

MISURE CAUTELARI PERSONALI - SOCIETA' » Cass. pen. Sez. VI, (ud. 23-06-2006) 02-10-2006, n. 32626
Fatto Diritto P.Q.M.

Svolgimento del processo

1. Con ordinanza emessa il 18 aprile 2005 il Gip. presso il Tribunale di Bari disponeva nei confronti delle società Duemila s.p.a. e La Fiorita soc. coop. a r.l. la misura cautelare dell'interdizione per un anno dall'esercizio dell'attività, che sostituiva con la nomina del commissario giudiziale ai sensi del *D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 45, comma 3* per la stessa durata.

La vicenda si inseriva nell'ambito di un procedimento penale riguardante un'associazione a delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione, volti all'aggiudicazione degli appalti dei servizi di pulizia ed ausiliario banditi da diversi enti pubblici del settore sanitario pugliese - soprattutto aziende AUSL di varie province ed alcuni Comuni -, procedimento in cui venivano emessi provvedimenti cautelari coercitivi nei confronti di numerosi indagati per tali reati, alcuni dei quali commessi in favore delle due società.

Per quanto riguarda gli illeciti contestati agli enti, il g.i.p., nell'ordinanza suindicata, metteva in rilievo come fosse stato realizzato un complesso sistema di corruzione che, con la complicità di funzionari amministrativi, aveva consentito alle due società di ottenere lucrosi appalti senza alcuna gara formale, nonché di ottenere l'illecita prosecuzione dei contratti di pulizia ed ausiliario già appaltati, aggirando così le regole contrattuali imposte alla pubblica amministrazione ed offrendo, come contropartita, una costante disponibilità ad assecondare richieste clientelari provenienti dalla stessa amministrazione e dal mondo della politica, tra cui numerose richieste di assunzioni. Ad operare per conto delle società, ponendo in essere i reati contestati, sarebbero stati, nella ricostruzione fatta dal g.i.p., soggetti con funzioni di rappresentanza, di amministrazione e di direzione, anche di fatto, nelle due società. Su tali basi erano stati ritenuti sussistenti i gravi indizi richiesti dal *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 45* in ordine agli illeciti amministrativi previsti dal *D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 24 e 25* dipendenti dai reati di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 c.p., comma 2, n. 1) e di corruzione (art. 319 c.p.) commessi, nell'interesse delle stesse società. 2. Il Tribunale di Bari, sull'appello proposto ai sensi del *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 52, comma 1*, dalle società indagate, ha sostanzialmente confermato l'impianto dell'ordinanza cautelare, ridimensionando la durata della misura interdittiva - che portava a sei mesi - e confermando la nomina del commissario giudiziale.

Inoltre, i giudici dell'appello hanno escluso l'applicabilità della misura interdittiva per gli illeciti dipendenti dal reato di truffa aggravata - non essendo prevista tale sanzione dal *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 24* - e per alcuni episodi commessi prima dell'entrata in vigore della normativa citata (capi di imputazione provvisori n. 12, 16, 19, 26, 40 e 48), limitando la misura ai restanti episodi di corruzione riportati nell'ordinanza cautelare ai numeri 14, 18, 21, 28, 30, 32, 34, 48 e 50. 3. Contro questa ordinanza

ha proposto ricorso per cassazione la società Duemila s.p.a. *D.Lgs. n. 231 del 2001*, ex art. 52, comma 2, chiedendone l'annullamento per essere in foto affetta da evidenti violazioni di legge.

3.1. Innanzitutto, la società ricorrente ha premesso di avere ancora interesse all'impugnazione, nonostante l'intervenuta revoca della misura cautelare.

