

Il sequestro preventivo nel procedimento a carico degli enti: presupposti, limiti, garanzie e rapporti con le misure interdittive.

PAOLO DI GERONIMO - Consigliere della Corte di cassazione.

Indice: 1. Premessa - 2. Il *periculum* dopo la sentenza “Ellade” - 3. Le ricadute della sentenza “Ellade” rispetto al sequestro preventivo a carico degli enti – 3.1. L’individuazione delle esigenze cautelari in riferimento al sequestro finalizzato alla confisca - 4. Il rapporto tra il sequestro finalizzato alla confisca e le misure cautelari interdittive - 5. I possibili correttivi - 6. Ammissibilità del sequestro preventivo impeditivo – 7. Sequestro preventivo e salvaguardia della continuità aziendale - 8. Sequestro e risanamento dell’ente - 9. Rapporti tra il commissariamento l’amministrazione giudiziaria dell’ente.

1. Premessa.

L’istituto del sequestro preventivo trova espressa disciplina nel d.lgs. n.231 del 2001 che, all’art. 53, stabilisce che si può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell’articolo 19.

Il legislatore ha introdotto una apposita disciplina per il caso del sequestro preventivo finalizzato alla confisca che, nel regime della responsabilità a carico degli enti, costituisce una sanzione principale ex art. 19 d.lgs. n.231 del 2001, che può essere sempre disposta anche per equivalente, e ha necessariamente natura obbligatoria (Sez.U, n. 11170 del 25/9/2014, dep. 2015, Uniland s.p.a., Rv. 263680).

La norma sopra richiamata, pertanto, sembra aver introdotto una disciplina del sequestro preventivo strettamente finalizzato ad anticipare e garantire l’esecuzione della confisca, dal che ne sono conseguiti tutta una serie di problemi, primo fra i quali l’individuazione dei presupposti di applicabilità dell’istituto.

Sul tema si registra una isolata pronuncia 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 (Sez.6, n. 34505 del 31/05/2012, Codelfa, Rv. 252929)

Secondo tale impostazione, infatti, il sequestro ex art. 53, in quanto finalizzato ad anticipare una sanzione principale – qual è la confisca ex art.19 – richiederebbe una valutazione più approfondita rispetto alla “astratta configurabilità” del reato. In buona sostanza, si riteneva che il sequestro preventivo attui in via cautelare l’effetto della sanzione e, in quanto tale, dovrebbe applicarsi il medesimo parametro di giudizio previsto, nei confronti dell’imputato, per la sottoposizione a misure cautelari personali, cioè i gravi indizi di colpevolezza.

Si tratta di una lettura che ha l’innegabile pregio di introdurre una garanzia parametrata all’invasività ed ai potenziali effetti irreversibili derivanti dalla confisca rispetto all’attività imprenditoriale dell’ente e, nel far ciò, si valorizzava il parallelismo esistente tra misure cautelari personali e pena principale prevista nei confronti dell’imputato persona fisica. In buona sostanza,

così come nei confronti dell'imputato l'applicazione di una misura cautelare personale richiede la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, altrettanto dovrebbe avvenire nei confronti dell'ente lì dove la misura cautelare reale anticipa gli effetti della confisca.

Tale soluzione non ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva che, invece, si è attestata nel ritenere che per il sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca, eventualmente anche per equivalente, e quindi, secondo il disposto dell'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dei beni che costituiscono prezzo e profitto del reato, non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, nè la loro gravità, nè il "periculum" richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321 cod. proc. pen., essendo sufficiente accertare la confiscabilità dei beni una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato (Sez.2, n.34293 del 10/07/2018, Sunflower srl, Rv. 273516; Sez.4, n. 51806 del 18/11/2014, Calamai, Rv. 261571; Sez.2, n. 41435 del 16/9/2014, Ass.Integrazione Immigrati, Rv. 260043).

2. Il *periculum* dopo la sentenza "Ellade".

L'orientamento da ultimo richiamato, nella parte in cui giunge ad escludere che occorra l'individuazione del *periculum* per procedere alla confisca ex art. 53 d.lgs. n.231 del 2001, merita di essere rivisitato alla luce della più recente giurisprudenza che si è occupata, in generale, del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 321 cod. proc. pen.

La giurisprudenza era tendenzialmente incline a ricostruire i presupposti legittimanti del sequestro preventivo finalizzato alla confisca secondo criteri divergenti rispetto alla tradizionale necessità di accertare il *fumus commissi delicti* e il *periculum*, richiesti per il sequestro preventivo impeditivo e, più in generale, per le diverse forme di misura cautelare previste non solo nel processo penale, ma anche in altri settori dell'ordinamento.

Si riteneva, infatti, che qualora il sequestro fosse finalizzato ad anticipare la confisca e, quindi, a garantire che nel tempo necessario per l'accertamento del reato l'indagato/imputato non disponga del bene sottraendo alla successiva acquisizione da parte dello Stato, una volta accertato il *fumus*, il *periculum* potesse ritenersi sostanzialmente *in re ipsa*, non occorrendo una specifica motivazione sul punto.

Tale impostazione è stata sottoposta a vaglio critico dalla più recente giurisprudenza, fino a giungere alla rimessione alle Sezioni unite della questione circa la necessità o meno che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca richieda la motivazione anche in ordine al *periculum in mora*.

La diatriba è stata risolta da **Sez.U, n. 36959 24/06/2021, Ellade, Rv. 281848**, con la quale si è affermato che il provvedimento di sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 cod. pen., deve contenere la concisa motivazione anche del *periculum in mora*, da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca rispetto alla definizione del giudizio, salvo restando che, nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili "ex lege". In motivazione, le Sezioni unite hanno specificato come l'onere di motivazione può ritenersi assolto allorché il provvedimento si soffermi sulle ragioni per cui, nelle more del giudizio, il bene potrebbe essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato.

