

Osservatorio sulla responsabilità degli enti

Responsabilità degli enti

La decisione

Responsabilità degli enti - Configurabilità - Rappresentante legale - Incompatibilità - Difesa - Nullità nomina difensore - Reati societari - Nozione (D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 39, 40 e 41).

In tema di responsabilità degli enti, il rappresentante legale imputato del reato presupposto non può compiere alcun atto difensivo nell'interesse dell'ente, ivi compresa la nomina del difensore di fiducia, con la conseguenza che la stessa sarebbe "tamquam non esset" e gli atti compiuti dal difensore in esecuzione di un mandato privo di efficacia sarebbero inammissibili.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 21 dicembre 2015 (ud. 22 settembre 2015) - FUMO, *Presidente* - PISTORELLI, *Relatore* - FODARONI, *P.G. (conf.)* - D., *Ricorrente*.

Assistenza difensiva nel procedimento penale a carico dell'ente e incompatibilità del rappresentante legale imputato del reato presupposto

1. Con la decisione in epigrafe, la Quinta sezione della Corte di cassazione si uniforma all'indirizzo interpretativo di recente fatto proprio dalle Sezioni unite¹, secondo il quale il rappresentante legale dell'ente non può compiere alcun atto difensivo qualora sia imputato nel reato presupposto.

Orbene, la questione di diritto per la quale i Giudici di legittimità giungono a cassare - annullando senza rinvio - la decisione della Corte d'Appello di Bari si sostanzia nella violazione di legge relativa alla condanna, nei gradi di merito, nei confronti di un ente rappresentato da un difensore invalidamente nominato.

In particolare, in seguito alla nomina di un difensore d'ufficio in occasione dell'adozione di una misura cautelare reale, il rappresentante legale dell'ente conferiva mandato a un difensore di fiducia e depositava atto di costituzione nel procedimento stesso. I Giudici di legittimità, dunque, dichiarano la nullità della nomina del difensore di fiducia e della relativa procura speciale, disponendo la trasmissione degli atti, relativi all'illecito amministrativo della persona giuridica, alla procura della Repubblica per un nuovo giudizio.

¹ Cass., Sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni, in *Mass. Uff.* n. 264309, a margine della quale v. VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento*, in *Cass. pen.*, 2016, 73.

2. Il rapporto tra partecipazione dell'ente al procedimento ed esercizio del diritto di difesa è sempre stato un tema di confronto fin dagli esordi del D.lgs. 231 del 2001. Appare, quindi, opportuno in questa sede rammentare i possibili riscontri dovuti alla presenza di un'incompatibilità nella persona del rappresentante legale dell'ente e, conseguentemente, ad una possibile violazione del diritto di difesa tutelato a livello costituzionale dagli artt. 24, 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU².

Centrale rilevanza, ai fini che qui più interessano, assume l'eccezione posta nell'ultima parte dell'art. 39 d.lgs. 231 del 2001 al generale principio secondo cui l'ente sta in giudizio in persona del suo legale rappresentante, dando ostativo rilievo alla circostanza in cui lo stesso versi in una situazione di conflitto di interessi.

Tanto premesso, è ora certamente opportuno procedere ad un'analisi dell'istituto della rappresentanza dell'ente e all'ipotesi di conflitto di interessi qualora vi sia incompatibilità con l'assunzione di tale mandato.

L'ente ha la facoltà di partecipare direttamente al procedimento mediante una persona fisica che lo rappresenti ma, nel contempo, è prevista obbligatoriamente un'assistenza difensiva.

La presenza di una persona fisica, che agisce in nome dell'ente, appare senza dubbio fondamentale al fine di azionare tutti quei diritti, quelle facoltà e gli obblighi che presuppongono la presenza di un soggetto fisico³.

