

Cassazione penale, II sezione, sentenza 30 gennaio 2006, n. 3615 (ud. 20 dicembre 2005)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE PENALE

udienza camera di consiglio del 20/12/2005

composta dagli Ill.mi Sig.ri:

Dott. Morelli Francesco Presidente
Dott. Morgigni Antonio Consigliere
Dott. Bernabai Renato Consigliere
Dott. Cardella Fausto Consigliere
Dott. Diotallevi Giovanni Consigliere

ha pronunciato la seguente

sentenza

sul ricorso proposto da:
(JM) s.r.l.

avverso ordinanza del 14/07/2005 Tribunale Libertà di Agrigento
sentita la relazione fatta dal Consigliere Bernabai Renato
sentite le conclusioni del P.G. Dr.ssa Elisabetta Cesqui, che ha chiesto il rigetto del ricorso
udito il difensore avv. (GLF), che ha chiesto l'accoglimento del ricorso

svolgimento del processo

Con ordinanza emessa il 31 maggio 2005 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Sciacca applicava alla (JM) s.r.l. la misura cautelare interdittiva, ai sensi dell'articolo 13 decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 – "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", della esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi, revocando altresì la terza rata del "mutuo allo scopo", pari a lire 1.715.750.000, erogata dopo l'entrata in vigore della legge, dal Ministero delle attività produttive in data 30 luglio 2001, in vista della realizzazione di un impianto industriale per la produzione di frigoriferi. Il provvedimento era assunto nell'ambito di indagini per il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazione pubbliche, ex articolo 640 bis c.p., a carico di (DA), amministratore unico della (JM) s.r.l., che aveva esposto costi in realtà mai sostenuti, anche mediante negoziazione di titoli di credito senza

causa con l'impresa appaltatrice (T) s.r.l., nonché fatturato operazioni inesistenti.

Il successivo appello della società era in parte accolto dal Tribunale di Agrigento, che annullava la misura cautelare nella parte in cui revocava la terza rata del finanziamento.

Avverso l'ordinanza proponeva ricorso per cassazione la (JM) s.r.l., deducendo

1) la violazione dell'articolo 640 bis c.p., perché era stata applicata una norma di legge introdotta con il decreto legislativo 231/01 ad una fattispecie criminosa perfezionatasi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, non vertendosi in tema di reato permanente, continuato o a consumazione prolungata, perché la percezione della terza rata costituiva esecuzione di una condotta postfatto nell'ambito di un reato unico.

2) La violazione dell'art. 5 d.lgs. 231/01, difettando, nella fattispecie concreta, il vantaggio beneficiato dalla persona giuridica, dal momento che le somme erogate, pari ad euro 812.500,00, erano state distratte su conti personali dell'amministratore indagato, senza che il suo profitto ingiusto ridondasse in vantaggio anche della società, come richiesto espressamente dalla norma.

All'udienza del 20 dicembre 2005 il Procuratore generale precisava le conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

motivi della decisione

Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'articolo 606 comma 1, lett. b) ed e) in relazione dell'art. 640 bis c.p., essendo stata applicata la norma di legge introdotta con il decreto legislativo 231/01, non ancora in vigore all'epoca del perfezionamento della fattispecie criminosa.

Il motivo è infondato.

E' vero, naturalmente, che vige, "in subiecta materia", il principio di legalità, del resto espressamente ribadito dall'art. 2 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 (L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto): previsione probabilmente superflua, perché ripetitiva di enunciazioni di ordine generale già contenute all'art. 2 c.p., all'art. 11 disp. sulla legge in generale, all'art. 1 legge 24 novembre 1981 n. 689 (sulla depenalizzazione). E' noto che il decreto legislativo n. 231/2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma "societas delinquere non potest". E ciò perché, ad onta del "nomen iuris", la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.): interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole.

Ciò premesso in sede dogmatica, si osserva come nella fattispecie in esame, di truffa ai danni dello Stato per percezione di prestazioni indebite di finanziamenti e contributi la cui erogazione sia rateizzata periodicamente nel tempo, non si verte in tema di reato permanente,

né di reato istantaneo ad effetti permanenti – ricostruzioni che postulano l'unitarietà della condotta dell'agente – bensì, secondo una giurisprudenza di questa Corte in via di consolidamento, un reato a consumazione prolungata, giacché il soggetto palesa la volontà, fin dall'inizio, di realizzare un evento destinato a durare nel tempo. Ne discende che il momento consumativo coincide con la cessazione dei pagamenti, che segna anche la fine dell'aggravamento del danno (Cass., sez. 2, 3 marzo 2005, n. 11026; Cass., sez. 1, 19 ottobre 1998, n. 11055; Cass., sez. 2, 9 maggio 1994, n. 6360). In applicazione del principio, l'erogazione alla (JM) s.r.l., nel luglio 2001 – e cioè in epoca successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 – dell'ultima rata del "mutuo allo scopo" concesso con decreto 3 marzo 1999 n. 72158 dall'allora Ministero per l'Industria, Commercio e Artigianato, integra la fattispecie criminosa di cui all'art. 640 bis c.p., rientrando nella previsione dello "jus superveniens", con la conseguente legittimità della misura cautelare applicata.