La *ratio* sottesa a tale decisione deve ravvisarsi nel fatto che solo un'eggesi estensiva dell'onere di motivazione del provvedimento di sequestro preventivo a fini di confisca può, da un lato, evitare le possibili frizioni con il principio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost. art. 6, par. 2, CEDU) e, dall'altro, assicurare il rispetto del principio di proporzionalità.

Una soluzione ermeneutica che vincoli il sequestro preventivo funzionale alla confisca ad una motivazione sul *periculum in mora* risulta coerente «con i criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare, evitando un'indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica, e la trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio».

Una volta affermato tale principio in via generale, si è posta la necessità di verificarne la validità tanto con riguardo alle ipotesi di confisca facoltativa che di quella obbligatoria. Si poneva il dubbio, infatti, che per i casi di confisca obbligatoria l'onere motivazionale non fosse sussistente, proprio perché la confisca è prevista come necessaria *ex lege*.

Le Sezioni Unite hanno escluso la possibilità di giungere a soluzioni differenziate con riferimento alle diverse tipologie di confisca riconducibili all'art. 240 cod. pen. (obbligatoria o facoltativa), considerando che tale distinzione oggi pare riposare su scelte normative che qualificano la misura in un senso o nell'altro non in base a differenti caratteristiche dei beni, strutturali o funzionali, bensì in ragione della diversa tipologia di reato e dell'esigenza di assicurare una risposta sanzionatoria di sicura dissuasività ed afflittività.

Si è affermato, peraltro, che con riferimento alle ipotesi di confisca obbligatoria, appare ancora più evidente la possibile frizione con la presunzione di non colpevolezza della soluzione ermeneutica, comune ai due orientamenti, che esime dall'onere di motivazione sul *periculum in mora*, posto che, in tal caso, si consentirebbe al giudice di anticipare gli effetti della confisca, per legge prevista solo in relazione ad una pronuncia di condanna o di applicazione della pena, esentandolo dall'onere di spiegare perché, ancor prima che tali condizioni si realizzino, il bene debba essere sequestrato.

In conclusione, pertanto, può affermarsi che la sentenza “Ellade” ha disegnato lo statuto del sequestro preventivo finalizzato alla confisca riconducendolo nell'alveo tipico delle misure cautelari, richiedendo la compresenza del requisito del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, stabilendo, inoltre, che il *periculum* andrà individuato sia nel caso di confisca facoltativa che obbligatoria, con la sola eccezione della confisca prevista dall'art. 240, comma 2, n. n) cod. pen., concernente la confisca delle cose la cui fabbricazione, uso, detenzione o alienazione costituisce reato, per le quali la confisca va disposta anche se non è pronunciata condanna.

3. Le ricadute della sentenza “Ellade” rispetto al sequestro preventivo a carico degli enti.

Le Sezioni unite non hanno espressamente esaminato l'applicabilità dei principi affermati in tema di onere motivazionale relativamente al *periculum* con riguardo al sequestro preventivo disposto nei confronti degli enti. Tuttavia, i principi affermati e la loro valenza generalizzata devono necessariamente essere valutati anche nel contesto normativo disegnato dall'art. 53 d.lgs. n.231 del 2001.

Nel momento in cui si afferma che, in linea generale e per qualsivoglia ipotesi di confisca sia essa facoltativa o obbligatoria, il sequestro preventivo deve essere motivato anche con riguardo alla sussistenza delle esigenze cautelari, le Sezioni unite hanno sottolineato l'indispensabilità di tale onere per salvaguardare sia i criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare, sia per evitare che il sequestro preventivo, ove lo si ritenga ammissibile anche in difetto del *periculum*, possa trasformarsi in una forma di indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica, e la trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio.

La necessità di subordinare il sequestro ex art. 53, cit., anche alla sussistenza del *periculum in mora*, adeguatamente motivato, è ancor più pressante nel regime della responsabilità degli enti, nel quale la confisca, e quindi il sequestro ad essa finalizzato, determinano l'anticipazione di una vera e propria sanzione principale.

A ciò occorre aggiungere che gli effetti del sequestro possono assumere una tale incidenza da produrre effetti irreversibili rispetto alla sopravvivenza stessa dell'ente, come avviene nel caso in cui il vincolo cautelare venga apposto su risorse patrimoniali talmente ingenti da determinare la sostanziale impossibilità della prosecuzione dell'attività aziendale.

Analoghe considerazioni valgono nel caso in cui il sequestro finalizzato alla confisca ricada direttamente sul compendio aziendale, posto che in tali ipotesi si può pervenire alla temporanea sottrazione dei beni strumentali per la prosecuzione dell'impresa, con il rischio di pregiudicarne definitivamente la ripresa.

In buona sostanza, l'incidenza del sequestro finalizzato alla confisca, proprio in considerazione della peculiarità della responsabilità ex d.lgs. n.231 del 2001 e della sua tendenziale applicazione rispetto ad attività imprenditoriali, è tale da richiedere garanzie rafforzate e non certo inferiori rispetto a quanto previsto in generale per il sequestro preventivo ex art. 321 cod. proc. pen.

Proprio per tale ragione, quindi, deve ritenersi che i principi affermati nella sentenza "Ellade", improntati alla salvaguardia del principio di proporzionalità delle misure cautelari ed alla tutela del diritto di proprietà, meritano sicuramente di trovare applicazione anche nel processo a carico degli enti, come affermato recentemente da Sez.6, n. 14047 del 13/2/2024, Area 62 srl, Rv. 286297.