3.2. Con il motivo sub 2a) la ricorrente ha dedotto la nullità dell'ordinanza per violazione dell'art. 111 Cost., comma 2 e art. 125 c.p.p., comma 3, in quanto il giudice d'appello si sarebbe limitato a recepire acriticamente le osservazioni del pubblico ministero e le argomentazioni del g.i.p., che a sua volta ha motivato per *relationem* richiamando il provvedimento cautelare adottato nei confronti delle persone fisiche. In questo modo, si sarebbe verificato un omesso controllo dell'ordinanza impugnata, controllo esauritosi nella sola analisi dell'ipotesi di associazione a delinquere, reato neppure ricompreso tra quelli da cui può derivare la responsabilità amministrativa dell'ente.

3.3. Con il motivo 2b) viene riproposta l'eccezione di nullità dell'ordinanza per violazione dell'art. 292 c.p.p., comma 2, lett. a), essendo stata omessa, nel provvedimento, l'indicazione del legale rappresentante della società, peraltro noto al g.i.p. al momento dell'emissione della misura.

3.4. Con il motivo 2c) si deduce la nullità dell'ordinanza per violazione del *D.Lgs. n. 231 del 2001*, art. 45, 291, art. 292 c.p.p., e art. 125 c.p.p., comma 3 in relazione al principio della domanda cautelare. Più precisamente, la società ricorrente, riproponendo un motivo già dedotto in appello, ritiene che il tribunale non avrebbe dovuto confermare l'ordinanza cautelare perchè motivata esclusivamente per *relationem* con l'altra ordinanza riguardante gli indagati-persone fisiche, essendo differenti i presupposti della misura cautelare personale e di quella interdittiva a carico delle persone giuridiche; l'integrazione dei due provvedimenti avrebbe finito per confondere e annullare la specificità della procedura prevista dal *D.Lgs. n. 231 del 2001*. 3.5. Il motivo sub 2d) attiene ad una serie di eccezioni di nullità dell'ordinanza cautelare, proposte nell'atto di appello e non considerate dal tribunale.

In particolare, si è dedotto: 1) la nullità dell'ordinanza per la mancata contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, non risultando dall'ordinanza nè i reati per i quali è stata applicata la misura cautelare, nè i soggetti autori dei reati presupposto. In sostanza, viene contestato al provvedimento cautelare, e all'ordinanza del tribunale che l'avrebbe avallata, il fatto di aver applicato la misura interdittiva trasferendo nel campo dell'illecito amministrativo i presupposti di applicabilità delle misure cautelari personali attraverso il richiamo dell'ordinanza custodiale, omettendo ogni onere di motivazione sulla sussistenza dell'illecito amministrativo; 2) il vizio di legittimità dell'ordinanza del tribunale là dove legittima una vera e propria identificazione e sovrapposizione dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p. e della gravità indiziaria cui si riferisce il *D.Lgs. n. 231 del 2001*, art. 45; 3) l'illegittimità della misura applicata e della conseguente ordinanza confermativa per insussistenza delle esigenze cautelari, per aver confuso il rischio di reiterazione dei reati e la prognosi sul periculum. Si ritiene che i giudici del merito, per giustificare la sussistenza delle esigenze cautelari, abbiano indicato esclusivamente elementi futuri ed incerti, senza prendere in considerazione l'avvenuta adozione, da parte della società, di un modello organizzativo e il mutamento della compagine organizzativa, circostanze queste che, secondo la difesa, avrebbero del tutto eliminato il periculum di reiterazione dei reati; 4) l'illegittimità dei provvedimenti per

