

Aspetti Processuali della responsabilità
amministrativa degli enti e delle persone giuridiche
Lecce 29 aprile 2005

Roberto Rossi
Sostituto Procuratore
della Repubblica di BARI

Introduzione

Il D.Lgs 231/01 -che ha come rubrica: «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 300/00»- costituisce l'esercizio della delega contenuta in quest'ultima legge, che aveva disposto la ratifica sia della Convenzione Ocse sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, sia di varie convenzioni dell'Unione europea in tema di protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee e di lotta alla corruzione.

La Convenzione Ocse (17 dicembre 1997) prevede che «ciascuna parte prende le misure necessarie, in conformità dei propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche nel caso di corruzione di un pubblico funzionario straniero», mentre, assai più specificamente, gli articoli 3 e 4 del Secondo Protocollo sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee (27 giugno 1997) si occupano della responsabilità e delle sanzioni delle persone giuridiche. Queste convenzioni sono state approvate quando negli altri Stati e nelle sedi internazionali il principio della responsabilità degli enti si era oramai affermato e costituiscono la matrice delle scelte operate dal legislatore italiano con la legge 300/00.

In particolare, il legislatore italiano, dovendo stabilire quali dovessero essere gli enti destinatari della nuova disciplina (solo quelli con personalità giuridica o anche altri; solo quelli privati o anche quelli pubblici), ha delegato il Governo ad emanare «un D.Lgs avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale», ivi compresi gli enti pubblici, «eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri» (articolo 11, commi 1 e 2, della legge 300/00)¹.

Criteri ermeneutici

La disciplina del procedimento d'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato è contenuta negli articoli da 35 a 82 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Da tali disposizioni non scaturisce, però, un sistema autosufficiente, come si evince dall'articolo 34 che prevede l'applicabilità "**in quanto compatibili**" delle disposizioni del codice di procedura penale, comprese quelle di attuazione del medesimo. Una "tecnica" siffatta complica la vita dell'interprete sia per la notoria complessità di ogni giudizio di "compatibilità", sia per gli intrecci e per i "rinvii" normativi che essa inevitabilmente genera².

Appare allora necessario verificare in concreto la **natura giuridica del procedimento** atteso che, solo in tal modo, si comprende quando una norma processuale è estranea al sistema procedimentale della responsabilità amministrativa.

Vanno qui sinteticamente richiamati i principi generali del procedimento in oggetto:

- Una **struttura del processo strettamente legata all'accertamento del reato penale**. Tale struttura però non può condurre a ritenere la sanzione in oggetto quale sanzione di tipo penale. Basti, ad esempio, osservare la disciplina della prescrizione improntata al modello civilistico. Tale struttura si spiega, da una parte dalla connessione della responsabilità amministrativa a quella di specifici reati penali dall'altra dalla necessità di garantire al massimo il corretto accertamento della responsabilità stessa. Fuorviante sarebbe invece

¹ Cass., pen. Sez. VI, 03/03/04, n.18941, PM in proc. Ditta individuale Ribera in **Diritto e Giustizia**, 4/04

² BRICHETTI *Le misure cautelari*, Relazione al CSM p.1

l'idea di una equiparazione dei principi di tutela della difesa dell'imputato a quelli della persona giuridica attesa l'impossibilità di richiamare i principi costituzionali legati alla tutela della persona umana. Infatti l'area costituzionale di tali sanzioni è quella prevista dagli artt. 41 e 42 della Costituzione; tutela quindi indiretta e comunque sottoposta al vincolo della funzione sociale. D'altra parte l'applicazione di sanzioni non penali da parte del giudice penale non è nuova nel processo penale. Si pensi nel diritto penale dell'ambiente all'ipotesi della confisca prevista nel testo unico dell'edilizia dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite **ogni volta che sia stata accertata una lottizzazione abusiva**, da comminarsi persino **nel caso in cui non sia stata irrogata alcuna condanna (in ipotesi quindi di prescrizione, assoluzione per mancanza dell'elemento soggettivo)**, confisca che deve essere ritenuta una **sanzione amministrativa irrogata** dal giudice penale, in funzione di supplenza rispetto alla pubblica amministrazione. Infatti la formulazione letterale della norma lascia intendere che, la confisca di cui al detto art. 19 prevede **quale unico presupposto l'accertata effettiva esistenza della lottizzazione**, prescindendo da ogni altra considerazione e **con esclusione solo dell'ipotesi di insussistenza del fatto**. La **natura reale** del provvedimento è tale da colpire i beni anche in capo a **terzi possessori** i quali, se estranei al reato ed acquirenti in buona fede, possono far valere i loro diritti in sede civile. Inoltre, proprio per la predetta natura reale la confisca si estende anche alle **opere insistenti sui terreni**³;

- **La costruzione di un sistema sanzionatorio avente una natura autonoma.** Ha rilevato ripetutamente la dottrina⁴, anche partendo da quanto emerge dalla relazione al decreto legislativo, bisogna smarcarsi dal dibattito sulla natura penale o amministrativa della sanzione per cogliere la novità del dato normativo;
- Un modo pragmatico per affrontare il tema della c.d. responsabilità penale delle persone giuridiche è capovolgere l'approccio tradizionale: tenere sullo sfondo le questioni dogmatiche e procedere alla pratica definizione di un sistema di "compliance" controllo dei reati connessi alla organizzazione delle imprese e alla loro gestione. In estrema sintesi questo significa porsi fin dall'inizio l'obiettivo di elaborare un modello efficiente ed efficace di **prevenzione del rischio penale d'impresa**. In questa ottica si dovrà procedere nel modo seguente: innanzitutto analizzare i principali aspetti del DLGS che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i reati commessi dai loro agenti; calare la disciplina normativa nel sistema della corporate governance, con particolare riferimento alla control governance⁵. **Tale modello non è nuovo nel nostro ordinamento.** Infatti con il d.lg. n. 626/1994 nel campo della tutela penale dei lavoratori (quindi in ipotesi di responsabilità penale personale) è stata introdotto un **obbligo di valutazione preventiva e generale dei rischi lavorativi** - imposto al datore di lavoro nell'art. 4 comma 1 mediante la formulazione del piano dei rischi⁶. In sostanza il modello è composto dalle seguenti fasi:
 - ❖ Individuazione del soggetto capace di prevenire concretamente il rischio ed in particolare il titolare dei poteri di gestione, compresa la titolarità di autonomi poteri decisionali anche in materia di spesa⁷;
 - ❖ Analisi del rischio (obbligo primario in capo al soggetto sopra indicato);

³ vedi tra le altre Cass. pen., sez. III, 31 gennaio 1997, n. 331, Sucato, Cass. Pen., 1998, 1226; Cass. pen., sez. III, 16 novembre 1995, Besana, Cass. Pen., 1997, 192; Cass. pen., sez. III, 4 aprile 1995, Marraro, Cass. Pen., 1997, 193; Cass. pen., sez. III, 13 luglio 1995, Barletta, Cass. Pen., 1997, 195; Cass. pen., sez. III, 4 dicembre 1995, Cascarino, Cass. Pen., 1997, 197; Cass. pen., sez. III, 8 febbraio 1994, Pene e altro, Cass. Pen., 1995, 381; Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 1993, Lettieri, Mass. Pen. Cass., 1993, fasc. 10, 3; Cass. pen., 12 novembre 1990, Licastro, Giur. It., 1991, II, 118

⁴ PALIERO *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi, *societas delinquere (et puniri) potest** in **Corriere Giuridico n. 7/2001** p. 845-846

⁵ U. Guerini *La responsabilità amministrativa degli enti* p.1 pubblicato su internet

⁶ Per Cass. pen., sez. IV, 09/01/2002, n.478, Moreschi e altri, Dir. e Pratica Lav., 2002, 507 è applicabile ai rischi conoscibili con l'ordinaria diligenza

⁷ Cass. pen., sez. III, 04/03/2003, n.19634, Fortunato, Riv. Pen., 2004, 257

- ❖ Obbligo di prevenzione del rischio anche in presenza di violazione dell'obbligo da parte di soggetti sottoposti⁸.

L'adesione del legislatore a tale modello impone una verifica della compatibilità processuale che non sia incentrata sul profilo delle garanzie personali ma sull'efficienza del modello preventivo⁹.

L'annotazione dell'illecito amministrativo

Art. 55.

Annotazione dell'illecito amministrativo

1. Il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente annota immediatamente, nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale, gli elementi identificativi dell'ente unitamente, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante nonché il reato da cui dipende l'illecito.

2. L'annotazione di cui al comma 1 e' comunicata all'ente o al suo difensore che ne faccia richiesta negli stessi limiti in cui e' consentita la comunicazione delle iscrizioni della notizia di reato alla persona alla quale il reato e' attribuito.