Occorre aggiungere, inoltre, che l'intero sistema del d.lgs. n.231 del 2001 è improntato alla salvaguardia della continuità imprenditoriale, posto che il sistema sanzionatorio entra in azione solo ove l'ente non abbia utilizzato alcuno degli strumenti premiali che consentono, nel corso del procedimento, di adottare quelle forme di recupero della legalità a fronte delle quali è previsto un trattamento sanzionatorio di assoluto favore.

Rispetto alla *ratio* che ispira il d.lgs. n.231 del 2001, non appare compatibile un'interpretazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca che sia, potenzialmente, in grado di esautorare l'ente dall'utilizzo di gran parte del proprio patrimonio e della azienda, anticipando gli effetti della condanna e, di fatto, impedendo l'efficace adozione delle misure riparatorie.

3.1. L'individuazione delle esigenze cautelari in riferimento al sequestro finalizzato alla confisca.

Acclarata la necessità che il sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria ex art. 19, d.lgs. n. 231 del 2001 richiede necessariamente un'adeguata motivazione in merito alle esigenze cautelari, deve precisarsi che queste ultime sono tendenzialmente da valutare con riguardo al rischio di dispersione della garanzia patrimoniale in merito all'eseguibilità della confisca. Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca assume una funzione essenzialmente conservativa, tant'è che la stessa sentenza "Ellade" ha espressamente affermato che la ratio della misura cautelare in esame si pone in evidente parallelismo rispetto al sequestro conservativo di cui all'art. 316 cod. proc. pen. che, analogamente, e con riferimento alla necessità di garantire l'effettività delle statuizioni relative al "pagamento della pena pecuniaria", presenta le stesse caratteristiche di preservazione della operatività di dette statuizioni, anch'esse condizionate alla definitività della pronuncia cui accedono. Quanto detto, tuttavia, non consente di estendere tout court al sequestro preventivo i medesimi presupposti applicativi elaborati con riferimento al sequestro conservativo, in relazione al quale la giurisprudenza ha chiarito che per ritenere sussistenti le esigenze cautelari è sufficiente che vi sia il fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia attualmente insufficiente per l'adempimento delle obbligazioni di cui all'art. 316, commi 1 e 2, cod. proc. pen., non occorrendo invece che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore (Sez. U, n. 51660 del 25/09/2014, Zambito Rv.261118). Tale affermazione, infatti, si giustifica a fronte della previsione normativa contenuta all'art. 316 cod. proc. pen. che contempla, quali presupposto per l'apposizione del vincolo, l'alternativa sussistenza del requisito della mancanza delle garanzie o del rischio della loro dispersione. I suddetti requisiti, nonostante l'accertata similitudine di funzione riconosciuta tra il sequestro preventivo finalizzato alla confisca e quello conservativo, non sono richiamati nell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen. e nell'art. 53, d.lgs. n.231 del 2001, in relazione ai quali, pertanto, deve ritenersi che la misura cautelare non possa essere applicata a fronte della mera sproporzione tra il profitto confiscabile e il patrimonio dell'ente, occorrendo in ogni caso - a differenza di quanto avviene nel caso del sequestro conservativo - un quid pluris che giustifichi l'effetto ablativo anticipato rispetto alla condanna che disponga la confisca.

Con una recente sentenza, si è affermato che, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato, è illegittimo il provvedimento di applicazione della misura che non contenga una, sia pur concisa, motivazione circa la ritenuta sussistenza del periculum in mora, anche nel caso in cui il patrimonio del soggetto passibile di ablazione sia di consistenza inferiore alla somma sino alla cui concorrenza questa dovrebbe operare, non coincidendo il suo presupposto applicativo con quello della mancanza/insufficienza della garanzia patrimoniale, previsto per il sequestro conservativo (Sez.3, n.31025 del 6/4/2023, Benzoni, Rv285042; si veda anche Sez.3, n. 44874 dell'11/10/22, Fricano, Rv. 283769). Tale decisione ha espressamente preso spunto dalle considerazioni svolte in motivazione dalle Sezioni unite nella sentenza "Ellade", precisando che lì dove si fa riferimento al "parallelismo" tra sequestro conservativo e sequestro preventivo finalizzato alla confisca, non si è inteso operare una equiparazione, essendosi esclusivamente sottolineata la necessità che la motivazione, per entrambe le tipologie di sequestro, non possa limitarsi al solo aspetto del fumus.

Le Sezioni unite, con specifico riguardo alla funzione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, hanno rilevato la necessità «che il provvedimento si soffermi sulle ragioni per le quali il bene potrebbe, nelle more del giudizio, essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato. Una esigenza, questa, rapportata appunto alla ratio della misura cautelare volta a preservare, anticipandone i tempi, gli effetti di una misura che, ove si attendesse l'esito del processo, potrebbero essere vanificati dal trascorrere del tempo». Sulla base di tali indicazioni

ermeneutiche, si ritiene, pertanto, di poter affermare il principio secondo cui il decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca 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.

4. Il rapporto tra il sequestro finalizzato alla confisca e le misure cautelari interdittive.

Le osservazioni sopra svolte, introducono un tema di estrema rilevanza, ponendosi fondatamente il dubbio se l'adozione del sequestro finalizzato alla confisca, lì dove si traduca nella sottrazione di gran parte del patrimonio all'ente, possa determinare effetti analoghi a quelli propri delle misure cautelari interdittive.

