

46062114

SN 6



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

Composta da

Francesco Ippolito

- Presidente -

Sent. n. sez. 1340

Guglielmo Leo

CC - 17/9/2014

Anna Petruzzellis

R.G.N. 20275/14

Giorgio Fidelbo

- Relatore -

Gaetano De Amicis

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

- 1) Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna;
- 2) Luca Giuliani, nato a Fano (PU) il 15.2.1983, in qualità di amministratore unico della Photoenergia Italia s.r.l.;

avverso l'ordinanza del 13 febbraio 2013 emessa dal Tribunale di Bologna nel procedimento a carico di Francesco Antonio Caputo Nasseti, legale rappresentante della Intersolar Emilia Romagna s.p.a. ;

visti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

udita la relazione del consigliere Giorgio Fidelbo;

udito il sostituto procuratore generale Luigi Riello, che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso della persona offesa e il rigetto del ricorso del pubblico ministero.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza in epigrafe indicata il Tribunale di Bologna, giudicando in sede di rinvio, ha annullato il decreto di sequestro preventivo emesso in data 9 marzo 2013 dal G.ip. dello stesso Tribunale e ha disposto la restituzione

alla società Intersolar Emilia Romagna s.p.a. degli 8 titoli denominati "warranty bond", del valore complessivo di euro 2.510.715, emessi dal Credito di Romagna s.p.a.

2. Il sequestro degli 8 titoli era stato originariamente disposto, ai sensi dell'art. 321 comma 1 c.p.p., in relazione ai reati di cui agli artt. 646 e 640 c.p. contestati a Francesco Antonio Caputo Nasseti, quale legale rappresentante della Intersolar Emilia Romagna s.p.a., a seguito della querela presentata nei suoi confronti da Luca Giuliani, amministratore della società Photoenergia Italia s.r.l.

Dall'ordinanza si apprende che la vicenda trova origine in una complessa operazione avente ad oggetto un contratto di appalto tra la Photoenergia Italia s.r.l., controllata dalla Eltech s.a., in qualità di appaltatrice, e la Intersolar Emilia Romagna s.p.a., controllata da Intermedia Finance s.p.a., quale committente, per la realizzazione di impianti fotovoltaici situati nel comune di Ravenna; in tale operazione la Photoenergia s.r.l., a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte, si impegnavano a consegnare alla Intersolar s.p.a. otto titoli denominati *warranty bond* emessi dal Credito di Romagna a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto. Nel contratto era previsto che in caso di inadempimento da parte della società appaltatrice di una qualsiasi obbligazione a suo carico il committente avrebbe avuto il diritto di escutere le garanzie bancarie emesse, garanzie che alla scadenza del contratto sarebbero state restituite alla società appaltatrice.

Tra il giugno e l'agosto 2011 a seguito della realizzazione degli impianti da parte della Photoenergia veniva emesso il certificato di regolare esecuzione dalla cui data di emissione sarebbe dovuto decorrere il periodo di garanzia pari a 24 mesi.

In data 13.6.2011 le due società stipulavano un nuovo contratto per la conduzione e la manutenzione degli impianti fotovoltaici oggetto del contratto di appalto e il successivo 8.8.2011 la Photoenergia s.p.a. consegnava alla Intersolar s.p.a. le garanzie denominate *warranty bond* con scadenza a 24 mesi cioè alla data del 1.9.2013.

Nel corso del 2012 intervenivano nuovi accordi tra le due società e le due controllanti, tra cui in particolare la scrittura privata del 30.3.2012 con cui le contraenti convenivano consensualmente di risolvere il contratto di

manutenzione alla data di consegna delle garanzie alla Photoenergia, nonché l'accordo di chiusura e manleva del 5.4.2012 con cui la Intersolar rinunciava a richiedere alla appaltatrice il pagamento di penali e dichiarava la perfetta esecuzione del contratto di manutenzione da parte della Photoenergia fino alla data dell'accordo in questione.