In coerenza con il principio generale di trattazione dell'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato è la disciplina dell'iscrizione della notizia, dalla quale discendono i termini utili concessi per esaurire le indagini¹⁰. La terminologia utilizzata dal legislatore (*annotazione* in luogo di *iscrizione*) nella norma (art. 55 D. Lgs. N. 231/2001) che fa carico al Pubblico Ministero di provvedere alla formalizzazione nel medesimo registro di cui all'art. 335 c.p.p. del pervenimento tanto della notizia di reato che dell'illecito amministrativo che dal reato dipende è, peraltro, significativa circa il persistente orientamento distintivo tra la natura penale dell'accertamento del primo e la natura meramente amministrativa dell'accertamento del secondo. Tale distinzione è stata ulteriormente asseverata dalla disciplina attuativa del disposto dell'art. 85 del D.Lgs. n. 231/2001, anticipata con la *Circolare* del Ministero della Giustizia – Direzione Generale Affari Penali n. 590 in data 10/8/2001 e sostanzialmente recepita nel D.M. Giustizia 26 giugno 2003, n. 201 che nel richiamo alle norme applicabili dispone la prioritaria osservanza di quanto previsto nel capo III del D. Lgs. n. 231/2001 e solo in quanto compatibili le disposizioni del codice di procedura penale e

⁸ Per Cass. pen., sez. IV, 11/03/1999, n.792, Di Spirito, Mass. Giur. Lav., 1999, 804 pur non configurando la violazione dell'obbligo della tutela delle condizioni di lavoro di cui all'art. 2087 c.c. un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro, questi è responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore non solo quando omette di adottare le idonee misure protettive imposte dalla legge o suggerite dall'esperienza o dalle conoscenze tecniche ma anche quando omette di controllare o vigilare che di tali misure sia fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non assumendo, al riguardo, alcun valore esimente il concorso di colpa del lavoratore. In particolare la condotta imprudente e negligente, posta in essere dal dipendente, assume soltanto l'efficacia di mera occasione o modalità della produzione dell'evento, pur se sanzionato penalmente dall'art. 93 d.lg. 19 marzo 1996 n. 242 modificativo del d.lg. 19 settembre 1994 n. 626, al fine di rendere maggiormente partecipe il lavoratore in ordine all'apprestamento ed all'uso delle misure di sicurezza nell'ambiente di lavoro. Pertanto, l'esonero della responsabilità del datore di lavoro, quale debitore di sicurezza, si può configurare soltanto ove il comportamento del dipendente assuma i caratteri dell'abnormità e della assoluta inopinabilità

⁹ ad esempio per identificare le esigenze cautelari si deve analizzare la capacità di analisi e prevenzione del rischio da parte dell'ente e non certo la "personalità" di una persona giuridica.

¹⁰ Vedi sul punto, anche per le osservazioni seguenti MARINI, "Questioni pratiche in tema di accertamento della responsabilità degli enti: il punto di vista del Pubblico Ministero" relazione al CSM 12-14 luglio 2004

relative norme di attuazione e regolamentari (artt. 1 e 3), salvo poi fare immediato espresso richiamo al Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale tanto in tema di modalità di formazione e tenuta dei fascicoli relativi al procedimento di accertamento degli illeciti amministrativi dipendenti da reato, che di tenuta dei relativi registri (artt. 2 e 3). Da un punto di vista operativo, esclusa la soluzione di introdurre un registro per le annotazioni diverso da quello previsto per le iscrizioni (sul genere, per intendersi, del diverso mod. 21 *bis* previsto per i reati di competenza del Giudice di Pace), il Regolamento prescrive di operare sul medesimo registro mod. 21 utilizzato per l'iscrizione del reato presupposto, evidenziandone con una *sigla identificativa* la natura di procedimento destinato all'accertamento **anche** dell'illecito amministrativo dipendente dal reato; negli spazi destinati alle generalità degli indagati verranno annotati gli estremi identificativi dell'Ente e, appena possibile, le generalità del suo legale rappresentante *pro tempore*, con le relative date di pervenuta cognizione; nel prosieguo, le annotazioni relative alla contestazione di cui all'art. 59 del D. Lgs. n. 231/2001 saranno inserite nello spazio dedicato all'esercizio dell'azione penale, mentre quelle relative al decreto motivato di archiviazione di cui all'art. 58 del richiamato D. Lgs. troveranno collocazione in quello dedicato alle richieste di archiviazione del procedimento penale. E se l'imposizione di provvedere *immediatamente* all'annotazione appare identica all'analogo disposto del codice rito in materia di iscrizione della *notitia criminis*, con le peculiarità di provvedere unitamente all'annotazione, come detto, anche degli elementi identificativi dell'ente e, non appena possibile, del suo legale rappresentante, il distinto richiamo posto all'integrazione dei dati appena richiamati con la specificazione anche del reato da cui l'illecito dipende richiama immediatamente il problema circa **l'obbligatorietà o meno dell'esercizio della relativa azione amministrativa**. Ovviamente dall'informativa o dall'atto che ha determinato l'iscrizione, pertanto, di una notizia di reato astrattamente idoneo a fondare *anche* una responsabilità amministrativa di uno degli enti di cui all'art. 1 D. Lgs. N. 231/2001 potrebbe non emergere con immediatezza ed evidenza una possibile configurazione in concreto di tale responsabilità: un simile evolversi della qualificazione degli illeciti collegati alla notizia iscritta potrebbe emergere esclusivamente dal prosieguo delle indagini preliminari o formare, a quel momento, una semplice ipotesi non sorretta da elementi concreti di fondamento¹¹. In realtà anche il problema va affrontato non certo con il riferimento a **principi costituzionali dell'obbligatorietà dell'azione penale**¹² quanto piuttosto alla

¹¹ Per Cass. Sez. U, *Sentenza n. 16 del 21/06/2000* Ud. (dep. 30/06/2000) Rv. 216248 *Presidente*: Consoli G. *Estensore*: Canzio G. *Imputato*: Tammaro. P.M. Leo A. (*Conf.*) (Rigetta, App. Salerno, 24 febbraio 1999) L'omessa annotazione della "notitia criminis" nel **registro** previsto dall'art. 335 cod. proc. pen., con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta", non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento dell'effettiva **iscrizione** nel **registro**, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 cod. proc. pen., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre per l'**indagato** dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel **registro** delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla. L'apprezzamento della tempestività dell'**iscrizione**, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga **l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti**, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all'"**an**" e al "**quando**", al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del p.m. negligente. **Tale disciplina mi sembra pacificamente applicabile**

¹² rileva qui MARINI, "*Questioni pratiche* cit., p.4 che non solo i richiami già svolti circa la cura formalistica posta dal legislatore nel sottolineare la persistente natura meramente amministrativa dell'illecito ascrivibile all'ente ma, con particolare evidenza, la forte anomalia rispetto alla procedura penale costituita dalla disciplina dell'archiviazione, interamente rimessa alle sole valutazioni del Pubblico Ministero (nelle sue due articolazioni di merito: art. 58), senza alcun intervento di controllo giurisdizionale, depongono per l'esclusione della qualificazione penalistica dell'esercizio dell'azione punitiva corrispondente, precludendo al riguardo ogni richiamo all'obbligo di cui all'art. 112 Cost.. Poiché, tuttavia, sussiste nel sistema l'enunciato dell'autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8) e, d'altra parte, per l'accertamento dell'illecito amministrativo di quest'ultimo, l'art. 34 richiama integralmente, in quanto compatibili, le norme del codice di rito penale e, pertanto, anche il disposto dell'art. 50 c.p.p., né potendosi applicare, in alternativa, alcun altro sistema procedurale di accertamento (quale quello di cui alla l. n. 689/81), sembra ragionevole concludere che in tutti i casi in cui il P.M. anche solo possa ragionevolmente ipotizzare un collegamento tra una notizia di reato ed una possibile ipotesi di responsabilità amministrativa di un ente, ancorché da verificare nei presupposti nel prosieguo delle indagini, debba doverosamente esercitare anche l'azione amministrativa corrispondente, se non altro in

necessità di rispondere ai **principi di efficacia del modello di prevenzione e ai principi di buon andamento della PA**. In definitiva, anche in relazione all'azione amministrativa per l'accertamento della responsabilità dell'ente si pone al P.M. l'identica alternativa posta a fronte dell'azione penale, da concludere o con l'esercizio della stessa¹³ o con la richiesta di archiviazione, con la sola differenza che, ove non proceda alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art.59, provvederà in proprio all'emissione del decreto motivato di archiviazione, soggetto al solo controllo del Procuratore Generale della Corte d'Appello (art. 58).

Termini per l'accertamento dell'illecito amministrativo

Art. 56.

Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari

1. Il pubblico ministero procede all'accertamento dell'illecito amministrativo negli stessi termini previsti per le indagini preliminari relative al reato da cui dipende l'illecito stesso.
2. Il termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo a carico dell'ente decorre dalla annotazione prevista dall'articolo 55.

Il generale principio della simultaneità procedurale tra l'accertamento penale del reato presupposto e quello amministrativo del corrispondente illecito ascrivibile all'ente, stabilito dall'art. 38, ed il richiamo generale al codice di rito penale operato ex art. 34 **sembrebbe rendere invero pleonastico il disposto dell'art. 56 in ordine ai termini di accertamento**, che non presentano deroghe rispetto alla disciplina codicistica.¹⁴ In realtà la norma diventa significativa per il mancato riferimento, contenuto nell'art. 407 comma 3° cpp, alla sanzione di inutilizzabilità delle indagini compiute dopo la scadenza del termine di indagine originario o prorogato. Tale dato letterale si sposa con un argomento interpretativo di tipo **sistematico**. Infatti se, da un lato, l'obbligo imposto al pubblico ministero di iscrizione della notizia criminis nel registro ex articolo 335 del c.p.p risponde **all'esigenza di garantire il rispetto dei termini di durata massima delle indagini**¹⁵, d'altra parte la sanzione di inutilizzabilità ha senso solo in un'ottica di **garanzia del cittadino collegata**

applicazione dei principi generali di doverosità nell'esercizio dei pubblici poteri posti a garanzia dell'osservanza delle norme giuridiche e di buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost., 1° comma).

¹³ Interessante è la disciplina della prescrizione costruita sul modello della disciplina civile, come emerge dall'art. 22, che prevede che le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio. Appare allora evidente che la disciplina sopra indicata è incompatibile con una sistema di scansione processuale indirizzata all'obbligo dell'azione penale.