Occorre premettere che il sequestro finalizzato alla confisca può avere ad oggetto denaro, beni aziendali, quote societarie, fino a poter giungere al sostanziale sequestro dell'intera società, intesa come complesso di beni strumentali e risorse patrimoniali. Tale risultato, peraltro, è agevolato dalla previsione della possibilità di disporre la confisca, e quindi il sequestro, anche per equivalente, sicchè viene meno anche il limite derivante dalla necessaria pertinenzialità del bene sequestrato rispetto al reato. In definitiva, quindi, pare corretto ritenere che il sequestro finalizzato alla confisca trova un unico limite nell'individuazione complessiva del valore da sottoporre a vincolo ma, al di fuori di tale dato, la scelta dei beni sui quali eseguire il sequestro è sostanzialmente libera.

Fatta tale premessa, è agevole comprendere la ragione per cui si ritiene che il sequestro finalizzato alla confisca può, in concreto, produrre i medesimi effetti di una misura cautelare interdittiva. Basti considerare l'ipotesi più ricorrente e, cioè, il sequestro della liquidità depositata sui conti corrente di una società, che – ove avente ad oggetto un importo assorbente della capacità economica dell'ente – produrrà necessariamente l'impossibilità di proseguire nell'attività di impresa. In buona sostanza, l'interdizione dell'esercizio dell'attività potrà conseguire in via diretta mediante l'adozione della misura cautelare ove consentita, nonché in via indiretta attraverso il sequestro delle risorse patrimoniali necessarie per lo svolgimento dell'impresa, con l'aggravante che, nel caso in cui il sequestro si tramuti in confisca, ne potrebbe derivare l'interdizione definitiva dell'attività dell'ente anche al di fuori dei casi previsti dall'art.16 che, per l'appunto, indica le ipotesi in cui le sanzioni interdittive, di norma temporanee, possono essere disposte in via definitiva.

L'aspetto maggiormente problematico è che, di fatto, tramite il sequestro si può ottenere l'interdizione dell'attività anche in casi in cui le misure interdittive non sarebbero applicabili, dovendosi rammentare che è esclusa l'applicabilità, come misura cautelare, di sanzioni interdittive che non rientrino tra quelle irrogabili in via definitiva all'esito del giudizio di merito in base alla previsione di cui all'art. 13 (Sez. 2, n. 10500 del 26/02/2007, D'Alessio, Rv. 235845).

Gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'utilizzo del sequestro preventivo quale forma indiretta per inibire la prosecuzione dell'attività d'impresa, peraltro, non si limitano al solo "aggiramento" dell'eventuale divieto di adozione della misura interdittiva, ma producono anche ulteriori conseguenze. In primo luogo, deve evidenziarsi come il sequestro finalizzato alla confisca, in quanto misura reale, non comporta l'instaurazione del contraddittorio preventivo con l'ente, né consente il ricorso all'adozione delle condotte riparatorie ex art. 17 d.lgs. n.231 del 2001 che, ove

poste in essere in sede cautelare, inibiscono il mantenimento della misura interdittiva pur se, in teoria, potrebbe ipotizzarsi l'applicazione analogica del disposto dell'art. 50, in base al quale le misure cautelari sono revocate quanto ricorrono le ipotesi di cui all'art. 17.

In buona sostanza, il sequestro finalizzato alla confisca che impedisca lo svolgimento dell'attività finisce per produrre gli stessi effetti della misura interdittiva, pur non essendo soggetta ai più restrittivi requisiti di ammissibilità e non permettendo neppure di accedere a quel trattamento premiale fondato sulle condotte riparative che è previsto per le sole misure interdittive.

Ma vi è di più. L'impedimento dell'attività derivante dal sequestro non consente neppure il ricorso al commissariamento giudiziale dell'ente (ex art.45, comma 3), misura che ha come finalità principale quella di tutelare l'interesse di soggetti (lavoratori, consumatori) estranei all'ente che, in tal modo, verrebbero ad essere pregiudicati pur in assenza di qualsivoglia coinvolgimento nell'illecito dell'ente.

5. I possibili correttivi.

Sulla base del dato normativo, non è agevole individuare rimedi idonei ad evitare la strumentalizzazione del sequestro finalizzato alla confisca al fine di impedire la sostanziale prosecuzione dell'attività dell'ente.

Una forma minimale di attenuazione di tale effetto pregiudizievole potrebbe essere quella di richiedere quantomeno che l'adozione del sequestro riposi su un vaglio rafforzato dei presupposti, tale da equiparare nella sostanza la misura cautelare reale a quella interdittiva. Recuperando il tentativo compiuto dalla giurisprudenza con la sentenza Sez.6, n. 34505 del 31/05/2012, Codelfa, Rv. 252929, si potrebbe richiedere che il sequestro sia emesso solo in presenza di gravi indizi di colpevolezza, in grado di giustificare una sostanziale anticipazione in fase cautelare della sanzione principale della confisca. Al contempo, l'adozione del sequestro preventivo dovrebbe sempre fondarsi – in attuazione dei principi elaborati da Sez.U. “Ellade” – su un'adeguata motivazione anche in relazione al *periculum in mora*.

La problematica in esame ha trovato un primo riconoscimento in una recente sentenza (Sez.6, n. 13936 dell'11/1/2022, Sunsky s.r.l., Rv. 283281) che si è occupata dei rapporti tra sequestro del profitto e la richiesta di parziale restituzione del denaro, al fine di provvedere al pagamento dei debiti tributari maturati proprio per effetto dell'illecito arricchimento, sul presupposto che l'omesso adempimento del debito tributario avrebbe sostanzialmente impedito la prosecuzione dell'attività d'impresa.

