

AZIONE CAUTELARE NEI CONFRONTI DELLA PERSONA FISICA E DELL'ENTE: RECIPROCHE INTERFERENZE

di Silvia Renzetti

Abstract. Lo scritto affronta il rapporto tra azione cautelare rivolta alla persona fisica e quella nei confronti dell'ente, con particolare riferimento alla possibile configurazione di un effetto preclusivo, rispetto alla valutazione del *fumus commissi delicti*, derivante dall'ordinanza ex art. 292 c.p.p. L'indagine mette in luce la problematica tenuta del concetto di "giudicato cautelare" nel peculiare sistema delle cautele interdittive configurato dal d.lgs 231/2001.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il "giudicato cautelare" applicato agli enti. – 3. Influenza dell'ordinanza cautelare a carico della persona fisica sulla decisione cautelare nei confronti dell'ente: effetto preclusivo o semplice motivazione per relationem? – 4. Il rovescio della medaglia: ripercussioni dell'ordinanza cautelare a carico dell'ente sulla persona fisica.

1. Premessa

Di recente la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi – *incidenter tantum* - sugli effetti che determinati esiti della vicenda processuale riguardante l'imputato del reato presupposto possono generare sull'accertamento della responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001. In particolare, alla luce del principio di autonomia che caratterizza le due regimicande¹, la Cassazione ha affermato che la pronuncia assolutoria della persona fisica "per non aver commesso il fatto" non comporta alcun automatismo nell'escludere la responsabilità amministrativa dell'ente. Quest'ultima, infatti, non presuppone necessariamente l'individuazione dell'autore del reato, purché si accerti che un reato sia stato compiuto da parte di un soggetto riconducibile all'ente stesso². Del resto, la Relazione al decreto considera la mancata identificazione della

¹ La Corte sottolinea, con riferimento all'art. 8 d.lgs. 231/2001, che «Il senso letterale della norma è chiarissimo nell'evidenziare non tanto l'autonomia delle due fattispecie (che anzi l'illecito amministrativo presuppone - e quindi dipende da - quello penale), quanto piuttosto l'autonomia delle due condanne sotto il profilo processuale».

² Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, in www.rivista231.it.

persona fisica che ha commesso il reato quale espressione di un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa; come tale, rientrando nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti. Dunque, l'omessa disciplina di tali evenienze si sarebbe tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento. Sicché, in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad un determinato soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere - ricorrendone tutte le condizioni di legge - sul piano amministrativo³.

Una lettura, quella offerta dalla Suprema Corte, che era già stata fatta propria dalla dottrina⁴ e che può ritenersi implicita del dettato di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231/2001; senza però dimenticare i problemi interpretativi e di tenuta generale del sistema, che il principio di autonomia reca con sé⁵.

Ancora nessun intervento chiarificatore, invece, sul problema, altrettanto importante e piuttosto diffuso nella prassi, concernente il rapporto che si viene ad instaurare tra le decisioni adottabili in sede cautelare, quando il relativo potere venga esercitato nei confronti tanto della persona fisica che dell'ente.

2. Il “giudicato cautelare” applicato agli enti

Il tema - ed in particolare il profilo degli effetti che produce, nei confronti all'ente, l'ordinanza *de libertate* - è stato esaminato dalla dottrina sotto la lente del giudicato cautelare. Si sostiene, cioè, che l'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* espliciti un'efficacia preclusiva⁶ rispetto alla rivalutabilità del *fumus commissi delicti* relativo al

³ Così, test., la *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, par. 4, gli stralci citati nel testo vengono riportati anche nella sentenza in discorso.

⁴ V. in tal senso, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 230; F. CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., Giuffrè, 2012, p. 1328).

⁵ Per un approfondimento sul punto, si rinvia, tra gli altri, a A. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in AA. VV. *Il processo penale de societate*, Giuffrè, 2006, p. 62 s.

⁶ Alle condizioni stabilite dalla giurisprudenza, in seno alla quale, però, risulta controverso il momento di formazione del giudicato cautelare. Certamente lo stesso consegue all'esaurimento dei mezzi di impugnazione propri dell'incidente cautelare (Cass., Sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, in *C.E.D. Cass.*, n. 198213). Unanimità di vedute vi è anche sulla formazione del giudicato quando il provvedimento cautelare sia sottoposto al vaglio del Tribunale della libertà in sede di riesame o di appello, anche se la decisione di seconda istanza non venga impugnata in Cassazione (Cass., Sez. un., 12 ottobre 1993, Durante, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1610, con nota di M. CERESA GASTALDO, *Sulla persistenza all'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*; Cass., Sez. un., 12 ottobre 1993, Stablum e Capitali, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2645, n. 1640, con nota di M.G. COPPETTA, *Riflessioni sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare, per fini riparatori, la misura custodiale revocata*; Cass., Sez. un., 1 luglio 1992, Grazioso, *ivi*, 1992, p. 2990, n. 1568). Mentre controversa è la formazione del vincolo nell'ipotesi in cui l'ordinanza cautelare di prima istanza non venga impugnata: sul punto si fronteggiano un indirizzo di segno positivo (Cass., Sez.

reato presupposto, da parte del giudice chiamato a decidere sull'interdizione a carico dell'ente⁷.