¹⁴ Per MARINI, "*Questioni pratiche* cit., p.5 la norma, pertanto, acquisisce un senso sistematico laddove se ne tragga ulteriore conferma dell'inequivoco intento del legislatore di mantenere ben distinta la natura dell'uno rispetto all'altro, conservando natura penale esclusivamente a carico delle persone fisiche e rimarcando la natura esclusivamente amministrativa dell'illecito ascrivibile all'ente nei confronti del quale il P.M. ha proceduto all'annotazione nel medesimo registro di cui all'art. 335 c.p.p. nel quale è stata iscritta la notizia del reato presupposto ed il nominativo dei soggetti fisici nei confronti dei quali si procede penalmente.

¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 17/02/2003, n.20510, Parrella, Guida al Diritto, 2003, 29, 98

all'obbligatorietà dell'azione penale.¹⁶ Pertanto non potendosi invocare un principio di garanzia personale nella specie sembrerebbe **non compatibile il richiamo dell'art. 407 comma 3° c.p.p.**¹⁷. Va qui ricordato che il P.M. procede agli accertamenti a carico dell'ente anche nell'ipotesi in cui sia rimasto non identificato¹⁸ l'autore del reato presupposto, come testualmente disposto ex art. 8, co. 1, lett. a) D. Lgs. N. 231/2001. Questo permetterebbe l'iscrizione nel registro solo dell'ente e non dell'indagato.

In ogni caso, una volta annotata la notizia dell'illecito, i termini d'indagine sono previsti identici a quelli stabiliti per gli accertamenti sul reato da cui dipende l'illecito, vale a dire, considerati i reati attualmente previsti come idonei a fondare una responsabilità amministrativa dell'ente, quello di sei mesi dall'annotazione (salvo il termine annuale nell'ipotesi di contestazione anche dell'ipotesi di cui all'art. 407, co 2, lett. a), n. 3 c.p.p.: delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste da tale articolo, nonché delle ipotesi di reati presupposti di cui agli artt. 25 quater e 25 quinquies del D. Lgs, rispettivamente richiamate ai nn. 4 e 7bis dell'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p.), con la possibilità di richiedere al G.I.P. le proroghe nei termini e con le forme e gli effetti di cui agli artt. 406 e 407 c.p.p.¹⁹

L'annotazione può costituire oggetto di comunicazione all'ente o al suo difensore, che ne abbiano fatto richiesta, negli stessi limiti in cui è consentita la comunicazione delle iscrizioni della notizia di reato alla persona fisica (art. 55, co. 2), con espresso rinvio, pertanto, alla disciplina di cui all'art. 335 c.p.p.: salve le ipotesi per le quali si proceda anche per delitti collegati ad associazione mafiosa ai sensi dell'art. 407, co. 2, lett. a), n. 3 c.p.p., nonché per le fattispecie di reati presupposti introdotte con gli artt. 25quater e 25 quinquies del D.Lgs. 231/2001, pertanto, tutte le annotazioni saranno, di regola, comunicabili alla parte, a meno che il P.M. non abbia provveduto alla decretazione ex art. 335, co. 3 bis c.p.p., per specifiche esigenze attinenti alle attività di indagine.

Le misure cautelari

Le misure cautelari reali

L'esigenza di introdurre misure cautelari "interdittive" in relazione all'illecito amministrativo dell'ente è contenuta nella legge-delega 29 settembre 2000, n. 300. In particolare, l'articolo 11, comma 1, lettera o), della legge n. 300 del 2000 prescrive che "le sanzioni di cui alla lettera l)" (vale a dire, le sanzioni interdittive che il legislatore delegato ha poi elencato, con la sola esclusione della pubblicazione della sentenza, nell'articolo 9, comma 2) vanno applicate anche in sede cautelare "con adeguata tipizzazione dei requisiti". Il legislatore delegato ha, però, previsto, accanto alle

¹⁶ Infatti ove tale esigenza non vi è l'inutilizzabilità non è invocabile. Vedi Cass. pen., sez. V, 10/12/2003, n.3386, Gigante, Guida al Diritto, 2004, 19, 83 per la quale poiché l'interrogatorio costituisce innanzitutto un atto di garanzia per l'indagato, le dichiarazioni a sé favorevoli da quest'ultimo rese non potrebbero essere comunque considerate inutilizzabili solo perché l'interrogatorio sia stato effettuato decorso il termine di durata delle indagini; mentre la declaratoria di inutilizzabilità prevista, in tal caso, dall'articolo 407, comma 3, del c.p.p. potrà «scattare» solo per l'ipotesi di dichiarazioni sfavorevoli a sé o ad altri rese nell'interrogatorio.

¹⁷ D'altra parte la stessa struttura del procedimento per archiviazione senza controllo giurisdizionale previsto dall'art. 56 del decreto (Se il Pm non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59, il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello) e la disciplina della prescrizione –costruita sul modello civile della decadenza- portano a ritenere il procedimento in oggetto come avente una struttura autonoma.

¹⁸ Ambiguo è il significato non identificato. Infatti si potrebbe dare al termine in oggetto due significati. Ignoto perché non individuato (ma riuscirebbe qui difficile individuare il senso pratico della norma) oppure non identificato perché non punibile (ad esempio per mancanza dell'elemento soggettivo).

¹⁹ All'ammissibilità delle proroghe si riferisce esplicitamente anche il punto 18 della *Relazione Governativa*.

misure cautelari interdittive (articoli 45 - 52), due **ulteriori strumenti cautelari, di natura patrimoniale: il sequestro preventivo ed il sequestro conservativo (articoli 53 e 54)**²⁰.

Sul punto la Relazione precisa che, benché non fosse espressamente previsto dalla legge-delega, "si è ravvisata la necessità di disciplinare le ipotesi di sequestro preventivo a scopo di confisca e di sequestro conservativo, posto che la loro operatività in ragione del generale rinvio alle regole processuali ordinariamente vigenti – questo espressamente previsto dalla delega – non si sarebbe potuta mettere seriamente in discussione"; incompatibile con le sanzioni interdittive irrogabili nei confronti delle persone giuridiche è, stato, invece, ritenuto il "sequestro preventivo in senso proprio (.....) da ritenersi ipotesi non applicabile nella specie"²¹.

La confisca del prezzo e del profitto

Art. 19.

Confisca

1. Nei confronti dell'ente e' sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

2. Quando non e' possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

Profitto e prezzo

In generale, il prodotto del reato rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il **profitto**, a sua volta, è costituito dal lucro, e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il **prezzo**, infine, rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce, quindi, un fatto che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato²².

Nei reati di concussione o corruzione (principali reati presupposti della responsabilità degli enti), il **danaro dato o promesso** al pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio è qualificabile come **"prezzo" e non come "profitto" del reato**, atteso che la dazione o promessa precede la consumazione o coincide con essa, si da integrare il "motivo a delinquere", e non un fatto consequenziale e successivo alla detta

²⁰ BRICHETTI *Le misure* cit. p.3

²¹ l'esclusione totale del sequestro preventivo delle aziende illecite è smentito in realtà dalla giurisprudenza che, più di recente (Cass. sez. VI, 20 giugno-26 luglio 2001, Paterna, *Diritto e Giustizia* n. 32 2001 vedi anche Cass. pen., sez. II, 10 aprile 1995, Gallo, *Giust. Pen.*, 1996, III, 352 *contra* Cass. pen., sez. VI, 12 dicembre 1997, n. 5115, Greco e altro, *Giust. Pen.*, 1999, III, 125), ha affermato che "Nulla, in particolare, si oppone in tesi allo stesso sequestro di un'intera azienda –definibile, se si vuole, anche in senso civilistico, cioè come complesso di beni organizzati per l'esercizio di un'impresa (articolo 2555 C.c.) –quando vi siano indizi che anche taluno soltanto di tali beni sia, proprio per la sua collocazione strumentale nel complesso, in qualche modo utilizzato per la consumazione del reato. Né è giuridicamente corretto escludere dalle categorie assoggettabili –come talora sembra essersi fatto in giurisprudenza- le aziende che accanto a traffici illeciti svolgono anche delle normali attività imprenditoriali: ciò sia perché sembra difficile pensare a una cosa che sia utilizzata sempre e soltanto per finalità illecite.

²² Cass. pen., sez. un., 03/07/1996, n.9149, B. Chabni, *Cass. Pen.*, 1997, 972, nota di CARCANO

consumazione, quale dovrebbe essere invece quello inquadrabile nella nozione di "prodotto" o "profitto"²³.

La legge **non richiede che il profitto sia ingiusto**, ossia *contra jus*, ne' deve costituire conseguenza diretta del reato. Facendo l'esempio della corruzione in cui, a fronte del pagamento indebito sia stato aggiudicato un appalto, il profitto dovrà essere valutato in relazione **all'intero importo del contratto e non solo sull'eventuale guadagno**, dedotti cioè i costi del servizio. Invero, considerato che non e' richiesta l'ingiustizia del profitto, rilevato che in assenza di patto corruttivo evidentemente la società non avrebbe visto a se' aggiudicato l'appalto, appare corretto valutare l'entita' del profitto sulla base del valore integrale della commessa, a prescindere dal costo della stessa²⁴.

La confisca per equivalente

La **confisca "per equivalente"** –già prevista dall'art. 322 ter c.p.-, ha un preminente carattere sanzionatorio e, pertanto, in applicazione della teoria monistica cui si ispira la disciplina del concorso di persone nel reato, detta misura può essere disposta nei confronti di ciascuno dei concorrenti, anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, salva, ovviamente, la possibilità, per i concorrenti stessi, di ripartire tra loro il relativo onere, senza che ciò possa assumere rilievo alcuno ai fini penalistici²⁵.

