

# Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti

---

## Partecipazione dell'ente al procedimento

### La decisione

**Costituzione in giudizio - Partecipazione dell'ente al procedimento - Diritto di difesa - Rappresentante legale dell'ente incompatibile - Procura speciale - Imputato reato presupposto** (artt. 34,39,41,43,57 d.lgs. 231/2001; artt. 96,100 c.p.p.)

*In tema di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001. CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 19 dicembre 2017 (ud. 18 maggio 2017) - CAVALLO, Presidente - Andronio, Relatore - SPINACI, P.g. - Automobili D'Antona s.r.l., ricorrente.*

### La partecipazione dell'ente al procedimento, tra rigore formalistico e limiti al diritto di difesa

L'Autore analizza una recente pronuncia della Corte di cassazione che conferma l'orientamento formalistico secondo cui le attività difensive si possono ritenere legittime solo a seguito di costituzione nelle forme previste dal d.lgs. 231/2001. Nello scritto si evidenziano le forti compressioni al diritto di difesa che tale indirizzo interpretativo potrebbe comportare.

*The Author analyzes a recent ruling by the Court of Cassation confirming the formalistic orientation according to which the defensive activities can be considered legitimate only as a result of the constitution provided by Legislative Decree 231/2001. The text highlights the strong compressions to the right of defense that this interpretation could entail.*

1. La pronuncia in esame origina da un'imputazione per fatti di truffa aggravata commessi dal legale rappresentante di una società a responsabilità limitata, cui seguiva la relativa contestazione dell'illecito all'ente ex artt. 5, comma 1, lett. a), 6, 24, d.lgs. 231/2001 (in seguito "decreto"), per non aver predisposto, prima della commissione del fatto, un idoneo modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Più in particolare, la colpa d'organizzazione si concretizzava nel consentire all'amministratore unico di ottenere, tramite induzione in errore, un contributo non dovuto da parte del Ministero delle attività produttive sulla base della legge n. 488/1992, con conseguente ingiusto profitto dell'impresa ed ingente danno patrimoniale per l'ente erogatore.

La difesa dell'ente ricorreva in Cassazione deducendo, innanzitutto, la nullità assoluta dei giudizi di merito per invalida costituzione della persona giuridica ex artt. 39,34,41 del decreto, per essere stato il difensore di fiducia nominato

dal legale rappresentante imputato e quindi in posizione di incompatibilità assoluta rispetto alla nomina del difensore. Tale motivo di ricorso veniva ritenuto fondato, assorbendo tutti i successivi.

2. Il provvedimento *de quo* si sofferma in particolar modo sulla questione, ampiamente dibattuta, della necessità di correlazione tra l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'ente e la preventiva formale costituzione dello stesso, come noto oggetto di specifica disciplina ai richiamati artt. 39 e ss. del d.lgs. 231/2001.

L'articolo da ultimo menzionato, al primo comma, prevede la partecipazione dell'ente nel processo tramite il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato presupposto. Alla luce della suddetta norma, la Suprema Corte si è occupata di vagliare se l'incompatibilità riferita al legale rappresentante, in aperto conflitto di interessi rispetto alla posizione dell'ente rappresentato, fosse da collocare tra quelle assolute, tale per cui la nomina del difensore fiduciario da parte dal soggetto imputato provocasse un *vulnus* al corredo di garanzie dedicate alla persona giuridica.

La soluzione alla problematica posta viene rinvenuta dalla Cassazione nel precedente giurisprudenziale a Sezioni unite<sup>1</sup>, n. 33041 del 28 maggio 2015, in base al quale «il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 d.lg. 8 giugno 2001 n. 231».

Nello specifico le Sezioni unite vennero chiamate a dirimere un conflitto in merito all'ammissibilità di richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo *ex art.* 324 c.p.p., proposta dal difensore di fiducia dell'ente in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 d.lgs. 231/2001.

Sul punto si erano infatti venuti a creare due opposti orientamenti, i quali ritagliavano in modo differente l'ambito di difesa dell'ente rispetto all'adempimento delle formalità della costituzione *ex lege*.

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 28 maggio 2015, n. 33041, in *Cass. pen.* 2016, 1, 51, con nota di GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La suprema corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente*, *ivi*, 66; VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*, *ivi*, 73. Si veda anche CIMADOMO, *Esigenze difensive dell'ente e formalità della sua partecipazione al procedimento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Secondo un primo orientamento<sup>2</sup>, l'esercizio dei diritti di difesa da parte della persona giuridica non era subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento, per cui ai fini dell'impugnazione della misura cautelare risultava sufficiente la nomina del difensore ai sensi dell'art. 96 c.p.p. e non necessaria la procura speciale ex art. 100 c.p.p., espressamente richiesta all'art. 39, comma IV, del decreto.