Infatti, poiché riguardo al primo elemento che fonda la prognosi di responsabilità del soggetto collettivo – ovvero l'attribuzione del reato alla persona fisica – i due giudizi di gravità indiziaria *ex art. 273 c.p.p. e 45 d.lgs. n. 231/2001* si sovrappongono totalmente, si ritiene che, in sede di decisione sulla cautela applicabile all'ente, il giudice non possa rivalutare *rebus sic stantibus* la ricorrenza di tale elemento. In caso contrario, si rischierebbe di innescare un contrasto tra pronunce sul medesimo tema, nel senso che dopo aver ritenuto sussistente - a livello indiziario - un reato, al fine di decidere sull'applicazione delle misure cautelari personali, sulla base dei medesimi elementi si potrebbe ritenere insussistente o non attribuibile il medesimo fatto alla stessa persona in sede di accertamento dell'illecito a carico dell'ente, e viceversa⁸. E la tesi trova qualche riscontro anche in seno alla giurisprudenza di merito⁹.

In realtà, la nozione di giudicato cautelare, già di per sé molto controversa¹⁰, non sembra trapiantabile *sic et simpliciter* nel contesto che ci occupa. La complessità del tema impone qualche precisazione.

Innanzitutto, delle variegate declinazioni che è andato assumendo il concetto di giudicato cautelare e, più in generale, il principio di preclusione (di cui il primo

un., 12 novembre 1993, n. 26, Galluccio, in *C.E.D. Cass.*, n. 195806) ed un altro di segno contrario (*Cass.*, Sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, cit.; *Cass.*, Sez. un., 12 ottobre 1993, Durante, cit.), a cui si aggiunge una posizione intermedia, che nega il formarsi del giudicato cautelare in caso di mancata impugnazione dell'ordinanza applicativa originaria, ma lo riconosce nell'ipotesi in cui una successiva ordinanza emessa ai sensi dell'art. 299 c.p.p. non sia stata impugnata in appello (*Cass.*, sez. VI, 11 febbraio 1999, n. 506, Romeo in *C.E.D. Cass.*, n. 214052).

⁷ In questo senso, diffusamente, T.E. EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, in A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, 2006, p. 407 s.; sulla stessa linea A. PRESUTTI, *Sub artt. 45-49*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 416; G. VARRASO, *Il procedimento per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 204 s. Sembra alludere al concetto di giudicato cautelare nel riferirsi al provvedimento cautelare "definitivo" a carico dell'imputato del reato presupposto, anche G. SPANGHER, *I profili processuali sull'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato a carico dell'ente*, in G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. I, Cedam, 2012, p. 469, il quale, tuttavia, evoca semplicemente una generica possibilità di "tenerne conto" da parte del giudice che deve decidere sull'ente.

⁸ T. E. EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 411.

⁹ Trib. Milano, 14 dicembre 2004, Cogefi, in *Foro it.*, 2005, II, c. 538; G.i.p. Trib. Vibo Valentia, 20 aprile 2004, Soc. Ofn, *ivi*, c. 29, quest'ultima afferma sì l'inesistenza di vincoli, nei confronti della società, derivanti dai contenuti dell'ordinanza cautelare a carico della persona fisica, ma solo se essa non «abbia autorità di cosa giudicata».

¹⁰ Per un'esauritiva ricognizione, non priva di accenti critici e soluzioni originali, si rinvia a E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*. Nuova edizione, BUP, 2012, p. 235 s., anche per i ricchi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

costituisce una manifestazione)¹¹, quella rilevante ai nostri fini è la pretesa impossibilità per il giudice di discostarsi da una precedente decisione sul medesimo punto¹².

Nel caso di specie, infatti, il giudicato cautelare non risponde all'esigenza, che pure lo anima, di evitare inutili duplicazioni sul medesimo oggetto di giudizio¹³, tanto da parte dell'accusa, di cui tende a disinnescare la ripetizione di iniziative cautelari fondate sullo stesso quadro probatorio¹⁴, quanto da parte della difesa, di cui mira a scongiurare defatiganti richieste di revoca o sostituzione *ex art.* 299 basate sui medesimi elementi¹⁵. Non si tratta, cioè, di inibire le ripetute iniziative delle parti, per consentire l'ordinato incedere del procedimento¹⁶, posto che la domanda cautelare nei confronti dell'ente è necessariamente distinta da quella indirizzata alla persona fisica: quindi, non è in gioco alcuna duplicazione sul piano delle iniziative di parte. Invocato rispetto agli enti, dunque, il giudicato cautelare va necessariamente inteso come vincolo decisorio per il giudice, finalizzato ad evitare la contraddizione tra pronunce sul medesimo tema¹⁷.

