

34071-21



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
QUINTA SEZIONE PENALE

Composta da
STEFANO PALLA - Presidente - Sent. n. sez. 994/2021
MARIA TERESA BELMONTE - Relatore- C.C. 25/06/2021
BARABARA CALASELICE R.G.N. 6422/2021
RENATA SESSA
PAOLA BORRELLI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI COSENZA

nei confronti di

(omissis) alla qualità di rappresentante della società F (omissis) , terza interessata nel procedimento a carico di (omissis)

Avverso la ordinanza del 09/12/2020 del TRIBUNALE DEL RIESAME DI COSENZA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere MARIA TERESA BELMONTE;

letta la requisitoria scritta, del 26 MAGGIO 2021, del Sostituto Procuratore Generale, Luigi GIORDANO, che ha concluso per l'annullamento con rinvio del provvedimento impugnato.

udienza camerale senza discussione orale ex art. 23, comma 9, d.l. n. 137 del 28.10.2020

RITENUTO IN FATTO

1. Con la ordinanza impugnata, il Tribunale del Riesame di Cosenza, sul ricorso proposto dalla terza interessata (omissis), rappresentata p.t. da (omissis), ha annullato il decreto di sequestro preventivo adottato dal giudice per le indagini preliminari di (omissis) il 29/09/2020, con cui erano stati sottoposti a vincolo cautelare i beni precedentemente appartenenti alla (omissis), successivamente trasferiti alla (omissis), essendo stati ravvistati il *fumus commissi delicti* dei reati di cui agli artt. 81 cpv. cod. pen., 2621, 2625 co. 2, 2634 cod. civ. e 388 cod. pen. e il *periculum in mora* correlato al rischio del compimento, da parte dell'indagato, (omissis) amministratore unico di entrambe le società coinvolte, di ulteriori atti dispositivi o condotte depauperative delle quote della (omissis) intestate ai denunciati, soci di minoranza, v (omissis) e (omissis)

1.1. Secondo quanto si rileva dal provvedimento impugnato, il procedimento è nato dalla querela presentata il 13 ottobre 2016 da (omissis) socio di minoranza della (omissis) (società operante in accreditamento regionale per 33 posti letto, con struttura ubicata nel (omissis) a), con la quale si svisceravano una serie di vicende societarie lesive dei diritti dei soci di minoranza. In particolare, il denunciante lamentava:

- Il conflitto di interesse derivante dalla esternalizzazione delle attività della (omissis) in favore di società cooperative operanti nel settore socio sanitario e riconducibili anche indirettamente allo stesso (omissis), (omissis), o ad altri membri della sua famiglia;

- la totale mancanza di informazione e di trasparenza nei confronti dei soci minoritari;

- il sospetto che gli utili prodotti dalla (omissis) fossero distratti in favore di cooperative riconducibili al (omissis)

Seguivano l'integrazione di querela del 3 maggio 2017 (con cui si segnalava che i soci di minoranza erano stati esclusi dalla compagine sociale malgrado la pendenza di una controversia civile tra soci avente a oggetto proprio l'impugnativa delle delibere di esclusione adottate con verbali di assemblea del 10/05/2010 e del 17/08/2010) e la nuova querela a firma dei fratelli (omissis) del 20 settembre 2018, con cui denunciavano la cessione del ramo di azienda alla (omissis) a loro dire a carattere fraudolento e lesivo dei loro diritti, come riconosciuto con la sentenza n. 112/2018 del Tribunale di Castrovillari, che aveva annullato le delibere adottate dalla (omissis) con le quali si imponeva a (omissis) di prestare una fidejussione (12 giugno 2010), e la si escludeva dalla società per non avere prestato la *fidejussione* (17/08/2010), e quella di approvazione del bilancio (28 giugno 2010). Il consulente del P.M. (al quale era stato conferito l'incarico di verificare, dalla documentazione disponibile, la esistenza di elementi di riscontro a quanto denunciato anche con riferimento alla procedura di esclusione dei soci, nonché i rapporti tra le società coinvolte), ha ricostruito i termini della forte conflittualità tra i soci, risalente al 2009, e ha rilevato:

- L'omessa indicazione in bilancio di crediti verso la Regione per aggiornamento tariffario;

- L'attestazione non veritiera della approvazione totalitaria dei bilanci e dell'elenco soci in occasione dell'invio annuale dei bilanci alla camera di commercio;
- La falsa indicazione nei bilanci dal 2010 al 2014 di un capitale di euro 104.000;
- L'impedito controllo sociale, anche mediante occultamento di documenti.