La *ratio* di tale "dissociazione" dei contorni difensivi dell'ente veniva giustificata, da una parte, sulla base del richiamo all'applicabilità alla persona giuridica delle norme sul rito penale, e dunque della proponibilità di riesame anche da parte del difensore (artt. 257 e 324 c.p.p.), dall'altra, in riferimento all'art. 52 del decreto, secondo cui la specifica previsione di esperibilità di riesame «per mezzo del suo difensore» e non per mezzo del legale rappresentante escludeva l'espressa manifestazione di volontà dell'ente.

In base a tale indirizzo, dunque, non si ritiene la costituzione in giudizio della società quale presupposto indefettibile per l'esercizio del diritto di difesa, visto che la piena equiparazione tra le posizioni processuali della persona fisica e della persona giuridica conferiscono a quest'ultima la facoltà di nominare un proprio difensore di fiducia indipendentemente dall'atto di formale costituzione di cui all'art. 39.

In senso opposto, e a ridosso della pronuncia appena esaminata, si collocava un'altra Cassazione<sup>3</sup>, affermando in modo lapidario come «l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento a suo carico è subordinato all'atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 d.lg. n. 231 del 2001». Nel caso in esame la Suprema Corte, dunque, aveva ritenuto legittima l'ordinanza del tribunale della libertà con cui veniva dichiarata inammissibile la richiesta di riesame avverso un decreto di sequestro presentata dal difensore dell'ente non ancora costituitosi nel procedimento.

In motivazione la Corte rilevava come l'art. 39 del decreto si riferisse all'intero procedimento, comprensivo delle indagini preliminari, e che il conflitto di interessi del legale rappresentante indagato del reato presupposto assumesse importanza ancor maggiore nella fase strettamente procedimentale, poiché momento di acquisizione delle richieste per gli atti propulsivi dell'intero giudizio.

---

<sup>2</sup> Cass., Sez. VI, 5 novembre 2007, Quisqueyana S.p.a., in *Foro it.* 2009, 1, II, 37.

<sup>3</sup> Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2008, Soc. a r.l. A.R.I. International, in *Cass. pen.* 2009, 10, 3798.

Ne deriva che in assenza di regolare costituzione non possa ritenersi correttamente esercitato il diritto di difesa previsto nella propria specificità per l'ente.

Le Sezioni unite, nel dirimere il contrasto, hanno avallato la seconda posizione, ritenendo necessario l'atto di formale costituzione fin dall'inizio del procedimento, con alcune precisazioni necessarie ai fini del rispetto delle garanzie difensive. Tale scelta si fonda su una serie di argomentazioni di seguito riassunte.

In primo luogo, si sottolinea come le forme particolari della costituzione in giudizio della persona giuridica siano state così congegnate perché la *voluntas* dell'ente è di tipo "complesso", non paragonabile a quella dell'imputato persona fisica: mentre questo potrà scegliere liberamente di partecipare o meno al procedimento, «ciò all'evidenza non è possibile per un ente per il quale, non essendo ipotizzabile una presenza fisica ai vari momenti del processo, lo stesso non potrà che concretizzare tale presenza ed esplicitare la propria volontà in tal senso, se non attraverso un atto formale quale quello della costituzione di cui all'art. 39 citato».

In altre parole, mentre l'imputato non presente sarà ritenuto contumace (*recitius* assente), per la società che si sia costituita regolarmente sarà sufficiente la presenza del difensore nominato, anche in assenza del legale rappresentante, sulla base dell'art. 39, comma IV del decreto. Ciò trova una conferma all'art. 41, ove il decreto ricollega la contumacia dell'ente al mancato rispetto dei crismi della costituzione.

L'art. 39, sottolinea la Suprema Corte nel massimo consenso, si struttura in maniera "bifasica", prevedendo preliminarmente il conferimento della procura speciale al difensore ai fini della partecipazione processuale ed in un secondo momento, autonomo ma complementare al primo, la redazione e sottoscrizione dell'atto di costituzione in giudizio: la procura nelle forme dell'art. 100, comma 1, c.p.p. diviene «l'elemento che legittima [il difensore] ad attivarsi nell'interesse dell'ente per il compimento degli specifici atti espressamente indicati nella procura, tra cui quello di sottoscrivere e depositare l'autonomo atto di costituzione che, come detto, determina gli effetti giuridici legati alla presenza "formale" dell'ente nel procedimento».