In tale pronuncia, si è preso atto che il d.lgs. n.231 del 2001 non contiene un meccanismo di riduzione della confisca in ragione dell'impegno al successivo pagamento del debito tributario, come previsto, invece, dall'art. 12-bis, comma 2, del d. lgs. n. 74 del 2000 secondo cui «la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'Erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta» (Sez. 3, n. 28225 del 09/02/2016, Passamonti, Rv. 267334; Sez. 3, n. 5728 del 14/01/2016, Orsetto, Rv. 266037)

Nel silenzio del d. lgs. n. 231 del 2001, si è ritenuto che il dissequestro parziale delle somme in sequestro per pagare il debito tributario debba essere ugualmente consentito, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata del principio di proporzionalità della misura cautelare, là dove si renda necessario al fine di evitare, per effetto dell'applicazione del sequestro

preventivo e dell'inderogabile incidenza dell'obbligo tributario, **la cessazione definitiva dell'esercizio dell'attività dell'ente prima della definizione del processo.**

L'equilibrio tra le esigenze della cautela e quelle della salvaguardia della continuità aziendale, pertanto, è stato individuato partendo dal presupposto che ove il sequestro preventivo metta a rischio l'esistenza giuridica dell'ente, si determinerebbe una «esasperata compressione della libertà di esercizio dell'attività d'impresa, del diritto di proprietà, del diritto al lavoro», dovendosi impedire che il sequestro preventivo possa tradursi in una forma di interdizione definitiva dell'attività, operante già in sede cautelare ed in assenza di un'affermazione definitiva di colpevolezza.

Partendo da tale assunto, la Cassazione ha ritenuto che il sequestro preventivo deve rimanere distinto dall'interdizione cautelare dall'esercizio dell'attività dovendosi ritenere che, in attuazione del principio di proporzionalità della misura cautelare, il giudice può autorizzare il dissequestro parziale delle somme sottoposte a sequestro preventivo finalizzato alla confisca per consentire all'ente di pagare le imposte dovute sulle medesime quale profitto di attività illecite, quando l'entità del vincolo reale disposto, pur legittimamente determinato in misura corrispondente al prezzo o al profitto del reato rischi di determinare, anche in ragione dell'incidenza dell'obbligo tributario, già prima della definizione del processo, la cessazione definitiva dell'esercizio dell'attività dell'ente.

Quella esaminata è una pronuncia che sembra andare nel giusto verso, tendendo chiaramente a distinguere gli effetti, i presupposti e le conseguenze di misure cautelari diverse, evitando surrettizi utilizzi della meno garantita misura cautelare reale per ottenere i medesimi risultati delle misure interdittive. Occorre, tuttavia, evidenziare come la soluzione prospettata nella sentenza “Sunsy” era in qualche modo agevolata dal fatto che si richiedeva non già una revoca *tout court* del sequestro, bensì una riduzione della misura cautelare al fine di consentire l'adempimento tributario. Ciò non toglie che i principi generali elaborati in tale pronuncia e, in particolare, la valorizzazione del **principio di proporzionalità** delle misure cautelari, si prestino ad un'applicazione più ampia, anche nell'ottica di escludere la legittimità di misure cautelari reali potenzialmente in grado di anticipare totalmente la sanzione finale, rendendone irreversibile l'effetto.

A tal riguardo, infatti, non può che stigmatizzarsi la tipica funzione della misura cautelare che è sempre strumentale rispetto alla decisione definitiva e, quindi all'irrogazione della pena; lì dove la misura cautelare determina di per sé effetti definitivi, occorre necessariamente individuare strumenti correttivi ed assicurare una tutela rafforzata della garanzie dell'ente, anche e soprattutto mediante l'accertamento non già del mero *fumus commissi delicti*, bensì della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.

Per concludere, è opportuno sottolineare come la delicatezza del tema e l'obiettiva difficoltà di pervenire ai predetti risultati esclusivamente per via interpretativa renderebbero quanto mai opportuno un intervento normativo, volto sostanzialmente a meglio disegnare l'ambito applicativo del sequestro finalizzato alla confisca, innalzando il grado di tutela per l'ente.

6. Ammissibilità del sequestro preventivo impeditivo.

L'unica norma espressamente dedicata al sequestro preventivo nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 è quella relativa al sequestro finalizzato alla confisca, mentre nulla si dice in ordine

alla possibilità di disporre il sequestro preventivo impeditivo nelle ipotesi previste dall'art 321, comma 1, cod. proc. pen.

Valorizzando il dato letterale, si è ritenuto che la limitazione contenuta all'art. 53, lì dove contempla solo il sequestro finalizzato alla confisca, dovrebbe far ritenere implicitamente escluse le restanti ipotesi previste in via generale dall'art. 321 cod. proc. pen. A supporto di tale soluzione, peraltro, deporre il fatto che le esigenze tipicamente ricollegate al sequestro impeditivo ex 321 cod. proc. pen., nel sistema d.lgs. n.231 del 2001 vengono attuate mediante le misure cautelari interdittive.

Si tratta di una soluzione non convincente, dovendosi rilevare che l'aver disciplinato in maniera autonoma il solo sequestro correlato alla confisca ex art. 19, dipende dal fatto che quest'ultimo istituto, quanto meno in relazione alla natura dichiaratamente sanzionatoria della confisca, appartiene solo al d.lgs. n.231 del 2001.

Per converso, il generale rinvio alle norme previste per il processo a carico della persona fisica, contemplato all'art.34, consente l'applicazione del sequestro ex art. 321 cod. proc. pen. anche nel procedimento a carico degli enti, non essendo ravvisabile alcuna ragione di incompatibilità.

