

TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO

Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

Il Giudice dell'udienza preliminare, dr. Andrea GHINETTI, sentite le parti e deliberando sulla costituzione delle parti nel procedimento in epigrafe indicato, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sulla ammissibilità delle domande di costituzione di parte civile depositate alla udienza 17.04.2012; sulla ammissibilità della citazione dei responsabili civili; sulla ammissibilità delle pretese risarcitorie formulate nel giudizio ex D. Lgs. 231/01 dagli azionisti nei confronti degli enti imputati.

Com'è noto, al deposito dell'atto di costituzione di parte civile, il giudice è chiamato a delibare esclusivamente la *legitimatio ad causam* attiva e passiva, indipendentemente da ogni sindacato sulla fondatezza di tale pretesa (che attiene logicamente alla fase eventuale della valutazione nel merito della regiudicanda) e, in più, sulla base della iattanza attorea della coincidenza tra le parti in concreto del giudizio ed i titolari delle posizioni giuridiche, attive e passive, oggetto del rapporto processuale.

Quanto agli **azionisti (omissis)**, va anzitutto rilevato che la consumazione del delitto di false comunicazioni sociali presuppone l'esistenza di un danno patrimoniale e l'art. 2622 c.c. contempla espressamente i soci tra i soggetti attinti da tale danno.

Orbene, la risarcibilità della lesione della libertà negoziale patita dall'investitore per effetto di una informazione non corretta o persino mendace è pacifica e l'art. 2395 c.c., del resto, concludendo il complesso delle regole di responsabilità delineate dal codice civile per gli amministratori delle società di capitali, sancisce che le previsioni relative alle azioni sociali "*non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati **direttamente danneggiati** da atti colposi o dolosi degli amministratori*".

Si è, pertanto, in presenza di una azione che mira alla reintegra del patrimonio del soggetto direttamente leso dal comportamento dell'amministratore, di natura aquiliana (*ex plurimis*: Cass. civ. 3.4.2007, n. 8359, *P.G.c.D.E.*, Rv. 595810) in quanto tra gli amministratori ed il socio non vi è rapporto contrattuale e, pertanto, la condotta dolosa o colposa dell'amministratore viola il divieto generale dell'*alterum non laedere* posto dall'art. 2043 c.c.

Socio legittimato non è solo quello che rivestiva tale qualità al momento delle false comunicazioni, ossia al momento di perfezionamento del reato, ma anche chi la abbia acquistata successivamente, proprio in forza della induzione in errore avvenuta mediante la comunicazione diretta (anche) al pubblico.

In tale contesto interpretativo non può, pertanto, escludersi la legittimazione ad agire degli azionisti esclusivamente in base alla considerazione del *tempus commissi delicti*, in quanto, facendo applicazione dei principi in tema di concorso di cause statuiti dall'art. 41 c.p. ed applicabili anche nell'illecito extracontrattuale (Cass. civ., 3.3.2001, n.3132, Rv. 546175), la falsa informazione può assumere valenza causale o concausale anche in scelte di acquisto di quote successive alla commissione delle condotte in contestazione nel presente giudizio.

In altri termini, nel delimitare la platea dei soggetti danneggiati, assume valenza dirimente non già il momento consumativo del reato, bensì la incidenza, da accertarsi secondo i noti canoni in tema di causalità, della falsa informazione finanziaria sul processo deliberativo del soggetto che si afferma danneggiato; in tale prospettiva interpretativa tutti gli azionisti intervenuti nel presente giudizio hanno compiutamente prospettato la astratta titolarità di tale pretesa risarcitoria.

Parimenti nessun rilievo in tale sede può assumere la circostanza che alcuni azionisti non abbiano documentato la successiva vendita dei titoli azionari di (*omissis*), in quanto, nella concorrenza dei presupposti sopra delineati, il danno da informazione finanziaria decettiva si attualizza nel patrimonio dell'investitore ed assume giuridico rilievo, anche in assenza della vendita dei titoli azionari, per effetto del solo prodursi di una apprezzabile minusvalenza.

Il riconoscimento della legittimazione degli azionisti a promuovere nel giudizio penale pretese risarcitorie in relazione alle condotte contestate consente, inoltre, la evocazione nel giudizio penale della (*omissis*) quale **responsabile civile** ex art. 2049 c.c.

