

ESIGENZE DIFENSIVE DELL'ENTE E FORMALITÀ DELLA SUA PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO

[Cass., Sez. Un., 28 maggio 2015 \(dep. 28 luglio 2015\), n. 33041, Pres. Santacroce, Rel. Vessichelli, Ric. Gabrielloni, leg. rapp. Covalm Biogas Soc. Coop a r.l.](#)

di Donatello Cimadomo

Abstract. *Il contributo è relativo alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema: a) di ammissibilità della richiesta di riesame del decreto di sequestro preventivo avanzata dal difensore di fiducia dell'ente nominato pur in assenza di una formale costituzione ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 231/2001 (soluzione affermativa); b) di ammissibilità della nomina del difensore di fiducia dell'ente – al fine di proporre richiesta di riesame del decreto di sequestro preventivo – da parte del legale rappresentante che sia anche indagato o imputato del reato presupposto della responsabilità derivante da reato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 (soluzione negativa). Si condivide la soluzione affermativa – che rafforza la posizione della difesa nel procedimento nei confronti dell'ente –, mentre si confuta quella negativa – in quanto esempio di interpretazione “additiva” che crea un vulnus nella difesa dell'ente nel procedimento cautelare.*

SOMMARIO: 1. I principi di diritto. – 2. I precedenti giurisprudenziali. – 3. Le soluzioni delle Sezioni Unite: a) la difesa tecnica senza partecipazione al procedimento. – 4. *Segue:* b) i presupposti legittimanti la nomina del difensore di fiducia. – 5. Brevi riflessioni. – 6. Le questioni ancora aperte.

1. I principi di diritto

Le Sezioni Unite hanno ritenuto 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. n. 231/2001, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d.lgs. medesimo.

A *latere* della questione oggetto di contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite hanno statuito che il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto (c.d. *procurator suspectus*) non può provvedere, a causa di tale situazione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dal citato art. 39, con la conseguenza che è

inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. a), c.p.p., la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che versi nella situazione anzidetta.

2. I precedenti giurisprudenziali.

La questione sottoposta allo scrutinio delle Sezioni Unite era relativa alla richiesta di riesame presentata dal difensore di fiducia dell'ente (non costituitosi ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 231/2001) nominato dal legale rappresentante non indagato del reato presupposto, mentre i precedenti presi in esame per l'affermazione dei principi di diritto sono relativi a fattispecie diverse.

In talune occasioni è stato affermato che 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 presupposto¹; e, inoltre, che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non è subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma dell'art. 39 del d.lgs. n. 231/2001².

In senso contrario, invece, è stato affermato che 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 del richiamato art. 39³.

A parere delle Sezioni Unite, tali precedenti non consentono, singolarmente, «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, dagli art. 34 e 35 del decreto n. 231 – in tema di diritti difensivi dell'imputato, estesi *ex lege* alla figura dell'indagato dall'art. 61 cod. proc. pen.».

¹ Cass., Sez. VI, 19 giugno 2007, n. 41398, Caporello, CED Cass. n. 244407; sul punto, v. H. BELLUTA, *Partecipazione e difesa dell'ente nel "suo" processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in Soc., 2010, 8, p. 995 s.; D. POTETTI, *Art. 39, comma 1, del d.l.vo n. 231 del 2001: incapacità legale dell'ente e diritto di difesa*, in Riv. pen., 2014, p. 264 s.; R. PUGLISI, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore*, in Cass. pen., 2011, p. 245 s.; A. SPINELLI, *Il rappresentante legale imputato: l'incompatibilità ed i suoi riflessi sul processo penale de societate*, in Dir. pen. e proc., 2014, 4, p. 446; G. 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, p. 1377.

² Cass., Sez. VI, 5 novembre 2007, n. 43642, Quisqueyana S.p.A., CED Cass. n. 238322.

³ Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689, Soc. a r.l. A.R.I. International, CED Cass. n. 241011 e Cass., Sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748, Vbi01, CED Cass. n. 261967.