A non diversa conclusione si perverrebbe ricorrendo alla configurazione alternativa del reato continuato, ove si ritenga che all'atto della percezione indebita della rata di mutuo l'agente reiteri la condotta truffaldina in tutte le sue componenti, incluso l'artificio o il raggiri; impliciti nello sfruttare lo stato di ingannevole rappresentazione della realtà in cui tuttora versi il soggetto passivo: ricostruzione, che implicherebbe, del pari, la punibilità del segmento autonomo della continuazione successivo all'introduzione della sanzione amministrativa a carico dell'ente di appartenenza. Mentre, appare oscura e non condivisibile la qualificazione dell'elemento oggettivo, come "danno da sviamento", prospettata dal ricorrente, che intenderebbe derivarne la maturazione integrale alla data anticipata di concessione del finanziamento: come se esso non dipendesse dalla concreta erogazione pecuniaria che ne segue.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 5 d.lgs. 231/01, difettando, nella fattispecie concreta, il vantaggio beneficiato dalla persona giuridica.

Il motivo è infondato.

Nella "ratio" ispiratrice della profonda innovazione introdotta dalla legge 231/2001, l'ente collettivo, al di là di grossolane concezioni antropomorfe, è considerato il vero istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa materialmente commessa dalla persona fisica in esso inserita.

Seppure si debba considerare la responsabilità creata dalla norma come un "tertium genus" nascente dall'ibridazione della responsabilità amministrativa con principi e concetti propri della sfera penale, la sanzione a carico della persona giuridica postula innanzitutto il presupposto oggettivo che il reato sia commesso nell'interesse dell'ente da persone che agiscono al suo interno (articolo 5): con esclusione, quindi, dei fatti illeciti posti in essere nel loro interesse esclusivo, per un fine personalissimo o di terzi. In sostanza, con condotte estranee alla politica di impresa.

A ciò il legislatore ha inteso affiancare, in sede di normazione delegata, un ulteriore requisito di natura soggettiva, in qualche modo assimilabile ad una sorta di "culpa in vigilando", consistente nella inesistenza di un modello di organizzazione, gestione o controllo idonei a prevenire i reati – con assonanza ai modelli statunitensi dei "compliance programmes" – di

cui l'articolo 11, lettera "e" legge-delega 300/2000 non faceva chiara menzione. Con la differenza, non di lieve momento anche sotto il profilo sistematico, che tali modelli riguardano anche i reati commessi dal personale dirigente: ciò che costituisce un "unicum" nel panorama giuridico comparato, improntato, piuttosto, alla teoria della identificazione pura. Non è stato quindi riprodotto dalla legge 231/2001 il principio dell'automatica derivazione della responsabilità dell'ente dal fatto illecito del suo amministratore (a differenza, ad es., che in Francia, ove vige la responsabilità riflessa, "par ricochet"), in deroga al principio di identificazione, pur connaturale alla rappresentanza organica, valido in tesi generale, per ogni rapporto, negoziale e processuale.

Nella fattispecie in esame nessun dubbio che (DA), amministratore unico della (JM) s.r.l., rientri tra i soggetti che l'articolo 5 del decreto legislativo 231/2001 definisce in posizione apicale ("le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso").

Incontestati i gravi indizi di colpevolezza – e non eccepita, allo stato, l'inesistenza della c.d. colpa dell'organizzazione (il cui onere, per atti compiuti dai vertici aziendali, è invertito a carico dell'ente: art. 6), per effetto della presenza di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi, adeguatamente monitorati da un organismo di vigilanza – resta quindi da esaminare, sotto il profilo della logicità della motivazione, la sussistenza del requisito oggettivo dell'interesse o del vantaggio dell'ente, condizione di applicabilità della sanzione.

Al riguardo, si osserva, in sede esegetica, che, secondo la Relazione alla legge, l'interesse, quanto meno concorrente, della società va valutato "ex ante"; mentre il vantaggio richiede una verifica "ex post". Non sembra quindi da condividere la definizione di endiadi attribuita da parte della dottrina alla locuzione: che diluirebbe, così, in più parole un concetto unitario. A prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa "e" tra le parole interesse e vantaggio; e non la congiunzione disgiuntiva "o" presente invece nella norma, non può sfuggire che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi: potendosi distinguere un interesse "a monte" della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obbiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamente divisato "ex ante" dall'agente. Concorso reale, quindi, di presupposti, che pone un delicato problema di coordinamento, laddove disposizioni particolari della legge non ripetano entrambi i requisiti, ma facciano riferimento al solo interesse (articolo 5, secondo comma, in senso esimente per le azioni criminose commesse nell'interesse esclusivo del rappresentante o dipendente della società o di terzi; articolo 25 ter, inserito con il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, comma primo, per la responsabilità amministrativa da reati societari previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse nella società).