A diverse conclusioni non conduce neppure l'osservazione secondo cui le finalità preventive non possono essere garantite dalle misure cautelari interdittive, sia perché queste sono applicabili solo per quegli illeciti che prevedono sanzioni interdittive, sia perché l'adozione di misure cautelari interdittive non consente di graduare adeguatamente – in attuazione del principio di proporzionalità – la risposta cautelare all'esigenza di impedire la reiterazione dell'illecito o l'aggravamento delle conseguenze.

La soluzione ritenuta preferibile ha ricevuto un'implicita conferma da parte della sentenza resa da **Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008, Fisia Italimpianti, Rv. 239923**, lì dove si è chiarito che è sempre possibile l'**applicazione contestuale di misure cautelari interdittive e reali**, atteso che il divieto di cumulabilità delle misure cautelari contenuto nell'art. 46, comma quarto, D.Lgs. n. 231 del 2001, riguarda esclusivamente le prime e non anche le seconde, disciplinate in maniera esaustiva ed autonoma dagli artt. 53 e 54 stesso decreto, a riprova della complementarietà delle diverse tipologie di cautele applicabili nel procedimento a carico degli enti.

Ulteriore conferma di quanto finora sostenuto è desumibile dalla sentenza resa da **Sez.2, n. 34293 del 10/7/2018, Sanflower, Rv. 273515**, secondo cui nel procedimento a carico degli enti è ammissibile il sequestro "impeditivo" di cui all'art. 321, comma 1, cod. proc. pen., non essendovi totale sovrapposizione e quindi incompatibilità logico giuridica tra il suddetto sequestro e le misure interdittive. In motivazione la Corte ha precisato che mentre la **misura interdittiva paralizza l'uso del bene criminogeno solo in modo indiretto**, e temporaneo, al contrario il **sequestro e la successiva confisca colpiscono direttamente il bene, eliminando il pericolo che il bene possa essere destinato a commettere altri reati**.

Occorre aggiungere, infine, che il sequestro ex art. 321 cod. proc. pen. pare essere l'unica norma che consenta anche di procedere al sequestro finalizzato alle ipotesi di confisca diverse da quella contemplata dall'art. 19, espressamente richiamata dall'art. 53.

In particolare, ci si riferisce alla confisca del profitto del reato (ex art. 6, comma 5, d.lgs. n.231 del 2001) nche nella forma per equivalente, nel caso di esclusione della colpevolezza dell'ente, costituente una tipica ipotesi di confisca senza condanna, nonché alla confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività in regime commissariale (Art. 15, comma 4), pur se in

quest'ultimo caso appaiono difficilmente configurabili gli estremi per il sequestro, atteso che la gestione commissariale dovrebbe garantire che il profitto non venga sottratto alla confisca.

7. Sequestro preventivo e salvaguardia della continuità aziendale.

L'impianto generale cui si ispira il d.lgs. n. 231 del 2001 è ispirato alla finalità di ricondurre l'ente nell'alveo della legalità senza determinare forzare interruzione dell'attività imprenditoriale. Di ciò ne è dimostrazione l'ampio spazio dato alle condotte riparatorie, fin dalla fase delle indagini preliminari, cui fa da contraltare la previsione della possibilità di escludere l'applicazione delle misure cautelari interdittive. Pur nei casi in cui non sussistano i presupposti per riconoscere i benefici derivanti dall'adozione delle condotte riparatorie, è prevista la possibilità – in presenza delle condizioni dettate dall'art. 15 – di disporre il commissariamento dell'ente, sempre al fine di evitare che l'interruzione dell'attività si risolva in danno di soggetti incolpevoli (i lavoratori, come pure i fruitori dei servizi realizzati dall'ente), nonché in un irrimediabile compromissione dell'integrità aziendale.

Analoghe esigenze si pongono anche nel caso delle misure cautelari reali, rispetto alle quali deve registrarsi una tendenziale evoluzione della normativa volta ad evitare che il sequestro preventivo di compendi imprenditoriali possa determinare l'interruzione dell'attività.

La norma cardine è rappresentata dall'art. 104-*bis* disp.att., cod.proc.pen. (così come modificato dalla recente riforma “Cartabia”), che per il sequestro preventivo ex art. 321 cod.proc.pen. disciplina nel dettaglio i casi e le modalità per procedere all'amministrazione dell'ente colpito dal sequestro.

In tale contesto si va ad inserire il previgente comma 1 bis - aggiunto dall'art. 12, comma 5 bis, d.l. 101/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. 125/2013 di conversione del cd. «decreto salva ILVA», che ha introdotto l'art. 53, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 231 del 2001, che detta una specifica disciplina dell'amministrazione giudiziaria dell'ente nell'ambito del procedimento che si svolge a suo carico.

La norma prevede testualmente che: «Ove il sequestro, eseguito ai fini della confisca per equivalente prevista dal comma 2 dell'articolo 19, abbia ad oggetto società, aziende ovvero beni, ivi compresi i titoli, nonché quote azionarie o liquidità anche se in deposito, il **custode amministratore giudiziario** ne consente l'utilizzo e la gestione agli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali, esercitando i poteri di vigilanza e riferendone all'autorità giudiziaria. In caso di violazione della predetta finalità l'autorità giudiziaria adotta i provvedimenti conseguenti e può nominare un **amministratore nell'esercizio dei poteri di azionista**. Con la nomina si intendono eseguiti gli adempimenti di cui all'articolo 104 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. In caso di sequestro in danno di società che gestiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale e di loro controllate, si applicano le disposizioni di cui al decreto-legge 4 giugno 2013, n. 61, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2013, n. 89».

Prima di procedere all'esame delle questioni che pone la nuova norma, occorre innanzitutto delimitarne l'ambito operativo.