Ai sensi dell'art. 2 del decreto legislativo (per il quale l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto) per l'ipotesi di confisca sembrerebbe vigere il **principio di irretroattività**²⁶. Va però ricordato che, al contrario, per il corrispondente art. 322ter cp la Cassazione²⁷ ha chiarito la natura processuale della sanzione della confisca e pertanto la sua valenza retroattiva anche per reati commessi in epoca anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo.

²³ Cass. pen., sez. VI, 19/03/1998, n.994, Chiesa, Arch. Nuova Proc. Pen., 1998, 405

²⁴ Finiti, *Aspetti pratici della normativa di cui al D.LGS 231/2001* Relazione al corso del CSM luglio 2004 p. 16. Conforme Trib. Bari, 18 aprile 2005, La Fiorita, Giud. De Benedictis, inedita per il quale il profitto è riferibile all'intero introito degli appalti, al lordo delle spese gestionali, in relazione ai contratti di appalto oggetto di indagine del procedimento penale, in quanto è proprio questo introito, a prescindere dall'effettivo lavoro svolto e dal guadagno poi di fatto riportato dagli enti in gestione, che costituisce il motivo stesso per cui sono stati commessi i reati. Per Cass. pen., sez. VI, 06/05/2003, n.26747, Liguori R, Riv. Pen., 2004, 742 in tema di corruzione, costituiscono "profitto" dei reati di cui agli artt. 319 e 321 c.p. i finanziamenti erogati alle società dell'imputato in base a criteri di priorità contrari alla legge ed a una delibera del CIPE, accordati a conclusione di un'istruttoria carente iniziata prima del previsto ed accompagnati da fittizie procedure di collaudo dei lavori di riforestazione

²⁵ Cass. pen., sez. V, 16/01/2004, n.15445, Napoletano e altri, Arch. Nuova Proc. Pen., 2004, 562 (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto legittimo il sequestro preventivo, disposto ai sensi dell'art. 321, comma 2 bis, c.p.p., di beni appartenenti ad uno solo tra i soggetti sottoposti a indagine per il reato, tra gli altri, di cui all'art. 316 bis c.p.); Cass. pen., sez. V, 16/01/2004, n.97, Impresa, 2004, 9, 1444, nota di IZZO; Cass. pen., sez. I, 28/05/2003, n.26046, PM in proc. Silletti, Riv. Pen., 2004, 756.

²⁶ Cass. pen., sez. II, 05/04/2002, n.18517, Stangolini, CED Cassazione, 2003

²⁷ Cass. pen., sez. VI, 09/05/2001, n.24043, Curtò, Riv. Polizia, 2003, 16

Il sequestro preventivo

Art. 53.

Sequestro preventivo

1. Il giudice puo' disporre il sequestro delle cose di cui e' consentita la confisca a norma dell'articolo 19. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 321, commi 3, 3-bis e 3-ter, 322, 322-bis e 323 del codice di procedura penale, in quanto applicabili

321. (Oggetto del sequestro preventivo).

3. Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato, che è notificato a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. Se vi è richiesta di revoca dell'interessato, il pubblico ministero, quando ritiene che essa vada anche in parte respinta, la trasmette al giudice, cui presenta richieste specifiche nonché gli elementi sui quali fonda le sue valutazioni. La richiesta è trasmessa non oltre il giorno successivo a quello del deposito nella segreteria (2).

3 bis. Nel corso delle indagini preliminari, quando non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero. Negli stessi casi, prima dell'intervento del pubblico ministero, al sequestro procedono ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, nelle quarantotto ore successive, trasmettono il verbale al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Questi, se non dispone la restituzione delle cose sequestrate, richiede al giudice la convalida e l'emissione del decreto previsto dal comma 1 entro quarantotto ore dal sequestro, se disposto dallo stesso pubblico ministero, o dalla ricezione del verbale, se il sequestro è stato eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria (3).

3 ter. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3 bis ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate (3).

In generale la Cassazione²⁸ ha ampiamente analizzato la natura e le caratteristiche del sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., che, come è noto, viene configurato in due ipotesi: un sequestro obbligatorio che il giudice è tenuto a disporre, su richiesta del Pm, "quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati"; un sequestro facoltativo, che il giudice può disporre per le cose di cui è consentita la confisca.

L'istituto nuovo, rispetto al codice processuale previgente del 1930, può dirsi che abbia origine dalla bivalenza del precedente sequestro penale, ex art. 337 codice previgente, esperibile per finalità istruttorie ovvero anche in sede non istruttoria da parte della Polizia giudiziaria "per impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori" (vedi art. 219 c.p.p. previgente), ed ancora in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 347 c.p.p. previgente con chiare finalità preventive.

La relazione al progetto preliminare del c.p.p. del 1988 mette in rilievo il fine preventivo di detto

²⁸ Cass. pen., Sez.un., 29/01/2003, n.12878, Innocenti, CED Cassazione, 2003

"tertium genus" delle misure di coercizione reale, nella configurazione autorizzata dalla direttiva n. 31, della legge-delega 81/1987, la quale prende in considerazione appunto l'esigenza di "impedire che i reati vengano portati ad ulteriori conseguenze" sia pure in riferimento a compiti di Polizia giudiziaria; ma, parimenti viene "sottolineata la permanenza del fondamento cautelare processuale consistente nella necessità di tutela della collettività in relazione al protrarsi dell'attività criminosa e dei suoi effetti".

Il sequestro preventivo presenta connotati individuanti che lo inseriscono, nell'ambito processuale, negli istituti intesi ad evitare la probabilità del verificarsi di un evento antiggiuridico e che, specie in materia di reati edilizi i quali hanno per oggetto giuridico l'assetto complessivo del territorio con la finalità di salvaguardarlo in tutti i suoi aspetti, comportano l'esigenza di predisporre tecniche di tutela cosiddetta "anticipata" in considerazione della delicatezza e rilevanza del bene giuridico da proteggere.

Si tratta, quindi, di una misura di coercizione reale per esigenze di prevenzione, peraltro connessa e strumentale allo svolgimento del procedimento penale ed all'accertamento del reato per cui si procede, nel senso che è suo scopo quello di evitare che il trascorrere del tempo possa pregiudicare irrimediabilmente l'effettività della giurisdizione espressa con la sentenza irrevocabile di condanna.

In particolare, il sequestro preventivo trova la sua giustificazione nel "finalismo" cautelare di impedire che una cosa pertinente al reato possa essere utilizzata per estendere nel tempo od in intensità le conseguenze del crimine o per agevolare il compimento di altri reati. Il provvedimento inibitorio è inteso a stabilire un vincolo di indisponibilità in riferimento ad una cosa mobile od immobile il cui uso è ricompreso necessariamente nell'agire vietato dalla legge penale.

Ne discende che la misura cautelare in questione va disposta nelle situazioni in cui il non assoggettamento a vincolo della cosa pertinente al reato può condurre, in pendenza dell'accertamento del reato, non solo al protrarsi del comportamento illecito ovvero alla reiterazione della condotta criminosa ma anche alla realizzazione di ulteriori pregiudizi quali nuovi effetti offensivi del bene protetto; tali effetti debbono essere connessi con l'imputazione contestata e l'intervento preventivo collegato con le finalità di repressione del reato.

Più specificatamente va detto che il pericolo, in quanto probabilità di un danno futuro, deve avere caratteristiche di concretezza e richiede, quindi, un accertamento in concreto, sulla base di elementi di fatto, in ordine all'effettiva e non generica possibilità che la cosa di cui si intende vincolare la disponibilità assuma, in relazione a tutte le circostanze del fatto (natura della cosa, la sua connessione con il reato, la destinazione alla commissione dell'illecito, le circostanze del suo impiego), una configurazione strumentale rispetto all'aggravamento o alla protrazione del reato ipotizzato ovvero alla agevolazione alla commissione di altri reati.

I profili anzidetti del provvedimento cautelare preventivo, strettamente correlati con il processo penale in corso, comportano imprescindibilmente l'idoneità dell'accertamento del reato (con la condanna irrevocabile dell'imputato) ad interdire le conseguenze antiggiuridiche di esso.

Il Fumus

Il sequestro preventivo, perché diretto a impedire che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso, realizza una esigenza cautelare, di tutela della collettività, **presuppone** innanzi tutto la commissione di un fatto riconducibile, sub specie juris, ad una fattispecie criminosa.

Al contrario le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'art. 273 c.p.p., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali. Ne consegue che ai fini della doverosa verifica della legittimità del provvedimento con il quale sia stato ordinato il sequestro preventivo di un bene pertinente ad uno o più reati, **e' preclusa ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravita' degli stessi**. Questo affinché il sequestro e l'eventuale **procedimento di riesame non anticipino, con stravolgimento dell'ordine processuale, il definitivo accertamento della sussistenza del reato, che forma oggetto di verifica nel procedimento principale**²⁹. Pertanto per la giustificazione del provvedimento di sequestro preventivo, nella fase delle indagini preliminari è sufficiente il **fumus** di sussistenza degli estremi del reato ipotizzato. Ne consegue che il giudice, prima di disporre il sequestro preventivo delle cose pertinenti al reato o di convalidare il decreto emesso in via d'urgenza dal pubblico ministero, deve accertare, sia pur sommariamente, senza addentrarsi in questioni proprie del giudice di cognizione, che il fatto rientri nella fattispecie criminosa che forma oggetto dell'imputazione. Insomma **la verifica dell'antigiuridicità penale va compiuta su un piano di astrattezza, nel senso che essa non può investire in concreto la sussistenza dell'ipotesi criminosa, ma deve essere limitata alla configurabilità del fatto come reato**³⁰.