Tuttavia, a partire dal dicembre 2012 la Intersolar, per mezzo dell'amministratore Caputo Nasseti, comunicava la risoluzione del contratto di manutenzione, sostenendo la mancata prestazione da parte della Photoenergia di alcuni servizi di manutenzione ordinaria nonché l'affidamento di alcuni lavori in subappalto in violazione del contratto; con una seconda lettera del 20.12.2012 la società committente trasmetteva alla Photoenergia le relazioni tecniche dei collaudatori da cui risultavano i vizi e le criticità degli impianti; infine, con lettera del 16.1.2013 la Intersolar comunicava che in difetto dei lavori necessari ad eliminare i vizi riscontrati, riguardanti difetti di costruzione, avrebbe proceduto ad escutere i *warranty bond*.

3. A questo punto, in data 6.2.2013, l'amministratore della Photoenergia, Luca Giuliani, presentava querela nei confronti dell'amministratore della Intersolar per i reati di appropriazione indebita e truffa e, in base a quanto rappresentato in querela, il pubblico ministero richiedeva il sequestro preventivo degli otto titoli, sequestro disposto dal G.i.p. in data 9.3.2013.

Secondo la tesi accusatoria il legale rappresentante della Intersolar si sarebbe appropriato degli otto *warranty bond*, di cui aveva la disponibilità a titolo di garanzia della corretta esecuzione del contratto di appalto, omettendone la restituzione nonostante che con la scrittura privata del 30.3.2012 le parti avessero pattuito la risoluzione del contratto di manutenzione dell'impianto fotovoltaico sottoscritto il 13.6.2011, risoluzione a cui avrebbe dovuto seguire la restituzione dei titoli alla Photoenergia.

Contro il provvedimento del G.i.p. veniva proposta istanza di riesame dall'amministratore della Intersolar e il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 19.4.2013, disponeva il rinvio della decisione della controversia sulla proprietà dei beni oggetto di sequestro al giudice civile, mantenendo il sequestro preventivo.

Avverso l'ordinanza del Tribunale presentavano ricorso per cassazione entrambi gli amministratori delle due società e la Corte di cassazione, con

sentenza del 5.12.2013, censurava la decisione dei giudici del riesame, rilevando come la controversia demandata al giudice civile non potesse considerarsi questione pregiudiziale dalla cui risoluzione far dipendere la decisione sulla esistenza dei reati contestati, ma rappresentasse essa stessa l'oggetto stesso della questione penale sulla sussistenza o meno del *fumus* dei reati ipotizzati, la cui risoluzione spettava al giudice penale. Per cui il giudice di legittimità annullava l'ordinanza impugnata rinviando gli atti al Tribunale per un nuovo esame.

4. Il giudice di rinvio, con l'ordinanza di cui si è già dato atto, ha disposto l'annullamento del sequestro per difetto del *fumus delicti* in relazione ad entrambi i reati contestati.

Con una articolata motivazione il Tribunale bolognese ha escluso che i *warranty bond* siano titoli di credito, sostenendo essere semplici documenti contenenti una obbligazione di garanzia, più precisamente lettere spedite dalla banca emittente alla società garantita, che nel momento in cui pervengono al destinatario diventano proprietà di quest'ultimo; ne consegue, secondo il ragionamento dei giudici, che nella specie i documenti in questione non possono essere stati oggetto di appropriazione indebita, in quanto appartenenti alla società Intersolar, sicché difetterebbe il presupposto tipico della altruità delle cose mobili, cioè i supporti cartacei, di cui si sarebbe appropriata la società.

Il Tribunale ha pure escluso la sussistenza, sempre a livello di *fumus delicti*, della truffa, rilevando la mancanza di elementi per ritenere la pretestuosità dei vizi rilevati e lamentati nei confronti della società appaltatrice, ma soprattutto mettendo in evidenza come l'ipotizzata truffa non si sia mai consumata, dal momento che la società Intersolar non ha posto in essere alcuna attività diretta all'escussione dei *warranty bond*.

