

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A. A. 2013/14

TESI IN DIRITTO E PROCEDURA PENALE DEGLI ENTI

TITOLO: IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE APPLICATIVO
DELLE SANZIONI INTERDITTIVE *ex* ART. 9 D.LGS n°
231/2001

RELATORE: Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

CANDIDATO: Furio Federica

MATR: 100383

CORRELATORE: Prof. Paolo Moscarini

**IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE
APPLICATIVO DELLE SANZIONI
INTERDITTIVE *ex* ART. 9 D.LGS n°
231/2001**

INDICE

INDICE	1
INTRODUZIONE	3
CAPITOLO I	8
1.1 Premessa	8
1.2 Tecnica legislativa e funzione del procedimento cautelare	17
1.3 L'applicazione di una <<criptopena>> e dubbi di legittimità costituzionale	26
1.4 Le condizioni di applicabilità : ricognizione normativa	32
1.5 L'ordinanza applicativa della misura cautelare	41
1.6 La ripartizione dell'onere della prova.....	49
1.7 Giudizio cautelare e giudizio di merito: regole di accertamento ed autonomia cognitiva.	55
CAPITOLO II	67
2.1 L'udienza ed il contraddittorio anticipato.....	67
2.1.1 Profili procedurali	67
2.1.2 La <i>ratio</i> del contraddittorio anticipato	73

2.2. Le fattispecie di illecito che consentono l'interdizione cautelare	85
2.3 La valutazione della fattispecie complessa che compone l'illecito amministrativo	94
2.4 La nozione di profitto contenuta nell'art 13 del D.Lgs n°231/2001	102
2.5 La questione dell'autore ignoto	114
2.6 La motivazione <i>per relationem</i>	118
CAPITOLO III	128
3.1 La scelta di un modello <<monofunzionale>>	128
3.2 I “fondati e specifici elementi” per la sussistenza delle esigenze cautelari	130
3.3 Adozione dei modelli dopo l'illecito e persistenza del <i>periculum in mora</i>	138
3.4 Interferenze fra il procedimento cautelare a carico dell'imputato del reato presupposto e quello a carico dell'ente	149
3.5 I criteri di scelta delle misure	152
CONCLUSIONI	156
BIBLIOGRAFIA	160

INTRODUZIONE

L'oggetto della presente trattazione riguarderà l'articolata disciplina predisposta dal legislatore mediante il d.lgs. 231/2001 con specifico riferimento alle misure cautelari interdittive a carico degli enti (sezione IV del capo III del decreto, artt. 45 ss.).

La scelta di esaminare in particolare tali istituti si ricollega a due ordini di ragioni: da una parte vi è la convinzione che un sistema normativo compiuto, quale quello delineato dal legislatore del 2001, trovi nell'arsenale cautelare, così come in quello sanzionatorio, il proprio autentico banco di prova in termini di effettività; dall'altra vi è il desiderio di analizzare le problematiche relative ad un sistema cautelare che prevede una sostanziale anticipazione della pena.

Prima di approfondire l'indagine sulle singole norme si è ritenuto necessario e propedeutico alla comprensione della << ragion d'essere >> del decreto legislativo soffermarsi, nella prima parte del lavoro, sulle complesse motivazioni che hanno condotto alla genesi dello statuto della responsabilità *ex crimine* degli enti.

L'introduzione nel nostro ordinamento di tale forma di responsabilità è stata dettata principalmente dalla necessità di colmare una lacuna normativa, adeguando il sistema italiano ad indirizzi di matrice internazionale, divenuti ineludibili e non più procrastinabili (il riferimento è alla Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 e al II Protocollo PIF del 19 giugno 1997).

Non può tuttavia sottacersi come l'obiettivo primario della normativa del 2001, ossia quello di reprimere la criminalità d'impresa perpetuata da soggetti stabilmente inseriti all'interno di una struttura organizzata, fosse stato argomento al centro del dibattito da parte della nostra dottrina più avveduta già a partire dagli anni Settanta.

I nodi problematici collegati all'introduzione della responsabilità derivante da reato a carico delle persone giuridiche prendevano le mosse da lontano, condensandosi nel brocardo *societas delinquere (et puniri) non potest*, sul presupposto naturalistico della impossibilità, per un soggetto diverso dalla persona fisica, di commettere reati e, conseguentemente, di essere punito.

Le critiche non si fermavano invero al piano ontologico, spingendosi ad individuare, quale limite assoluto alla configurabilità di tale responsabilità nell'ordinamento giuridico italiano, vincoli di natura costituzionale.

Un'autentica responsabilità derivante da reato avrebbe postulato, quale logica conseguenza, una pena di natura criminale; e proprio questo aspetto impediva di ritenere gli enti possibili soggetti destinatari della norma di cui all'art. 27 Cost., norma pensata indubbiamente in relazione alla persona fisica, in particolare nella parte in cui il riferimento è alla pena, la quale non può << consistere in trattamenti contrari al senso di umanità >> e deve obbligatoriamente rivestire una finalità rieducativa nei riguardi del condannato.

Il legislatore, sulla scorta di tali perplessità, nonché dovendo bilanciare i molteplici e variegati interessi – anche di natura politico economica – coinvolti dalla disciplina in questione, ha ritenuto opportuno prendere posizione sulla discussa questione della natura della responsabilità degli enti derivante da reato, qualificandola in termini rassicuranti sotto l'etichettatura << amministrativa >>. La presa di posizione legislativa in punto di qualificazione è stata probabilmente dettata dalla convinzione che una responsabilità di natura penale, caratterizzata dalla forte afflittività della sanzione e da restrizioni della libertà personale, potesse rivelarsi più temibile per gli enti di una responsabilità di tipo amministrativo; ciò nonostante, non può negarsi che la materia

penale, per le stesse ragioni, risulti assistita da maggiori garanzie, anche di livello costituzionale, rispetto a quella amministrativa.

Qualificazioni a parte, tenuto conto della disciplina sostanziale e processuale predisposta nel decreto, va tuttavia rilevato che l'espressa opzione legislativa non è stata in grado di sopire il dibattito: sebbene vi siano alcune disposizioni del d. lgs. effettivamente estranee alla disciplina penalistica (ad esempio, si pensi a quelle relative alle vicende modificative dell'ente o alla prescrizione) innumerevoli rimangono gli indici che fanno propendere per la natura essenzialmente penalistica di tale responsabilità, a cominciare dalla espressa prescrizione dell'osservanza delle disposizioni del codice di rito, in quanto applicabili (art. 34), dall'estensione all'ente della disciplina relativa all'imputato (art. 35), dalla devoluzione della competenza al giudice penale competente per i reati dai quali gli illeciti amministrativi dipendono (art. 36).

Il cuore della trattazione risiede tuttavia nella disamina del sistema cautelare delineato dal decreto in esame.

Per comprendere la disciplina del procedimento cautelare nei confronti degli enti si è ritenuto necessario descrivere il sistema delle fonti delineato dal d.lgs. 231/2001, riferendosi alle norme del codice di procedura penale (richiamate dall'art. 34 in quanto compatibili), alla Costituzione e alle norme sovranazionali, con attenzione particolare alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo. Si è analizzata poi la tecnica legislativa utilizzata dal legislatore delegato, che ha optato, nell'individuare le misure interdittive, per un richiamo alle sanzioni di cui all'art. 9 dello stesso decreto. Tale scelta stilistica risulta gravida di implicazioni se consideriamo il fondamentale principio costituzionale (art. 27, 2° comma) del divieto di applicazione anticipata della pena in fase cautelare.

Sarà legittimo chiedersi quindi, quale funzione può avere un sistema cautelare che, di fatto, applica una sanzione interdittiva all'ente prima che sia stata accertata la sua responsabilità?

Si è ritenuto quindi opportuno, dopo una puntuale analisi della normativa riguardante l'ordinanza applicativa della misura cautelare, riflettere sulla questione dell'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, che, seppur disciplinata con riguardo al processo di merito, avrà inevitabilmente riflessi nella materia cautelare.

Si è dedicato dunque ampio spazio all'inedita previsione di un'udienza camerale *ad hoc* (art. 47) con la quale s'introduce il contraddittorio anticipato nel procedimento di applicazione della misura cautelare, soffermandosi su i risvolti pratici e sui contributi positivi (e negativi) che tale innovativo strumento può apportare alla valutazione della responsabilità dell'ente dipendente da reato.

La trattazione prosegue con una disamina dei presupposti applicativi della misura interdittiva partendo dai gravi indizi di colpevolezza, che devono riguardare l'intera fattispecie complessa di illecito amministrativo, con un'analisi approfondita su cosa debba intendersi per << profitto del reato >> ai sensi dell'art. 13 del decreto (nozione controversa, che ha dato luogo a numerosi dubbi interpretativi risolti in vario modo dalla giurisprudenza).

Si è reputato inoltre doveroso trattare della questione dell' << autore ignoto >> e dei limiti che incontra, in questo settore la motivazione dell'ordinanza cautelare nei confronti dell'ente mediante rinvio a quella relativa alla persona fisica, considerando la centralità delle questioni sul piano pratico e applicativo.

Si è infine giunti ad analizzare la scelta legislativa, per quanto riguarda le esigenze cautelari, di un modello << monofunzionale >> , prevedendo il decreto in esame esclusivamente il pericolo di reiterazione di illeciti della stessa

specie, allontanandosi quindi dal modello << polifunzionale >> di cui all' art 274 c.p.p.

La trattazione si conclude con una disamina riguardo l' effetto che, sulla valutazione del *periculum libertatis*, può avere l'adozione di un modello organizzativo idoneo dopo la commissione del reato nonché la sicura influenza che avrà il procedimento cautelare a carico dell'imputato del reato presupposto rispetto a quello a carico dell' ente.

CAPITOLO I

IL PROCEDIMENTO CAUTELARE

1.1 Premessa

Lo studio analizza le misure cautelari applicabili a persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica¹ nell'ambito del procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato a norma del d.lgs. n ° 231/2001. In particolare si approfondiranno i presupposti e l'*iter* logico che il giudice segue per emettere l'ordinanza cautelare applicativa delle sanzioni interdittive *ex art* 9 d.lgs. n ° 231/2001 .

Sebbene si sia privilegiata una prospettiva di osservazione rivolta ai profili processuali della materia, è opportuno soffermarsi sulle articolate motivazioni storiche e politico-criminali sottese all'introduzione del decreto legislativo in esame.

L'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità dipendente da reato delle persone giuridiche si comprende solo prendendo atto della crisi del diritto penale tradizionale e della sua inadeguatezza nel fronteggiare la “ criminalità d'impresa”; l'aggressività criminale delle società ha avuto effetti così devastanti

¹ E' opportuno precisare che, per ragioni di semplificazione, nel prosieguo della trattazione si utilizzerà l'espressione “persone giuridiche”, volendosi includere tanto le società quanto le associazioni pur se prive di personalità giuridica.

e dannosi da esigere con urgenza l'adozione di moderne e innovative misure di controllo.²

La punibilità delle persone giuridiche comporta una riconsiderazione delle categorie penalistiche tradizionali, che deve basarsi sull'analisi di una molteplicità di fenomeni: la dannosità e la pericolosità del reato d'impresa, l'impossibilità di punire solamente le persone fisiche, lo spostamento delle finalità del diritto penale dalla repressione alla prevenzione dei "reati di organizzazione".

I primi studi che ci permettono di comprendere le origini del reato di impresa sono quelli statunitensi della prima metà del 900³, a cui si deve la tematizzazione della categoria dei "*white collar crimes*": vengono ribaltati i capisaldi della criminologia classica mettendo in luce la criminologia dei colletti bianchi. Il *white collar crime* è quel << reato commesso da una persona rispettabile e appartenente alle più alte classi sociali nel corso della sua occupazione⁴ >>.

Tale concetto entra presto in crisi, essendo incapace di spiegare esaurientemente il fenomeno dei reati commessi dalle persone giuridiche: aspetti fondamentali e caratteristici della criminalità delle organizzazioni non sono infatti ben lumeggiati dalla nozione di *white collar crime*.

Perciò si elabora la nozione di *corporate crime*⁵, da cui emerge con chiarezza come questa categoria di criminalità si

² Per quanto riguarda l'Italia dal 2010 in poi, nelle relazioni annuali del Governatore della Banca d'Italia (consultabili on line all'indirizzo www.bancaditalia.it) si sottolinea come la corruzione, la criminalità organizzata e che l'evasione fiscale, poste in essere anche nell'ambito di organizzazioni societarie, siano un ostacolo allo sviluppo economico ed un freno alla crescita.

³ Per tutti E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, Unicopli, 1987

⁴ E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 8

⁵ Per tutti J. BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, Routledge & Kegan Paul plc, 1984

origini nella struttura dell' ente : l'organizzazione non è più quindi intesa come luogo occasionale in cui si può commettere un reato , ma come entità che concepisce e partorisce determinati effetti criminosi .⁶

La dottrina che ha approfondito la criminalità d' impresa nella prospettiva dell'organizzazione come “sorgente” di attività delittuose, ha conseguentemente individuato, nella struttura stessa delle società, dei fattori che sono, allo stesso tempo, fisiologici e criminogeni: fattori indispensabili per la vita dell' ente economico ma che predispongono la persona giuridica a commettere reati.

L'appartenenza ad un gruppo, ad esempio è idonea a depotenziare i freni inibitori ed il senso di responsabilità individuale. Tale attitudine è rinforzata all'interno delle società dalla precisa distribuzione di ruoli: l' assunzione del ruolo non comporta solo la parcellizzazione del contributo operativo all'attività della società, ma inficia in capo a ciascuno la percezione unitaria dell'eventuale disvalore, anche penale, delle singole operazioni societarie ovvero del fine ultimo dell'attività collaborativa.

Altri elementi che potenziano l'attitudine criminogena delle persone giuridiche sono la segretezza, che caratterizza la struttura dell' ente e gran parte dei processi decisionali, e la tendenza all' isolamento culturale, che caratterizza i “ colletti bianchi”, protesi verso il successo negli affari come obiettivo predominante e assorbente.

Occorre poi considerare il rilievo che assume lo scopo perseguito dalla società, per definizione separato (o quanto meno prevalente) rispetto ad un più ampio ed equilibrato panorama di scelte e orientamenti culturali , quale si spiega davanti ad un agente collocato in una dimensione esclusivamente individuale.

⁶ C. DE MAGLIE , *L'etica e il mercato , La responsabilità penale delle società* , Giuffrè , 2002 , p. 250

L'obiettivo d'impresa delle società commerciali è la massimizzazione dei profitti; sicuramente potranno assumere rilievo valori quali il prestigio, la reputazione o l'immagine, ma si tratta in ogni caso di valori strumentali all'obiettivo istituzionale del profitto, e destinati quindi a soccombere in un eventuale conflitto con quest'ultimo.

Se dunque l'obiettivo istituzionale della società è <<monoculturale >>, è fisiologico che l'individuo inserito nella struttura della persona giuridica sia più sensibile alle potenzialità criminogene insite in essa, rispetto alla corrispondente esperienza strettamente individuale, nella quale altri filtri e motivazioni culturali possono bilanciare la prevalenza di pulsioni antisociali.⁷

Quanti vogliono sottrarre le persone giuridiche al controllo penalistico sostengono, fra l'altro, che la criminalità d'impresa è "meno criminale" di quella comune.⁸

Questa conclusione si espone ad obiezioni: la letteratura anglosassone⁹ ha dimostrato come taluni reati esigano una organizzazione complessa, come quella caratterizzante le persone giuridiche¹⁰, e non sono affatto reati "meno gravi": pensiamo all'

⁷ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 19

⁸ J. Q. WILSON, *Thinking about Crime*, 1975

⁹ SHERMAN, *Deviant Organizations*, in *Ermann- Lundmann (a cura di) Corporate and Govenamental Deviance : Problems of Organizational Behaviour in Contemporary Society*, 2° edizione, 1982

¹⁰ Le statistiche confermano tali conclusioni: citando PEARCE – TOMBS, *Toxic Capitalism : Corporate Crime and The Chemical Industry*, 1998, si riportano i seguenti dati: su 251 incidenti, solo il 32 % è dovuto ad errore umano, il 3,5 % è dovuto a "eventi esterni e cause naturali" e tutto il resto va imputato all'organizzazione nella sua interezza.

inquinamento atmosferico , alle frodi a danno dei consumatori , alle violazioni della legislazione *antitrust* .¹¹

Inoltre il danno economico conseguente alla criminalità d'impresa è esorbitante: il rapporto anticorruzione della Commissione Europea del febbraio 2014 , rileva che i costi della corruzione in Europa sono pari a 120 miliardi di euro annui (solo in Italia, i costi diretti di questo fenomeno ammontano a 60 miliardi l'anno)¹². Una statistica elaborata negli USA nel 1997¹³ , indica invece che le perdite economiche annuali riconducibili alla criminalità delle *organizations* ammontano a più di 200 milioni di dollari .

Quanto alle vittime del reato d'impresa, si tratta di una cerchia amplissima che abbraccia i lavoratori, gli azionisti, gli investitori e i consumatori. Deve essere infine evidenziato il costo sociale dei reati commessi dalle persone giuridiche: i reati dei << colletti bianchi >> violano la fiducia del pubblico creando un clima di diffidenza difficile da elidere.

All'idea di una sanzione penale volta alla repressione dei "crimini di impresa", si affianca la concezione di un diritto penale finalizzato alla regolazione del mercato: si diffonde la consapevolezza che, per realizzare un mercato unico basato sui principi della concorrenza, è necessaria l'adozione di misure dirette a contrastare la criminalità di " matrice economica", posto che la sua pericolosa diffusione finisce per vanificare le fondamentali regole della concorrenza. Per fare un esempio, si può pensare al

¹¹ Occorre precisare che diversamente dal sistema statunitense , dove sono previste sanzioni penali per la violazione della legislazione antitrust , la tradizione continentale , e quindi anche l' ordinamento italiano , prevede in questi casi tutele di tipo extrapenale .

¹² Rapporto consultabile on line sul sito http://ec.europa.eu/index_it

¹³ R. GRUNER , *Corporate Crime and Sentencing* , Business and Law inc. , 1997

fenomeno della corruzione che, oltre a gettare discredito sulle istituzioni pubbliche, rappresenta un fattore importante di distorsione del mercato.

La responsabilità dipendente da reato, e la conseguente pena , avrebbe quindi nei confronti degli enti una finalità general - preventiva ed una funzione special – preventiva.

Per quanto riguarda la finalità di prevenzione occorre distinguere a seconda dei casi . Da un lato vi è la criminalità d ‘ impresa, rispetto alla quale il punto di partenza è costituito da una struttura in se lecita , che episodicamente ospita la commissione di reati, di solito strumentali alla sua attività , con la quale mira ad una massimizzazione dei profitti superando la concorrenza: tale criminalità mostra una propensione ad una valutazione costi – benefici, e pare essere sensibile al cosiddetto approccio del bastone e della carota (*stick and carrot approach*)¹⁴ . Il diritto penale ha qui inoltre il compito di intervenire nell’ambito dell’impresa disattivando le fonti di rischio di reati (mediante l’imposizione dell’adozione di modelli di organizzazione e controllo , codici etici ecc..).

Dall’altro lato abbiamo invece l’impresa criminale che ha come scopo unico o prevalente quello di consentire o agevolare la commissione di reati: in questo caso non vi sarà una struttura da modellare incanalandone la condotta nel rispetto della legge , ma vi sarà una malformazione da eliminare. L ‘intervento penale svolgerà quindi una funzione neutralizzante e le sanzioni avranno contenuto ablativo e paralizzante.

Autorevole dottrina ha poi evidenziato come la responsabilità derivante da reato degli enti garantisca la finalità rieducativa della pena : nei confronti di un ente il diritto penale può dar sfogo a tutte le pretese di rimodellamento e riformulazione

¹⁴ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012 , p. 6

della struttura, “ricostruendo” una persona giuridica nuova reimpostandone la condotta ¹⁵. Pensiamo al *probation* nordamericano ed alla filosofia *tit for tat* che ne sta alla base, o al commissariamento giudiziale italiano, nonché ai vari interventi previsti con cui si possono demolire le strutture patologiche sostituendole con le “parti sane”.

Nell’ordinamento italiano l’introduzione di una responsabilità derivante da reato per le persone giuridiche era ostacolata da una dottrina maggioritaria desiderosa di difendere il dogma *societas delinquere non potest*: l’ostacolo maggiore, secondo questi studiosi, era rappresentato dall’art 27 della Costituzione, che sancendo il principio della personalità della responsabilità penale, ed il principio della finalità rieducativa della pena, escluderebbe l’intervento penale nei confronti di un ente.

Il legislatore pre - d.lgs. 231/2001, condizionato dalle prese di posizione della dottrina opta quindi per dei modelli di corresponsabilizzazione sanzionatoria della *societas*.

La prima norma cui facciamo riferimento è l’art 197 c.p. (corrispondente sul piano processuale agli art 83 – 89 c.p.p.), che prevede un’obbligazione civile a carico degli enti forniti di personalità giuridica per il pagamento della pena pecuniaria inflitta al rappresentante, amministratore o dipendente, in caso di insolvenza della persona fisica. Il difetto di tale disposizione consiste nel prevedere una solidarietà intarsiata all’interno di una struttura sussidiaria di responsabilità: a carico della persona giuridica vi è solo un’obbligazione di tipo solidale con diritto di regresso per intero nei confronti dell’autore della violazione. Inoltre, la corresponsabilizzazione della società subentra solo dopo che sia stata accertata l’insolvenza della persona fisica. Siamo quindi lontani da un modello che riconosce una responsabilità

¹⁵ C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato, La responsabilità penale delle società*, cit., p. 291

diretta della persona fisica che svolga una funzione intimidatoria sulle scelte economiche e gestionali dell'impresa.

Con l'art. 6 , 4° comma l.689/1981 fa invece ingresso nel nostro ordinamento un ipotesi di responsabilità penale amministrativa della persona giuridica: la norma prevede che, nel caso di violazione posta in essere dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore sia obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta; è inoltre garantito alla società il diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione.

Le incongruenze maggiori si evidenziano in questo caso sul piano della commisurazione della sanzione: il meccanismo della solidarietà comporta una sola sanzione e non due pene pecuniarie (una per la persona fisica e una per la persona giuridica) con relative tecniche commisurative ben differenziate, rapportate alle diversità fisiologiche dei destinatari (rispettivamente alle condizioni economiche della persona fisica ed al patrimonio della persona giuridica). Inoltre *ex art. 1*, la sanzione unica viene tagliata sulle << condizioni individuali >> dell'autore materiale dell'illecito, ovvero la persona fisica , con il risultato della diluizione di ogni pretesa generale e special - preventiva.¹⁶

¹⁶ Si segnala inoltre la legge antitrust (l. 10 ottobre 1990 , n. 287 , Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) che all' art 19 stabilisce che qualora le imprese violino le regole volte ad impedire i fenomeni di concentrazione e monopolio , L' Autorità garante può infliggere << sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all' uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato delle attività d ' impresa oggetto della concentrazione . Nei casi di reiterata inottemperanza l' Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a 30 giorni ; La cd. Legge Mammi (l. 6 agosto 1990, n.223 , Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato) prevede la repressione

Le ragioni della riforma introdotta mediante il d.lgs. 231/2001 sono quindi da ricercare da un lato nella sostanziale inadeguatezza , in termini di efficacia repressiva , degli strumenti legislativi tradizionali, dall'altro nelle esigenze di armonizzazione e coordinamento con la maggior parte degli ordinamenti europei.

La l. n. 300/2000 ha infatti ratificato e dato attuazione alla Convenzione OCSE (Convenzione sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici e stranieri nelle transazioni commerciali internazionali) che all'art 2 obbligava gli Stati aderenti ad assumere << le misure necessarie [conformemente ai propri principi giuridici] a stabilire la responsabilità delle persone morali >> per i reati inerenti alla materia che la Convenzione stessa disciplinava, quindi nel caso di corruzione di un funzionario pubblico straniero.

Il legislatore delegante ha inoltre dato attuazione al secondo protocollo della Convenzione PIF. Nonostante non prevedesse indicazioni specifiche, ad esempio, in ordine alla natura della responsabilità degli enti , l'art 3 del secondo protocollo dettava indicazioni più precise in merito alle differenze di disciplina nel caso in cui il reato fosse stato commesso da soggetti in una posizione dominante ovvero da soggetti in posizione subordinata.

Il processo penale d'impresa nasce quindi in Italia , così come negli altri ordinamenti , per incentivare le condotte virtuose delle imprese sane e per escludere dal circuito economico quelle che incrementano le loro risorse utilizzando strumenti illegali.¹⁷

Una delle opzioni alla base di tale sistema è l'idea che la risposta punitiva non sia solo afflittiva ma anche capace di

diretta delle condotte antiggiuridiche delle società di gestione di network attraverso sanzioni disciplinari a contenuto radiativo irrogabili dal Garante per la radiodiffusione .

¹⁷ M .L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, *Editoriale scientifica*, 2012 , p. 28

garantire in tempi brevi il recupero dell' ente alla legalità : tale obiettivo è perseguito soprattutto mediante l'applicazione alle imprese imputate, in funzione cautelare, di misure interdittive.

1.2 Tecnica legislativa e funzione del procedimento cautelare

Per comprendere la disciplina del procedimento cautelare nei confronti degli enti, occorre descrivere il sistema delle fonti delineato dal d.lgs. 231/2001.

L'art. 34 di detto decreto fissa un principio generale prevedendo che il procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa è regolato dalle disposizioni contenute nel Capo III del d.lgs. 231/2001 e, in quanto compatibili, dalle norme del codice di procedura penale. Si opera quindi un innesto sul processo penale, prevedendo una disciplina derogatoria che si giustifica in relazione alla struttura e alla natura dell'ente nonché alle esigenze di garanzia e funzionalità che provoca l'ingresso di tale soggetto nel processo penale. L'art in questione richiama inoltre il d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale) cui viene attribuita la funzione di scongiurare lacune nella disciplina.¹⁸

¹⁸ L'aver predisposto un modello processuale dotato di una certa autonomia, che tenga conto della particolare struttura dell' ente coinvolto non costituisce una violazione della delega e in particolare dell' art 11 lett q) l. n. 300/2000 . Tale direttiva non è rivolta ad escludere che l'accertamento dell'illecito amministrativo possa seguire regole diverse da quelle contenute nel codice di rito , altrimenti non avrebbe senso il riferimento contenuto nella norma all' << effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento

Conseguentemente il d.lgs. 231/ 2001 nella parte processuale, introduce una disciplina derogatoria rispetto al codice di procedura penale , che presta attenzione all'individuazione delle <<specificità>> attraverso norme particolari sulla competenza, sulla rappresentanza dell' ente , sulle vicende modificative nel corso del procedimento, sulle misure cautelari ecc..

Il codice di rito avrà dunque una funzione sussidiaria, e all'interprete spetta il compito di valutarne il grado di compatibilità ogni qual volta vi sia bisogno di un integrazione della disciplina speciale con quella comune. Tuttavia, se il vaglio di compatibilità dovesse svolgersi , come pure è stato sostenuto ¹⁹ , sulla base della natura di persona fisica o giuridica del soggetto sottoposto a procedimento, quasi nessuna delle norme codicistiche risulterebbe applicabile nel procedimento relativo agli enti. Per questo motivo il vaglio di compatibilità deve essere effettuato mediante un criterio funzionale o sistematico, alla cui stregua qualificare come “applicabili” le norme del codice di procedura penale la cui *ratio* sia in sintonia con le caratteristiche sistematiche del procedimento penale nei confronti della persona giuridica. Se tale giudizio di compatibilità ha dato esiti positivi sarà necessario operare in sede ermeneutica una rimodulazione della norma del codice di rito la quale , proprio a causa della sua naturale destinazione alle persone fisiche , avrà bisogno degli adattamenti necessari che ne

penale >> cfr. G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p 444

¹⁹ Nel senso che <<non si dovrebbero applicare all'ente le norme che sono state dettate per la figura dell'imputato come persona fisica >> A. GIARDA , *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative* , in AA. VV. , *responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse* , C.P. 2003 , sup. al n. 6 , p. 115

permettano l'applicazione all'ente .²⁰ Non si può tuttavia escludere che , anche in assenza di una specifica prescrizione su un punto , la disposizione del codice non sia applicabile nel processo alla persona giuridica , non essendo operante una presunzione assoluta di compatibilità dell'ordinamento processuale con la normativa <<speciale>>. Oltre a ciò si può osservare che , se l'art. 34 funziona come norma generale di chiusura del sistema, il d.lgs. 231/2001 contiene numerose norme che contengono rinvii specifici a istituti particolari del codice, in alcuni casi senza il vaglio di compatibilità, ma postulando l' applicazione diretta di tali norme.

Il rinvio dell' articolo 34 al codice di rito è gravido di implicazioni: alla luce delle più recenti pronunce della Suprema Corte oggi la procedura penale si presenta come il << tassello di una struttura multilivello ²¹ >>, nel quale il giudice interno deve interpretare le norme in base ai vincoli derivanti dall' Unione Europea ed in modo tale da garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo , così come interpretati dalla Corte di Strasburgo.

Peraltro la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha importanza fondamentale nella materia in questione in quanto rafforza l'opinione favorevole all' estensione, nel procedimento penale nei confronti delle persone giuridiche , delle garanzie della procedura penale.

Sulla base del consolidato orientamento della Corte di Strasburgo, infatti, il *nomen juris* determinato dal legislatore interno non è dirimente per stabilire l'applicabilità delle garanzie del *fair trial* previste dall' art. 6 C.e.d.u. Per garantire l'effettiva salvaguardia dei diritti previsti dalla Convenzione , si ritiene che il

²⁰ M L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit. , p. 60

²¹ M L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit. , p. 54

vaglio della Corte di Strasburgo non possa essere limitato dalle qualifiche previste dai singoli ordinamenti interni , ma debba essere connesso alla natura afflittiva o meno della sanzione applicabile mediante la procedura giudiziaria in questione e debba quindi estendersi anche a procedimenti, non penali, ma comunque sanzionatori.²²

Sicché , stante la pacifica natura afflittiva delle sanzioni applicabili al termine del procedimento che accerti la responsabilità dell'ente, ne deriva che, nell'ottica della giurisprudenza di Strasburgo, le garanzie riconosciute alle persone fisiche nel corso del procedimento penale debbano essere applicate anche nei riguardi della persona giuridica, nonostante la qualifica come "amministrativa" della responsabilità.²³

Occorre considerare inoltre che le regole dettate per il procedimento relativo agli enti dovranno essere interpretate avendo

²² Richiamiamo la decisione di ricevibilità della Corte europea dei diritti dell'uomo , resa il 30 agosto 2007 nell'ambito del noto *affaire* Sud Fondi, relativo ai cc.dd. ecomostri di Punta Perotti , e riguardante la qualificazione giuridica della confisca urbanistica : «La Corte osserva che la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge (...).Questa conclusione è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85 % dei terreni non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio. La sanzione era quindi in parte preventiva e in parte repressiva, quest'ultima generalmente caratteristica distintiva delle sanzioni penali (...).Tenuto conto dei suddetti elementi, la Corte ritiene che la confisca in parola sia una "pena" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione». Con tale pronuncia la Corte ribalta quindi l' orientamento costante della giurisprudenza di legittimità che sosteneva la qualificazione "amministrativa" della confisca urbanistica confermandone, di conseguenza, l'applicabilità anche in assenza di condanna e, in particolare, in caso di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato.

²³ Nello stesso senso anche G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. , p. 23

sempre come punto di riferimento la Costituzione: ovviamente sarà necessario modulare i contenuti della norma costituzionale, concepiti per la persona fisica, in maniera tale da consentirne l'applicazione anche alle persone giuridiche sottoposte a procedimento penale. Da ciò consegue che fra più possibili interpretazioni della legge ordinaria dovrà sempre privilegiarsi quella costituzionalmente orientata.

Inoltre l' esigenza di un' interpretazione che abbia lo sguardo costantemente rivolto alla Costituzione indirizzerà l'interprete anche nello svolgimento del vaglio di compatibilità della norma del codice di procedura penale alla stregua di quanto stabilito dall'art. 34: ciò significa che gli esiti di tale valutazione propenderanno in un senso piuttosto che in un altro seconda di quale delle diverse soluzioni considerate sia più in linea con la salvaguardia dei valori tutelati in sede costituzionale.

Un' altra norma che detta disposizioni generali sul procedimento nei confronti dell' ente è l'art. 35 d.lgs. 231/2001 che stabilisce l'equiparazione dell'ente all'imputato, prevedendo che le disposizioni processuali relative all'imputato si applichino, in quanto compatibili, alla persona giuridica. Tale scelta del legislatore si giustifica con l'esigenza di assicurare all'ente tutte le garanzie riconosciute all'imputato nel processo penale, considerando, da un lato, le incisive sanzioni previste per gli illeciti dell'ente, dall'altro, l'insufficienza del ricorso a sistemi di garanzie ridotte , come ad esempio quello previsto dalla l. n. 689/1981, ovvero quello garantito ad altri soggetti nel processo penale.

L'impossibilità di aderire ad una visione << antropomorfa >> dell'ente ci porta tuttavia a concludere che l'art. 35 è riferibile solo alle norme che riguardano l'imputato come soggetto del processo , titolare di poteri , doveri , oneri , facoltà , aspettative

ecc..., e non a quelle che riguardano l'imputato come persona fisica.

24

Non troveranno pertanto applicazione le disposizioni riguardanti, per esempio, l'identità fisica, la morte, la capacità dell'imputato, o, in ambito probatorio, quelle che concernono la ricognizione personale; e se, per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari non è in dubbio l'operatività dell' art 61 c.p.p., per i quali i diritti e le prerogative dell' imputato si estendono al soggetto sottoposto alle indagini preliminari, vanno comunque escluse le norme sul prelievo coattivo di campioni biologici e sull'individuazione.

Con riferimento agli atti dichiarativi personalissimi (interrogatorio, esame, confronto, dichiarazioni spontanee) l'ente non può come tale porli in essere, ma può partecipare al procedimento penale mediante il suo legale rappresentante (a meno che costui non sia imputato del reato presupposto ex art 39 d.lgs. 231/2001); tuttavia l'art. 35 estende solo all'ente, e non anche al suo rappresentante legale, le garanzie proprie dell'imputato. Queste ultime dovrebbero essere applicabili anche al rappresentante dell' ente ²⁵ al quale andrebbero garantiti gli stessi diritti e le stesse garanzie del soggetto rappresentato ; si pone in tal caso però il rilevante problema del regime del rappresentante legale (vd. art 44 d.lgs. 231/2001), che, anche in ragione dell' applicabilità delle norme codicistiche in materia di testimonianza

²⁴ A. PRESUTTI , *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 222

²⁵ In tal senso , A. PRESUTTI , *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 222 ; P. .FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa* , *Diritto e Giustizia* ,2009 n ° 29, GIUFFRÈ , p. 139

assistita, fluttua fra la garanzia del diritto al silenzio e l'obbligo di deporre.

Per completare la ricognizione delle fonti connesse al decreto in esame occorre ricordare che anche numerosi atti normativi regionali, da ricondurre alla potestà legislativa riconosciuta dall' art 117 Cost., interagiscono in maniera indiretta con il sistema delle fonti della responsabilità degli enti. Per tutelare valori fondamentali quali la trasparenza, la legalità e il buon andamento della pubblica amministrazione, numerose Regioni hanno contemplato, fra i requisiti da soddisfare dalle imprese che intendono coltivare rapporti giuridici – economici con gli enti territoriali, quello dell'adeguamento della struttura interna ai canoni di prevenzione del rischio di reati di cui al d.lgs. 231/2001.