Vale senza dubbio evidenziare, come il rappresentante legale dell'ente risulti sottoposto ad un "regime ibrido che lo qualifica ora come teste ora come imputato"⁴ e si ponga in un rapporto di immedesimazione organica, giustificando

² L'art. 6 Cedu si riferisce ad una tutela giurisdizionale che deve essere garantita all'individuo, sia come singolo che come persona giuridica. Tale diritto, diversamente dai diritti di difesa intesi in senso lato, tutela "il (potenziale) destinatario di una decisione favorevole, che, se emanata prima, avrebbe ridotto le conseguenze sfavorevoli connesse allo svolgimento del processo, mentre in principio danneggia il destinatario di una decisione sfavorevole per il quale il prolungamento della durata dell'incertezza giuridica concomitante allo svolgimento del processo comporta un vantaggioso differimento delle conseguenze sfavorevoli della decisione": così FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, 274.

³ In tema si veda specialmente SCALFATI, *Le norme in materia di prove e di giudizio*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 349.

⁴ Nonostante il rappresentante legale impersonifichi l'ente e manifesti la volontà dello stesso, non coincide fisicamente con l'ente e, anzi, potrebbe offrire contributi conoscitivi rilevanti in merito a aspetti organizzativi e gestionali dello stesso. Cfr. FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni (introduzione al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1479; SANTORIELLO, *Le dichiarazioni del legale rappresentante dell'ente fra interrogatorio dell'imputato o indagato e la deposizione testimoniale*, in *Il procedimento penale per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, Plenum, 2011, 250; NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, 31; BASSI, *Il*

do, quindi, la scelta del legislatore di escludere la facoltà di rappresentare l'ente qualora sia imputato del reato dal quale dipende la responsabilità dello stesso⁵.

Tale soggetto, infatti, pur essendo funzionalmente preposto a manifestare la volontà dell'ente, non si sovrappone *in toto* a quest'ultimo. La parificazione all'imputato viene prevista per l'ente e non anche per il rappresentante legale, il quale rispecchia un regime peculiare⁶ che non lo esclude dalle garanzie dell'imputato, ma in alcuni casi lo assimila ad un testimone.

Tale dualismo, più che chiarificatore, appare spesso contraddittorio, data l'antiteticità dei ruoli delle due figure⁷. Merita aggiungere la problematicità insita nella dialettica tra "diritti delle persone e garanzie della *societas*"⁸ e la lesione del diritto di difesa derivante dal costringere a testimoniare il rappresentante che personifica la stessa persona giuridica e le dà voce, poichè "equivarrebbe ad obbligare l'imputato a deporre contro se stesso"⁹, svilendo ogni garanzia concessa all'ente equiparandolo ad imputato.

Il principio del *nemo tenetur se detegere* e del conseguente diritto al silenzio sono ormai consacrati sia a livello interno che a livello internazionale¹⁰ poichè

rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 3, 43, VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, in *La Responsabilità amministrativa degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 233.

⁵ Si ritiene che l'incompatibilità ad assumere il ruolo di rappresentante valga anche per il rappresentante sottoposto ad indagini: Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, in *Mass. Uff.*, n. 244409; Id., Sez. VI, 5 febbraio 2008, Ari, in *Cass. pen.*, 2009, 3799. Per un commento all'ultima sentenza citata, v. DE SANCTIS, ALICE, *La rappresentanza dell'ente in giudizio: incompatibilità e diritto di difesa*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2008, 4, 181.

⁶ In altri ordinamenti, quale ad esempio quello francese, il problema della qualificazione giuridica del rappresentante viene risolta *per tabulas*. Il codice di procedura penale statuisce espressamente come la figura del rappresentante sia parificata a quella del testimone o, in base ad alcune pronunce giurisprudenziali, a quella di persona informata sui fatti.

⁷ Cfr. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova 2002, 368.

⁸ L'espressione è di AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 332.

⁹ Così FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, cit.

¹⁰ A livello internazionale il principio è espresso dall'art. 14, co. 3, lett. g del patto internazionale sui diritti politici e civili, oltre ad essere desumibile dall'art. 6 CEDU. A livello interno il principio dello ius tacendi come ipostatizzazione del diritto di difesa è tutelato dalla nostra Carta fondamentale sotto il profilo della non collaborazione e della presunzione di non colpevolezza. Cfr., in proposito, GREVI, *Il diritto al silenzio sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1136; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato alternative al silenzio*, Torino, 2000, 129.

sono espressione dell'inviolabilità della difesa e della presunzione di innocenza fino a sentenza irrevocabile, tipica del nostro ordinamento.