3. Le soluzioni delle Sezioni Unite: a) la difesa tecnica senza partecipazione al procedimento.

Perciò, le Sezioni Unite hanno posto in rilievo il fine di non lasciare «scoperta la individuazione del modo attraverso il quale l'ente che si trovi ad essere destinatario di attività di indagine in relazione alla quale è sancito il diritto del difensore fiduciario di assistere – con immediatezza da parametrare alla indifferibilità dell'atto stesso – prestando la propria, a volte non secondaria, attività professionale, possa in concreto esercitare tale diritto, che rimanda direttamente ad una tutela che la Costituzione (art. 24 Cost.) vuole “inviolabile”».

Nell'art. 39 d.lgs. n. 231/2001 è stato individuato il «*primum movens*» dell'analisi della questione, in quanto esso contempla un istituto con «carattere di “onere”» ovvero «“un principio base”» che stabilisce le modalità attraverso le quali viene data «visibilità concreta ad un soggetto altrimenti non dotato della fisicità propria dell'indagato/imputato» e viene “presentato” l'ente consentendo la sua partecipazione al procedimento attraverso l'adempimento delle (uniche) formalità sostanzialmente legittimanti l'esercizio delle relative facoltà nel corso dell'intero procedimento penale.

È stato rilevato che la norma, se pure richiede che la costituzione dell'ente debba avvenire osservando le prescritte formalità, consente all'ente stesso di nominare un difensore di fiducia anche in assenza di detta costituzione.

Lo «statuto» così delineato reca i tratti ontologici che distinguono le ipotesi di difesa tecnica da quelle di autodifesa e rende anche evidente come l'ente che non si costituisce rimane comunque un soggetto indagato, destinatario in quanto tale delle iniziative del magistrato inquirente, alle quali si accompagna il riconoscimento delle garanzie inevitabilmente previste dalla legge processuale.

Può, infatti, accadere che l'ente, non ancora costituito perché ignaro del procedimento penale, sia chiamato ad esercitare il diritto di difesa in occasione del compimento di attività di indagine che, per loro stessa natura, non sono previamente partecipate.

Per motivi di urgenza (si pensi alla “sorpresa” derivante dall'esecuzione di un sequestro, non preceduto dall'informazione di garanzia che, come si vedrà, costituisce un limite operativo delle facoltà difensive), l'ente deve potersi difendere ricorrendo ad un difensore di fiducia nominato *ex art. 96 c.p.p.* (norma compatibile con il sistema processuale delineato col decreto 231 in ragione degli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231/2001) – in mancanza di tale atto, la legittimazione spetterà ovviamente al difensore di ufficio – al fine di proporre tempestivamente impugnazione, a meno che sia stata notificata l'informazione di garanzia di cui all'art. 57 d.lgs. n. 231/2001 e la nomina non provenga da legale rappresentante a sua volta indagato o imputato del reato presupposto dell'illecito amministrativo e, dunque, in una situazione di conflitto di interessi⁴.

⁴ Sul punto, Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29930, Ingross Levante S.p.A., CED Cass., n. 250432: in tema di responsabilità da reato degli enti, non è valido l'atto di costituzione di una società nel procedimento a suo carico se sottoscritto dal rappresentante legale incompatibile, perché contestualmente indagato per il reato presupposto della suddetta responsabilità, nonché dal presidente del collegio sindacale del quale non siano

Si tratta di una interpretazione che fa leva sul dato letterale ricavabile dagli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231/2001, “affiancabili” all’art. 99 c.p.p., e che riconoscono al difensore la facoltà di esercitare i diritti non personalissimi dell’ente in occasione degli atti di indagine connotati dalla imprevedibilità *ex parte privata*.

Vi è, dunque, un primo limite al complesso delle disposizioni prese in esame, accanto al quale si pone quello ulteriore rappresentato dalla previa notificazione dell’informazione di garanzia ai sensi dell’art. 57 d.lgs. n. 231/2001, che costituisce, come già detto, il passaggio obbligato della partecipazione dell’ente al procedimento, per il quale deve essere comunque garantita la difesa di ufficio nell’ipotesi in cui l’ente decida di non costituirsi.