Il dato testuale sembrerebbe inequivocabile, atteso che si prevede espressamente che la disciplina di cui al comma 1 *bis* dell'art. 53 si applica al **sequestro finalizzato alla confisca per equivalente prevista dal comma 2 dell'art. 19**. Si tratta di una limitazione indotta dal fatto che l'art. 53, fin dalla sua originaria formulazione, sembrava consentire il sequestro preventivo solo se finalizzato alla confisca, non contemplando anche la tipica figura del sequestro impeditivo sulla falsariga dell'istituto previsto dall'art. 321, comma 1, cod.proc.pen.

Ove si acceda alla tesi, in precedenza esposta, secondo cui nel processo a carico degli enti sono ammesse entrambe le ipotesi di sequestro preventivo disciplinate dall'art. 321, commi 1 e 2, cod.proc.pen., dovrebbe concludersi nel senso che la previsione contenuta all'art. 53, comma 1 *bis*, si debba applicare, quanto meno per analogia, anche al sequestro finalizzato alla confisca "diretta", nonché al sequestro preventivo "impeditivo" che abbia ad oggetto società o quote azionarie, tanto più ove si consideri che la nomina e le funzioni del custode amministratore giudiziario previste dall'art. 53 sono tendenzialmente assimilabili a quelle previste in generale dall'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p. applicabili in via generale a tutti i casi di sequestro preventivo.

In buona sostanza, il sistema delineato dalle suddette norme riposa su un dato comune, secondo cui il sequestro di beni produttivi non deve risolversi nel blocco dell'attività, bensì occorre garantirne la prosecuzione in tutti quei casi in cui – operando un giudizio fondato sul principio di proporzionalità della misura cautelare e di salvaguardia di concorrenti interessi di primaria rilevanza – le esigenze cautelari non richiedono necessariamente l'interdizione dell'utilizzo dei beni aziendali.

Altro aspetto che la norma non contribuisce a chiarire è se la nomina del custode amministratore giudiziario sia un atto dovuto, ovvero il giudice possa anche adottare il sequestro preventivo senza provvedervi.

La formulazione dell'art. 53, comma 1 *bis*, non contiene alcun specifico riferimento a valutazioni discrezionali del giudice, limitandosi a prevedere quelle che sono le funzioni del custode e, quindi, implicitamente sembrerebbe che la sua nomina sia direttamente consequenziale all'adozione della misura cautelare reale.

Nell'unica pronuncia nota sul tema, la Cassazione (Sez. 3, n. 6742 del 9/11/2017, dep.2018, Emoter, Rv.273065) sembra propendere per tale soluzione, affermando che la nomina dell'amministratore giudiziario è presupposto imprescindibile per l'esercizio dell'attività aziendale e, nel caso in cui venga omessa, la parte interessata ha un onere di impulso di adire il giudice che procede.

La mancata nomina dell'amministratore, pertanto, viene qualificata quale omissione a fronte della quale il soggetto destinatario potrebbe ricorrere al giudice della cautela, *ex art. 47*, competente all'adozione dei provvedimenti in sede esecutiva della misura.

Invero, l'affermazione richiede qualche precisazione; pare preferibile ritenere, infatti, che la nomina del custode amministratore giudiziario va necessariamente disposta, ma solo a condizione che nel caso concreto risultino quelle *esigenze di garantire la «continuità e lo sviluppo» aziendali*.

Ove tali esigenze difettino, ad esempio perché l'ente nelle more ha cessato la propria attività, ovvero perché i beni oggetto di sequestro non sono funzionalmente collegati al prosieguo dell'attività imprenditoriale, potrebbe risultare superflua la nomina dell'amministratore, in quanto la mera apposizione del vincolo cautelare garantirebbe di per sé l'esecuzione della futura confisca.

Le maggiori complessità, tuttavia, derivano dal necessario coordinamento dell'art. 53, comma 1 *bis*, con la disciplina generale dettata per l'amministrazione dei beni sequestrati dal novellato art. 104 *bis* disp. att. cod. proc. pen.

Si tratta di una norma che, in linea generale, estende l'applicazione delle regole dettate per l'amministrazione dei beni produttivi nell'ambito della confisca di prevenzione stabilendo, in estrema sintesi, che:

- casi in cui il sequestro preventivo o la confisca abbiano per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario ex d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, normativa cui si rinvia anche per quanto concerne nomina e revoca dell'amministratore, compiti, obblighi dello stesso e modalità di gestione dei beni;
- se il sequestro ha ad oggetto stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di **interesse strategico nazionale il giudice dispone la prosecuzione dell'attività** avvalendosi di un amministratore giudiziario, nel caso di imprese ammesse all'amministrazione straordinaria, la gestione è affidata al commissario già nominato. Il giudice autorizza la prosecuzione dell'attività se, nell'ambito della procedura di riconoscimento dell'interesse strategico nazionale, sono state adottate misure con le quali si è ritenuto realizzabile il bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva e di salvaguardia dell'occupazione e la tutela della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente e degli altri eventuali beni giuridici lesi dagli illeciti commessi;
- l'esclusione o la revoca dell'autorizzazione alla prosecuzione dell'attività può essere impugnato (con appello) anche dalla Presidenza del Consiglio e Ministeri competenti;
- nel caso di imprese di interesse strategico qualora la prosecuzione dell'attività sia stata autorizzata dopo l'adozione del provvedimento di sequestro, l'amministratore giudiziario, ovvero il commissario straordinario nominato nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria, è autorizzato a proseguire l'attività anche quando il provvedimento con cui è disposta la **confisca è divenuto definitivo**;
- **in caso di imprese ammesse all'amministrazione straordinaria, il sequestro non impedisce il trasferimento dei beni.**

Il d.l. n. 69 del 2023 (convertito in l. n. 103 del 2023) ha introdotto il comma 1-*ter* all'art.53, realizzando il coordinamento con l'art. 104-*bis* disp.att. cod. proc. pen., nella misura in cui stabilisce che quando il sequestro abbia ad oggetto stabilimenti industriali o parti di essi che siano stati dichiarati di interesse strategico nazionale si applica l'articolo 104-bis, commi 1-bis.1, 1-bis.2, 1-septies, 1-octies, 1-novies e 1-decies.