Segnalava, inoltre, il consulente che la procedura di esclusione dei soci aveva seguito un *iter* giuridicamente non corretto, anche per l'assenza degli addebiti contestati; e il carattere fraudolento della cessione di azienda, conclusa (omissis) in conflitto di interesse, con trasferimento a prezzo inferiore a quello di mercato ad altra società da lui stesso partecipata (la (omissis) . e finalizzata a impedire l'esecuzione della sentenza n. 122/2018,

1.2. A seguito del sequestro preventivo disposto dal G.I.P., ha proposto riesame l'amministratore della (omissis) . offrendo una alternativa ricostruzione delle vicende, avallata da corposa documentazione e da pronunce di diversi autorità giudiziarie, che già erano intervenute a dirimere alcuni aspetti delle controversie insorte tra i soci, lamentandosi l'improcedibilità dell'azione penale e la carenza del *fumus*. Si è sostenuto, in sintesi, che:

1.2.1. l'azione penale in relazione ai delitti di cui alla provvisoria imputazione sarebbe improcedibile per mancanza della qualità di socio in capo ai denunciati al momento dei fatti; per tardività della stessa quanto ai fatti sub c).

1.2.2. quanto al *fumus*:

- per il capo a), si è dedotto che il credito derivante dall'aggiornamento delle tariffe non sarebbe né certo né determinabile, in mancanza di una certa determinazione degli importi da liquidare da parte della Regione; sicché il credito non sarebbe stato iscritto in bilancio in conformità al principio di prudenza che ne informa la redazione.

- per il capo b), si è sostenuto un abuso ricattatorio-giudiziario del diritto di controllo da parte dei soci di minoranza che l'hanno pienamente esercitato tramite i loro difensori di fiducia negli anni 2010-2011, peraltro, essendo stati esclusi dalla società e, quindi, senza neppure essere legittimati al controllo;

- per il capo c), si è eccepito il difetto di legittimazione a proporre querela dei soci (omissis) esclusi dalla società con delibere del 10/5/2019 e 17/08/2010; e comunque la sua tardività.

- per il capo d), si è sostenuto che la sentenza n. 112/2018 del Tribunale di Castrovillari non costituiva provvedimento provvisoriamente esecutivo, in quanto sentenza meramente dichiarativa.

1.2.3. I provvedimenti giurisdizionali prodotti a sostegno della tesi difensiva sono:

- ordinanza del Tribunale di Ancona di rigetto delle istanze cautelari avanzate dai soci (omissis) ai fini del sequestro giudiziario e conservativo in quanto privi di legittimazione a far valere vizi del contratto di cessione del ramo di azienda, che ha, altresì, rilevato che ai soci dissenzienti non sarebbe spettato alcun diritto al risarcimento dei danni;
- sentenza del Tribunale di Castrovillari del 07/02/2011 di rigetto della richiesta di sospensione delle delibere impugnate, tra cui quella di esclusione del socio (omissis)
- Sono stati altresì ritenuti rilevanti:

- il lodo arbitrale del 30/06/2012 dichiarato esecutivo dal Tribunale di Castrovillari in data 16 luglio 2012 che aveva valutato le quote sociali possedute dai singoli soci e dichiarato la (omissis) tenuta al pagamento di detti importi in favore dei soci esclusi;
- la sentenza del 29/06/2015 della Corte di appello di Catanzaro che aveva rigettato l'impugnazione proposta dai germani (omissis) avverso il predetto lodo;
- la nota del 12/12/2017 con la quale la Guardia di Finanza, all'esito delle indagini delegate a seguito della querela, aveva escluso la configurabilità dei reati ipotizzati e ritenendo la vicenda rilevante sotto un profilo squisitamente civilistico.