4. Segue: b) i presupposti legittimanti la nomina del difensore di fiducia.

Come si è avuto modo di evidenziare, le Sezioni Unite hanno sancito un principio corollario di quello appena sommariamente definito, relativo alla legittimazione alla nomina del difensore di fiducia dell’ente, statuendo che a tanto non possa provvedere il legale rappresentante «“incompatibile”» ovvero colui il quale versi in una situazione di conflitto di interessi in conseguenza del procedimento penale a suo carico per il reato presupposto dell’illecito amministrativo⁵.

Il *procurator suspectus* – si presume – non può che compiere atti a loro volta sospettati di non ponderate, se non dannose, scelte di strategia difensiva tali da collidere con gli “interessi processuali” dell’ente. Naturale precipitato di tale proposizione è – a giudizio delle Sezioni Unite – la inammissibilità, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio, della richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata, appunto, dal difensore nominato dal legale rappresentante dell’ente che sia imputato o indagato del reato da cui dipende l’illecito amministrativo, a nulla rilevando quelle situazioni di urgenza che, invece, legittimano il *procurator* nominato dal legale rappresentante estraneo alla vicenda.

stati documentati i poteri di rappresentanza. In motivazione la Corte ha altresì rilevato, per i medesimi motivi, l’invalidità della procura speciale rilasciata dagli stessi soggetti al legale nominato difensore dell’ente e la conseguente inammissibilità delle impugnazioni avverso decreto di sequestro preventivo presentate da quest’ultimo per conto dell’ente.

⁵ L. CAMALDO, *I principi generali del procedimento*, in AA.VV., *Il processo penale alle società*, a cura di D. Canzio-L.D. Cerqua-L. Luparia, Vol. II, *I profili processuali*, a cura di F. Cerqua, Padova, 2014, p. 1328, ritiene che la norma si estenda anche all’ipotesi di indagato/imputato di reato connesso o collegato; sul punto v. anche G. GARUTI, *Il processo “penale” agli enti*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. VII, *Modelli differenziati di accertamento*, Tomo II, a cura di G. Garuti, Torino, 2011, p. 1044, che nelle ipotesi di cui alla lett. c) dell’art. 12 c.p.p. o di reato collegato *ex art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.* il conflitto di interessi non è la regola.

5. Brevi riflessioni

Ogni *dictum* delle Sezioni Unite rassegna argomenti destinati, per un verso, a considerare nuovamente la ragion d'essere delle norme scrutinate e, per altro, ad agitare nuove questioni interpretative sottese alle soluzioni adottate *in subiecta materia*.

Non si sottrae a tanto la sentenza in esame, dal momento che i profili tracciati interessano l'assimilazione della posizione dell'ente incolpato a quella dell'indagato/imputato quanto ad applicazione delle disposizioni processuali, se compatibili, così come previsto dall'art. 35 d.lgs. n. 231/2001⁶.

Il *thema* è particolarmente sensibile con riguardo alla difesa dell'ente.

Il decreto 231, attraverso la disciplina ricavabile, in particolare, dagli artt. 39 e 41, oltre che dal richiamato art. 35, rassegna una singolare triangolazione di posizioni soggettive, resa necessaria dalle peculiarità *naturali* dell'ente sottoposto a procedimento penale: il rapporto tra soggetto incolpato e difensore è caratterizzato dall'intervento di un terzo soggetto – il legale rappresentante dell'ente – che è l'unico legittimato ad esprimere la "volontà collettiva" di partecipare al procedimento penale attraverso un atto che è qualcosa di più del conferimento dell'incarico al difensore di fiducia⁷; ad esso consegue, infatti, la possibilità di avere piena *voce* nell'ambito della vicenda processuale relativa all'illecito amministrativo derivante da reato, pur non potendosi negare che la "esistenza processuale" dell'ente prescinde dalla costituzione formale, giacché l'art. 35 d.lgs. n. 231/2001 (che estende le garanzie processuali dell'indagato/imputato all'ente sottoposto a procedimento penale) non reca alcuna condizione di operatività.

