concreto potrebbe, in ipotesi, prestarsi a legittimare surrettizi aggiramenti e neutralizzazioni della portata garantista della riformata normativa<sup>36</sup>. Donde più d'un dubbio sul fatto che la soluzione ruotante attorno a tale distinzione conduca a esiti risolutivi e convincenti.

Ma anche a voler ammettere, in astratto, la bontà della tesi, rimane un ultimo dirimente rilievo con riguardo al caso concreto. Stando a quanto si può arguire dagli stralci dell'ordinanza gravata riportati dalla VI Sezione nella propria decisione, risulta evidente come il richiamo all'argomento dell'incapienza, da parte del giudice *ex art. 324 c.p.p.*, fosse stato fatto senza un reale confronto con le risultanze procedurali concernenti la composizione e l'entità del patrimonio. Rimane forte l'impressione di trovarsi al cospetto di una trama motivazionale slegata da quanto versato in atti, ed esigua a tal punto da dover essere considerata meramente apparente, e dunque, per pacifico orientamento giurisprudenziale, non emendabile<sup>37</sup>.

---

*www.la-legislazionepenale.eu*, 3 marzo 2016; SPAGNOLO, *Il controllo di legittimità sui provvedimenti cautelari personali in tema di gravi indizi*, in *Cass. Pen.*, 2019, 7, 2769.

<sup>35</sup> Solo ipotizzando che la Corte abbia escluso la natura meramente apparente della motivazione dell'ordinanza gravata, infatti, si comprende il senso del monito, posto in coda alla decisione, secondo cui non è consentito «al tribunale del riesame integrare la motivazione del decreto di sequestro preventivo a fini di confisca in punto di *periculum in mora*, nel caso in cui essa sia del tutto mancante, in quanto tale carenza è causa di radicale nullità del provvedimento ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 309, comma 9, e 324, comma 7, cod. proc. pen.»: così, la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 3, citando Cass., Sez. III, 24 gennaio 2024, n. 3038, che, invece, aveva deciso, in un'ipotesi analoga a quella in esame, per l'annullamento senza rinvio.

<sup>36</sup> Sulla stessa lunghezza d'onda NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., 4, secondo cui il «vizio di motivazione comporta la nullità dell'ordinanza applicativa, a norma dell'art. 292 Cpp; e il tribunale del riesame, cui è stato riconosciuto il potere di annullamento anche per vizi di motivazione del provvedimento impugnato, lo deve annullare ove riconosca il difetto di motivazione, senza distinzioni causidiche tra motivazioni inesistenti e motivazioni incomprensibili o insufficienti».

<sup>37</sup> Sull'equiparazione fra il caso della motivazione apparente a quello dell'apparato argomentativo assente, si vedano la dottrina e la giurisprudenza citate alla nota n. 27.

5. *Qualche considerazione a margine: necessità di un ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale in ordine alla valutazione della gravità indiziaria.* Al netto delle considerazioni critiche appena formulate, la sentenza che si annota merita un giudizio positivo, non foss'altro che per lo scrupolo metodologico con il quale, ricostruito il dovere motivazionale del giudice in ordine all'esigenza cautelare, restituisce al sequestro finalizzato alla confisca una funzione essenzialmente conservativa, coerente con i principi che governano il sistema cautelare, *in primis* con la presunzione di non colpevolezza e il canone di proporzionalità, e come tale capace di sottrarlo a possibili impieghi in chiave di anticipazione sanzionatoria<sup>38</sup>.

Sviluppando ulteriormente le riflessioni della Corte, va notato come la presa d'atto dei riflessi negativi che la misura ablativa proietta sui diritti fondamentali dell'ente<sup>39</sup>, immeschi obblighi a vari livelli: innanzitutto, in capo al legislatore, chiamato a configurare un assetto normativo in linea con i fondamenti regolativi della materia, prevedendo, a monte, condizioni applicative rigorose e, a valle, modalità esecutive capaci di realizzare un ragionevole equilibrio fra gli interessi coinvolti<sup>40</sup>; secondariamente, nei confronti della giurisprudenza, affinché eserciti il proprio *munus* con particolare sensibilità, in modo tale da non tradire, all'atto pratico, le scelte operate in astratto sul piano legislativo, in omaggio a una logica di congruità dell'intervento coercitivo rispetto ai propri fini<sup>41</sup>.