Alla luce di suddette problematiche l'art. 44 lett. b) del d.lgs. 231 del 2001 richiede che, ai fini dell'esenzione dall'obbligo testimoniale, il legale rappresentante sia stato indicato nell'atto di costituzione dell'ente e che, anche al tempo del fatto, rivestisse tale medesima funzione.

Tale articolo rappresenta l'unica norma espressamente dedicata alla materia probatoria nell'ambito della responsabilità degli enti. Il disposto normativo aggiunge, infatti, due ipotesi di incompatibilità a testimoniare rispetto a quelle già previste nel codice di rito all'art 197 c.p.p.¹¹, ossia la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo e la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39, co. 2, del decreto e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato.

Più nel dettaglio, si è assimilata la persona fisica autrice del reato presupposto alla figura del coimputato nel medesimo reato, alla quale non può imporsi alcun obbligo di verità, almeno fintanto che assuma suddetta veste¹².

Orbene, nel caso di rappresentante legale non costituito o non indicato in una dichiarazione di costituzione, non appare condivisibile la possibilità che la persona giuridica scelga in ordine all'assunzione di un *ufficiam* in capo al rappresentante stesso.

Qualora, invece, il rappresentante non rivestisse tale qualifica al tempo del fatto, si è ritenuto che la deposizione testimoniale equivarrebbe in qualche misura ad "obbligare l'imputato a deporre contro se stesso"¹³.

Un terzo caso è, infine, caratterizzato dal rappresentante, non anche imputato nel reato presupposto, il quale non rivesta durante il procedimento la qualifica che ricopriva, invece, al tempo del fatto. Autorevole dottrina ritiene che non vi sia incompatibilità a testimoniare salvo il soggetto sia imputato nel reato presupposto. Si è però rilevata la possibilità per lo stesso di rispondere della mancata attuazione di corretti modelli organizzativi o dell'insorvanza degli obblighi di vigilanza e, quindi, la difficile alternativa per il soggetto tra il mentire e l'ammettere carenze organizzative che egli stesso avrebbe dovuto elimi-

¹¹ Cfr. GIARDA, *Art. 44*, in *C.p.p. comm.*, a cura di Giarda, Spangher, IV ed., Milano, 2010, 9677; ID., *Art. 44*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di Levis, Perini, Bologna, 2014, 1044; IELO, *Art. 44*, in *Leggi complementari al codice di procedura penale*, a cura di Canzio, Tranchina, Milano, 2013, 606; RIGO, *Il giudizio*, in *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2002, 358.

¹² Così GIARDA, *Art. 44*, cit., 9679.

¹³ BASSI, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 546.

nare. Conseguentemente, si è patrocinata un'interpretazione estensiva dell'art. 44 del decreto. Qualora si decida di assumere ugualmente come testimone tale soggetto, si ritiene doversi riconoscere le garanzie di cui all'art. 197-*bis* c.p.p.

3. Ciò precisato, risulta chiaro come l'essenza stessa del nuovo soggetto processuale abbia reso necessaria l'elaborazione di specifiche modalità partecipative, volte a rendere nota l'identità di colui che è deputato a manifestare nel processo la volontà dell'ente, assicurando così che gli effetti processuali si producano nella sfera giuridica del soggetto collettivo.

Invero, l'ente, al fine di partecipare al proprio processo, deve necessariamente costituirsi depositando un'apposita dichiarazione¹⁴ con valore informativo e contenente la denominazione dell'ente, le generalità del legale rappresentante, nome e cognome del difensore, l'indicazione della procura, la sottoscrizione del difensore e la dichiarazione o elezione di domicilio, tutto a pena di inammissibilità¹⁵.

Nonostante tali premesse e la chiara predilezione del legislatore alla costituzione dell'ente all'interno del procedimento, appare opportuno evidenziare come il diritto all'assistenza difensiva non possa in alcun modo essere subordinato da essa.