*A contrario*, l'unico caso in cui il difensore potrà esperire determinate difese sarà quello in cui la società abbia scelto volontariamente di non partecipare in maniera attiva al processo, cioè il caso in cui la stessa non abbia nominato il difensore di fiducia e, in base all'art. 40 del decreto, gliene venga assegnato uno d'ufficio.

In definitiva, le disposizioni di cui al decreto 231 sono da considerarsi speciali rispetto a quelle del codice di procedura penale, per cui le formalità richieste per la costituzione sono necessarie ai fini della regolare presenza della società in giudizio e dell'esercizio dei poteri difensivi.

Le Sezioni unite richiamano il precedente "Caporello"<sup>4</sup>, in base al quale l'art. 39 del decreto «pone un divieto assoluto per il rappresentante legale di rappresentare l'ente nel procedimento penale, divieto funzionale ad evitare un evidente e insanabile conflitto di interessi anche all'interno della stessa struttura organizzativa della persona giuridica, potendo presumersi che le linee difensive del soggetto collettivo e del suo rappresentante legale vengano a collidere».

La pronuncia "Caporello" ritiene conforme la disciplina del decreto agli artt. 3, 24, 111 Cost., poiché congegnata in modo tale da lasciare in capo all'ente ogni decisione in merito alla rappresentanza in giudizio, senza permettere alcuna invasione da parte del giudice, come peraltro avviene in altri ordinamenti. Nel caso di legale rappresentante imputato, infatti, l'ente potrà, tramite la propria organizzazione interna (atto costitutivo e statuto), muoversi in tre diverse direzioni ed in piena autonomia: in primo luogo, potrà nominare un nuovo rappresentante legale; in secondo luogo, potrà nominarne uno con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (procuratore *ad litem*); in ultima battuta, decidere di non partecipare attivamente al processo, con conseguente dichiarazione di contumacia e assegnazione di un difensore d'ufficio.

Nell'ultima situazione indicata, rimango preclusi alla persona giuridica gli atti difensivi c.d. personalissimi, ma nel pieno rispetto delle garanzie difensive costituzionali, poiché il *vulnus* è determinato da scelta consapevole dell'ente («così, a titolo di esempio, l'ente non potrà richiedere di essere ammesso ai riti alternativi, non potrà chiedere di essere interrogato per chiarire la sua posizione, non potrà proporre personalmente impugnazione avverso le misure cautelari, né partecipare all'udienza prevista dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 47, co. 2, così come non potrà presentare dichiarazione di ricusazione ovvero rinunciare alla prescrizione, tutti atti che coinvolgono facoltà processuali e diritti personalissimi di stretta pertinenza del soggetto imputato, che non pos-

---

<sup>4</sup> Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, in *Cass. pen.* 2010, 4, 1377, con nota di VARRASO,

*La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, *ivi*, 1383; PUGLISI, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2011, 245.

sono essere ricompresi nel concetto di difesa tecnica e che non possono neppure essere lasciati alle determinazioni di un rappresentante legale che si trovi in una situazione di conflitto di interessi con l'ente»).

Le Sezioni unite, tuttavia, consapevoli dell'eventualità che in taluni casi il diritto di difesa dell'ente potrebbe essere pregiudicato dai lunghi tempi di espressione della volontà degli organi collegiali, offre un quadro più garantista della posizione processuale dell'ente stesso.

Il riferimento è agli atti c.d. a sorpresa, «con riferimento soprattutto alla fase iniziale del procedimento nella quale l'ente non ha avuto, a volte, neppure sentore della pendenza delle indagini a proprio carico o comunque lo ha avuto in termini tali da non consentirgli di fatto il ricorso alla procedura ex art. 39, in tempo utile per l'esercizio delle facoltà di reazione: atti, come ad esempio quelli di cui agli artt. 352, 353 e 354 c.p.p., in relazione al cui compimento è previsto, dall'art. 356 c.p.p., il diritto del difensore di assistere, previo anche espresso avvertimento, che la polizia giudiziaria è tenuta a dare in tal senso alla persona sottoposta ad indagini se presente (art. 114 disp. att. c.p.p.)».