Nella fattispecie concreta in esame trova però applicazione la disposizione specifica di cui all'articolo 13 ("sanzioni interdittive") in cui il requisito generale del vantaggio viene

sicuramente ribadito e ulteriormente qualificato come "profitto di rilevante entità"; ricollegandosi quindi ad una nozione generale consolidata di evento penalmente rilevante. La società ricorrente ha negato che esso si sia verificato nel caso in specie: e ciò, perché la soma ottenuta dopo l'entrata in vigore della legge, pari ad euro 812.500,00, sarebbe stata indebitamente distratta e versata su conti personali, o comunque riconducibili all'amministratore, senza alcun profitto concreto ad essa ridondante. In quest'ottica, censura altresì la carenza e manifesta illogicità della motivazione, che non avrebbe individuato, in concreto, il suo vantaggio, né, tanto meno, l'interesse preventivo: limitandosi a desumerli, sia pure ai soli fini del "fumus commissi delicti", dalla condotta criminosa dell'amministratore (DA), che aveva invece strumentalizzato la propria società di appartenenza a fini esclusivamente personali.

Il motivo è infondato.

Giova premettere, in sede dogmatica, che è inammissibile, ed esula quindi dal presente "thema decidendum", il sindacato dei vizi della motivazione ex articolo 606, comma 1, lett. e), non previsto dall'articolo 52, secondo comma, decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ("Impugnazioni dei provvedimenti che applicano le misure cautelari"), che espressamente limita la ricorribilità per cassazione alla sola violazione di legge; con ulteriore richiamo integrativo all'articolo 325 c.p.p.

Escluso che l'ordinanza di riesame del Tribunale di Agrigento sia priva affatto di motivazione, o corredata di motivazione apparente, costituita da mere clausole di stile – ipotesi-limite ridondanti in violazione di legge (Cassazione penale, sez. III, 18 marzo 2004, n. 19039; Cassazione penale, sez. VI, 28 novembre 1997, n. 4789) – resta solo da esaminare la sussumibilità astratta nella fattispecie legale di cui all'art. 13 dell'ipotesi allegata di distrazione su conti personali dell'amministratore di somme erogate alla società dallo Stato, per effetto dalla sua condotta truffaldina.

Al riguardo, è peraltro decisivo il rilievo in fatto, posto in evidenza dal Tribunale di Agrigento, che l'allegazione difensiva sembra comunque smentita dall'ammontare rinvenuto nei predetti conti, intestati, o comunque riferibili al (DA), inferiore alla rata di contributo pubblico erogata. Il che lascia presumere che parte di essa sia rimasta nella disponibilità della (JM) s.r.l..

Non sembra peraltro superfluo aggiungere, in sede concettuale, che il momento realizzativo del profitto coinciderebbe pur sempre con l'accreditamento alla società delle somme dal Ministero dell'Industria, produttivo dell'oggettivo e contabilmente verificabile introito nelle casse sociali del contributo pubblico. Ciò che avviene dopo resta perciò condotta "post factum" – suscettibile eventualmente di integrare un'eventuale appropriazione indebita da parte dell'amministratore (o anche dei soci) – senza elidere il dato storico del profitto già conseguito dall'ente.

E ciò, a prescindere dalla "vexata quaestio" se il filtro della personalità giuridica di una società di capitali valga a esimere da responsabilità per atti eventualmente commessi nell'interesse personale della totalità o della maggioranza dei soci (cd. abuso della personalità giuridica e conseguente "piercing the veil").

Se dunque il contributo pubblico sia entrato materialmente nel patrimonio sociale,

confondendosi con le altre risorse pecuniarie, si è verificato il vantaggio oggettivo della società, che storicamente ha visto, per un lasso più o meno lungo di tempo, incrementata la sua ricchezza.

Resta infine sullo sfondo l'ulteriore problema se l'eventuale infedeltà successiva del singolo amministratore, che abbia sottratto alla società le somme da essa incamerate, non possa costituire "causa petendi" di un'azione di responsabilità ex. 2393 codice civile (eventualmente anche di minoranza: nella specie, ex art. 2476, terzo comma), pur in presenza dall'obbligazione restitutoria della società nei confronti dell'ente pubblico finanziatore; eventualmente a titolo di regresso.

Profili tutti che esulano, allo stato, dal "thema decidendum" e che spetterà, come giustamente ritenuto dal Tribunale del riesame di Agrigento, al futuro giudizio di merito di vagliare.

Il ricorso è dunque infondato e va respinto, con la conseguente condanna al pagamento delle spese processuali.

p.q.m.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali