

IL CONTROLLO DI LEGITTIMITÀ SUI PROVVEDIMENTI CAUTELARI APPLICATI AGLI ENTI.

Note alla base dell'intervento del dr. Luigi Orsi al corso di introduzione all'esercizio delle funzioni di legittimità destinato ai consiglieri e ai sostituti procuratori generali assegnati nell'anno 2018.

Roma, 4 dicembre 2018

1. Oggetto delle impugnazioni: tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari.

L'articolo 52 c. 2 DL 231/2001 individua i provvedimenti impugnabili come *“tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari”*. Il riferimento deve essere inteso quindi ai provvedimenti che dispongono, negano, revocano, sospendono o sostituiscono le misure ovvero rigettano la richiesta di revoca, di sospensione o di sostituzione.

Non deve quindi trarre in inganno la rubrica dell'articolo 52, erroneamente riferita ai soli *“provvedimenti che applicano le misure cautelari”*.

2. I soggetti legittimati a proporre impugnazione in materia di misure cautelari.

Le parti di questo sub-procedimento sono individuate dalla legge nel *pubblico ministero* e nell'*ente*.

Sulla legittimazione del pubblico ministero c'è poco da dire trattandosi della parte processuale che ha il potere di domanda cautelare.

Anche la legittimazione dell'ente risulta intuitiva, trattandosi del soggetto portatore di evidente interesse. Occorre semmai verificare la modalità di esercizio del diritto di difesa da parte dell'ente, tema che si affronterà di seguito.

Rimanendo invece sul piano dell'interesse ad impugnare i provvedimenti in parola, vale chiarire la posizione dell'*indagato* o *imputato*. In fatto, l'indagato/imputato che sia socio dell'ente attinto da ipotesi di responsabilità amministrativa ha normalmente interesse economico alla sorte del suo patrimonio. Questo interesse, tuttavia, non gode di alcuna considerazione nel sistema tratteggiato dal

DL 231/2001. La giurisprudenza di legittimità ha affermato, significativamente, che l'imputato nei confronti del quale sia stata pronunciata una sentenza di n.d.p. per prescrizione del reato non ha interesse a promuovere ricorso per cassazione avverso il provvedimento *“non essendo configurabile un suo autonomo interesse neppure nel caso in cui dalla responsabilità dell'ente possano discendere conseguenze economiche indirette o riflesse per la sua posizione di socio o amministratore”* (Cass. sez. 6 n. 41768 del 22 giugno 2017, PG in proc. Fitto).

3. La tipologia di provvedimento che può essere impugnato per cassazione: il solo appello. Escluso il riesame.

L'art. 52 c. 2 DL 231/2001 dispone che *“contro il provvedimento emesso a norma del comma 1...possono proporre ricorso per cassazione”*. Il comma 1 dispone che il solo mezzo di impugnazione in prima istanza è l'appello, non anche l'istanza di riesame.

Si è rilevato che non stupisce e non è criticabile il fatto che il legislatore non abbia previsto il riesame quanto alla materia delle misure cautelari. Se è vero infatti che il riesame assicura importanti garanzie (effetto totalmente evolutivo, cadenze processuali serrate sanzionate con la perdita di efficacia della misura), esso risulta estraneo alla logica di questo specifico procedimento cautelare che è caratterizzato da un contraddittorio anticipato.

Non casualmente, il riesame è consentito nei confronti del decreto di sequestro (cfr. Cass. SSUU n. 26654 del 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti spa) che è sottratto al contraddittorio anticipato.

Il controllo di legittimità sui provvedimenti applicati agli enti si esercita così su un provvedimento di merito, l'appello, che presenta peculiari caratteristiche tra le quali giova ricordare:

- effetto parzialmente evolutivo;
- indicazione contestuale dei motivi al momento della presentazione.

4. Inammissibilità del ricorso per saltum.

Esclude la possibilità di un ricorso diretto per cassazione il chiaro testo dell'articolo 52 c. 2 DL cit: si indica il solo provvedimento emesso in esito all'appello.

Nonostante questa chiara indicazione, si è dubitato in senso contrario valorizzando l'ultimo inciso di questa norma, secondo il quale *“si osservano le disposizioni di cui all'articolo 325 cpp”*.

L'art. 325 cpp dispone, al comma 2, che “*contro il decreto di sequestro... può essere proposto direttamente ricorso per cassazione*”. Il ricorso diretto, dunque, è possibile, come è testualmente chiaro, limitatamente alla impugnazione del decreto di sequestro.

Il ricorso diretto è peraltro escluso considerando che questo è previsto quale alternativa al riesame, impugnazione che il DL 231/2001, come detto, non contempla.

La giurisprudenza è ormai consolidata in senso contrario al ricorso diretto (Cass. sez. 2 n. 32382 del 18 giugno 2004, PM in proc. Focus srl; sez. 6 n. 37985 del 22 settembre 2004, Siemens spa).

5. Sorte dei ricorsi *immediati* per cassazione. La conversione in appello.

La giurisprudenza di legittimità, quante volte è stata evocata da ricorrenti *per saltum* non ha dichiarato l'inammissibilità di queste iniziative ma le ha convertite in appello, secondo l'articolo 568 c. 5 cpp (cfr. giur. cit. al paragrafo precedente).

6. Termine per ricorrere per cassazione.

Si è discusso se il termine per proporre ricorso sia quello di 10 giorni stabilito dall'articolo 325 c. 2 DL cpp richiamato dall'articolo 52 c. 2 DL cit. oppure sia quello ordinario di 15 giorni previsto dall'articolo 585 c. 2 lett. a cpp.

La consolidata esegesi di legittimità è orientata ormai stabilmente verso la seconda opzione. Si è osservato che il termine di 10 giorni previsto dall'articolo 325 cpp riguarda il ricorso *per saltum*, estraneo al sottosistema processuale in esame.

7. L'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente: a) ammissibilità dell'iniziativa difensiva promossa prima della costituzione dell'ente.

L'art. 39 DL 231/2001 dispone che “*l'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo*”. Il capoverso precisa le formalità delle quali deve essere rivestita la dichiarazione con la quale l'ente si costituisce nel procedimento.

La giurisprudenza ha affrontato a lungo, esprimendo posizioni contrastanti, il tema posto da attività difensiva promossa prima della formale costituzione. Oltre e più che nell'ipotesi dell'applicazione di misure cautelari, la questione è emersa quando sia stato disposto un provvedimento a sorpresa come il sequestro.

L'iniziale esegesi di legittimità ripeteva che *“l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non è subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma dell'art. 39 DL 231/2001”* (Cass. sez. 6 n. 43642 del 5 novembre 2007, Quisqueyana spa). questa veduta valorizza le norme degli artt. 34 e 35 DL cit., a tenore delle quali il procedimento in parola è disciplinato dalle norme del codice di rito, ove compatibili, ivi comprese quelle che riguardano l'imputato persona fisica. Se dunque gli artt. 257 e 324 cpp conferiscono il potere di proporre riesame anche al difensore, deriva che questo, nominato ai sensi dell'art. 96 cpp, può proporre – in ipotesi – richiesta di riesame anche prima che l'ente si costituisca.

Opposta interpretazione (Cass. sez. 2 n. 52748 del 9 dicembre 2014, PM in proc. Vbi01) vuole invece che l'esercizio della difesa sia subordinato alla costituzione dell'ente. In difetto di questa, l'iniziativa è inammissibile e ciò può essere rilevato d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Questa opzione valorizza il dato testuale dell'art. 39 DL cit., norma che richiama i modi di partecipazione al processo delle altre parti private diverse dall'imputato.

Le Sezioni Unite (sentenza n. 33041 del 28 maggio 2015, Gabrielloni) hanno risolto il contrasto nell'ambito di un procedimento relativo alla impugnazione di un decreto di sequestro. E' stata enunciata la massima secondo la quale *“è ammissibile la richiesta di riesame presentata dal difensore di fiducia nominato dal legale rappresentante dell'ente ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 DL 231/2001, a condizione che precedentemente o contestualmente all'esecuzione del sequestro non sia stata comunicata l'informazione di garanzia prevista dall'esrt. 57 DL cit.”*.

La sentenza prende le distanze da entrambe le dette opzioni. Senza dubbio, ragionano le SSUU, l'ente si difende mediante la costituzione nel procedimento e non con la mera nomina del difensore di fiducia. D'altra parte, ove l'iniziativa giudiziaria colga l'ente di sorpresa, occorre rendere effettiva la sua difesa. Ciò si realizza ritenendo il difensore di fiducia abilitato al pieno esercizio della difesa. In

conclusione, i segmenti procedurali che seguono l'informazione di garanzia esigono la costituzione dell'ente, a pena d'inammissibilità della sua iniziativa difensiva.