Infatti come rileva la **Corte Costituzionale** “la misura cautelare reale attiene, per sua stessa natura, a cose che presentano un tasso di pericolosità che giustificano l'imposizione della cautela da qui il rilievo che la misura, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, inteso questo nella sua realtà fenomenica, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di colpevolezza, proprio perché la funzione del sequestro non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso ma su cose che, postulando un vincolo pertinenziale col reato, vengono riguardate dall'ordinamento. A ben guardare, anzi, ove si introducesse in sede di gravame **un potere di controllo sul merito** si assisterebbe ad un processo nel processo che sposterebbe il tema del decidere fino a coinvolgere l'oggetto stesso del procedimento principale³¹.

Tale astrattezza, però, non limita i poteri del giudice nel senso che questi deve esclusivamente "prendere atto" della tesi accusatoria senza svolgere alcuna attività, ma determina **soltanto l'impossibilità di esercitare una verifica in concreto della sua fondatezza**. Alla giurisdizione compete, perciò, il potere-dovere di espletare il controllo di legalità, sia pure **nell'ambito delle indicazioni di fatto offerte dal pubblico ministero**. L'accertamento della sussistenza del **fumus commissi delicti** va compiuto **sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati in punto di fatto per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica**. Pertanto, **il tribunale non deve instaurare un processo nel processo**, ma svolgere l'indispensabile ruolo di garanzia³².

Tale posizione è stata definitivamente chiarita nella sentenza Cass. sez. un., 4 maggio 2000, n. 7 (c.c. 23 febbraio 2000), Mariano che afferma:

²⁹ vedi tra gli altri Cass. pen. Sez. un., 23 aprile 1993, in Riv. pen. 1994, 402 nota di PEZZULLO; Cass. pen. sez. I, 20 gennaio 1994; Cass. pen. Sez. un., 25 marzo 1993, in Cass. pen. 1993,1969 con nota di MENDOZA; Cass. penale sez. VI, 7 giugno 1991, in Cass. pen. 1992, 3108; Cass. , sez. V, 22-01-1992, Giuliani, Mass. Cass. pen., 1992, fasc. 5, 86 ; Cass., 19-11-1990, Di Rocco, Arch. nuova proc. pen., 1991, 468.

³⁰ vedi tra gli altri Cass., pen., sez. VI, 23 marzo 1995, n. 5006 (c.c. 21 dicembre 1994), Gallo ed altro; Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 1995, n. 5637 (c.c. 23 novembre 1994,) De Gattis; Cass., pen., sez. un., 29 novembre 1994, n. 20 (c.c. 11 novembre 1994) Ceolin

³¹ Corte Cost. 17 febbraio 1994, n. 48

³² Cass. pen., sez. un., 20 novembre 1996, n. 23 Bassi e altro

È sufficiente al riguardo ricordare, in via di principio, che in tema di sequestro preventivo la verifica delle condizioni di legittimità della misura cautelare, da parte del tribunale del riesame, non può tradursi in anticipata decisione della questione di merito concernente la responsabilità del soggetto indagato in ordine al reato oggetto di investigazione, ma deve limitarsi al controllo di compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale ipotizzata, mediante una valutazione prioritaria della antigiuridicità penale del fatto (cfr. Sez.un., 7 novembre 1992, Midolini). Le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, indicate nell'art. 273 c.p.p., non sono estensibili, per la loro peculiarità, alle misure cautelari reali, da ciò deriva che, ai fini della verifica in ordine alla legittimità del provvedimento mediante il quale sia stato ordinato il sequestro preventivo di un bene pertinente ad uno o più reati, è preclusa ogni valutazione riguardo alla sussistenza degli indizi di colpevolezza, alla gravità di essi alla colpevolezza dell'indagato (cfr. sez.un., 23 aprile 1993, Gifuni). Diversamente, si finirebbe con l'utilizzare surrettiziamente la procedura incidentale di riesame per una preventiva verifica del fondamento dell'accusa, con evidente usurpazione di poteri che sono per legge riservati al giudice del procedimento principale (cfr. Cass. VI, 4 febbraio 1993, Francesconi; Cass. III, 14 ottobre 1994, Petriccione; Cass. III, 26 aprile 1996, Beltrami, *ex plurimis*). Orbene, il tribunale nella specie ha correttamente assolto al compito di controllo ad esso devoluto, senza incorrere in alcuna violazione dei richiamati principi, posto che ha valutato su di un piano di astrattezza l'antigiuridicità dei fatti sostanzianti l'accusa, limitandosi alla verifica di compatibilità tra la enunciata ipotesi accusatoria e le emergenze esistenti nonché alla attribuibilità del prospettato illecito all'indagato.

Cosa allora vuol dire in concreto, in particolare nella fattispecie, valutare astrattamente il reato?

- in primo luogo prescindere dai profili di colpevolezza dei singoli indagati anche sotto il profilo psicologico;
- in secondo luogo non può essere presa in considerazione una questione che involge un accertamento di una pretesa punitiva ma possono diventare rilevanti eventuali difformità tra fattispecie concreta e fattispecie legale, solo quando siano ravvisabili **ictu oculi**³³;
- l'accertamento deve essere sommario, senza addentrarsi in questioni proprie del giudice di cognizione, ed in particolare ad esempio circostanze su cui è necessario approfonditi accertamenti tecnici, valutazioni di incerta interpretazione di atti amministrativi, contestazioni di atti degli organi amministrati preposti al controllo della fattispecie.

Le misure cautelari personali

Presupposti

Ai sensi dell'art. 45 d.lgs. cit., in presenza di ***gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e di gravi e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole***

³³ Cass., sez. I, 21 gennaio 1991, Deorsola

di quello per il quale si procede, il Pubblico Ministero può chiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9 comma 2.

Le sanzioni interdittive previste dal citato comma dell'art. 9 sono:

- a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
- d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Il d.lgs. n. 231 del 2001 contempla, dunque, in primo luogo, una pluralità di misure cautelari interdittive, ordinate secondo una tipologia che, riproducendo il contenuto delle sanzioni interdittive (elencate – come si è detto - nell'articolo 9, comma 2), crea un sistema d'applicazione cautelare – processuale delle sanzioni anzidette³⁴; si legge in proposito nella Relazione che "la legge delega sembra fare riferimento a meccanismi di applicazione anticipata della sanzione (.....) tuttavia, anche in considerazione del tenore letterale del criterio di delega, che parla di sanzioni applicabili in sede cautelare (.....) si è preferito operare la scelta a favore dell'introduzione di un sistema propriamente cautelare, con alcuni correttivi". D'altra parte, l'esigenza di anticipare alcuni effetti della decisione definitiva che riguardano l'ente, attraverso il ricorso alle misure cautelari, è in funzione dell'effettività dell'accertamento giurisdizionale.>

La **attribuzione** a conoscere degli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al **giudice penale competente per i reati** dai quali gli stessi dipendono, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 231/01.

Giudice competente a decidere sulla richiesta di misura cautelare in fase di indagini preliminari è il giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 47 primo comma d.lgs. cit.

La disciplina del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 si applica alle persone giuridiche straniere che operano in Italia, indipendentemente dall'esistenza o meno, nel paese di appartenenza dell'ente, di norme che regolino in modo analogo la medesima materia³⁵.

Ai fini della adozione della misura che si richiede occorre che sussistano i seguenti presupposti:

- a. astratta configurazione di reati previsti dalle disposizioni di cui alla sezione III del menzionato d.lgs. 231/01
- b. gravi indizi del reato presupposto
- c. gravi indizi di sussistenza di responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente dal reato;
- d. le condizioni previste dall'art. 13 (profitto di rilevante entità, reiterazione degli illeciti)³⁶;
- e. specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede

³⁴ BRICHETTI *Le misure* cit. p.3

³⁵ Trib. (Ord.) Milano, 27/04/2004, Siemens AG, Foro It., 2004, 2, 434 (nella specie, il giudice ha escluso che l'assenza nella legge tedesca di una norma sui modelli organizzativi aziendali per la prevenzione dei reati esoneri la persona giuridica di quel paese operante in Italia dall'onere di dotarsi di un modello per andare esente da responsabilità amministrativa).

³⁶ Per Trib. (Ord.) Milano, 27/04/2004, Siemens AG, Foro It., 2004, 2, 434 l'applicazione di misure cautelari interdittive nei confronti di un ente ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 richiede l'accertamento non solo dell'esistenza dei presupposti tipici delle misure cautelari (gravi indizi di responsabilità e pericolo di reiterazione dell'illecito), ma altresì delle condizioni previste per l'irrazionalità delle sanzioni interdittive in via definitiva (rilevante profitto dell'ente o reiterazione dei reati).

Astratta configurazione di delitti di cui alla sezione III del capo I del d.lgs. 231/01

Occorre pertanto verificare preliminarmente per quali reati sia possibile applicare le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 comma 2 e se pertanto possa essere richiesta ed applicata "quale misura cautelare" "una delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9 comma 2", secondo la previsione del primo comma dell'art. 45.

Va detto, anzi tutto, che l'articolo 13, al comma 1, stabilisce che le sanzioni interdittive si applicano solo in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste. Il principio vale naturalmente anche in sede cautelare e rappresenta il presupposto "editale".

L'art. 24 (*Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico*) espressamente prevede che:

- 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 316-bis, 316-ter, 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.**
- 2. Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità o è derivato un danno di particolare gravità; si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.**
- 3. Nei casi previsti dai commi precedenti, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e).**

Quindi il divieto di contrarre, l'esclusioni da agevolazioni, il divieto di pubblicizzare.

L'Articolo 25 (*Concussione e corruzione*) prevede ancora che:

- 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi 1 e 3, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.**
- 2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.**
- 3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.**
- 4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis.**
- 5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.**

L'art.25 bis prevede per una serie di ipotesi di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo la possibilità di applicare all'ente le sanzioni interdittive per una durata non superiore ad un anno.