¹¹ Il giudicato, in generale, viene da sempre considerato come la "somma preclusione", definizione di G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, p. 859.

¹² Configura il giudicato cautelare come vincolo decisorio per il giudice M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Giuffrè, 1993, p. 219 ss.

¹³ In questo senso G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 508 s.; ID, *Ne bis in idem e principio di preclusione nel processo penale*, in *Corr. merito*, 2006, p. 239 s.; M. MENNA, *La ragionevole durata del processo in relazione ai sindacati incidentali ed ai processi cumulativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 921 s.; C. CONTI, *Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 705.

¹⁴ Bisogna però dar conto di una convincente lettura evolutiva del concetto, secondo cui, qualora i nuovi elementi posti alla base della seconda domanda del pubblico ministero fossero già deducibili inizialmente (è infatti noto il potere selettivo degli atti da trasmettere al giudice cautelare), la stessa sarebbe comunque inammissibile per consumazione del potere. Per l'esplicazione di questa tesi si rinvia a E. VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 245 s.

¹⁵ Mette ben in luce l'esigenza di differenziare la portata del principio a seconda che lo si consideri dal punto di vista dell'accusa o della difesa, E. VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 236 s. In questo senso, bisogna dar conto dell'attuale pendenza dinanzi alle Sezioni Unite del quesito "se la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norma penale sostanziale diversa dalla norma incriminatrice (nella specie dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., *in parte de qua*, giusta sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2012) comporti la rideterminazione della pena *in executivis*, vincendo la preclusione del giudicato", che induce a riflettere sulla effettiva intangibilità dei limiti del giudicato penale, in caso di evoluzione normativa favorevole al reo. La questione è riportata in *questa rivista*, 10 dicembre 2013.

¹⁶ Questo, in estrema sintesi, il fine sotteso all'invocazione del principio di preclusione, chiaramente messo in luce da Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, cit.

¹⁷ Peraltro, tale esigenza si pone quale fine ultimo cui tende il principio di preclusione (in questo senso L. LUPÀRIA, *La maschera e il volto della preclusione*, in AA. VV. (a cura di L. Marafioti e R. del Cocco), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Giappichelli, 2012, p. 79). E, del resto, il volto oggettivo del giudicato penale consiste proprio nel garantire la certezza del diritto (sul punto si rinvia a F. CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ediz., Giappichelli, 2011, p. 73, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici).

Ma, seppur circoscritto a tale significato, il principio deve fare i conti con i tratti del tutto peculiari che caratterizzano il sistema cautelare degli enti, che finiscono per enfatizzare i problemi di tenuta di un concetto già claudicante sul piano generale.

In primo luogo, nella situazione in parola, i giudici da cui promanano le due decisioni possono essere diversi. Infatti, se la regola dettata dal decreto n. 231/2001 è quella del *simultaneus processus*, la celebrazione di un'udienza per decidere sulla cautela da applicare all'ente potrebbe costituire, là dove la duplice iniziativa cautelare sia contestuale, un caso esemplificativo in cui l'osservanza delle disposizioni processuali rende necessario procedere separatamente, secondo il disposto dell'art. 38 comma 2 lett. c) d. lgs. n. 231/2001¹⁸. Questa, tuttavia, non è una caratteristica propria di tale contesto: infatti, anche nel microcosmo cautelare codicistico, si riversano preclusioni derivanti da provvedimenti di altri giudici¹⁹, per non dire della progressiva affermazione del fenomeno di segno contrario: ovvero decisioni cautelari che ripercuotono i loro effetti sul merito²⁰.

Ben più rilevante è, invece, la diversità dei destinatari delle pronunce: infatti, il soggetto nei cui confronti si esplicano gli effetti del preteso giudicato cautelare (l'ente) è distinto dal destinatario della decisione avente efficacia preclusiva (la persona fisica). Ora, come noto, nel sistema configurato dal decreto n. 231/2001, è prevista l'instaurazione di un contraddittorio anticipato funzionale alla decisione sulla cautela. Ebbene, tale diritto sarebbe sostanzialmente svuotato di contenuto ove, per effetto del giudicato cautelare, si inibisca all'ente ed al proprio difensore un contributo fattivo rispetto alla valutazione della prima e fondamentale condizione per l'esercizio della potestà cautelare a suo carico, ovvero la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza nei confronti della persona fisica imputata del reato presupposto. Tale *empasse* si ritiene superabile alla luce del fatto che l'unica circostanza di cui l'ente potrebbe dolersi è quella di non aver potuto dedurre fatti o esporre argomenti diversi da quelli addotti dalla persona fisica. Fatti ed argomenti che, in quanto nuovi (nel senso di non esaminati nel procedimento *de libertate* a carico della persona fisica), non risultano coperti dal giudicato e possono essere liberamente esposti nel procedimento a carico dell'ente²¹.