Il decreto legislativo estende le garanzie previste per l'imputato persona fisica all'ente persona giuridica, in virtù dell'art. 35 del decreto¹⁶, proprio al fine di tutelare al massimo il diritto della persona giuridica alla difesa tecnica, nel rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito ex 24 Cost.

La disposizione *de qua* svolge una funzione non dissimile da quella propria dell'art. 61 c.p.p.: «la sua operatività si esplica (...) in *bonam partem* con l'assicurare all'ente incolpato quelle stesse garanzie difensive che le norme

¹⁴ DE FALCO, *L'ente e il dibattimento: principi generali e problematiche specifiche*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2007, 3, 75.

¹⁵ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs 8 giugno 2011, n. 231*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 421. In caso di inammissibilità di uno dei requisiti richiesti per la costituzione dell'ente, la dichiarazione potrà essere ripresentata, in modo da sanare l'irregolare costituzione ed evitando la dichiarazione di contumacia dell'ente. Cfr. PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., 2008, 371.

¹⁶ GIARDA, *Societas delinquere potest: o no?*, in *La nuova disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società*, Milano, 2001, 183; MANNA, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista di un penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1101.

codicistiche riconoscono all'indagato nelle indagini preliminari e all'imputato in sede processuale»¹⁷.

L'ente, conseguentemente, ha diritto di nominare due difensori di fiducia pur in assenza di costituzione e, qualora non provveda, gli verrà assegnato un difensore d'ufficio¹⁸. Infatti, la persona giuridica che non si costituisce rimane comunque un soggetto indagato e parte necessaria nel procedimento.

Conseguentemente, questi ha diritto al riconoscimento delle garanzie processuali previste dal codice di rito in quanto la contumacia rimane una libera scelta del medesimo.

Nel caso, invece, in cui la persona giuridica depositi l'atto di intervento, subentrano le regole peculiari contenute nell'art. 39, co. 3, c.p.p., ove non si tollera l'inerzia e si costringe ad una preventiva nomina fiduciaria¹⁹.

4. Lo scenario così delineato necessita di una serie di chiarimenti.

È stato correttamente affermato che, nonostante il rigore prescrittivo e sanzionatorio della disposizione in esame, "la formalizzazione della partecipazione non deve essere esasperata"²⁰.

Occorre, innanzitutto, porre in essere un distinguo tra la partecipazione personale al procedimento e l'assistenza difensiva²¹. Nel primo caso la persona giuridica, avvalendosi di un rappresentante, ha la facoltà di esercitare tutte le prerogative tipiche del soggetto indagato/imputato in quanto rappresentato da un soggetto che agisca per suo conto. L'assistenza difensiva, quindi, deve essere garantita pur in assenza di costituzione dell'ente ex 96 c.p.p. mediante nomina di difensore di fiducia o, in assenza, di un difensore di ufficio²².

¹⁷ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 320, ricorda come l'art. 35, d.lgs. n. 231 del 2001, rivesta una funzione analoga a quella dell'art. 61 c.p.p.; dubbi circa l'effettiva portata garantistica dell'art. 35 sono prospettati da CERESA-GASTALDO, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di Corso, Peroni, Piacenza, 2010, 1, 188.

¹⁸ VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1383; *Cass.*, Sez. VI, 5 novembre 2007, Quisqueyana S.p.a., in *Mass. Uff.*, n. 238322.

¹⁹ DI GERONIMO, *Aspetti processuali del dlgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2002, 1564.

²⁰ FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., 468.

²¹ La costituzione dell'ente è un onere da adempiere al limitato fine di esercitare il diritto all'autodifesa e non anche il diritto di difesa inteso in senso lato. Cfr. MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 10, 1268; POTETTI, *Costituzione in giudizio dell'ente e diritto di difesa nel D.lgs. n. 231 del 2001: quale nesso?*, in *Cass. pen.*, 2013, 2022.

²² BELLUTA, *sub artt. 34-43*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Presutti, Bernasconi, Fiorio, Padova, 2008, 374 ss.; GIARDA, *Societas*

Ordunque, la costituzione dell'ente deve intendersi come finalizzata all'esercizio dell'autodifesa fin dalla fase di indagini preliminari, come ribadito dall'art. 57 del decreto²³.