La constatazione suggerisce all'interprete di tornare sugli argomenti spesi dalla Corte, onde verificare la possibilità di intravedere in essi qualche nuovo spunto, in un'ottica di sistema. Osservata la questione da questa prospettiva,

<sup>38</sup> Per alcune interessanti considerazioni sull'utilizzo degli strumenti cautelari nel processo *de societate*, si veda CANESCHI, *Le fragili garanzie dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 3.

<sup>39</sup> Al riguardo, si vedano le sempre attuali riflessioni di AMODIO, *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, 1971, 57 ss.

<sup>40</sup> Sottolinea come a entrare in tensione con i provvedimento ablatori non sia solo la proprietà privata, ma anche la libertà di iniziativa economica, PERONI, *Sulla dubbia giustiziabilità del diniego di dissequestro deciso in udienza preliminare*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2, 12.

Si pensi, poi, alla necessità di operare un bilanciamento fra tutela dei lavoratori e ambiente, nel caso di sequestro di stabilimenti inquinanti. Si veda, sul punto, AIUTI, *Il sequestro preventivo come strumento di politica economica: note a margine del caso Ilva*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 18 novembre 2021. Per ulteriori riflessioni sul tema sia consentito il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a MARCHETTI, *Il ruolo delle misure cautelari de societate*, cit., 240 ss.

<sup>41</sup> Per simili argomenti, si veda PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *Resp. ann. soc. enti*, 2009, 3, 185.

ci si avvede di come la centralità riconosciuta, nella disciplina delle cautele reali *contra societatem*, alla regola di trattamento sottesa alla previsione di cui all'art. 27, co. 2 Cost., non esaurisca i propri effetti sul terreno delle esigenze cautelari, ma debba estendere la propria influenza anche alla sfera del *fumus commissi delicti*.

Al riguardo, è noto come, salvo un precedente isolato<sup>42</sup>, la giurisprudenza sia orientata nel senso di non pretendere uno scrutinio penetrante della condizione probatoria, considerando sufficiente, per disporre lo strumento ablativo ex art. 53 d.lgs. 231/2001, la mera verosimiglianza dell'ipotesi accusatoria o, detto diversamente, la possibilità di sussumere il fatto in una determinata fattispecie criminosa<sup>43</sup>.

A tale assunto<sup>44</sup> si contrappone l'opinione pressoché unanime della dottrina, che muove dal dato sistematico. In tal senso, si pone l'accento, in modo convincente, sulla finalità della cautela di nostro interesse, mirante non alla sottrazione di una *res* pericolosa in sé<sup>45</sup>, ma - come più volte accennato - a ga-

<sup>42</sup> Cass. Sez. VI, 10 settembre 2012, n. 34505, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 12 settembre 2012, con osservazioni di CANESCHI, *Sulla necessaria valutazione dei gravi indizi di responsabilità a carico dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo di cui all'art. 53 del d.lgs. 231/01*; e in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, 3, 249 ss., con commento di GUIDO, *Fumus commissi delicti «allargato» per il sequestro preventivo destinato all'ente*, secondo cui, per procedere al sequestro preventivo a fini di confisca del profitto del reato presupposto, è necessario l'accertamento della sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente indagato.

<sup>43</sup> Nella giurisprudenza di legittimità, fra le altre, Cass., Sez. II, 20 luglio 2018, n. 34293, cit.; Cass., Sez. II, 6 ottobre 2014, n. 41435, in *Cass. Pen.*, 2015, 2, 710; : Cass., Sez. II, 22 marzo 2006, n. 9829, Rv. 233373. Nello stesso senso, tra le pronunce di merito, Trib. Catania, Sez. G.i.p., 15 novembre 2018, consultabile nella banca dati [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Tale impostazione è, per vero, fatta propria da una parte minoritaria della dottrina: BRICCHETTI, *Il sistema cautelare*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 1, 231.

<sup>44</sup> Si tratta di un'opzione interpretativa, mutuata dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario maturato intorno alla cautela di cui all'art. 321 c.p.p., che ha radici profonde nel tempo, e che ha trovato parziale avallo in una sentenza della Corte costituzionale, in cui si è ritenuto ragionevole consentire il sequestro preventivo pur in assenza di gravi indizi di colpevolezza, argomentando a partire dalla natura pericolosa della *res* oggetto dell'ablazione. In tal senso, Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Cass. Pen.*, 1994, 6, 1455 ss. Sulla portata della pronuncia dei giudici di Palazzo della Consulta, si veda, per tutti, NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 103 ss.