Trattasi nello specifico di strumenti normativi (leggi regionali , decreti degli assessorati, delibere della giunta) volti ad incentivare l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione, e quindi ad enfatizzare la necessità di allineare la *governance* delle società alle esigenze di *compliance*. Dunque la normazione regionale non alimenta direttamente le fonti della responsabilità *ex crimine* delle società, ma contribuisce a rafforzare la cogenza del decreto del 2001: se la decisione di adottare i dettami di quest' ultimo rappresenta dal punto di vista formale un onere per le imprese, le disposizioni emanate dalle Regioni remano di fatto verso un regime di obbligatorietà in quanto gli enti interessati a lavorare con le Regioni o a fruire di finanziamenti delle medesime devono dotarsi di *compliance programs*²⁶ .

Esaminando nel particolare l'argomento di questo studio , alle misure cautelari applicabili all'ente è riservata la Sezione IV del Capo II che ne definisce tipologia e regolamentazione, creando un << sottosistema >> all'interno del *corpus* normativo del

²⁶ Segnaliamo ad esempio la l. regionale della Calabria del 21 giugno 2008 n. 15 , art 54

processo *de societate*, similmente a quanto accade nel codice di rito. Tale sistema è composto dalle misure interdittive individuate dall' art 45 per semplice rimando all' art 9 , 2° comma d.lgs. 231/2001, e dalle due fattispecie di sequestro (art 53 e 54) . Mentre le prime incidono direttamente sulla persona giuridica investendo posizioni di diritto spesso tutelate nella stessa Costituzione, le seconde colpiscono il suo patrimonio.

La configurazione di un sistema << propriamente cautelare con alcuni correttivi >> ²⁷ è dovuta ad una scelta del legislatore delegato, che ha così inteso dare attuazione alla corrispondente indicazione della l. del 29 settembre 2000 n. 300 (art 11 *lett. o*) indicante la necessità di prevedere che << le sanzioni interdittive di cui alla lettera *l* siano applicabili anche in sede cautelare con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti >>. Benché la legge delega , prendendo le distanze dalla separazione dei fenomeni interdittivi cautelari rispetto agli omologhi sanzionatori sancita dalla vigente disciplina processuale penale ²⁸, testualmente alludesse ad una mera anticipazione sole sanzioni interdittive , si è preferito arricchire lo strumentario delle cautele introducendovi mezzi di coercizione reale e optare per una compiuta regolamentazione delle misure cautelari anche in sede di accertamento della responsabilità dei soggetti collettivi.

Il legislatore delegato ha ritenuto che limitarsi all'automatica applicazione anticipata delle sanzioni non fosse una soluzione soddisfacente in quanto inadeguata a far risaltare le caratteristiche tipiche delle misure cautelari: la strumentalità e la provvisorietà in relazione alla decisione definitiva e la funzionalità all'effettività dell'accertamento giurisdizionale.

²⁷ Rel. D. leg. Resp. Amm. Enti. , p. 52

²⁸ F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 244

La relazione al decreto indica quale finalità del sistema cautelare quella di << paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione della stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati >>, e ad << evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti da reato >>²⁹.

Esaminando le disposizioni del "micro-sistema" all'interno del decreto legislativo, osserviamo tuttavia che gli strumenti cautelari di cui il pubblico ministero è dotato hanno una vocazione tendenzialmente inibitoria dell'attività dell'ente, che si spinge fino a determinarne la paralisi, e che, a differenza delle omologhe misure previste dal codice di procedura penale, << hanno una bassa valenza strumentale con riferimento al processo >>³⁰, non puntando, almeno direttamente, ad un risultato istruttorio.

Una prima analisi del sistema cautelare ci porta quindi alle seguenti conclusioni riguardo alle sue finalità: è evidente lo scopo general – preventivo di dissuadere gli enti a istigare, consentire o agevolare le condotte delittuose dei propri soggetti posti in posizioni apicali o subordinate, al quale si affiancano spiccate finalità di prevenzione speciale: evitare la reiterazione di illeciti nonché garantire una rapida rieducazione del soggetto collettivo;

²⁹ Rel. D. leg. Resp. Amm. Enti. ,p. 536

³⁰ G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 135 secondo cui , rivolgendosi il sistema cautelare ad un soggetto collettivo , non potevano venir prese in considerazione esigenze cautelari quali il pericolo di fuga o l'inquinamento della prova , che sono legate all'azione della persona fisica. Nel senso, invece , che il pericolo probatorio , ignorato dal decreto in esame , non possa essere escluso a priori nei confronti di una persona giuridica come hanno evidenziato le recenti vicende d'oltre oceano (ENRON) e del nostro paese (PARMALAT e CIRIO) , v. P. BALDUCCI , *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatori – premiali nel nuovo sistema di responsabilità amministrativa a carico degli enti collettivi* , in *Ind. Pen.* , 2002 , p. 580

mediante l'applicazione in fase cautelare delle sanzioni interdittive il legislatore ha puntato infatti su un sollecito recupero dell'ente alla legalità³¹, incentivando l'adozione e l'attuazione di modelli di organizzazione, di gestione e controllo, alle quali conseguirà una sospensione (art 49) o una revoca (art 50) delle misure cautelari anzidette.

Tuttavia tali finalità generali e special - preventive sono certamente più coerenti con interventi di tipo sanzionatorio, è ciò porta ad obiezioni d'ordine costituzionale per la dubbia conformità con la regola dell'art 27, 2° comma Cost., intesa come regola che vieta l'assimilazione fra imputato e colpevole: tale problematica sarà oggetto di trattazione nel successivo paragrafo.

1.3 L'applicazione di una <<criptopena>> e dubbi di legittimità costituzionale

Le misure cautelari interdittive sono previste dall'art. 45 d.lgs. 231/2001 che stabilisce la possibilità di applicare << quale misura cautelare una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9 >>: gli stessi istituti previsti come sanzione possono quindi, sussistendo determinati requisiti, essere applicati a titolo di misura cautelare.

Il legislatore delegato, diversamente da quanto stabilito dal codice di rito, non ha cioè previsto particolari misure cautelari che, pur di contenuto analogo a quello delle sanzioni, fossero dotate di autonomia rispetto a queste (come ad esempio la custodia cautelare

³¹ L'indice più evidente di questa scelta è la presenza della sola esigenza relativa alla pericolosità dell'ente, che è quella che presenta maggiori connotati di sostanzialità

in carcere rispetto alla reclusione o l'arresto, o gli arresti domiciliari rispetto alla detenzione domiciliare) né ha previsto misure istituite e disciplinate esclusivamente per il loro contenuto cautelare (come ad esempio il divieto di espatrio, l'allontanamento dalla casa familiare, l'obbligo di presentazione periodica alla PG, l'obbligo o il divieto di dimora).

Le diverse tipologie di interdizione nei confronti della persona giuridica previste dall'art. 9 , 2° comma d.lgs. 231/2001 possono quindi applicarsi quale sanzione ovvero quale misura cautelare: ciò che le differenzia non riguarda il contenuto afflittivo , ma la finalità (punitiva nel caso della sanzione e cautelare nel caso della misura cautelare) e il procedimento di applicazione (sempre conseguente all'accertamento della responsabilità nel caso di sanzione, e ancorato ai presupposti del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, che prescindono da tale accertamento, nel caso delle misure cautelari).

Tale scelta legislativa potrebbe tuttavia porsi in contrasto con il divieto di anticipazione della pena in via cautelare sancito dall' art. 27 , 2° comma Cost. Per risolvere tale problematica può essere utile considerare come punto di partenza le conclusioni cui è giunta la dottrina in materia, relativamente alla procedura penale riservata all'individuo.

Riferendosi alla custodia cautelare in carcere un autorevole autore afferma che l'art. 27 , 2° comma della Costituzione si pone come parametro di riscontro della legittimità costituzionale dei fini della carcerazione preventive, nel senso che << non potrà mai ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongano già accertata la colpevolezza >>³².

³² V. GREVI , *Libertà personale dell'imputato e Costituzione* , Giuffrè , 1976, p. 41

Unica finalità legittima della cautela penale sarà quindi quella di garantire l'effettività del procedimento giurisdizionale. Le misure cautelari saranno perciò finalizzate ad evitare che nelle more del procedimento principale si vanifichi l'effetto sanzionatorio ovvero ne venga inquinata la componente di accertamento: ciò può avvenire per fatti che impediscano il regolare svolgimento dell'accertamento (come nel caso dell'inquinamento probatorio) oppure per eventi che impediscano l'esecuzione della pena (come nel caso della fuga).

L'aspetto più delicato è rappresentato dal pericolo di commissione di nuovi fatti cui l'ordinamento connette sanzioni.

Alcuni studiosi ³³ hanno messo in luce come l'idea di pervenire al sacrificio della libertà personale dell'imputato per fini di prevenzione speciale mal si concilia con la presunzione di innocenza. La stessa terminologia più frequentemente impiegata per descrivere tale esigenza cautelare, con riferimento alla commissione di "altri" o "ulteriori" reati , lascia trapelare come dietro tale concezione si nasconda una presunzione di colpevolezza a carico dell'imputato: se ne giustifica la carcerazione invocando le esigenze di difesa sociale sulla base di un giudizio prognostico di recidiva , dando cioè per scontata la sua colpevolezza in ordine al reato per cui si procede , quando tale responsabilità sia ancora da accertare con sentenza definitiva.

Autorevole dottrina ³⁴ , soffermandosi sull' argomento, ha ravvisato nell' art. 27 , 2° comma Cost. da un lato una regola di trattamento , dall'altro una regola di giudizio : riguardo alla prima accezione la presunzione di innocenza si riferisce alla condizione dell'imputato nel corso del processo. L' imputato deve essere

³³ Per tutti , V. GREVI , *Libertà personale dell'imputato e Costituzione* , cit. , p. 46

³⁴ G. ILLUMINATI , *La presunzione di innocenza dell' imputato* , Giustizia penale oggi , Zanichelli , 1979 , p. 29

trattato come se fosse innocente , fino al momento in cui una condanna definitiva non dimostri il contrario ; in altre parole è vietata ogni tipo di equiparazione dell' imputato al colpevole.

La presunzione di innocenza come regola di giudizio deve essere invece connessa alla struttura del processo ed in particolare alla tecnica di accertamento del fatto. La sua compiuta realizzazione richiederebbe un sistema accusatorio nella quale sia escluso che l'imputato debba dimostrare la propria innocenza, essendo l'accusa tenuta a fornire la piena prova della colpevolezza; in caso di dubbio il giudice non potrà far altro che prosciogliere.

Alla luce di questi rilievi occorrerà individuare delle forme di trattamento dell'imputato che non contrastino con il secondo comma dell' art. 27 della Costituzione: partendo dall'assunto che l'unica distinzione fra carcerazione preventiva e pena sia nelle rispettive finalità occorre quindi individuare quali, fra le finalità riconosciute alle misure cautelari, sia compatibile con la presunzione di innocenza.

Se il linea di massima si può ritenere che finalità strettamente processuali, svincolate da qualsiasi intento punitivo, siano compatibili con la norma costituzionale, senz' altro è da escludere l' ammissibilità di misure funzionali ad esigenze di difesa sociale, a scopi di pubblica esemplarità o ancora finalizzate alla prevenzione dei reati. In tale ipotesi la carcerazione preventiva svolgerebbe un compito sostanziale del tutto identico a quello della pena.

Accettare una simile utilizzazione della misura cautelare comporterebbe infatti uno spostamento su quest' ultima delle funzioni di intimidazione e repressione, tipiche della pena. Si legittimerebbe una sanzione atipica inflitta come conseguenza della sola instaurazione del processo ed indipendentemente dal suo risultato, sulla base di una mera ipotesi di colpevolezza.

Decisamente più netta la posizione di altri studiosi ³⁵ secondo i quali la limitazione della libertà personale *ante iudicium*, qualunque finalità abbia, contraddice alla radice il principio di giurisdizionalità, che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine dell' autorità giudiziaria, ma nel poterlo essere solo sulla base di un giudizio.

La sola necessità processuale che può giustificare una momentanea coazione sarebbe l'inquinamento delle prove prima del primo interrogatorio, esigenza che può essere soddisfatta dall' accompagnamento coattivo dell' imputato dinnanzi al giudice per consentire la contestazione del fatto e lo svolgimento delle prime difese senza pericolo di contraffazioni. Per quanto riguarda il pericolo di fuga invece, sarebbe provocato prevalentemente più che dal timore della pena, dalla paura della carcerazione preventiva.

Quanto infine alle misure cautelari quale strumento di prevenzione e di difesa sociale motivato dalla necessità di impedire all' imputato di commettere ulteriori reati, evidentemente farebbero pesare sull' imputato una presunzione di pericolosità basata esclusivamente sul sospetto del commesso reato, e ciò equivale, di fatto, ad una presunzione di colpevolezza.

Altra dottrina ³⁶ ha tentato di giustificare tale esigenza cautelare seguendo un differente percorso interpretativo.

Il rischio di reiterazione può essere oggetto di immediata e autonoma tutela giurisdizionale, nel senso che il procedimento penale è istituito per l'applicazione di misure che intendono prevenire proprio tale rischio (come nel nostro ordinamento avviene mediante le misure di sicurezza) oppure può essere

³⁵ L. FERRAJOLI , *Diritto e ragione , teoria del garantismo penale* , Editori Laterza, 1990 , p . 563

³⁶ BASSI-EPIDENDIO ,*Enti e responsabilità da reato*,Giuffrè, 2006, p.388

prevenuto in relazione ad un procedimento principale, volto all'applicazione di una pena.

In quest' ultimo caso, poiché fra le funzioni della pena vi è anche quella special preventiva, al fine di evitare che tale funzione sia frustrata nelle more dell'accertamento penale mediante la reiterazione di condotte criminose, la cautela appare preordinata a garantire la fruttuosità della tutela giurisdizionale assicurata nel procedimento principale.

Proprio la parziale sovrapposizione fra la funzione della misura cautelare volta ad evitare il rischio di recidiva e quella particolare funzione della pena legata a finalità di prevenzione speciale , fa sì che una sanzione possa anche avere contenuti tali da prestarsi ad un utilizzo in fase cautelare.

Guardando alla responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti, nonostante il quesito non sia di facile risoluzione e potendo quest' ultimo rimanere sul piano dubitativo, una soluzione interpretativa idonea a giustificare una << anticipazione in fase cautelare >> della sanzione potrebbe essere quella che fa leva sulla citata ambivalenza della regola costituzionale di cui all' art 27 , 2° comma Cost. Con riguardo alla regola di trattamento ,differentemente dalla regola di giudizio, pare plausibile affermare infatti che l' intima correlazione di essa con la tutela dell'inviolabilità della libertà personale delle persone fisiche comporti che, quando il soggetto sottoposto a procedimento non sia una persona fisica ma un soggetto collettivo , risulti compatibile con la Costituzione la previsione di forme di esecuzione anticipata della pena prima della sentenza di condanna.³⁷

³⁷ M .L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit. , p. 70

1.4 Le condizioni di applicabilità : ricognizione normativa

In via di prima analisi, si ritiene necessaria un' esposizione sommaria delle condizioni di applicabilità e del procedimento applicativo delle misure cautelari, argomenti che saranno approfonditi successivamente mediante l'analisi del provvedimento cautelare.

Come già si è detto, il d.lgs. 231/2001 ha dato vita ad un sistema cautelare caratterizzato da una completa sovrapposizione delle misure applicabili in sede cautelare rispetto alle sanzioni definitive. Tale coincidenza è tuttavia limitata alle sole sanzioni interdittive, non anche a quelle pecuniarie, per cui il sistema cautelare non replica la natura binaria caratterizzante le sanzioni definitive.³⁸

Alle misure cautelari interdittive dobbiamo affiancare le due fattispecie di sequestro previste dagli articoli 53 (sequestro preventivo) e 54 (sequestro conservativo) nonché lo speciale provvedimento della nomina del commissario giudiziale sostitutivo delle misure cautelari (art 45, 3° comma d.lgs. 231/2001).

Come le corrispondenti sanzioni, anche le misure interdittive avranno una funzione inibitoria dell'attività dell'ente, potendo determinare una provvisoria paralisi di quest'ultimo (interdizione dallo svolgimento di un attività), passando per provvedimenti meno radicali diretti a limitarne l'attività attraverso la sospensione di atti autorizzatori, il divieto di contrattare con la

³⁸ R. BRICHETTI, *Anticipo sulla pena con il sequestro preventivo*, in Guida dir. 2001, n. 26, p. 87 afferma che il sequestro preventivo, anche quando è funzionale ad evitare che si disperdano le garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria, non anticipa la sanzione, ma si limita ad assicurarne il pagamento, per cui non è opportuno concludere che si sia giunti ad anticipare anche l'applicazione delle sanzioni pecuniarie nei confronti degli enti.

pubblica amministrazione ovvero escludendolo da agevolazioni finanziarie.

L'unica sanzione a non essere richiamata in sede cautelare è quella della pubblicazione della sentenza perché considerata << intrinsecamente inidonea ad essere utilizzata per esigenze cautelari a causa della forte valenza afflittiva e stigmatizzante della condotta >>.³⁹

Utilizzando come parametro la necessaria strumentalità e provvisorietà della misura cautelare, l'interprete deve sottoporre a tale vaglio di << adeguatezza >> tutte le misure cui si riferisce l' art 45, escludendo quindi ogni misura comportante conseguenze di carattere irreversibile nella vita dell'ente.

Il problema sussiste soprattutto per l'ipotesi di revoca dei finanziamenti, contributi, o sussidi. Si tratta infatti di sanzioni di carattere definitivo, da ritenere in via di massima inconciliabili con l'azione cautelare, essendo difficile ipotizzare una revoca di una concessione o un'esclusione da un finanziamento che abbia carattere temporaneo. Deve quindi segnalarsi come la giurisprudenza abbia adottato un'interpretazione adeguatrice del sistema delle cautele: il provvedimento cautelare della revoca del finanziamento di cui alla lett. d) dell'art. 9, 2° comma è stato interpretato come una sospensione dall'erogazione.⁴⁰

³⁹ Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 , n. 231 , § 17

⁴⁰ Così G.i.p. Trib. Salerno , ord. 28 maggio 2003 , Soc Ivam , in *Cass. Pen.* 2004, p.266 . La decisione in questione ha anche respinto una duplice eccezione di illegittimità volta a mettere in evidenza come la misura della revoca dei finanziamenti già concessi , fosse priva dei requisiti della provvisorietà e della strumentalità caratterizzanti i provvedimenti cautelari , illegittimità posta in relazione agli art 3 , 13 , 27 , 2 ° comma Cost. ma anche all' art 76 Cost. , sul presupposto di un eccesso di delega rispetto all'art 11 , 2° comma lett. l) della l. 29 settembre 2000 , n. 300 , che imponeva l'inserimento di sanzioni interdittive (e misure cautelari) temporanee , laddove l'attuazione della delega avrebbe portato all'inserimento di provvedimenti di natura cautelare sostanzialmente

Possiamo quindi distinguere due gruppi principali di misure : un primo nel quale rientrano quelle che comportano una sospensione dell'attività, l'altro che comprende le ipotesi di limitazioni temporanee di diritti, facoltà o della stessa capacità giuridica . Nel primo gruppo saranno ricomprese la misura di cui alla lett. *a)* dell' art. 9, 2° comma, che determina la sospensione dall'esercizio dell'attività, e quella della lett. *b)* che attraverso la sospensione dei provvedimenti autorizzatori può indirettamente provocare l'interruzione dell'attività. Nel secondo gruppo si collocano le misure di cui alle lett. *c)*, *d)* ed *e)*, la cui caratteristica comune è quella di interdire all'ente, temporaneamente, una serie di rapporti o attività fra cui la contrattazione con la pubblica amministrazione, il godimento di finanziamenti o contributi pubblici , la pubblicizzazione di beni o servizi.⁴¹

L'anticipazione delle sanzioni che caratterizza le misure cautelari interdittive, necessariamente si riflette nell'interpretazione degli art. 45 ss. d.lgs. 231/2001. Alle misure cautelari sono, in particolare, estese le condizioni di applicabilità delle corrispondenti sanzioni .

definitivi.Cfr. anche G.i.p. Trib Ivrea , 12 maggio 2005, Soc. Coop. Forum , in *Foro .it* 2005 , II , p. 527 e G.i.p. Trib Vibo Valentia , 20 aprile 2004 , Soc. O. ,*Foro .it* 2005 , p. 23 , che hanno riconosciuto alla revoca dei finanziamenti pubblici una duplice funzione di inibire future erogazioni di finanziamenti già deliberati , nonché di provocare la restituzione provvisoria di somme già ricevute.

⁴¹ G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 511 , fa notare come sebbene in quest' ultimo gruppo l'oggetto delle misure non sia rappresentato dall'inibizione dell'attività dell'ente , non è escluso che possano indirettamente comportare una sospensione dell'attività , si pensi , ad esempio, all' applicazione del divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione ad una società che viva elusivamente di contratti pubblici.

A tal riguardo va innanzitutto detto che l'art. 13 , 1° comma d.lgs. 231/2001, stabilisce che le sanzioni interdittive si applicano solo in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste. Tale principio vale naturalmente anche in sede cautelare e rappresenta il presupposto "edittale": non sarà quindi possibile applicare misure cautelari interdittive quando si procede per un illecito per il quale è prevista solo la sanzione pecuniaria , e non sarà possibile applicare quale misura cautelare una sanzione interdittiva non compresa fra quelle che potrebbero essere irrogate in esito al processo.

L'art. 13, 1° comma disciplina anche i presupposti di applicabilità, con la sentenza di condanna, delle sanzioni interdittive: tali sanzioni si applicano quando l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato sia stata resa possibile da gravi carenze organizzative, oppure nel caso di reiterazione degli illeciti. Il terzo comma dello stesso articolo prevede inoltre che le sanzioni interdittive non si applichino nei casi previsti dall' art. 12 , 1° comma .

Anche di tali disposizioni va necessariamente disposta la trasposizione in sede cautelare.

L'art. 45 indica le ulteriori condizioni che legittimano l'applicazione delle misure cautelari interdittive: l'esistenza di gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato (presupposto probatorio) e la sussistenza di fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede (presupposto teleologico).

Per l'applicabilità delle misure cautelari sarà quindi necessaria la sussistenza (e la permanenza) di tali presupposti,

riconducibili alla categoria tradizionale del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.⁴²

Il giudice chiamato ad esercitare il potere cautelare su richiesta del Pubblico Ministero sarà, *ex art. 47 d.lgs.231/2001*, il giudice che procede, ovvero, in fase di indagini, il giudice delle indagini preliminari. Il richiamo all'art. 91 del d.lgs. 28 luglio 1989 n. 271, permette di completare le differenti ipotesi di competenza in base allo stato del procedimento: così, nel corso degli atti preliminari al dibattimento, il giudice della cautela sarà il tribunale, in composizione collegiale o monocratica a seconda dei casi; dopo la pronuncia della sentenza e prima della trasmissione degli atti a norma dell' art. 590 c.p.p., provvederà il giudice che ha emesso la sentenza; durante il ricorso per Cassazione sarà competente il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato.⁴³

Sulla richiesta di applicazione della misura il giudice procedente decide sempre nel contraddittorio delle parti,

⁴² R. BRICHETTI , *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm.. soc. enti, 2012, n. 1, cit. , p. 211

⁴³ E' stato posto il problema dell'applicabilità in questo procedimento dell' art 291 , 2° comma c.p.p. che conferisce al giudice incompetente il potere di disporre comunque la misura cautelare purchè sussista l'urgenza di soddisfare le esigenze cautelari. Sebbene sia possibile sostenere il recupero di tale norma attraverso l'art 34 d.lgs. 231/ 2001 , deve rilevarsi come l'unica esigenza cautelare considerata dall'art 45 sia quella di prevenzione nella commissione di altri illeciti , per cui i casi in cui ricorrerà il presupposto dell' urgenza saranno più rari. Inoltre il procedimento disciplinato dall' art 47 , non sembra adattabile alla linea di cui all' art 291 , 2° comma c. p. p. , dato che il giudice potrà rilevare la sua incompetenza prima della fissazione dell'udienza in camera di consiglio. La disposizione in esame potrebbe essere applicata nei casi in cui il giudice rilevi una causa di incompetenza nel corso dell'udienza , con conseguente applicazione anche dell' art 27 c.p.p. , che impone il rinnovo della misura da parte del giudice competente. Così G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p.537

provvedendo a fissare udienza apposita per la decisione, che si svolgerà con le forme di cui all'art. 127 c.p.p. (art. 47, 3° comma , d.lgs 231/2001), laddove la richiesta stessa sia stata avanzata al di fuori di un momento processuale.

Il giudice provvederà mediante ordinanza, che a seconda dei casi sarà di reiezione, di accoglimento, ovvero volta all'applicazione di una misura più lieve di quella ipotizzata dall'accusa.

Come si è accennato, nel sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche un ruolo centrale è assegnato ai modelli di organizzazione e controllo idonei a prevenire reati della stessa specie di quelli commessi. Dopo l'illecito, l'adozione e l'attuazione di tali modelli, concorrendo altre condizioni previste dalla legge, determina l' inapplicabilità delle sanzioni interdittive e la sospensione delle misure cautelari già applicate.

La sospensione può essere disposta dal giudice, ai sensi dell' art. 49, 1° comma, se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona la non applicabilità delle sanzioni interdittive a norma dell' art. 17. Tali adempimenti consistono nel risarcimento integrale del danno da parte dell' ente e nell' eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero nell' essersi comunque efficacemente adoperato in tal senso; nell' eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l' adozione e l' attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; nell' aver messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.⁴⁴

⁴⁴ G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 611, sottolinea che la legge non indica gli elementi valutativi di natura prognostica che debbano essere presi in considerazione dal giudice . E' da ritenere , nel silenzio della legge , che << l'ente non potrà limitarsi a presentare una semplice

Il giudice, ove ritenga di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, dispone la sospensione della misura e indica il termine per la realizzazione delle condotte riparatorie indicate (art. 49, 1° comma). La cauzione consiste nel deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro non inferiore alla metà della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito per cui si procede e può essere sostituita dalla prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale (art. 49, 2° comma). Nel caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attività riparatorie indicate nel termine fissato, la misura cautelare viene ripristinata e la somma depositata, o per la quale è stata data garanzia, è devoluta alla Cassa delle ammende (art. 49, 3° comma). Se invece si realizzano le condizioni previste dall' art. 17, il giudice revoca la misura cautelare interdittiva e ordina la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell' ipoteca, mentre la fideiussione prestata si estingue (art. 49, 4° comma).

In queste ipotesi il giudice dovrà valutare la concreta realizzazione delle attività riparatorie e risarcitorie dell' ente. La sua decisione non avrà alcuna efficacia vincolante nei confronti del giudice della cognizione: con la conseguenza che questi,

richiesta di sospensione, ma dovrà indicare in maniera il più possibile dettagliata gli obiettivi che si propone, le condotte che intende porre in essere e le modalità della realizzazione, eventualmente allegando la documentazione relativa ai costi degli interventi e la situazione economica della società. Ne consegue che il giudice, nel valutare la richiesta, dovrà limitarsi a verificarne l' idoneità rispetto alla piena attuazione degli obiettivi posti dall' art 17, tenendo anche conto, ove possibile, delle concrete possibilità di realizzazione delle condotte, anche in relazione alla situazione economica dell' ente. Da un lato occorrerà evitare che l' ente presenti richieste di sospensione al solo fine dilatorio, dall' altro lato però si dovrà incoraggiare l' ente a porre in essere le condotte riparatorie, in quanto solo in questo modo si ottiene il recupero alla legalità, che è il fine perseguito dal sistema. >>

nonostante la valutazione negativa del giudice della cautela, potrà, ad esempio, ritenere adempite le condotte prescritte dall' art 17.

Le misure cautelari interdittive sono revocate, anche d' ufficio, quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti , le condizioni di applicabilità previste dall' art. 45 ovvero quando ricorrono le ipotesi previste dall' art. 17. Invece, quando le esigenze cautelari risultino attenuate ovvero la misura cautelare non risulti più proporzionata all' entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata in via definitiva, il giudice, su richiesta del pubblico ministero o dell'ente, sostituisce la misura con un' altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose, anche stabilendo una minore durata.

Ai sensi dell' art. 52, 1° comma contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari può essere proposto appello. In caso di appello si osservano le disposizioni di cui all' art. 322 *bis* , commi 1 *bis* e 2 c.p.p., dettate per disciplinare l'appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo e contro il decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero. Il richiamo genera una serie di rinvii per cui : sull' appello decide, in composizione collegiale, il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento; l'appello non sospende l'esecuzione del provvedimento; si applicano , in quanto compatibili le disposizione di cui all' art. 310 c.p.p. che disciplina l' appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali. Questo rinvio comporta l'applicazione di ulteriori disposizioni: si osservano le disposizioni dell' art. 309 commi 1, 2, 3, 4, e 7 (l'appello deve essere proposto entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza che si intende impugnare; il difensore dell' ente può proporre appello entro dieci giorni dalla notificazione dell' avviso di deposito dell' ordinanza che dispone la misura; l'appello è presentato nella cancelleria del tribunale sopraindicato secondo le forme degli artt.

582 e 583 c.p.p.); dell' appello è dato immediato avviso all' autorità giudiziaria procedente che, entro il giorno successivo, trasmette al tribunale competente l'ordinanza appellata e agli atti su cui la stessa si fonda; il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall' art. 127 c.p.p.; fino al giorno dell' udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne copia; il tribunale decide entro venti giorni dalla ricezione degli atti; l' esecuzione della decisione con la quale il tribunale, accogliendo l' appello del pubblico ministero, dispone una misura cautelare, è sospesa fino a che la decisione non sia divenuta definitiva.

Contro il provvedimento che decide sull' appello può essere proposto ricorso per cassazione per violazione di legge (art 52, 2° comma). Si osservano in questo caso le disposizioni di cui all' art. 325 c.p.p. che disciplina il ricorso contro le ordinanze emesse a norma dell' art. 322 *bis* c.p.p. e dell' art. 324 c.p.p. dettato in materia di procedimento di riesame delle misure cautelari reali. In particolare, il termine per ricorrere dovrebbe essere quello di cui all'art 324, 1° comma c.p.p. di dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza che si intende impugnare (non può escludersi l'altra opzione ermeneutica che indica l'ordinario termine di quindici giorni *ex art 585, 1° comma, lett. a* ⁴⁵) ; si applicano le disposizioni dell'art 311 , commi 3 e 4 c.p.p. , vale a dire il ricorso è presentato nella cancelleria del giudice che ha emesso l'ordinanza , il quale cura che sia dato immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente che , entro il giorno successivo , trasmette gli atti alla Corte di Cassazione ; i motivi devono essere enunciati contestualmente al ricorso , ma il ricorrente ha facoltà di enunciare nuovi motivi davanti alla corte di cassazione , prima dell'inizio della discussione.

⁴⁵ R. BRICHETTI , *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm. soc. enti, 2012, n. 1, cit. , p. 229

La giurisprudenza ha evidenziato come l'art 52 tracci una cronologia ineludibile nell'esperimento dei mezzi di impugnazione per cui l'approdo in sede di legittimità è consentito unicamente attraverso la decisione del giudice di appello , rimanendo esclusa la proponibilità di un ricorso *per saltum* in Cassazione ⁴⁶.

1.5 L'ordinanza applicativa della misura cautelare

Il secondo comma dell'art. 45 del d.lgs. 231/2001 fissa i requisiti dell'ordinanza cautelare mediante rinvio all'art. 292 del codice di procedura penale. Trattandosi quest'ultima di una previsione dettata relativamente alle persone fisiche, per la sua trasposizione nel contesto in esame occorre procedere con gli opportuni adattamenti richiesti dalla particolarità del diverso destinatario del provvedimento (persona giuridica).

La dottrina è discorde in merito all'indicazione delle generalità dell'imputato (art. 292, 2° comma lett. a c.p.p.) : per una parte di quest'ultima ⁴⁷ tali generalità devono intendersi come

⁴⁶ Cass. Sez II, 18 giugno 2004, Focus S.r.l. , *RV 229674* , secondo cui << le ordinanze che applicano una misura cautelare interdittiva sono impugnabili , ai sensi dell' art 52 , solo con l' appello , dovendosi escludere l' ammissibilità del ricorso immediato in Cassazione >> ; nello stesso senso Cass. Sez. VI , 22 settembre 2004 , Siemens , *RV 228835*.

⁴⁷ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 548 ; P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 418

riferimento all'ente e al suo legale rappresentante⁴⁸, sulla base dell'art. 35, d.lgs. 231/2001, che sancisce l'estensione alla persona giuridica della disciplina relativa all'imputato, in quanto compatibile. Secondo tali studiosi l'indicazione dell'autore del reato sarà annoverabile quale requisito attinente alla sommaria enunciazione del fatto (art. 292, 2° comma lett. *b* c.p.p.), nella quale il giudice dovrà rappresentare la complessa fattispecie dell'illecito amministrativo, il cui presupposto è costituito dal reato posto in essere dalla persona fisica, che peraltro può anche rimanere ignota.⁴⁹

L'ordinanza inoltre dovrà contenere <<la descrizione sommaria del fatto >>: a tal fine, secondo un orientamento giurisprudenziale, non è peraltro necessario che il <<fatto>> contestato sia stato formalizzato in un autonomo capo di imputazione, purché esso risulti comunque in modo inequivocabile, e sin dal momento dell'emissione, dal contesto del provvedimento, in quanto funzionale all'esigenza dell'indagato di difendersi mediante il confronto tra i fatti contestati e la valenza indiziaria degli elementi posti a sostegno della misura .

⁴⁸ Cass. , sez VI ,23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita S.r.l. ,in *Cass. Pen.* , 2007, p. 84 , ha escluso che l'omessa indicazione nell'ordinanza cautelare del nominativo del legale rappresentante dell'ente dia luogo a nullità, in quanto una tale invalidità dell' atto non è prevista da alcuna disposizione del d.lgs. 231/2001 , né può essere fatta derivare dall'art 292 c.p.p. , richiamato dall'art 45 comma 2 del d.lgs. 231/2001 , in quanto tale norma sanziona l'ordinanza cautelare quando sia priva di riferimenti necessari ad identificare il destinatario della misura, laddove l'omessa indicazione del rappresentante non impedisce l'individuazione dell'ente attraverso la sua denominazione.

⁴⁹ Di opinione contraria F. PERONI, ne *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 258 e R. BRICHETTI in *La responsabilità amministrativa degli enti* ,a cura di ALESSANDRI, , Edizione 231 ,IPSOA , 2002, p 251 , secondo cui le generalità dell'imputato cui è attribuito il reato devono essere inserite autonomamente nell'ordinanza a pena di nullità.

