

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA EX D.LGS. 231/01 E MISURE CAUTELARI: DAL FUMUS DELICTI AL FUMUS POENAE.

La sentenza in commento affronta il tema dell'applicabilità delle misure cautelari ai sensi del D.lgs. 231/01.

Come noto, l'art. 45 del Decreto prevede che *“Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede ...”*.

Partendo da tale disposizione, la Cassazione ha, anzitutto, rilevato come la disciplina condizioni l'applicazione delle misure cautelari all'esistenza

- del *fumus delicti*, inteso come *“qualificata probabilità della sussistenza dei presupposti della responsabilità amministrativa da reato dell'ente”*, da riscontrarsi attraverso una *“una prognosi articolata”*, riguardante
 - gli estremi di uno dei reati, espressamente ritenuto idoneo dal decreto a fondare detta responsabilità;
 - la sussistenza dell'interesse o del vantaggio dell'ente
 - la riferibilità del fatto ad uno dei livelli qualificati di organizzazione dell'ente di cui all'art. 5 dello stesso decreto (soggetti apicali o sottoposti)
- del *periculum in mora*, da intendersi *“circoscritto alla sola esigenza specialpreventiva, sulla falsariga della lett. c> dell'art. 274 c.p.p. (essendo parso incongruo, con riferimento alla responsabilità degli enti, il richiamo al pericolo di inquinamento probatorio e di fuga di cui alle lett. a> e b> del cit. art 274)”*.

In secondo luogo, i Giudici di legittimità hanno sancito un importante principio che contribuisce alla migliore definizione degli istituti processuali contemplati dal D.Lgs. 231/01. Nella sentenza in esame si legge, infatti, che *“le sanzioni interdittive, la cui applicazione può essere anticipata in via cautelare, sono le stesse irrogabili all'esito del giudizio di merito e, correlativamente a quanto accade per l'irrogazione della sanzione interdittiva con la sentenza di condanna, presuppongono ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 13 del decreto e, cioè: la gravità indiziaria della responsabilità dell'ente per uno dei reati «per i quali (dette sanzioni) sono espressamente previste», nonché almeno una delle condizioni previste dalla stessa norma (e, cioè, reiterazione degli illeciti ovvero un profitto di rilevante entità, con l'aggiunta se si tratta di reato commesso da sottoposti all'altrui direzione dell'esistenza di gravi carenze organizzative)”*.

Conseguentemente, la Cassazione ha escluso l'applicabilità ex art. 45 D.Lgs. 231/01 delle sanzioni interdittive che non possono essere applicate anche in via definitiva, in sede di condanna. Tale esclusione è coerente – si legge nella sentenza – *“con la funzione strumentale propria della misura cautelare”* nonché con il *“principio di adeguatezza, proporzionalità e gradualità sanciti dall'art. 46 del d.lgs.”*.

La norma da ultimo citata, infatti, nel richiedere che la misura cautelare deve essere *“proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente”*, impone al Giudice, che applica la misura, di svolgere un giudizio prognostico circa la sanzione che ritiene potrà essere applicata all'ente all'esito del giudizio. In estrema sintesi, l'autorità giudiziaria dovrà riscontare, in sede di giudizio cautelare, non solo i tradizionali presupposti rappresentati dal *fumus delicti* e dal *periculum in mora* (esigenze cautelari), ma anche il – mi si consenta l'espressione - *fumus sanctionis* (o *fumus poenae*).

Tale giudizio, porterà necessariamente ad escludere l'applicabilità di misure cautelari in caso commissione di delitti, per i quali il Decreto non prevede l'applicazione in via definitiva di misure cautelari.

Una simile conclusione impone una seria riflessione sull'apparato sanzionatorio previsto dal D.Lgs. 231/01, con particolare riguardo a quei reati (ad es. art. 25-ter – Reati societari - e art. 25-sexies – Abusi di mercato) in relazione ai quali non è prevista la comminazione di sanzioni interdittive. Dovrebbero essere rimediale quelle scelte di politica criminale che hanno condotto ad escludere tale previsione, alla luce delle conseguenze che si produrranno seguendo il ragionamento della Corte di Cassazione: nel caso si procedesse per tali illeciti, l'autorità inquirente non avrebbe a disposizione alcuno strumento cautelare.

Fabio Conciatore

fabioconciatore@tiscalinet.it