l'insussistenza del requisito del profitto di rilevante entità, richiesto dal *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 13*. Secondo la ricorrente, i giudici hanno adottato un concetto di profitto che non trova giustificazione nella legge e nella giurisprudenza, dovendosi identificare il profitto con il lucro, cioè con il vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato. Nella specie, andava verificata l'esistenza del rilevante profitto in relazione al lucro che la società Duemila s.p.a. avrebbe conseguito per effetto degli illeciti contestati, senza alcun riferimento nè all'altra società, nè ai singoli indagati. Peraltro, si rileva che i reati non risultano stati contestati in continuazione e che non appare corretta la distinzione operata dai giudici del riesame tra il concetto di profitto previsto dal *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 13* e quello cui si riferisce il *D.Lgs. cit., art. 19*, in quanto le due disposizioni identificano sempre e solo il profitto inteso come utile netto; 5) la nullità dell'ordinanza per violazione dell'art. 125 c.p.p., comma 3, essendo stata omessa qualsiasi motivazione circa la particolare tenuità del danno patrimoniale cagionato, cui si riferisce il *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 13*; 6) l'illegittimità dell'ordinanza che ha erroneamente ritenuto applicabile la misura interdittiva in violazione del *D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 13, 21 e 24*; 7) l'illegittimità dell'ordinanza sotto un duplice profilo: a) per non aver ritenuto nullo il provvedimento del g.i.p. in cui mancava del tutto la motivazione circa la scelta della misura cautelare e la sua durata; b) per non aver ritenuto la nullità del provvedimento del g.i.p. che ha applicato la misura interdittiva e contestualmente nominato un commissario giudiziale, violando le disposizioni di cui al *D.Lgs. n. 231 del 2001*; 8) la nullità della decisione impugnata per la mancanza di motivazione in ordine alle doglianze relative alla legittimità degli atti amministrativi.

Motivi della decisione

4. Come si è detto in narrativa nelle more del procedimento d'impugnazione è intervenuta la revoca della misura cautelare.

Ciononostante deve affermarsi la permanenza dell'interesse al ricorso della società indagata, sotto diversi profili.

Innanzitutto, con il provvedimento emesso in data 27 luglio 2005 il g.i.p. non si è limitato a revocare la misura cautelare interdittiva, ma ha "ordinato" alla società di adottare i modelli organizzativi predisposti dal commissario giudiziario e di risarcire il danno arrecato alle pubbliche amministrazioni appaltanti, con la restituzione del profitto illecito, inoltre dando incarico al commissario di accertare l'avvenuta ed effettiva adozione dei modelli organizzativi. Ora, ai fini dell'accertamento della permanenza dell'interesse all'impugnazione, in linea con la giurisprudenza delle Sezioni unite (sent. 12 ottobre 1993, n. 20, Durante e 13 luglio 1998, n. 21 Galieri), acquistano sicuro rilievo gli effetti derivanti dall'ordinanza sopra citata, formalmente intestata "revoca di misure cautelari interdittive", effetti che impegnano la società in una serie di attività e di obblighi, che conferiscono attualità e concretezza all'interesse al ricorso, in quanto dall'eventuale annullamento dell'ordinanza impugnata potrebbe derivare, come conseguenza diretta, non solo l'annullamento dell'ordinanza cautelare, ma l'immediata inefficacia degli adempimenti ed obblighi disposti con lo stesso

provvedimento di revoca.

A ciò va aggiunto che l'interesse all'impugnazione appare ancora più evidente considerando che la società ricorrente ha avanzato fondati dubbi sulla stessa legittimità dei provvedimenti assunti con la revoca della misura. Nella specie, il giudice cautelare ha sostanzialmente imposto l'adozione di un modello organizzativo alla società, secondo una procedura che non trova appiglio nella normativa contenuta nel *D.Lgs. n. 231 del 2001*, in cui non si prevede alcuna forma di imposizione coattiva dei modelli organizzativi, la cui adozione, invece, è sempre spontanea, in quanto è proprio la scelta di dotarsi di uno strumento organizzativo in grado di eliminare o ridurre il rischio di commissione di illeciti da parte della società a determinare in alcuni casi la esclusione della responsabilità (*D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6*), in altri un sollievo sanzionatorio (*D.Lgs. cit., artt. 17, 78*) e che, nella fase cautelare, può portare alla sospensione o alla non applicazione delle misure interdittive (*D.Lgs. cit., art. 49*). Inoltre, la stessa procedura di commissariamento risulta posta in essere in una contusione di ruoli e di disposizioni ai limiti dell'abnormità, dove la nomina del commissario giudiziale è stata disposta contestualmente all'adozione della misura cautelare - nonostante il *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 45, comma 3* prescriva che tale nomina debba avvenire "in luogo della misura cautelare interdittiva" -, per poi procedere alla revoca della stessa misura e attribuire, infine, poteri di controllo al commissario circa l'adozione del modello, sebbene questi nello stesso provvedimento risulti sollevato dall'incarico.