8. Sequestro e risanamento dell'ente.

La disciplina dell'amministrazione giudiziaria dettata per il caso di sequestro della società e dei beni costituiti in compendio aziendale, come pure quella prevista in via generale dal citato art. 104 bis, non contiene alcun riferimento all'adozione di eventuali condotte riparatorie od all'adozione di un Modello di organizzazione.

Da questo punto di vista, la funzione dell'amministrazione viene ad essere essenzialmente limitata a consentire la prosecuzione dell'attività in funzione conservativa dell'ente, senza che possa svolgere un'effettiva ingerenza nella sua gestione.

In tal senso depone l'art. 53, comma 1 bis, lì dove afferma che il custode amministratore giudiziario «consente» l'utilizzo e la gestione agli organi societari, rendendo del tutto evidente di come la nomina di tale soggetto non determina alcuna sostituzione gestoria, bensì un'attività di controllo che, per quanto pregnante, non può determinare l'impulso all'adozione di misure organizzative in sostituzione degli organi societari.

Potrebbe obiettarsi che la prosecuzione dell'attività da parte dell'ente sottoposto a sequestro dovrebbe comunque ispirarsi a canoni di legalità e, quindi, sia pur indirettamente sarebbe necessaria l'adozione di un idoneo Modello di organizzazione volto a scongiurare la reiterazione di reati della stessa specie di quelli per i quali si procede.

Tale conclusione, tuttavia, non appare univocamente applicabile.

In primo luogo, l'adozione del Modello di organizzazione è sempre frutto di una scelta volontaria dell'ente, ne può introdursi una sorta di presunzione di illegittimità dell'attività dell'ente per il semplice fatto che questi non si doti dello strumento organizzativo e di controllo. Invero, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che il Modello è uno strumento facoltativo, sicché la sua mancata adozione può al più rilevare per negare l'accesso al trattamento premiale ovvero, in sede cautelare, per valutare il perdurante rischio di reiterazione dell'illecito.

L'altro aspetto che impedisce di collegare all'adozione del sequestro l'obbligo di procedere all'adozione del Modello di organizzazione si desume dalla natura stessa del provvedimento cautelare.

Il legislatore, infatti, ha espressamente riferito la disciplina dell'art. 53, comma 1-bis, al sequestro finalizzato alla confisca, sicché l'esigenza primaria che si intende perseguire è quella conservativa del patrimonio, sotto il duplice profilo di impedire la dispersione dei cespiti attivi e di mantenere la capacità produttiva.

Rispetto a tale contesto, la finalità del "risanamento" dell'ente è del tutto estranea.

Ovviamente, nulla vieta che gli organi societari, approfittando della continuità imprenditoriale garantita dalla nomina del custode amministratore giudiziario, provvedano all'adozione delle condotte riparatorie, in tal modo ponendo le premesse per l'ottenimento del trattamento premiale previsto dall'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001.

9. Rapporti tra il commissariamento l'amministrazione giudiziaria dell'ente.

L'aver introdotto un'ipotesi di amministrazione giudiziaria anche con riguardo al sequestro finalizzato alla confisca, fa sorgere inevitabili problemi di coordinamento con l'istituto del commissariamento dell'ente.

In linea di principio, i due istituti non presentano profili di incompatibilità, atteso che il commissariamento va a sostituire l'applicazione di una misura cautelare interdittiva, mentre l'amministrazione giudiziaria riguarda le modalità esecutive del sequestro finalizzato alla confisca.

A fronte della astratta distinzione degli istituti, però, nulla esclude che vi possa essere una sovrapposizione lì dove nei confronti dell'ente si adottino tanto misure cautelari interdittive che reali; peraltro, poiché il sequestro preventivo richiede presupposti di gran lunga meno rigorosi rispetto alle misure interdittive ed, al contempo, la confisca è un esito quasi inevitabile dell'accertamento della responsabilità dell'ente, è probabile che le due misure cautelari vengano ad essere entrambe adottate.

In tale eventualità, pare corretto ritenere che la funzione del commissario giudiziale dovrebbe risultare assorbente rispetto a quella del custode amministratore giudiziario, atteso che quest'ultima figura svolge una attività di controllo sulla gestione del bene sequestrato che rimane, quindi, nella disponibilità dell'ente; il commissario giudiziale, viceversa, sostituendosi agli organi amministrativi dell'ente, svolge un ruolo di amministrazione attiva, con un'ampiezza di poteri ben più rilevante. Invero, un ambito di possibile coesistenza delle due figure in questione si potrebbe ipotizzare nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto le quote della società sottoposta al procedimento, tenendo presente che il sequestro delle quote o delle azioni non si estende automaticamente al sequestro anche del complesso aziendale in quanto tale, sicché ben è possibile che la misura cautelare reale possa riguardare anche tutte le quote societarie senza che per ciò solo si possa ritenere che la società in quanto tale è sottoposta a vincolo.

Ove si proceda contemporaneamente anche alla sostituzione di una misura interdittiva con la nomina del commissario, a quest'ultimo andrebbe demandata l'assunzione delle funzioni societarie di competenza dell'organo amministrativo, mentre il custode amministratore giudiziario interverrebbe solo ed esclusivamente con riguardo alla gestione della quota societaria.