1.3. Come premesso, il Tribunale di Cosenza ha accolto il riesame e annullato il provvedimento di sequestro preventivo, condividendo, quanto al capo a), la tesi che i crediti non fossero certi e determinati nel loro ammontare; quanto all'omesso controllo, ha ritenuto (omissis) non legittimato dopo la delibera di esclusione e il lodo arbitrale che aveva liquidato le quote spettanti ai soci esclusi, sicchè egli non avrebbe potuto reclamare alcun diritto connesso allo *status* di socio nel periodo di tempo menzionato nel capo b); in ordine alla contestazione sub c) il Tribunale ha richiamato le decisioni con cui il Tribunale di Ancona ha rigettato le istanze dei soci di minoranza, avanzate in riferimento alla medesima vicenda; infine, per il capo d), non ravvisando il carattere fraudolento della cessione del ramo di azienda, essa rientrando nella libertà di iniziativa imprenditoriale, e osservando che, a seguito della sentenza n. 112/2018, con cui era stato riconosciuto il diritto dei soci di minoranza al risarcimento dei danni cagionati dalle delibere societarie annullate dal Tribunale, essi avrebbero potuto far valere i loro diritti patrimoniali sulla somma incassata dalla (omissis), donde l'inconfigurabilità del delitto di cui all'art. 388 cod. pen. Infine, il Tribunale ha rilevato che (omissis) non è più socio della F (omissis) dal 2019, né amministratore della società.

2. Propone ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica di Cosenza, il quale svolge una pluralità di motivi denunciando violazione di legge per inosservanza o erronea applicazione di norme di legge penale e processuale, anche *sub specie* di motivazione assente o apparente, con riguardo a tutti i reati contestati. In particolare:

2.1. capo a). Il Tribunale non si è limitato al controllo di compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale ipotizzata, piuttosto anticipando la decisione di merito, peraltro, attraverso un'analisi apparente, e soltanto parziale, degli elementi indiziari valorizzati dal G.I.P. di Castrovillari, obliterando consolidati orientamenti in tema di giudizio tipico della fase cautelare reale.

Due i motivi di censura al Tribunale, che si è limitato a dare credito alla tesi difensiva della carenza di legittimazione del querelante V (omissis) e della mancanza di certezza e determinabilità del credito, senza valutare completamente la documentazione valorizzata invece dal G.I.P..

2.1.1. Quanto al primo profilo, vengono richiamati i provvedimenti giudiziari che definiscono la questione della legittimazione e della qualità di socio in capo al (omissis) in senso opposto a quello deciso dal Tribunale: la ordinanza delle Sezioni Unite regolativa della

competenza, dalla quale emerge la non operatività della clausola di esclusione del socio di cui all'art. 12 dello statuto societario, e, successivamente, la sentenza n. 112/2018 del Tribunale di Castrovillari, da cui emerge la nullità della delibera di esclusione del socio, e, comunque, la sospensione della efficacia della delibera tempestivamente impugnata. Tali due documenti non sono stati richiamati dal Tribunale che ha reso una decisione acritica, piuttosto concentrandosi su provvedimenti resi in altre vicende giudiziarie. In sostanza, sostiene il ricorrente, la attualità della qualifica di socio si fonda sul citato art. 12, e sulla lettura che di tale norma statutaria è stata data dalle Sezioni Unite e, successivamente, dalla sentenza n. 112/2018 del tribunale di Castrovillari.

2.1.2. Quanto alla natura del credito vantato dalla RSA nei confronti della Regione, - incerto e indeterminato, secondo il tribunale del riesame - si richiama quanto esposto dal G.I.P., ovvero che, dopo un lungo periodo in cui la Regione era rimasta inadempiente all'obbligo di aggiornamento delle tariffe giornaliere per posto letto, previsto dal regolamento della Giunta Regionale n. 13/2009, in attuazione dell'art. 11 L.R. Calabria n. 24/2008, a seguito di contenzioso che aveva portato al commissariamento, nell'ottobre 2015, sono state approvate, con delibera commissariale n. 454/2015, le nuove tariffe, lasciando, tuttavia, irrisolta la questione degli arretrati medio tempore prodottisi, riconosciuti dal TAR in favore delle imprese che gestiscono le RSA. La I (omissis) aveva, quindi, diffidato la Regione con messa in mora del 20/11/2017, per euro 1.169.981,08, oltre rivalutazione. Detto credito non compare nel bilancio 2017, né nei precedenti, successivi al 2015, essendo stato ritenuto, dalla società, non liquido né esigibile. Sostiene il ricorrente che il credito è stato determinato con provvedimento amministrativo generale (DCA 454/2015) e su tale base esercitato a mezzo della diffida ad adempiere inoltrata dall'indagato che, evidentemente, l'ha ritenuto esigibile. In particolare, si segnala che il provvedimento del G.A. era intervenuto a seguito di ricorso avverso il silenzio della Regione chiamata ad aggiornare le tariffe, e che la condanna e la relativa ottemperanza hanno efficacia *erga omnes*, riguardando provvedimenti amministrativi c.d. inscindibili, quali regolamenti e atti amministrativi generali, cosicché, essi giovano a tutti i soggetti destinatari dei provvedimenti commissariali. Si aggiunge che tra le associazioni di categoria, era presente anche la Anaste che rappresenta la I (omissis). In tal senso, è dedotta la violazione degli artt. 2909 cod. civ. e 324 cod. proc. civ., per il mancato riconoscimento della esistenza di un credito da indicare in bilancio ex art. 2621 cod. civ., nonché mancanza di motivazione, in violazione dell'art. 125 cod. proc. pen., atteso che il G.I.P. aveva ben evidenziato la valenza generale del provvedimento in questione, circostanza della quale, d'altro canto, la stessa F (omissis) mostra di essere ben consapevole nell'argomentare la diffida ad adempiere.