Si tratta di disposizioni che - anche prescindendo da ogni valutazione circa la loro legittimità - il g.i.p. ha potuto emanare solo in conseguenza dell'applicazione della misura cautelare e ciò appare sufficiente al riconoscimento dell'interesse ad impugnare.

In secondo luogo, acquista rilievo quanto dedotto nel ricorso circa la richiesta, rivolta alla società, di liquidazione di Euro 136.927,17 per il compenso dovuto al commissario giudiziale e al suo coadiutore nominati dal g.i.p., dal momento che un'eventuale annullamento del provvedimento comporterebbe il venire meno dell'obbligo di effettuare il pagamento dell'importo richiesto. In sostanza, una decisione favorevole non potrebbe non avere influenza anche sul pagamento dei compensi.

5. Nel merito la Corte ritiene di occuparsi immediatamente della censura con cui è stata dedotta l'insussistenza delle esigenze cautelari. Al riguardo va osservato come oltre alla presenza del *fumus commissi delicti*, il *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 45, comma 1*, richiede, per l'applicazione delle misure cautelari, l'esistenza di un concreto pericolo di commissione di analoghi illeciti, caratterizzando l'apparato cautelare in senso fortemente preventivo, in funzione cioè di tutela della collettività. La disposizione in esame si limita a richiedere che il *periculum* derivi da elementi "fondati e specifici", per cui parrebbe che qualsiasi elemento, che possieda tali connotati, possa essere idoneo a fondare una prognosi di pericolosità circa la reiterazione degli illeciti. In realtà, tenendo conto che il procedimento cautelare previsto dal *D.Lgs. n. 231 del 2001*, è stato delineato sul modello di quello codicistico, deve ritenersi che anche in questo caso - come del resto per l'art. 274 c.p.p., lett. c) - l'esigenza cautelare emerga dalla valutazione di due tipologie di elementi, il primo di carattere obiettivo, relativo alle specifiche modalità e circostanze del fatto, l'altro di natura soggettiva, attinente alla "personalità" dell'ente. Così, per quanto riguarda il primo aspetto si tratterà di valutare la gravità dell'illecito, ad esempio considerando il numero di illeciti commessi, nonché gli stessi elementi che il *D.Lgs. cit., art. 13* indica come condizioni per l'applicabilità delle sanzioni, come l'entità del profitto, ovvero lo

stato dell'organizzazione dell'ente; d'altra parte, il fatto che si tratti di una persona giuridica non impedisce di considerarne la "personalità", attraverso una valutazione che abbia come oggetto l'ente collettivo stesso, esaminandone, ad esempio, la politica d'impresa attuata negli anni e gli eventuali illeciti commessi in precedenza. E' evidente una tendenza alla oggettivizzazione dell'esigenza cautelare, che deriva, in primo luogo, dalla monofunzionalità del modello, in cui le misure cautelari sono dirette prevalentemente a realizzare una forma di prevenzione speciale, e in secondo luogo dal rilievo che assume, anche a questi fini, lo stato organizzativo dell'ente, cioè la sua capacità di agevolare o evitare la commissione dei reati.

Può dirsi che è soprattutto lo stato dell'organizzazione dell'ente a dover essere valutato per una prognosi sulla pericolosità, in quanto l'ente che non è attrezzato da questo punto di vista, che cioè non ha attuato modelli organizzativi idonei a prevenire i reati, è un soggetto "pericoloso" nell'ottica cautelare.

A sostegno della insussistenza delle esigenze cautelari, la società ricorrente ha evidenziato che al momento dell'emissione della misura cautelare la struttura dirigente era ormai completamente modificata e che di conseguenza non vi era alcun pericolo di commissione di illeciti della stessa indole.