¹⁸ Per questa considerazione M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 147, la quale ritiene che la divergenza dello schema cautelare imponga di procedere separatamente. Se, però, l'iniziativa cautelare a carico dell'ente dovesse intervenire a distanza di tempo da quella esercitata nei confronti della persona fisica, non sembrano esserci ostacoli, a parere di chi scrive, a che il giudice chiamato a decidere sia il medesimo, senza necessità di scindere i due procedimenti.

¹⁹ Si pensi agli effetti preclusivi che atti o vicende intercorse nel procedimento di merito esplicano in sede incidentale.

²⁰ Ci si riferisce all'inedito effetto preclusivo riconosciuto dalla giurisprudenza alle decisioni del giudice cautelare su questioni di diritto (per un esempio recente di questa tendenza Cass., sez. I, 12 ottobre 2011, n. 47655, in *Cass. pen.* 2012, p. 3779, con nota critica di E. VALENTINI, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione del principio di preclusione per consumazione del potere*, in cui si riconosce l'impossibilità di eccepire e rilevare, nella procedura di merito, un'invalidità già esclusa in sede cautelare.

²¹ T. E. EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 412.

Tale replica, però, presuppone che la famiglia dei *nova* - la cui sopravvenienza inibisce l'operare della preclusione - ricomprenda, oltre agli "elementi" nuovi, anche gli "argomenti" nuovi dedotti dalle parti, quali «tesi logico-giuridiche, volte ad offrire una diversa ricostruzione del fatto o una sua diversa qualificazione giuridica»²². Ovvio che una modifica del quadro accusatorio, stante l'intrinseca precarietà dei provvedimenti cautelari, superi qualsivoglia preclusione circa la rivalutabilità dello stesso. Meno scontato che analogo effetto consegua all'attività argomentativa delle parti su un'invariata piattaforma indiziaria²³. E tuttavia, quello da ultimo prefigurato è uno scenario tutt'altro che infrequente nell'ambito oggetto di studio, in quanto scaturisce dalla dicotomia dei soggetti coinvolti nel processo. Infatti, se è vero che l'impiego più usuale dell'udienza *ex art.* 47 d.lgs. n. 231/200 da parte dell'ente sarà quello di dimostrare la sua estraneità al fatto reato, escludendo la sussistenza dei criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della propria responsabilità; ciò non toglie che la persona giuridica possa puntare a smentire, *in primis*, la stessa configurabilità del reato presupposto. Ed allora, ben potrebbe accadere che un altro difensore interpreti in modo differente il quadro accusatorio, offrendo al giudice argomentazioni tali da farlo apparire privo di quei connotati di gravità che legittimano l'intervento cautelare. Di conseguenza, impedire al giudice chiamato a decidere sull'applicazione della cautela all'ente di rivalutare la consistenza indiziaria del reato presupposto - costringendolo a recepire il giudizio altrui formatosi al di fuori del contraddittorio con la *societas* - significherebbe privare quest'ultima di una fondamentale garanzia riconosciuta dal sistema²⁴.

²² T. E. EPIDENDIO, *Il principio del giudicato cautelare*, in A. BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del riesame*, III ediz., Giuffrè, 2008, p. 892.

²³ Più volte, infatti, la giurisprudenza ha negato rilevanza alla mera novità delle argomentazioni, nell'ottica di non limitare la portata del giudicato cautelare: cfr. Cass., sez. IV, 29 aprile 2003, n. 26430, Maska, in *C.E.D. Cass.*, n. 226197; Cass., Sez. II, 1° dicembre 1999 n. 5165, Candela, in *C.E.D. Cass.*, n. 214667; Cass., sez. IV, 19 dicembre 1996, n. 3207/07, Giantin, in *C.E.D. Cass.*, n. 207565. *Contra* Cass., sez. VI, 16 giugno 1992, n. 1740; Cass., Sez. I, 23 maggio 1997, n. 1192. In dottrina, per la tesi estensiva, v. T. E. EPIDENDIO, *Il principio del giudicato cautelare*, cit., p. 892 s., secondo cui il carattere di novità necessario per superare il giudicato cautelare può consistere anche nell'allegazione di argomenti nuovi, intesi come «indicazione e interpretazione di norme giuridiche di riferimento in precedenza non esaminate» oppure «argomenti retorici appartenenti ad un tipo diverso da quelli in precedenza utilizzati». Nello stesso senso B. LAVARINI, *Revoca e riesame delle misure coercitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 536, che considera ammissibile una richiesta di revoca fondata su «censure concernenti la sussistenza originaria dei presupposti applicativi della misura non prospettate al tribunale, né comunque prese in esame d'ufficio». Si veda, tuttavia, M. CERESA GASTALDO, *Il riesame*, cit., p. 220 s., che, sempre con riferimento al rapporto tra decisione definitiva del Tribunale della libertà e richiesta di revoca, considera la prima superabile solo «in presenza di un'accertata evoluzione del quadro cautelare», cioè di «fattori causali (indizi di colpevolezza o esigenze cautelari) non solo diversi, ma nuovi rispetto a quelli precedentemente valutati».