Come sottolineato in dottrina, però, l'autorevole insegnamento mal si presta a fornire indicazioni circa il tema del *fumus commissi delicti* nella disciplina del sequestro strumentale alla confisca, posto che il suo fulcro argomentativo è costituito dalla pericolosità intrinseca della *res*, tipica della misura reale c.d. impeditiva, di cui all'art. 321, co. 1 c.p.p. (si veda la nota seguente); così CANESCHI, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, cit., 57.

<sup>45</sup> In dottrina, infatti, si argomenta come la giustificazione dell'anticipazione dello spossessamento in vista della confisca non risieda nella necessità di sottrarre alla disponibilità di chiunque una cosa di per

rantire la fruttuosità dell'ablazione definitiva. Da questo angolo di visuale, il nesso di strumentalità che avvince la confisca-sanzione, da un lato, e il sequestro preventivo, dall'altro, induce a ritenere necessaria, per l'adozione del secondo, l'elevata probabilità che sussistano le condizioni che legittimano la prima all'esito del processo, e specificamente che, a carico dell'ente accusato, vi siano gravi indizi dell'illecito amministrativo contestato, nel suo duplice aspetto oggettivo e soggettivo<sup>46</sup>: a ragionare diversamente, si procederebbe, infatti, all'apprensione di cose, che si presumono frutto di attività illecita, senza pretendere un accertamento, almeno nella consistenza della gravità indiziaria, della responsabilità della persona giuridica, col rischio di applicare un trattamento sostanzialmente sanzionatorio a chi è presunto innocente<sup>47</sup>.

Al novero delle critiche mosse, da più parti, rispetto alla presa di posizione pur così ben radicata in giurisprudenza, un ulteriore argomento sembrerebbe aggiungersi dalla lettura del provvedimento qui in esame. Una volta, infatti, che dovesse passare l'affermazione secondo cui il rischio di un uso del congegno patrimoniale di cui all'art. 53 d.lgs. 231/2001 in chiave di anticipazione della pena imponga - in nome del rispetto della *presumption of innocence* - uno speciale impegno argomentativo sul *periculum*, sarebbe sin troppo facile trarre le inevitabili conseguenze anche su altro e diverso fronte: nel senso che l'impiego di un parametro di giudizio<sup>48</sup> altrettanto rigoroso dovrebbe esigersi

---

se stessa pericolosa. A ben guardare, in molte ipotesi di ablazione-sanzione, quale quella di cui all'art. 19 d. lgs. 231/2001, la pericolosità della *res* si coglie solo in rapporto al presunto autore del reato, di modo che la possibilità di formulare a carico di quest'ultimo una prognosi di colpevolezza non può essere considerata irrilevante. Per tale tesi, si veda CANESCHI, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, cit., 57.

<sup>46</sup> In questo senso, BERNASCONI, *La riforma della corporate crime liability nell'intreccio tra disposizioni sostanziali e processuali*, in *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di Centonze-Manacorda, Bologna, 2016, 253; EPIDENDIO, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 95; GUIDO, *Fumus commissi delicti «allargato» per il sequestro preventivo*, cit., 254; LORENZETTO, sub art. 53 d. lgs. giugno 2001, n. 231, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, Padova, 2008, 465; MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, 316; L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Le cautele reali*, in *Il processo de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2006, 195; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., 267; PRESUTTI, *Le misure cautelari reali*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, a cura di Presutti-Bernasconi, Milano, 2018, 331.

<sup>47</sup> Cfr. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo*, cit., 185.

<sup>48</sup> Al riguardo, va ricordato come, in dottrina, non vi sia unità di vedute sulla categoria dogmatica a cui ricondurre i gravi indizi di colpevolezza. Alla tesi di chi intravede in essi la previsione di una regola di giudizio, volta a rendere sufficiente, ai fini della prova, un grado di certezza inferiore rispetto al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio (CAPRIOLI, voce *Condanna*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2008, vol.

anche per il saggio del presupposto indiziario, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 273 c.p.p., per le misure cautelari personali, e dall'art. 45 d.lgs. 231/2001, per le cautele interdittive *de societate*, per «contenere in limiti accettabili il pericolo che l'iniziativa cautelare po[ssa] incidere sulle libertà di soggetti poi dichiarati non colpevoli al termine del procedimento penale»<sup>49</sup>.