L'esercizio delle facoltà difensive, dunque, è diversamente modulato in ragione della sussistenza di talune condizioni che delineano un sistema ordinato secondo una scala di valori rispetto ai quali si declinano le formalità di investitura del difensore dell'ente: quelle che disciplinano la partecipazione *qualificata* dell'ente (art. 39), che sono strumentali tanto alla difesa tecnica quanto all'autodifesa dell'ente (i cc.dd. diritti personalissimi), e quelle che, invece, garantiscono la sola difesa tecnica pur quando l'ente decida, per le ragioni più varie, di non prendere parte al procedimento (artt. 34-35 e 40) o, se si vuole, di parteciparvi in modo non qualificato – fermo restando, in entrambi i casi, la non trasferibilità dei diritti dell'ente al difensore, di fiducia o di ufficio, in

⁶ La sentenza delle Sezioni Unite è stata commentata da G. RANALDI, *Processo de societate e procedimento di riesame: il diritto alla difesa tecnica può prescindere dalla costituzione dell'ente collettivo nel procedimento penale purché non abbia ricevuto l'informazione di garanzia ai sensi dell'art. 57 d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 1, e da C. SANTORIELLO, *Giurisprudenza annotata, Circolare 231*, n. 8, settembre 2015, in *www.rivista231.it*. Sull'ente come «quasi imputato», v. G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato*, Torino, 2006, p. 97 s.

⁷ Cfr. A. BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 235; L. CAMALDO, *I principi generali del procedimento*, cit., p. 1327, parla di veste «ibrida» che oscilla fra l'equiparazione all'imputato e l'assimilazione al testimone; sul punto v. P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 227, ed a S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2526.

relazione ai quali è richiesta la procura speciale, sicché la costituzione nel procedimento nelle forme menzionate dall'art. 39 si pone, pertanto, come antecedente necessario, recando appunto, al secondo comma, l'indicazione della procura, evidentemente anche ai fini appena evocati.

Come si possa assicurare la difesa tecnica dell'ente nelle occasioni in cui è di fatto impossibile il previo adempimento dell'onere di costituzione, costituisce il punto nodale del recente intervento delle Sezioni Unite.

Della giurisprudenza si è già detto; anche la dottrina aveva mostrato sensibilità nel rilevare come la difesa tecnica debba prescindere dalla formale costituzione in giudizio⁸, la cui finalità è quella di consentire l'autodifesa dell'ente senza condizionare la tutela dell'assistenza difensiva⁹.

6. Le questioni ancora aperte.

Il dibattito è vibrante anche in tema di nomina fiduciaria del difensore proveniente dal rappresentante legale dell'ente incompatibile.

Parte della dottrina aveva, per così dire, preso le distanze dalla soluzione giurisprudenziale adottata con le pronunce che hanno dichiarato l'invalidità della procura speciale rilasciata dal legale rappresentante incompatibile all'avvocato, con conseguente inammissibilità dell'impugnazione da questi proposta avverso il decreto di sequestro preventivo nell'interesse dell'ente¹⁰, evidenziando come sia « vessatorio » sostenere l'inefficacia della nomina fatta dal *procurator suspectus* ed aggiungendo che sia per doveri deontologici (lealtà, correttezza, fedeltà, fiducia e diligenza, secondo gli artt. 9, 10, 11 e 12 del nuovo codice deontologico forense in vigore dal dicembre 2014), sia per regole processuali (relative, in particolare, alla rinuncia alla difesa, secondo l'art. 107 c.p.p., con conseguente operatività dell'art. 40 d.lgs. n. 231/2001), è il difensore a valutare in concreto il conflitto di interessi tra chi ha proceduto alla nomina e l'ente difeso; valutazione presidiata, peraltro, dall'art. 380 c.p. che punisce il patrocinio infedele¹¹.

Non è mancato, tuttavia, chi ha condiviso l'interpretazione della Cassazione *supra* riportata¹².

⁸ Così A. BASSI, *Commento all'art. 35*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di M. Levis-A. Perini, Bologna, 2014, p. 908.

⁹ V. G. VARRASO, *Commento all'art. 39*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 976.

¹⁰ In questi termini Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29930, Ingross Levante S.p.A., CED Cass. n. 250432; in dottrina, v. D. POTETTI, *Costituzione in giudizio dell'ente e diritto di difesa nel D.Lgs. n. 231 del 2001: quale nesso?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2022 s.

¹¹ G. VARRASO, *Commento all'art. 39*, cit., p. 976; sulla incompatibilità del difensore quale situazione che deve essere prevenuta, sia consentito il rinvio a A.A. DALIA-D. CIMADOMO, voce *Difensore* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir., Agg.*, vol. III, Milano, 1999, p. 505.

¹² A. BASSI, *Commento all'art. 35*, cit., p. 911.

Ed è proprio con riguardo a tale profilo che il *dictum* delle Sezioni Unite rassegna argomenti rispetto ai quali possono avanzarsi dubbi in sede di interpretazione delle norme di riferimento.

Se, infatti, le ragioni di urgenza che consentono al difensore di prestare la difesa tecnica in favore dell'ente che non si sia costituito nel procedimento appaiono legittimare l'interpretazione offerta in ragione della necessità di approntare adeguata tutela difensiva in occasione del compimento di attività di indagini non preventivabili, non altrettanto può dirsi con riguardo alla condizione posta dalle Sezioni Unite in merito alla necessità che la nomina fiduciaria provenga dal legale rappresentante non indagato o imputato del reato presupposto.

È stata introdotta, attraverso una discutibile interpretazione analogica, una sanzione processuale non prevista dal legislatore, e nemmeno giustificata quanto a ragion d'essere se la soluzione offerta dalle Sezioni Unite viene parametrata al sistema introdotto dal decreto 231, fondato sull'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla declaratoria di responsabilità penale della persona fisica in merito al reato presupposto.

È noto che, come previsto dall'art. 8, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non sia stato identificato; e la Relazione governativa allo schema di decreto individua nei casi di c.d. imputazione soggettivamente alternativa (il reato, perfetto nei suoi elementi strutturali ovvero tipicità ed antigiuridicità, è senz'altro riconducibile ai vertici dell'ente e, quindi, a due o più amministratori, rispetto ai quali, però, manchi o sia insufficiente la prova della responsabilità individuale di costoro) le ipotesi di concreta applicazione della norma, destinata così ad operare quando il reato presupposto è stato commesso da persona in seno ai vertici aziendali¹³.

Ragion per cui potrebbe accadere che la nomina fiduciaria provenga da un amministratore-legale rappresentante dell'ente che è autore del reato presupposto dell'illecito amministrativo, ma non è stato individuato dall'ufficio di Procura quale relativo responsabile e, dunque, non è stato raggiunto da alcun atto del procedimento penale sintomatico di addebito di responsabilità penale, sia pure provvisorio.

Insomma, vi è un "zona grigia" di operatività della condizione coniata dalle Sezioni Unite che rende concreto il pericolo di far dichiarare inefficace l'iniziativa difensiva adottata dal professionista nominato dal *procurator suspectus* che non immagini nemmeno di essere sottoposto a procedimento penale, introducendosi, così, anche la possibilità che, ad esempio, l'impugnazione cautelare nel frattempo interposta venga vanificata da una "mossa a sorpresa" del magistrato del pubblico ministero che, in udienza camerale, può documentare la circostanza, non nota al legale rappresentante dell'ente, della iscrizione del nome di costui nel registro delle notizie di reato. Senza contare che anche la soluzione offerta dalla giurisprudenza in direzione della nomina da parte dell'ente di un nuovo legale rappresentante o di un rappresentante per il processo

¹³ Sul punto v. M. BELLACOSA, *Commento all'art. 8*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di M. Levis-A. Perini, cit., p. 219.

con procura speciale¹⁴ è, di fatto, incompatibile o, comunque, pregiudizievole delle esigenze difensive dell'ente, almeno in ossequio alla necessità di avere un tempo congruo per preparare la difesa.

Se, dunque, si considera che la tutela della difesa tecnica dell'ente appare essere la – condivisibile – base ideologica dell'intervento delle Sezioni Unite, essa rischia comunque di essere compromessa dalla ulteriore scelta esegetica – da vagliare attentamente – di condizionare la nomina del difensore di fiducia in casi di urgenza alla circostanza che essa non provenga dal legale rappresentante incompatibile.

¹⁴ Così Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, Caporello, cit.