Invece l'art. 25 ter per i reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza non è incredibilmente prevista la sanzione interdittiva.

Sanzione invece a sua volta prevista dall'articolo 25 quater per i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico e dall'art. 25 quinquies per la cd tratta delle persone.

Si deve qui ribadire l'unanime critica della dottrina sulla scelta del legislatore delegato di non aver utilizzato la delega per l'applicazione di sanzioni specifiche per i reati colposi di impresa in materia di ambiente e sicurezza.

Per tali reati, presupposto delle misure cautelari, devono sussistere i gravi indizi di colpevolezza in ordine alla commissione degli stessi. I reati assumono **però valore nel loro aspetto oggettivo** in quanto il soggetto autore del reato può anche non essere identificato.

Responsabilità dell'ente per i reati commessi.

Perché possa essere ravvisata responsabilità ai sensi del d.lgs. 231/01 occorre inoltre che:

a) i delitti siano commessi da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione dell'ente *ovvero* da persone che esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso (art. 5 lett.a prima e seconda parte) *ovvero* da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti appena menzionati (art. 5 lett.b). Appare qui importante rilevare come la norma richiami la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale³⁷ relativa alla materia per la prevenzione degli infortuni nella quale la responsabilità viene identificata mediante la verifica dell'attribuzione poteri di «gestione», dovendosi intendere tale termine l'esistenza di autonomi poteri decisionali anche in materia di spesa. Il legislatore delegato non ha invece inteso far riferimento alla diversa disciplina della responsabilità dell'imprenditore esistente in campo fallimentare (ad esempio l'attuale definizione di amministratore di fatto) e societario. Qui invece si è individuato il “dirigente” utilizzando a criteri fattuali proprio perché chi ha in concreto il potere di gestione e spesa è capace di governare l'obiettivo di elaborare un modello efficiente ed efficace di **prevenzione del rischio penale d'impresa**;

b) si tratti di enti nella accezione di cui al secondo comma dell'art. 1 (“enti forniti di personalità giuridica e ... società e associazioni anche prive di personalità giuridica) e con esclusione di quelli di cui al terzo comma (*Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*) Il D.Lgs. n. 231 del 2001 risulta non applicabile nei confronti delle imprese individuali, essendo espressamente stato concepito quale strumento sanzionatorio degli illeciti amministrativi derivanti da reato commessi dai soli enti collettivi³⁸;

c) il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente e le persone sopra indicate *non abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi* La dottrina³⁹ si è posta il problema del significato dell'endiade distinguendo tra l'interesse che va valutato *ex ante* e il *vantaggio* che va valutato *ex post* nell'effettivo incremento economico dell'ente. Il profilo centrale della questione è in realtà quello identificato dalla relazione al decreto legislativo per la quale Ribadito ancora una volta che anche la materia dell'illecito penale-amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27, già la teoria della c.d. immedesimazione organica consente di superare le critiche che un tempo ruotavano attorno alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale, ancora nella sua accezione “minima” di divieto di responsabilità per fatto altrui. Vale a dire: se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o – come nel caso del decreto legislativo – amministrative. Anzi, a rigore, questa soluzione si profila quasi necessitata sul piano logico (dal momento che assicura la corrispondenza tra chi commette l'illecito e chi ne paga le conseguenze giuridiche), oltre che auspicabilmente idonea, su quello pratico, a contenere le distorsioni di una giurisprudenza che, come noto,

³⁷ Vedi da ultimo tra gli altri Cass. pen., sez. III, 04/03/2003, n.19634, Fortunato, Riv. Pen., 2003, 603

³⁸ Cass. pen., sez. VI, 22/04/2004, n.18941, Procuratore della Repubblica presso il Trib. di Roma, Impresa, 2004, 9, 1429, nota di SIMONE

³⁹ Gennai Traversi *La Responsabilità degli enti* Giuffrè 36 sgg.

tendeva – in nome della prevenzione generale - a dilatare oltre il consentito l'ambito delle responsabilità individuali degli amministratori.

In sintesi quanto al presupposto probatorio, l'articolo 45 lo individua nei “ **gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato**”⁴⁰. Si tratta di una prognosi di probabile condanna, a conferma che l'esercizio del potere cautelare richiede un fondamento particolarmente solido.

Dovranno in sintesi sussistere:

- gravi indizi del reato in relazione al quale è prevista la responsabilità amministrativa della società;
- gravi indizi della commissione di uno dei reati espressamente previsti da parte di un soggetto legato all'ente dai rapporti funzionali indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 5, vale a dire da parte di soggetti in posizione apicale o sottoposti ad altrui direzione;
- gravi indizi del fatto che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente (articolo 5, alinea del comma 1): l'ente “non risponde” se i soggetti anzidetti hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (articolo 5, comma 2);
- gravi indizi, nel caso in cui il reato sia stato commesso da un "subordinato", del fatto che "la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza”, formula che si traduce nella prova di una generale e strutturale colpa d'organizzazione nella prevenzione e protezione dell'ente dallo specifico rischio della commissione di un reato da parte di un qualsiasi subordinato (non nella prova della negligenza della persona fisica – sorvegliante nel controllo della persona fisica – sorvegliato); in tal senso, dovrebbe essere la pubblica accusa a provare l'inesistenza o l'inefficacia del modello d'organizzazione adottato dall'ente, ciò a dispetto della formulazione letterale che sembra concepire l'osservanza del modello come un'esimente, bisognosa almeno di essere allegata dall'ente. Diverso è, invece, il paradigma della responsabilità dell'ente per il reato commesso dal soggetto in posizione apicale (articolo 6). In ossequio all'articolo 27 Cost. si è introdotto anche in tal caso un paradigma di colpa d'organizzazione. Da un lato, si è delineata una fattispecie di colpa d'organizzazione; dall'altro si è invertito l'onere della prova relativo all'esistenza della colpa: l'ente non risponde se prova che si è autoimposto un sistema adeguato di prevenzione – protezione dal “rischio reato” da parte degli apici aziendali e lo ha efficacemente applicato.

Per la nozione di “**gravi indizi**” si richiede cioè una **probabilità di colpevolezza** elevata, qualificata, ragionevole, capace di resistere ad interpretazioni alternative⁴¹. In generale per indizi si intendono “elementi a carico di natura logica o rappresentativa che non valgono di per se' ad affermare al di là di ogni dubbio la responsabilità dell'indagato (la commissione dell'illecito amministrativo da parte dell'ente nel caso che interessa) e tuttavia per la loro consistenza consentono di ritenere che attraverso ulteriore futura acquisizione di elementi risulteranno idonei a dimostrare tale responsabilità”, dunque, sostanzialmente, una qualificata probabilità di colpevolezza⁴². Gli elementi di accusa acquisiti, quindi, dovranno consentire un giudizio di elevata probabilità di responsabilità dell'ente⁴³. Per la valutazione della gravità degli indizi può richiamarsi consolidata giurisprudenza della S.C. secondo la quale ai fini dell'applicabilità delle misure in via cautelare, la valenza probatoria degli indizi potrà essere inferiore a quella necessaria ad un rinvio a giudizio. Anche in siffatta ipotesi la valutazione del giudice dovrà essere formulata nell'ottica di un giudizio prognostico finalizzato alla considerazione del *fumus commissi delicti* e alla responsabilità dell'ente. E' evidente che il giudizio in ordine alla gravità del quadro indiziario può e deve effettuarsi sulla scorta della valutazione in ordine ai gravi indizi di commissione del reato, che costituisce il presupposto dell'illecito amministrativo, in ordine all'interesse o al vantaggio derivato

⁴⁰ BRICHETTI *Le misure* cit. p.5

⁴¹ Cass. pen., sez. un., 22/03/2000, n.11, Audino, Cass. Pen., 2000, 2231., 3237

⁴² Cass. SS.UU. 21.4.1995, Costantino

⁴³ Finiti, *Aspetti pratici della normativa* cit. 16

all'ente e al ruolo dei soggetti indicati nelle lettere a) e b) dell'art. 5 della legge. Solo ove ricorrano tali condizioni unitariamente, potrà configurarsi l'illecito amministrativo dell'ente.

Le condizioni previste dall'art. 13

A tale proposito giova ricordare quanto affermato dalla giurisprudenza e cioè che l'applicazione di misure cautelari interdittive nei confronti di un ente ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 richiede l'accertamento non solo dell'esistenza dei presupposti tipici delle misure cautelari (gravi indizi di responsabilità e pericolo di reiterazione dell'illecito), ma altresì delle condizioni previste per l'irrogazione delle sanzioni interdittive in via definitiva indicati, sia pure alternativamente, dall'art. 13:

1. Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;

b) in caso di reiterazione degli illeciti. (ai sensi dell'articolo 20, " si ha reiterazione quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva ").

2.....

Il comma 3 dell'articolo 13 prevede, inoltre, che le sanzioni interdittive non si applichino "nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1" (casi in cui si ha riduzione della sanzione pecuniaria), vale a dire se "(...)a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo" e se b) "il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità".