²⁴ Rispetto al sistema cautelare codicistico, si fa giustamente notare come la dicotomia tra preclusione intesa quale causa di inammissibilità della seconda domanda cautelare da una parte, e quale vincolo decisorio per il giudice dall'altra, non abbia molto rilievo, poiché la struttura del relativo procedimento, privo di contraddittorio anticipato, vanifica «la distinzione che intercorre tra inammissibilità della domanda e rigetto della stessa (in forza del divieto, per il giudice, di discostarsi dalla precedente decisione)». Il rilievo (di E. VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 244, nt. 16) consente di mettere in luce, a

In definitiva, nell'incertezza che le nuove argomentazioni consentano effettivamente di superare il giudicato cautelare e stante il rischio di far dipendere la realizzazione dell'effetto preclusivo dalla mera discrezionalità del giudice, la soluzione migliore appare quella di ritenere insussistente un vincolo che la legge non prevede espressamente. La tesi contraria - che vede nella situazione descritta un chiaro esempio di operatività del giudicato cautelare²⁵ - finisce, infatti, per confermare i timori di chi intravede in ogni tentativo di codificazione della preclusione il rischio di un'obliterazione delle garanzie²⁶.

Peraltro, anche a prescindere dalle peculiarità del processo agli enti, la tenuta del concetto di giudicato cautelare, interpretato come mero vincolo per il giudice, e dunque deprivato di quelle istanze di tutela dell'ordinato svolgimento procedimentale che esso mira a preservare²⁷, non persuade. A ben vedere, nulla osta a che il giudice, soprattutto se diverso da quello che si è già espresso sul punto, possa apprezzare nuovamente la medesima questione, nell'ambito di valutazioni che non ancora assurgano al rango di cosa giudicata.

Per rimanere all'interno dell'ambito cautelare, autorevole dottrina, nell'esaminare i rapporti tra riesame e richiesta di revoca - dopo aver riconosciuto l'ammissibilità di una richiesta *ex art. 299 c.p.p.* fondata su elementi fattuali già valutati dal giudice dell'impugnazione, di cui si propone però una differente interpretazione - contempla espressamente la possibilità che il giudice competente a decidere sulla revoca valuti diversamente i medesimi fatti, purché ne dia adeguato conto in motivazione²⁸.

Ma analoghi spazi di rivalutazione si possono riscontrare anche in altri contesti. Si pensi, ad esempio, alla possibilità, per il giudice investito di una richiesta di giudizio immediato custodiale²⁹, di rivalutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza alla base del provvedimento applicativo della misura e, quindi, di sindacare il presupposto

contrario, l'importanza della parentesi di contraddittorio concessa all'ente, da valorizzare quale limite intrinseco alla configurabilità di un giudicato cautelare nel sistema previsto dal d.lgs. 231/2001.

²⁵ Allargando la prospettiva, v'è chi ravvisa nel giudizio volto ad accertare la responsabilità dell'ente, quando si sia già svolto separatamente il processo a carico degli autori del reato presupposto, un fenomeno preclusivo *tout court*: in questo senso I. ABRUSCI, *Decisioni extrapenali e preclusioni nel processo penale*, in AA. VV. (a cura di L. Marafioti e R. del Coco), *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., p. 106, nt. 6.

²⁶ Così R. DEL COCO, *Incidente cautelare e procedimento principale*, in AA. VV., *Il principio di preclusione*, cit., p. 62.

²⁷ Ferme restando le perplessità di tale costruzione quando essa incida sulle garanzie difensive, specie in materia di libertà personale, sul punto si rinvia ancora una volta alle considerazioni di E. VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 236 s.

²⁸ M. BARGIS, *Procedimento di libertà e giudicato cautelare*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*. Atti del Convegno Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998, Giuffrè, 2000, p. 188 s.

²⁹ Termine con il quale si designa il nuovo tipo di giudizio immediato previsto dall'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. ed introdotto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. nella l. 24 luglio 2008, n. 125.

per l'instaurazione del rito³⁰. Oppure al controllo, da parte del giudice dibattimentale dinanzi al quale viene instaurato il giudizio direttissimo, sulla confessione dell'imputato quale presupposto di accesso al rito speciale³¹, o sull'assenza dei requisiti negativi del grave pregiudizio per le indagini e la non necessità di speciali indagini³². Gli esempi citati, pur nella diversità del contesto evocato, sono accomunati dalla possibilità, in capo al medesimo o ad un differente giudice, di riesaminare, a quadro invariato ed a breve distanza dal vaglio precedente, una medesima questione. Peraltro gli effetti che ne derivano – la variazione del modulo procedimentale instaurato – vanno ritenuti quanto meno di pari dignità rispetto a quelli scaturenti dall'accordare al giudice chiamato a decidere sulla cautela da applicare all'ente la possibilità di rivalutare la sussistenza del *fumus* sul reato base, ovvero la tutela delle garanzie dell'ente stesso nella delicatissima fase cautelare.