Infine, non è stato preso in esame il diverso e nuovo addebito, successivamente contestato al Caputo Nasseti, di tentato esercizio arbitrario delle proprie ragioni, in quanto tale reato non può ritenersi ricompreso nella precedente imputazione, costituendo una condotta ontologicamente diversa.

5. Contro questa decisione ha proposto ricorso per cassazione il pubblico ministero, deducendo l'erronea applicazione della legge penale.

Innanzitutto, ha censurato la tesi sostenuta dal Tribunale secondo cui i titoli, una volta consegnati, sarebbero divenuti di proprietà della Intersolar: assume il ricorrente che una tale conclusione è il frutto di un approccio astratto al tema e che il Tribunale avrebbe dovuto esaminare in concreto la disciplina dei c.d. *warranty bond*, in quanto essi pur non avendo tutti i caratteri dei titoli di credito, tuttavia hanno, comunque, una limitata possibilità di circolazione, tanto è vero che l'estinzione dell'obbligazione di garanzia in essi contenuta avviene solo con la consegna al garante del documento rappresentativo del titolo che tale garanzia definisce e regola. I *warranty bond* incorporano, a vantaggio di colui che presta la garanzia, il diritto di ottenerne la consegna ed esser così liberato dall'obbligazione. In altri termini, si tratta di documenti di cui ci si può appropriare indebitamente in quanto *res*, con l'aggiunta che il loro possesso illegale determina non solo il mantenimento di una garanzia priva di causa e di conseguenza l'illegittimità della detenzione, ma la trasforma nel potere di richiedere l'escussione senza alcuna possibilità di contrasto da parte del prestatore della garanzia, invertendo così il titolo del possesso.

Dall'esame dei contratti e degli accordi stipulati tra le due società, il ricorrente desume come, al di là della denominazione che tali garanzie hanno avuto (*performance bond* o *warranty bond*), si tratta comunque di una forma di garanzia autonoma irrevocabile, a prima richiesta e senza facoltà di poter opporre eccezioni, a garanzia del pagamento delle penali e di ogni altro importo dovuto dall'appaltatore al committente.

In ogni caso, rileva che i *warranty bond*, per le loro caratteristiche e per il contenuto obbligatorio che ne regola l'emissione e la disciplina, sono documenti di proprietà della banca che li ha emessi, sicché chi li riceve è pienamente consapevole che ad essa dovranno essere restituiti, con la conseguenza che ne diventa possessore e non proprietario e potrà usarli in base alle norme che li regolano assumendo l'obbligo di restituirli al momento della cessazione della loro efficacia.

Nella specie, Intersolar si è assunta l'obbligo di restituire gli otto titoli alla loro scadenza alla società Photoenergia, affinché possa consegnarli alla banca e liberarsi dalle gravose obbligazioni assunte a garanzia, ma quando si è concretizzato l'obbligo di restituzione, ha trattenuto i *warranty bond*, minacciando di porli in esecuzione.

Sotto un diverso profilo il ricorrente rileva che alle stesse conclusioni si perviene ritenendo che vi sia un vero e proprio obbligo alla consegna a cui corrisponde un diritto alla consegna: i titoli denominati *warranty bond* appartengono alla banca che li ha emessi, nella specie il Credito di Romagna a cui devono essere restituiti; la società Intersolar ne ha il possesso e ha l'obbligo della loro restituzione; la società Photoenergia è titolare dell'obbligo della consegna; per cui la violazione dell'obbligo di restituzione da parte di Intersolar ha determinato l'interversione del possesso integrando così il reato di appropriazione indebita.

Conclude chiedendo l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

6. Ha proposto ricorso per cassazione anche Luca Giuliani, amministratore della Photoenergia, per mezzo del difensore di fiducia, che ha censurato l'ordinanza del Tribunale di Bologna di cui ha chiesto l'annullamento. Tuttavia, con dichiarazione pervenuta a questa Corte in data 28.6.2014, l'avvocato Umberto Guerini, procuratore speciale del Giuliani, ha dichiarato di rinunciare all'impugnazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

7. Preliminarmente deve dichiararsi l'inammissibilità del ricorso proposto nell'interesse della Photoenergia Italia s.r.l. per intervenuta rinuncia.