In tali situazioni, il difensore di fiducia nominato ex art. 96 c.p.p. da parte del legale rappresentante sarà abilitato all'esercizio di tutte le facoltà di legge ed anche a prescindere dalla costituzione in giudizio nelle forme dell'art. 39 del decreto.

La Suprema Corte individua il limite all'imprevedibilità degli atti e il momento in cui il meccanismo derogatorio di cui sopra non possa essere più ritenuto giustificabile nell'art. 57 del decreto 231. Tale articolo disciplina l'informazione di garanzia all'ente, la quale deve contenere «l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2».

L'informazione di garanzia notificata alla società servirà come “campanello d'allarme” della propria condizione processuale, come una specie di “messa in mora” da cui discende l'onere per l'ente di costituirsi quanto prima nelle forme di legge. È chiaro, sottolineano le Sezioni unite, che nei casi in cui l'informazione di garanzia sia contestuale agli atti c.d. a sorpresa, l'ente avrà a disposizione un termine per le incombenze di cui all'art. 39.

In definitiva, fino alla costituzione della persona giuridica il difensore di fiducia, nominato dal legale rappresentante, conserva tutte le facoltà inerenti al mandato affidatogli, legittimazione che dovrà essere confermata dall'ente nella successiva costituzione, mentre, a seguito della notificazione

dell'informazione di garanzia, le attività svolte dal difensore di fiducia saranno ritenute improduttive di effetti, con subentro del difensore d'ufficio<sup>5</sup>.

Tutte le osservazioni appena svolte vanno poste a confronto con la nomina del difensore di fiducia effettuata dal legale rappresentante indagato del reato presupposto, sia nella fase pre-costituzione che a seguito di regolare costituzione dell'ente.

La pronuncia oggetto della presente disamina, in aderenza alla consolidata giurisprudenza di legittimità, ritiene l'incompatibilità di cui all'art. 39 del decreto avente «carattere assoluto, come dimostra *a contrario* l'espressa deroga contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001, art. 43, comma 2, in tema di notificazioni all'ente, il quale fa espressamente salve quelle eseguite mediante consegna al legale rappresentante incompatibile. Ne consegue che il rappresentante incompatibile non può compiere alcun atto difensivo nell'interesse dell'ente e che quest'ultimo, se materialmente posto in essere, deve considerarsi inefficace. In particolare sono privi di efficacia non solo l'atto di costituzione, ma altresì anche l'eventuale nomina di un difensore di fiducia effettuata indipendentemente dalla formale costituzione, con l'ulteriore conseguenza che gli atti compiuti dal difensore in esecuzione di un mandato privo di efficacia devono essere ritenuti inammissibili»<sup>6</sup>.

Nel caso di conflitto di interessi precedente l'atto di formale costituzione, le Sezioni unite sopra richiamate hanno indicato come, prima che il giudice, potrebbe essere lo stesso pubblico ministero procedente a rilevare la situazione di incompatibilità negli atti che comportino o consentano la presenza del

---

<sup>5</sup> Rileva una serie di criticità in merito a tale impostazione ROCCHI, *Partecipazione dell'ente nel processo: un difficile equilibrio tra esigenze difensive e formalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). L'Autrice, in primo luogo, sottolinea, da una parte «il pericolo in cui si incorre assegnando all'apprezzamento discrezionale del magistrato l'individuazione dei casi in cui si versi in una situazione di urgenza tale da giustificare la mancanza della dichiarazione di costituzione da parte dell'ente» e, dall'altra, «l'oggettiva difficoltà in cui potrebbe trovarsi il Giudice nel valutare la complessità dei procedimenti interni e dei tempi necessari all'ente a manifestazione la propria volontà, per decidere, nella prospettiva della Corte, la legittimità della mancata osservanza dell'onere di formale costituzione»; in secondo luogo, non ritiene condivisibile l'eventualità che l'ente, tramite la costituzione successiva, possa legittimare l'attività già svolta dal difensore con la conferma della nomina, poiché, nel caso contrario in cui l'ente decida di sostituire il difensore potrebbe derivarne l'invalidità degli atti fino ad allora compiuti dal sostituto.

<sup>6</sup> L'incompatibilità del legale rappresentante imputato è, secondo le indicazioni delle Sezioni unite citate, un «principio di carattere generale che permea di sé l'intero procedimento, anche indipendentemente dalla costituzione dell'ente, soggetto al sindacato del giudice adito, come del resto, per quanto riguarda la materia della impugnazione che qui ricorre, è anche espressamente disposto dal legislatore nell'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a)».

difensore: questo per evitare fin dappprincipio che la nomina possa essere produttiva «di effetti potenzialmente dannosi sul piano delle scelte strategiche della difesa dell'ente che potrebbero trovarsi in rotta di collisione con divergenti strategie della difesa del legale rappresentante indagato».