Secondo il ricorrente, il credito era, dunque, certo, stante la valenza *erga omnes* della delibera commissariale che aveva riconosciuto con le nuove tariffe, ed era, per questo, anche determinato. Il Tribunale è tuttavia pervenuto a diversa conclusione sulla base di una lettura parcellizzata dell'art. 109 TUIR, del quale menziona e valuta solo il principio fissato nel primo

comma, senza in alcun modo confrontarsi con quanto rilevato dal G.I.P., ovvero che, in base al comma secondo lett. b) della predetta disposizione, i corrispettivi delle prestazioni di servizi si considerano conseguiti, e le spese di acquisizione dei servizi si considerano sostenute alla data di ultimazione delle prestazioni. Conseguentemente, in base al principio di competenza disciplinato proprio dall'art. 109 cit., nella indicazione delle voci di bilancio, ai fini della individuazione dell'esercizio di competenza per prestazione di servizi, occorre avere riferimento alla "data in cui le prestazioni sono ultimate" (art. 109 co. 2 cit.), laddove, nel caso di specie, le rette relative alle prestazioni "ultimate" negli anni 2015, 2016, 2017 , e la relativa differenza in base all'aggiornamento, risultavano già determinate dalla delibera commissariale del 454/2015, che, peraltro, aveva indicato una tariffa unica. Del tutto immotivatamente il tribunale ha affermato che la mera prestazione del servizio non sia sufficiente a fondare il dovere di indicare il credito in bilancio, tanto più che il G.I.P. aveva puntualmente rilevato che le giustificazioni della Difesa circa la liquidità del credito possono riguardare il conto economico ma non lo stato patrimoniale.

2.1.3. Un ulteriore motivo di censura riguarda la motivazione, totalmente omessa dal Tribunale, circa le ulteriori condotte contestate sub a).

2.2. Capo b). Il Procuratore impugnante lamenta la carenza di motivazione, circa le considerazioni del G.I.P. che aveva evidenziato come l'esclusione del socio fosse, oltre che inefficace, funzionale ad opporre e motivare il rifiuto dell'esercizio del diritto di controllo, evidenziando come detto potere si protragga anche oltre la esclusione della qualità, secondo giurisprudenza citata, soprattutto se detta esclusione venga impugnata; sul punto, si evidenzia che l'art. 12 co. 2 dello Statuto societario esclude la perdita della qualità di socio nel caso di impugnazione della relativa delibera; che la competenza a decidere della esclusione del socio della (omissis) è quella esclusiva del foro di Castrovillari, secondo quanto deciso in sede di regolamento di competenza dalle Sez. Unite con sentenza n. 19546/2015; che il Tribunale di Castrovillari ha dichiarato nulla la delibera di esclusione del socio (sent. 112/2018). Il Tribunale ha del tutto ignorato il contenuto di tali provvedimenti, gli unici rilevanti e decisivi sulla questione, così incorrendo nel vizio di totale mancanza della motivazione.