Da ciò deriva che le misure cautelari interdittive, al pari delle sanzioni⁴⁴:

- potranno applicarsi solo se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità;
- non potranno applicarsi se l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo (come si legge nella Relazione, "la particolare tenuità ha ad oggetto non il reato, che potrebbe essere tutt'altro che lieve, ma l'illecito dell'ente, segnatamente il suo grado di coinvolgimento nell'illecito: coinvolgimento minimo sia sul versante della colpevolezza, atteso che l'autore del reato ha agito per un interesse prevalentemente personale o di terzi, sia sul versante oggettivo, visto che nessun vantaggio, o comunque un vantaggio minimo, è stato ricavato dall'ente");
- non potranno applicarsi se il danno patrimoniale cagionato dal reato cui consegue la responsabilità amministrativa dell'ente è di particolare tenuità. In tutti questi casi le misure cautelari interdittive non saranno applicabili perché al fatto non potrebbe essere applicata una sanzione interdittiva, applicazione espressamente presupposta anche dal criterio di proporzione di cui all'articolo 46, comma 2 ("Ogni misura cautelare deve essere proporzionata.....alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente").

Sul concetto di profitto si rinvia a quanto sopra esposto.

Le esigenze cautelari

⁴⁴ BRICHETTI *Le misure* cit. p.7

L'applicazione delle misure interdittive richiede *l'esistenza di specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede*. Il pericolo recidivante costituisce l'unica esigenza cautelare idonea a legittimare l'adozione di misura, non prevedendo la norma nei riguardi dell'ente esigenze cautelari di natura processuale strumentali a evitare un pericolo di inquinamento probatorio, né un pericolo di fuga. Se l'esigenza di cui alla lett. b) non appare configurabile nei confronti dell'ente, diverse valutazioni induce la mancata riproduzione di previsioni analoghe alla disposizione di cui all'art. 274 lett. a). Certo, eventuali esigenze di cautela processuale possono trovare tutela nei riguardi della persona fisica indagata o imputata nel processo penale parallelo al procedimento amministrativo⁴⁵. Comunque una condotta di scarsa collaborazione con l'autorità giudiziaria (o peggio di inquinamento probatorio) costituisce una delle circostanze concrete da cui dedurre le esigenze cautelari.

La relazione al decreto legislativo afferma che Gli elementi che possono giustificare una prognosi di periculum devono essere fondati e specifici. Il riferimento alla concretezza del pericolo rivela l'esigenza di una probabilità effettiva ed attuale, riscontrata attraverso elementi oggettivi e specifici, circa il verificarsi della commissione di illeciti della stessa indole di quello per cui si procede. Il riferimento è alla pericolosità dell'ente, desunta dalla condotta recidivante. In questo caso le esigenze di cautela devono considerare la "personalità" dell'ente, o meglio la sua politica imprenditoriale: in presenza di reiterazione degli illeciti si giustifica l'adozione di una misura. Presupposto è anche qui un pericolo concreto, inteso non come realizzazione delittuosa in itinere, ma come dato da desumere da fatti e condotte già accaduti o posti in essere.

Ma quali possono essere gli altri elementi concreti da cui dedurre tali esigenze?

In primo luogo il **parametro di riferimento** è la colpa organizzativa in ordine alla **prevenzione del rischio penale d'impresa**⁴⁶. Bisogna cioè individuare gli elementi atti a dimostrare che il modello organizzativo dell'ente è tale da condurre probabilmente alla commissione di nuovi reati della stessa specie⁴⁷.

In particolare si deve far riferimento:

- dalla gravità di un fatto reato presupposto che sia indicativo dati sintomatici di un ente organizzativamente proclive al compimento di azioni delittuose⁴⁸;
- alla reiterazione dei reati⁴⁹ indicativi di un sistema illecito creato all'interno dell'ente;
- dal numero e dal ruolo dei dirigenti coinvolti;
- dalla creazione di un sistema finanziario occulto;

⁴⁵ Finiti, *Aspetti pratici della normativa* cit. 18

⁴⁶ sulla distinzione esistente tra le esigenze previste dal 274 cpp e l'art. 45 del decreto legislativo vedi Trib. Bari, 18 aprile 2005, La Fiorita, Giud. De Benedictis, inedita

⁴⁷ Per giurisprudenza pacifica (vedi da ultimo Cass. pen., sez. III, 03/12/2003, n.306, Scotti, Guida al Diritto, 2004, 17, 95) in tema di esigenze cautelari, l'articolo 274, comma 1, lettera c), del c.p.p si riferisce alla probabile reiterazione di reati «della stessa specie», che offendono cioè lo stesso bene giuridico, non già soltanto alla commissione dello stesso specifico reato per il quale si procede. Pertanto si deve ritenere sussistente il rischio anche quando vi è la possibilità di commettere i reati di turbativa d'asta o falso in provvedimenti amministrativi.

⁴⁸ Cass. pen., sez. V, 20/06/2003, n.32022, Bressi, Guida al Diritto, 2003, 47, 76

⁴⁹ Per la valorizzazione della pluralità di reati in sede di misure cautelari personali Cass. pen., sez. II, 04/06/2003, n.27711, Platone, CED Cassazione, 2003

- dalla sussistenza di ulteriori reati commessi dai dirigenti anche se trattasi di reati non forieri di responsabilità per l'ente (ad es. falsi e turbative d'asta, associazione a delinquere)⁵⁰;
- dalla sussistenza di precedenti (anche non passati in giudicato) misure a carico dell'ente;
- l'ostacolo alle indagini;
- l'utilizzo di modalità sofisticate di commissione del reato indicative di una solida organizzazione⁵¹;
- l'utilizzo di una rete di società collegate per la commissione del reato⁵²;
- mancanza o insufficienza di un modello di organizzazione predisposto al fine di prevenire la commissione di reati da parte dei funzionari dell'ente⁵³

Come vedremo meglio successivamente la procedura di applicazione della misura comporta un momento di contraddittorio. Da tale confronto possono emergere circostanze **capaci di elidere le esigenze cautelari**. La scarsa giurisprudenza di merito esistente li ha così analizzati:

- Nel corso di un procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, il modello organizzativo adottato da una società partecipante a gare di appalto per la realizzazione di opere pubbliche non può essere considerato idoneo a prevenire i reati contro il patrimonio pubblico e dunque ad evitare in astratto l'applicazione della misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, qualora non dedichi specifica considerazione all'area operativa dell'azienda nella quale sarebbe stato commesso il reato per cui si procede, non garantisca effettiva autonomia e indipendenza all'organismo di controllo e non preveda, in deroga all'art. 2388 c.c. una maggioranza qualificata del consiglio di amministrazione per la sua modifica⁵⁴.
- Ai fini dell'applicazione delle misure cautelari previste in materia di responsabilità amministrativa degli enti (articolo 45 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231), per escludere il pericolo di recidiva può rilevare anche l'istituzione ex post, da parte della società, di un modello di organizzazione e di gestione: peraltro, per poter ritenere tale modello idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi, occorre una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello ex ante, occorrendo un modello che effettivamente rimuova le carenze dell'apparato organizzativo e operativo dell'ente che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito⁵⁵.
- L'applicazione di una misura interdittiva, anche in via cautelare, non è esclusa dalla circostanza che l'ente abbia interamente risarcito il danno, dovendo altresì dimostrare di aver messo a disposizione dello Stato il profitto conseguito e di aver adottato e attuato un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati della stessa specie di quelli per cui si procede⁵⁶;
- la preminente funzione socialpreventiva posta a base di questo tipo di misura prescinde, proprio per la concreta possibilità della società di adottare comportamenti simili a quelli

⁵⁰ Trib. Bari, 18 aprile 2005, La Fiorita, Giud. De Benedictis, inedita

⁵¹ Per la valorizzazione della medesima circostanza in sede di misure cautelari personali Cass. pen., sez. V, 19/05/1999, n.2416, Marchegiani, Cass. Pen., 2000, 2683

⁵² Per la valorizzazione della medesima circostanza in sede di misure cautelari personali Cass. pen., sez. I, 11/11/1998, n.5555, Barreca e altri, Cass. Pen., 2000, 429

⁵³ Trib. (Ord.) Milano, 27/04/2004, Guida al Diritto, 2004, 19, 72

⁵⁴ Trib. (Ord.) Roma, 04/04/2003, Finspa, Foro It., 2004, 2, 317

⁵⁵ Trib. (Ord.) Roma, 04/04/2003, Finspa, Foro It., 2004, 2, 317

⁵⁶ Trib. (Ord.) Milano, 27/04/2004, Guida al Diritto, 2004, 19, 72

contestati anche con un nuovo nucleo gestionale, dalla nomina di ulteriori persona che, pur non avendo alcuna colpa o negligenza a loro carico, potrebbero di fatto trovarsi impotenti di fronte alla reiterazione di sistemi illeciti collaudatissimi, rinviando comunque in merito al concreto pericolo di commissione di illeciti della stessa indole, anche in presenza di soggetti assolutamente non coinvolti in quelli precedentemente rilevati⁵⁷.

Criteria di scelta delle misure.

Alla previsione nel sistema di diverse figure di misure cautelari interdittive⁵⁸, che si differenziano fra loro per il diverso grado o la diversa natura degli effetti limitativi, si accompagna la delineazione di criteri normativi per la determinazione della misura da adottare nel caso concreto.

L'articolo 46 individua **nell'idoneità e nella proporzionalità**, sulla falsariga dell'articolo 275 c.p.p., i criteri ai quali il giudice deve attenersi nella scelta delle misure cautelari interdittive da adottarsi nel caso concreto.

Il sistema è "chiuso" dalla regola di gradualità di cui all'articolo 46, comma 3, secondo il quale l'interdizione dall'esercizio dell'attività si applica soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulti inadeguata, trasposizione in sede cautelare dell'identico principio previsto, con riguardo all'irrogazione delle sanzioni interdittive, dall'articolo 14, comma 4. Ai sensi dell'articolo 46, comma 4, infine, le misure cautelari non possono essere applicate congiuntamente.