Nel bilanciamento tra le esigenze, da una parte, di garantire all'ente la pienezza del diritto di difesa e, dall'altra, di poter nominare quanto prima un difensore di fiducia, ad esempio per impugnare i provvedimenti in tema di misure cautelari, le Sezioni unite ribadiscono la subordinazione della seconda alla prima: nel caso di legale rappresentante indagato, quindi, «la nomina verrà effettuata da un diverso organo della società, che potrà anche essere il nuovo rappresentante legale ovvero il rappresentante *ad processum*, ma deve escludersi che il difensore possa essere designato dal rappresentante in situazione di incompatibilità».

3. La Suprema Corte, nella pronuncia in commento, rilevando come nelle fasi di merito la procura al difensore dell'ente fosse stata conferita dal legale rappresentante imputato del reato presupposto, mentre nella fase di legittimità, proprio al fine di far valere tale vizio, l'ente si fosse costituito nelle forme di cui all'art. 39 tramite difensore di fiducia nominato dal nuovo legale rappresentante, ha ritenuto che il precedente difensore non fosse legittimato a svolgere alcun tipo di attività difensiva, né a rappresentare la società in udienza.

Indi per cui, anche in base a quanto sopra esposto, la Cassazione ha annullato la sentenza impugnata senza rinvio nei confronti della società ricorrente e tale annullamento ha esteso alla pronuncia di prime cure, all'udienza preliminare ed al decreto che ha disposto il rinvio a giudizio dell'ente, con conseguente trasmissione degli atti al Tribunale di primo grado per la fissazione di una nuova udienza preliminare ai fini della decisione in merito alla richiesta di rinvio a giudizio nei confronti della società.

A questo punto è decisivo chiedersi: è corretta l'equiparazione tra l'incompatibilità di cui all'art. 39, co. I., del decreto e la mancanza di legittimazione a compiere atti difensivi?

In senso negativo si è schierata una dottrina<sup>7</sup>, secondo cui «la nomina del difensore di fiducia effettuata dal rappresentante legale incompatibile in quanto indagato o imputato del reato presupposto, contrariamente a quanto sostenuto dalle Sezioni unite, nel silenzio dell'art. 39 d.lg. n. 231 del 2001, dovrebbe considerarsi valida ed efficace».

---

<sup>7</sup> VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite*, cit..

A supporto di tale tesi si sostiene, innanzitutto, la necessaria previsione legale che deve ricollegare la mancanza di legittimazione alla inammissibilità, condizione che nel decreto 231 si limita alla partecipazione dell'ente nel procedimento: estendere tale norma fino a ricomprendere ogni atto svolto all'interno del procedimento si risolve in una "vessatoria" estensione analogica di una sanzione processuale.

In secondo luogo, condivisibilmente, l'Autore fa presente come sia tutt'altro che pacifico non solo «che nelle indagini l'ente riesca a convocare in modo tempestivo gli organi assembleari e collegiali, ma anche (salvo l'applicazione proprio di misure cautelari) che l'ente medesimo addirittura sappia se ad essere indagati sono i singoli amministratori, l'intero consiglio di amministrazione o l'amministratore unico e possa valutare il da farsi a fronte di ipotesi accusatorie che non è detto sfocino in un esercizio dell'azione penale, data l'assoluta insufficienza dei tradizionali strumenti informativi di cui agli artt. 57 d.lg. n. 231 del 2001 e 369 c.p.p., nonché di cui all'art. 406, comma 3, c.p.p.». In tal caso, si obbligherebbe l'ente ad ovviare alle incompatibilità sulla base di una mera ipotesi o, in modo ancor più critico, la scelta si fonderebbe «su di una presunzione di conoscenza del conflitto (*rectius* di colpevolezza) dell'ente.

Il rigore formalistico che emerge dal precedente a Sezioni unite, confermato dalla sentenza oggetto della presente analisi, può, in conclusione, trasformarsi in un'arma a doppio taglio, estendendo in massima misura il raggio del diritto di difesa in capo all'ente, ma riverberandosi negativamente sulle attività compiute fino alla regolare costituzione dello stesso.

**FRANCESCO URBINATI**