Si ritiene, sulla base di un orientamento che questo Collegio condivide, che il ricorrente vada comunque condannato al pagamento delle spese processuali nonché a versare una sanzione pecuniaria in favore della cassa delle ammende - che si ritiene equo determinare in euro 1.000,00 -, in quanto l'art. 616 c.p.p. non distingue tra le diverse cause che danno luogo alla pronuncia di inammissibilità (in questo senso, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 26477, Martellotta).

8. Il ricorso del pubblico ministero è infondato.

8.1. Il sequestro in questione è stato disposto dal G.i.p. sulla base dell'art. 321 comma 1 c.p.p. per evitare che la libera disponibilità dei *warranty bond* potesse aggravare, protrarre o comunque agevolare la commissione degli ipotizzati reati di appropriazione indebita e di truffa: l'ipotesi accusatoria è

che la società committente Intersolar abbia omesso di restituire i *warranty bond*, trattenendoli indebitamente.

Questo Collegio condivide pienamente le conclusioni a cui è pervenuto il Tribunale del riesame di Bologna in sede di rinvio, che ha escluso la sussistenza del *fumus* dei due reati, annullando il sequestro preventivo dei *warranty bond*.

Correttamente i giudici bolognesi nell'accertare la sussistenza del *fumus delicti* non si sono limitati ad una mera verifica astratta della compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale, ma hanno tenuto conto delle concrete risultanze processuali e dell'effettiva situazione emergente dalla documentazione in atti, operando un controllo puntuale e coerente che li ha condotti a negare l'esistenza del presupposto.

Peraltro, sulla base del principio fissato dalla sentenza di annullamento della Corte di cassazione il Tribunale, quale giudice del rinvio, era tenuto ad accertare, nei limiti dello *standard* probatorio tipico della fase cautelare, se vi fosse stata o meno una condotta appropriativa di beni altrui, ossia ad accertare la sussistenza dell'elemento caratteristico del reato di cui all'art. 646 c.p. Nell'effettuare tale verifica i giudici hanno preso in considerazione la struttura dei *warranty bond*, di cui hanno escluso la natura di titoli di credito e negato che vi sia stata appropriazione indebita. In particolare, con riferimento alla contestazione rivolta a Caputo Nasseti, quale legale della Intersolar, di essersi appropriato degli otto *warranty bond* di cui aveva la disponibilità a titolo di garanzia, il Tribunale ha ritenuto non integrato il delitto di cui all'art. 646 c.p. per difetto del presupposto dell'altruità dei supporti cartacei rappresentativi della garanzia, in quanto divenuti di proprietà della Intersolar, una volta ricevuti dall'Istituto di credito.

8.2. Invero, il *warranty bond*, così come disciplinato nella prassi commerciale, può essere considerato un contratto di garanzia, solitamente funzionale alla corretta esecuzione di un appalto, che si differenzia dalla fideiussione perché tende a rendersi autonomo dal rapporto sottostante, allontanandosi dal principio di accessorietà della garanzia. In altri termini, l'appaltatore, generalmente tramite una banca, garantisce il committente della corretta esecuzione dei lavori e la banca si obbliga a soddisfare il creditore su semplice richiesta scritta del medesimo. L'autonomia della garanzia consiste nel fatto che il rapporto tra il garante (istituto di credito) e il



beneficiario (committente-creditore) è del tutto indipendente rispetto alle vicende del rapporto sottostante tra l'ordinante della garanzia (appaltatore-debitore) e il committente-creditore, in quanto l'accordo impegna il garante a pagare incondizionatamente, su richiesta scritta, il creditore senza possibilità di opposizione da parte del debitore.