2.3. Capo c): Premesso che, quanto alle delibere di esclusione dei soci (omissis) le relative impugnazioni rientrano nella competenza del giudice ordinario (così le Sezioni Unite nel regolamento di competenza, a pg. 11), dovendosi escludere che trovino applicazione gli artt. 12 e 17 dello Statuto della (omissis) circa la devoluzione della competenza a un arbitro, si duole il ricorrente della totale mancanza di esplicitazione delle ragioni che hanno indotto il Tribunale a escludere il *fumus* in ordine al reato di cui all'art. 2634 cod. civ. per avere concorso a deliberare, quale amministratore della (omissis) , la cessione di ramo di azienda in situazione di patente conflitto di interesse, fondandosi esclusivamente sulla mancanza della qualità di socio del denunciante, senza esaminare elementi decisivi provenienti da provvedimenti giudiziari, peraltro anche travisati nel loro contenuto decisorio. Il riferimento

è alla sentenza del Tribunale di Ancona di rigetto delle istanze cautelari formulate dai soci (omissis) in ordine alla quale tuttavia il Tribunale non ha considerato che trattasi di sentenza emessa nell'ambito di un giudizio civile, e che il rigetto è stato determinato da carenza di legittimazione attiva o da mancanza del *periculum*.

Omette altresì il Tribunale di motivare in ordine al carattere fittizio della attuale intestazione delle quote sociali in capo alla moglie del (omissis) in costanza di un regime di comunione dei beni, ancora una volta disattendendo la versione del G.I.P. , per accedere, apoditticamente, a quella alternativa della Difesa, senza adempiere congruamente all'onere motivazionale.

2.4. Capo d). Con riguardo alla contestazione della mancata esecuzione dolosa del provvedimento, provvisoriamente esecutivo tra le parti, e nonostante la diffida ad adempiere del giugno 2018, con cui il Tribunale di Castrovillari (sentenza n. 112/2018) ha annullato la delibera di esclusione della socia ' (omissis) e condannato il (omissis) al risarcimento dei danni subiti dai soci (omissis) il Procuratore ricorrente sviluppa due motivi di censura.

2.4.1. *In primis*, evidenzia come il (omissis) per sottrarsi a detto adempimento abbia formalmente ceduto, senza dichiarare il conflitto di interesse, un ramo di azienda, tuttavia dissimulando la cessione dell'intera azienda, in elusione della norma di cui all'art. 2479 co. 2 n. 5 cod. civi, che riserva ai soci al decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci. In tal modo, si è sostanzialmente svuotata la società senza coinvolgere i soci (omissis) che costituivano il bersaglio dell'operazione, come dimostrato dalla tempistica dell'operazione, ben spiegata dal consulente del P.M... Si denuncia, quindi, la mancanza totale di motivazione, meramente apparente, avendo omesso l'esame di punti decisivi per l'accertamento del fatto, dal momento che il Tribunale non ha in alcun modo valutato quanto argomentato dal G.I.P. circa l'intento fraudolento dell'operazione, evincibile da una serie di circostanze di fatto (conflitto di interesse del (omissis) ; assenza di previa perizia estimativa; cessione di tutto il personale dipendente (n. 15 unità); sottovalutazione palese del valore dell'azienda ceduta a 150.000 euro, a fronte di un arbitrato definitivo di stima del valore patrimoniale della società al 31/12/2010 pari a oltre trecentomila euro, dalla violazione dell'art. 2634 cod. civ. che non ha consentito ai soci (omissis) di presenziare alla delibera di cessione). Come affermato correttamente dal G.I.P., nella cessione del ramo di azienda è ravvisabile una componente di artificio o di inganno, che evidenzia la natura simulata, oltre che fraudolenta, della cessione.

2.4.2. Con ulteriore doglianza si denuncia violazione dell'art. 388 cod. pen e correlato vizio di motivazione, omessa o meramente apparente, laddove il Tribunale ha ritenuto non configurabile il delitto contestato sub d) sulla considerazione che i soci (omissis) in virtù delle statuizioni contenute nella sentenza n. 112/2018 (dichiarazione di nullità delle delibere di esclusione soci e condanna generica al risarcimento dei danni), avrebbero potuto far valere il loro diritto a un ristoro economico. Ancora una volta l'ordinanza impugnata non offre

argomenti adeguati a sostegno della caducazione degli elementi posti a fondamento del decreto di sequestro.