Il giudice dovrà poi indicare, ai sensi dell'art. 292, 2° comma lett. c) << l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato (*rectius* dell'illecito amministrativo dipendente da reato) >> e ai sensi dell'art. 292, 2° comma lett *c-bis* c.p.p. la ritenuta non rilevanza degli elementi forniti dalla difesa, argomento di assoluto rilievo se consideriamo l'attiva partecipazione dell'interessato all'udienza camerale.⁵⁰

Il prescritto obbligo di motivazione non potrebbe ritenersi assolto, quanto al profilo di gravità indiziaria, attraverso la mera elencazione descrittiva di elementi di fatto o l'impiego di clausole di stile, trascrivendo materiale probatorio apoditticamente definito come <<autoevidente>>, <<manifesto>>, <<chiaro>>, <<inconfutabile>>, <<non bisognevole d'interpretazione>>, ed espressioni simili, in difetto della valutazione critica ed argomentata degli indizi singolarmente assunti e complessivamente considerati. Siffatta motivazione risulterebbe meramente apparente, eludendo il suo scopo principale, <<che è quello di fornire, alle parti ed al giudice dell'impugnazione, una sintesi logica e valutativa degli elementi probatori posti alla base dell'apprezzamento di gravità del quadro indiziario >>⁵¹;

⁵⁰ G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 498

⁵¹ Cass. , Sez. VI , 30 ottobre 2008, n. 40609 , Cass Sez. VI , 21 giugno 2000, n. 3726 , Primavera , in *Cassazione Penale* 2001, 2401 , per cui la valutazione del giudice sulla legittimità dell'arresto, pur non potendo estendersi all'accertamento dell'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza, deve tuttavia essere intesa alla verifica della sussistenza delle condizioni legittimanti la privazione della libertà personale, condizioni tra le quali deve ritenersi inclusa la configurabilità (non solo astratta) del reato legittimante l'arresto e la sua attribuibilità alla persona arrestata.

Non è invece applicabile, per ovvia incompatibilità quella parte dell'art. 292 c.p.p. relativa all'eventuale scelta della misura più grave (custodia cautelare in carcere) comunque sostituita sul piano degli obblighi motivazionali da quella dettata dall'art. 46, 3° , in materia di criteri guida della discrezionalità del giudice , tenuto ad applicare l'interdizione più incisiva per l'ente (interdizione dall'esercizio dell'attività) solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.⁵² Da questa norma può anche discendere la necessità che il giudice dia conto dei motivi per i quali ha escluso l'idoneità della nomina del commissario giudiziale – ammessa alle condizioni di cui all'art. 15 , d.lgs. 231/2001 – ad evitare il pericolo di commissione di altri illeciti (art 45, 3° comma d.lgs. 231/ 2001).⁵³

Poiché questo è l'unico rischio cautelare considerato, deve ritenersi non applicabile l'art. 292, 2° comma lett. *d* c.p.p che impone l'obbligo di fissazione della data di scadenza della misura , in relazione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera *a*) dell'art 274 c.p.p. Nonostante ciò il giudice deve comunque fissare tale data, in virtù della norma dell'art 51, 1° ,d.lgs. 231/2001 che fissa il principio della durata a termine delle cautele interdittive.

L'ordinanza deve recare inoltre data e sottoscrizione del giudice (art. 292, comma 2 lett. *e* c.p.p. nonché quella

⁵² Parzialmente diversa la posizione di P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596 e R. BRICHETTI , *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm.. soc. enti, 2012, n. 1, cit. , p. 281, che ritengono che l'obbligo del giudice di esporre le concrete e specifiche ragioni della reputata insufficienza di provvedimenti più lievi ,nel caso di applicazione dell'interdizione cautelare dall'esercizio dell'attività, discenda direttamente dal riferimento all'art 292, 2° comma lett. *c bis* c.p.p.

⁵³ R. BRICHETTI , *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm.. soc. enti, 2012, n. 1, cit. , p. 281 ; A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl.. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 419

dell'ausiliario e il sigillo dell'ufficio (art. 292, comma 2 bis c.p.p.) formalità queste due ultime sprovviste della sanzione della nullità.⁵⁴

Stante la particolarità della situazione regolata, occorre ritenere che debba essere indicata anche la sede dell'ente destinatario del provvedimento.⁵⁵

Il rimando alla norma codicistica dell'art 292 c.p.p. comporta l'applicazione delle ipotesi di nullità ivi stabilite: certa è quindi l'operatività del relativo comma 2-ter che sanziona l'omessa valutazione degli elementi a carico e a favore dell'ente ⁵⁶.

Molto importante appare il contenuto dell'ordinanza con riferimento alle modalità applicative della misura (art. 45, 2° comma d.lgs. 231 / 2001) , considerando il fatto che il provvedimento può riguardare una parte dell'azienda o dell'attività.

⁵⁴ F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002 , p. 259

⁵⁵ G.FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. p. 499

⁵⁶ Rel. D. legisl.. Resp. Amm. Enti, 54 ; R. BRICHETTI , *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm.. soc. enti, 2012, n. 1, cit. , p. 281 ; A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl.. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 281; G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 499 ; F. NUZZO , *Le misure cautelari* , in DIRITTO PENALE E PROCESSO N. 12/2001, p. 1491 ; TRAVERSI- GENNAI, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè ,2001, p. 222 ; P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 1124 ; F. PERONI , *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002. , p. 259

L'art. 14 d.lgs. 231/2001 infatti prevede che le sanzioni debbano avere ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito⁵⁷, e in merito al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, consente che la sanzione possa essere limitata a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni.⁵⁸

Si tratta di una norma riguardante le sanzioni interdittive, ma applicabile anche in fase cautelare, essendo strettamente connessa al principio di proporzionalità di cui all'art. 46 . 1° comma d.lgs. 231/2001. E' difficile quindi concludere che su aspetti così importanti della decisione cautelare non vi debba essere un obbligo di motivazione.

Oltre all'indicazione delle modalità applicative della misura il giudice dovrebbe dar conto, nella motivazione dell'ordinanza, anche delle ragioni che hanno portato ad applicare la misura secondo quella modalità.⁵⁹ Tuttavia autorevole dottrina⁶⁰ mette in

⁵⁷ G. PAOLOZZI , *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, 2006, p. 153 , evidenzia come stabilire quale “fetta” dell'attività dell'ente costituisca la “culla dell'illecito” è tutt'altro che agevole, soprattutto con riguardo a realtà imprenditoriali di grandi dimensioni e , posto che tali distinzioni siano possibili, un criterio di massima potrebbe essere quello della connessione fra l'illecito penale e l'attività che ne costituisce il luogo di esplicazione.

⁵⁸ Se ciò non fosse fatto dal giudice di prima cure, o se la determinazione non fosse ritenuta corretta la parte avrebbe modo di appellarsi al Tribunale del riesame ed ottenere una modifica del provvedimento applicativo (BASSI-EPIDENDIO , *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 442)

⁵⁹ Significativa al riguardo è l'ordinanza del 5 maggio 2004 del G.i.p. del Tribunale di Milano, caso Siemens ,in *Guida Dir.* 2004 , n. 19 , 77 ss , nella quale il giudice, dopo aver disposto il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione , ha individuato come specifica attività svolta dall'ente , riferibile all'illecito contestato, quella relativa alla costruzione e vendita di apparecchiature per la produzione di energia elettrica mediante turbogas e, di conseguenza, ha limitato il provvedimento cautelare al solo ramo di attività della multinazionale che si occupava della fornitura di turbine e gas .

⁶⁰ R. BRICHETTI, *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm. soc. enti, 2012, n. 1, cit. , p. 281 ; A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI –

evidenza come la mancata indicazione delle modalità applicative non sia sanzionata da alcuna ipotesi di nullità.

Più problematica è la << sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività >> nel caso di interdizione dell'attività, prevista dall'art. 14, 2° comma, seconda parte, d.lgs. 231/2001. Tale norma prevede che l'interdizione "comporta" la sospensione di detti provvedimenti amministrativi senza stabilire se ciò avvenga automaticamente o se sia necessaria una pronuncia in tal senso e da parte di quale autorità.

L'indicazione alternativa, sospensione o revoca, comporta una scelta discrezionale da parte del soggetto competente a decidere, e ciò sembra escludere un automatismo.

Inoltre per un criterio di autolimitazione dei poteri del giudice ordinario e per una scelta di prudenza istituzionale (per cui, quando vi sono atti rientranti nella competenza di diverse autorità, giurisdizionale o amministrativa, le deroghe alla competenza ordinaria devono essere esplicite), si ritiene preferibile la soluzione per cui sia competente a decidere la sospensione o la revoca dei provvedimenti amministrativi che conseguono alla misura cautelare interdittiva l'autorità amministrativa legittimata all'adozione del relativo provvedimento autorizzativo o concessorio.⁶¹

Tale soluzione pare essere confermata da quanto disposto dall'art 84 d.lgs. 231/2001 secondo cui << il provvedimento che applica misure cautelari interdittive e la sentenza irrevocabile di condanna siano comunicate a cura della cancelleria del giudice che li ha emessi alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza

FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 282

⁶¹ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, cit., p. 443

sull'ente >> confermando il permanere delle competenze amministrative al riguardo.

Un'altra questione da affrontare è se il giudice possa applicare una misura cautelare più grave rispetto a quella richiesta dal Pubblico Ministero.

Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità. Quanto alla prima ⁶², ha escluso la possibilità che il giudice possa applicare una misura più grave rispetto a quella richiesta : nel caso di specie il Pubblico Ministero aveva chiesto la revoca dei finanziamenti concessi, mentre l'ente, in sede di discussione camerale ex art 47 d.lgs. 231/2001, aveva chiesto la nomina di un commissario giudiziale, misura cautelare ritenuta dal Tribunale più grave, in quanto le misure che determinano un'interruzione dell'attività dell'ente sono quelle previste dalle lett. a) e b) dell'art. 9 , 2° comma del d.lgs.231/ 2001, e, in ipotesi, quella di cui alla lett. c) della medesima disposizione di legge, mentre resta esclusa, in astratto dal novero di tale misure quella prevista dalla lettera d) .

Il giudice ha ricordato che la posizione processuale dell'ente è equiparata a quella dell'imputato (art. 35 d.lgs. 231/2001) e che per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale (art. 34 d.lgs. 231/2001).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ⁶³ in materia cautelare è precluso al Giudice delle indagini preliminari applicare una misura più grave di quella richiesta dal Pubblico Ministero e, ove ciò si verifici, si configura una nullità assoluta ai

⁶² G.i.p del Tribunale di Salerno (ordinanza del 28 marzo 2003, Ivam – Monteverde) in *Cass. pen.*, 2004, p. 266

⁶³ Cass. , Sez. III , 8 Ottobre 1998 , Corigliano , in *Giust. Pen.* , 1999 , III , c 588

sensi dell'art. 178 , lett. b) c.p.p.⁶⁴ , riferita alla partecipazione del pubblico ministero ad una fase del procedimento in cui il Giudice delle indagini preliminari non ha *plena cognitio* ed interviene nei limiti devoluti dall'istanza di parte, in base a quanto previsto dall'art. 328, 1° comma c.p.p.

Il riconoscimento della possibilità di applicare una misura più grave contrasterebbe infatti con il principio della domanda caratterizzante il procedimento cautelare, per cui il giudice, investito dalla richiesta , non solo non potrà andare oltre la domanda formulata dal Pubblico Ministero, ma dovrà anche basare la sua decisione sugli elementi probatori allegati e prodotti dall'organo accusatorio.

1.6 La ripartizione dell'onere della prova

Una questione molto delicata è la ripartizione dell'onere della prova nel contesto della vicenda cautelare.

I diversi meccanismi di imputazione operanti a seconda che l'autore del reato presupposto sia un soggetto che rivesta posizioni apicali oppure subalterne assumono rilevanza anche nel sub procedimento cautelare.

⁶⁴ L. D. CERQUA ,*L'applicazione delle misure cautelari interdittive nei confronti degli enti: le prime pronunce della giurisprudenza*, Rivista 231, num. 3-2006 , p. 163 evidenzia come possa sorgere qualche dubbio sulla correttezza della decisione a proposito del qualificato carattere assoluto della nullità nel provvedimento cautelare viziato da ultra petizione , riferito dalla Suprema Corte alla partecipazione del P.M. al procedimento, trattandosi di un caso non rientrante tra quelli disciplinati dall' art 178 lett. b) c.p.p. , riguardante la diversa ipotesi dell'iniziativa del P.M. nell'esercizio dell'azione penale.

Nel primo caso, è sufficiente che il soggetto ponga in essere un reato ,fra quelli previsti dal decreto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente ,affinché scatti la responsabilità amministrativa della persona giuridica. Nel caso di dipendenti invece l'ente risponde solo se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza di obblighi di direzione e vigilanza.

In entrambi i casi l'adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi idonei ad evitare reati della stessa specie di quello verificatosi, è causa di esclusione di responsabilità dell'ente.

Nonostante tali similitudini però le due fattispecie sono molto diverse per quanto riguarda le condizioni di esonero dalla responsabilità amministrativa.

Quando il reato è stato commesso da sottoposti , l'adozione di modelli idonei esclude di per se stessa, *ex art. 7 comma 2 d.lgs. 231 / 2001* , l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza che abbiamo visto essere il presupposto fondante la responsabilità in capo agli enti in questo caso.

Ove invece la responsabilità della persona giuridica derivi da condotte poste in essere da apicali, l'attuazione di tali modelli non sarebbe idonea ad escluderla in quanto l'esonero è condizionato dagli ulteriori requisiti di cui all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 : affidamento del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli organizzativi ad un organismo autonomo dell'ente che, a sua volta non abbia ommesso o realizzato un'insufficiente vigilanza, nonché elusione fraudolenta dei modelli da parte degli autori del reato.

Tale affermazione, almeno secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, si traduce in una diversa distribuzione dell'onere della prova anche in sede cautelare.

In caso di reati posti in essere dai vertici l'accusa dovrà limitarsi a dimostrare, in chiave indiziaria , che è stato commesso uno dei reati previsti, che l'autore è un soggetto apicale e che il

fatto delittuoso è stato realizzato nell'interesse o vantaggio dell'ente. L'assenza di ogni colpa organizzativa, che si concretizza nell'adozione di un efficace modello organizzativo e nella sussistenza delle condizioni di cui all'art. 6 d.lgs.231/2001, si configura come fatto impeditivo che grava interamente sulla difesa.

Da più parti è stata messa in luce la particolare difficoltà di fornire una simile prova, soprattutto con riguardo alla dimostrazione tesa a negare l'omessa vigilanza da parte dell'organo a ciò preposto (art. 6. lett. *d* d.lgs. 231/2001), autentica *probatio diabolica* (quest'ultima considerazione sicuramente valida rispetto alla decisione definitiva si stempera tuttavia in sede cautelare ove l'avvenuta adozione dei soli modelli organizzativi può rivelarsi sufficiente per escludere l'applicazione della misura interdittiva, posto che sarebbe così evitato il pericolo di commissione di ulteriori reati, unica esigenza cautelare prevista dal decreto.)⁶⁵

Alcuni autori⁶⁶ hanno inoltre evidenziato come per gli elementi impeditivi di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001 non può che valere la regola di cui all'art. 273, 2° comma c.p.p. :<< nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di cause di giustificazione o non punibilità >>.

Ciò significa che è spostato sull'imputato il rischio che le indagini precedenti alla richiesta cautelare non abbiano approfondito la possibilità che sussista un esimente, derivando una regola di giudizio diversa da quella dibattimentale. << Il dubbio probatorio sulla presenza di una causa di giustificazione o di non

⁶⁵ S. RENZETTI , *Misure cautelari applicabili agli enti. Primi interventi della Cassazione*, Rivista Cassazione Penale 2007, p. 4234 ; G . FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit.,p. 525

⁶⁶ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. , p. 194

punibilità della quale non si può a rigore affermare che ‘risulta’, parrebbe non impedire l’esercizio del potere *de libertate* mentre, se la situazione rimanesse la medesima sino alla conclusione del giudizio di merito, l’esito sarebbe l’assoluzione dell’imputato a norma dell’art 530, 3° comma c.p.p. >>.⁶⁷

Ciò dimostra come il pubblico ministero sia quasi esonerato dal verificare i fattori impeditivi della responsabilità di cui all’art 6 d.lgs. 231/2001, ponendosi un onere probatorio in capo all’indagato o all’imputato soprattutto in sede di contraddittorio anticipato.

Autorevole dottrina⁶⁸ ha rilevato come il legislatore sia caduto in una incongruenza: scelta la strada dell’equiparazione tra la responsabilità dell’ente e responsabilità penale nell’ambito delle garanzie che presidiano il corrispondente accertamento, egli avrebbe dovuto uniformarsi ,anche quanto al procedimento cautelare, al divieto di considerare colpevole l’imputato fino a condanna definitiva (art. 27, 2° comma Cost.) od anche alla presunzione di innocenza di cui deve giovarsi << ogni persona accusata di un reato (...) sino a quando la colpevolezza non sia stata legalmente accertata >> (art. 6 § 2 Convenzione europea dei diritti dell’uomo ; analoga formula è contenuta nell’art. 14 § 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici). Il legislatore avrebbe cercato di eludere il problema qualificando come “ amministrativa” la responsabilità delle persone giuridiche, ma si tratta di una soluzione difficilmente giustificabile nel contesto di un sistema ispirato alla tendenziale assimilazione tra enti e persone fisiche

⁶⁷ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti.. La prova per le fattispecie cautelari* , Torino , 2004, p. 123

⁶⁸ P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 590

sotto il profilo delle garanzie procedurali; ciò potrebbe portare l'interprete a rilevare una contraddittorietà in grado di porre dubbi sotto il profilo costituzionalistico della ragionevolezza (art. 3 Cost.).

Parte della dottrina ⁶⁹ ha tentato di armonizzare questa scelta legislativa con la presunzione di innocenza partendo dalla nota ambivalenza della regola costituzionale di cui all'art. 27, 2° comma Cost. Con riguardo alla regola di trattamento, pare plausibile affermare che l'intima correlazione di essa con la tutela dell'inviolabilità della libertà personale delle persone fisiche comporti che, quando il soggetto sottoposto a procedimento non sia una persona fisica ma un soggetto collettivo, risulti compatibile con la Costituzione, in fase cautelare, che il rischio della mancata prova gravi sull'accusato.

Al contrario della regola di trattamento, la regola di giudizio implicata nella presunzione di innocenza troverà piena espansione. In questo caso la norma di riferimento per la distribuzione dell'onere della prova non sarà l'art. 6 d.lgs. 231/2001, che è norma di diritto sostanziale, ma l'art 530, 3° comma c.p.p. ove è stabilito che se vi è dubbio sull'esistenza di una causa esimente il giudice pronuncia sentenza di assoluzione ai sensi dell'art 530, 1° comma c.p.p. E' infatti alla stregua delle norme processuali che si può stabilire quali siano le conseguenze nel giudizio della mancata prova piena da parte della persona giuridica sottoposta a procedimento circa l'avvenuta adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001.

Qualora invece il reato base sia stato commesso da soggetti in posizione subordinata, l'onere probatorio dell'accusa appare più gravoso, poiché il pubblico ministero dovrà provare, sul piano

⁶⁹ M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 70

indiziario, anche l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza , provando quindi una vera e propria colpa di organizzazione che in tale ipotesi integra un elemento costitutivo della fattispecie .

Se riflettiamo sulla circostanza per cui il potere di iniziativa cautelare, *ex art. 45* , 1° comma , appartiene al pubblico ministero , appare plausibile che quest'ultimo, per garantirsi un onere probatorio decisamente meno impegnativo, << punterà sempre in alto >>, contestando un reato a carico di soggetti apicali; sarà il giudice procedente poi , in sede di contraddittorio anticipato, ad operare una corretta ricostruzione dei fatti.

Si pone a questo punto un importante dubbio per quanto riguarda la prova dell'adozione preventiva dei modelli organizzativi nel caso di reati imputati a soggetti posti in una posizione subordinata: a chi spetta provarne l'avvenuta adozione ?

Il problema sorge dal modo in cui il legislatore articola il fatto impeditivo: non nega direttamente la responsabilità dell'ente ma esclude l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Secondo parte della dottrina⁷⁰ poiché l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza costituisce un elemento costitutivo della fattispecie e l'art. 7 d.lgs. 231/2001 ne esclude l'esistenza in caso di adozione dei modelli organizzativi, l'accusa deve dimostrare la mancata adozione di questi ultimi. Secondo altri⁷¹ invece, la mancata prova circa l'avvenuta efficace attuazione dei modelli sarebbe, anche in tal caso, a rischio dell'ente.

⁷⁰ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 475

⁷¹ P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa* , cit. , p. 80

La giurisprudenza di merito ⁷² opta la prima conclusione, ribadendo che, per la configurabilità della responsabilità dell'ente per reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, «è necessario che la commissione del reato sia stata resa possibile dalla violazione degli obblighi di vigilanza e controllo alla cui osservanza la struttura è tenuta >>, e procedendo alla verifica della mancata attuazione di un modello organizzativo.

1.7 Giudizio cautelare e giudizio di merito: regole di accertamento ed autonomia cognitiva.

Il tema del rapporto fra giudizio di merito ed incidente cautelare può rilevare con riguardo a due diverse questioni strettamente connesse.

Da un lato, sul piano statico, si pone il problema degli *standard* probatori richiesti per la valutazione del *fumus commissi delicti*, dall'altro, sul piano dinamico, emerge la questione dell'autonomia del giudizio di merito rispetto agli esiti del giudizio incidentale cautelare. Evidentemente tale secondo aspetto risulterà fortemente condizionato dai risultati cui si perviene in relazione al primo.

Il percorso cognitivo in cui si esplica la valutazione del *fumus commissi delicti* viene scomposto in un momento «retrospettivo» ed uno «prognostico» ⁷³, o nella duplice dimensione

⁷² G.i.p. del Tribunale di Milano ,ordinanza del 27 aprile 2004, caso Siemens,in *Foro.it* 2004 , 434

⁷³ NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004 , p. 257

«statica» e «dinamica», secondo la terminologia usata dalla Suprema Corte ⁷⁴.

Autorevole dottrina ritiene che, all'interno della prima fase, in cui si va a verificare la fondatezza della ricostruzione del fatto, debbano essere seguiti gli stessi criteri probatori che vanno applicati nel giudizio di merito sull'imputazione. L'unica differenza consiste nel materiale su cui si basa il giudizio cautelare, che, essendo qualitativamente diverso da quello alla base della decisione di merito, fonda una delibazione allo stato degli atti; ma il livello di concluzione deve essere lo stesso richiesto per la sentenza di condanna, così come analoghe debbono essere le regole probatorie. ⁷⁵

Sicuramente tali risultati raggiunti dalla dottrina con riguardo all'interpretazione dell'art 273 c.p.p. devono essere riconosciuti anche nel caso in cui destinatario di un provvedimento cautelare sia un soggetto collettivo; si tratta tuttavia di verificare quale significato assumano tali principi calati nel contesto in questione, e se assumano sfaccettature inedite.

Abbiamo visto come la valutazione di gravità indiziaria a carico dell'ente debba investire tutte le singole componenti che concorrono ad integrare la sua responsabilità. Determinato, dunque, l'oggetto della valutazione cautelare, occorre ora stabilirne il grado di concluzione, alla luce delle osservazioni poc'anzi riportate. Ferma restando l'applicabilità delle regole probatorie generali – non soltanto quelle contemplate dalla legge speciale, ma, grazie alla clausola di rinvio di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001, anche le disposizioni del terzo libro del codice di rito, in quanto compatibili – cosa significa, rispetto all'illecito dell'ente, che l'accertamento debba presentare lo stesso grado di concluzione di quello di

⁷⁴ Cass. 19 ottobre 1992, Luca, in *C.E.D. Cass.*, n. 192371.

⁷⁵ NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 267

merito? Quale grado di approfondimento deve investire gli elementi che compongono la complessa fattispecie di illecito amministrativo? Quando il vaglio di colpevolezza allo stato degli atti può dirsi caratterizzato da una consistenza tale da non rischiare di essere smentito nel prosieguo del procedimento? Questi interrogativi spostano il piano di indagine verso il secondo momento della valutazione cautelare, ovvero quello prognostico, in cui il percorso valutativo del giudice deve essere rivolto a verificare il grado di futura resistenza ⁷⁶ dell'ipotesi di colpevolezza sulla base del materiale raccolto fino a quel momento.

Considerando tale impostazione di fondo, certamente valida anche per la vicenda cautelare coinvolgente le persone giuridiche, sicuramente il particolare *status* del soggetto con cui ci misuriamo, le peculiarità dell'illecito in discorso e, non ultimo, l'inedito procedimento di applicazione delle cautele previsto dall'art. 47 d.lgs. 231/2001, colorino gli aspetti descritti di una luce diversa.

Il pensiero si rivolge al vero fulcro dell'accertamento cautelare, così come del giudizio di merito, ovvero la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi adottati dall'ente. Si tratta ora di comprendere come il giudice cautelare debba valutarli e soprattutto l'incidenza che tale apprezzamento è suscettibile di ricoprire al di fuori del contesto incidentale.

Posto che i modelli organizzativi possano essere ricondotti nel solco dell'elemento soggettivo della fattispecie preme sottolineare come la colpa organizzativa della *societas* che si risolve, in sostanza, nella mancata adozione dei modelli richieda un accertamento molto diverso da quello teso ad indagare la probabile sussistenza della colpevolezza di una persona fisica. E ciò non tanto e non solo perché il parametro soggettivo della colpa presenta di per se stesso sue proprie peculiarità, quanto perché, il reale perno

⁷⁶ GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 627.

di quell'accertamento è costituito proprio dall'eventuale esistenza ed idoneità dei modelli organizzativi. Non si tratterà quindi di vagliare un atteggiamento psicologico della volontà che può risultare oltremodo difficoltoso in sede preliminare, né di sondare elementi di difficile rintracciabilità. Si tratta solo di verificare se esiste nel contesto aziendale un modello organizzativo, se tale protocollo era stato adottato prima della commissione del reato contestato e, ove tale controllo dia esito positivo, se il modello adottato possa considerarsi idoneo.

Accertare la materiale sussistenza del modello è operazione semplice: se il modello esiste, la società imputata sarà certamente solerte nell'allegarlo, e nel certificarne la data di adozione. Ebbene, per questo sembra un classico caso in cui l'elemento che si vuole accertare è <<negli atti>>; senza contare che, anche ove non ve ne fosse traccia, esiste un'udienza che costituisce la sede naturale per la sua produzione. Sul versante della valutazione inoltre, trattandosi di un vaglio di natura tecnica per effettuare il quale, nella prassi applicativa, si procede mediante perizia, perde valore la questione circa il grado di concluzione che deve avere la prognosi cautelare.

In questo caso, più che ad un giudizio di probabilità, siamo al cospetto di una valutazione oggettiva e quindi dotata in qualche modo di un fondamento di certezza. Si consideri, inoltre, che il vaglio investe un elemento le cui caratteristiche non sono destinate a modificarsi con l'avanzare del procedimento; il contenuto del modello è cristallizzato al momento di adozione dello stesso, potrà essere integrato o perfezionato e queste modifiche andranno certamente ad incidere sulla valutazione del *periculum* di reiterazione, ma il contenuto che rileva ai fini del giudizio di idoneità preventiva e che esclude la responsabilità non può che essere quello trasfuso nella versione iniziale del modello.

Se, allora, la valutazione cautelare si risolve essenzialmente nella stima di validità del modello, il problema diviene quello di

sondare la possibile valenza pregiudizievole che un esito negativo può rivestire per la decisione del giudizio di merito.

Ma prima di affrontare tale questione, che riguardante l'autonomia del giudizio di merito rispetto al giudizio cautelare, resta da valutare il ruolo che assume la regola di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p. in relazione ai modelli organizzativi.

Tale disposizione – che, come noto, vieta l'applicazione di misure cautelari se risulta la presenza di una causa di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena che si ritiene possa essere irrogata – non ha assunto un'importanza pari a quella riservata alle altre componenti della deliberazione cautelare, eppure essa gioca un ruolo non indifferente nel contesto di tale giudizio. Il motivo va probabilmente ricercato nella superfluità che sembra caratterizzare la disposizione, in quanto espressiva di situazioni il cui vaglio risulta assorbito dal primo comma dell'art. 273 c.p.p. In altri termini, << la colpevolezza segnalata (dai gravi indizi) significa condanna probabile; ed è una probabilità pari a zero dove esistano scriminanti, cause di esclusione della pena, fatti estintivi>>⁷⁷.

La dottrina ha tuttavia rilevato che se la norma non aggiunge nulla sul piano probatorio essa innesta però una regola di giudizio, rispetto ai profili specifici dell'antigiuridicità e della punibilità, sganciata dalla gravità indiziaria di cui all'art. 273 comma 1 c.p.p. e da quella prevista dagli articoli 530 comma 3⁷⁸ e 531 c.p.p.

⁷⁷ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985, p. 478; analogamente CHIAVARIO, *Sub art. 273 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 36

⁷⁸ A questo riguardo G. ILLUMINATI ne, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., p. 132 sostiene che, posto che la legge impone l'assoluzione tutte le volte che la prova che il fatto sussista è manca, è insufficiente o contraddittoria, l'insufficienza di prove impone il proscioglimento qualunque sia l'elemento su cui verte, e quindi, tanto se si tratti di elemento costitutivo, quanto

Dal momento che l'art. 273 sottende una prognosi di colpevolezza e quest'ultima non potrà essere riconosciuta nel giudizio di merito sussistendo incertezza sull'esistenza di un'esimente, se il legislatore non avesse separato il profilo dell'antigiuridicità da quello della tipicità e colpevolezza, anche soltanto il dubbio sull'esistenza delle scriminanti avrebbe impedito al giudice di considerare gravi gli indizi a carico e, quindi, di applicare la misura cautelare.

Il secondo comma dell'articolo 273 c.p.p. delinea quindi una regola di giudizio diversa e più gravosa con riguardo al livello probatorio che deve investire le cause di giustificazione e di non punibilità. Tale conclusione scaturisce anche dalla lettera della norma, la quale, nell'esigere che le situazioni esimenti debbano << risultare >>, sembra non accontentarsi di una semplice ipotizzabilità, ma richiedere una sussistenza certa.

A questo riguardo la giurisprudenza mostra una particolare severità: se talvolta si è espressa nel senso che le cause ostative non devono emergere << in termini di certezza, ma di elevato o rilevante grado di probabilità>>⁷⁹, più spesso sembra esigere, al

di elemento estintivo o impeditivo. E' chiaro che se si esclude la possibilità di una condanna senza la prova completa della responsabilità, e si pone in ogni caso a carico dell'accusa il rischio dell'incertezza, quale ne sia l'oggetto, non c'è assolutamente posto per il concetto di fatto impeditivo. Impostata la questione in tali termini non ha valore decisivo la disputa sull'esatta collocazione delle esimenti nella teoria generale del reato, se debbano essere considerati elementi negativi del fatto, o elementi a sé stanti da accertare separatamente. Il problema sembra trovare la sua esatta collocazione sul piano processuale, dal momento che la maniera di provare i fatti discende in primo luogo dalla loro posizione nei confronti della regola di giudizio.

⁷⁹ Cass., 20 agosto 2003, Steri, in *CED Cass.*, n. 227306. In ogni caso, anche questa interpretazione si pone in termini di maggior rigore rispetto a quella prevalentemente riconosciuta rispetto al concetto di "dubbio" nell'art. 530 comma 3 c.p.p.

contrario, una vera e propria << certezza e non una mera possibilità >>⁸⁰.

Trasponendo tali conclusioni nel terreno della responsabilità degli enti emergono con chiarezza gli effetti derivanti dall'aver collocato i modelli organizzativi fra gli elementi impeditivi della fattispecie (quantomeno nell'ipotesi di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001). Riprendendo le considerazioni prima fatte si giunge infatti al paradosso per cui, ai fini del giudizio di merito, sarebbe sufficiente sollevare un dubbio sull'esistenza di un esimente, mentre, in sede cautelare, occorrerebbe l'oggettiva emersione di una condizione di esonero. E' questo, però, un paradosso che non riguarda solo gli enti, ma, come si è cercato di evidenziare, coinvolge in generale l'intervento cautelare, rischiando di svuotare di contenuto il principio di proporzionalità. Infatti l'esigenza che ispira la regola dell'art. 273 comma 2 c.p.p. è quella di garantire tale importante principio, dando rilevanza a situazioni che, se riconosciute in dibattimento, escluderebbero l'affermazione di responsabilità o l'applicazione della pena. Tuttavia, se nel contesto dell'incidente cautelare non viene data rilevanza ad un'esimente che risulta di dubbia configurabilità, quando poi quello stesso dubbio porterà al proscioglimento o all'esclusione della pena, la proporzionalità evidentemente risulta frustrata⁸¹.

Ciò che potrebbe lasciare perplessi con riguardo al procedimento nei confronti degli enti, è il fatto che la rilevanza delle diverse regole di giudizio ricavabili dall'art 273 c.p.p. venga fatta dipendere dalla collocazione dogmatica attribuita ai vari elementi della fattispecie.

⁸⁰ Cass., 23 maggio 2001, Coppola, in *CED Cass.*, n. 219907; Cass., 28 maggio 1991, Calderas, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2149

⁸¹ Sebbene sia nella logica del giudizio prognostico che la situazione di dubbio possa essere poi superata in dibattimento nell'uno o nell'altro senso.

In ogni caso, la distonia emersa nel confronto fra l'art. 6 d.lgs. 231/2001 e l'art. 273, 2° comma c.p.p., deve essere ridimensionata alla luce del particolare procedimento applicativo previsto dall'art 47 d.lgs.231/2001.

Occorre considerare che sul funzionamento della regola codicistica pesa la struttura unilaterale dell'iniziativa *ex art. 291 c.p.p.*; l'assenza di un confronto dialettico tra le parti <<riduce le probabilità di rintracciare negli atti già presentati l'esistenza di un'esimente, così il rilievo attribuito in astratto all'antigiuridicità e alle condizioni di esclusione della pena è destinato a rimanere misconosciuto sul piano concreto, visti i limitati spazi a disposizione della difesa >>. ⁸²

Grazie alla previsione del contraddittorio anticipato tali problematiche sono sdrammatizzate: non vi sono margini perché l'eventuale disinteresse dell'accusa per le condizioni esimenti si traduca nella mancata emersione delle stesse, pur concretamente sussistenti, in sede di richiesta cautelare. E ciò in misura molto più garantita rispetto a quanto assicuri l'obbligo del pubblico ministero di trasmettere anche gli atti favorevoli all'imputato.

Se l'ente si era dotato quindi di un modello organizzativo *ante delictum*, non dovrà fare altro che produrlo in sede di udienza *ex art. 47 d.lgs. 231/2001*; né si pongono problemi circa il *quantum* di prova necessario per soddisfare il rigore dell'art. 273 c.p.p. riguardo alle altre condizioni di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001 ⁸³,

⁸² NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit. p. 120.

⁸³ Rispetto a tali requisiti, vi sarebbe stato in effetti un rilevante profilo di problematicità in relazione alla regola di cui all'art. 273 comma 2 c.p.p.; ma gli stessi non rilevano in sede cautelare, ove l'ente sia dotato di modello, mentre ai fini della decisione di merito, l'applicazione dell'art. 530 comma 3 c.p.p., nella prevalente lettura che ne danno dottrina e giurisprudenza (vd. par. 3.3.1), rende l'onere della prova a carico dell'imputato non così gravoso come sembrerebbe a prima vista. Ricostruito in questi termini, il sistema sembra tenere.

posto che, come rilevato precedentemente, basterà l'esistenza del modello ad escludere il pericolo di reiterazione.

Occorre considerare ancora le problematiche che sorgono relativamente al vaglio di idoneità dei modelli: come già osservato, dal momento che non si tratta di accertare la probabile esistenza di un determinato fatto (nel caso di specie l'adozione del modello), e che, a prescindere dalla sua correttezza, la prassi è nel senso di procedere con perizia, non si pone tanto un problema di fondatezza dell'accertamento, ma il punto diviene l'influenza che tale vaglio può esercitare sul giudizio finale di merito.

Ciò porta ad interrogarsi sulla tenuta del principio di autonomia tra cognizione di merito e cognizione cautelare nel procedimento penale a carico degli enti.

Il procedimento penale deve caratterizzarsi per la perfetta impermeabilità alle decisioni raggiunte in sede cautelare, e ciò risulta coesistente alla pienezza dell'accertamento da compiersi nel contraddittorio delle parti, a fronte della sommarietà che, invece, contraddistingue la cognizione cautelare. In altri termini, le decisioni cautelari nascono inidonee a "pregiudicare" il merito della causa.⁸⁴

Occorre tuttavia interrogarsi su come tali conclusioni assumano riscontro nell'incidente cautelare a carico degli enti, alla luce sia del peculiare oggetto di accertamento, nonché del procedimento applicativo.

Con riguardo al primo aspetto, gioca un ruolo decisivo la valutazione dei modelli. Restano ferme le riserve circa la legittimità di disporre una perizia nell'udienza ex art. 47 d.lgs. 231/2001, di cui

⁸⁴ In giurisprudenza, punto di riferimento obbligato è la pronuncia a Sez. un. del 12 ottobre 1993, Durante, in *Cass. pen.*, 1994, p. 162, che ha stabilito la rigorosa circoscrizione nell'ambito del procedimento incidentale *de libertate* della verifica compiuta dal tribunale del riesame in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

si parlerà più avanti nella trattazione, tuttavia, se questa è la prassi seguita fino ad ora, occorre stabilire quale incidenza assuma il giudizio sui modelli rispetto alla decisione finale. Sul piano normativo, è ovvio che tale atto non possa avere alcuna validità ulteriore rispetto a quella circoscritta nell'incidente cautelare. Deve essere infatti considerato un normale atto di indagine, privo dei requisiti necessari per essere inserito nel fascicolo dibattimentale e come tale non conoscibile dal giudice del merito. Ma la cognizione del suo contenuto potrebbe essere veicolata attraverso il provvedimento cautelare trasmesso ai sensi dell'art. 432 c.p.p. che, in virtù dell'espresso richiamo alla norma codicistica, presenta la stessa completezza motivazionale richiesta dall'art. 292 c.p.p. Sicuramente il giudice del dibattimento potrebbe disporre una nuova perizia, i cui risultati potrebbero essere differenti rispetto a quelli raggiunti dall'accertamento precedente, oppure le parti potrebbero chiedere la nomina di propri consulenti tecnici; tuttavia, ove tutto ciò non avvenisse, ci si può chiedere quale condizionamento il giudice possa trarre da una valutazione tecnica di segno negativo su un modello organizzativo che conserva in dibattimento le stesse identiche caratteristiche di quello già sottoposto ad una verifica, i cui risultati sono cristallizzati nella relazione peritale. Vi è inoltre la possibilità che il giudice sia indotto a dissentire dalle nuove consulenze, proprio a causa del condizionamento esercitato dalla precedente valutazione, e di cui è venuto a conoscenza.

Quello appena prospettato è un rischio verificabile in tutti i processi ove si sia svolto un incidente cautelare, i cui esiti siano entrati nella cognizione del giudice attraverso l'art. 432 c.p.p.⁸⁵

Desti quindi preoccupazione l'avvicinamento della struttura dell'incidente cautelare a quella del giudizio di merito: se da un

⁸⁵ Si ricorda che la norma prevede la trasmissione del provvedimento soltanto qualora sia ancora in corso

lato irrigidire i criteri di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza determina decisioni cautelari basate su una maggiore ponderazione, dall'altro il provvedimento applicativo di una cautela finisce per essere caricato di un peso assai gravoso sulla sorte processuale dell'imputato, rispetto al quale sarà difficile escludere l'incidenza negativa di quello che, almeno allo stato degli atti, sembrerebbe configurarsi come un anticipato di giudizio di colpevolezza.

Ebbene, se questa preoccupazione trova un correttivo nella sommarietà della cognizione cautelare, i cui risultati possono essere ribaltati dalla pienezza del materiale assunto in contraddittorio, non si può dire lo stesso nel processo a carico degli enti, dove la prova principe, ovvero la valutazione di efficacia del modello organizzativo, per quanto detto in precedenza, avrà le stesse caratteristiche strutturali tanto se compiuta nel corso dell'udienza cautelare, quanto se ripetuta in dibattimento. L'unica cosa che può cambiare è il giudizio del perito, che, in ogni caso, verterà su un oggetto dall'identico contenuto.

Un altro motivo che farebbe concludere per la maggiore influenza del giudizio cautelare sul giudizio di merito è rappresentato dall'esistenza di un contraddittorio anticipato. E' evidente che un provvedimento risultante da un procedimento di questo tipo soprattutto alla luce del varco aperto dalla giurisprudenza all'attività istruttoria nell'udienza di cui all'art. 47, che dà luogo ad un contraddittorio non meramente cartolare – presenti una maggiore pregnanza rispetto a quello derivante da una decisione fondata sull'iniziativa unilaterale del pubblico ministero. Tale dato non deve tuttavia essere enfatizzato. A parte il fatto che una medesima pregnanza può rivestire la decisione cautelare uscita indenne dal vaglio del tribunale del riesame e della Corte di Cassazione, si è spiegato come il contraddittorio anticipato si sia imposto come una decisione obbligata per gli enti; inoltre, sebbene sul terreno dei rapporti tra cautele e merito risulti estremamente

complesso raggiungere un punto di equilibrio, non sembra potersi individuare un risvolto esageratamente negativo nel potenziamento delle garanzie che si ottiene eliminando il carattere a sorpresa dei provvedimenti cautelari.

Al di sopra di tutto, ciò che desta maggiore preoccupazione, in virtù delle caratteristiche dell'intervento cautelare destinato agli enti così come delineato, è il rischio che le misure cautelari risultino, <<nella realtà fattuale, le sole misure interdittive ad avere una reale applicazione>>⁸⁶. Ciò, associato all'unica esigenza cautelare prevista in questo sistema, le trasformerebbe inevitabilmente in uno strumento di anticipazione della pena. <<L'impianto così costruito, evidentemente, non può far altro che rinfocolare il dibattito sugli scopi delle misure cautelari nel processo penale. Il legislatore, anzi, sembra esser incorso nella circostanza in un vero e proprio incidente di percorso, denunciando la sua intrinseca (e mai sopita) vocazione a fare delle misure cautelari uno strumento non dichiarato di applicazione anticipata della pena (o della sanzione comunque denominata) >>⁸⁷.

⁸⁶ BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 584.

⁸⁷ LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche; profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2529.

CAPITOLO II

LE CONDIZIONI DI APPLICABILITA’ DELL’ORDINANZA CAUTELARE: I GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA

2.1 L’udienza ed il contraddittorio anticipato

2.1.1 Profili procedurali

Il procedimento cautelare predisposto per le persone giuridiche fa perno su un elemento che la connota in termini di specialità: udienza preventiva rispetto all’ emanazione dell’ordinanza cautelare e prevista come sempre necessaria (art. 47 ,2° comma d.lgs. 231/2001).

A fronte dell’ iniziativa del pubblico ministero promossa fuori dall’ udienza, ipotesi che comprende in primo luogo la fase delle indagini preliminari, il giudice ha l’obbligo di procedere ai sensi dell’art. 127 c.p.p in camera di consiglio, sentite le parti. E’ sottinteso che, per il caso di sollecitazione avanzata nel corso di un udienza già instaurata (udienza preliminare e giudizio), su di essa si innesta la decisione cautelare recependone forma e regole⁸⁸; spetterà al giudice in questo caso concedere un termine alle parti

⁸⁸ P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 602

che ne facciano richiesta per consentire loro di replicare efficacemente alla domanda.⁸⁹

All'udienza parteciperà, oltre al pubblico ministero, l'ente e il suo difensore, ai quali deve essere garantita la tempestiva conoscenza della richiesta e degli elementi sui quali si fonda, con l'accesso alla cancelleria del giudice. I termini per l'informazione sulla data fissata e per la presentazione sono ridotti rispetto al modello di cui all'art. 127 c.p.p. (rispettivamente cinque e tre giorni) e tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a quindici giorni. Si tratta tuttavia di termini meramente ordinatori, privi di sanzione << se non nei limiti in cui l'art. 124 c.p.p. sanziona l'inadempimento da parte del magistrato degli obblighi di osservanza delle norme processuali >>.⁹⁰

L'udienza si svolge in camera di consiglio, con possibilità della parti di presentare memorie e di essere sentite, qualora decidessero di comparire (si deve ritenere infatti che la partecipazione degli interessati sia facoltativa⁹¹).

Sono espressamente richiamate le disposizioni procedurali dell'art. 127 c.p.p., con esclusione dei commi 7, 8 e 9 che dettano la disciplina relativa all'ordinanza camerale nonché alle impugnazioni e all'inammissibilità dell'atto introduttivo.

⁸⁹ PRETE, *Le misure cautelari nel processo contro gli enti*, in *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato* a cura di FIORELLA –LANCELOTTI, *Diritto e professione*, 2004, p. 321

⁹⁰ R. BRICHETTI, *Il sistema cautelare*, in *Resp. Amm. soc. enti*, 2012, n. 1, cit., p. 279

⁹¹ F. PERONI, *ne Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 257 evidenzia come la loro presenza effettiva non sia di per se condicio sine qua non per la valida adozione della misura; analogamente PRETE, *Le misure cautelari nel processo contro gli enti*, in *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato* a cura di FIORELLA –LANCELOTTI, cit., p. 321

L'ente partecipa a questa udienza mediante il proprio rappresentante legale, a meno che questi non sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, nel qual caso l'ente potrà decidere di nominare un rappresentante *ad litem* oppure di non essere rappresentato nel procedimento .

Inoltre il rappresentante legale della persona giuridica che abbia chiesto di essere sentito, ma sia legittimamente impedito , ha diritto al rinvio dell'udienza, applicandosi l'art. 127, 4° comma c.p.p. che riconosce tale diritto all'imputato.

Il richiamo alla procedura dell'udienza in camera di consiglio penalizzerebbe, invece, il difensore, il cui legittimo impedimento, secondo la giurisprudenza compatta della Suprema Corte ⁹² , che riconosce rilievo all'impedimento del difensore solo in sede di dibattimento , non dà luogo a rinvio.

Ne consegue quindi l'irrelevanza dell'effettiva presenza del difensore ai fini della decisione della misura: occorre osservare infatti che ove sia disattesa la sua richiesta di rinvio dell'udienza , al difensore nominato in sua sostituzione a norma dell' art. 97, 4° comma c.p.p. non è riconosciuto di ottenere un termine per la difesa *ex art. 108 c.p.p.*, previsione ritenuta applicabile solamente ove il difensore abbia cessato definitivamente il suo ufficio e non in quello – di nomina di un sostituto – di sospensione momentanea della funzione processuale.⁹³

Si tratta di un' interpretazione testuale dell' art. 127 che crea problemi analoghi anche nella procedura di esecuzione di cui

⁹² Cass, Sez. un. , 27- 06- 06 , PASSAMANI , *Cass. Pen.* 2006 , p. 2864 , nella quale ribadisce l'orientamento incline a ritenere sufficiente la nomina di un difensore d'ufficio , affermando che il disposto di cui all' art 420 ter c.p.p. , secondo cui il legittimo impedimento del difensore può costituire causa di rinvio dell'udienza preliminare, non trova applicazione con riguardo agli altri procedimenti camerali , ivi compresi quelli per cui la presenza del difensore è necessaria, soccorrendo in tal caso la regola dettata dall' art 97 , 4° comma c.p.p.

⁹³ Cass, sez. III , 10 -12- 2003 n° 11870 , Giora

all'art. 666, 4° comma c.p.p. (nella quale l'intervento difensivo è previsto addirittura come necessario) , e nel procedimento davanti al tribunale del riesame di cui all'art. 309 , 8° comma c.p.p. e 324 , 6° comma c.p.p.

Trasferita nella materia in esame tale interpretazione svela un' approssimazione legislativa difficilmente condivisibile soprattutto considerando che lo spazio dell' udienza camerale è stato ritagliato in funzione della realizzazione del contraddittorio preventivo .⁹⁴

Il contraddittorio incide infatti sul momento genetico della cautela e ciò rende essenziale il contributo difensivo , anche in vista della prospettazione di soluzioni normativamente previste e volte a caldeggiare la nomina del commissario giudiziale (art. 45, 3° comma d.lgs. 231/2001) o la sospensione della misura per l'attuazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 d.lgs. 231/2001 (art. 49 d.lgs. 231/2001).

Si deve sottolineare inoltre l'ingiustificata differenziazione del trattamento riservato al difensore a seconda che la *quaestio* cautelare sia discussa nell'udienza camerale fissata dal giudice a norma dell' art. 47, 2° comma d.lgs. 231/2001 , ove si registra tale strettoia , ovvero in quella già instaurata per la quale opereranno le regole della fase *decidendi* (udienza preliminare e dibattimento) e quindi anche quelle sulla rilevanza del legittimo impedimento del difensore.

L'essenzialità della presenza del difensore è confermata inoltre dalla funzione dialettica della sua partecipazione. La scelta del rito camerale di cui all'art. 127 c.p.p. determina infatti, anche nella procedura in esame , uno spazio istruttorio esiguo , riducendo

⁹⁴ A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 429

il contraddittorio << nei limiti dell'apporto critico sviluppato su un patrimonio cognitivo precostituito >> .⁹⁵

Per superare tali limiti, fondamentali sono gli elementi nuovi e di favore, frutto dell' investigazione parallela , anche preventiva, che il difensore può portare all'attenzione dell'organo giurisdizionale.⁹⁶

E'opportuno quindi ritenere che la specificità del soggetto cui è contestato l'illecito, vale a dire la realtà d'impresa , richieda i necessari adattamenti applicativi, suggerendo di discostarsi dalla mera trasposizione in questa sede di soluzioni concepite nell'ambito del processo a carico della persona fisica.

Su questa linea di prudente flessibilità si è mossa la giurisprudenza di merito: in sede cautelare, a fronte dei limiti istruttori normativamente previsti di riflesso, non ha esitato ad avvalersi delle risultanze tecniche di perizie appositamente disposte, ritenendole compatibili con la procedura camerale in esame.⁹⁷

Secondo parte della dottrina però l'attivazione di tali poteri atipici non è giustificabile:⁹⁸se ci atteniamo al dato letterale, manca nell'art. 127 c.p.p. la previsione di poteri probatori espressi.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno precisato al riguardo che << il modello di procedimento in camera di consiglio prevede che il materiale logico e argomentativo a supporto della decisione del giudice sia addotto *ab externo* dalle parti e che il dibattito si eserciti soltanto su elementi <<precostituiti>>, restando

⁹⁵ F. PERONI , *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. , p. 258

⁹⁶ G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. .p. 492

⁹⁷ G.i.p. Trib. Roma , Ordinanza 22 novembre 2002, Soc. Finspa

⁹⁸ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 203

escluso il novero delle prove <<costituende>> da formare nel contraddittorio su richiesta di parte o d' ufficio. Infatti, al di fuori delle ipotesi in cui tassativamente è prevista un' attività di integrazione probatoria (cfr. ad esempio artt. 42, comma 1; 41, comma 3; 48, comma 1; 422; 441, comma 5; 599, comma 3; 666 comma 5 c.p.p.), il paradigma procedimentale consente alle parti soltanto di depositare memorie e produrre documentazione recante elementi informativi precostituiti , frutto cioè di atti investigativi precedentemente o *medio tempore* compiuti⁹⁹>>.

Dunque, secondo la Suprema Corte, il procedimento camerale tipico consentirebbe solamente l' acquisizione di elementi probatori precostituiti formati e prodotti dalle parti. Non sarebbe possibile l'assunzione diretta da parte del giudice di prove con le garanzie del contraddittorio. Pertanto, a parte gli elementi di prova squisitamente documentali sarebbe possibile produrre materiale probatorio acquisito all' esito delle indagini preliminari dal Pubblico Ministero , ovvero acquisito dalle parti private mediante indagini difensive.

Ciò nonostante, in giurisprudenza si possono cogliere indici a favore una diversa lettura della norma, secondo la quale il procedimento camerale, per la sua struttura informale, consentirebbe al giudice di acquisire informazioni e prove anche d'ufficio, senza l'osservanza dei principi di cui all'art. 190 c.p.p.¹⁰⁰ Probabilmente ispirandosi a tali isolate pronunce, la prassi applicativa sembra essersi attestata a favore della citata estensione dei poteri istruttori del giudice nell'udienza *ex art. 47 d.lgs. 231*, mediante la disposizione di perizie per la valutazione dei modelli adottati dagli enti in quanto << la peculiarità dell'odierna

⁹⁹ Cass. S.S. U.U. , 31 marzo 2004, n. 18339, in *Guida al Diritto*, 2004, n.19

¹⁰⁰ Cass., 27 aprile 1995 Esposito, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2701.

procedura non esclude il ricorso a incarico peritale, attesa la necessità di indagini specifiche e di pareri tecnici¹⁰¹ >>.

Occorre inoltre evidenziare come tale prassi sia stata avallata da parte della dottrina¹⁰² che ritiene la perizia pressoché indispensabile, quantomeno nei casi di complessità dell'ente e conseguentemente del modello.

2.1.2 La *ratio* del contraddittorio anticipato

Come già affermato, il contraddittorio è introdotto in una fase antecedente all'emanazione della misura cautelare: soltanto dopo aver sentito le parti il giudice è in grado di considerare una serie di elementi che vengono in considerazione nell'emanazione di una cautela interdittiva, poiché << la dialettica fra le parti costituisce lo strumento più efficace per porre il giudice nella condizione di adottare una misura interdittiva, che può avere conseguenze particolarmente incisive sulla vita dell'ente; in questo modo la richiesta cautelare del pubblico ministero viene a misurarsi con ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria con l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare rischi di una decisione adottata sulla scorta di materiale unilaterale >>¹⁰³. E' la natura della persona giuridica che giustifica il ricorso al contraddittorio anticipato in vista della decisione sulla richiesta del pubblico ministero.

¹⁰¹ G.i.p. Trib. Roma, ord. 22 novembre 2002, cit.

¹⁰² Così SGUBBI, *Intervento al Convegno "La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001"*, Ravenna, 17 novembre 2007, Rivista 231; DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 259; L. MORELLI, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Cautele reali*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, p. 178.

¹⁰³ Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

Ci si potrebbe chiedere se tale opzione legislativa risulti praticabile anche con riguardo al procedimento applicativo di una misura cautelare nei riguardi delle persone fisiche. Come è noto il codice di rito prevede che il giudice decida sulla base delle richieste e delle indicazioni del Pubblico Ministero e, solo successivamente, è offerta alla difesa la possibilità di presentare le proprie argomentazioni in sede di interrogatorio di garanzia. Non sorprende quindi che l'opzione prevista per gli enti abbia destato un certo stupore, sembrerebbe «quasi che la libertà personale abbia rilievo costituzionale inferiore a quello della libertà d'impresa»¹⁰⁴.

Né, d'altro canto, risultano sproporzionate le ottimistiche aspettative, manifestate all'indomani dell'entrata in vigore del decreto 231, di chi ha intravisto nel meccanismo *ex art. 47* comma 2 una sorta di modello sperimentale per futuri adattamenti della disciplina codicistica, quantomeno nella prospettiva di un'estensione all'intera gamma delle misure cautelari interdittive¹⁰⁵. Se, infatti, ragioni di garanzia esplicitate nella Relazione hanno fondamento rispetto ai soggetti collettivi, *a fortiori* devono valere per le persone fisiche, quando in gioco vi siano diritti e facoltà di rango costituzionale, prima fra tutte la libertà personale.

¹⁰⁴ G.i.p. Trib. Milano, ord. 6 novembre 2002, Soc. X e Y, *inedita*

¹⁰⁵ Di questo avviso CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in VINCIGUERRA-CERESA GASTALDO- ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 140 ss; ID, *Il "processo alle società"*, cit., p. 47 ss.; LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche; profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2529 ss. Di parere contrario PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 256, secondo il quale siffatta soluzione normativa non soddisfa le basilari esigenze di funzionalità dell'intervento cautelare, notoriamente legate alla struttura a sorpresa di quest'ultimo; considera, invece, il contraddittorio anticipato un "regalo a buon mercato" data l'irrelevanza dell'effetto sorpresa in questa sede, PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 132.

L'esigenza di potenziare le garanzie dell'indagato all'interno del procedimento *de libertate* anima il dibattito dottrinale e le istanze riformistiche del codice di rito senza soluzioni di continuità, e l'introduzione di un contraddittorio anticipato ispirato al modello francese ¹⁰⁶ rappresenta per molti la migliore risposta a tali sollecitazioni ¹⁰⁷. Non era difficile, dunque, essere ottimisti di fronte ad una scelta legislativa che, sia pure nel limitato ambito di cui al d.lgs. 231/2001, ha il previsto il contraddittorio preventivo quale regola generale per l'applicazione di misure cautelari. Non era difficile cogliere in quella scelta una

¹⁰⁶ Per una disamina del modello francese si rinvia a: CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare. Modello italiano e modello francese a confronto*, Padova, 1996; GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, 2° ed., Torino, 1995, p. 116 ss.; DERVIEUX, *Il processo penale in Francia*, in AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, a cura di Delmas-Marty e Chiavario, Padova, 2001, p. 157.

¹⁰⁷ Per un quadro generale delle riflessioni in materia di potenziamento del diritto di difesa in sede cautelare si rinvia ai seguenti contributi: CONSO, *La collegialità del g.i.p.: un'ipotesi praticabile?* in *Dir. proc. pen.*, 1996, p. 401; ILLUMINATI e SPANGHER, *Relazioni*, in AA. VV. *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?* (Atti dell'incontro di studio di Firenze, 7 maggio 1996), Napoli, p. 21 e p. 41; GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano, 1997, p. 93; ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1995, p. 72; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 2° ed., Padova, 2001, p. 136 ss.; CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, p. 32. Più di recente: DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 865; RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa "possibile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1165; MORSELLI, *Libertà personale, "giusto processo" e contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, *ivi*, 2006, p. 1302.

volontà di sperimentazione che dagli enti potesse estendersi alle persone fisiche.

Si tratta tuttavia di conclusioni eccessivamente ottimistiche se si considera che tale situazione << atipica >>¹⁰⁸ ha ricevuto l'avvallo della Corte Costituzionale. In più sentenze¹⁰⁹ il Giudice delle Leggi ha affermato che << l'esercizio della funzione difensiva può essere limitato per evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nell'economia del processo, che per loro natura potrebbero essere vanificate da un contraddittorio anticipato. >>. Ci si riferisce quindi ai provvedimenti << a sorpresa >> cui l'indagato potrebbe sottrarsi nel caso venisse preavvisato al fine di consentire l'esercizio del diritto alla difesa preliminarmente alla loro emanazione. La presenza dell'indagato o del suo difensore può essere quindi pretermessa quando occorre salvaguardare l'imprevedibilità della misura. La Corte ha, nondimeno, individuato un limite: le garanzie della difesa, attraverso l'instaurazione del contraddittorio, non possono essere annullate, ma solo rinviate, dovendosi poter esplicitare appieno in via successiva. Del resto in materia cautelare le modalità e i contenuti del contraddittorio, nel limite della ragionevolezza, sono di spettanza del legislatore, non apparendo scelta costituzionalmente imposta quella di modellare il procedimento incidentale cautelare sulla base del processo di merito¹¹⁰.

L'esigenza di preservare il carattere << a sorpresa >> delle misure è ridimensionata nel procedimento cautelare riguardante gli

¹⁰⁸ G. ILLUMINATI, Relazione, in AA.VV. *Il G.i.p. e la libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997, p. 23

¹⁰⁹ Corte Cost., 4 marzo 1996, n. 63, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 26 Maggio 1994, n. 219, in www.cortecostituzionale.it, ultimo accesso 1 Aprile 2014.

¹¹⁰ Corte Cost., ord. 12 Luglio 2001, n. 231, in www.cortecostituzionale.it, ultimo accesso 1 Aprile 2014

enti in quanto, in tale sistema non sono previste le esigenze cautelari del pericolo di fuga o dell'inquinamento probatorio, posta la natura non antropomorfa del soggetto collettivo.

Il contraddittorio antecedente all'adozione della misura cautelare nei confronti della persona giuridica presenta notevoli affinità con l'interrogatorio che deve precedere la decisione sulla richiesta di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, di cui all'art. 289 ,2° comma c.p.p. , anche se si tratta di situazioni solo in parte sovrapponibili poiché l'interrogatorio menzionato è adempimento obbligatorio solo nella fase delle indagini preliminari.

In entrambi i casi tuttavia , la collocazione preventiva rispetto all'emanazione del provvedimento cautelare si giustifica anche in relazione alla necessità di consentire al giudice di esaminare elementi estranei rispetto all'oggetto principale della domanda cautelare.

Con riferimento all'art. 289 , 2° comma c.p.p. , infatti , la Corte Costituzionale ha spiegato che la *ratio* della norma consiste nell' << esigenza di verificare anticipatamente che la misura della sospensione dalla funzione o dall'ufficio , non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico >>¹¹¹. La stessa decisione poi sottolinea come l'interrogatorio preventivo abbia ampliato la sfera di garanzia dei soggetti nei confronti dei quali è destinato ad operare. Il richiamo espresso alle modalità di cui all' art. 64 e 65 c.p.p. testimonia la funzione di <<tutela >> di tale meccanismo, tanto che la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto come ipotesi di nullità di ordine generale a regime intermedio il mancato svolgimento

¹¹¹ Corte Cost. (ord.) 22 giugno 2000 n. 22

dell'interrogatorio, venendo in tal modo lesa il diritto alla difesa .

112

Questa doppia funzione si ritrova anche nell'udienza preventiva *ex art. 47 d.lgs.231/2001* in cui il contraddittorio da una parte svolge una funzione difensiva, dall'altra incide sul processo decisionale del giudice.

Il diritto di difesa dell' ente – imputato è sicuramente tutelato in maniera più efficace, riconoscendogli la possibilità di conoscere gli elementi presentati dal pubblico ministero; viene inoltre riconosciuta all' ente la possibilità di partecipare attivamente al processo di formazione del convincimento del giudice, controbattendo tempestivamente e con cognizione di causa le tesi accusatorie.¹¹³

Accanto a questa fondamentale funzione difensiva, il contraddittorio di cui all' art. 47 d.lgs. 231/2001, come l'interrogatorio di cui all'art. 289, 2° comma c.p.p. , mostra un'attitudine al << riequilibrio >> di esigenze contrapposte, avvicinandosi ad alcune forme di contraddittorio amministrativo, che si contraddistingue per una funzione << collaborativa >> nella ponderazione dei diversi interessi.

In questo caso l'apporto collaborativo si manifesta in maniera più evidente proprio perché il giudice con la decisione sulla misura cautelare, oltre a verificare i gravi indizi di colpevolezza dell' ente e la sussistenza di un'esigenza cautelare, può essere chiamato a valutazioni tendenzialmente estranee al tema

¹¹² Cass, Sez. VI , 24 maggio 2000, n° 217957, COREA , in *CED Cass.* n. 217318

¹¹³ G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 543 , evidenzia come un controllo anticipato sulla vicenda cautelare dia una forte connotazione di giurisdizionalità alla decisione , consentendo al giudice di formarsi un proprio convincimento solo dopo aver sentito le parti, in contraddittorio fra loro, in una posizione di simmetrica parità.

principale, come quelle sulla necessità di consentire la prosecuzione dell'attività dell'ente nei cui confronti sia applicabile una misura che ne paralizzi l'attività, nominando un commissario giudiziale, o come quelle concernenti la scelta sulla sospensione dell'applicazione delle misure interdittive al fine di consentire alla persona giuridica di porre in essere condotte <<riparatorie >> che siano idonee ad escludere la sanzione interdittiva a norma dell'art. 17 e 49 d. lgs. 231 / 2001.

In questo tipo di udienza quindi l'aspetto <<collaborativo>>¹¹⁴ prevale rispetto a quello difensivo e ciò deriva dal tipo di decisione che il giudice deve prendere, nella quale non solo accerta diritti ma compie anche valutazioni vicine all'opportunità amministrativa, dovendo decidere se l'interruzione di un pubblico servizio produca un grave pregiudizio alla collettività ovvero causi rilevanti ripercussioni sull'occupazione o ancora a dovendo valutare l'idoneità di una proposta dell'ente volta ad eliminare le carenze organizzative che hanno causato la commissione del reato e a prevenire illeciti della specie di quello per cui si procede.

Le ipotesi previste dall'art. 47 d.lgs. 231/2001 e dall'art. 289 c.p.p. presentano quindi un aspetto in comune in quanto il contraddittorio precedente all'adozione di una misura cautelare ben si adatta al caso in cui ricorrano interessi di natura pubblica e di rilievo costituzionale ulteriori rispetto alle esigenze di garanzia dell'indagato. Questa considerazione lascia pochi spiragli a chi, *de iure condendo*, confida in una generalizzazione della disciplina cautelare delineata nel decreto 231/2001, che, con gli opportuni adeguamenti, vada a contrassegnare anche le misure cautelari personali.

Il meccanismo così delineato può tuttavia manifestare criticità nella misura in cui l'apporto collaborativo della difesa

¹¹⁴ G FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 544

assuma una dimensione preponderante. La «tendenza a scorgere nel contraddittorio, anziché la traduzione in termini processuali di un antagonismo di interessi, un momento di collaborazione delle parti al raggiungimento della verità» viene caldamente scoraggiata dalla dottrina più avvertita¹¹⁵. Il rischio che una simile impostazione comporta, cioè quello di configurare in capo alle parti se non un obbligo, quanto meno un onere di collaborazione¹¹⁶, risulta elevato nel contesto di cui all'art. 47 d.lgs. 231/2001, posto che l'ente indagato si trova a dover fornire un apporto costruttivo fondamentale per la valutazione giudiziaria, quanto meno rispetto alle decisioni di concedere la sospensione delle misure cautelari a fini riparatori e di nominare un commissario giudiziale.

La dottrina maggioritaria ha quindi sottolineato come il giudice non possa trarre alcun tipo di valutazione negativa dall'atteggiamento dell'ente che non mostri alcun interesse alla collaborazione in questa fase eventuale.¹¹⁷

Si segnala solo una pronuncia di segno contrario¹¹⁸ nella quale il giudice ha incautamente fondato il giudizio sulla pericolosità dell'ente sulla «mancanza di collaborazione (...)

¹¹⁵ GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – Diritto processuale penale*, in *Enc.Treccani*, agg. X, 2002, p.5

¹¹⁶ GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – Diritto processuale penale*, in *Enc.Treccani*, agg. X, 2002, p.5

¹¹⁷ A. PRESUTTI , A. PRESUTTI , Artt. 45 – 52, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 431 , afferma che l'udienza in questione non deve avere come scopo quello di sollecitare dichiarazioni auto accusatorie , né deve incentivare condotte che pure sono previste come causa di esonero dall' irrogazione di sanzioni interdittive (art 17 d.lgs. 231/2001) e fattore sospensivo della interdizione cautelare (art 49 d.lgs. 231/2001) ; neppure possono ricavarsi valutazioni negative sia dalla non partecipazione all'udienza sia dalla mancata ammissione dell'illecito contestato.

¹¹⁸ Tribunale di Milano , 28 ottobre 2004 , Siemens in *Corriere Merito* , 2005 , p. 324

sotto il profilo della inadempienza degli obblighi successivi alla scoperta del reato ex art. 7 n. 3 d.lgs. 231/2001 >> . L'ordinanza in questione sembra quindi riferirsi agli obblighi relativi ad un' eventuale adozione del modello di organizzazione. Si tratta di una conclusione che suscita perplessità non tanto per il collegamento fra pericolosità dell'ente e mancata adozione del modello – nella pratica l'esigenza cautelare è valutata prevalentemente in relazione all'organizzazione dell'ente – quanto per l'esplicito riferimento agli << obblighi di collaborazione >>.

Tali obblighi infatti non esistono in quanto, è vero che il contraddittorio di cui all' art. 47 d.lgs. 231/2001 può adempiere anche ad una funzione di collaborazione, ma si tratterà comunque di una collaborazione eventuale, che non assume alcun carattere obbligatorio.

Sono state avanzate critiche sull'idoneità del contraddittorio anticipato a soddisfare le esigenze di funzionalità dell'intervento cautelare, tenendo conto che, venuto meno l'effetto sorpresa, sarebbe stato più opportuno prevedere strumenti anticipatori , volti a proteggere l' efficacia delle misure cautelari dal pericolo di condotte dirette a vanificarne gli obiettivi.¹¹⁹

Il riferimento è all'ordinamento francese che nel procedimento applicativo delle misure cautelari personali prevede , accanto al *debat contradictoire* , una serie di meccanismi idonei a preservare l'effetto “sorpresa” della misura stessa, fra cui i mandati del *juge d' instruction* , con cui l'imputato, in via precautelare, viene posto a disposizione del giudice che conduce le indagini, nonché l' *incarceration provisoire*, che viene disposta nel caso l'udienza debba essere rimandata anche su richiesta dell'imputato che chiedi un termine per approntare la difesa.

¹¹⁹ F. PERONI , *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. , p. 256

Si tratta tuttavia di aspetti sostanzialmente estranei al sistema cautelare previsto dal d.lgs. 231 /2001, dove non è necessario che l'applicazione delle misure cautelari avvenga <<a sorpresa>>, sia perché nei confronti dell'ente non sono previste le esigenze cautelari dell'inquinamento probatorio e del pericolo di fuga, sia perché, come si è visto, il contraddittorio svolge la funzione di introdurre elementi fondamentali al giudice per decidere sull'istanza cautelare. Eventuali esigenze cautelari, connesse al pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova o al pericolo di fuga, potranno essere più tempestivamente soddisfatte ricorrendo alle misure cautelari reali nei confronti dell'ente.¹²⁰

Si potrebbe lamentare una disparità di trattamento rispetto alle persone fisiche, a favore delle persone giuridiche, con violazione dell'art. 3 Cost. Tuttavia si deve ritenere che la natura non antropomorfa dell'ente ponga in secondo piano l'esigenza, tipica del processo penale nei confronti delle persone fisiche, di assicurare agli strumenti cautelari quell' <<effetto sorpresa>> di cui si è già parlato.¹²¹

¹²⁰ G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 546

¹²¹ P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 602 evidenzia come le esigenze alle quali risponde il contraddittorio anticipato non sono presenti nel procedimento cautelare nei confronti delle persone fisiche : “ l'interdizione della società comporta effetti devastanti nei confronti non solo della medesima ma anche , nelle sue implicazioni socio-economiche , nei confronti d'una molteplicità indefinita di persone fisiche (in primis quelli coinvolti dall'attività imprenditoriale svolta dalla stessa) ; la prova liberatoria contraria ,di cui art 6 d.lgs.231 /2001 fa ricadere l'onere sull'ente incriminato , può essere resa più agevole dall'a anticipazione dei procedimenti istruttori necessari per il relativo esperimento , non solo rispetto al giudizio sul merito ma anche alla decisione cautelare. ; inoltre la “ riuscita” nella sede de qua evita alla società non solo l'interdizione , ma altresì i costi che deriverebbero da un eventuale protrarsi della

Poiché nella situazione in esame non sembra esservi nessuna ragione di incompatibilità, si applicano le regole del codice di procedura penale riguardante le nullità (art. 177 ss.). Quindi l'omesso o irregolare avviso concernente l'udienza camerale, quando vada a svantaggio del pubblico ministero (e nel caso ne consegua la mancata partecipazione alla fase *de qua*), comporterà una nullità d'ordine generale *ex art. 178* , lett. *b*), soggetta al regime intermedio di cui all'art. 180 ed alle sanatorie previste dall'art. 183 e 184 ; laddove invece si ripercuota in un danno dell'ente-imputato , sarà in questione la sussistenza o non , nell'ipotesi , di una nullità assoluta *ex art. 179* , 1 ° comma per <<omessa citazione >> .

In senso contrario si potrebbe obiettare la non riconducibilità della domanda cautelare dell'accusa nell'alveo dell'esercizio dell'azione penale e quindi, l'avviso alla persona giuridica dell'udienza camerale nella categoria della *vocatio in iudicium* ; ma ad una risposta contraria porta la consolidata giurisprudenza di legittimità riguardante l'analogo vizio rapportato all'udienza per il riesame delle misure coercitive: secondo tale indirizzo la mancata traduzione presso la rispettiva sede

causa a suo carico ; Nel corso dell'udienza camerale l'ente potrebbe chiedere d'essere ammesso a realizzare le condotte riparatrici *ex art 17 d.lgs. 231/2001* , ed ottenere nel caso di ammissione le favorevoli conseguenze di cui all'art 49 d.lgs. 231/2001 . In tal modo tale procedura anticipata risulterebbe essere il meccanismo più adeguato per favorire un rapido ritorno della società alla legalità, e quindi il raggiungimento di quella finalità rieducativa di cui all' art 27 Cost .; il giudice se ne emergono le condizioni potrebbe nominare un commissario giudiziale per la prosecuzione dell'attività , e il contraddittorio anticipato sembra congruo rispetto all'esigenza di offrire all'ente la possibilità di domandare tale commissariamento ,al fine di evitare l'interruzione dell'attività e le ripercussioni occupazionali di cui all'art 15 d.lgs. 231/2001.

dell'inquisito o la sua mancata audizione nel corso della procedura , determina nullità assoluta *ex art. 179, 1° comma c.p.p.*¹²²

Vi sarà una mera nullità intermedia *ex art. 178 lett. c)* laddove sia mancato o sia stato irregolare l'avviso concernente l'avvenuto deposito della domanda cautelare e della relativa documentazione.

Rimane da stabilire se l'interrogatorio di garanzia di cui all' art. 294 c.p.p. sia compatibile con un procedimento cautelare che prevede l'emissione della misura solo dopo che il giudice ha sentito le parti.

Per quanto riguarda la cumulabilità dell'interrogatorio di garanzia e dell' audizione dell' indagato che precede la misura della sospensione dall' esercizio di un pubblico ufficio, la giurisprudenza si espressa in senso favorevole facendo leva sulla diversa funzione che i due istituti svolgono e dal diverso apporto probatorio che li caratterizza. La ratio sottesa alle due forme di interrogatorio appare sensibilmente diversa: mentre il secondo, infatti, risponde ad esigenze di natura anche pubblicistiche, legate alla necessità di compiere una preventiva valutazione circa eventuali pregiudizi arrecati dalla adozione della misura alla continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico, il primo risponde esclusivamente ad esigenze di difesa dell'indagato. Ulteriore riprova della diversa natura e funzione dei due istituti si rinviene dall'esame della dinamica di esecuzione delle due forme di interrogatorio: infatti quello preventivo *ex art. 289 c. 2 c.p.p.* viene eseguito con le modalità indicate negli artt. 64 e 65 c.p.p. e senza previo deposito degli atti di indagine eventualmente utilizzati per la successiva emissione della misura cautelare. L'interrogatorio *ex art. 294 c. 1 bis c.p.p.*, invece, si svolge a seguito di rituale deposito degli atti utilizzati per l'adozione della misura cautelare

¹²² Cass. Pen. S.U. , 25 ,10 2000 n. 1184 ; Cass. Pen. , S. U. , 22,11,1996 n. 2125

(già emessa) e, quindi, nella piena conoscenza da parte dell'indagato del materiale probatorio a suo carico.

Guardando al procedimento di cui all' art. 47 d.lgs. 231/2001 possiamo concludere che lo scarto di valore tra il contraddittorio anticipato e l'interrogatorio di garanzie è davvero minimo e non permette di considerare cumulabili i due istituti : le garanzie offerte da un contraddittorio anticipato pieno ,nel quale è assicurata una *discovery* completa , sono più che sufficienti, e la previsione di un successivo interrogatorio comporterebbe un appesantimento procedurale senza alcun riscontro in termine di garanzia.¹²³

La differenza più vistosa potrebbe riguardare la funzione di verifica della permanenza delle condizioni di applicabilità delle misure e dell'esigenza cautelare. A questa esigenza però sopperisce l'art. 50 del d.lgs. 231/ 2001 , che impone al giudice l'obbligo di revocare, anche d'ufficio, la misura, quando risultino carenti, per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità, e che riconosce la facoltà delle parti di richiedere la sostituzione nei casi in cui le esigenze cautelari risultino attenuate ovvero la misura non sia più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata in via definitiva.

2.2. Le fattispecie di illecito che consentono l'interdizione cautelare

Il confronto fra il modello codicistico delle cautele personali ed il corrispondente sistema previsto per gli enti solleva

¹²³ G. FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit.,p. 547

delle riflessioni : l' *incipit* dell' art. 45 d.lgs. 231/ 2001 << quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato >> lascia apparentemente irrisolto il problema dell' individuazione di quei reati connotati da una gravità tale da poter comportare anche un'anticipazione dell' trattamento sanzionatorio-interdittivo, a scopi cautelari.

Emerge quindi la differenza con la disciplina del codice di rito che , con riguardo alle persone fisiche prevede che , solo in presenza di reati per cui sia prevista una pena detentiva superiore ad un determinato massimo, possa essere consentita la restrizione del bene giuridico tutelato dall' art. 13 Cost.

Un' attenta analisi del d.lgs. 231 / 2001 ci porta ad osservare però che l'intera gamma delle sanzioni interdittive previste dall' art. 9, 2° comma d.lgs. 231/2001 è irrogabile soltanto come conseguenza della commissione dei più gravi degli illeciti penali considerati dallo stesso decreto : in particolare solo per : *a)* la "corruzione propria" e quella in atti giudiziari ; *b)* l'istigazione a questi stessi delitti ; *c)* la concussione (art. 25 , 5° comma con riferimento al 2° e al 3° comma dello stesso art) ; *d)* i delitti in materia di falsità in monete , in carte di pubblico credito, od in valori da bollo (art. 25- *bis*) ; *e)* delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25 – *quater* 2°- 4° comma) ; *f)* le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25-*quater* 1° comma) ; *g)* la riduzione in schiavitù e la tratta ed il commercio di schiavi , l'alienazione o l'acquisto di schiavi, l'induzione alla prostituzione di minori, lo sfruttamento di minori per realizzare esibizioni pornografiche o produrre materiale pornografico o il commercio di tale materiale (art. 25 – *quinquies* 2° comma con riferimento al 1° comma lett. *a)* e *b)* dello stesso art) ; *h)* omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche o sulla

tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25-*septies* ,2 ° comma).

Invece solo le più lievi sanzioni interdittorie (divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ; esclusione da agevolazioni , finanziamenti , contributi o sussidi e la revoca di quelli eventualmente già concessi ; divieto di pubblicizzare beni e servizi) sono irrogabili nel caso di : *a*) malversazione a danno dello Stato ; *b*) indebita percezione di erogazioni a detrimento dello Stato ; *c*) certe ipotesi di truffa o frode aggravate dalla consumazione a danno dello Stato o di altri enti pubblici o delle Comunità europea (art. 25 , 3° comma , in relazione ai commi 1° e 2° dello stesso art) .

Infine è prevista soltanto la pena pecuniaria per taluni fatti più lievi in tema di corruzione (art. 25, 1° comma) e di falsità nummaria o in valori da bollo (art. 25 - *ter*) ; nonché per i reati societari (art. 25 – *ter*).

Se ci si attendesse alla lettera dell'art. 45 d.lgs. 231/2001, l'assenza di ogni distinzione fra i vari illeciti penali da cui può derivare la responsabilità dell' ente, potrebbe portare a concludere per l'applicabilità, nei confronti di quest'ultimo, di ogni forma di interdizione cautelare, anche per quei fatti che, in base al decreto in esame , sono punibili in via definitiva solo mediante una sanzione pecuniaria o una fra le <<meno pesanti >> sanzioni interdittive.

E' evidente però che tale soluzione è inaccettabile per molteplici ragioni. Prima di tutto la configurazione giuridica dell'ente come << macroantropo >> ¹²⁴, passibile di afflizione ma con le stesse garanzie previste per la persona fisica , rende applicabile l'art. 13 , 2 ° comma Cost., che legittima limitazioni della libertà personale solo << nei modi e nei casi previsti dalla legge >> . E quindi divergerebbe da tale criterio un sistema che da una parte assoggetta la responsabilità dell' ente al principio di

¹²⁴ P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 586

legalità (art. 2 d.lgs. 231/2001) e dall' altro rimetterebbe all' arbitrio del giudice la scelta della cautela da applicare per il reato in questione.¹²⁵

Inoltre è principio basilare di ogni sistema cautelare la sua strumentalità rispetto alla sanzione eventualmente applicabile in via definitiva. Sarebbe quindi contrastante con la ragionevolezza di cui all' art. 3 Cost. un modello che consentisse, sulla base del *periculum in mora* , un trattamento interinale più grave di quello autorizzato in esito ad una condanna irrevocabile.

Altro elemento a sostegno di tale soluzione interpretativa è l'art. 46 del d.lgs. 231/2001 che recita << ogni misura cautelare deve essere proporzionata (...) alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata all'ente >>. Conseguentemente non si può concludere per l'applicazione provvisoria di un trattamento interdittivo, per un illecito che, se accertato in una sentenza di condanna, potrebbe comportare solo una sanzione pecuniaria ovvero una sanzione interdittiva meno grave.

Infine lo stesso decreto all'art. 51 prevede: << Nel disporre le misure cautelari il giudice ne determina la durata, che non può superare la metà del termine massimo indicato dall' art. 13 , 2 ° comma (6 mesi) >> e << Dopo la sentenza di condanna di primo grado, la durata della misura cautelare può avere la stessa durata della corrispondente sanzione applicata con la medesima sentenza >> . Da queste disposizioni emerge un' ovvia volontà di collegare

¹²⁵ A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 404 adduce che << dichiarare lo stretto raccordo tra sanzioni e cautele interdittive comporta che in sede cautelare si trasferiscano i medesimi vincoli fissati per l'applicazione della sanzione.

la durata delle cautele interdittive a quella della sanzione eventualmente applicabile.¹²⁶

Ciò porta a disattendere l'isolata presa di posizione giurisprudenziale ¹²⁷, secondo la quale il decreto legislativo in questione, consentendo l'interdizione dall'esercizio dell'attività << quando ogni altra misura risulti inadeguata >> (art. 46 , 3° comma) , permetterebbe un provvedimento del genere, sussistendo una simile situazione di estrema necessità , prescindendo dalla condizione che l'interdizione-sanzione sia irrogabile all'ente con la sentenza di condanna per quell'illecito.

Tuttavia la disposizione considerata a fondamento della decisione deve essere interpretata in senso restrittivo: introduce solo una norma nel caso occorra scegliere fra più cautele legittimamente applicabili per una fattispecie, ma ciò implica che l'interdizione cautelare appartenga a tale novero; dove non risulti realizzata la suddetta condizione, la suddetta cautela massima non si potrà applicare.

Tale decisione è stata infatti censurata dalla Cassazione ¹²⁸ : la Suprema corte nel caso di specie ha quindi stabilito che allorchè il reato presupposto sia quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.) possono essere applicate in via cautelare solo le sanzioni interdittive previste dall' art. 9 , 2° comma *lett c) , d) ed e) ,* ma non anche quelle previste dalle lettere *a) e b) (e quindi l'interdizione dall'esercizio dell'attività)* che non sono elencate fra quelle comminabili all'ente nel caso di condanna per tale tipo di illecito (art. 24 , 3° comma d.lgs. 231/2001). Si legge infatti nella

¹²⁶ P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 587

¹²⁷ Tribunale del riesame di Benevento , ordinanza 10 ottobre 2006 , caso Smell , in www.reatisocietari.it (ultimo accesso 1 Aprile 2014)

¹²⁸ Cass. Sez II , 26 Febbraio 2007 , n. 105000 , in *Cass. pen.* , 2007 , 84

motivazione << (...) la congiunzione “ e ” che nell’art. 46, 2 ° comma collega i due parametri (entità del fatto e della sanzione) rilevanti nell’apprezzamento della proporzionalità della cautela , impone al giudice, che applica la cautela , di svolgere un giudizio prognostico circa la sanzione che ritiene potrà essere applicata all’ente all’esito del giudizio. Ciò significa che, per rispettare il principio di proporzionalità , il riferimento alla sanzione “finale” è imprescindibile, confermandosi anche per tal verso , che non può essere applicata in, via provvisoria, una sanzione interdittiva cui applicazione non è prevista, in sede di condanna, in relazione al tipo di illecito contestato >> .

Altre pronunce della Cassazione ¹²⁹ ribadiscono tale concetto sottolineando che << in base ai principi di proporzionalità e di tassatività, affermati dagli artt. 46 comma 2 e 13 comma 1 d.lgs. 231 del 2001, le sanzioni interdittive e le corrispondenti misure cautelare sono applicabili per i reati rispetto ai quali, oltre ad essere previsto espressamente l’illecito a carico dell’ente, è anche espressamente stabilita l’applicabilità di sanzioni interdittive. >>

Molto interessante per le problematiche affrontate è un’altra pronuncia della Suprema Corte in argomento ¹³⁰ secondo cui <<

¹²⁹ Cass., VI Sez. , Sent. 1 dicembre 2010 , n. 42701 , ENI , in *CED Cass. Pen .* 2010 ; nel caso in questione ha rilevato che << il reato di corruzione internazionale di cui all’art. 322-bis c.p.,(da cui discende l’illecito di cui è responsabile l’ente nella situazione in esame) è richiamato dall’art. 25 comma 4 d.lgs. 231/2001 come reato presupposto dell’illecito amministrativo, per il quale sono previste soltanto sanzioni pecuniarie, mentre il comma 5 dell’art. 25 cit. commina anche sanzioni interdittive, ma solo per i reati indicati nei precedenti commi 2 e 3, senza fare alcun riferimento né al comma 4 né direttamente all’art. 322-bis c.p. La conclusione è che per il principio di tassatività dell’applicazione di sanzioni interdittive non può ritenersi che queste siano espressamente previste nel caso di corruzione internazionale, neppure in sede cautelare >>

¹³⁰ Cass. Sez II , 29 Settembre 2009 , n. 41488 , Rimoldi , in *Corr. Trib. ,* 2009 , p. 3826 ; nel caso concreto trattasi di una fattispecie relativa all’annullamento del provvedimento di sequestro preventivo ai fini di confisca del profitto del reato di

qualora il reato commesso nel vantaggio o nell'interesse di un ente non rientri fra quelli che fondano la responsabilità ex d.lgs. 231/2001 di quest'ultimo, ma la relativa fattispecie ne contenga o assorba un'altra che invece è inserita nel catalogo dei reati – presupposto della stessa, non è possibile procedere alla scomposizione del reato complesso o di quello assorbente al fine di configurare la responsabilità della persona giuridica.>>

Anche la giurisprudenza di merito ¹³¹ si è pronunciata sulla questione affermando che il principio di cui all'art. 13 d.lgs. 231/2001, il quale stabilisce che le sanzioni interdittive si applicano solo in relazione ai reati per i quali sono espressamente previsti, vale anche in sede cautelare, respingendo quindi, in particolare, la richiesta di applicazione della misura cautelare dell'interdizione dell'attività nei confronti di un ente imputato del reato di truffa, dal momento che l'art. 24 d.lgs. 231/2001 non prevede per tale reato quel tipo di sanzione.

Un'ultima precisazione riguardo all'applicazione della misura cautelare dell'interdizione dall'esercizio dell'attività: non è possibile ovviamente applicare in via definitiva interdizioni a titolo di misura cautelare, ma ciò non toglie che, ove in base all'art. 16 d.lgs. 231/2001 possa pronosticarsi che all'esito del giudizio si potrà applicare in via definitiva l'interdizione – sanzione, per l'applicazione temporanea della corrispondente interdizione – misura cautelare, ci si potrà riferire ai presupposti previsti dall'art. 16 per la sanzione definitiva.

Si potrà quindi applicare la misura cautelare dell'interdizione dall'esercizio dell'attività quando si pronostichi

truffa aggravata ai danni dello Stato contestata ad una società in seguito alla sua enucleazione da quello di frode fiscale contestato invece agli amministratori della medesima.

¹³¹ G.i.p. del Tribunale di Milano, 20 Settembre 2004, IVRI Holding S.p.a. ed altri, in *Guida dir.* 2004 n. 47, p. 69

che all'esito del giudizio sussistano i seguenti presupposti: triplice condanna nel settennio precedente all'interdizione dall'esercizio dell'attività ; stabile destinazione dell'ente o di una sua unità organizzativa alla commissione di illeciti ; responsabilità dell'ente per un illecito dipendente da reato per cui è espressamente prevista la sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività .¹³²

Si può a questo punto osservare come l'ambito di oggettiva operatività degli strumenti interdittivi risulti ridotto in quanto dipendente dalle scelte sanzionatorie effettuate dal legislatore con riferimento ai vari illeciti.¹³³ Come si è infatti osservato accanto a reati per il quale il ricorso alle cautele risulta limitato a talune di quelle previste dall' art. 9, 2° comma d.lgs. 231/2001, si collocano ipotesi delittuose , anche sopravvenute (v. art. 25 – *sexies* in materia di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato , inserito dalla l. 18 Aprile 2005 , n. 62) e, addirittura interi settori di illeciti innestati *ex novo*, per i quali l'impiego di misure interdittive è precluso essendo prevista solo la sanzione pecuniaria (ci riferiamo all' art. 25 – *ter* aggiunta dal d.lgs. 11 Aprile 2001 , n. 61 in attuazione di un progetto di riforma del diritto societario).

Per gli illeciti dipendenti da questi reati, l'esclusione dell'applicabilità delle sanzioni interdittive determina la

¹³² BASSI-EPIDENDIO ,*Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 402

¹³³ G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 516 , evidenzia come nel momento in cui l'incidenza del sistema cautelare è condizionato dalle scelte sanzionatorie , il legislatore nell'inserire le fattispecie di illecito amministrativo deve dosare con particolare attenzione le sanzioni , tenendo conto che è da quelle opzioni che dipenderà l'ambito applicativo delle cautele.

neutralizzazione del rischio cautelare riferibile all' applicabilità di misure interdittive.¹³⁴

Alcune riserve sono state avanzate riguardo tale soluzione legislativa considerata di dubbia legittimità per varie ragioni : è stato censurato l'eccesso di delega e la violazione del principio di uguaglianza in quanto la l. d. 366/2001 , invitando a regolare la responsabilità delle persone giuridiche per i reati societari << nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella l. 29 settembre 2000 , n. 300 e nel d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 >> non avrebbero consentito disparità di trattamento rispetto a quei reati per i quali è prevista l'applicazione di sanzioni interdittive a carico dell' ente .¹³⁵

Prescindendo dalla fondatezza di tali rilievi, si può però osservare come ancora una volta le scelte del legislatore siano state << minimaliste >>¹³⁶ e difficilmente condivisibili sul piano dell'efficacia degli strumenti di contrasto a tali fenomeni criminali, restando al di fuori dell'operatività del meccanismo cautelare un' ampia gamma di reati che caratterizzano fortemente l'attività delittuosa dei <<colletti bianchi>>, primi fra tutti i reati societari .¹³⁷

¹³⁴ A. PRESUTTI , *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 405

¹³⁵ A. MANNA , *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V , 125

¹³⁶ A. PRESUTTI , *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 405

¹³⁷ Vedi Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 , n. 231, p. 9

2.3 La valutazione della fattispecie complessa che compone l' illecito amministrativo

L'art. 45 d.lgs. 231/2001 indica i presupposti per l'applicabilità delle misure cautelari, condizionandone il ricorso prima di tutto alla sussistenza di gravi indizi sulla responsabilità dell'ente e richiamando quindi la disposizione contenuta nell' art. 273, 1° comma c.p.p.

Per analizzare il connotato di gravità indiziaria , possiamo riferirci alla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui per cui l'applicabilità di una misura cautelare, la valenza probatoria degli indizi può essere inferiore a quella necessaria per giustificare il giudizio al termine del procedimento¹³⁸ , nel senso che devono essere valutati nell'ottica di un giudizio prognostico al fine di verificare, allo stato degli atti , il *fumus commissi delicti* , quindi il grado di responsabilità dell' ente. I gravi indizi devono in sostanza << essere individuati in quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa , anche indiretti, che se bene di per se non siano idonei a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità del reato all'indagato con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia , apprezzati nel complesso e nella loro concatenazione logica , consentono di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza.¹³⁹>>

¹³⁸ Sez. un. , 30 Maggio 2006 , SPENNATO, n. 234598 , in *CED Cass.* n. 234598; Cass. , 10 Marzo 1999, CAPRIATI , in *CED Cass.* n. 212998 ; Cass. , 10 Marzo 1999 ,CERQUA , in *CED Cass.* n. 214668 ; Cass. , 19 Gennaio 1994 , D'ORONZO , in *Riv.pen.* 1995 , p. 120 .

¹³⁹ Sez. Un. 21 Aprile 1995 , COSTANTINO, in *Cass. Pen.* 1995, n. 2840 ; Cass. , 20 Settembre 2006 , MAZZA , in *CED Cass.*, n. 234897 ; Corte Cost. , 24 Aprile 1996 , n.131, in *Foro.it.* 1996, I , p. 1498 << L'approfondimento dei gravi indizi deve portare a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità , in un procedimento che avvicina la prognosi

L'art. 45 rinvia quindi integralmente alla nozione di indizio contenuta nell' art. 273 , 1° comma, c.p.p., distinguendola dalla "prova indiziaria" : conseguentemente si riproporranno, anche nel procedimento a carico delle persone giuridiche, le questioni relative all'applicabilità delle disposizioni generali sulle prove alle misure cautelari.

Inoltre il riferimento al concetto codicistico di indizio dovrebbe comportare la trasposizione, nell'ambito dell' art. 45 , delle modifiche apportate dalla l. 1° Marzo 2001, n. 63 , che ha introdotto il comma 1-bis nell'art. 273 c.p.p., secondo cui nel valutare i gravi indizi di colpevolezza devono trovare applicazione le norme sui riscontri per le dichiarazioni di coimputati e imputati in procedimenti connessi previste dall' art. 192 comma 3 e 4 c.p.p. (oltre a quelle degli art. 197 , 7° comma c.p.p. sulla indicazione della fonte della dichiarazione de relato; 203 c.p.p. sul divieto di utilizzare le dichiarazioni degli informatori della polizia giudiziaria e 271 c.p.p. sulla inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni illegittime).¹⁴⁰

sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti utilizzando indizi e non prove >>.

¹⁴⁰ G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 520 <<La riforma ha comportato un riassetto delle soluzioni della giurisprudenza in materia di riscontri necessari per l'attendibilità della chiamata in correità come presupposto indiziario per l'adozione di una misura cautelare personale, con il superamento dell'orientamento che escludeva l'ingresso nel procedimento cautelare , delle regole probatorie stabilite per la chiamata di correo , in relazione al necessario carattere individualizzante dei riscontri esterni , senza tuttavia arrivare ad una totale omogeneizzazione fra i canoni valutativi richiesti per i gravi indizi cautelari ai fini dell' applicabilità di una misura cautelare e quelli richiesti per una pronuncia di condanna. Tali problematiche riguarderanno anche l'ipotesi in cui sia l'ente ad essere accusato da un imputato in un procedimento connesso >> .

Strettamente connessa alla tematica in esame, ed in particolare al valore della prognosi di colpevolezza che il giudice pone in essere emanando una misura cautelare nei confronti dell'ente, risulta una recente pronuncia della Suprema Corte¹⁴¹. Nel caso in analisi gli indagati per il reato presupposto avevano prospettato l' incompatibilità (artt. 34 e 36 c.p.p.) al giudizio di merito nei loro confronti dei componenti del collegio giudicante, avendo gli stessi giudici già rigettato, con ordinanze adottate *ex art.* 52 d.lgs. 231/2001, l'appello avverso misure interdittive proposto dalle due società di cui gli imputati erano rispettivamente amministratore e legale rappresentante.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso degli imputati persone fisiche sottolineando che i giudici, emettendo una misura cautelare nei confronti degli enti, si erano già pronunciati sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza sulla commissione del reato presupposto da parte degli imputati, e che in tal caso si era di fronte ad un giudizio prognostico di responsabilità a tutti gli effetti. I due procedimenti erano inoltre separati nonostante non ricorressero le condizioni di cui all'art. 38 d.lgs. 231/2001 e si trovavano in fasi processuali diverse (quello a carico degli enti si trovava in fase di indagini , quello a carico delle persone fisiche in fase dibattimentale). Tale circostanza in particolare renderà quindi applicabile l'art. 37 c.p.p.¹⁴² come integrato dalla Corte Costituzionale¹⁴³, il quale comporterà la ricusabilità dell'organo

¹⁴¹ Cass. Sez. VI, 12 marzo 2014, Rosi Giordano , *inedita*

¹⁴² Ma non l'art. 34, secondo comma c.p.p. come interpretato dalla sentenza n.131 del 24 aprile 1996 per cui sussiste l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che, come componente del tribunale del riesame, si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare nei confronti dell'indagato o dell'imputato

¹⁴³ Sent Corte Cost. n. 283/2000, per cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di tale articolo nella parte in cui non prevede che possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un

giudicante. La Suprema Corte ha quindi ribadito che << addurre che, in riferimento ai gravi indizi di colpevolezza valutati dal giudice nell'emettere una misura cautelare interdittiva, non si esprima un giudizio prognostico di responsabilità individuale dell'autore del reato è un assunto che confligge con i principi di realtà e ragionevolezza, avvenendo proprio il contrario >>.

La valutazione sui gravi indizi di colpevolezza deve essere necessariamente riferita alla fattispecie complessa che integra l'illecito amministrativo riferibile all'ente.¹⁴⁴

Quindi l'ambito di valutazione del giudice nel procedimento incidentale cautelare, comprende non solo il fatto di reato (presupposto dell' illecito amministrativo), ma si estende a verificare la sussistenza dell'interesse o vantaggio derivante all'ente, nonché il ruolo dei soggetti indicati dall' art. 5 comma 1, lett. a) e b) d.lgs.231/2001¹⁴⁵, verifica che comprende anche la

imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto

¹⁴⁴ Ovviamente, ai fini della relativa valutazione, nulla impedisce al giudice di attingere agli atti di indagine, offerti dal P.M. richiedente, relativi al reato presupposto, i quali possono ben svelare il <<movente >> che ha mosso l'autore del reato ove questi, ad esempio, abbia attinto ad un fondo nero dell'azienda per versare il compenso corruttivo, risultando in tal caso evidente che il soggetto attivo ha agito nell'interesse o vantaggio della società. così G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 148; F. PRETE, *Le misure cautelari nel processo contro gli enti*, in *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato* a cura di FIORELLA –LANCELOTTI, cit., p. 308

¹⁴⁵ P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 1112; P. BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatori – premiali nel nuovo sistema di responsabilità amministrativa a carico degli enti collettivi*, cit., p. 578; BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 396; NUZZO, *Le misure cautelari*, cit., p. 1488; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 124.

clausola di esclusione della responsabilità dell'ente nel caso la condotta sia stata posta in essere nell'interesse esclusivo dei soggetti apicali o di terze persone (art. 5 , 2° comma d.lgs. 231/2001) .

La legge poi prevede dei presupposti generali di applicabilità di tale forma di responsabilità dipendente da reato, cioè elementi che non devono sussistere affinché si possa affermare la responsabilità dell'ente: carattere non territoriale, non pubblico o non di rilievo costituzionale dell'ente (art. 1, 3° comma d.lgs 231/2001); estinzione per amnistia del reato da cui dipende l'illecito e l'assenza di rinuncia all'amnistia da parte dell'ente (art. 8 , d.lgs. 231/2001).

Accanto ad elementi positivi e negativi della fattispecie il legislatore ha previsto elementi impeditivi della responsabilità dell'ente, costituiti dall'adozione “ *ante factum*” di un modello di organizzazione idoneamente attuato per prevenire reati della specie di quelli commessi, con le ulteriori condizioni, in caso di reato commesso da soggetti apicali, dell'affidamento dei poteri di iniziativa e controllo ad un organo dell'ente dotato di poteri autonomi, e della commissione del reato mediante elusione fraudolenta dei modelli nonché della sufficiente vigilanza da parte dell'organo di controllo (art. 6 e 7 d.lgs.231/ 2001). A tal riguardo, si rimanda al paragrafo 1.6 per la questione della distribuzione dell'onere della prova.¹⁴⁶

¹⁴⁶ BASSI-EPIDENDIO ,*Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 398 , evidenzia come anche in questo caso siano previste delle condizioni di procedibilità : sussistenza delle condizioni di procedibilità per il reato da cui dipende l'illecito amministrativo ; richiesto del Ministro della Giustizia nei confronti dell'ente per il reato commesso all'estero se l'ente ha la propria sede principale in Italia nei casi e alle condizioni di cui agli art 7, 8 e 9 c. p.

Negli stessi termini è orientata la giurisprudenza di legittimità ¹⁴⁷, ferma nell'asserire che, per l'applicazione delle misure interdittive in sede cautelare, è necessario che il requisito della gravità indiziaria risulti sussistente in relazione ad ognuno degli elementi della fattispecie complessa da cui deriva la responsabilità dell'ente. Sempre secondo la Suprema Corte ¹⁴⁸ << *il fumus commissi delicti* va inteso come qualificata probabilità della sussistenza dei presupposti della responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica, da valutarsi con una prognosi riguardante sia gli estremi di uno dei reati, espressamente ritenuto idoneo dal decreto a fondare detta responsabilità, sia anche la riferibilità del fatto ad uno dei livelli qualificati di organizzazione dell'ente di cui all'art 5 dello stesso decreto >> .¹⁴⁹

¹⁴⁷ Cass, Sez VI, 23 giugno 2006 , LA FIORITA S.r.l., cit.

¹⁴⁸ Cass. Sez II , 26 Febbraio 2007 , n. 105000 , cit.

¹⁴⁹ Nello stesso senso anche Trib. Milano , 20 Dicembre 2004 , IVRI- COGEFI, cit. Utile anche analizzare l' Ordinanza del 27 Aprile 2004 , SIEMENS , cit. , per comprendere il modo in cui la giurisprudenza di merito individua e valuta il *fumus commissi delicti* consideriamo l'esempio del tribunale di Milano ¹⁴⁹ , che ha ritenuto costituire grave indizio di responsabilità dell'ente l'aver preconstituito fondi neri all'estero ed aver predisposto una serie di operazioni contabili dirette a dissimulare la dazione corruttiva. In particolare , nel caso in questione , il Giudice per le indagini preliminari era chiamato a decidere in merito alla richiesta del pubblico ministero di applicazione della misura interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione nei confronti di una società sottoposta ad accertamento della responsabilità amministrativa, derivante dal reato di corruzione aggravata , addebitato a persone sottoposte a poteri di direzione e vigilanza . Riguardo ai gravi indizi di responsabilità dell'ente , nella decisione si rileva che i tre indagati rientrano per qualifica e ruolo ricoperti, nel novero dei soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza (art 5 , lett b) . Essi inoltre avrebbero agito nell'interesse prevalente se non esclusivo (<< non potendosi escludere una ricompensa per i funzionari che hanno posto in essere con successo l'opera di corruzione >>) della società . Quanto al requisito della mancata adozione e attuazione efficace di un modello organizzativo idoneo alla prevenzione di reati del tipo di quelli verificatisi , nell'ordinanza si ipotizza che

Parte della dottrina ha evidenziato come la complessità dell'attività di accertamento del giudice verosimilmente potrà comportare un aumento dei margini di discrezionalità.¹⁵⁰

La valutazione dei gravi indizi nel procedimento cautelare non limita il proprio ambito alla sussistenza della fattispecie complessa che comporta l'imputabilità dell'ente, attraverso il combinato disposto dagli art. 5 – 7 e 24 – 26 d.lgs. 231 / 2001, in quanto investe l'ulteriore profilo della legittimità dell'applicazione della misura *ex art. 13 lett. a) e b) d.lgs. 231/ 2001*.

La norma in questione subordina l'applicabilità delle sanzioni interdittive alla sussistenza di almeno¹⁵¹ una delle seguenti condizioni: *a)* che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato risulti commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza quando, in questo caso, la commissione del reato sia stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; *b)* che

la società non solo non si sia dotata di detto modello, ma si sia resa ispiratrice e complice delle condotte degli indagati, si legge infatti: << le modalità con le quali l'azione corruttiva è stata posta in essere dai funzionari (interposizione nell'erogazione della tangente di un soggetto terzo, al fine di rendere più difficile l'individuazione della fonte del pagamento; periodicità dei pagamenti, scadenzati in funzione del procedere della gara e dell'effettuazione della fornitura), e soprattutto la pre-esistenza di conti e fondi riservati utilizzati per la commissione di reati, dimostrano non solo l'inefficacia del modello adottato e l'inattività degli organi preposti a verificarne il funzionamento, ma anche che l'ente considerava l'erogazione di tangenti quantomeno come una possibile strategia imprenditoriale, per l'attuazione della quale aveva anche proceduto alla costituzione di fondi neri >>. Vedi anche Trib. Salerno, 28 Marzo 2003, Soc IVAM, in *Cass. pen.* 204, p. 266; G.i.p. Trib. Vibo Valentia, 20 Aprile 2004, Soc OFIN, in *Foro.it* 2005, II, p.31

¹⁵⁰ G FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 522

¹⁵¹ L'alternatività dei requisiti è stata sottolineata nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. II, 24/11/2011, n. 4703

l'ente abbia reiterato nel tempo gli illeciti. Solo in presenza di questi elementi il giudice potrà applicare una delle sanzioni interdittive previste dall' art. 9 , 2° comma d.lgs. 231/ 2001 .

Nell'ambito cautelare ciò significa che il giudice dovrà accertare, sempre sul piano indiziario ¹⁵² , la sussistenza di una delle due condizioni per poter applicare una misura interdittiva, rispettando il collegamento fra sanzione definitiva e misura cautelare. Se l'organo giudicante agisse diversamente, prescindendo dalla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, applicherebbe una misura interdittiva laddove al giudice della cognizione sarebbe impedita l'irrogazione dell'analogo sanzione, violando il criterio di proporzionalità di cui all'art. 46 d.lgs. 231 / 2001. Ciò determinerebbe senza dubbio l'illegittimità del provvedimento .¹⁵³

¹⁵² Parte della dottrina ha rilevato , con riguardo alle previsioni dell'art 13 , che sulla decisione cautelare incidono elementi della condotta dell'ente ancor prima che ne sia stato effettuato il relativo compiuto accertamento , che invece sorregge la valutazione giudiziaria in sede di applicazione della sanzione . Di qui la necessità di esigere una mera , ancorché solida consistenza indiziaria di tali elementi (F. PERONI , *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit. , p.249 ; A. PRESUTTI , *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 406 ; negli stessi termini anche Cass. 23 Giugno 2006 , LA FIORITA, cit.)

¹⁵³ Cfr. , CERESA GASTALDO, *Il processo alle società nel D.Lgs. 8 Giugno 2001, n. 231*, Torino , Giappichelli 2002, p. 39 , secondo cui << alla dimostrazione dei gravi indizi di responsabilità dell'ente e del *periculum in mora* , andrà necessariamente premesso il riscontro circa la corrispondenza della fattispecie per il quale si procede con la previsione di cui all' art 13 >> ; Evidenziano la centralità della valutazione delle condizioni di cui all' art 13 anche R. BRICHETTI , *Il sistema cautelare*, in Resp. Amm.. soc. enti, 2012, n. 1, cit., p. 273 ; BASSI-EPIDENDIO ,*Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 401 ; NUZZO , *Le misure cautelari* , cit. , p. 1489 ; G. PAOLOZZI , *Vademecum per gli enti sotto processo* , cit. , p. 147 ; F. PERONI, ne *Il sistema delle cautele*, in

A ciò consegue che anche ove risulti una delle condizioni di cui all' art. 12 d.lgs. 231/2001, relative al caso in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi , con un minimo vantaggio da parte dell' ente e all'ipotesi in cui sia stato arrecato un danno di particolare tenuità, sarebbero inapplicabili le misure cautelari , dal momento che l'art. 13, 3° comma, d.lgs. 231/2001 esclude che in tali casi possano essere irrogate le sanzioni interdittive.

Si badi che <<la particolare tenuità>> ha ad oggetto non il reato, che potrebbe essere tutt'altro che lieve, ma l'illecito dell'ente, segnatamente il grado di coinvolgimento della persona giuridica 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»¹⁵⁴

2.4 La nozione di profitto contenuta nell'art 13 del D.Lgs n°231/2001

Si è detto che per l'applicabilità di una misura interdittiva è necessario che sia integrata una delle condizioni cui l'art. 13

GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 248 . Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità : Cass. 23 giugno 2006 , n. 32627 , LA FIORITA , cit. ; Cass. Sez. II 20 Dicembre 2005 n. 3615 , JOLLY MEDITERRANEO , in *Guida al Dir.* 2006, p. 61; nel merito G.i.p. Trib. Milano , 20 settembre 2004 , IVRI Holding S.p.a., cit. ; Trib. Milano 28 ottobre 2004 , SIEMENS , cit. ; G.i.p Trib. Vibo Valentia , 20 Aprile 2004 , Soc. OFIN, cit., ; Trib. Milano , 14 Dicembre 2004 , COGEFI , in *Foro. It* , 2005 , II , p. 547

¹⁵⁴ Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001 , n. 231 ., p. 41

subordina l'irrogazione di sanzioni interdittive. Un problema particolare si è posto con riguardo a cosa intendere per << profitto di rilevante entità >>, nozione che la norma tralascia di definire provocando incertezze interpretative.¹⁵⁵

Stante la stretta connessione fra concetto di profitto e l'istituto della confisca, è opportuna una breve analisi di quest'ultimo.

La confisca ha sempre conservato, nell'ordinamento italiano una natura <<proteiforme>>. Nel Codice Zanardelli del 1889, era elencata tra gli "effetti penali della condanna", anche se erano previste ipotesi in assenza di questa, che anticipavano in qualche maniera gli sviluppi della disciplina dell'istituto. Il codice Rocco ha classificato la confisca di cui all'art. 240 c.p. tra le misure di sicurezza, pur prescindendo dall'accertamento della pericolosità dell'autore del reato, come accade per l'applicazione delle misure di sicurezza personali (l'art. 236 c.p., che disciplina le misure di sicurezza patrimoniali, non richiama - infatti - l'art. 202 c.p.).

La giurisprudenza ha sempre riconosciuto nella confisca disciplinata dal codice penale, in linea con la scelta del legislatore, una effettiva misura di sicurezza patrimoniale, basata sulla pericolosità derivante dalla disponibilità di cose servite o destinate a commettere il reato ovvero delle cose che ne sono il prodotto o il profitto e finalizzata a prevenire la commissione di ulteriori reati, anche se i corrispondenti effetti ablativi si risolvono sostanzialmente in una sanzione pecuniaria¹⁵⁶. Successivamente sono state introdotte nell'ordinamento, in maniera sempre più frequente, ipotesi di confisca obbligatoria dei beni strumentali alla consumazione del reato e del profitto ricavato, le quali hanno posto

¹⁵⁵ P. BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatori – premiali nel nuovo sistema di responsabilità amministrativa a carico degli enti collettivi*, cit., p. 577

¹⁵⁶ Cass. S.U. 22 gennaio 1983, Costa

in crisi le costruzioni dommatiche elaborate in passato e la identificazione, attraverso il nomen iuris, di un istituto unitario, superando così i ristretti confini tracciati dalla norma generale di cui all'art. 240 c.p. (si pensi esemplificativamente alla confisca di cui agli artt. 322 *ter*, 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 648 *quater* c.p., art. 2641 c.c., d.lgs. n. 58 del 1998, art. 187, D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2).

A conferma della determinazione con cui il legislatore ha inteso e intende perseguire l'obiettivo di privare il reo soprattutto del profitto derivante dal reato, non va sottaciuta la progressiva moltiplicazione delle ipotesi di confisca nella forma per equivalente, che va ad incidere cioè, di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto "principale", su somme di denaro, beni o altre utilità di pertinenza del condannato per un valore corrispondente a quello dello stesso profitto. L'obiettivo perseguito, non più incentrato sull'equivoca pretesa della pericolosità delle cose, tende a superare la rigida catalogazione codicistica dell'istituto. La confisca cd. di valore è stata introdotta in molte norme del codice penale (artt. 322 *ter*, 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 648 *quater* c.p.) e in disposizioni della legislazione speciale (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 (T.U.F.), art. 2641 c.c., L. n. 146 del 2006, art. 11).

Vi sono, poi, ipotesi di confisca cd. "speciale", come quella prevista dalla L. n. 356 del 1992, art. 12 *sexies* (avente ad oggetto i valori di cui il condannato per determinati reati non è in grado di giustificare la legittima provenienza e comunque sproporzionati rispetto alla capacità reddituale del medesimo condannato) o quella prevista in materia di prevenzione dalla L. n. 575 del 1965, art. 2 *ter*.

Si deve evidenziare come anche la giurisprudenza europea¹⁵⁷ si è pronunciata sulla natura della confisca: la Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento ad una fattispecie di lottizzazione abusiva, ha stabilito che l'irrogazione della sanzione della confisca dei beni non può prescindere dall'accertamento della responsabilità di colui che ha realizzato l'opera, verificandosi in tal caso una violazione del principio di legalità ai sensi dell' art. 7 della C.e.d.u.. Ciò evidentemente presuppone la natura sanzionatoria della confisca che << non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge ¹⁵⁸ >>. La Corte qualifica quindi tale forma di confisca come <<pena >> ai sensi dell' art. 7 C.e.d.u.

Sulla base della tracciata evoluzione normativa, appare assai difficile, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere in quella di valore i tratti propri di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione special - preventiva e vero e proprio intento punitivo.

Sulla natura certamente sanzionatoria della confisca di valore si è espressa la Corte Costituzionale ¹⁵⁹, che ha ritenuto l'art. 3 della l. del 29 settembre del 2000, n. 300, che ha introdotto nel codice penale l' art. 322-ter, non applicabile ai reati tributari commessi anteriormente alla sua stessa entrata in vigore, giungendo a ritenere che la confisca per equivalente assolve una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica,

¹⁵⁷ C. eur. dir. uomo, seconda sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09 ; C. eur. Dir. Uomo, seconda sez. , sent. 20 gennaio 2009 , Sud Fondi S.r.l. c. Italia

¹⁵⁸ C. eur. Dir. Uomo, seconda sez. , sent. 20 gennaio 2009 , Sud Fondi S.r.l. c. Italia

¹⁵⁹ Ord. n. 97 della Corte Costituzionale, pubblicata il 2 aprile 2009

modificata in favore del *reo* dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale.

Con il termine "confisca", in sostanza, si individuano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato. D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale, sin dagli anni sessanta ¹⁶⁰, precisava che << la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica >> e che <<il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa", con l'effetto che viene in rilievo "non una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge >>.

L'istituto della confisca previsto dal d.lgs. 231/2001 assume connotati diversi a seconda del concreto contesto in cui è destinato ad operare : l' art. 9, comma 1, lett. c) prevede la confisca come sanzione, il cui contenuto e i cui presupposti applicativi sono precisati nell'art. 19, comma 1, che testualmente recita: <<Nei confronti dell'ente è 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 >>.

L'art. 6, 5° comma statuisce che << è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente >> : è prevista quindi la confisca del profitto del reato, commesso da persone che rivestono funzioni apicali, anche nell'ipotesi particolare in cui l'ente vada esente da responsabilità,per

¹⁶⁰ Corte Cost. 25 maggio 1961 n. 29; Corte Cost. 4 aprile 1964 n. 46

avere validamente adottato e attuato i modelli organizzativi previsti disciplinati dalla stessa norma. In questa ipotesi, riesce difficile cogliere la natura sanzionatoria della misura ablativa, che si differenzia strutturalmente da quella di cui all'art. 19, proprio perché difetta una responsabilità dell'ente. Una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare in tale tipo di confisca una finalità esclusivamente preventiva, collegata alla pericolosità del profitto di provenienza criminale. Ritiene la Suprema Corte che, in questo specifico caso, dovendosi - di norma - escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito.

Si ricorda infine l'art. 15, comma 4 che prevede, in caso di commissariamento dell'ente, che << il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività >> debba essere confiscato.

Quanto al profitto, oggetto della misura ablativa, non è rinvenibile in alcuna disposizione legislativa una definizione della relativa nozione, ma il termine è utilizzato, nelle varie fattispecie in cui è inserito, in maniera meramente enunciativa, assumendo quindi un'ampia "latitudine semantica" che deve essere colmata in via interpretativa. Nel linguaggio penalistico il termine ha assunto sempre un significato oggettivamente più ampio rispetto a quello economico o aziendalistico, non è stato cioè mai inteso come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito.

In particolare, il profitto del reato a cui fa riferimento l'art. 240 c.p., comma 1 va identificato con il vantaggio economico

ricavato in via immediata e diretta dal reato e si contrappone al "prodotto" e al "prezzo" del reato. Il prodotto è il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato; il prezzo va individuato nel compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito. Carattere onnicomprensivo si attribuisce poi alla locuzione << provento del reato >> , che ricomprenderebbe tutto ciò che deriva dalla commissione del reato" e, quindi, le diverse nozioni di prodotto, profitto e prezzo.¹⁶¹

La nozione di profitto come "vantaggio economico" ritratto dal reato è tradizionalmente presente nella giurisprudenza della Suprema Corte ¹⁶², che, però, ha avuto modo anche di precisare che all'espressione non va attribuito il significato di <<utile netto>> o di <<reddito>>, ma quello di <<beneficio aggiunto di tipo patrimoniale>>, a superamento quindi dell'ambiguità che il termine "vantaggio" può ingenerare.¹⁶³

Altro principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità è che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo: occorre cioè una correlazione diretta del profitto col reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e

¹⁶¹ Cass. Pen, S.U. 28 aprile 1999 n. 9, Bacherotti

¹⁶² (Cass. Pen. S.U., 3 marzo 1996 n. 9149, Chabni; Cass. Pen. S.U. 24 maggio 2004 n. 29951, Curatela fall., in proc. Focarelli

¹⁶³ Cass. Pen. S.U. 24 maggio 2004 n. 29952, Curatela fall., in proc. Romagnoli; Cass , sez. VI , 6 maggio 2003, n. 26747, Liguori).

qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall'illecito.¹⁶⁴

A tale criterio di selezione s'ispira anche la recente pronuncia delle Sezioni Unite¹⁶⁵ che, con riferimento alla confisca-misura di sicurezza del profitto della concussione, ha privilegiato una nozione di profitto in senso <<estensivo>>, ricomprendendovi anche il bene acquistato col denaro illecitamente conseguito attraverso il reato, ma ha evidenziato che tale reimpiego deve essere comunque casualmente ricollegabile al reato e al profitto immediato dello stesso. Si ribadisce in tale decisione, quindi, la necessità di un rapporto diretto tra profitto e reato, si nega, però, che l'autore di quest'ultimo possa sottrarre il profitto alla misura ablativa ricorrendo all'escamotage di trasformare l'identità storica del medesimo profitto, che rimane comunque individuabile nel frutto del reimpiego, anch'esso causalmente ricollegabile in modo univoco, sulla base di chiari elementi indiziali evincibili dalla concreta fattispecie, all'attività criminosa posta in essere dall'agente.

Tali conclusioni interpretative, maturate con riguardo alla previsione di cui all' art. 240 c.p., e riferite al profitto tratto da condotte totalmente illecite, vanno verificate anche in relazione alle disposizioni del d.lgs. 231/2001.

Il termine profitto è menzionato in diverse disposizioni del decreto, che disciplinano situazioni eterogenee. Il profitto del reato è, innanzi tutto, come si è detto, l'oggetto della confisca-sanzione di cui agli artt. 9, 19 e 23, nonché di quella, diversa sotto il profilo classificatorio, di cui all'art. 6, ultimo comma. Il profitto è oggetto di confisca anche ai sensi dell'art. 15, comma 4, ma in questo caso non si tratta del profitto ricavato dal reato, bensì di quello

¹⁶⁴ Cass. sez. II, 14 giugno 2006 n. 31988, Chetta; Cass. sez. VI, 4 novembre 2003 n. 46780, Falci

¹⁶⁵ Cass. S.U., 25 ottobre 2007 n. 10280 (ric. Miragliotta)

conseguito dalla gestione commissariale disposta in sostituzione delle sanzioni o delle misure cautelari interdittive.

L'art. 13 comma 1, lett. a) individua nel "profitto di rilevante entità" la condizione, alternativa alla recidiva, per l'applicazione nei confronti dell'ente delle sanzioni interdittive ed analoga previsione è contenuta nell'art. 16, comma 1 per l'applicazione delle medesime sanzioni in via definitiva.

Alla messa a disposizione del "profitto conseguito ai fini della confisca" fa riferimento l'art. 17, lett. c) quale oggetto di una delle condotte "riparatorie" che l'ente deve porre in essere, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, per evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive. Nell'art. 24, comma 2, art. 25, comma 3, art. 25 *ter*, comma 2 e art. 25 *sexies*, comma 2, infine, il conseguimento di un profitto di rilevante entità integra una circostanza aggravante degli illeciti connessi ai reati presupposto rispettivamente contemplati da dette norme.

Pur in assenza, anche nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, di una definizione della nozione di profitto, è indubbio che questa assume significati diversi in relazione ai differenti contesti normativi in cui è inserita.¹⁶⁶

Con riguardo al profitto cui si riferiscono gli artt. 19 , 15 , 4° comma e 17 , 1° comma lett. c) , essendo tali disposizioni preordinate ad assicurare allo Stato quanto illecitamente conseguito attraverso la commissione del reato , il profitto è stato inteso in senso stretto cioè come << immediata conseguenza economica dell' azione criminosa che può corrispondere all'utile netto. ¹⁶⁷>> Altra giurisprudenza ha però negato che ci si debba riferire a tale utile poiché , in questo modo, <<si riverserebbe sullo stato un eventuale rischio di esito negativo del reato. Più corretta sarebbe quindi una ricostruzione del profitto inteso come complesso dei

¹⁶⁶ Cass. S. U. 27 marzo 2008 n. 26654 , Fisia impianti

¹⁶⁷ Cass. , sez VI ,23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita S.r.l., cit.

vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico ¹⁶⁸>>.

Differente la conclusione affermata con riguardo alla previsione dell' art. 13 ove il riferimento al profitto non è riferito ad un' ipotesi di confisca, ma rappresenta un presupposto applicativo delle sanzioni interdittive. Al riguardo di è osservato che, nell' ambito di tale norma, il riferimento al profitto è finalizzato a selezionare (secondo le indicazioni della legge delega all' art. 11 lett. *f*) i casi più gravi da punire con le sanzioni maggiormente afflittive per il soggetto collettivo: alla luce di tale funzione, è risultata estranea al fine una nozione di profitto quale utile netto e maggiormente appropriato un concetto di << profitto dinamico, più ampio, che arrivi a comprendere vantaggi economici anche non immediati, comunque conseguiti attraverso la commissione dell' illecito ¹⁶⁹ >>

In sede cautelare, rappresentando un presupposto applicativo delle misure si è inoltre tenuto presente che << l'imputazione è ancora *in fieri* e gli accertamenti hanno natura provvisoria ¹⁷⁰ >> e ciò conferma che prendere come riferimento un valore, l'utile netto, che richiede calcoli precisi ed un confronto fra ricavi e costi, appare difficoltoso e contrario alla stessa funzione del procedimento cautelare finalizzato all' emissione di provvedimenti temporanei ¹⁷¹ .

¹⁶⁸ Cass. S. U. 27 marzo 2008 n. 26654 , Fisia impianti

¹⁶⁹ Cass. , sez VI ,23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita S.r.l., cit.

¹⁷⁰ Cass. , sez VI ,23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita S.r.l., cit.

¹⁷¹ Da tener in considerazione anche la Sent. della Cass. Sez. VI 19 ottobre 2005 , Piccolo , Rv. 232623 , che ha a precisato che la disposizione di cui all' art 13 richiede , ai fini della configurabilità della violazione , la certezza e la rilevanza del profitto , ma non l' esatta quantificazione di esso , per cui la rilevante entità può essere legittimamente dedotta dalla natura e dal volume dell' attività dell'

La giurisprudenza di merito ¹⁷² ha talvolta proposto una lettura peculiare, prospettando che il concetto di ‘rilevanza’ del profitto possa essere determinato, o in via assoluta, quando l'ammontare dello stesso risulti rilevante a prescindere dalla quota eventualmente rappresentata rispetto agli altri profitti dell'ente, ovvero perché il profitto ricavato dall'illecito costituisca parte preponderante dei profitti ricavati dell'ente dall'intera sua attività.

In altri casi la giurisprudenza ha invece valutato la rilevanza del profitto tenendo conto della ragionevole percentuale del valore della commessa illecitamente acquisita. ¹⁷³

I giudici della Suprema Corte ¹⁷⁴ hanno tuttavia escluso ogni automatismo fra valore del contratto o del fatturato ottenuto in seguito al reato e la rilevante entità del profitto, preferendosi sottolineare che tali elementi rappresentano, semmai, un importante indizio in proposito, così come la posizione di monopolio eventualmente ottenuta nel settore economico interessato dall'illecito. Nel caso in esame, ad esempio, il requisito di cui all'art. 13, comma 1, lett. a) è stato ritenuto esistente in quanto, prendendo in considerazione il valore reale degli appalti acquisiti dalla società, poteva fondatamente ritenersi l'esistenza di un profitto rilevante conseguito dalla società per effetto degli illeciti commessi, anche in considerazione della posizione di quasi monopolio raggiunta dalla società indagata nel mercato pugliese degli appalti di pulizia e ausiliario.

impresa, non occorrendo che i singoli introiti che l'ente ha conseguito dall'attività illecita posta in essere siano specificamente individuati, né che se ne conoscano gli importi liquidati.

¹⁷² Trib. Milano, 20 Dicembre 2004, IVRI- COGEFI, cit.

¹⁷³ Cass. Sez VI, 19 marzo 2013, n. 13061, CMSA, R.v. 254841

¹⁷⁴ Cass, sez II, 3 dicembre 2013, Rosi Leopoldo S.p.a., R.v. 51151/13, Cass., sez VI, 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita S.r.l., cit.

La nozione di profitto, cui rilevante gravità legittima l'applicazione delle misure cautelari, ha quindi un contenuto più ampio di quella di profitto del reato destinato alla confisca, ma comunque si riferisce ad un profitto effettivamente conseguito dalla persona giuridica, il quale non può ritenersi costituito dall'insorgere di meri crediti a favore della medesima.¹⁷⁵

Inoltre occorre tener presente che il profitto di rilevante entità si realizza già con l'accreditamento delle somme erogate, rilevando come condotta *post factum*, incapace di elidere il dato storico del profitto, l'eventuale immediato storno delle somme sul conto personale del soggetto agente.¹⁷⁶

La determinazione del concetto di profitto è necessaria per dissipare altri dubbi interpretativi: ci riferiamo in particolare alle ipotesi di illeciti introdotte recentemente e contemplate dall'art. 25 *septies* (omicidio colposo e lesioni gravi commesse con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e del lavoro), che segna l'ingresso nel decreto del 2001 di fattispecie colpose. Proprio il loro carattere colposo unitamente alla natura dei beni protetti (la vita e l'incolumità individuale) hanno fatto ritenere, in astratto, difficilmente riconducibile all'ente la realizzazione di un profitto, per di più rilevante.

Autorevole dottrina¹⁷⁷ ha quindi sottolineato che il criterio enunciato dall'art. 13, 1° comma lett. a) è pensato per un modello doloso di iscrizione della responsabilità all'ente, per cui, in attesa di un intervento normativo di coordinamento, non resta che prendere atto di tale incongruenza e concludere per una ardua

¹⁷⁵ Cass, sez II, 3 dicembre 2013, Rosi Leopoldo S.p.a., cit.

¹⁷⁶ Cass. Sez. II 20 Dicembre 2005 n. 3615, JOLLY MEDITERRANEO, cit.

¹⁷⁷ A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 407

applicabilità, in questi casi , degli strumenti interdittivi , sia quali sanzioni , sia quali cautele.

Tuttavia, come è stato lucidamente notato ¹⁷⁸, la giurisprudenza prevalente, nonostante le perplessità dei sostanzialisti, ritiene compatibile il criterio di imputazione oggettivo di cui all' art. 5 secondo cui << l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio >> sempre che il soggetto agente non abbia << agito nell' interesse esclusivo proprio o di terzi >>, con gli illeciti colposi di cui all' art. 25 *septies*, e ciò in forza della conciliabilità della struttura colposa di tali fattispecie con la finalità, concretamente perseguita dall' agente , di risparmio della spesa e di riduzione dei costi di produzione a vantaggio della persona giuridica. ¹⁷⁹

Sembrerebbe quindi prospettabile, nei procedimenti relativi all' illecito dipendente da uno dei reati di cui all' art. 25 *septies*, l' esistenza di un profitto confiscabile nei confronti di quest' ultima.

2.5 La questione dell'autore ignoto

Uno degli aspetti maggiormente innovativi e qualificanti della disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche ¹⁸⁰ è stabilito dall' art. 8 d.lgs. 231/2001, il quale,

¹⁷⁸ G. GALLUCIO MEZIO , *Brevi osservazioni in materia di sospensione condizionale della sanzione e confisca in relazione al patteggiamento ex art 63 D.lgs. 231/2001*, in Cass. Pen. , 2012 , p. 2275

¹⁷⁹ Trib Trani, sez. dist. Molfetta , 26 ottobre 2009 , in *Dir. Pen. Proc.* , 2010 , p. 842; Trib Cagliari , ufficio G.u.p. , 4 luglio 2011 , disponibile sul sito www.penalecontemporaneo.it , ultimo accesso 1 Aprile 2014

¹⁸⁰ Nel senso che la possibilità di procedere nei confronti dell' ente nonostante non sia possibile individuare l'autore del reato rappresenti uno degli aspetti

sancendo il principio di autonomia della responsabilità dell' ente rispetto a quella della persona fisica, prevede che la responsabilità del primo sussista anche nel caso in cui l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile, ovvero il reato si estingua per una causa diversa dall' amnistia.

E' stato posto in rilievo, a tal riguardo come , nel caso in cui l'autore del reato – persona fisica – non sia identificato, potrebbe non essere chiaro il criterio di imputazione da utilizzare, se quello relativo ai soggetti apicali o l'altro concernente i subordinati, con il rischio che prassi giudiziarie lassiste finiscano per adottare, <<nel dubbio, il modulo di verifica semplificato ricavabile dall' art. 6 commi 1 e 2 >>, relativo alle figure di vertice.¹⁸¹ Si tratta di una preoccupazione realistica posto che nel nostro sistema cautelare il potere di iniziativa spetta esclusivamente al Pubblico Ministero : in tali condizioni verosimilmente la pubblica accusa opererà per un' imputazione nei confronti di un soggetto apicale, ponendo in essere una scelta sicuramente << più conveniente>> per quanto riguarda l' onere probatorio.

Sempre con riguardo all'ipotesi dell' autore ignoto si è inoltre evidenziato come la verifica degli indizi a carico dell' ente risulti particolarmente difficile, se non impossibile, anche per

maggiormente qualificanti della riforma , soprattutto dal punto di vista politico-criminale v. G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale* , in A.A. V.V. Reati e Responsabilità degli enti , Guida al D.lgs. 231/2001 , a cura di Lattanzi , Milano , 2005 , p. 452 ; analogamente C.E. PALIERO, *Dalla vicarius liability alla colpevolezza d' impresa (Tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)* in A.A. V.V. , Studi in onore di Mario Pisani , vol III , a cura di G. BELLANTONI e D. VIGONI , La Tribuna , 2010 , p. 447

¹⁸¹ Così P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 591

quanto riguarda la valutazione sulla sussistenza di un interesse << esclusivo >> o << prevalente>> che abbia determinato i soggetti apicali o dipendenti a porre in essere il reato (artt. 5, 2° comma e 12 , 1° comma) .¹⁸² Ci si potrebbe interrogare quindi circa la ragionevolezza di una disciplina la quale ,<< da un lato , subordina la punibilità dell' ente alle qualità personali ed all'atteggiamento psicologico di colui che commette il reato mentre, dall' altro, ammette la sussistenza della prima circostanza indipendentemente da una compiuta verifica della circostanza assunta come premessa >> .¹⁸³

Altra dottrina ¹⁸⁴ ha tuttavia obiettato che tali rilievi partirebbero dalla considerazione secondo cui le valutazioni in chiave di anti giuridicità e di colpevolezza, soprattutto quando siano

¹⁸² P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 591 , che evidenzia anche come nel caso di autore non imputabile , sorgano rilievi penal - sostanzialistici , apparendo aberrante che si finisca per imputare ad una persona giuridica ,per esempio , il fatto commesso da un suo organo persona fisica in un improvviso raptus di pazzia (nel caso di specie a parte l' impossibilità di considerare l' azione diretta all' interesse dell' ente , risulterebbe mancante perfino lo stesso rapporto di causalità materiale , essendo il fatto frutto di una seriazione causale totalmente autonoma ai fini dell' art 41, 2° comma c.p. e quindi non riconducibile ad alcuna politica di impresa) .

¹⁸³ P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 591

¹⁸⁴ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit. , p. 527 ; A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 410

effettuate in fase cautelare, presuppongano l'individuazione dell'autore del reato.

Tuttavia si può affermare che, secondo il citato principio di autonomia, posta la commissione di un reato inteso come fatto tipico e antiggiuridico, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non sia identificato ovvero non sia imputabile. La mancata identificazione dell'autore del reato non può comportare l'esclusione della responsabilità dell'ente in quanto, se così fosse, verrebbe tradita la ragione principale per cui ordinamenti di diverse esperienze e tradizioni giuridiche hanno disciplinato forme di responsabilità penale o amministrativa dei soggetti collettivi, che è quella di superare le difficoltà di individuare le singole colpe all'interno di un'organizzazione complessa, fenomeno tipico della responsabilità di impresa.

Anche nell'ordinamento francese, infatti, la cui disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche si ispira ad un modello di responsabilità indiretta, la cosiddetta *par ricochet*, la giurisprudenza non subordina la condanna dell'ente all'avvenuto riconoscimento della responsabilità della persona fisica.¹⁸⁵

In ogni caso, l'ipotesi in cui manchino completamente elementi indiziari con riguardo ai profili di attribuzione soggettiva appare molto remota; più frequentemente si potrà verificare il caso in cui il reato sia sicuramente riconducibile ai vertici dell'ente, ad esempio a due o più amministratori, ma non vi sia la prova della responsabilità individuale di ciascuno¹⁸⁶; così come potrà aversi l'ipotesi in cui sussistano dubbi sul ruolo che l'autore – non identificato – rivesta nell'ambito della società.

¹⁸⁵ Cass. crim., 24 ottobre 2000, n. 6289, Avril, in *Dir. Pen. XXI secolo*, 2004, n.1, p. 145; Cass. crim., 26 giugno 2001, *Bullettin d'information de la Cour de Cassation*, 2001, n. 1005

¹⁸⁶ E' il caso della c.d. imputazione soggettivamente alternativa contenuto nella Relazione al d.lgs. 231/2001, § 4

In questi casi la non identificazione dell'autore può, semmai, rendere più complicato e difficoltoso l'accertamento della responsabilità dell'ente dal punto di vista probatorio, ma non impossibile. Sul versante cautelare, ad una situazione di questo tipo, consegue comunque l'apprezzamento della gravità indiziaria in relazione all'intera fattispecie complessa, compresi gli elementi riguardanti il tipo di interesse (esclusivo o prevalente) e l'attribuzione soggettiva del reato, con l'importante conseguenza che, quando gli indizi non raggiungano il livello di gravità richiesto, la misura cautelare interdittiva non sarà adottata.

Si può concludere inoltre che il dubbio sulla qualifica soggettiva dell'autore del reato non identificato, debba gravare in capo al titolare dell'accusa, nel senso che ove si riveli erronea la sua ipotesi, fondata sul criterio di imputazione riferito agli apicali, la mancata dimostrazione delle carenze organizzative dell'ente deve portare al rigetto della domanda cautelare.¹⁸⁷

2.6 La motivazione *per relationem*

Una questione che ha particolarmente interessato la giurisprudenza è la possibilità di motivare il provvedimento interdittivo nei confronti dell'ente *per relationem* al provvedimento cautelare emesso nei confronti dell'imputato persona fisica autore del reato presupposto.

¹⁸⁷ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 527; A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 410

La giurisprudenza di legittimità si è ampiamente espressa su a quale debba essere il contenuto minimo della motivazione , per giudicare legittimo, ai sensi dell' art. 125, 3° comma c.p.p. , un provvedimento del giudice.

Sarà dunque necessario che << il provvedimento sia sostenuto da reale motivazione, la quale fornisca la prova che il magistrato che lo ha emesso abbia, in effetti e con riferimento al caso specifico ,preso in considerazione i dati fattuali necessari secondo il dato normativo; che questi sussistano realmente; che essi siano stati valutati in riferimento alle esigenze poste a fondamento della legge; che siano stati trovati idonei a soddisfarle.>>¹⁸⁸. Dalla motivazione si dovrà poter dedurre l'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal giudice e se ne dovranno poter conoscere i risultati, che debbono essere conformi alle prescrizioni della legge; in tal modo, sarà salvaguardato il diritto di critica di coloro che sono legittimati a impugnare la decisione, e allo stesso tempo sarà consentita l'attività di verifica che compete all'organo della valutazione o dell'impugnazione.

La Suprema Corte ha inoltre osservato come non sia neppure ipotizzabile la formulazione di una regola specifica che disciplini l'onere di motivazione poiché quest' ultima, si risolverebbe in generiche espressioni, o se penetrante, inadeguata ed anche arbitraria, perché i giudizi di valore rispondono ad altri requisiti che non posso racchiudersi in una formula che non sia quella della riaffermazione del dovere del giudice di fornire giustificazione razionale alla decisione adottata.

Posti tali principi pertanto, la motivazione *per relationem* di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando:

- faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la di cui motivazione risulti

¹⁸⁸ Sez. un. 21 giugno 2000, n. 17 , Primavera , in *Cass. Pen.* 2001, p. 96

congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria al provvedimento di destinazione;

- fornisca la dimostrazione che il decidente ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti alla sua decisione;

- l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione.

Tuttavia, per quanto riguarda il procedimento cautelare *ex art. 45 d.lgs. 231/2001*, il richiamo *per relationem* all'ordinanza cautelare nei confronti della persona fisica assolve all'onere di motivazione in misura limitata, posto che la fattispecie da prendere in considerazione per valutare la sussistenza di gravità indiziaria a carico dell'ente non coincide con la fattispecie relativa all'autore del reato persona fisica, sicché la possibilità di una motivazione *per relationem* a quella dell'ordinanza cautelare personale potrà riguardare solamente il presupposto dei gravi indizi di commissione del reato¹⁸⁹. Infatti << è solo in rapporto a questa porzione della fattispecie complessa prevista dall'art. 45 d.lgs. 231/2001, che l'ordinanza applicativa delle misure coercitive personali può svolgere una funzione integrativa della motivazione, che sia

¹⁸⁹ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. p. 551; A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legis. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , p. 419 ;

coerente con la decisione cautelare riguardante il soggetto collettivo >>. ¹⁹⁰

La tecnica della motivazione *per relationem* non trova quindi automatica giustificazione nel caso di ordinanza cautelare interdittiva nei confronti di una persona giuridica , in quanto la commissione del fatto è solo uno degli elementi della complessa fattispecie considerata dall' art. 45 , alla quale occorre affiancare la sussistenza dell' interesse o vantaggio derivante all' ente, il ruolo ricoperto dai soggetti che hanno agito in nome e per conto dell' ente, la verifica del fatto che colui che ha commesso il reato non abbia agito nell' interesse esclusivo proprio o di terzi ; inoltre nel giudizio cautelare rientrano anche le condizioni di cui all' art. 13, che subordina l' applicabilità delle sanzioni interdittive alla circostanza che l' ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ovvero, in alternativa, che l'ente abbia reiterato nel tempo gli illeciti, art. che al terzo comma esclude l' applicabilità delle sanzioni interdittive nei casi in cui l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi ovvero quando il danno patrimoniale sia di particolare tenuità (art. 12 d.lgs. 231/2001). Infine , anche nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione indicati dall' artt. 6 e 7 d.lgs. cit., modelli che presuppongono un diverso onere probatorio a carico dell' accusa.

¹⁹⁰ Cass. Sez. VI , 23 giugno 2006, n. 32627 , La Fiorita , cit. ; nello stesso senso Cass. Sez. VI 23 giugno 2006 n. 32626 , Duemila , in *Cass. pen.* 2007, p. 91 ; Cass. Sez. II , 26 giugno 2008 , n. 30412 , Florovivai ; Cass. Sez. VI , 5 marzo 2013 , in *Guida Dir.* 2013 , 15 , 70 secondo cui nell'ordinanza applicativa di sanzioni interdittive in via cautelare nei confronti dell'ente, la valutazione dei gravi indizi di responsabilità di cui all'art. 45, comma 1, d.lg. n. 231/2001, nella parte in cui si riferisce alla sussistenza del reato presupposto, non può limitarsi ad un rinvio "per relationem" ai contenuti dell'ordinanza applicativa della misura cautelare personale adottata nei confronti dell'asserito autore del reato presupposto.

Si tratta di requisiti che concorrono su un piano di assoluta parità a configurare l'illecito amministrativo dell'ente, per cui, l'accertamento della gravità indiziaria, deve riguardare ciascun elemento della fattispecie complessa. La gravità degli indizi va riferita non solo al reato, ma all'illecito amministrativo che lo comprende, per cui il giudizio sugli elementi da prendere in considerazione si presenta più complesso rispetto alla valutazione che il giudice compie quando applica una misura cautelare nei confronti di una persona fisica.¹⁹¹

Per ribadire la validità di tale conclusione si può ipotizzare un parallelismo con il rapporto intercorrente fra ordinanza cautelare ed ordinanza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. La giurisprudenza¹⁹² ammette che la prima possa essere motivata mediante il richiamo alle indicazioni contenute nella seconda, ma, ovviamente, solo con riferimento ad alcuni degli elementi che compongono un'ordinanza cautelare, quali la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza oppure la descrizione sommaria del fatto. Il richiamo *per relationem* al provvedimento di convalida dell'arresto o fermo non potrebbe coprire l'intero apparato motivazionale dell'ordinanza cautelare, ma solo una porzione della stessa, analogamente a quanto può verificarsi nel contesto in analisi.