A questo proposito va ricordato, seguendo la traccia offerta dai primi due commi dell'articolo 14, che:

- le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente e il giudice deve determinarne il tipo e la durata sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11 (gravità del fatto, grado della responsabilità dell'ente, attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti), tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso;
- il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni;
- l'interdizione dall'esercizio di un'attività comporta la sospensione ovvero la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività.

Vi è, poi, come si è detto, il **criterio di proporzionalità** che pone un limite esterno al potere cautelare: quali che siano le esigenze cautelari, non può essere adottata una misura che, pur da esse giustificata, risulterebbe in ogni caso sproporzionata "all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente".

Il procedimento relativo alla domanda cautelare

Il comma 1 dell'articolo 45 stabilisce che il pubblico ministero "può richiedere l'applicazione" di misure cautelari interdittive "presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate". Le misure cautelari interdittive possono, dunque, essere disposte solo se vi è richiesta del pubblico ministero.

⁵⁷ Trib. Bari, 18 aprile 2005, La Fiorita, Giud. De Benedictis, inedita

⁵⁸ vedi BRICHETTI *Le misure* cit. p. 11

Il giudice quindi non alcun autonomo potere di iniziativa ex officio⁵⁹.

I commi 2 e 3 dell'articolo 47 disciplinano il procedimento di applicazione delle misure cautelari interdittive. Tra la richiesta del pubblico ministero e l'eventuale ordinanza applicativa del giudice si colloca un necessario contraddittorio tra le parti, per certi versi analogo a quello previsto dal vigente articolo 289, comma 2, c.p.p. (concernente la misura cautelare personale della sospensione del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, nei confronti dei quali si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, dall'ufficio o dal servizio). Se la richiesta è presentata fuori udienza, il giudice deve fissare un'udienza, curando che della fissazione sia dato avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori; questi ultimi devono essere, al contempo, avvisati della facoltà di esaminare, presso la cancelleria del giudice, la richiesta del pubblico ministero e "gli elementi sui quali la stessa si fonda", ovverosia gli atti e i documenti trasmessi unitamente alla richiesta (articolo 47, comma 2). Tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza anzidetta non può intercorrere un termine superiore a quindici giorni (lo afferma l'ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 47); il divieto è, peraltro, privo di sanzione se non nei limiti in cui l'articolo 124 c.p.p. sancisce l'inadempimento da parte del magistrato degli obblighi di osservanza delle norme processuali.

Nell'udienza si osservano, ai sensi del primo periodo del comma 3 dell'articolo 47, "le forme dell'articolo 127, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 10, del codice di procedura penale; i termini previsti ai commi 1 e 2 del medesimo articolo sono ridotti rispettivamente a cinque e a tre giorni."

Utilizzando e adattando il richiamato articolo 127 c.p.p., si ottengono le seguenti sequenze e regole procedurali⁶⁰:

1. il giudice o il presidente del collegio fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso al pubblico ministero, all'ente (che, ai sensi dell'articolo 39, partecipa al procedimento con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia indagato del reato di cui dipende l'illecito amministrativo, o in un procedimento connesso o collegato, sussistendo in tal caso un insanabile conflitto d'interessi che impone all'ente la nomina di un rappresentante ad hoc) e ai difensori. L'avviso va comunicato o notificato (le notificazioni all'ente sono disciplinate dall'articolo 43) almeno cinque giorni prima della data predetta. Se l'ente è privo di difensore, l'avviso è dato a quello d'ufficio (ne tratta l'articolo 40);
2. fino a tre giorni prima dell'udienza, possono essere presentate memorie in cancelleria;
3. il pubblico ministero, il rappresentante dell'ente nonché i difensori sono sentiti se compaiono;
4. l'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento del rappresentante dell'ente (l'articolo 35 stabilisce che all'ente si applichino le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili) che ha chiesto di essere sentito personalmente;
5. le disposizioni dei punti 1, 3 e 4 sono previste a pena di nullità dell'udienza e dell'eventuale ordinanza applicativa della misura;
6. l'udienza si svolge senza la presenza del pubblico. Infine, sulla scia del comma 10 dell'articolo 127 c.p.p., il verbale d'udienza può essere redatto anche in forma riassuntiva a norma dell'articolo 140, comma 2, c.p.p.. All'esito dell'udienza camerale, il giudice assumerà la propria decisione, che, in assenza di diversa disposizione, dovrà intervenire nel termine di quindici giorni previsto dall'articolo 121, comma 2, c.p.p.. L'eventuale ordinanza applicativa adottata andrà trasmessa al pubblico ministero per l'esecuzione ex articolo 48. E' applicabile l'articolo 293, comma 3, c.p.p. nella parte in cui impone che l'ordinanza applicativa, dopo l'esecuzione, sia depositata in cancelleria unitamente alla richiesta del p.m. ed agli atti presentati con la stessa e che avviso di deposito sia

⁵⁹ Per Trib. Salerno, 28/03/2003, Soc. Ivam e altri, Foro It., 2004, 2, 435 nel corso di un procedimento per l'accertamento dell'illecito amministrativo ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, non è applicabile nei confronti dell'ente una misura cautelare interdittiva più gravosa di quella richiesta dal pubblico ministero (nella specie, il giudice ha rigettato l'istanza della difesa dell'ente, di nominare un commissario giudiziale in luogo della misura cautelare richiesta dall'accusa della revoca dei finanziamenti già concessi, sul presupposto che la nomina del commissario è consentita solo in conseguenza delle più gravi misure interdittive che determinano l'interruzione dell'attività dell'ente).

⁶⁰ Così ben riassunte da BRICHETTI *Le misure* cit. p. 15

notificato al difensore L'ordinanza di rigetto della richiesta dovrà, invece, essere comunicata al pubblico ministero e notificata all'ente.

L'art. 52 prevede che il pubblico ministero e l'ente, per mezzo del suo difensore, possono proporre appello contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari. **In tal modo è da escludersi la possibilità della difesa di procedere al riesame.**

La Cassazione ha infatti chiarito che, in tema di applicazione della misura cautelare dell'interdizione della società a contrattare con la Pa, il ricorso per cassazione è ammesso solo contro i provvedimenti del tribunale competente e non anche "per saltum" contro le ordinanze che applicano la misura cautelare. Contro queste ultime, dunque, l'impugnazione prevista dal D.Lgs. 231 del 2001 è soltanto l'appello⁶¹.

La nomina del commissario giudiziale nella fase cautelare

In caso di irrogazione di sanzione interdittiva che determina l'interruzione di attività dell'ente, nella fase di merito l'art. 15 prevede la facoltà del giudice, in luogo dell'applicazione di così grave sanzione, di disporre la prosecuzione dell'attività dell'ente nominando un commissario per il periodo pari alla durata della pena interdittiva applicabile e in sostituzione di questa, qualora l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività, ovvero qualora l'interruzione di attività possa cagionare rilevanti ripercussioni sull'occupazione (art. 15). Anche nella fase cautelare l'art. 45 ult. comma consente al giudice, in luogo della misura interdittiva, la nomina di un commissario giudiziale nei limiti e per la durata indicati nell'art. 15, misura disposta anche in tal caso a tutela dell'interesse dell'ente. Per il richiamo effettuato dall'art. 45 all'art. 15, pare corretto ritenere anche in siffatta ipotesi la ricorrenza di almeno una delle seguenti condizioni: che l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare grave pregiudizio alla collettività; l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Si tratta di una novità assoluta rispetto al regime delle cautele previste in tema di misure previste dal codice, dettata evidentemente dalle possibili gravi ripercussioni a terzi conseguenti all'adozione di misure drastiche⁶². Il compito del giudice è dunque quanto mai delicato, dovendo effettuare un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, quelli di carattere occupazionale o collettivo e quelli di tutela della società in funzione preventiva rispetto alla possibile commissione di illeciti. Deve ritenersi applicabile alla fase cautelare l'art. 79 della legge nella parte in cui prevede la presentazione al giudice, a scadenze trimestrali, di una relazione che riferisca sulle attività e sull'andamento della gestione, nonché per la parte relativa alla confiscabilità del prodotto conseguito in questa fase. Con la nomina in fase cautelare del commissario giudiziale di fatto l'ente viene espropriato

⁶¹ Cass. pen. (Ord.), sez. VI, 22/09/2004, n.37985, Siemens AG, Guida al Diritto, 2004, 41, 51, nota di BRICCHETTI

⁶² Finiti *Aspetti pratici cit.* 28

dei poteri direttivi e di gestione. Il commissario nominato non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del giudice ed è tenuto a curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi e di controllo in funzione specialpreventiva⁶³. Per l'eventuale profitto conseguito dall'ente a seguito dell'attività proseguita con il commissariamento, non si ritiene ipotizzabile l'immediata confisca, in quanto si verrebbe a determinare una ingiustificata anticipazione della sentenza di condanna ma certamente il sequestro della somma stessa.

⁶³ Per Trib. Bari, 18 aprile 2005, La Fiorita, Giud. De Benedictis, inedita deve escludersi che, ai sensi del terzo comma dell'art. 15 del D. Lgs. 231/2001, il commissario giudiziale possa in questa fase curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire ulteriori reati della stessa specie di quelli di cui si è occupata la presente indagine, in quanto un tale onere a carico del commissario si giustifica quando è intervenuta una sentenza di accertamento della responsabilità dell'ente, in forza della quale risulta chiarito quali siano state le carenze organizzative dell'ente, anche perché la condotta ripristinatoria del commissario potrebbe trasformarsi, paradossalmente, in un elemento dimostrativo della carenza organizzativa dell'ente, con possibili ripercussioni su elementi probatori. **La tesi non è condivisibile.** Infatti la funzione del commissario è connessa non certo al mantenimento del sistema illecito ma alla funzione delle misure cautelari; cioè impedire l'ulteriore commissione di illeciti simili.