8. L'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente: b) ammissibilità dell'iniziativa difensiva promossa dal difensore di fiducia nominato dal legale rappresentante che sia indagato per il reato presupposto della responsabilità amministrativa.

La medesima decisione (SSUU Gabrielloni) ha affrontato e risolto altra delicata questione attinente all'esercizio della difesa dell'ente.

Si è enunciato che *“il legale rappresentante indagato o imputato è incompatibile alla nomina del difensore di fiducia dell'ente in ragione del divieto di cui all'art. 39 c. 1 DL 231/2001”*.

Si è pure chiarito che *“è inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile d'ufficio ex art. 591 cpp, la richiesta di riesame del decreto di sequestro presentata dal difensore dell'ente nominato dal legale rappresentante indagato”*.

La Corte ha chiarito che la nomina da parte dell'indagato è *“atto sospettato di essere produttivo di effetti potenzialmente dannosi sul piano delle scelte strategiche dell'ente che potrebbe trovarsi in rotta di collisione con strategie dell'indagato”*.

9. Ancora quanto al diritto di difesa dell'ente: persistenza dell'interesse all'appello pure dopo l'intervenuta revoca della misura cautelare.

Il caso è quello del Tribunale del riesame che ha dichiarato inammissibile, inaudita altera parte, l'appello proposto dal procuratore speciale dell'ente in ragione della revoca della misura cautelare disposta dopo la proposizione dell'appello.

Le SSU (sent. N. 51515 del 27 settembre 2018, Romeo Gestioni spa) hanno statuito che

- l'appello avverso una misura interdittiva che nelle more sia stata revocata a seguito delle condotte riparatorie ex art. 17 DL 231/2001 poste in essere dalla società indagata, revoca intervenuta nelle more dell'appello cautelare proposto nell'interesse della società indagata, non determina automaticamente la sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione. Ciò

vale tenuto conto dei molteplici effetti sostanziali che derivano dalle condotte riparatorie realizzate dall'ente;

- il predetto appello non può essere dichiarato inammissibile *de plano* secondo la procedura semplificata prevista dall'art. 127 c. 9 cpp ma – considerando che la revoca può implicare valutazioni di ordine discrezionale – deve essere deciso nell'udienza camerale e nel contraddittorio delle parti previamente avvisate. La forma semplificata viola il diritto al contraddittorio.

10. I motivi di ricorso. La censura della motivazione.

L'articolo 52 c. 2 DL cit. dispone che il ricorso per cassazione si può proporre *esclusivamente per violazione di legge*. Fermo che siano deducibili gli errori *in iudicando* e *in procedendo* di cui alle lettere *b* e *c* dell'art. 606 cpp, qualche chiarimento deve essere svolto con riguardo alle censure che riguardano la *motivazione* del provvedimento impugnato.

Risulta ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale la censura rivolta alla motivazione in tanto è proponibile in quanto si lamenti la peculiare violazione di legge che consiste nella assoluta mancanza e nella mera apparenza dell'argomentazione.

11. Il giudizio di rinvio a seguito di annullamento in sede di legittimità.

Il giudice del rinvio non può obliterare il *thema decidendum* segnato dai motivi di ricorso accolti dal giudice di legittimità. Si tratta di un principio che non dovrebbe trovare specifico spazio a proposito della materia qui trattata.

Per una singolare coincidenza, invece, in due occasioni il Tribunale del Riesame di Pistoia, dovendosi pronunciare in sede di giudizio di rinvio sulla sussistenza dei presupposti legittimanti l'applicazione di una misura interdittiva, ha ritenuto di revocare la misura in accoglimento di un'istanza della difesa che deduceva la sopravvenuta mancanza del pericolo di reiterazione del reato (Cass. sez. 6 n. 18635 del 18 novembre 2014, PM in proc. Vescovi; sez. 2 n. 11209/del 9 febbraio 2016, PM in proc. Rosi).

12. Il ricorso per cassazione avverso la liquidazione del compenso al commissario giudiziale nominato ex art. 45 c. 3 DL 231/2001.

La giurisprudenza ha chiarito che detta impugnazione azionata nel corso di procedimento per l'applicazione di misure cautelari a carico dell'ente va trattato e deciso dalle sezioni civili della Corte di cassazione (Cass. sez. 6 n. 38199 del 22 settembre 2009, Duemila srl).