Tale norma, infatti, nella consolidata ermeneusi della giurisprudenza di legittimità, ammette l'azione civile per il risarcimento del danno nei confronti di chi è tenuto a rispondere dell'operato dell'autore del fatto che integra una ipotesi di reato non soltanto in virtù di un rapporto di subordinazione, ma anche in ragione di un rapporto organico, come quello che lega la società di capitali al suo amministratore (*ex multis*: Cass. 5.12.1992, n. 12951, Rv. 479917; Cass. civ. 10.2.1999, n. 1135, Rv. 523112).

E', pertanto, ammissibile la costituzione di parte civile di tutti gli azionisti nei confronti degli imputati persone fisiche e deve essere ordinata la citazione del responsabile civile (*omissis*)

Taluni azionisti hanno, inoltre, depositato atto di costituzione di parte civile nei confronti di (*omissis*), imputata **ai sensi del D. Lgs. 231/01**.

La difesa dell'ente ha richiesto declaratoria di inammissibilità di tali costituzioni di parte civile, non previste dal diritto punitivo degli enti.

Tali richieste di esclusione sono fondate, in quanto la pretesa risarcitoria per i danni cagionati dall'illecito amministrativo non può trovare ingresso nel processo

penale per i decisivi argomenti sistematici già espressi da questo Ufficio¹ ed integralmente ripresi e condivisi da ultimo dalla Suprema Corte Sez. 6^a pen., Sentenza

¹ La legge delega 29 settembre 2000, n. 300, anzitutto, non prevedeva l'esperibilità di una azione risarcitoria nel processo all'ente e nell'ordito del D.Lgs. 231/01 è ignota la figura della parte civile.

Il sottosistema dedicato dal D.Lgs. 231/01 al procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative, inoltre, pur mutuando le proprie forme dagli archetipi del codice di procedura penale, significativamente ignora la parte lesa in tale rito.

Tali rilievi, del resto, non possono fondatamente essere superati dall'argomento secondo il quale gli artt. 34 e 35 D.Lgs. 231/01 prevedono che all'ente si applichino le disposizioni del codice di procedura penale e quelle processuali relative all'imputato, "in quanto compatibili".

L'art. 35 D.Lgs. 231/01, infatti, è inteso ad estendere la normativa processuale posta a tutela dell'imputato all'ente, in corrispondenza a quanto previsto dall'art. 61, comma secondo, c.p.p., e non già ad introdurre, in via implicita, un obbligo risarcitorio a carico dell'ente.

Parimenti la clausola di compatibilità enunciata dall'art. 34 D.Lgs. 231/01 non si esaurisce in una meccanica trasposizione di previsioni del codice di procedura penale nell'ordito del diritto punitivo dell'ente, ma richiede una più ampia verifica della sintonia tra le due normative in relazione all'istituto da importare nel D.Lgs. 231/01.

Plurimi indici testuali confermano la estraneità della costituzione di parte civile all'ordito del diritto punitivo degli enti, in quanto la stessa non è neppure richiamata per implicito dal legislatore.

- L'art. 54 D.Lgs. 231/01, nel prevedere che, in ogni stato e grado del giudizio di merito, il pubblico ministero possa richiedere il sequestro conservativo dei beni dell'ente o delle somme o cose ad esso dovute in caso di rischio di mancanza o di dispersione delle garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria, non contempla la possibilità del sequestro conservativo a tutela delle ragioni risarcitorie della parte civile, a differenza di quanto previsto dall'art. 316, comma secondo, c.p.p.
- L'art. 58 D.Lgs. 231/01, a differenza dell'art. 408, comma secondo, c.p.p. non prevede alcun avviso alla persona offesa dal reato (e potenziale parte civile) circa la determinazione del pubblico ministero di archiviazione.
- L'art. 59 D.Lgs. 231/01, inoltre, nell'elencare gli elementi necessari perché il Pubblico Ministero possa procedere alla contestazione dell'illecito amministrativo, a differenza della previsione dell'art. 417 c.p.p., non menziona la indicazione della parte offesa.
- L'art. 61, comma secondo, D.Lgs. 231/01, nel disciplinare il decreto che dispone il giudizio nei confronti dell'ente non prevede la indicazione in tale contesto della parte lesa.
- L'art. 69 del D.Lgs. 231/01 indica quale contenuto della sentenza di condanna esclusivamente le sanzioni di legge e le statuizioni in ordine alle spese processuali, senza alcun riferimento alla condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno di cui all'art. 538 c.p.p.