Ai sensi dell'art. 39, co. 1, d.lgs. n. 231 del 2001, l'ente partecipa al processo tramite il proprio rappresentante legale. La norma introduce altresì una "clausola di salvezza"²⁴ che deroga alla regola generale nel caso in cui tale rappresentante sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

La *ratio* del divieto è da ricondurre al conflitto di interessi che verrebbe a crearsi tra rappresentante e rappresentato.

Tale valutazione d'incompatibilità è posta in essere dal legislatore in astratto. Si viene a creare una sorta di presunzione *iuris et de iure* d'incompatibilità che evita conflitti d'interessi anche solo potenziali²⁵. Suddetta valutazione viene quindi effettuata *ex ante* e in astratto e va letta in combinato disposto con l'art. 44 del decreto²⁶.

Appare poi opportuno soffermarsi sull'estensione temporale di suddetta incompatibilità. Essa può sorgere nell'ambito delle indagini preliminari ma non appare chiara la definizione del suo termine ultimo. In particolare si ritiene che nel caso di incompatibilità a testimoniare e testimonianza assistita, non venga meno l'incompatibilità con formule liberatorie quali l'archiviazione (art. 409 c.p.p.) o la sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), in quanto sia necessaria una pronuncia definitiva, di condanna, assoluzione o applica-

delinquere non potest, cit., 187; PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (dal d.lg. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, 133.

²³ Nel caso di atti personalissimi il rappresentante legale deve essere nominato e deve essere compatibile per rivestire le funzioni ad esso delegate. Conseguentemente, in caso di inerzia, l'ente sarà escluso dalla possibilità di porre in essere atti personalissimi quali l'ammissione ai riti alternativi, la possibilità di essere interrogato o proporre impugnazione avverso le misure cautelari o partecipare semplicemente all'udienza. Non sarà possibile inoltre presentare dichiarazione di ricasazione o rinunciare alla prescrizione, in quanto atti strettamente personali che coinvolgono il soggetto imputato. Cfr. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, 4, 125.

²⁴ FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni (introduzione al d.l. 8 giugno 2001 n. 231)*, cit.

²⁵ La presunzione in questione potrebbe portare a creare problematiche nel caso in cui il rappresentante-imputato e il rappresentante ad processum nominino il medesimo difensore. In tal caso qualora in via astratta si ammetta la coesistenza sotto la stessa tutela difensiva, si va a verificare la compatibilità in concreto nel rispetto del 106 c.p.p. Analogo sarebbe il caso in cui la nomina del difensore dell'ente intervenga prima dell'insorgere della causa di incompatibilità, poichè vi sarebbe un difensore di fiducia dell'ente legittimato a comportarsi come tale. In tal caso il giudice dovrebbe rilevare l'incompatibilità sopravvenuta e provvedere alle necessarie sostituzioni ex 97 c.p.p. Ovviamente gli atti posti in essere dal difensore debbono ritenersi validi sino alla dichiarazione di incompatibilità anche perchè potrebbe immaginarsi una sostituzione del difensore stesso.

²⁶ FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e giust.*, 2001, 29, 8.

zione della pena *ex art. 444 c.p.p.*²⁷. Ebbene tale incompatibilità potrebbe desumersi in via interpretativa, anche se già contemplata all'art. 44 del decreto, sulla base di quanto disposto *ex art. 197 c.p.p.*, norma alla quale rinvia l'art. 34 del decreto in virtù di una clausola generale.

A tal proposito vale evidenziare l'ipotesi in cui lo stesso rappresentante sia imputato in un reato connesso o collegato, piuttosto che nel classico reato presupposto. La soluzione estensiva di tale incompatibilità è condivisa nel caso del vincolo della cooperazione, ove l'incompatibilità è assoluta e destinata a permanere sino a sentenza irrevocabile di condanna, proscioglimento o applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p. Prima di tale momento il soggetto potrà essere sottoposto solamente ad un esame *ex art. 210, co. 1, c.p.p.* Una volta superata tale incompatibilità, invece, l'imputato nel reato presupposto potrà assumere lo *status* di testimone assistito nelle forme dell'art. 197-*bis* c.p.p.

Qualora il legale rappresentante sia imputato in un reato connesso o collegato non è scontato, invece, il conflitto di interessi ma, piuttosto, va valutato caso per caso, al punto che la stessa autorità giudiziaria potrebbe consigliare una sostituzione se la situazione concreta necessiti tale adempimento²⁸. In particolare, appare opportuno specificare come l'incompatibilità assoluta venga meno, lasciando spazio all'applicazione dell'art. 197-*bis* c.p.p., qualora il soggetto avvertito *ex art. 64, co. 3 c.p.p. lett. c)*, renda dichiarazioni su fatti concernenti responsabilità altrui. Nel caso in cui tali dichiarazioni non vengano rese, il soggetto potrà essere esaminato a norma dell'art. 210 c.p.p.

Vale quindi evidenziare come in alcune esperienze processuali nel caso in cui sussista suddetto conflitto di interessi il giudice provveda alla nomina di un terzo soggetto²⁹.

Contestualmente all'affermarsi di tale concezione, appare chiaro come la Corte Costituzionale italiana abbia voluto elaborare criteri diametralmente oppo-

²⁷ VARRASO, *sub a cura di artt. 39 D.Lgs 8 giugno 2001, n. 231*, in *C.p.p. comm.*, a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, 7169 ss.; BASSI, *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Bassi, Epidendio, Milano, 2006, 639.

²⁸ Nel caso in cui si renda necessaria la sollecitazione di una sostituzione del rappresentante legale dell'ente, si avranno tre differenti alternative. La prima consiste nella decisione di non nominare un nuovo rappresentante ed andare incontro alla dichiarazione di contumacia dell'ente stesso. Altra ipotesi è quella di nominare un rappresentante del tutto estraneo ai fatti o, infine, nominare un rappresentante ad processum solo al fine di costituirsi in modo regolare. Cfr. PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 371.

²⁹ Il sistema francese, ad esempio, prevede questo tipo di sostituzione ad opera del giudice. Cfr. Relazione di accompagnamento al d.lg. n. 231 del 2001; GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 593.

sti, tali da evitare che il potere giudiziario invadesse la sfera di controllo dell'organizzazione della persona giuridica³⁰. In particolare la pronuncia elaborata dai giudici di legittimità prevede diverse soluzioni volte a superare tale conflitto³¹. *In primis* vi è la possibilità di nominare un nuovo rappresentante legale, o alternativamente, un rappresentante *ad processum* per la sola fase procedimentale³². Infine l'ente potrebbe rimanere inerte³³.

La Corte Costituzionale, inoltre, rigettava espressamente la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 39 del decreto. L'incompatibilità *ivi* espressa non compromette né il diritto di difesa dell'ente *ex art. 24 Cost.*, né il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* e di giusto processo *ex art. 111 Cost.* La scelta, senza dubbio condivisibile, è stata quella di non menomare in alcun modo l'autonomia della persona giuridica³⁴.

5. L'ossatura essenziale del caso si sostanzia nella disamina circa le conseguenze di un'eventuale violazione di quanto disposto dall'art. 39 d.lgs. 231 del 2001, ossia l'inefficacia di tutte le attività poste in essere dal rappresentante incompatibile all'interno del procedimento. Ciò val quanto dire che, qualora il rappresentante legale incompatibile abbia nominato il difensore di fiducia, tale nomina sarà inefficace.

In particolare, tale designazione non è un atto neutro ma, al contrario, è strettamente connesso alla partecipazione del rappresentante incompatibile.

³⁰ Corte cost., n. 186 del 2007, La questione era stata rimessa dal Tribunale di Gela, ord. 3 marzo 2006, in *Il merito*, 2006, 65.

³¹ AMATO, *La costituzione del legale in conflitto d'interesse rende non ammissibili gli atti processuali*, in *Dir. proc. pen.*, 2010, 7, 77, sottolinea l'inopportunità della scelta legislativa di non differenziare i due aspetti e lasciare, così, impregiudicata la designazione del difensore.