3. Il Procuratore generale della Cassazione, nella requisitoria scritta, ha concluso chiedendo l'annullamento della ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Cosenza per nuovo esame. In particolare, si dubita della correttezza della valutazione del Tribunale che ha escluso il reato di false comunicazioni sociali ritenendo non certi ed esigibili i crediti relativi agli arretrati dei corrispettivi previsti per le prestazioni assistenziali, atteso che dai principi contabili OIC, in particolare da quello n. 15, punto 21, la classificazione in bilancio dei crediti prescinde dal principio dell'esigibilità, dovendo i crediti essere iscritti se sussiste "titolo" e cioè se essi rappresentano effettivamente obbligazione di terzi verso l'impresa. Certezza del credito che, nel caso di specie, è stata consacrata in una pronuncia del giudice amministrativo e che avrebbe dovuto portare alla esposizione di bilanci coevi e successivi a detto riconoscimento giudiziale (alla voce Credito a ricavo (Altri proventi/Sopravvenienze attive per arretrati) e probabilmente ancora prima - in un'ottica di esposizione veritiera della situazione economico - patrimoniale della società - nella Nota Integrativa ex art. 2427 cod. civ. quale probabilità di riscossione di arretrati.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio, per nuovo esame, al giudice di merito, essendo affetta, nella sua struttura argomentativa, da un vizio talmente radicale da comportarne la invalidità ex art. 125, comma 3, cod. proc. pen., in quanto è imperniata su un parametro di giudizio talmente erroneo da generare un'ipotesi di motivazione apparente. Il Tribunale, invero, non ha assolto il compito di svolgere la verifica cautelare proprio di quel giudizio, piuttosto spingendosi avanti nella valutazione di merito relativa alla fondatezza dell'accusa.

2. E' noto che le condizioni legittimanti l'adozione del sequestro preventivo impeditivo ex art. 321, comma 1, cod. proc. pen. consistono nel *fumus commissi delicti* e nel *periculum in mora*. Mentre il secondo requisito è esplicitato dalla norma («quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»), per il primo (comune anche alle altre tipologie di sequestro), il modello di provvedimento cautelare in materia di misure reali - diversamente da quello relativo alle misure personali, che richiede la "gravità degli indizi", intesa quale sostanziale certezza di responsabilità allo stato degli atti - è imperniato sul comune "*fumus boni iuris*" da intendersi come sussistenza di un quadro indiziario minimo.

2.1. È utile ricordare, sul piano ermeneutico, che la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 153 del 2007, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, ha individuato i confini del requisito del *fumus commissi delicti*: per un verso, affermando che «riguardo alle misure cautelari reali, non è richiesto il presupposto della gravità indiziaria, postulato, invece, in tema di cautele personali, in correlazione alla diversità - pure di rango costituzionale - dei

valori coinvolti», e considerando che «Una simile ratio si riflette anche sulla ampiezza del sindacato giurisdizionale relativo alla verifica della "base fattuale" richiesta per l'adozione delle misure cautelari: valendo il paradigma della "elevata probabilità di responsabilità" nel caso delle misure cautelari personali; ed il diverso metro del *fumus commissi delicti* in tema di sequestri: e ciò tenuto conto anche del fatto che il nesso di pertinenzialità che, ai fini dell'applicabilità della cautela, deve sussistere tra oggetto del sequestro e reato, può prescindere – secondo il corrente indirizzo giurisprudenziale – da qualsiasi profilo di responsabilità del titolare del bene sequestrato».

Per altro verso, il Giudice delle Leggi ha decretato l'insufficienza di un controllo meramente cartolare e formale che si riduca allo scrutinio circa l'astratta configurabilità del reato, che sarebbe incompatibile, nella sua astrattezza, con i principi costituzionali. Nel senso che, pur se non è necessario un quadro di probabile responsabilità, la valutazione del "fumus" non può essere limitata alla semplice verifica astratta della corretta qualificazione giuridica dei fatti prospettati dall'accusa: è comunque necessario un quadro di effettivi indizi, ancorché non in termini di capacità di questi di fondare un giudizio di elevata probabilità della responsabilità. (Sez. 6, n. 18183 del 23/11/2017 (dep. 2018) Rv. 272927).

In sintesi, il giudice del riesame delle cautele reali deve verificare che il "fumus" del reato ipotizzato dall'accusa sia calato sul "singolo caso concreto"; mentre, gli è precluso un accertamento sul merito dell'azione penale, nella precipua ottica di evitare, nella fase delle indagini preliminari, un sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa.

