

RAPPRESENTANZA E PARTECIPAZIONE DELL'ENTE NEL PROCEDIMENTO PENALE *EX* ART. 39 D.LGS. 231/2001: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SECONDA SEZIONE PENALE, SENTENZA DEL 20 GIUGNO 2019, N. 27542

DOMENICO RUSSO, Avvocato penalista, presidente della Camera Penale di Benevento e presidente di Organismi di Vigilanza

L'esigenza di disciplinare la partecipazione dell'ente al procedimento 231 ha indotto il legislatore del 2001 a conciliare le primarie esigenze garantistiche con quelle, parimenti fondamentali, di certezza del diritto. L'*iter* formalistico introdotto a tal fine, secondo la disciplina recata dall'art. 39 d.lgs. 231/2001, pone in capo alla persona giuridica l'onere di seguire una procedura più complessa, sul piano organizzativo, della semplice nomina del difensore di fiducia, la quale sfocia nella dichiarazione di costituzione. Nelle pieghe dell'applicazione concreta dell'apparato normativo introdotto al fine di consentire la piena partecipazione e difesa della persona giuridica nel procedimento instaurato a suo carico, sono emerse criticità concernenti in particolare la fase delle indagini preliminari, laddove l'ente, pur non costituito, risulti ad ogni modo indagato. Sul punto, nonostante i principi di diritto stabiliti con intento chiarificatore dalle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione nel 2015, si è reso, di recente, nuovamente necessario l'intervento dei Giudici di Legittimità, che hanno ulteriormente esplicitato e ribadito acquisizioni sempre più consolidate nell'ambito dell'«universo 231».

1. Premessa

All'interno di quella complessa ed articolata disciplina introdotta dal legislatore nel 2001 per l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti e delle persone giuridiche dipendente da reato, la quale si pone nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano come un vero e proprio microcosmo normativo, spesso definito a ragione come «universo 231», il tema della rappresentanza e della partecipazione al procedimento del soggetto che ne è protagonista riveste un rilievo tutt'altro che secondario. Non sfugge infatti che l'articolazione della difesa in giudizio, con tutto il corredo degli istituti e delle facoltà previste dalla normativa processual penalistica, è condizionata in modo indissolubile dalla mancanza di fisicità dell'ente; tale tratto, indubbiamente distintivo e caratterizzante il soggetto 231, ha imposto al legislatore l'introduzione di correttivi ed accorgimenti nella modulazione della relativa disciplina al fine di garantire una piena ed efficace difesa giudiziaria.

Nonostante i notevoli sforzi legislativi volti ad armonizzare il più possibile il sistema procedimentale 231 con le esigenze di accertamento delle responsabilità, le forme specifiche imposte dalle norme concernenti la partecipazione al giudizio del soggetto collettivo hanno originato, nel corso del tempo ed in realtà già dalle prime applicazioni del Decreto 231, diversi dubbi ermeneutici e contrasti interpretativi, sui quali si è nuovamente reso necessario, di recente, l'intervento della Corte Suprema di Cassazione, realizzato mediante la pronuncia resa dalla Seconda Sezione penale, n. 27542, del 20 giugno 2019.

Sul punto appare opportuno, preliminarmente, far riferimento all'architettura normativa introdotta dal legislatore con riguardo alla posizione procedimentale della persona giuridica. Pertanto, in primo luogo viene in rilievo l'art. 35, d.lgs. 231/2001, che costituisce una norma di raccordo con le disposizioni processuali stabilite dal codice di rito. Questa norma chiarisce, al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci, che trovano applicazione nei confronti dell'ente le disposizioni processuali dettate con riferimento all'imputato, con il conseguente apparato garantista, «in quanto compatibili»; tale inciso costituisce una clausola di salvaguardia, resa inevitabile a causa della particolare dimensione in cui si pone il soggetto collettivo rispetto al procedimento che lo vede coinvolto. Infatti, se da un lato si impone il rispetto e la completa osservanza delle fondamentali garanzie difensive, in ossequio a quanto stabilito non solo a livello costituzionale, mediante l'art. 24 della Carta Fondamentale, ma anche sovranazionale dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'altro è apparsa ineludibile la necessità di contemperare ulteriori esigenze, parimenti primarie, afferenti in modo specifico la natura plurisoggettiva della persona giuridica. Di conseguenza la volontà, palesata dal legislatore nella costruzione del procedimento 231, dalla natura notoriamente inedita per notevoli aspetti, di porre il soggetto metaindividuale in condizione di poter fruire di tutti gli strumenti di reazione ad esso confacenti, equiparandolo all'imputato, ha implicato forme ed eccezioni specifiche. La introduzione di un iter specifico in tal senso risponde all'intento di realizzare «una forma di partecipazione non eccessivamente onerosa per l'ente, che potrà scegliere le modalità e i tempi di partecipazione, senza rinunciare ad alcuna delle garanzie che gli derivano dalla sua parificazione all'imputato», come d'altronde esplicitato all'interno della Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231/2001.

Al fine di esercitare le facoltà ordinariamente spettanti all'imputato, chiaramente, l'ente necessita di un soggetto-persona fisica preposto alla sua rappresentanza, per il cui tramite è in grado di intervenire nel procedimento penale a suo carico, anche esplicando attività di autodifesa ed esercitando i cd. atti personalissimi. A tale soggetto, in quanto qualificato ad esprimere e veicolare all'esterno la volontà formatasi all'interno del soggetto collettivo, sulla base della sua struttura nonché della sua organizzazione, spetta inoltre il compito di nominare il difensore dell'ente – salvi i casi di cui si dirà a breve – onde dotarlo della necessaria assistenza tecnica. Proprio con riferimento a tale dato, caratteristico del procedimento di cui si discorre, la dottrina più accorta ha identificato quella che è stata definita come la «doppia rappresentanza dell'ente¹», che si avvale, al contempo, del legale rappresentante e del

¹ SBISÀ et al., *Il procedimento a carico dell'ente*, in SBISÀ (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/2001)*, Vicenza, 2017, 253 ss.

difensore, allo scopo di manifestare all'esterno la sua volontà processuale. La seguente disciplina è stata concepita proprio al fine di consentire l'ingresso e la partecipazione attiva in giudizio di tali figure, in nome e per conto del soggetto collettivo, nel rispetto delle forme prescritte.

Ed invero, l'art. 39, comma 1, d.lgs. 231/2001 stabilisce che l'ente partecipa al procedimento per mezzo del suo rappresentante legale, «salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo». L'eccezione così introdotta è tesa ad evitare compromissioni del diritto di difesa dell'ente, che potrebbero verosimilmente verificarsi laddove l'addebito del reato presupposto della responsabilità 231 sia rivolto al suo rappresentante legale; la potenziale conflittualità, che andrebbe a determinarsi in ipotesi di questo genere, tra gli interessi del rappresentante e quelli dell'ente, ha posto in evidenza l'opportunità di introdurre tale incompatibilità, la quale, quindi, priva di effetti processuali ogni manifestazione di volontà dell'ente proveniente dal soggetto così inficiato.

In ogni caso l'ente è libero di decidere, in completa autonomia, se partecipare o meno al giudizio. Nel caso in cui il rappresentante legale non sia incompatibile nel senso suesposto, la partecipazione al procedimento 231 presuppone una valutazione di opportunità svolta da parte del soggetto collettivo, alla quale consegue la dichiarazione di costituzione, prevista e disciplinata dal comma 2 dell'art. 39. La norma disciplina le formalità della costituzione e stabilisce che la relativa dichiarazione, da depositare presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente, deve contenere «a pena di inammissibilità», oltre alla denominazione dell'ente medesimo e alle generalità del suo legale rappresentante, il nome ed il cognome del difensore nominato nonché l'indicazione della procura; deve inoltre recare la sottoscrizione del difensore e la dichiarazione o l'elezione di domicilio. Ne deriva, a ben vedere, che le modalità mediante le quali si realizza la partecipazione al procedimento del soggetto collettivo riecheggiano non tanto quelle proprie dell'imputato, quanto piuttosto quelle ordinariamente stabilite, all'interno del nostro sistema processual penalistico, per le altre parti private, sebbene in realtà le similitudini di disciplina si arrestano a tale atto. Inoltre è opportuno rilevare che, secondo la ricostruzione operata dalla dottrina², non essendo previsto alcun termine per la costituzione in giudizio dell'ente, quest'ultima può realizzarsi in tempi diversi, anche mediante la riproposizione della dichiarazione medesima, che andrebbe a dispiegare un effetto sanante degli eventuali vizi inficianti l'atto originario. La procura conferita al difensore di fiducia, nelle forme previste dall'art. 100, comma 1, c.p.p., costituisce un atto precedente e presupposto della costituzione, da depositare unitamente alla dichiarazione richiesta dal comma 2, secondo quanto stabilito ai sensi dell'art. 39, comma 3.

2. Contrasti interpretativi circa l'ambito di operatività dell'art. 39, d.lgs. 231/2001

La legge-delega n. 300/2000, mediante la disposizione dell'art. 11, lett. *q*), ha richiesto al legislatore del 2001, nel disciplinare il procedimento di accertamento della responsabilità 231, di assicurare l'effettiva partecipazione e difesa degli enti in tutte le

² SBISA, *op. cit.*

fasi del procedimento penale. In linea di principio, la modalità poi concretamente introdotta non appare contrastante con detta direttiva, posto che il legislatore delegato ha semplicemente ritenuto di richiedere taluni adempimenti aggiuntivi e qualificanti per il conferimento del mandato difensivo, necessitati dalla poliedricità delle vesti giuridiche che l'ente può assumere.

Tuttavia, con riferimento specifico all'atteggiarsi concreto del modo di essere dell'ente nei primi e più delicati segmenti procedimentali, nei quali si condensano le indagini preliminari, quando esso, pur essendo appunto indagato, non si sia però costituito, risulta essersi originato un contrasto di orientamenti all'interno della giurisprudenza di legittimità, poi risolto con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione. La questione, risalente al 2015, presentava una portata assolutamente dirimente, la cui soluzione avrebbe potuto restringere e rendere più difficoltoso l'esercizio della difesa tecnica da parte della società, come sottolineatosi all'interno della dottrina. Ed invero il quesito rimesso al Supremo Consesso verteva, essenzialmente, sulle modalità di proposizione, ad opera del soggetto collettivo, della impugnazione della misura cautelare reale, qualora quest'ultima sia disposta nei confronti della società indagata non costituita. Si chiedeva, nello specifico, alle Sezioni Unite «se, in materia di responsabilità degli enti da reato, sia ammissibile la richiesta di riesame ex art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo, proposta dal difensore di fiducia dell'ente in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma del d.lgs. 231/2001, art. 39».

Un primo orientamento, propugnato dalla Sez. VI nella sentenza «*Quisqueyana S.p.a.*» del 5 novembre 2007, n. 43642, sosteneva in modo perentorio la non subordinazione dell'esercizio dei diritti difensivi propri dell'ente all'atto formale di costituzione nel procedimento 231. Si riteneva in tal senso che la disciplina dettata dall'art. 39, riguardando la modalità di intervento dell'ente nel procedimento ed essendo peraltro funzionale all'individuazione del soggetto deputato a manifestare all'esterno, e quindi in giudizio, la volontà del soggetto collettivo, presentasse un ambito di applicazione circoscritto a tali, limitate, previsioni. Di conseguenza, poiché il potere di proporre riesame avverso il decreto di sequestro, sulla base del combinato disposto degli artt. 257 e 324 c.p.p., spetta anche al difensore oltre che all'imputato, alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che ha diritto alla restituzione, esso può essere esercitato dal difensore di fiducia dell'ente, pur in assenza della procura prevista dall'art. 100 c.p.p., la quale, al contrario, risulta necessaria ai fini della costituzione dell'ente, come si evince dall'art. 39, comma 2, d.lgs. 231/2001. Tale disciplina, secondo la menzionata giurisprudenza, troverebbe applicazione all'interno del procedimento circa gli illeciti amministrativi dipendenti da reato grazie alle norme di salvaguardia poste dagli artt. 34 e 35, Decreto 231; l'art. 34 stabilisce infatti che si osservano le disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili, mentre l'art. 35, come già rilevatosi in precedenza, sancisce l'applicabilità in capo all'ente delle disposizioni processuali concernenti l'imputato, anche in tal caso in quanto compatibili. Inoltre, ulteriore argomento a sostegno di tale tesi si traeva poi dalla dizione letterale della previsione sancita dall'art. 52, comma 1, d.lgs. 231/2001, laddove il legislatore, dopo aver previsto che l'ente può proporre appello contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari, indicandone contestualmente i motivi, ha ritenuto di indicare il difensore, e non il rappresentante legale, come tramite per mezzo del quale il soggetto collettivo aziona tale facoltà difensiva; ciò dimostrerebbe, ad avviso dell'orientamento espresso nella sentenza

«*Quisqueyana S.p.a.*», che l'impugnazione della misura cautelare non è subordinata alla manifestazione di volontà dell'ente di partecipare al procedimento, né, di conseguenza, al deposito dell'atto di costituzione in giudizio del medesimo. Se ne deduceva che, nelle descritte circostanze, l'ente, venuto a conoscenza della instaurazione di un procedimento a proprio carico, ha facoltà di nominare sino a due difensori di fiducia, ai sensi dell'art. 96 c.p.p., analogamente a quanto previsto per la persona fisica che sia sottoposta ad indagini o imputata, potendo fruire del pieno diritto all'assistenza difensiva, indipendentemente dalla formale dichiarazione di costituzione nel procedimento 231, pur richiesta dall'art. 39.

Al contrario, la tesi opposta, sostenuta a partire dalla sentenza «*A.R.I. International*» (Cass. pen., sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689), affermava che, in materia 231, l'esercizio dei diritti difensivi ad opera del soggetto collettivo è subordinato in ogni caso alla formale costituzione del medesimo, prescindendo cioè dalla fase in cui versi il procedimento a suo carico. Sulla base di tale assunto si riteneva conseguentemente inammissibile la richiesta di riesame presentata avverso un decreto di sequestro preventivo dal difensore di fiducia dell'ente indagato, ma non costituito. Si affermava infatti che è solo ed esclusivamente attraverso lo strumento della dichiarazione di costituzione che la persona giuridica si pone nella condizione di partecipare al procedimento, esercitandovi le attività attinenti alla sua posizione, nel pieno dei diritti e delle facoltà, posto che il vincolo formale stabilito con riferimento alle modalità di partecipazione dell'ente dall'art. 39 opera in tutte le fasi, compresa quella investigativa. Ciò significa, ad avviso di tale orientamento di segno diametralmente opposto rispetto al precedente, che la costituzione operata nelle forme prescritte condiziona l'esercizio di ogni diritto da parte dell'ente, compresa la proposizione delle impugnazioni, e quindi anche della succitata richiesta di riesame, la quale quindi non può provenire dal difensore di fiducia nominato *sic et simpliciter* ai sensi dell'art. 96, comma 2, c.p.p. Invero il menzionato filone giurisprudenziale ha ribadito che l'autonomo potere di impugnazione detenuto, sulla scorta delle norme processuali precedentemente indicate (artt. 257 e 324 c.p.p.), dal difensore deve essere rapportato alla disciplina posta dal legislatore in materia di responsabilità da reato degli enti, la quale riveste carattere di specialità. Secondo la posizione così assunta da una parte della giurisprudenza di legittimità, propagatasi in ulteriori pronunce³, l'attività difensiva svolta in difetto delle prescritte formalità sarebbe inammissibile, ragion per cui sarebbe affetta, secondo le disposizioni codicistiche (art. 591 c.p.p.) da un *vulnus* rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. Qualora l'ente decida al contrario di non costituirsi in giudizio e di non nominare un difensore di fiducia, avrà diritto alla assistenza tecnica prestata dal difensore d'ufficio, ai sensi dell'art. 40, d.lgs. 231/2001, investito dei medesimi poteri di iniziativa e delle medesime facoltà riconosciuti al difensore delle persone fisiche all'interno del processo penale. Dunque, il descritto orientamento sottolineava come proprio l'inerzia così manifestata dall'ente, indipendentemente dalla sua motivazione, rende possibile e legittimo lo svolgimento di diverse attività difensive ad opera del difensore d'ufficio, ivi compresa quella che si sostanzia nella impugnazione cautelare ed eccezion fatta, *a contrario*, per gli atti difensivi personalissimi, a prescindere, cioè, dalla costituzione del soggetto collettivo. Difatti, stando al principio enucleato sul

³ Cass. pen., sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748, Vbi01.

punto dalla Sesta Sezione della Corte Suprema di Cassazione in occasione di un risalente precedente⁴, in materia di responsabilità da reato degli enti «i diritti di difesa, con esclusione degli atti difensivi cosiddetti personalissimi, possono essere esercitati in qualunque fase del procedimento dal difensore nominato d'ufficio, anche qualora la persona giuridica non si sia costituita ovvero quando la sua costituzione debba considerarsi inefficace a causa dell'incompatibilità del rappresentante legale, perché indagato o imputato del reato presupposto».

Successivamente, nel dirimere il contrasto di giurisprudenza sopraesposto, le Sezioni Unite non hanno mancato di rilevare come nessuna delle due opzioni ermeneutiche illustrate possa dirsi da sola e di per sé stessa considerata realmente risolutiva, non consentendo alcuno dei due orientamenti, se inteso singolarmente, nella sua assolutezza, di «delineare un quadro ricostruttivo della materia, che possa dirsi *in toto* coerente anche con la disciplina del codice di rito – che pure è espressamente richiamata, in quanto compatibile, dal d.lgs. 231/2001, artt. 34 e 35 – in tema di diritti difensivi dell'imputato, estesi *ex lege* alla figura dell'indagato dall'art. 61 c.p.p.». Ed allora esse, nel ricostruire la disciplina di cui si discute, hanno evidenziato che il legislatore, nel dettare la normativa circa la partecipazione al procedimento penale dell'ente, ha avuto di mira in primo luogo il rapporto di rappresentanza, e cioè quel rapporto, non necessariamente identificabile con quello di immedesimazione organica, intercorrente tra la persona giuridica ed il suo rappresentante legale, al fine di assicurare una posizione concreta al soggetto collettivo, il quale, diversamente, sarebbe stato penalizzato dalla mancanza di fisicità propria dell'indagato/imputato persona fisica. Per il tramite del suo rappresentante l'ente opera una scelta determinante, ossia intervenire nel procedimento a suo carico o rimanervi estraneo. La pronuncia resa dalle Sezioni Unite ha affermato chiaramente che nel primo caso, qualora l'ente intenda partecipare al procedimento, esso è tenuto a seguire un percorso procedimentale inderogabile, scandito dal deposito presso l'autorità giudiziaria procedente della dichiarazione di costituzione, «la quale è finalizzata a presentare l'ente – anche nelle vicende modificative eventuali e successive (v. art. 42 che richiama ancora una volta la procedura di esternazione di cui all'art. 39 comma 2) – ossia a fare emergere elementi che sono certamente il frutto della sua autonomia negoziale» e che, in considerazione di tale caratteristica, devono essere già formalizzati nel procedimento, quali l'indicazione delle generalità del rappresentante e del difensore nominato, unitamente all'attestazione del già avvenuto rilascio della procura. D'altra parte è indubbio che la nomina del difensore di fiducia possa essere effettuata dal legale rappresentante in un momento precedente il deposito dell'atto di costituzione, il quale richiama atti – non solo la nomina, ma anche *a fortiori* il conferimento della procura ai sensi dell'art. 100, comma 1, c.p.p. – che possono essere già stati perfezionati. Ponendosi in linea di continuità con la richiamata interpretazione, avallata in tal modo dalle Sezioni Unite, la sentenza analizzata ha ribadito che, in mancanza dell'atto di costituzione, le garanzie difensive sono assicurate dalla nomina del difensore di ufficio, già a partire dalla fase investigativa: sul punto risulta centrale la disposizione dell'art. 369 *bis* c.p.p., che stabilisce, a pena di nullità, il dovere dell'organo inquirente di nominare un difensore di ufficio, in occasione del compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere.

⁴ Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, Caporello.

In particolare, l'esaminanda pronuncia⁵ ha messo in evidenza la necessità di integrare in via interpretativa il sistema normativo introdotto dal legislatore in materia di rappresentanza e partecipazione della persona giuridica al procedimento 231, soprattutto con riferimento alla fase iniziale. In effetti la rapidità e la sorpresa, che nella maggior parte dei casi caratterizzano l'iniziativa investigativa della pubblica accusa, potrebbero minare l'effettiva possibilità per l'ente di dar corso a quell'*iter* procedimentale che sfocia poi nella dichiarazione di costituzione, posto che la sottostante valutazione di merito potrebbe essere subordinata, sulla base della struttura e/o dimensione della persona giuridica, alla previa attivazione di organi consiliari, nonché all'espressione di volontà collegiali, e quindi ad una serie di passaggi interni che potrebbero non esaurirsi in tempi brevi. In tali circostanze l'ente potrebbe essere ignaro delle indagini a proprio carico, o potrebbe essere comunque impossibilitato, di fatto, a soddisfare i requisiti formali richiesti dalla procedura disciplinata dall'art. 39 in tempi utili per le conseguenti reazioni difensive, nondimeno garantitegli. Le Sezioni Unite hanno allora rilevato che con riferimento a tutti quegli atti cd. a sorpresa o comunque caratterizzati da rapidità e urgenza nella rispettiva esecuzione, i quali, com'è ovvio, si iscrivono soprattutto nella fase investigativa, nonché in tutti gli ulteriori casi ad essi assimilabili, anche grazie all'attività ermeneutica compiuta dal giudice di merito nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata, «è indubbio che la nomina del difensore di fiducia da parte del legale rappresentante dell'ente, secondo il disposto dell'art. 96 c.p.p., abilita quello al pieno esercizio delle facoltà descritte dalle norme di volta in volta considerate» (si vedano gli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. in relazione agli artt. 352, 353 e 354 c.p.p., nonché gli artt. 365 e 366 c.p.p.). Di conseguenza, tale nomina, indipendentemente dalla costituzione in giudizio, legittima il difensore «alle ulteriori e connesse iniziative nell'interesse dell'ente quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare, non meno connotate da urgenza, con esercizio di poteri che non possono essere meno ampi di quelli riconoscibili, nello stesso frangente, al difensore di ufficio», designato in sua assenza, ai sensi dell'art. 40, d.lgs. 231/2001.

Nel proseguire la disamina della pronuncia resa nei termini esposti nel 2015, appare opportuno porre in evidenza un passaggio fondamentale nel quale le Sezioni Unite hanno rilevato come funga da anello di concatenazione delle due situazioni procedimentali precedentemente descritte la norma declinata all'art. 57, d.lgs. 231/2001; quest'ultima stabilisce che l'informazione di garanzia rivolta alla persona giuridica, oltre a contenere l'invito a dichiarare ovvero eleggere domicilio per le notificazioni, avverte sulla necessità di procedere al deposito richiesto all'art. 39 comma 2 per poter partecipare al procedimento. In tal modo viene ad essere delimitata «la situazione procedimentale a partire dalla quale l'urgenza della reazione difensiva non può più prevalere, restringendola, sull'area della operatività dell'art. 39, d.lgs. 231/2001, il quale torna così a presidiare con le proprie regole l'incedere della fase». A ben considerare, non è revocabile in dubbio che, quando l'informazione di garanzia risulta effettivamente notificata in un momento precedente l'esecuzione dell'atto urgente, o contestualmente ad essa, l'ente ha a disposizione un congruo lasso di tempo per l'espletamento degli adempimenti richiesti dall'art. 39, nonché per azionare i diritti difensivi, anche urgenti, che risultano involti in quei procedimenti

⁵ Cass., S.U., 28 maggio 2015, n. 33041.

contrassegnati da notevole rapidità, di cui costituiscono un ricorrente esempio quelli incidentali cautelari; rispetto ad essi si impone l'esigenza di pervenire «ad una decisione quanto più possibile sollecita su beni fondamentali quali la libertà, nelle sue forme più diverse, e le risorse patrimoniali». Al contrario, la Corte ha affermato che se la notificazione dell'informazione di garanzia si colloca in un diverso frangente temporale, successivo all'atto urgente o a sorpresa, non produce l'effetto di sollecitare l'ente, che ne sia intenzionato, a costituirsi nelle forme stabilite; in tal caso esso versa in quella che le Sezioni Unite hanno correttamente definito come una «condizione di sorpresa», che necessita di tutela. Ed allora non può non ritenersi che tali, particolari, circostanze legittimino il difensore di fiducia, regolarmente nominato dal rappresentante legale dell'ente non costituitosi, a porre in essere tutte le facoltà inerenti il mandato difensivo, al fine di assicurare l'effettiva garanzia di quei diritti propri del soggetto indagato, strettamente connessi alle attività appannaggio del pubblico ministero. Ciò non toglie, tuttavia, che «la legittimazione di quello stesso difensore è destinata ad essere validata dalla successiva costituzione dell'ente che confermi, nella relativa dichiarazione, la nomina stessa, nuovamente legittimandola anche mediante il conferimento di una procura *ad hoc*». Dall'interpretazione così fornita, volta ad integrare le norme speciali poste a presidio del procedimento sulla responsabilità da reato degli enti con le norme del codice di rito, nei limiti indicati dal legislatore medesimo, deriva che «in tutti i frangenti e i segmenti procedurali che seguono l'informazione di garanzia contenente l'avvertimento della necessità della costituzione per partecipare al procedimento, il mancato esercizio di tale onere deve essere ritenuto come una precisa opzione processuale che vale a incidere negativamente, travolgendola *ex lege*, anche sulla legittimazione del difensore di fiducia, i cui poteri restano incapaci di produrre effetti procedurali, con il conseguente subentro di quelli del – a questo punto indispensabile – difensore di ufficio».

Peraltro, la pronuncia qui esaminata non ha mancato poi di analizzare il divieto di rappresentanza sancito dall'art. 39 comma 1, il quale risulta centrale nell'ambito della tematica affrontata, anche a causa della sistematica ricorrenza pratica delle circostanze che vi sono considerate. Ed invero la nomina del difensore di fiducia operata dal rappresentante incompatibile può venire in rilievo indipendentemente dalla costituzione in giudizio della persona giuridica, ragion per cui il potenziale conflitto di interessi, che il legislatore ha inteso disinnescare, ben potrebbe essere rilevato dal pubblico ministero procedente, a partire da quegli atti, situati, sotto il profilo cronologico, nei segmenti iniziali del procedimento, che comportano o consentono la presenza del difensore così incaricato. Le Sezioni Unite hanno chiarito in tal senso che «il divieto di rappresentanza è infatti concepito (...) con riferimento al momento in cui diviene rilevante e cioè con riferimento agli effetti del mandato nel procedimento, ed è apprezzabile dunque anche prima ed a prescindere dall'atto di costituzione, sia perché ciò fa intendere la consecutio dei principi fissati all'art. 39 commi 1 e 2, sia perché costituisce principio generale quello in base al quale l'atto del soggetto non legittimato è improduttivo di effetti ed è sanzionato con la inammissibilità». Il principio della non legittimazione del rappresentante legale contestualmente indagato o imputato del reato presupposto della responsabilità 231 presenta carattere generale, investendo di conseguenza *in toto* il procedimento instaurato a carico dell'ente, che si sia o meno costituito. Dunque, costituisce logica conseguenza di tale assunto, normativamente stabilito, l'inammissibilità dell'atto posto in essere dal difensore nominato dal rappresentante non legittimato, poiché si tratta

di un «atto sospettato – per definizione legislativa – di essere produttivo di effetti potenzialmente dannosi sul piano delle scelte strategiche della difesa dell'ente», verosimilmente divergenti da quelle perpetrate dalla difesa del rappresentante legale indagato/imputato, la quale, nell'interesse personale del proprio assistito, ben potrebbe tendere a riversare la piena responsabilità del fatto-reato sul soggetto collettivo. È quindi indubbio che «il giudice investito dell'atto propulsivo della difesa così officiata non potrebbe esimersi dal sindacare tale condizione sotto il profilo della ammissibilità dell'atto. (...) In altri termini, non si pone il problema dell'intervento (e delle sue modalità) del giudice su una scelta fiduciaria legittimamente effettuata dall'interessato, ma della ratifica, da parte del giudice, di una qualificazione di incompatibilità del rappresentante dell'ente che il legislatore stesso ha effettuato e quindi di rilevazione di un difetto di legittimazione alla nomina». Ciò significa che non è richiesta la concreta rilevazione, ad opera del giudice, della incompatibilità del rappresentante indagato o imputato, e di conseguenza della sottostante situazione di conflitto con gli interessi propri della persona giuridica rappresentata. Nella valutazione operata dal legislatore è prevalsa la necessità di garantire la posizione processuale dell'ente, fuggando le situazioni di rischio per la pienezza della sua difesa ed introducendo, mediante detta prescrizione, una presunzione assoluta di incompatibilità, destinata ad invalidare gli effetti sul procedimento degli atti comunque posti in essere dal difensore, la cui nomina potrebbe essere «il frutto di una scelta strategica inquinata del rappresentante» che versi nelle condizioni indicate dall'art. 39, comma 1, d.lgs. 231/2001.

3. Il recente approdo della Corte Suprema: Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542

Poste le importanti acquisizioni derivate dalla illustrata sentenza, resa nel 2015 dalle Sezioni Unite della Corte Suprema di cassazione, di recente la giurisprudenza di legittimità è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla materia della partecipazione al procedimento dell'ente per l'accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato.

La Seconda Sezione della Corte di cassazione, nel ritenere fondato il ricorso per cassazione formulato dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Messina avverso sentenza assolutoria resa da quest'ultima nei confronti di una società a responsabilità limitata, giudicata per gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 24 e 25 *ter*, d.lgs. 231/2001., si è riportata alle parole, citate in precedenza, spese nella fondamentale pronuncia S.U. n. 33041/2015. Ed invero, in tale occasione si è ribadito che la sanzione comminata dal legislatore per gli atti propulsivi, adottati dalla difesa dell'ente in assenza della preventiva costituzione, risulta essere quella della inammissibilità. Tuttavia, coerentemente con la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, si è constatato che una eccezione in senso lato si determina nel caso in cui il protagonista del procedimento 231 versi in una condizione che lo veda impossibilitato al rispetto delle forme enucleate dall'art. 39, a causa della oggettiva rapidità ed urgenza delle risposte difensive necessitate da atti a sorpresa o comunque imprevedibili, che caratterizzano, come ampiamente rilevatosi, soprattutto la fase iniziale del procedimento.

La recente pronuncia⁶ della Seconda Sezione ha richiamato sul punto l'interpretazione fornita dalla sentenza S.U. n. 33041, laddove si individua nell'art. 57, d.lgs. 231/2001 lo spartiacque tra la descritta situazione di urgenza, nella quale il difensore di fiducia nominato dall'ente, pur non costituitosi, è comunque legittimato ad esercitare le facoltà inerenti il mandato, e la ordinaria condizione procedimentale, contrassegnata dall'invio dell'informazione di garanzia recante l'improrogabile avvertimento a costituirsi nelle forme prescritte, per poter partecipare attivamente al procedimento. Le Sezioni Unite hanno in tal modo fornito una interpretazione coerente con il quadro normativo introdotto dal legislatore del 2001 e, al contempo, in grado di soddisfare le esigenze garantistiche sottese alle norme del codice di rito; di conseguenza, hanno ritenuto di porre il principio di diritto secondo il quale in tema di responsabilità da reato degli enti è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente secondo il disposto dell'art. 96 c.p.p., ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39, d.lgs. 231/2001, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57, del Decreto Legislativo medesimo.

Qualora, infatti, sia stata inviata l'informazione di garanzia nei termini descritti dall'art. 57, l'*iter* procedimentale ordinario prescritto dal legislatore mediante l'art. 39 torna ad imporsi, ragion per cui l'unico modo che ha l'ente per intervenire in giudizio e difendersi, adoperando con pienezza ed efficacia tutti gli strumenti attribuiti dalla normativa processuale all'indagato/imputato persona fisica – nei limiti di compatibilità precedentemente individuati – per il tramite del difensore di fiducia nominato dal legale rappresentante, è quello di costituirsi. Viceversa, in mancanza della relativa dichiarazione, la persona giuridica rimane al di fuori del procedimento, venendo attinta dalla dichiarazione di contumacia⁷. Di conseguenza, la Seconda Sezione, nell'affrontare il caso concreto sottopostole, ha rilevato che il giudice d'appello investito dell'impugnazione proveniente da ente non costituito in giudizio, per il tramite del difensore nominato dal rappresentante contestualmente indagato prima ed imputato poi del reato presupposto della responsabilità amministrativa, in spregio cioè all'incompatibilità stabilita dall'art. 39, comma 1, non può far altro che sindacare tale condizione sotto il profilo della ammissibilità dell'atto, attraverso la rilevazione di un difetto di legittimazione a cui consegue la inammissibilità del gravame, ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. a), c.p.p.. Inoltre, si tratta di un *vulnus* non soggetto a sanatoria, poiché, com'è noto, ai sensi dell'art. 591, comma 4, c.p.p. l'inammissibilità può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento, ragion per cui, qualora erroneamente non sia stata rilevata dal giudice dell'impugnazione, deve immancabilmente essere individuata dal Giudice di Legittimità. Da ciò deriva chiaramente, secondo quanto si legge nella citata pronuncia, che «l'accertata inammissibilità dell'appello, perché presentato da persona non legittimata, travolge anche il ricorso per cassazione che investe solo questioni relative alla decisione di merito, che, stante la non ammissibilità del gravame, non possono considerarsi devolute dall'ente al giudice di secondo grado». Ne è dunque logicamente conseguito

⁶ Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542.

⁷ Art. 41, d.lgs. 231/2001: L'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace.

l'annullamento, in accoglimento del ricorso presentato dal Procuratore Generale, della sentenza impugnata, limitatamente all'illecito amministrativo contestato alla società, assolta in secondo grado, rinviando alla Corte di Appello di Reggio Calabria per un nuovo giudizio.

Nondimeno, è opportuno evidenziare che la sentenza⁸ qui illustrata si è espressa anche su un altro aspetto della complessa tematica afferente l'accertamento della responsabilità da reato degli enti, apportando dei chiarimenti in materia di prescrizione. Sul punto, la norma recata dall'art. 8, comma 1, lett. *b*), d.lgs. 231/2001 stabilisce che il giudice, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa del soggetto collettivo, nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito risulta esser stato commesso. Con riferimento specifico alla disciplina posta nei confronti dell'ente viene in rilievo l'art. 22 del Decreto 231, il quale al comma 1 quantifica in cinque anni il termine di prescrizione degli illeciti amministrativi dipendenti da reato; stabilisce poi al comma 2 che la prescrizione, in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, è interrotta dalla richiesta di applicazione delle misure cautelari interdittive, nonché dalla contestazione dell'illecito amministrativo; al comma 4 che, se si è verificato quest'ultimo evento interruttivo, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio. Di conseguenza, uniformandosi ad un costante orientamento⁹, la Seconda Sezione ha ribadito che «in tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio».

4. Conclusioni: la partecipazione dell'ente nel procedimento instaurato a suo carico

Dalla ricostruzione fin qui operata emerge, con evidenza tangibile, l'intento del legislatore di dotare di presidi formalistici l'ingresso dell'ente all'interno del procedimento 231.

A ben vedere, la necessità della previa costituzione dell'ente deriva *in primis* dalla natura dello stesso, il quale costituisce una figura soggettiva, potenzialmente complessa dal punto di vista della sua struttura ed organizzazione interna, la quale necessita di mezzi di esternazione della propria volontà, diversi ed inevitabilmente più articolati di quelli propri dell'imputato/indagato-persona fisica. *In secundis*, tale necessità discende anche dalla esigenza, avvertita e di fatto assunta a faro guida dal legislatore del 2001, di rendere ostensibile immediatamente, o quanto meno in tempi brevi, l'eventuale conflitto di interessi che, sulla base della impostazione trasfusa nell'art. 39, d.lgs. 231/2001, deriva in via diretta ed immediata dal fatto che il legale rappresentante indicato dall'ente per la costituzione in giudizio sia, allo stesso tempo, anche indagato o imputato del reato da cui dipende la responsabilità amministrativa.

⁸ Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542 cit.

⁹ Cass. pen., sez. II, 24 settembre 2018, n. 41012; Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102; Cass. pen., sez. II, 20 marzo 2012, n. 10822

Il tutto al fine ultimo di garantire, nell'ambito del procedimento 231, la piena rappresentanza del soggetto collettivo, fugando ogni sospetto di inquinamento della strategia difensiva prescelta.

La Corte Suprema di Cassazione ha rilevato in merito che indubbiamente l'assetto normativo adottato affinché l'ente possa attivare le facoltà ad esso attribuite nel procedimento, ad esempio producendo richieste e memorie o comunque esercitando, nelle diverse forme consentite, attività difensive, pone in capo alla persona giuridica l'onere di seguire una procedura più complessa, sul piano organizzativo, della semplice nomina del difensore di fiducia, secondo le modalità precedentemente esposte enucleate dall'art. 39. Da tale opzione normativa discende che in mancanza di tali adempimenti l'ente viene a trovarsi in una posizione solo in parte assimilabile a quella propria delle parti private diverse dall'imputato, la cui presenza nel processo, oltre ad essere solo eventuale, si staglia in ogni caso a tutela di interessi privati. Al contrario, l'ente non costituito è nondimeno un soggetto indagato: «in tale veste è non solo destinatario di tutte le iniziative del pubblico ministero finalizzate all'eventuale attivazione del processo, ma anche, ineludibilmente, di tutte le garanzie assicurate a quest'ultimo¹⁰».

In particolare, è meritevole di attenzione la presunzione *iuris et de iure* della sussistenza di un conflitto di interessi tra il soggetto collettivo e il rappresentante legale che versi nelle circostanze indicate dall'art. 39, comma 1, la quale è destinata ad operare sin dal principio, a partire dalla primaria fase investigativa, nel caso in cui la persona fisica considerata sia indagata, e non ancora imputata, del reato da cui dipende la responsabilità amministrativa. Sebbene, infatti, la formulazione testuale della norma rinvii esclusivamente al rappresentante-persona fisica nei cui confronti sia stato disposto il rinvio a giudizio, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito come detta incompatibilità debba essere estesa anche alla fase delle indagini preliminari, nel cui corso non risulta peregrino il configurarsi di quel conflitto di interessi stabilito dal legislatore come causa di estromissione, quanto meno sul piano processuale, dalla rappresentanza dell'ente. D'altra parte si tratta di una risalente nonché pacifica acquisizione, ed invero la Corte di Cassazione ha da tempo affermato, con riferimento alla incompatibilità ed al conseguente divieto di rappresentanza, normativamente sanciti, in termini assoluti, dall'art. 39, d.lgs. 231/2001, che «la *ratio* della disposizione va individuata nella necessità di evitare situazioni di conflitto di interesse con l'ente, verificabili soprattutto nelle prime e delicate fasi delle indagini, di fondamentale importanza per le acquisizioni richieste per gli atti propulsivi del procedimento¹¹».

Analogamente a quanto affermato con riguardo al divieto di rappresentanza sancito dalla seconda parte dell'art. 39 comma 1, è opportuno ribadire che l'istituto della costituzione nel procedimento, pur nella sua caratterizzazione di onere per l'ente che intenda rendersi partecipe attivo di tutte le facoltà e prerogative che gli sono proprie, è concepito per spiegare i propri effetti sin a partire dalla fase investigativa, coinvolgendo di conseguenza tutti gli strumenti difensivi azionabili nel corso della stessa. D'altronde, come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità¹², il riferimento letterale alla «cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente», operato dalla norma nell'indicare il luogo dell'adempimento consistente nel deposito della

¹⁰ Cass. pen., S.U., 28 luglio 2015, n. 33041 cit.

¹¹ Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398.

¹² Cass. pen., S.U., 28 luglio 2015, n. 33041 cit.

dichiarazione di costituzione, ben può involgere come autorità giudiziaria ricevente anche il pubblico ministero.

Tuttavia, l'*iter* partecipativo previsto per consentire l'ingresso dell'ente nel procedimento a proprio carico diviene più complesso, nel caso in cui si versi nella condizione patologica presa in considerazione dal legislatore al comma 1 dell'art. 39, e quindi il legale rappresentante non possa partecipare per l'ente al giudizio, essendovi coinvolto direttamente come persona fisica. Infatti in tali ipotesi l'opzione normativa a cui ha aderito il legislatore si discosta da altri ordinamenti giuridici che risolvono analoghi conflitti di interesse attribuendo al giudice la nomina di un soggetto terzo estraneo, avendo ritenuto di evitare ogni ingerenza giudiziaria nella struttura e nella organizzazione propria della persona giuridica, rimettendole ogni scelta sul punto. In tal senso si deduce dalla disciplina introdotta in tema di rappresentanza, sulla scorta della ricostruzione offerta dal Giudice di Legittimità, che il legislatore del 2001 ha voluto evitare l'imposizione al soggetto metaindividuale di un «rappresentante di nomina esterna, sia pure solo per la partecipazione al procedimento penale», adottando al contrario una soluzione finalizzata ad attribuire all'ente «la scelta di chi debba rappresentarlo nel processo, anche in caso di conflitto di interessi, utilizzando i normali strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo¹³». Ciò implica che l'ente può liberamente scegliere di non sostituire il legale rappresentante in conflitto, anche solo potenziale, e di astenersi dal costituirsi in giudizio; in tal caso è assicurata l'assistenza di un difensore d'ufficio, secondo la disposizione dell'art. 40, d.lgs. 231/2001, per il cui tramite è possibile compiere tutti gli atti difensivi non personalissimi, ivi compresa l'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali eventualmente adottati nei confronti del soggetto collettivo. Peraltro occorre sottolineare che, sulla base della norma recata dall'art. 41, d.lgs. 231/2001, l'ente non costituitosi è attinto dalla dichiarazione di contumacia in fase processuale. Ovviamente valgono, sul punto, le prescrizioni impartite dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 33041, ribadite da ultimo dai Giudici di Legittimità nella pronuncia esaminata in precedenza (Cass. pen., sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542), secondo le quali il limite di tali previsioni è costituito dalla norma posta all'interno dell'art. 57, concernente il contenuto dell'informazione di garanzia inviata all'ente, recante, tra l'altro, l'avvertimento della necessità della costituzione per partecipare al procedimento. Come già illustrato, ne deriva che, prima di tale comunicazione di garanzia, il soggetto metaindividuale che sia colto dalla improcrastinabilità della reazione difensiva, è nondimeno meritevole di tutela, ragion per cui tale condizione «anche a prescindere dalla costituzione nel procedimento, legittima il difensore di fiducia alle ulteriori e connesse iniziative nell'interesse dell'ente quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare, non meno connotate da urgenza», le quali non potranno dunque essere rigettate ai sensi dell'art. 591 c.p.p.

Qualora, infine, la scelta ricada nel senso della costituzione in giudizio, l'ente, come sottolineato dalla dottrina, ha a disposizione due strade diverse: può nominare un nuovo rappresentante legale estraneo ai fatti di cui al reato presupposto della responsabilità 231, pur andando incontro verosimilmente a conseguenti difficoltà di riorganizzazione, oppure può optare per la nomina di un rappresentante legale *ad*

¹³ Cass. pen., sez. V, 22 settembre 2015, n. 50102.

litem, che, essendo abilitato a manifestare in ambiente processuale la volontà dell'ente, consenta di realizzare una adeguata partecipazione e difesa. D'altra parte, nonostante alcune perplessità manifestate circa tale opzione da una parte della dottrina, si esprime in termini favorevoli ad essa anche la Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, nella quale si legge che «l'ente che voglia partecipare ugualmente al procedimento dovrà nominare un rappresentante per il processo e indicarlo nella dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2».