³² Il rappresentante *ad processum* viene nominato in forza di una procura speciale. Nonostante l'assenza di un richiamo specifico all'istituto della rappresentanza si ritiene sia rappresentanza volontaria nonostante il co. 4 (mediante il quale si affida al difensore la rappresentanza dell'ente nel caso di mancata comparizione del rappresentante legale) lasci intravedere una rappresentanza necessaria, criticata in quanto limiterebbe la possibilità di autodifesa. Cfr: QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e dall'offeso dal reato*, Milano, 2003, 153; CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 545.

³³ PISTORELLI, *Le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *La Resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2010, 2, 175.

³⁴ Corte cost., n. 186 del 2007. Analoga questione di legittimità è stata affrontata dalla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto infondati i dubbi di legittimità circa la mancanza di automatismi in grado di assicurare una costante presenza per l'ente di un rappresentante. Cass, Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, in *Mass. Uff.*, n. 244407, con nota di PUGLISI, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*, in *Cass. pen.*, 2011, 245.

Vale evidenziare come l'art. 39 sopra citato, imponga un divieto assoluto derivante da una presunzione *iuris et de iure*, la quale non deve essere accertata in alcun modo, nè richiede oneri motivazionali.

In sostanza, gli atti processuali posti in essere dal rappresentante incompatibile, perchè imputato in un reato presupposto, sono inefficaci e, conseguentemente, il giudice ha l'obbligo di nominare un difensore d'ufficio affinché l'ente possa porre in essere tutti gli atti personalissimi e non sia in alcun modo privato del diritto di difesa³⁵.

Nel caso di specie all'ente, inizialmente non costituitosi, era stato nominato un difensore d'ufficio per l'adozione di una misura cautelare reale e solo in un secondo momento si era costituito in persona del legale rappresentante, il quale aveva nominato un difensore di fiducia.

L'ente, conseguentemente, è rimasto privo di una corretta assistenza difensiva nel corso dell'intera fase processuale, atteso che, la Corte territoriale aveva ritenuto inammissibile il ricorso in appello vista l'incompatibilità del rappresentante-imputato ma, non aveva, erroneamente, rilevato la nullità assoluta eccepita dalla parte ricorrente.

Il Tribunale in ultima istanza, ritiene di annullare senza rinvio la sentenza impugnata, travolgendo con suddetto annullamento anche la pronuncia in primo grado fino all'udienza preliminare e il decreto di rinvio a giudizio dell'ente.

Gli atti sarebbero, infatti, inammissibili perchè posti in essere da un difensore in possesso di un mandato privo di efficacia. Il mandante, rappresentante legale nonchè imputato nel reato presupposto, non ha alcun potere di porre in essere atti in rappresentanza dell'ente in quanto gli stessi sarebbero privi di valore giuridico, ossia "*tamquam non esset*". La tesi dell'incompatibilità estesa alle altre attività poste in essere dal rappresentante non trova esplicito supporto normativo ma viene desunta dall'art. 43 d.lgs. 231 del 2001, ove si prevede espressamente la validità delle notifiche eseguite mediante consegna al legale rappresentante. L'interpretazione, così consolidata dalla giurisprudenza, può essere in parte soggetta a critiche sottolineandone l'effetto "vessatorio" che può subire la difesa dell'ente stesso, diritto garantito dall'art. 24 Cost., nonchè dagli articoli 6 CEDU e 14 Patto internazionale dir. civ. pol. Probabilmente, come parte della dottrina non manca di rimarcare, una valutazione *ex post* e in concreto del conflitto di interessi riporterebbe la disciplina entro i confini della ragionevolezza e di una eguaglianza processuale tra le parti.

³⁵ BALDUCCI, *L'ente imputato: Profili di efficienza e di garanzia nel processo de societate*, Torino, 2013, 28.

Alla luce delle suesposte considerazioni e dei rilievi critici espressi, appare chiaro come la giurisprudenza adotti la tesi maggiormente rigorista, volta a tutelare l'effettività del diritto di difesa dell'ente fin dai primi atti di indagine, distinguendo nettamente la posizione processuale di questo da quella dei suoi vertici che, in quanto imputati nel reato presupposto, si presumono *iuris et de iure* in conflitto di interessi.

GIULIA MOSCATELLI