2.2. Deve, altresì, richiamarsi quanto stabilito dalle Sezioni Unite Capasso (n. 18954 del 31/03/2016, Rv. 266789), ovvero che, nel procedimento di riesame avverso i provvedimenti di sequestro, le disposizioni concernenti il potere di annullamento del Tribunale, introdotte dalla legge 8 aprile 2015, n. 47 al comma nono dell'art. 309 cod. proc. pen., sono applicabili – in virtù del rinvio operato dall'art. 324, comma settimo dello stesso codice – in quanto compatibili con la struttura e la funzione del provvedimento applicativo della misura cautelare reale e del sequestro probatorio, nel senso che il Tribunale del riesame annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene la autonoma valutazione degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento oppure di quelli che sono forniti dalla difesa.

In motivazione, le Sezioni Unite hanno, altresì, chiarito che «Le nozioni di "indizio", "esigenze cautelari" (ad eccezione della materia dei sequestri probatori) e di "elementi forniti dalla difesa", possono entrare a pieno titolo nella esposizione ed autonoma valutazione dei presupposti fondanti il titolo ablativo e quindi nel giudizio di controllo demandato, nella sua duplice modulazione, al tribunale del riesame», ed hanno rimarcato come «il sequestro preventivo e quello probatorio [...], nel presupporre l'esplicitazione della sussistenza di un reato in concreto mediante la esposizione e la valutazione degli elementi in tal senso significativi, comportino, per l'autorità giudiziaria che li dispone, un percorso motivazionale che si discosta da quello sugli indizi, proprio delle misure personali, essenzialmente, e in

taluni casi, sul punto della responsabilità dell'indagato, potendo essere, il sequestro, disposto anche nei confronti di terzi. Mentre quel percorso non può che essere affine per quanto concerne il dovere di verifica – non più concepibile in termini solo astratti – della compatibilità e congruità degli elementi adottati dalla accusa (e della parte privata ove esistenti) con la fattispecie penale oggetto di contestazione» (così Sez. U n. 18954 del 31/03/2016, Capasso, cit., in motivazione, paragrafo 6.4.).

Grava, quindi, sul giudice del riesame, l'onere di controllare anche la valutazione degli elementi forniti dalla difesa, entro i limiti nei quali tale requisito della motivazione sia richiesto alla autorità giudiziaria che adotta il provvedimento ablativo. Ma va chiarito che l'indispensabile ruolo di garanzia assegnato al Tribunale del Riesame non consente la instaurazione di un processo nel processo, dovendo, piuttosto, tenere nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminare l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro (Sez. U, n. 23 del 20/11/1996, dep. 1997, Bassi, Rv. 206657). Si intende dire che gli elementi forniti dalla difesa devono agire sullo stesso piano dei presupposti del sequestro nel senso che, ad esempio, consentono di escludere il *fumus commissi delicti*, laddove elidano, in radice e in modo evidente, gli elementi portati dall'accusa; mentre non potranno rilevare unicamente sul profilo della precisione e univocità di tali elementi, spostando il piano di valutazione da quello prodromico del *fumus* a quello della prova della sussistenza del reato che caratterizza l'esito del giudizio di cognizione. Come è stato osservato da Sez. 3, n. 38850 del 04/12/2017, dep. 2018, Castiglia: l'indizio ha valenza indicativa – sia pure di portata possibilistica e non univoca – del reato per il quale è stato adottato il sequestro preventivo, quello di segno contrario deve essere di natura tale da privare l'indizio accusatorio, con immediata evidenza, persino di tale portata possibilistica, così da poter affermare che il sequestro è stato adottato in assenza, appunto, di indizi. Non è perciò coerente con il tipo di giudizio proprio della fase cautelare reale opporre all'indizio accusatorio elementi difensivi che, comunque, non privino il primo della sua attitudine a ricondurre il fatto nell'ambito della fattispecie di reato ipotizzata.