Del resto, nonostante la particolare struttura della responsabilità degli enti abbia indotto a ravvisare nell'accertamento del reato presupposto una vera e propria questione pregiudiziale³³, si ritiene che la decisione sull'illecito amministrativo possa benissimo discostarsi o perfino prescindere dalla sentenza relativa al reato presupposto, ove quest'ultima sia già intervenuta per effetto della separazione dei due

³⁰ E' da condividere l'opinione di chi ritiene possibile tale rivalutazione sia da parte del giudice investito della richiesta, ovvero lo stesso giudice che si era già pronunciato sulla sussistenza del *fumus* in sede di applicazione della misura cautelare, tanto da parte del giudice del dibattimento, una volta instaurato il rito speciale e «sulla base dello stesso materiale cognitivo»; per queste conclusioni E. VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in AA.VV. (a cura di O. Mazza e F. Viganò, *Misure urgenti in tema di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. In legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Giappichelli, 2008, n. 125, p. 317 s.

³¹ Nel ricostruire il variegato quadro circa l'ampiezza del controllo del giudice dibattimentale sulla confessione, S. ALLEGREZZA, *I giudizi direttissimi tra codice e leggi speciali*, Giappichelli, 2012, p. 322 s., aderisce ad una soluzione intermedia (avanzata da A. MACCHIA, *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 358 e ripresa da L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2006, p. 220), che ammette l'esame del verbale di confessione solo a seguito di una richiesta difensiva. In tal modo, secondo l'Autrice, poiché è la stessa difesa che sceglie di andare incontro al rischio di un pregiudizio della verginità del giudice dibattimentale, il sindacato sulla confessione «potrà essere effettivo, verificando l'idoneità della sede in cui le dichiarazioni sono state rese, la loro convergenza e spontaneità». L'esempio sembra particolarmente calzante ai nostri fini, perché la rivalutazione ad opera di un diverso giudice di un presupposto appena vagliato da un suo collega viene resa possibile al fine di tutelare le prerogative difensive.

³² Considerano tale controllo ammissibile A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Giuffrè, 1980; M. SCAPARONE, *Sulla non necessità di speciali indagini nel giudizio direttissimo*, in *Giur. cost.*, 1971, II, p. 2917 e, con riferimento al nuovo codice, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA. VV., a cura di G. CONSO e V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ediz., Cedam, 2012, p. 712. Di contrario avviso S. ALLEGREZZA, *I giudizi direttissimi*, cit., p. 333 ss, che, pur ritenendo tale soluzione «assolutamente condivisibile nelle sue premesse logiche e giuridiche», la considera non in linea con il sistema del doppio fascicolo, comportando necessariamente la conoscenza integrale del fascicolo delle indagini da parte del giudice (diversamente dal controllo sulla confessione di cui sopra) e, quindi, minando irrimediabilmente la sua ignoranza conoscitiva.

³³ P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, Cedam, 2007, p. 116 s., la quale vi ravvisa «un'ipotesi peculiare di pregiudizialità penale al processo penale, posto che in questo caso la questione pregiudicata da definire nel giudizio penale è quella relativa all'accertamento di un illecito di natura amministrativa e di una forma spuria di responsabilità in capo all'ente».

procedimenti³⁴. In altre parole, viene escluso che la sentenza irrevocabile emessa nei confronti dell'autore del reato possa valere contro la *societas*, perché ciò significherebbe far valere contro l'ente un accertamento nel quale quest'ultimo non ha potuto in alcun modo esercitare le proprie prerogative difensive³⁵. Allora, non si vede perché dovrebbe valere il contrario in sede di accertamento incidentale sulle cautele, nell'ambito del quale, peraltro, non si profila nemmeno il rischio di un conflitto tra giudicati, strettamente inteso³⁶.

3. Influenza dell'ordinanza cautelare a carico della persona fisica sulla decisione cautelare nei confronti dell'ente: effetto preclusivo o semplice motivazione *per relationem*?

Alla luce delle argomentazioni svolte, non sembra dunque condivisibile la tesi che, sfruttando il concetto di giudicato cautelare, ritiene l'ordinanza restrittiva emessa nei confronti della persona fisica foriera di una vera e propria preclusione, per il giudice chiamato a decidere sulla cautela da applicare all'ente, a rivalutare il *fumus commissi delicti* riguardo al reato presupposto.