Ed è quanto accaduto nella presente fattispecie, in cui la garanzia a favore della Intersolar è costituita dagli otto *warranty bond* emessi dal Credito di Romagna per conto della Photoenergia, in funzione della corretta realizzazione degli impianti fotovoltaici.

Ora, secondo la tesi accusatoria l'omessa restituzione dei titoli da parte della Intersolar, basata su un presunto e contestato inadempimento della società appaltatrice, configurerebbe l'ipotesi dell'appropriazione, in quanto si tratterebbe di documenti appartenenti alla banca che li ha emessi e a cui avrebbero dovuti essere restituiti una volta concluso il rapporto tra le due società.

Invero, deve convenirsi sulla circostanza che i *warranty bond* non possono essere considerati titoli di credito in senso proprio e che gli otto titoli in questione sono rappresentati dalla documentazione (lettere) in cui le parti hanno manifestato la loro volontà contrattuale, il cui possesso – come giustamente osservato dal Tribunale di Bologna – “non condiziona il diritto alla riscossione della somma garantita, che potrà essere escussa anche in assenza della materiale disponibilità dei predetti supporti cartacei, come espressamente previsto dall'art. 2 di ciascuna lettera contrattuale”, in cui si prevede che ai fini del pagamento sarà sufficiente l'invio di una richiesta scritta all'istituto di credito garante, “senza necessità di ulteriori prove documentali a supporto”.

Ne consegue che, dato per acquisito che non possa essere sequestrato il diritto di credito in quanto tale, trattandosi di bene immateriale, potrebbero essere oggetto della misura cautelare reale i contratti di garanzia, cioè la documentazione trasmessa dal Credito di Romagna al beneficiario Intersolar. Tuttavia, in base a quanto si è detto circa il funzionamento del contratto di garanzia attraverso l'emissione dei *warranty bond*, deve escludersi che tale documentazione rappresentativa dei titoli di garanzia sia di proprietà della banca, in quanto, come rilevato dal Tribunale, di tali documenti è divenuta proprietaria la Intersolar, sicché non sussiste il presupposto tipico dell'altruità

del bene e, di conseguenza, deve escludersi ogni ipotesi di appropriazione indebita.

8.3. D'altra parte, non esistono le condizioni per ritenere sussistente l'ipotesi della truffa, non emergendo alcuna condotta connotata da artifici o raggiri e, soprattutto, non risultando che la società Intersolar abbia tentato di porre all'incasso la garanzia rappresentata dai *warranty bond*.

8.4. In realtà, si tratta di una controversia avente, allo stato, natura prettamente civilistica, in cui la questione riguarda, da un lato, l'esistenza o meno di un inadempimento da parte della società appaltatrice, dall'altro, il verificarsi delle condizioni che avrebbero dovuto determinare il venir meno della garanzia.

In assenza di elementi indiziari che facciano ritenere sussistenti ipotesi di reato, quali presupposto per un eventuale sequestro preventivo, il rimedio previsto per il debitore dinanzi a presunti abusi da parte del soggetto beneficiario che richieda la corresponsione della somma in garanzia consiste, secondo una prassi piuttosto diffusa, nel richiedere un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al giudice civile per impedire il pagamento da parte della banca.

9. In conclusione, difettando il requisito del *fumus delicti*, deve confermarsi l'ordinanza impugnata che, del tutto correttamente, ha annullato il sequestro e disposto la restituzione degli otto titoli denominati *warranty bond*.

Il ricorso del pubblico ministero deve essere, quindi, rigettato.

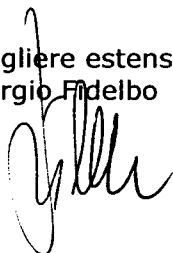
P. Q. M.

Dichiara inammissibile il ricorso proposto da Luca Giuliani, legale rappresentante della Photoenergia Italia s.r.l. e lo condanna al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 1.000,00 in favore della cassa delle ammende.

Rigetta il ricorso del pubblico ministero.

Così deciso il 17 settembre 2014

Il Consigliere estensore
Giorgio Fidelbo



Il Presidente
Francesco Ippolito