2.3. Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, si osserva come, nel caso in esame, l'ordinanza impugnata risulti strutturata in tre parti:

- nella prima, sono riassunti gli esiti dell'attività di indagine, condotta dal Pubblico ministero a seguito della querela presentata il 13 ottobre 2016 da « (omissis) socio di minoranza della (omissis) società operante in regime di accreditamento regionale per 33 posti letto, con struttura ubicata nel (omissis))» (pagg. 2-4);

- nella seconda parte, si osserva che la difesa «ha proposto una diversa ricostruzione delle vicende, avallata da numerosi riscontri documentali», di seguito illustrati (pagg. 4, 5);

- nell'ultima parte, riservata alle ragioni del decidere, il Tribunale esordisce premettendo che è necessaria una «approfondita istruttoria» ma che in questa fase «si palesa sufficiente ad accogliere il riesame [...] l'apprezzabile credibilità razionale delle giustificazioni avanzate dal ricorrente in ordine alla condotta contestata al capo A), vale a dire la mancanza di certezza

e determinabilità oggettiva del credito, unitamente alla carenza di legittimazione del querelante ^(omissis) socio escluso dalla società sin dal 10 maggio 2010, ad invocare l'impedito controllo ex art. 2625 cod. civ. in epoca successiva alla sua esclusione e alla non ravvisabilità, allo stato, del carattere fraudolento della cessione di ramo di azienda» (pag. 6).

2.4. Il canone valutativo individuato dal tribunale di Cosenza nella "l'apprezzabile credibilità razionale delle giustificazioni avanzate dal ricorrente" -è, tuttavia, eccentrico rispetto al compito demandato al Tribunale del riesame secondo i principi sopra richiamati, a parte la considerazione che, nella motivazione che segue tale premessa, il Tribunale del Riesame rinuncia del tutto a verificare la compatibilità e la congruità degli elementi addotti dalla accusa con le fattispecie penali oggetto di addebito, sposando, invece, integralmente la prospettazione alternativa della difesa, la quale, però, in base a quanto esplicitato dallo stesso Tribunale, appare idonea non ad intaccare il *fumus* dei reati ma solo a ingenerare un ragionevole dubbio.

In tal modo, il Tribunale - smarrendo il parametro proprio del riesame reale, e assestandosi, invece, su quello declinato dall'art. 533, comma 1, cod. proc. pen. per addivenire a una pronuncia di condanna - per un verso, compie proprio ciò che gli è precluso (un accertamento sul merito dell'azione penale) e, per altro verso, lascia privo di motivazione il piano del *fumus*.

2.3. Questo collegio ritiene che, in ragione di tale *vulnus*, la motivazione del provvedimento in esame, pur graficamente presente, si sostanzia in argomentazioni non riferite a ben individuati elementi normativi, probatori e processuali. Essa, pertanto, non assolve la sua necessaria funzione di illustrazione della decisione adottata in punto di sussistenza del *fumus commissi delicti*, poiché nulla dice al riguardo.

2.3.1. Si è dunque in presenza non di un vizio della motivazione riconducibile alla previsione dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. (non deducibile ex art. 325 cod. proc. pen., cfr. sul tema Sez. 3, n. 38850 del 04/12/2017, dep. 2018, Castiglia, Rv. 273812, cit.), ma di un vizio che attinge la motivazione in maniera così radicale da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento del tutto mancante e privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, come tale, inidoneo a rendere comprensibile l'iter logico seguito dal giudice (Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692). Ciò che integra la violazione della norma di cui all'art. 125, comma 3, cod. proc. pen., che prescrive la motivazione delle sentenze e delle ordinanze a pena di nullità, deducibile, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c), cod. proc. pen, anche in sede di ricorso per cassazione avverso le ordinanze di riesame reale (cfr. Sez. 2, n. 25320 del 05/05/2016, Bulgarella, che ha annullato con rinvio per nuovo esame l'ordinanza con cui il Tribunale del Riesame aveva, a sua volta annullato, il decreto di sequestro probatorio emesso dal Pubblico ministero, svolgendo un sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa).

2.4. Se la motivazione è nel complesso apparente, va aggiunto che essa è del tutto assente rispetto ai reati di impedito controllo (capo B) e di infedeltà patrimoniale (capo C),

nel trattare i quali il Tribunale si è concentrato unicamente sul fatto che (omissis) (omissis) sarebbe stato escluso dalla società, senza spiegare le ragioni di tale affermazione, che verte su una questione dibattuta, limitandosi a citare l'esito di un lodo arbitrale, successivamente annullato per violazione della riserva di giurisdizione.

3. Conseguo l'annullamento con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di Cosenza.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di Cosenza.

Così deciso il 25/06/2021

Il Consigliere estensore

Maria Teresa Belmonte



Il Presidente

Stefano Palla