Semmai, com'è stato affermato da autorevole dottrina, il giudicato cautelare si risolve solo in «un'agevolazione dell'obbligo di motivazione del giudice, che può limitarsi a richiamare le precedenti decisioni», senza con ciò «escludere che [egli] possa diversamente valutare i medesimi fatti e pervenire ad una diversa soluzione»³⁷. Ed infatti, anche a prescindere dal formale riconoscimento in tale ambito di un giudicato cautelare, il rapporto di dipendenza che lega la responsabilità del soggetto collettivo a quella della persona fisica rende palese come una pronuncia positiva o negativa sui gravi indizi *ex art. 273 c.p.p.* avrà riflessi inevitabili sul giudizio di gravità indiziaria *ex art. 45 d.lgs. n. 231/2001*³⁸. Di conseguenza la sede naturale per risolvere il problema dell'influenza dell'una decisione sull'altra appare essere quella della motivazione, escludendo automatismi preclusivi di sorta.

³⁴ Di questa opinione P. CORVI, *Questioni pregiudiziali*, cit., p. 121, la quale evidenzia, tuttavia, il rischio che si determini un contrasto tra giudicati.

³⁵ Così, M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 154 s., la quale esclude anche il mero utilizzo probatorio, ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p., della sentenza emessa a carico della persona fisica. Secondo l'A., l'applicabilità di tale disposizione nel processo agli enti – che viene risolta negativamente attraverso il vaglio di compatibilità di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001 – «modificherebbe perfino l'oggetto» del procedimento nei confronti della *societas*, «escludendo che l'ambito di valutazione del giudice [...] riguardi l'intera fattispecie complessa che integra l'illecito, delimitandolo soltanto agli elementi diversi dalla sussistenza del fatto di reato».

³⁶ E' nota la strutturale incompatibilità tra il concetto di giudicato e una decisione allo stato degli atti: sul punto, v., tra gli altri, M. BARGIS, *Procedimento de libertate*, cit., p. 186; S. LORUSSO, *Un'impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 650.

³⁷ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, V ediz., Giuffrè, 2007, p. 803, con riferimento, in particolare, alla richiesta di revoca delle misure cautelari, ma esprimendo una soluzione particolarmente calzante ai fini che ci occupano.

³⁸ T. E. EPIDENDIO, *Le misure cautelari*, cit., p. 413.

Va da sé che l'uso della tecnica di motivazione per *relationem* non solo deve rispondere ai dettami fissati dalle Sezioni Unite nella nota sentenza Primavera³⁹, ma deve altresì adattarsi alle peculiarità del caso di specie. E cioè il richiamo all'ordinanza cautelare personale può coprire l'onere motivazionale del provvedimento a carico dell'ente esclusivamente in relazione al primo presupposto della sua responsabilità, ovvero la commissione di un reato tra quelli indicati nel decreto, da parte di un soggetto avente un legame funzionale con l'ente stesso⁴⁰.

Resta da stabilire se i criteri elaborati dalle Sezioni Unite, ormai diritto vivente, possano ritenersi soddisfatti anche qualora il provvedimento richiamato (l'ordinanza ex art. 292 c.p.p.) faccia parte di un procedimento distinto, posto che la prima condizione legittimante la tecnica argomentativa in parola è data dall'appartenenza dell'atto richiamato al medesimo procedimento. Il punto è stato oggetto di recente attenzione da parte della Suprema Corte, la quale - pur ritenendo tale criterio non pienamente rispettato, poiché solo l'appartenenza al medesimo procedimento rende possibile, in via di principio, l'esame degli atti del relativo fascicolo - ha stabilito che, nel caso di specie, la difesa dell'ente aveva potuto esplicitare pienamente le sue valutazioni e contestazioni anche rispetto all'ordinanza cautelare personale oggetto di richiamo, notificatale unitamente a quella interdittiva a suo carico⁴¹. In sostanza, secondo la Corte, visto che il provvedimento oggetto di richiamo è stato comunque sottoposto all'agone del contraddittorio di cui all'art. 47 d.lgs. n. 231/2001, tanto basta per ritenere osservate le condizioni fissate dalla giurisprudenza anche in relazione al peculiare contesto del processo agli enti.

Il giudice di legittimità, però, sembra sottovalutare un aspetto cruciale, ovvero che solo la conoscenza degli atti del procedimento in seno al quale si inserisce l'incidente cautelare può offrire gli strumenti per contestare proficuamente l'ordinanza di applicazione della misura. Infatti, nel provvedimento del giudice cautelare, gli elementi di prova potrebbero essere riportati secondo la prospettazione dell'accusa;

³⁹ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera e altri, in *Cass. pen.*, 2001, p. 69, secondo cui la motivazione per *relationem* è legittima quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel procedimento 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.