La considerazione sinergica ed unitaria di tali indici normativi ulteriormente dimostra come la mancata previsione della parte civile nel processo nei confronti degli enti costituisca oggetto di una consapevole opzione di fondo del legislatore.

Né la questione pare risolvibile mediante estensioni della regola risarcitoria dell'art. 185 c.p. ai danni da illecito amministrativo, atteso che l'illecito amministrativo dipendente da reato è strutturalmente distinto dal reato stesso che pure ne costituisce il presupposto, ma se ne distingue per ulteriori elementi costitutivi. Il reato è commesso esclusivamente dalla persona fisica; in tale contesto l'ente non è concorrente nel reato, ma autore di una condotta differente e distinta dal medesimo che gli viene oggettivamente imputata non già in base ad un criterio condizionalistico, bensì in base al criterio ascrittivo dell'interesse o del vantaggio qualora un reato sia stato commesso da un soggetto legato da un rapporto funzionale con l'ente.

Alle medesime conclusioni si giunge muovendo dalle norme, art. 12, comma secondo, ed art. 17, comma primo lett. a), D.Lgs. 231/01, che esprimono in modo più compiuto l'atteggiamento di favore del legislatore per l'adozione da parte dell'ente di misure riparatorie per i danneggiati.

Tali disposizioni, infatti, rivelano un livello esegetico più profondo nella parte in cui confermano che, nell'ottica del legislatore, il danno è pur sempre cagionato dal reato e non già dall'illecito amministrativo.

Parimenti non paiono fondate interpretazioni estensive del contenuto precettivo dell'art. 74 c.p.p.; tale norma, infatti, prevede che l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'art.

n. 2251/11 del 05/10/2010, Fenu ed altri, che si dà per integralmente richiamata, atteso che l'istituto non è previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001 e l'omissione non rappresenta una lacuna normativa, ma corrisponde ad una consapevole scelta del legislatore.

Non vale, in particolare, argomentare in contrario che il principio generale della responsabilità da fatto illecito dell'Ente debba avere azione in sede penale, in virtù del rinvio di cui all'art. 34 D. Lgs. 231/01, in mancanza di una esplicita volontà contraria del legislatore.

Infatti in primo luogo la astratta risarcibilità di danni *ex delicto* non implica affatto come "dovuta" la azionabilità della pretesa in sede processuale penale, piuttosto che in quella naturale civile, tenuto anche conto delle pregnanti connotazioni pubblicistiche di essa sede.

Secundo loco, e soprattutto, non si vede francamente – né è stato anche solo dedotto – quale sarebbe il danno "da illecito amministrativo" *diverso* dal danno "da reato" che i danneggiati *dal reato* possono lamentare, e di cui possono chiamare a rispondere l'Ente stesso, in qualità di responsabile civile. Ammettendo la possibilità di costituzione qui negata, dunque, delle due l'una: o si duplica la responsabilità di risarcimento per lo stesso danno, o si afferma contrariamente all'impianto positivo che l'Ente è (anche) concorrente *nel reato*.

La stessa difesa dell'Ente ha ricordato la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Firenze alla Corte europea (causa C-79/11) sulla compatibilità della normativa nazionale con le disposizioni della decisione quadro 2001/220 sulla posizione della vittima nel processo penale.

Essa si basa proprio sulla constatazione che la costituzione di parte civile nei confronti dell'Ente imputato *ex lege* 231/01 non è, appunto, prevista:

«Se la normativa italiana in tema di responsabilità amministrativa degli enti/persone giuridiche di cui al decreto legislativo (...) e successive modificazioni, nel non prevedere "esplicitamente" la possibilità che gli stessi siano chiamati a rispondere dei danni cagionati alle vittime dei reati nel processo penale, sia conforme alle norme comunitarie in materia di tutela della vittima dei reati nel processo penale».

La difesa dell'Ente non ha citato la recentissima pubblicazione delle requisitorie scritte dell'Avvocato Generale presentate il 15 maggio 2012, il quale conclude chiedendo alla Corte di dichiarare che

«La regola generale sancita nella prima parte dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale deve essere interpretata nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico di uno Stato membro preveda la possibilità di instaurare un procedimento nei confronti di persone giuridiche con riferimento ad un illecito, la circostanza che tale ordinamento possa qualificare la

185 c.p. può essere esercitata nel processo penale solo dal soggetto al quale il reato - e non l'illecito amministrativo dipendente da reato - abbia cagionato un danno.

La irriducibile differenza strutturale tra reato ed illecito amministrativo, pertanto, preclude in radice la possibilità di rinvenire la *eadem ratio* che consenta la estensione in via analogica del contenuto precettivo dell'art. 74 c.p.p. per le pretese risarcitorie scaturenti dalla responsabilità da reato dell'ente.

responsabilità rispetto a tale illecito come «indiretta e sussidiaria» e/o «amministrativa» non solleva tale Stato membro dall'obbligo di applicare le disposizioni del menzionato articolo rispetto alle persone giuridiche se (1) i criteri in base ai quali viene definito l'illecito sono sanciti mediante rinvio alle disposizioni del codice penale, (2) alla base della responsabilità di una persona giuridica vi è sostanzialmente la commissione di un illecito da parte di una persona fisica e (3) il procedimento a carico di una persona giuridica è promosso dinanzi al giudice penale, è assoggettato alle disposizioni del codice di procedura penale e, in circostanze normali, verrà riunito con il procedimento a carico della persona o persone fisiche che avrebbero commesso l'illecito di cui trattasi.

Alla deroga a tale regola generale, sancita nella seconda parte dell'articolo 9, paragrafo 1, deve essere data interpretazione restrittiva. Essa non può essere interpretata nel senso che esclude dalla regola generale stabilita nella prima parte di tale articolo tutti i casi che coinvolgono una specifica categoria di autori del reato, come le persone giuridiche».

Tale conclusione appare in verità fondata su un inesatto apprezzamento degli istituti peculiari dell'ordinamento interno. E' evidente infatti la errata premessa che fonda tutto il percorso argomentativo dell'Ufficio requirente per cui *“qualora il reato sia stato commesso da una persona giuridica, il giudice del rinvio è del parere che tale azione [l'azione civile nel processo penale] sia improcedibile e che la vittima debba esercitare l'azione in un procedimento civile autonomo instaurato a tal fine”*.

Essa misconosce da un lato il peculiare regime di responsabilità amministrativa dell'Ente, che non commette un reato, *neppure in senso “sostanziale”²*, dall'altro l'efficacia dell'istituto del responsabile civile e, infine, la questione sostanziale dell'identità del danno.

Le considerazioni svolte dalla S.C. nella sentenza dianzi citata, dunque, non sono punto revocate in dubbio dalle osservazioni da ultimo svolte in sede europea.

Le opposte conclusioni paiono ispirate più a giudizi metagiuridici di valore che a percorsi logico giuridici mentre, d'altro canto, l'istituto del responsabile civile è stato apprestato dall'ordinamento proprio per assicurare la necessaria tutela alle controparti private.

Le pretese risarcitorie formulate dagli azionisti devono, pertanto, essere dichiarate inammissibili per difetto di *legitimatio ad causam*.

P.Q.M.

AMMETTE la costituzione di parte civile nei confronti di tutti gli imputati persone fisiche di:

² L'equivoco prosegue laddove l'Avvocato Generale ritiene in sostanza meramente nominalistica – e dunque poco rilevante – il *nomen* di responsabilità amministrativa attribuito per evitare problemi di costituzionalità.

(omissis)

dichiara inammissibili le costituzioni di parte civile formulate nei confronti dell'Ente imputato ex D. Lgs. 231/01;

AUTORIZZA le parti civili costituite che lo hanno richiesto anche in via subordinata alla citazione del responsabile civile *(omissis)* e ne **dispone** la citazione per la prossima udienza del 3 luglio 2012 ore 10:00 aula 31 come da decreti separati.

Della presente ordinanza data a Milano il dì 22 maggio 2012 è data lettura questo stesso giorno in udienza alle parti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 148, comma quinto, c.p.p.