Le problematiche fin ora considerate si connettono alla tematica del *simultaneus processus* di cui all'art. 38 d.lgs. 231/2001 e alle garanzie che tale modo di procedere fornisce. Nella norma in questione si legge che il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti

¹⁹¹ AMATI, *La responsabilità da reato degli enti, casi e materiali*, Utet giuridica, 2007, p. 227

¹⁹² Cass. Sez. VI, 28 maggio 1997, Frattali, in *Arch. n. Proc. Pen.*, 1998, p. 289; Cass. Sez. VI, 24 settembre 1996, Cordelli, in *Arch. n. Proc. Pen.*, 1997, p. 237

dell' autore del reato da cui l'illecito dipende : il legislatore ha voluto istituire uno stretto vincolo fra l'accertamento a carico della persona fisica e quello relativo all' ente, configurando fra i due una sorte di simbiosi¹⁹³ , in quanto l'accertamento dei relativi illeciti risulta strutturalmente collegato a quello del fatto di reato che ne costituisce presupposto indefettibile. Inoltre, la trattazione unitaria delle due *regiudicande* rappresenta il miglior rimedio per evitare l'emissione di decisioni contrastanti nelle parallele sedi processuali.

Coinvolgendo il soggetto collettivo nel processo relativo alla persona fisica che si assume aver commesso il reato, si realizza l'opzione di garanzia sottesa all'individuazione del procedimento penale quale sede dell' accertamento della responsabilità derivante da reato delle imprese e degli altri enti ¹⁹⁴.Solo consentendo a questi ultimi di partecipare attivamente alla ricostruzione del fatto di reato da cui discende la loro responsabilità, diviene possibile attuare in concreto la repressione degli illeciti posti in essere nell' interesse ed a vantaggio dei soggetti collettivi che non sono risultati in grado di darsi un' organizzazione adeguata a prevenire la commissione di reati.

Con riguardo al sistema cautelare , la disomogeneità fra lo schema di procedimento delineato negli artt. 291 ss. c.p.p. e quanto previsto nell' art. 47, che prevede l'emissione del provvedimento cautelare in esito ad un procedimento in contraddittorio in camera di consiglio, impone la separazione fra i due procedimenti cautelari ai sensi dell' art. 38 comma 2 lett c).Ciò nonostante è possibile rintracciare nel sistema impliciti strumenti di raccordo fra i due

¹⁹³ S. LORUSSO , *La responsabilità da reato delle persone giuridiche : profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in Cass. Pen. 2002 ,2531 ; G. PAOLOZZI , *Vademecum per gli enti sotto processo*, cit., p. 125

¹⁹⁴ M .L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit. , p. 118

ambiti anche se i procedimenti proseguono separatamente in ragione di regole procedurali diversificate.

Ciò posto, le conclusioni sopra illustrate con riguardo all' utilizzabilità della tecnica della motivazione *per relationem* saranno quindi condivisibili a patto che il provvedimento cautelare pronunciato nei confronti della persona fisica sia stato ritualmente introdotto nel procedimento cautelare relativo all' ente quale allegazione della parte pubblica che ha richiesto l' applicazione nei confronti dell' ente della misura interdittiva ; sia stato reso conoscibile dalla difesa del soggetto collettivo ; e sempre che il recepimento a fini motivazionali del provvedimento medesimo sia corredato dalla specifica analisi delle istanze e degli argomenti fatti valere dalla difesa dell' ente nel corso dell' udienza in contraddittorio.

Con riguardo alla prima condizione, essa deriva dal carattere dispositivo del procedimento cautelare penale improntato alla regola dello << *iudex secundum alligata er probata partium iudicare debet* >> sia con riguardo alla persona fisica sia con riguardo all' ente , e nel quale il pubblico ministero svolge la funzione di organo istante che presenta gli elementi sui quali si fonda la domanda. Si dovrà quindi ritenere fuori dal sistema l' eventuale impiego *per relationem* del provvedimento restrittivo della libertà personale sulla base dell' autonoma iniziativa del giudice investito della questione *ex art. 45* , che approfitti del fatto di essere lo stesso magistrato che si è pronunciato nei confronti della persona fisica. Presupposto del contraddittorio è che le parti conoscano tutti e gli stessi atti che conosce il giudice¹⁹⁵ , sicché l'eventuale introduzione nel procedimento cautelare nei confronti del soggetto collettivo dell' ordinanza coercitiva relativa al

¹⁹⁵ G. GIOSTRA , *Contraddittorio (principio del)* , in Enc. Giur. Treccani , vol VIII , 1988 , 13

presunto autore del reato sarebbe in contrasto con la fisionomia del contraddittorio del procedimento disciplinato dall' art. 47 .

Quanto al secondo vincolo, esso deriva dalla considerazione che l'uso *per relationem* del provvedimento emesso nei confronti della persona fisica per risultare ammissibile deve necessariamente inserirsi nei binari del contraddittorio , proprio perché l' attuazione del contraddittorio caratterizza il procedimento cautelare nei confronti degli dell' ente , in ciò distinguendosi da quello relativo alle persone fisiche.

Il contraddittorio comporta , come minimo, il rispetto del brocardo << *audita et altera pars* >> e da ciò discende che l'impiego per *relationem* dell'ordinanza coercitiva riguardante la persona fisica può considerarsi legittimo solo se la difesa dell' ente sia stata posta nelle condizioni di conoscere tale ordinanza al fine di poter interloquire in ordine ai suoi contenuti. Conseguentemente, al giudice è fatto divieto di trasfondere nella motivazione di un provvedimento elementi argomentativi introdotti da una parte , senza che la controparte abbia potuto controbattere su di essi in condizioni di parità . D' altra parte , costituisce pacifica affermazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo che il diritto ad un processo penale basato sul contraddittorio implica , tanto per l'accusa quanto per la difesa , la facoltà di conoscere le osservazioni e glie elementi di prova prodotti dalla controparte, nonché di discuterli ¹⁹⁶.

Passando all' ultima condizione, pare ovvio che l' eventuale utilizzo *per relationem* del provvedimento restrittivo adottato nei confronti della persona fisica per motivare la sussistenza dei gravi indizi circa la commissione del reato presupposto della

¹⁹⁶ Sulla base di tale principio è stata giudicata in contrasto con l' art 6 C.e.d.u. , che il pubblico ministero avesse potuto presentare una memoria al giudice d'appello , senza darne comunicazione all' imputato : cfr. Corte eur. Dir. Uomo , 28 Agosto 1991, Brandstetter c. Austria

responsabilità dell' ente non esima il giudice dal dovere di riversare, nella rispettiva motivazione, gli esiti del contraddittorio svolto in camera di consiglio. In altre parole, l'organo investito della richiesta cautelare relativa alla *societas* che intende motivare sulla sussistenza del fatto di reato utilizzando l'ordinanza applicativa della misura emessa nei riguardi della persona fisica , deve tener conto di quanto eventualmente enunciato dalla difesa in udienza a fondamento della asserita insussistenza di elementi su cui fondare la prognosi di colpevolezza di cui all' art. 273 c.p.p. relativamente al fatto di reato, anche solo per confutare tali deduzioni. Altrimenti, l'utilizzo nei confronti dell' ente del provvedimento cautelare emesso a carico della persona fisica contrasterebbe non solo con i paletti fissati dalla suprema corte in materia di motivazione *per relationem*, ma soprattutto con la fondamentale funzione di garanzia del procedimento in contraddittorio , prescelto dal legislatore quale meccanismo volto ad incanalare il giudice verso sbocchi decisorii il più possibile coerenti con i risultati conoscitivi e valutativi emersi dal serrato confronto fra le opposte istanze dell' organo dell' accusa e della difesa dell'ente.

Da ogni questione insorta fra le parti su uno specifico fatto deriva quindi un dovere di decisione del giudice; questi sarà esentato dal corrispondente onere di motivazione solamente nel caso in cui l' istanza e/o l' argomento formulato a suo fondamento dalla parte risultino generici o manifestamente infondati ¹⁹⁷. In tutti gli altri casi all' organo decidente non è consentito appiattirsi su valutazioni rese in altro provvedimento senza nessun apporto

¹⁹⁷ Cass, Sez V , 31 gennaio 2012 , n. 18732 , Riccitelli , in C.E.D. Cassazione ,n. 252522

valutativo autonomo, a maggior ragione quando sugli stessi profili l'attività di parte ha formulato specifici rilievi critici.¹⁹⁸

Solo in questo modo, infatti, il riferimento *per relationem* al provvedimento coercitivo non contrasterà con quella che si ritiene una regola implicita del sistema processuale penale, vale a dire il divieto di acquisire un provvedimento cautelare per provare fatti che in quel determinato procedimento sono ancora in discussione¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Al riguardo vedi Cass, Sez. VI, 5 marzo 2013, n. 10904, che affronta il caso in cui, nell'udienza di cui all'art. 47 la difesa dell'ente contesti gli indizi relativi al *fumus commissi delicti* della persona fisica. Secondo tale sentenza << considerato che il cit. art. 45 richiama espressamente l'art. 292 c.p.p., il quale a sua volta prevede, a pena di nullità, che l'ordinanza cautelare contenga, fra l'altro (comma 2, lett. *c-bis*), l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, e che il modello procedimentale cui s'ispira il D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 47 è quello a contraddittorio anticipato, è evidente che, a fronte della suddetta contestazione del quadro indiziario delineato nell'ordinanza cautelare personale, il mero rinvio al contenuto di questa, fatto dal Gip e lasciato invariato dal Tribunale, non poteva più assolvere all'onere motivazionale richiesto dall'illustrato sistema.>>

¹⁹⁹ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, p. 495

CAPITOLO III

LE ESIGENZE CAUTELARI

3.1 La scelta di un modello <<monofunzionale>>

Assieme all' accertamento sul *fumus commissi delicti*, il giudice deve verificare la sussistenza delle esigenze cautelari rappresentate dal pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede (art 45 d.lgs 231/ 2001). Si tratta di un momento di valutazione in cui il giudice , basandosi sul materiale presentatogli dal pubblico ministero, formula la sua prognosi di *periculum in libertate* sulla base degli elementi fondati e specifici che fanno ritenere concreto tale pericolo.

Come anticipato, il decreto legislativo citato adotta un modello cautelare <<monofunzionale>> privilegiando, tra le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p., esclusivamente il pericolo di reiterazione degli illeciti.

Posta l'impossibilità di riprodurre il pericolo di fuga, data la natura non antropomorfica dell' ente, vi è chi prospetta una possibile assimilazione tra la fuga e quelle forme di trasformazione attraverso le quali l'ente potrebbe sottrarsi al processo oppure quelle forme di dispersioni dei beni con cui far fronte alle proprie responsabilità. Tali esigenze risulterebbero comunque salvaguardate nel decreto attraverso le norme di cui alla Sezione II del Capo II del decreto in esame in punto di vicende modificative dell'ente²⁰⁰ : le disposizioni di detta Sezione e dell'art. 70 (che stabilisce come la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile abbia effetto anche nei confronti degli

²⁰⁰ BASSI-EPIDENDIO , *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 416.

enti risultanti dalla sua trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione), assicurerebbero ugualmente la relativa esigenza, non attraverso strumenti cautelari che impediscano la trasformazione, fusione o scissione o la cessione dell'azienda, ma impedendo che tali atti possano avere effetti ai fini dell'applicazione delle sanzioni ²⁰¹.

Quanto alla sottrazione dei beni, gli strumenti utilizzabili sono i sequestri contemplati nel d.lgs. 231/2001, cioè strumenti di cautela reale, trattandosi appunto di esigenze di relative ai beni piuttosto che alla persona giuridica in sé.

Potrebbe suscitare perplessità il non aver considerato l'esigenza istruttoria.²⁰² Tale finalità è stata ritenuta non incompatibile ma di difficile applicabilità nei riguardi di un soggetto collettivo e comunque perseguibile per mezzo di un intervento cautelare nei riguardi della persona fisica autrice del reato.²⁰³

Il pericolo di inquinamento probatorio, risulterebbe inoltre adeguatamente tutelato mediante sequestro probatorio che, seppur non espressamente previsto accanto a quello conservativo e quello preventivo finalizzato alla confisca, è senz'altro ipotizzabile in

²⁰¹ La disciplina specificamente dettata per le vicende modificative dell'ente ha struttura principale e non meramente accessoria, strumentale e provvisoria, come quella cautelare con la conseguenza che supera e assorbe la mera esigenza cautelare corrispondente.

²⁰² In generale, per la compatibilità delle cautele interdittive rispetto a fini di tutela del materiale probatorio cfr. PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, cit., p. 132 ss.

²⁰³ G FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 479, P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 596, A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 1118, Trib. Milano, 14 dicembre 2004, Cogefi, cit.

forza della compatibilità della corrispondente normativa del codice di rito alla stregua del richiamo generale di cui all'art. 34 del decreto.²⁰⁴

Lo strumento del sequestro probatorio risulterà particolarmente utile allorché sia avvenuta la separazione del procedimento per l'illecito dipendente da reato e questo penda ancora, ovvero ancora in ipotesi in cui il sequestro probatorio riguardi beni o documenti che possano avere rilevanza dimostrativa solo in relazione all' illecito amministrativo dipendente da reato, mentre gli stessi documenti o beni potrebbero essere del tutto irrilevanti a fini di prova nel processo di accertamento del reato (ciò in virtù della maggiore ampiezza della fattispecie di illecito dipendente da reato rispetto alla fattispecie di reato corrispondente).²⁰⁵

Sembrerebbe quindi che le ulteriori esigenze cautelari di cui all' art. 273 lett a) e b) sebbene, conseguentemente ad una scelta eminentemente politica del legislatore, non siano state espressamente previste dal sistema in analisi, vengano altrimenti soddisfatte da appositi e diversi strumenti predisposti dal decreto.

3.2 I “fondati e specifici elementi” per la sussistenza delle esigenze cautelari

L'articolo 45 subordina l'applicazione delle misure interdittive alla sussistenza di fondati e specifici elementi che facciano ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti

²⁰⁴ VARANELLI, *Le misure cautelari nel procedimento per la responsabilità amministrativa degli enti*, Rivista 231, n. 4-2008, p. 163

²⁰⁵ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., 2006, p. 432

della stessa indole di quello per cui si procede. Tale previsione suscita alcune perplessità se la si confronta con la corrispondente disposizione codicistica.

Una prima differenza deriva dal fatto che tra le categorie considerate dall'art. 274 lett. c, viene riprodotta solo l'ultima, salva la variante per cui la medesimezza della specie viene sostituita dalla "stessa indole", con la conseguenza di conferire al presupposto una maggiore nitidezza, grazie al supporto definitorio di cui all'art. 101 c.p.²⁰⁶. L'intervento cautelare in chiave preventiva non si giustifica, cioè, sulla base della particolare gravità dei reati di cui si tende ad evitare la reiterazione, ma mira ad escludere soltanto il pericolo di commissione di fattispecie analoghe o comunque della medesima indole di quella contestata²⁰⁷. Il giudice quindi dovrà impegnarsi in una valutazione che coinvolga due criteri alternativi : << l' uno formale, retto sull' identità della disposizione di legge che si assume violata; l'altro sostanziale, fondato sulla compresenza, nelle condotte oggetto di delibazione, di caratteri fondamentali comuni, desumibili dalla natura dei fatti e dai motivi che li hanno ispirati²⁰⁸ >>.

La discrasia sopra indicata non deve tuttavia essere enfatizzata, dal momento che essendo unica l'esigenza cautelare

²⁰⁶ Così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 250.

²⁰⁷ Sul terreno delle cautele personali, l'ultima categoria presa in considerazione dall'art. 274 lett. c viene considerata la più problematica tra quelle contemplate in una disposizione già problematica di per sé. Infatti, mentre per le prime due risulta abbastanza evidente il collegamento con la tutela delle esigenze della collettività, quest'ultimo viceversa non è sempre riconosciuto a fronte del semplice pericolo di ripetizione di un delitto della stessa specie, tanto che in alcune proposte di legge (cfr., ad esempio, l'art. 2, 2° comma della proposta di legge n. 2591) si è ipotizzata l'eliminazione del riferimento ai «delitti della stessa specie», così MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in Dig. Disc. Pen. , vol VIII , Torino , 1992 , p. 72.

²⁰⁸ Così PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 250.

prevista dal decreto 231 e considerato che l'art. 45 va letto in combinato disposto con l'art. 13, non v'era motivo di operare un'ulteriore selezione dei reati che consentono l'intervento cautelare.

Ci si deve chiedere inoltre se il primo comma dell' articolo in considerazione, con il sostantivo <<illeciti>>, intenda far riferimento alle fattispecie complesse determinanti la responsabilità amministrativa dell' ente oppure soltanto ai reati delle persone fisiche che di tali illeciti rappresentano solamente il primo presupposto.

A tale conclusione potrebbe condurre l' uso, nella disposizione *de qua*, della parola <<indole>> , poiché questa trova uno specifico riscontro in un testo normativo squisitamente penalistico; ma è la prima soluzione quella da privilegiare. Infatti, che qui si voglia far riferimento ad un' ulteriore ipotesi di fatto antigiusuridico imputabile all' ente lo dimostrano sia l'utilizzo del vocabolo <<illecito >> invece di quello di <<reato>> (al quale ultimo pure si fa riferimento nel decreto in analisi) sia la *ratio legis* : scopo della norma che prevede l'interdizione cautelare dell' ente è prevenire non un nuovo fatto di una persona fisica che del primo è organo o dipendente, ma il protrarsi di una determinata politica di impresa: non avrebbe senso penalizzare la società nel timore di un comportamento rilevante solo come *modus operandi* del singolo.

Dunque l' espressione <<stessa indole>> dovrà essere intesa come uguaglianza dell' oggetto giuridico leso dall' illecito societario .²⁰⁹

Quanto agli <<indici sintomatici>> del suddetto pericolo, il contenuto degli aggettivi utilizzati nella disposizione potrebbe essere meglio chiarito dalla considerazione della coppia di opposti cui appartengono (fondato-infondato, specifico - generico). La

²⁰⁹ P. MOSCARINI , P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 593

seconda opposizione evidenzia quindi che gli elementi debbano essere individuati singolarmente nella loro consistenza storica e fattuale, senza possibilità di riferimenti generici a dati valutativi o astratti, come sarebbe ad esempio la mera indicazione di <<disordine organizzativo>>, << opacità delle operazioni finanziarie >> , dovendosi specificare quali settori siano disordinati , in cosa consista il disordine, quali siano le operazioni finanziarie e in cosa consista la loro opacità.

Tuttavia, nel riferirsi a “fondati e specifici elementi”, la norma in questione si rivela molto più generica rispetto al suo omologo codicistico, che richiede una prognosi di pericolosità basata sulle <<specifiche modalità e circostanze del fatto>> e sulla <<personalità dell’imputato desunta da atti o comportamenti concreti e dai suoi precedenti penali>>. La norma viene, infatti, tacciata di una vaghezza precettiva suscettibile di allargare le maglie della discrezionalità del giudice e di sollevare ragionevoli dubbi circa il rispetto del principio di determinatezza cui la disciplina delle misure cautelari deve conformarsi.²¹⁰

Il legislatore avrebbe potuto, forse, essere più preciso - per quanto «moltiplicare le definizioni e gli aggettivi non serve ad ottenere il rispetto dello spirito della legge e, se ad esso manca un’adesione convinta, la prassi potrebbe reagire facilmente svuotando le norme da applicare»²¹¹ - tuttavia si tratta di una lacuna facilmente colmabile facendo appello agli stessi parametri sanciti nell’art. 274 lett. c c.p.p. Tale conclusione, oltre ad essere condivisa dalla prevalente dottrina²¹², ed aver trovato un avvallo

²¹⁰ G. PAOLOZZI , *Vademecum per gli enti sotto processo* ,cit. , p. 126

²¹¹ ILLUMINATI, *Commento all’art. 3 della legge 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 70

²¹² BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive*, cit., p. 581; BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 274; FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., p. 481 s.;

nella giurisprudenza di legittimità e di merito ²¹³, trae alimento anche dalla generale norma di rinvio di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001. Né funge da ostacolo la clausola di compatibilità contenuta nella citata disposizione riguardo, in particolare, all'elemento della personalità dell'indagato, che, in tale contesto, andrà inteso come politica d'impresa.

Più precisamente, la valutazione volta a pronosticare l'esistenza di un *periculum libertatis* deve essere condotta mediante una duplice prospettiva: occorre analizzare, da una parte, le modalità e le circostanze del fatto: ovvero la gravità dell'illecito, l'entità del profitto ricavato, la maggiore o minore gravità del danno patrimoniale cagionato dal reato; dall'altra, la presumibile pericolosità del soggetto collettivo che, dovendo essere adattata alle caratteristiche strutturali dell'ente, andrà riferita alla politica d'impresa attuata negli anni, agli eventuali illeciti commessi in precedenza e allo stato organizzativo dell'ente, cioè la sua capacità di agevolare o prevenire la commissione dei reati. Anzi, con riferimento a tale ultimo aspetto, si è parlato di una tendenziale oggettivizzazione dell'esigenza cautelare che ridurrebbe la discrezionalità del giudice in virtù del restringimento delle ipotesi

GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, cit. p. 219; MOSCARINI, *Le cautele interdittive*, cit., p. 1117; NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1489; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 126; PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 249; PRIMICERIO, *Profili applicativi*, cit., p. 1295. In termini parzialmente diversi EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 418, secondo il quale i parametri di cui all'art. 274 lett. c vanno applicati per la prognosi di pericolosità riguardante il soggetto persona fisica imputato per il reato presupposto, mentre la pericolosità dell'ente andrebbe valutata sulla base di criteri aziendalistici.

²¹³ Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit., cfr. anche Trib. Milano, 14 febbraio 2004, C., in *Foro it.*, 2005, II, p. 542; Trib. Milano, 28 ottobre 2004, S., *Corr. mer.*, 2005, p. 324.

cui ancorare la pericolosità sociale.²¹⁴ Una prospettiva questa decisamente diversa rispetto al paventato aumento di discrezionalità cui il giudice si troverebbe a godere nella valutazione cautelare, a causa dell'indeterminatezza normativa.

E' stato tuttavia osservato come tale tecnica di etero integrazione normativa, se da un lato va a coprire la genericità del disposto dell'art. 45 d.lgs. 231/2001 e, di conseguenza, garantisce un limite per la discrezionalità del giudice, dall'altro presenta una ricaduta negativa per la *societas* alla quale verrebbe assicurato un livello di tutela inferiore rispetto a quello garantito alla persona fisica²¹⁵. Tale preoccupazione si annida nel fatto che la prognosi di pericolosità dell'ente viene a basarsi sugli stessi elementi valorizzati tanto in sede di valutazione circa la gravità indiziaria, quanto ai fini della condanna alle sanzioni interdittive. Ed, in effetti, anche la Cassazione ha stabilito che l'analisi delle modalità e circostanze del fatto, quale componente della prognosi di recidivanza dell'ente, finisce per fondarsi sugli stessi parametri di cui all'art. 13 d.lgs. 231, norma che detta le condizioni per l'applicabilità delle sanzioni interdittive e che, come ricordato, riveste un ruolo ben preciso anche nel contesto della valutazione del *fumus commissi delicti*. Ciò comporterebbe una sorta di *bis in idem*, sfavorevole all'ente²¹⁶.

Si potrebbe obiettare che nemmeno la norma codicistica esclude una parziale rivalutazione dei medesimi elementi almeno laddove ammette una delibazione sul fatto (nelle sue specifiche

²¹⁴ G. FIDELBO, *La disciplina delle misure cautelari nella responsabilità amministrativa degli enti*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M., *La responsabilità da reato degli enti giuridici*, 14 luglio 2004, p. 12; PRIMICERIO, *Profili applicativi*, cit., p. 1295.

²¹⁵ P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 1117

²¹⁶ P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 1118

modalità e circostanze ex art 274, 1° comma lett. c c.p.p.) anche in relazione al rischio cautelare; senza contare che è la stessa estensione all' ente delle garanzie stabilite per l'imputato, insieme con l'esigenza di seguire un'interpretazione costituzionalmente orientata, a suggerire una rilettura in termini più pregnanti della formula legislativa <<fondati e specifici elementi >> adottando indici rivelatori della pericolosità dell' ente ricavati dalla fenomenologia dell' impresa .²¹⁷

Come per la gravità indiziaria, anche l'accertamento del *periculum libertatis* deve considerare l'intera fattispecie complessa dell'illecito di cui si vuol evitare la reiterazione. Ciò significa che la prognosi di recidiva deve investire tanto il reato presupposto quanto la struttura organizzativa dell'ente, rilevante nella misura in cui presenti condizioni tali da favorire o comunque da non riuscire ad evitare il verificarsi dell'episodio delittuoso. E' difficile da condividere l'opinione secondo la quale ciascuno di tali parametri può risultare autonomamente significativo del *periculum*, che potrebbe dunque essere tratto sia da elementi attinenti alle persone fisiche che operano nell'ente in posizione qualificata (parametro soggettivo), sia da elementi che riguardano la concreta organizzazione dell'ente (parametro oggettivo)²¹⁸ . Infatti, è del tutto evidente come una valutazione fondata esclusivamente sul primo aspetto possa giustificare un provvedimento cautelare a carico della persona fisica, ma non certo la misura interdittiva che si intende applicare al soggetto collettivo.

Volgendo dalla teoria alla pratica, occorre stabilire, in concreto, quali siano gli elementi rivelatori della pericolosità dell'ente.

²¹⁷ A. PRESUTTI, *Artt. 45 – 52*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. . , p. 414

²¹⁸ BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit. , p. 417 e ss.

Sicuramente assumerà una certa rilevanza l' avvenuta estromissione dei vertici coinvolti nel reato: l'allontanamento dei precedenti dirigenti manifesta infatti un sintomo che l' ente inizia a muoversi verso un tipo di organizzazione in cui è presente l'obiettivo di minimizzare il rischio di reato. Deve trattarsi, però, di una modifica effettiva e non solo apparente, che riveli una cesura netta tra il vecchio gruppo dirigente ed il nuovo; mentre non avrebbe alcun valore un'operazione in cui venissero designati soggetti strettamente collegati con gli amministratori precedenti, da cui continuino a prendere direttive.²¹⁹

Le esemplificazioni non possono in ogni caso esaurire il complesso e multiforme panorama delle realtà aziendali, per valutare la cui efficienza occorre far ricorso ai criteri elaborati dalla scienza economica in materia di organizzazione aziendale, da calibrare poi sugli specifici contesti di riferimento.

Il meccanismo così delineato tuttavia manifesta criticità nel momento in cui l'apporto collaborativo dell'ente (che si manifesti con una riorganizzazione dell'assetto societario) diventa *condicio sine qua non* per evitare una prognosi di pericolosità.

Occorre sottolineare infatti che nessun obbligo di collaborazione grava in capo alle parti, pena un' inaccettabile inversione dell'onere probatorio: la dottrina ha in più casi ribadito come il giudice non possa trarre alcun tipo di valutazione negativa dall'atteggiamento dell'ente che non mostri alcun interesse alla collaborazione in questa fase cautelare.²²⁰

²¹⁹ Vedi in tal senso, Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita, cit., in cui si ribadisce altresì, in termini generali, che la verifica tesa a riscontrare l'esigenza cautelare deve essere condotta con particolare serietà, per mezzo di un accertamento concreto e individualizzato, basato su elementi concreti che facciano riferimento alla situazione specifica dell'ente.

²²⁰ Per tutti vedi A. PRESUTTI, A. PRESUTTI, Artt. 45 – 52, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 431

Ciò posto resta fermo il fatto che, per come è strutturato il sistema del decreto in analisi, uno dei mezzi più sicuri per evitare una prognosi di pericolosità è quello di dotarsi di un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati. Sarà questa la questione approfondita nel successivo paragrafo.

3.3 Adozione dei modelli dopo l'illecito e persistenza del *periculum in mora*

Rinviando alla lettura specialistica ²²¹ per ciò che riguarda gli aspetti tecnico - aziendali che caratterizzano i modelli organizzativi, occorre ora approfondire il ruolo che gli stessi hanno in sede cautelare.

Innanzitutto la fase cautelare, ed in particolare l'udienza di cui all' art 47 d.lgs. 231/2001, rappresenta il primo momento in cui l'ente può dimostrare la validità dei modelli di cui si sia preventivamente dotato. Nel caso fosse riconosciuta l' idoneità del modello *ante factum* il giudice dovrebbe necessariamente rigettare la richiesta cautelare del pubblico ministero, non solo perché il modello, espressione di una politica d'impresa rispettosa delle regole, neutralizzerebbe il pericolo di reiterazione, ma anche perché non sarebbe possibile in tal caso formulare quella prognosi di colpevolezza che sta alla base di ogni provvedimento cautelare ²²².

²²¹ Per un quadro esaustivo cfr. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, cit., p. 133 ss.

²²² A tal proposito si è parlato di «valenza implicita» dei modelli, per designare quegli effetti che, pur non essendo espressamente disciplinati dalla legge - come i casi di esclusione e di revoca scaturenti dal combinato disposto di cui agli artt. 17 e 49 d.lgs. 231/2001 - devono essere loro collegati in virtù della mera caratterizzazione legislativa in termini di idoneità ed efficacia preventiva rispetto

L'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo valido (insieme al sussistere delle altre condizioni di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001, se il reato è stato commesso da apicali) esonera l'ente da responsabilità e, per quanto il giudizio in sede cautelare non sia vincolante, è probabile che tale valutazione avrà un'efficacia persuasiva nei confronti del giudice nel successivo giudizio di merito avente ad oggetto il medesimo modello.²²³

Si deve precisare al riguardo che, rispetto all' illecito dipendente da reato commesso da apicali, mentre per escludere completamente la responsabilità della persona giuridica è necessario che sia perfezionato il complesso meccanismo esimente di cui all' art 6 d.lgs. 231/2001 , del quale l' adozione del modello integra soltanto una componente, in sede cautelare quest' ultima è sufficiente a dimostrare l'insussistenza del *periculum in mora* e, di conseguenza, ad evitare l'applicazione della misura.²²⁴

Mediante i modelli adottati *ante factum* l' ente mira quindi a prevenire la commissione di reati da parte dei propri organi o subordinati, il che si traduce, in sede cautelare, nell' insussistenza prima ancora del pericolo di reiterazione, dello stesso *fumus commissi delicti* in capo all' ente.

alla commissione dei reati (così EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 422). Per le ragioni esposte nel testo, quella di escludere l'applicazione di misure cautelari, più che una valenza implicita dei modelli, sembra costituire il loro primario e più rilevante effetto (in questa sede), poiché deriva dalle caratteristiche stesse della prognosi cautelare.

²²³ La concreta possibilità che in sede di merito muti la valutazione del giudice sui modelli organizzativi pone in evidenza la situazione paradossale che può crearsi nella pratica per cui, una società relativamente alla quale è stato riconosciuto sussistente il *periculum in libertatis* sia, tramite una misura interdittiva, esclusa dal mercato, con danni permanenti irreparabili, ma possa successivamente essere assolta sulla base di una nuova valutazione di idoneità del modello

²²⁴ G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 476

I modelli adottati *post factum* invece rilevano in un' ottica riparatoria e di riallineamento alla legalità quindi, per ciò che qui interessa, possono incidere esclusivamente sulla neutralizzazione dell' esigenza cautelare .

Potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui l' ente si doti di un modello organizzativo dopo che si sia verificato il reato, ma prima della richiesta cautelare o comunque durante il termine intercorrente fra la richiesta e la fissazione dell'udienza da parte del giudice. In tal caso la persona giuridica interverrebbe nell' udienza già dotata di modello organizzativo, e, quindi, in grado di offrire la prova che le consentirebbe di evitare la sottoposizione a misura interdittiva. Nel caso in cui il giudice dovesse esprimere un giudizio positivo sul modello adottato, anche in questa circostanza sarebbe obbligato a rigettare la richiesta del pubblico ministero, poiché la dimostrazione di aver posto in essere misure idonee ad impedire la commissione di nuovi illeciti della stessa indole, testimoniata dall'adozione di un valido modello, esclude la prognosi di recidiva.

Possiamo chiederci come l'organo giudicante possa valutare positivamente la efficace attuazione del modello nella parentesi ristretta che è l'incidente cautelare, e sicuramente a tal riguardo assumerà un ruolo chiave il contraddittorio anticipato *ex art 47 d.lgs. 231/2001* e la circostanza per cui, nella pratica il giudice dispone perizie, anche in fase cautelare, per valutarne l'idoneità.

Occorre ricordare che all'ente sono riconosciute, per espressa previsione normativa , possibilità di evitare l'applicazione di misure interdittive anche durante l'ulteriore *iter* di progressione del *sub* procedimento cautelare.

In particolare, in base al combinato disposto di cui agli artt. 49 e 17 d.lgs. 231/2001, l'ente può richiedere la sospensione delle misure cautelari per poter realizzare quelle condotte riparatorie cui

la legge subordina l'esclusione delle sanzioni interdittive e, di conseguenza, anche delle misure cautelari.

Tuttavia, nel meccanismo riparatorio di cui all' art. 17 assume un ruolo centrale l' adozione del modello organizzativo: appaiono quindi inutili le attività risarcitorie e la messa a disposizione del profitto se non siano stati adottati *ex post* idonei modelli organizzativi.²²⁵ In altre parole, fra le condizioni previste dalla norma in questione esisterebbe una << sinergia funzionale >> nel senso che, oltre ad eliminare le conseguenze dannose del reato e a risarcire il danno, è doveroso neutralizzare il fattore di rischio che ne ha permesso la commissione, da cui discende la necessità di riorganizzare la persona giuridica eliminando la causa dell' illecito mediante l'adozione di efficaci modelli di prevenzione.²²⁶

Strettamente connessa a quanto appena detto è la questione riguardante le caratteristiche, nonché il tipo di valutazione che deve investire i modelli adottati *post factum*, aspetto particolarmente delicato in sede cautelare in quanto incidente sul giudizio di pericolosità dell' ente.

Sul punto si registrano posizioni discordanti. Parte della dottrina – forte del dato testuale che non distingue tra modelli adottati *ex ante* oppure *ex post*, ma detta una disciplina unitaria valevole per entrambi i casi – rifugge l'idea di una diversità di giudizio in funzione del momento in cui l'ente si è dotato del modello, sostenendo che in ambedue le ipotesi debbano valere i

²²⁵ VARRASO, Sub art. 49 d.lgs. 231/2001, in *Responsabilità " penale" delle persone giuridiche*, cit. p. 394.

²²⁶ Così BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, cit., p. 283, richiamando quanto espresso a chiare lettere nella Relazione di accompagnamento al decreto. In giurisprudenza, nello stesso senso, Trib. Milano, 28 ottobre 2004, S., in *Corr. merito*, 2005, p. 325 ss.

parametri di valutazione desumibili dagli articoli 6 e 7 del decreto
227

Secondo altri, nell'elaborazione del modello che l'ente si appresta ad adottare dopo la commissione del reato, non può non tener conto della fattispecie delittuosa già verificatasi.²²⁸ I modelli adottati *ex ante* si pongono necessariamente in un'ottica di prevenzione che, sebbene parametrata sulle peculiari caratteristiche aziendali, è rivolta ad impedire rischi pur sempre ipotetici, per quanto sottoposti a rigorosa mappatura. I modelli *post factum* invece, oltre a conservare tale ineludibile funzione preventiva rispetto a tutti i rischi individuabili con riferimento alla specifica attività d'impresa, devono necessariamente analizzare e predisporre adeguati rimedi per le carenze organizzative a causa delle quali non è stato impedito o è stato comunque agevolato l'illecito contestato, così da risultare il più possibile aderenti alle problematiche emerse nel concreto.

La seconda lettura, anche se non supportata dal dato testuale, sembra corrispondere maggiormente allo spirito di riconversione della *societas* alla legalità, che pervade l'intero sistema. In sede cautelare, poi, perché le condotte riparatorie cui è subordinata la sospensione delle cautele risultino efficaci e, di conseguenza, venga escluso il pericolo di reiterazione di illeciti della stessa indole, è indispensabile che, attraverso il modello, l'ente dimostri di aver rimediato alle carenze organizzative che hanno contribuito alla commissione dell'illecito. Non a caso, la giurisprudenza sul punto appare orientata in questo senso. Le ordinanze che si sono dovute esprimere sull'adeguatezza dei

²²⁷ EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 424; CERQUA, *Sanzioni interdittive. Applicazione anticipata e misure cautelari*, in *Dir. e pratica soc.* 2005, n. 2, p. 57.

²²⁸ G FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 502

modelli adottati *post factum* ne hanno spesso negato l'efficacia, proprio in base all'assenza di meccanismi volti a superare le carenze emerse nei fatti oggetto di contestazione. Esemplificando, in un caso in cui le ipotesi contestate erano quelle di truffa e corruzione ai danni di un ente pubblico, il giudice ha ritenuto che il modello adottato *ex post* non avesse prestato particolare attenzione, come avrebbe dovuto, a tutti quei settori dell'attività d'impresa che erano stati coinvolti nell'attività illecita contestata e che il provvedimento cautelare aveva evidenziato, come le modalità di redazione dei bilanci e della contabilità, i meccanismi di fatturazione, la gestione degli appalti.²²⁹ Ancor più dettagliatamente, l'ordinanza in questione specifica che, essendo emerse nel corso delle indagini somme di denaro non giustificate in contabilità, l'ente avrebbe dovuto individuare successivamente, al fine di poter porvi rimedio, le modalità di accantonamento dei fondi neri, nonché le carenze organizzative e di controllo che hanno reso possibile una gestione delle risorse finanziarie non trasparente.

In definitiva, quando determinati reati si siano verificati, o è altamente probabile che si siano verificati, il modello dovrà essere calibrato sulle specifiche carenze organizzative e di controllo emerse della commissione del reato contestato. Ciò significa che nei modelli *post factum*, alla consueta attività di analisi di tutti i rischi che possono riguardare una determinata attività di impresa, cui corrisponde il criterio giudiziale della prognosi postuma, dovrà necessariamente affiancarsi un'analisi fattuale concreta, la quale non potrà che essere valutata *ex post*.²³⁰

²²⁹ G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, I., in *Guida dir.*, 2004, n. 47, p. 69 ss.

²³⁰ In questo senso, DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 260; NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, p. 295; COCCO, *L' illecito degli enti*

In conclusione, non resta che registrare l'atteggiamento, poco garantista, che la giurisprudenza venutasi stratificando in questi anni di applicazione del d. lgs. 231/2001 ha mostrato in ordine alla vaglio di idoneità dei modelli nell'ottica cautelare.

Occorre considerare infatti come emerge, anche in questo caso, una problematica tipica dei giudizi prognostici: il giudice, tradizionalmente estraneo per formazione e per esperienza alla organizzazione di impresa ed alla governance aziendale, sarebbe privo di sicuri elementi di valutazione per riconoscere l'adeguatezza del modello dopo la realizzazione del reato e, pertanto, sarebbe inevitabilmente influenzato dalla distorsione cognitiva del <<post hoc, ergo propter hoc>> per cui l'inadeguatezza del modello deriverebbe automaticamente dalla commissione del reato.²³¹

Sono stati inoltre fissati nell'efficacia, specificità e dinamicità i criteri orientativi di massima per saggiare l'efficacia preventiva di un modello ²³². Sostanzialmente, tali concetti si fondono nell'esigenza che il modello contenga una precisa mappatura dei rischi aziendali, una adeguata predisposizione di rimedi, e che manifesti una capacità di adeguamento costante ai cambiamenti insiti nella realtà aziendale in questione.

Quanto alla traduzione pratica di tali parametri, il panorama si manifesta decisamente variegato. Per fare alcuni esempi: in un caso il giudice ha ritenuto insufficiente il codice etico presente in un modello organizzativo poiché prevedeva una causa di

dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2004, p. 107

²³¹ G.U.P. Trib. Milano, 3 gennaio 2011, che aveva eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 del decreto 231 per difetto di determinatezza e, pertanto, per contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 24, 25 e 27 della Costituzione

²³² Trib. Riesame Milano, 28 ottobre 2004, Siemens; Trib. Milano, 20 settembre 2004, I. Holding, cit.

ineleggibilità del collegio sindacale solo per i condannati con sentenza dibattimentale definitiva, escludendo coloro che hanno subito una sentenza di applicazione della pena oppure un provvedimento cautelare; in un altro caso è stata ritenuta inadeguata la regola che prevedeva le dimissioni di un amministratore su due, tra quelli indagati per il reato presupposto: in un'ulteriore fattispecie, la rimozione dell'intero organigramma di vertice coinvolto nell'illecito è stata giudicata solo apparente perché i nuovi amministratori continuavano a ricevere direttive dai vecchi dirigenti. Nei numerosi processi per corruzione in ambito farmaceutico, nei quali gli episodi delittuosi sono posti in essere dai cosiddetti informatori tecnico-scientifici al fine di indurre i sanitari a prescrivere i farmaci da essi rappresentati, un modello valido viene individuato in quello che preveda forme di controllo degli informatori, miranti, per esempio attraverso rotazioni turnarie, finalizzate a spezzare il vincolo simbiotico, e quindi le forme di fidelizzazione, che si vengono frequentemente a determinare tra informatori e medici ²³³.

Generalmente un modello viene valutato inidoneo a causa della composizione dell'organo di vigilanza che, difettando dei requisiti di autonomia indipendenza e professionalità, si riduce ad un << sinedrio di teste di paglia >>; si rilevano spesso anche carenze nella mappatura delle aree di rischio e nel sistema dei controlli interni nonché nell'elaborazione dei meccanismi sanzionatori, spesso ritenuti troppo blandi.

La difficoltà nel costruire un modello organizzativo risiede nel fatto che l'azienda si confronta con il rischio di reato che probabilmente non è abituata ad affrontare. La prevenzione dei reati colposi, recentemente inseriti fra i reati presupposto, risulta ad esempio molto più agevole sia perché il concetto stesso di

²³³ PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tradiva di un dogma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 582.

prevenzione trova il suo referente negli eventi colposi, sia perché in questo settore si può contare sull'esperienza maturata dall'applicazione della normativa speciale in materia di sicurezza sul lavoro, nonché sulla copiosa giurisprudenza riguardante l'art 2087 c.c., che impone all'imprenditore, a prescindere dall'osservanza delle specifiche norme esistenti, un costante dovere di aggiornamento sul piano preventivo che vada di pari passo con l'evoluzione scientifica e tecnologica.

Molto più difficile risulta, invece, per le aziende prevenire il rischio di reati intenzionali dei propri operatori. E' necessario a tal fine procedimentalizzare l'attività di impresa, cioè prevedere una rigida regolamentazione delle dinamiche decisionali che vada a ridurre fino a neutralizzare le occasioni di commissione dei reati. Ma raggiungere un simile scopo è estremamente difficile, soprattutto in considerazione della complessità che contraddistingue le moderne realtà aziendali.

Ai fini dell'identificazione di << *best practices* >> di riferimento per la costruzione dei modelli, è necessario precisare che ai sensi dell'art. 6 comma 3 del d.lgs. n. 231/2001, << I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati (...) sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati >>

Tali linee guida saranno quindi fondamentali per supportare gli enti nel processo di costruzione dei propri modelli tenendo in considerazione le peculiarità del settore di operatività (vanno segnalate in via prioritaria quelle adottate da Confindustria mentre, in relazione al settore di attività dell'ente, esistono ulteriori linee guida emanate dalle associazioni di categoria interessate).

Può essere interessante ricordare, al riguardo, una proposta di legge del 2010 dell'allora Guardasigilli Angelino Alfano: il progetto prevedeva l'introduzione di un inedito meccanismo di "certificazione" dell'idoneità del modello organizzativo nel suo complesso o delle singole procedure, collegando al contempo all'ottenuta certificazione a concreti benefici per l'ente indagato/imputato. Più precisamente, l'ente con il modello certificato avrebbe evitato, già nella fase delle indagini preliminari, l'applicazione delle misure cautelari interdittive. La << regolare certificazione di idoneità del modello preventivo >> avrebbe comportato inoltre – e soprattutto – l'esclusione della responsabilità dell'ente, a condizione però che << il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede >>. L'attività di certificazione sarebbe infine stata affidata a soggetti inseriti in un apposito << elenco dei soggetti abilitati >>, sia pubblici che privati, tenuto presso il Ministero della Giustizia.

Il progetto di legge non è mai stato approvato, ma ciò non toglie che meccanismi del genere possano essere tenuti in considerazione per una futura modifica del decreto in analisi, a fronte di una esigenza, declamata a gran voce, di <<certezza>> per le imprese nei benefici collegati all'adozione di un modello, nonché al fine di elevare gli *standard* di qualità nei modelli organizzativi.

Occorre ora analizzare un'altra problematica strettamente connessa a quanto prima osservato. Se soltanto un'attività di prevenzione conforme ai parametri legislativi è idonea ad escludere il pericolo di commissione di ulteriori illeciti, allora ciò rischia di tradursi in un'inversione dell'onere della prova riguardo allo stesso. L'esclusione del pericolo, cioè, sembra essere subordinata all'istituzione *ex post* di un modello di gestione conforme ai criteri di legge, di cui, ovviamente, il soggetto collettivo dovrà dare prova.

Timori di analogo tenore erano stati prospettati con riferimento alla prognosi di pericolosità dell'imputato *ex art. 274 lett. c.* L'analisi della non certo rigorosa giurisprudenza antecedente alla legge n. 335/1995 aveva indotto ad osservare provocatoriamente come «la cosa migliore per l'indagato per certi reati sia quella di fornire egli stesso la prova diabolica delle sue buone intenzioni per l'avvenire. Il che non è proprio nella *ratio* del sistema»²³⁴. Ma, nel contesto che ci occupa, tale preoccupazione acquisisce una dimensione concreta proprio perché, come già segnalato, se il modello organizzativo è il miglior antidoto contro la prognosi di pericolosità e l'ente deve dimostrare l'avvenuta adozione dello stesso, non sarà tanto l'accusa a dover provare il *periculum*, quanto la difesa a doverne escludere la sussistenza. Questo discorso risulta corroborato anche dalla prassi applicativa, dove è invalsa la tendenza, come si è prima osservato, a considerare l'evento lesivo quale indice di per sé di una carenza organizzativa all'interno dell'azienda oppure dell'inefficacia del modello di cui la società si era ancorché dotata *ex ante*.

Allora, per disinnescare questa sorta di automatismo, l'ente non può far altro che provare, sfruttando l'apposita udienza dedicata alla decisione cautelare, di aver adottato un efficace modello preventivo prima della commissione del delitto oppure immediatamente dopo al fine di scongiurare il rischio reiterazione, o, infine, se ancora non avesse provveduto in tal senso, può assumere l'impegno concreto di predisporre un modello *pro futuro*, dimostrando così il suo riallineamento verso la legalità che, di conseguenza, escluderebbe un giudizio di pericolosità a suo carico.

Tale meccanismo determinerebbe una presunzione di colpevolezza quasi insuperabile, assolutamente contrastante con canone costituzionale *ex art. 27 Cost.*

²³⁴ CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Giappichelli, 1995, p. 31.

Proprio a tale riguardo, forse, potrebbe risultare utile la diversità di approccio valutativo precedentemente riportata riguardo ai modelli adottati prima o dopo il fatto di reato. Il distinguo, cioè, potrebbe chiarire che il dato fattuale (avvenuta realizzazione del reato) può rilevare solo ai fini delle condotte riparatorie, mentre i modelli *ex ante* devono essere valutati con una prognosi postuma che ripugna ogni forma di colpevolezza *in re ipsa*²³⁵.

3.4 Interferenze fra il procedimento cautelare a carico dell'imputato del reato presupposto e quello a carico dell'ente

Il rapporto fra azione cautelare a carico della persona giuridica e quella eventualmente destinata alla persona fisica autore del reato presupposto rileva sotto due profili strettamente connessi fra loro.

E' necessario in primo luogo stabilire quali effetti producano le ordinanze *de libertate* emesse nei confronti delle persone fisiche.

Considerando che con riguardo al primo presupposto su cui si fonda la prognosi di responsabilità dell'ente – ovvero l'attribuzione alla persona fisica del reato presupposto – i due giudizi di gravità indiziaria *ex art. 273 c.p.p. e 45 d.lgs. 231/2001* si sovrappongono quasi completamente, è molto probabile che l'ordinanza cautelare emessa nei confronti della persona fisica

²³⁵ NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, p. 312

espliciti un effetto persuasivo e condizionante nei confronti del giudice che dovrà decidere sulla misura interdittiva relativa alla persona giuridica.

Nessuna efficacia preclusiva può essere tuttavia riconosciuta all'ordinanza nei confronti della persona fisica in primo luogo in quanto la Suprema Corte ha più volte chiarito che << la formazione e la portata del giudicato e, ancor più, della preclusione processuale, non vanno individuate in astratto sulla base di concezioni aprioristiche, ma con riferimento al diritto positivo vigente²³⁶ >> : per poter quindi affermare la sussistenza di un giudicato, che abbia efficacia vincolante, dovrebbe essere rinvenibile una espressa previsione in tal senso nel decreto in esame.

In secondo luogo, posto che un eventuale preclusione non coprirebbe anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte nel procedimento cautelare, la valutazione del giudice relativa alla persona fisica sarebbe opponibile all'ente solamente nel caso in cui quest'ultimo partecipasse al procedimento cautelare *de qua*. Sappiamo tuttavia che il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 prevede che i due procedimenti cautelari (quello relativo alla persona fisica e quello nei confronti del soggetto collettivo) procedano separatamente, e questo rende inammissibile il riferimento a qualunque tipo di <<giudicato cautelare>>

Occorre inoltre chiedersi quali effetti espliciti l'ordinanza a carico dell'ente sull'eventuale azione cautelare nei confronti della persona fisica. A tal proposito si è osservato²³⁷ che l'adozione di cautele a carico dell'ente precluderebbe la possibilità di incidere sulla libertà personale dell'imputato qualora si voglia perseguire la medesima esigenza cautelare di cui all'art. 274 lett. c. Questo poiché l'azione cautelare volta ad inibire la potenziale attività

²³⁶ Cass. SS.UU. 8 luglio 1994, Buffa, *RV* 198212

²³⁷ CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 43 s.

illecita dell'ente è ritenuta sufficiente ad evitare anche le possibili condotte delittuose di chi si ritiene abbia agito e potrebbe agire di nuovo per conto dell'ente. Né si potrebbe prospettare un *periculum libertatis* rispetto ad una condotta autonoma dell'indagato persona fisica, poiché quest'ultima, come si sa, impedisce che possa configurarsi la responsabilità in capo al soggetto collettivo; dunque, l'adozione di una misura interdittiva nei confronti dello stesso presuppone aver escluso, in chiave prognostica, che l'autore del reato base abbia agito nel suo esclusivo interesse.

Concludendo, secondo tale ragionamento, a fronte dell'azione cautelare nei confronti della persona giuridica, residuerebbe la possibilità di un provvedimento relativo alla persona fisica nel caso in cui risultino sussistenti le esigenze cautelari del pericolo di fuga o di inquinamento probatorio. E, qualora il provvedimento emesso nei confronti dell'ente fosse successivo a quello adottato a carico della persona fisica ex art 274 lett. c, sarebbe necessario un contestuale provvedimento di revoca di quest'ultimo.

Si deve tuttavia precisare che l'applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'imputato per finalità di prevenzione potrebbe giustificarsi in relazione a reati sempre inerenti all'ambito di interessi dell'ente e tuttavia riconducibili a settori aziendali non considerati dalla misura interdittiva²³⁸. In tal caso, vi sarebbe spazio per agire in via cautelare nei confronti dell'imputato, nonostante siano già state applicate misure interdittive in capo all'ente.

Non sembra ipotizzabile sul punto una soluzione precostituita; al contrario questa dovrebbe essere valutata di volta in volta in base alle circostanze del caso concreto, ferma restando l'inopportunità di incidere sulla libertà personale degli indagati, qualora le esigenze cautelari perseguite siano realizzabili attraverso

²³⁸ G FIDELBO , *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* , cit., p. 479

l'esclusivo ricorso allo strumento interdittivo nei confronti dell'ente.

3.5 I criteri di scelta delle misure

L'art 46 d.lgs. 231/ 2001 orienta la discrezionalità del giudice nella scelta della misura interdittiva, sancendo i tradizionali criteri di adeguatezza, proporzionalità e gradualità.

Prima di tutto, la cautela deve risultare adeguata rispetto all'esigenza che si vuole perseguire. Posto che l'unica finalità prevista nel sistema in esame è quella special-preventiva, tale parametro viene interpretato come un criterio di economicità: sarebbe inutile una misura più grave ove il *periculum* sia neutralizzabile mediante una meno afflittiva.²³⁹

La proporzionalità della misura deve invece essere valutata in relazione all'entità del fatto e della sanzione. Si tratta di due parametri da considerare congiuntamente, come risulta evidente dall'uso della congiunzione <<e>>²⁴⁰; inoltre, il giudice deve compiere una valutazione prognostica circa la sanzione che ritiene applicabile in concreto all'ente²⁴¹, per la quale farà riferimento ai criteri enucleabili dagli articoli 13 e 14 del decreto, che prendono in considerazione l'entità del profitto conseguito e del danno patrimoniale cagionato, la gravità del fatto, il grado di responsabilità dell'ente, l'attività realizzata per eliminare le

²³⁹ P. MOSCARINI, P. CADOPPI – G. GARUTI – A. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 1119

²⁴⁰ Trib. Milano, 14 dicembre 2004, C., cit.; Cass., sez. II, 12 marzo 2007, D'A., cit.; Cass., 23 giugno 2006, La Fiorita, cit.

²⁴¹ PERONI, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 254; G.i.p. Trib. Salerno, 20 marzo 2003, cit.

conseguenze del reato e prevenire la commissione di ulteriori illeciti, le condizioni economiche dell'ente.

L'art. 14 fissa inoltre il criterio di specificità dell'intervento sanzionatorio, che deve colpire la parte dell'attività di impresa alla quale si riferisce l'illecito amministrativo e, ove si tratti del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, può anche essere limitato a determinati tipi di contratti o di amministrazioni. Come affermato in precedenza, non vi è ragione di ritenere non applicabile tale norma anche in ambito cautelare, nonostante manchi un esplicito richiamo all'interno di tale disciplina.

Si è già visto come il criterio di proporzionalità sia stato investito dell'ulteriore funzione di racchiudere i limiti astratti di applicabilità delle misure cautelari, mancando una norma analoga all'art. 280 c.p.p. La norma opera tuttavia più che altro quale selettore interno tra le misure, oltre che come parametro atto ad individuare gli stessi illeciti per i quali è consentito l'esercizio del potere cautelare. Anche le misure cautelari contemplate nell'art. 45 d.lgs. 231/2001, per effetto del rinvio all'art. 9, sono disposte su un'ideale scala di gravità che vede al suo vertice l'interdizione dall'esercizio dell'attività. In realtà non può parlarsi di una rigorosa gradualità delle misure stesse, poiché ciascuna è suscettibile di spiegare effetti diversificati a seconda della realtà aziendale su cui incide; ad esempio, il divieto di pubblicizzare beni e servizi può essere assai più invasivo rispetto alla sospensione dei finanziamenti, per un'impresa commerciale che sia fortemente dipendente dalla pubblicità (si pensi alle imprese monoprodotto o a quelle produttive di beni tecnologici o fortemente legati all'evoluzione dei gusti e delle mode²⁴²).

²⁴² Esempi di S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Napoli, 2002, p. 124 e 125.

Ad ogni modo l' interdizione dall' esercizio dell' attività è sicuramente da considerare la più grave fra le misure cautelari e , come tale , soggetta alla logica dell' *extrema ratio*: andrà applicata quindi solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.

Appare singolare come una clausola posta a garanzia dell'ente indagato, sia stata a tal punto travisata nella giurisprudenza di merito da ritrovarsi a fondamento di una costruzione tesa a sconfessare le caratteristiche connaturate all'intervento cautelare. L'art. 46 comma 3 d.lgs. 231/2001 è stato oggetto, infatti, di un' interpretazione in base alla quale, ove dovessero ricorrere le circostanze descritte dalla norma citata, ovvero l'inadeguatezza di tutte le altre cautele, la misura dell'interdizione dall'esercizio dell'attività potrebbe essere applicata anche se non ne sussistano tutti i requisiti di irrogazione come sanzione definitiva²⁴³.

Per concludere, si ricorda che l'ultimo comma dell'art. 46 d.lgs. 231/2001 introduce il divieto di applicazione congiunta delle misure interdittive. Si tratta di una deviazione dal sistema sanzionatorio, che al contrario prevede tale possibilità (art. 14, comma 3 d.lgs. 231/2001) ma non rispetto al modello codicistico che non consente il cumulo cautelare (fatte salve le deroghe in caso di trasgressione delle prescrizioni imposte dall'art. 276 comma 1 c.p.p. e nel caso di decorrenza dei termini nella specifica ipotesi di cui all'art. 307 comma 1 *bis* c.p.p.²⁴⁴). Inoltre secondo

²⁴³ La Suprema Corte, nel correggere tale infondata e illogica lettura, ha invece ribadito che «<il principio di gradualità di cui all'art. 46 comma 3 trovi attuazione nell'ambito, e non già al di fuori, dei presupposti di applicazione delle misure cautelari; anzi proprio perché l'interdizione dall'attività deve costituire l'*extrema ratio*, la sua adozione deve presupporre una prognosi positiva circa la possibilità di applicare con la sentenza di condanna la sanzione interdittiva più grave», cfr. Cass., 12 marzo 2007, D'A., cit.

parte della dottrina, stante il silenzio del codice, il cumulo non sarebbe escluso nemmeno in via ordinaria ²⁴⁵. Sul punto sono di recente intervenute le Sezioni Unite che hanno dipanato il contrasto interpretativo generatosi in seno alla Suprema corte, esprimendosi per il divieto di cumulo, fatti salvi i casi espressamente stabiliti dalla legge ²⁴⁶.

Si può rilevare, tuttavia, che il carattere meno afflittivo del sistema sotto questo specifico aspetto è controbilanciato dall'assenza di indicazioni specifiche circa la possibilità di modulare l'estensione della misura interdittiva che si intende applicare. Infatti negli artt. 45 e 46 d.lgs. 231/2001 non c'è un riferimento espresso alla possibilità che l'interdizione avvenga <<in tutto o in parte>>, come invece previsto dagli articoli 288, 289 e 290 c.p.p. Conseguentemente <<l'unico espediente ermeneutico per ammettere – come pare opportuno – una certa flessibilità nel dosaggio dell'intervento cautelare, sembra risiedere nella discrezionalità che l'art. 45 attribuisce al giudice in sede di determinazione delle modalità applicative della misura ²⁴⁷ >>.

²⁴⁴ Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 2 del D.l. n. 341/2000, convertito con modificazioni dalla legge n. 4/2001 e permette l'applicazione anche cumulativa delle misure previste dagli articoli 281, 282 e 283 c.p.p., nel caso di scarcerazione per decorrenza dei termini, quando si procede per taluno dei reati indicati nell'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p..

²⁴⁵ CHIAVARIO, Sub art. 275 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 66; PERONI, *Le misure interdittive*, cit. p. 144; ID, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 253.

²⁴⁶ Cass., sez. un., 30 maggio 2006, L.S.; in *Dir. e giust.*, 2006, p. 51, con nota di MACCHIA, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo. Ma il nodo è l'equilibrio del sistema*. Per una compiuta esposizione della tesi opposta, cfr. Cass., sez. VI, 23826/2004, Milloni.

²⁴⁷ F. PERONI, *ne Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 253

CONCLUSIONI

All' esito della presente disamina si rende necessario tentare di fornire delle risposte agli interrogativi e alle problematiche evidenziate nel corso del lavoro.

Entrata a pieno regime nell'orbita dell' accertamento giurisdizionale penale, la disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato pare sollevare non pochi dubbi pratici e interpretativi.

In particolare l'innovativa materia cautelare è stata oggetto di critica, da parte della dottrina, soprattutto in ragione della sovrapposibilità delle misure interdittive con le sanzioni irrogabili in via definitiva. Il risultato è un sistema cautelare che presenta una spiccata finalità general – preventiva (dissuadere gli enti a istigare, consentire o agevolare le condotte delittuose dei propri soggetti posti in posizioni apicali o subordinate), al quale si affiancano evidenti finalità di prevenzione speciale (evitare la reiterazione di illeciti nonché garantire una rapida rieducazione del soggetto collettivo): si tratta evidentemente di obiettivi più coerenti con interventi di tipo sanzionatorio, è ciò porta ad obiezioni d'ordine costituzionale per la dubbia conformità con la regola dell' art 27 , 2° comma Cost. , intesa come regola che vieta l'assimilazione fra imputato e colpevole.

Il quesito è sicuramente di difficile risoluzione tuttavia, dovendo quest' ultimo rimanere sul piano dubitativo, una soluzione interpretativa idonea a giustificare una << anticipazione in fase cautelare >> della sanzione potrebbe essere quella che fa leva sulla nota ambivalenza della regola costituzionale di cui all' art 27 , 2° comma Cost., come regola di trattamento (da leggere in combinato disposto con l' art. 13 Cost. e per la quale è inammissibile che il rischio del processo possa gravare sulla persona nei cui si stà procedendo e non sarà quindi accettabile che, l'eventuale

limitazione della libertà personale nel corso del procedimento penale possa avere funzioni preventive analoghe a quelle derivati dall'irrogazione della pena) e regola di giudizio (la presunzione di innocenza per cui, in caso di prova insufficiente o contraddittoria, l'imputato è esente da pena). Con riguardo alla regola di trattamento, diversamente dalla regola di giudizio, pare plausibile affermare infatti che l'intima correlazione di essa con la tutela dell'inviolabilità della libertà personale delle persone fisiche comporti che, quando il soggetto sottoposto a procedimento non sia una persona fisica ma un soggetto collettivo, risulti compatibile con la Costituzione la previsione di forme di esecuzione anticipata della pena prima della sentenza di condanna.

Ulteriore questione delicata, affrontata nel presente lavoro, è l'inversione dell'onere della prova, prevista all'art. 6 del decreto in esame, nel caso di reato commesso da apicale, che riverbera i suoi effetti anche in sede applicativa delle misure cautelari.

Si ritiene relativamente a tale questione che sia innegabile la sussistenza di un'inversione dell'onere probatorio in fase cautelare, ma è rassicurante considerare che, durante il processo di merito, la regola di giudizio implicata nella presunzione di innocenza troverà piena espansione. In questo caso la norma di riferimento per la distribuzione dell'onere della prova non sarà l'art. 6 d.lgs. 231/2001, che è norma di diritto sostanziale, ma l'art. 530, 3° comma c.p.p. ove è stabilito che se vi è dubbio sull'esistenza di una causa esimente il giudice pronuncia sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, 1° comma c.p.p. E' infatti alla stregua delle norme processuali che si può stabilire quali siano le conseguenze nel giudizio della mancata prova piena da parte della persona giuridica sottoposta a procedimento circa l'avvenuta adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001.

Altro aspetto su cui ci si vuole soffermare è l'introduzione, *ex art. 47 d.lgs. 231/2001* di un contraddittorio preventivo all'emanazione della misura interdittiva.

Deve essere chiaro a tal riguardo che tale strumento, che ha eminente finalità difensiva è collaborativa, non deve assolutamente portare a configurare in capo alle parti se non un obbligo, quanto meno un onere di collaborazione. Tale rischio risulta elevato nel contesto di cui all'art. 47 d.lgs. 231/2001, posto che l'ente indagato si trova a dover fornire un apporto costruttivo fondamentale per la valutazione giudiziaria, quanto meno rispetto alle decisioni di concedere la sospensione delle misure cautelari a fini riparatori e di nominare un commissario giudiziale. La dottrina più avveduta ha quindi sottolineato come il giudice non possa trarre alcun tipo di valutazione negativa dall'atteggiamento dell'ente che non mostri alcun interesse alla collaborazione in questa fase eventuale.

Il limite della scelta legislativa in relazione al contraddittorio anticipato accordato ai soggetti collettivi risiede quindi nel fatto che esso, nel procedimento cautelare, rappresenti sì la via maestra in chiave premiale, ma che, per come è costruita la disciplina, finisca per tramutarsi in uno strumento di collaborazione quasi obbligata, piuttosto che in una garanzia difensiva, nel senso che probabilmente rischiano di essere puniti non tanto gli enti che hanno commesso l'illecito, quanto quelli che non intraprendono un percorso di rientro nella legalità. I benefici discendenti dall'adozione di modelli organizzativi o di condotte riparatorie *post factum* potrebbero inoltre far sì che l'ente non si preoccupi di dotarsi *ex ante* di modelli idonei ad evitare la commissione di reati, con pesanti ricadute sulle finalità preventive cui è orientato l'intero sistema.

Le conclusioni di tale disamina paiono, infine, essere il luogo più adatto per alcune riflessioni personali con riguardo al sistema delineato d. lgs. 231/2001. La novità legislativa è stata

accompagnata da un atteggiamento di diffuso disorientamento interpretativo ed applicativo, in larga parte dovuto al modo profondo e radicale con cui tale riforma ha inciso sulla struttura classica del diritto penale, sostanziale e processuale.

Sono numerose le criticità riscontrabili in tale sistema, ma tanti, allo stesso modo, i rimedi adeguati approntati per contrastare la criminalità di impresa.

La finalità del diritto penale è intervenire reprimendo quelle condotte che, in un dato momento storico, la società avverte come offensive di interessi e di beni meritevoli di protezione. La selezione dei beni oggetto di tutela, così come l'individuazione delle modalità di aggressione degli stessi, non portano ad approdi definitivi ed immodificabili, ma sono piuttosto il frutto di valutazioni destinate a mutare, e a migliorare, con l'evoluzione dei tempi.

La comparsa di un'inedita tipologia di crimine d'impresa dimostra come la modernità sia caratterizzata da esperienze dinamiche ed in continuo divenire, bisognose di una cornice di regolamentazione positiva che, anche allorquando si ponga in rapporto di discontinuità rispetto alle precedenti esperienze di formazione, s'impone come una fisiologica risposta al fisiologico mutare dei tempi e dell'agire umano.

BIBLIOGRAFIA

AMATI, *La responsabilità da reato degli enti, casi e materiali*, Utet giuridica, 2007

BALDUCCI, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 571

BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006

BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005

BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, Routledge & Kegan Paul plc, 1984

BRICHETTI, *Anticipo sulla pena con il sequestro preventivo*, in Guida dir. 2001, n. 26, p. 87

BRICHETTI, *Il sistema cautelare*, in *Resp. Amm. soc. enti*, 2012, n. 1, cit., p. 211

BRICHETTI in *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di ALESSANDRI, Edizione 231, IPSOA, 2002, p. 251

CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002.

CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Giuffrè, 1993

CERESA-GASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in VINCIGUERRA – CERESAGASTALDO – ROSSI, *La*

responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse,
Cedam, 2004, p. 144.

CERQUA *,L'applicazione delle misure cautelari interdittive nei confronti degli enti: le prime pronunce della giurisprudenza,*
Rivista 231, num. 3-2006

CERQUA, *Sanzioni interdittive. Applicazione anticipata e misure cautelari,* in *Dir. E pratica soc.* 2005, n. 2, p. 57.

CHIAVARIO, *Sub art. 273 c.p.p.,* in *Commento al nuovo codice di procedura penale,* coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 36.

COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione,* in *Riv. it. dir. pen. e proc.,* 2004, p. 107

CONFALONIERI, *Il controllo giurisdizionale sulla custodia cautelare. Modello italiano e modello francese a confronto,*
Cedam, 1996

CONSO, *La collegialità del g.i.p.: un'ipotesi praticabile?* in *Dir. proc. pen.,* 1996, p. 401

CONTI C., *Al di là del ragionevole dubbio,* in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio,* a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 110. *della pena. Modifiche al codice di procedura penale,* in *Dir. pen. e proc.,* 2001, p. 309

CORDERO, *Procedura penale,* Milano, 2003

CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa,* Giappichelli, 1995

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002

DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002

G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008

DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, 2012

DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 865

DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione dei modelli organizzativi post-factum ed il commissariamento giudiziale nelle dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 265

EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2005

EPIDENDIO, *Le sanzioni*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2005,

FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 2° ed., Padova, 2001

FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 29, p. 8

FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2005

FIDELBO, *Le misure cautelari*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, 2010,

FIGLIOLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in FIGLIOLA-LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2003

GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, 2° ed., Torino, 1995. 161

GALLUCIO MEZIO , *Brevi osservazioni in materia di sospensione condizionale della sanzione e confisca in relazione al patteggiamento ex art 63 D.lgs. 231/2001*, in *Cass. Pen.* , 2012 , p. 2275

GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.*, 1993, II, p.627.

GENNAI- TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2001, p. 55.

GIARDA , *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative* , in *AA. VV.* , *responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse* , C.P. 2003 , sup. al n. 6 , p. 115

GIAVAZZI S., *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Napoli, 2002,

GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)* – *Diritto processuale penale*, in *Enc.Treccani*, agg. X, 2002, p. 1 ss; GIUL. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967, p. 27 s.

GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, 1997, p. 93

GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, 1976

GRUNER, *Corporate Crime and Sentencing*, Business and Law inc., 1997

ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Giustizia penale oggi, Zanichelli.

LANCELOTI, *I modelli organizzativi*, in FIORELLA-LANCELOTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Diritto e Professione, 2004

LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive (Studi ec. giur. Fac.giur. Univ. Cagliari)*, 1953

LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche; profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2529

A. MANNA , *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*,
in Foro it., 2002, V , 125

MARZADURI, «*Custodia cautelare (dir. proc. pen.)*», in *Dig.
disc. pen. III*, Utet , 1989, p. 285

MONACO, *Il pubblico ministero attore necessario del
procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 7

MORELLI L., *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Cautele
reali*, in AA. VV., *Il processo penale de societate*, a cura di
Bernasconi, Giuffrè, 2007

MORSELLI, *Libertà personale, “giusto processo” e
contraddittorio anticipato: prospettive de iure condendo*, in *Dir.
pen. proc.*, 2006, p. 1302

MOSCARINI, *Le cautele interdittive nel procedimento penale de
societate*, Aracne, 2010

NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007

NEGRI, *Fumus commissi delicti.. La prova per le fattispecie
cautelari*, Giappichelli , 2004

NISCO, *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui
criteri ascrittivi
soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia delle
società*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, p. 295

NUZZO, *Le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1486

PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti
“amministrativi” da reato (d.lgs. 231/2001)*, Giappichelli, 2005

PELISSERO-FIDELBO, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 583

PERONI, *Il sistema delle cautele*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002

PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tradiva di un dogma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002

PRETE, *Le misure cautelari nel processo contro gli enti*, in FIORELLA-LANCELOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Giappichelli, 2003

PRESUTTI, Artt. 45 – 52, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, 2008

PRIMICERIO, *Profili applicativi del procedimento cautelare in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1295.

RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa “possibile”*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1165

SHERMAN, *Deviant Organizations*, in Ermann- Lundmann (a cura di) *Corporate and Govenamental Deviance : Problems of Organizational Behaviour in Contemporary Society*, 2° edizione, 1982

- SUTHERLAND , *Il crimine dei colletti bianchi*, Unicopli , 1987
- VARRASO, Sub art. 49 d.lgs. 231/2001, in AA. VV., *Responsabilità " penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, Napoli, p. 394.
- VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012
- WILSON , *Thinking about Crime* , 1975
- ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, Cedam, 2002, p. 178.
- ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA. VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Giuffrè, 199