A questo proposito deve riconoscersi come, soprattutto nelle ipotesi di responsabilità derivante da condotte poste in essere dai vertici dell'ente, il giudice debba prendere in considerazione proprio le condizioni dei soggetti che rivestono posizioni apicali e che la sostituzione o l'estromissione degli amministratori coinvolti possa portare ad escludere la sussistenza del periculum richiesto dall'art. 45 cit., ma a condizione che ciò rappresenti il sintomo che l'ente inizi a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, in cui sia presente l'obiettivo di evitare il rischio reato.

L'ordinanza impugnata ha ritenuto che la sostituzione del gruppo dirigente sia stata più apparente che reale, dal momento che non vi è stata una cesura netta tra il vecchio gruppo dirigente ed il nuovo, anzi ai vertici della società sarebbero stati designati soggetti strettamente collegati con gli amministratori precedenti, da cui continuavano a prendere direttive.

Tuttavia, deve rilevarsi che tali argomentazioni sono riferite esclusivamente alla società La Fiorita - rispetto alla quale si indica anche il nominativo del "prestanome" (N.L.) -, non anche alla Duemila s.p.a., nei cui confronti il tribunale non ha compiuto alcun accertamento concreto e individualizzato, nè ha indicato elementi fondati e specifici da cui desumere il periculum, limitandosi ad una elencazione generica ed astratta dei parametri da utilizzare per l'accertamento delle esigenze cautelari, senza alcun riferimento alla situazione specifica della s.p.a..

Peraltro, non può farsi a meno di rilevare come, stando a quanto affermato nella stessa ordinanza del g.i.p. del 18 aprile 2005 (pag.

17), la Duemila s.p.a. è risultata "avvantaggiata" dai reati commessi dai suoi amministratori in un solo caso, quello relativo all'appalto acquisito presso la Ausl/BA-4, con la conseguenza che rispetto a tale unico episodio appare difficile riconoscere la gravità del fatto su cui fondare una prognosi circa il pericolo di commissione di analoghi illeciti, considerando, inoltre, l'avvenuta sostituzione dei vertici societari.

Tenuto conto della mancata prova di un rapporto di controllo tra la società La Fiorita e la Duemila s.p.a., deve riconoscersi come vi sia stata una erronea applicazione

dell'art. 45 cit., difettando gli elementi da cui desumere la sussistenza di un periculum di reiterazione concreto, dal momento che si è dinanzi ad un unico episodio, peraltro non connotato da indici di particolare gravità, dato che non sono stati evidenziati analoghi comportamenti illeciti posti in essere dalla società nello stesso periodo ovvero in precedenza. D'altra parte, lo stesso Gip, nel trattare congiuntamente le posizioni delle due società, attribuisce alla Duemila s.p.a. un ruolo molto più defilato rispetto a La Fiorita, evidenziandone in più occasioni il più limitato campo d'azione.

Gli elementi sopra evidenziati avrebbero dovuto portare quantomeno a dubitare della attitudine della Duemila s.p.a. a porre in essere illeciti della stessa specie di quello contestato.

Deve pertanto escludersi la sussistenza delle esigenze cautelari richieste dall'art. 45 cit..

L'accoglimento del motivo da ultimo trattato assorbe gli altri e determina l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata, annullamento che travolge anche l'ordinanza genetica del Gip del Tribunale di Bari in data 18 aprile 2005, in quanto emessa in assenza dei necessari presupposti indicati dalla legge.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata nonché quella in data 18 aprile 2005 del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bari.

Così deciso in Roma, il 23 giugno 2006.

Depositato in Cancelleria il 2 ottobre 2006

MISURE CAUTELARI PERSONALI - SOCIETA' » Cass. pen. Sez. VI, (ud. 23-06-2006) 02-10-2006, n. 32626

D.Lgs. 08/06/2001 n. 231, art. 13

D.Lgs. 08/06/2001 n. 231, art. 45