⁴⁰ Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4228, con nota di S. RENZETTI, *Misure cautelari applicabili agli enti: primi interventi della Cassazione*; Cass., sez. II, 26 giugno 2008, n. 30412; Morabito e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 240169 e, da ultimo, Cass., Sez. VI, 5 marzo 2013, n. 10903, O. s.r.l., in pubblicazione su *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2014, con nota di F. NICOLICCHIA, *La motivazione per relationem dell'ordinanza cautelare a carico dell'ente in rapporto al contraddittorio anticipato e alla separazione dei procedimenti*.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 5 marzo 2013, n. 10903, O. s.r.l., cit. Ritiene che l'ordinanza cautelare personale, quando viene impiegata come parte integrante di quella interdittiva, debba essere oggetto di apposita allegazione da parte del pubblico ministero M. L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 148 s.

inoltre non bisogna dimenticare la facoltà di selezione degli atti da porre alla base della domanda, riconosciuta al pubblico ministero. L'unica conclusione coerente con tali assunti diviene, allora, quella di limitare l'impiego della motivazione *per relationem* in sede cautelare al solo caso in cui responsabilità della persona fisica e quella dell'ente vengano accertate nell'ambito di un *simultanues processus*⁴². Solo in questo modo si garantirebbe appieno il diritto al contraddittorio anticipato riconosciuto all'ente.

Se la pronuncia da ultimo citata consente un impiego disinvoltato della motivazione *per relationem*, d'altro canto sembra però offrire un ulteriore argomento a sostegno dell'inoperatività del giudicato cautelare nella sede che ci occupa. La Corte, infatti, finisce per annullare l'ordinanza oggetto di ricorso, perché il richiamo da essa operato al contenuto del provvedimento *ex art. 292 c.p.p.* non poteva assolvere l'onere motivazionale richiesto dal sistema 231, a fronte del fatto che l'ente, nell'udienza funzionale all'applicazione della cautela, aveva contestato il quadro indiziario riportato in quel provvedimento. In presenza di tale contestazione, dunque, rifarsi all'ordinanza emessa contro la persona fisica significa obliterare il disposto di cui all'art. 292 comma 2 lett. *c-bis*) c.p.p.⁴³, con la conseguente nullità del provvedimento. L'impeccabile ragionamento svela la fallacia insita nella pretesa di imporre al giudice dell'ente l'apprezzamento del *fumus* già operato nell'ordinanza a carico della persona fisica, con ciò rafforzando l'idea di una radicale incompatibilità tra giudicato cautelare ed il sistema delle cautele previsto dal decreto n. 231/2001.

4. Il rovescio della medaglia: ripercussioni dell'ordinanza cautelare a carico dell'ente sulla persona fisica

Per converso, bisogna chiedersi quali effetti espliciti l'ordinanza a carico dell'ente sull'eventuale azione cautelare nei confronti della persona fisica. A questo proposito, si è osservato che l'avvenuta adozione di cautele interdittive a carico della *societas* preclude la possibilità di incidere sulla libertà personale dell'imputato, qualora si voglia perseguire la stessa finalità di prevenzione speciale *ex art. 274 lett. c)*⁴⁴. Questo perché l'azione cautelare volta ad inibire la potenziale attività illecita del soggetto collettivo viene considerata sufficiente ad evitare anche le possibili condotte delittuose di chi si ritiene abbia agito e potrebbe agire nuovamente 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 all'ente. Dunque, l'adozione di una misura

⁴² Su questa linea anche F. NICOLICCHIA, *La motivazione per relationem*, cit., quantomeno con riferimento al caso in cui i due procedimenti procedano separatamente *ab origine*. Esclude *tout court* il ricorso alla motivazione *per relationem* G. SPANGHER, *I profili processuali sull'accertamento*, cit., p. 469.

⁴³ Tale norma, espressamente richiamata dall'art. 45 d.lgs. 231/2001, prevede la nullità dell'ordinanza cautelare che non esponga i motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa.

⁴⁴ M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2002, p. 43 s.

interdittiva nei confronti dello stesso presuppone aver escluso, in chiave prognostica, che l'autore del reato base abbia agito nel proprio esclusivo interesse.

In conclusione, secondo la tesi riportata, a fronte dell'azione cautelare sulla *societas*, residuerebbe la possibilità di agire sulla libertà della persona fisica solo ove risultino perseguibili le esigenze cautelari del pericolo di fuga o di inquinamento probatorio. E, qualora il provvedimento emesso nei confronti del soggetto collettivo fosse successivo a quello adottato per la persona fisica *ex art. 274 lett. c)*, si imporrebbe un contestuale provvedimento di revoca di quest'ultimo⁴⁵.

Si fa tuttavia notare 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 interesse dell'ente e tuttavia riconducibili a settori aziendali non presi in considerazione dalla misura interdittiva⁴⁶. 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: essa va arguita 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 l'esclusivo ricorso allo strumento interdittivo nei confronti dell'ente.

⁴⁵ M. CERESA-GASTALDO, *Il "processo alle società"*, cit., p. 44.

⁴⁶ Così G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA. VV. (a cura di G. Lattanzi), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Giuffrè, 2010, p. 529.