Non si ignora, infine, come l'accoglimento di questo schema di pensiero possa comportare delle disfunzioni organizzative. Se si conviene sulla necessità della formulazione di una prognosi di colpevolezza in vista dell'apprensione cautelare dei beni, è giocoforza ammettere l'incompatibilità a partecipare al dibattimento del giudice che abbia concorso alla decisione in sede di riesame *ex art. 324 c.p.p.*, ai sensi dell'art. 34, co. 2 c.p.p.<sup>50</sup>: milita in tal senso il condizionamento che eserciterebbe – sulla successiva attività giurisdizionale – la valutazione riguardante la gravità indiziaria soggettivamente orientata, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale<sup>51</sup>. Con la conseguenza che ci si potrebbe trovare in difficoltà nell'assegnazione delle reg Giudicande ai singoli magistrati. Ma tale rilievo non pregiudica la bontà della tesi, sollecitando semmai

---

II, t. 1, 112; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 210; PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, 129-130), si contrappone l'opinione di quanti ritengono che essi indichino l'oggetto della prova, rappresentato da un *quid minus* rispetto al *thema probandum* rilevante *ex art. 533, co. 1 c.p.p.* (così DANIELE, voce *Indizi (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2017, X, 511; FERREA, voce *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, *ivi*, 742).

<sup>49</sup> MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1994, vol. VIII, 64.

<sup>50</sup> Argomentando a partire dall'art. 34, co. 2-*bis* c.p.p., sembrerebbe agevole sostenere che il giudice persona fisica, che abbia adottato il sequestro preventivo strumentale alla confisca nell'esercizio delle sue funzioni durante le indagini preliminari, non possa partecipare al successivo giudizio.

<sup>51</sup> Si allude a Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 5, 579 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, co. 2 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla partecipazione al giudizio del giudice che, come componente del Tribunale di cui all'art. 309 c.p.p., si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato. Decisivo in tal senso, è risultato lo sviluppo degli argomenti formulati dalla stessa Corte in una pronuncia di poco antecedente (Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 5, 782), e precisamente la circostanza che il vaglio di gravità indiziaria, *ex art. 273 c.p.p.*, comporti una valutazione sul merito della reg Giudicanda tale da determinare un pregiudizio per l'imparzialità del giudicante. Va, tuttavia, ricordato come la Consulta non abbia mai ritenuto contraria a costituzione la partecipazione al dibattimento del giudice del riesame, che si sia pronunciato in materia di misure cautelari reali, sul presupposto che queste ultime possono prescindere da qualunque profilo di colpevolezza: così Corte cost., 21 marzo 1997, n. 66, in *Cass. Pen.*, 1997, 6, 1999 ss.

Per le ragioni indicate nel testo, tuttavia il *dictum* pare non estensibile *sic et simpliciter* al sequestro preventivo strumentale alla confisca, ai sensi dell'art. 53 d.lgs. 231/2001.

In argomento, *funditus*, DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, 111 ss.; RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, *passim*.

la messa in opera di adeguate contromisure da parte del legislatore e degli uffici giudiziari, nell'ambito delle rispettive competenze<sup>52</sup>.

**FILIPPO MARCHETTI**

---

<sup>52</sup> Va da sé che postulare, per l'adozione del sequestro preventivo in parola, una prognosi di colpevolezza dell'ente, ripropone, nel procedimento *de societate*, l'annoso quesito, sorto con riferimento all'adozione delle misure personali contro le persone fisiche, della possibilità di una rivalutazione, a opera del giudice procedente o del Tribunale del riesame, del quadro indiziario a valle della decisione di rinvio a giudizio. La trattazione *funditus* dell'argomento richiederebbe ben altro approfondimento di quello possibile nello spazio di queste brevi note. Sia, pertanto, sufficiente ricordare come, da ultimo, le Sezioni Unite - richiamando anche i responsi della giurisprudenza costituzionale - abbiano risposto affermativamente all'interrogativo, argomentando a partire dalla diversità fra i criteri di giudizio che presiedono alla delibazione dei gravi indizi di colpevolezza, da un lato, e all'esercizio dell'azione penale, dall'altro: Cass., sez. Un., 26 novembre 2002, n. 39915, Vottari, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 3, 1015, con nota di DANIELE, *Fumus commissi delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*. Sull'argomento, in dottrina, recentemente, CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 10; CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 382 ss.

Solo a titolo di chiosa, non può non rilevarsi come una rimeditazione degli approdi raggiunti parrebbe oggi quantomeno opportuna, essendo nel frattempo mutati i termini della questione per effetto dell'approvazione del d.lgs. 10 ottobre 2022 e d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, che, modificando, rispettivamente, gli artt. 425 c.p.p. e 61 d.lgs. 231/2001, pretendono la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere in udienza preliminare, quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna.