

La rappresentanza dell'ente nel processo.

di *Benedetta Ambrosio*

Sommario: 1. La partecipazione dell'ente al procedimento. - 2. Le incompatibilità del legale rappresentante imputato del reato presupposto. - 2.1. L'incompatibilità alla partecipazione al procedimento. - 2.2. L'incompatibilità con l'ufficio di testimone. - 3. La dichiarazione di costituzione. - 4. La contumacia (*rectius* l'assenza). - 5. Costituzione dell'ente e difesa tecnica. - 5.1. I contrapposti orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi in materia. - 5.2. Il recente intervento delle Sezioni Unite. - 6. Gli aspetti critici dell'arresto delle Sezioni Unite e gli sviluppi giurisprudenziali successivi.

1. La partecipazione dell'ente al procedimento.

L'art. 39 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, (di seguito anche il "Decreto"), recante «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*», rubricato «*Rappresentanza dell'ente*», attua, unitamente ai successivi artt. 40, 41, 42 e 43 del medesimo Decreto, quanto previsto dall'art. 11, lett. q), Legge Delega (Legge 29 settembre 2000, n. 300), laddove il legislatore delegante richiedeva che venisse assicurata «*l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale*», in attuazione dei principi del "giusto processo" di cui agli artt. 24 e 111 Cost. La disposizione in esame, al comma 1, recita testualmente che «*L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale*».

Siffatta previsione «*tipizza le inderogabili modalità di costituzione in giudizio*»¹ della persona giuridica, consacrando il diritto dell'ente di partecipare al procedimento attraverso il proprio rappresentante legale. Tale soggetto è l'organo, individuato in base alla disciplina contenuta nello statuto o nell'atto costitutivo della persona giuridica, cui spetta la competenza a esternare la volontà dell'ente e a compiere, di concerto con gli organi deliberativi della società, tutte le scelte difensive strategiche. La norma in questione costituisce una attuazione dell'art. 35 del Decreto, in base al quale «*All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili*», in tal modo «*rende[ndo] effettiva la*

¹ GIGLIOLI, MARCO, *Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni amministrative. Profili generali*, in D'AVIRRO, ANTONIO; DI AMATO, ASTOLFO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in DI AMATO, ASTOLFO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2009, X, pagg. 658 e ss.

partecipazione e la difesa della persona giuridica all'interno del suo processo»². Ciò in quanto «la persona giuridica, data la sua struttura impersonale, può esercitare le prerogative compatibili proprie dell'indagato-imputato in quanto vi sia una persona fisica a ciò deputata che agisca per suo conto», pertanto, «accanto al difensore, compare un nuovo rappresentante chiamato a porre in essere gli atti personalissimi e, più, in generale ad esercitare l'autodifesa dell'ente»³.

E difatti, «solo attraverso il proprio legale rappresentante l'ente potrà azionare quel complesso di diritti, facoltà e obblighi che ne presuppongono una articolazione personale»⁴, consentendo di adattare al procedimento de societate quegli istituti tipici del procedimento penale plasmati sull'imputato persona fisica (quali, a titolo esemplificativo, l'interrogatorio, la rinuncia alla prescrizione, l'impugnazione personale avverso le misure cautelari). Nello specifico, «è il rappresentante legale ad essere interrogato per conto dell'ente, con tutti i diritti che sono riconosciuti all'imputato, ivi compresa la facoltà di non rispondere»⁵.

In quest'ottica, la partecipazione dell'ente attraverso una persona fisica che lo rappresenti «realizza nel processo penale de societate una “doppia rappresentanza»⁶, «l'una si sostanzia nella partecipazione diretta della persona giuridica nel procedimento a suo carico, così che possa esservi il pieno esercizio delle prerogative spettanti all'imputato; l'altra attiene alla obbligatorietà della difesa tecnica»⁷.

2. Le incompatibilità del legale rappresentante imputato del reato presupposto.

Il D.Lgs. n. 231/2001 contempla due diverse ipotesi di incompatibilità del legale rappresentante dell'ente che riveste la qualità di imputato del reato presupposto dell'illecito amministrativo di cui è chiamata a rispondere la persona giuridica.

² BELLUTA, HERVE', *Partecipazione e difesa dell'ente nel «suo» processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, in *Le società*, 2010, fasc. 8, pag. 998. Nello stesso senso si è espresso GIARDA, ANGELO, *L'accertamento: disposizioni generali*, in AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Ipsoa, 2007, pag. 92, secondo cui l'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001 «assicura l'estrinsecazione del diritto di difesa, che deve essere garantito nella sua integrale effettività».

³ VARRASO, GIANLUCA, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed “eterointegrazione” giurisprudenziale* (nota a Cass. Pen., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 41398) in *Cassazione Penale*, 2010, fasc. 4, pagg. 1383 e ss.

⁴ BASSI, ALESSANDRA; EPIDENDIO, TOMASO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 532.

⁵ GIARDA, ANGELO, *Societas delinquere potest: o no?*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato* (a cura di CARUTI, GIULIO), Cedam, Padova, 2002, pag. 223.

⁶ BELTRANI, SERGIO, *L'incompatibilità del procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2012, fasc. 2, pag. 250;

⁷ VARRASO, GIANLUCA, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel processo penale*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, pag. 234.

2.1. L'incompatibilità alla partecipazione al procedimento.

L'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001 pone una deroga alla partecipazione dell'ente al procedimento penale attraverso il proprio rappresentante legale qualora «*questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo*».

Il divieto *de quo* è «*destinato ad assicurare la piena fruizione del diritto di difesa da parte del soggetto collettivo*»⁸ ed è funzionale a evitare un evidente e insanabile conflitto di interessi all'interno della stessa struttura organizzativa della persona giuridica, potendo presumersi che le linee difensive dell'ente e del suo rappresentante legale vengano a collidere.

Appare evidente, infatti, che il diritto di difesa della persona giuridica verrebbe totalmente disatteso qualora la rappresentanza nel processo del soggetto fosse affidata a una persona fisica portatrice di interessi in conflitto con quelli dell'ente, da un punto di vista sostanziale e processuale.

Una volta acclarata la *ratio* dell'incompatibilità tra la posizione di imputato e quella di rappresentante legale dell'ente, «*la soluzione per consentire ugualmente all'ente di partecipare al giudizio è indicata dalla relazione governativa nella nomina di un rappresentante per il processo ai sensi dell'art. 39 comma 2*», pertanto, «*nel caso in cui il rappresentante legale rivesta la qualità di imputato, questi dovrebbe dismettere la funzione di rappresentanza per consentire la sua sostituzione con altro soggetto che possa legittimamente partecipare al procedimento penale*»⁹. Tale soluzione può certamente comportare alcune difficoltà applicative, atteso che, nel caso in cui l'ente sia di dimensioni ridotte, potrebbe risultare difficile individuare all'interno della compagine societaria un soggetto dotato di capacità gestionale ed autonomia sufficiente per gestire il processo in modo da tutelare effettivamente gli interessi della persona giuridica.

A fronte di detta interpretazione, maggiormente aderente al dettato dell'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001, è stata prospettata una diversa interpretazione in base alla quale «*l'ente può stare in giudizio a mezzo di un soggetto cui siano conferiti pieni poteri di gestione del rapporto processuale, ammettendo la possibilità di delegare specificamente tali poteri a prescindere dal conferimento della rappresentanza generale dell'ente*»¹⁰.

Vi è, infine, una soluzione di “compromesso”, che fa appello ai principi enucleati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹, secondo cui «*Ai fini della valida attribuzione del potere di rappresentanza processuale da parte del legale rappresentante di una società di capitali ad altro soggetto non è necessaria la*

⁸ MONTANILE, RITA, *La difesa dell'ente imputato*, in *Diritto penale e processo*, 2012, fasc. 9, pag. 1115.

⁹ DI GERONIMO, PAOLO, *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, in *Cassazione Penale*, fasc. 4, 2002, pagg. 1564 e ss.

¹⁰ Op. da ult. cit.

¹¹ Si fa riferimento a Cass. Civ., S.U., 8 maggio 1998, n. 4666.

specificazione aprioristica dei singoli rapporti in relazione ai quali è attribuita la rappresentanza sostanziale, potendosi pervenire alla individuazione dei poteri sostanziali delegati anche per via indiretta e/o in relazione alla natura controversa dei rapporti “de quibus”, ben essendo ipotizzabile un assetto organizzativo che preveda la preposizione institoria di alcuni procuratori speciali ad un coacervo di rapporti costituenti un settore dell'azienda ed aventi la caratteristica comune di essere oggetto di controversia». Di talché nelle società complesse il legale rappresentante ben può nominare procuratori speciali e attribuire ai medesimi i poteri di rappresentanza sostanziale e processuale.

Tanto premesso, appare opportuno evidenziare che la Corte di Cassazione con la sentenza 19 giugno 2009, n. 41398, ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001, rilevando come il limite alla partecipazione dell'ente tramite il proprio rappresentante legale previsto da siffatta disposizione «*non determin[i] né la compromissione del diritto di difesa dell'ente (art. 24 Cost.), né costituisce violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), ovvero del giusto processo (art. 111 Cost.)*» come *ex adverso* sostenuto dal soggetto in quella sede ricorrente.

La Suprema Corte è pervenuta a tale conclusione evidenziando che «*A differenza di altre esperienze giuridiche in cui simili casi di conflitto tra ente rappresentante sono risolti con la nomina di un terzo da parte del giudice, il legislatore italiano ha compiuto una scelta diretta ad evitare forme di invadenza giudiziaria all'interno dell'organizzazione della persona giuridica, rimettendo a quest'ultima ogni decisione al riguardo, nel rispetto della stessa struttura e degli organi del soggetto collettivo*».

I Giudici di legittimità hanno altresì sottolineato come «*da parte del legislatore si sia voluto evitare di imporre all'ente un rappresentante di nomina esterna, sia pure solo per la partecipazione al procedimento penale, e si sia preferita una soluzione che attribuisca 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 amministrativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo*».

Del resto, sempre secondo la sentenza in esame, il divieto per l'ente di partecipare al procedimento attraverso il suo rappresentante legale qualora questi sia imputato del reato presupposto «*comporta per la persona giuridica la possibilità di optare per almeno tre distinte soluzioni, nessuna delle quali in grado di compromettere il diritto di difesa*», e, in particolare, «*nominare un nuovo rappresentante legale oppure nominarne uno con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (procuratore ad litem): in entrambi i casi il soggetto collettivo parteciperà al procedimento instaurato a suo carico previa costituzione nelle forme di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, comma 2, e potrà pienamente difendersi*».

La soluzione individuata dalla pronuncia in parola consiste nella possibilità per l'ente di «*rimanere inerte, cioè di non provvedere ad alcun tipo di sostituzione del rappresentante legale*», con conseguente applicazione, nella fase dell'udienza preliminare e del processo, della disciplina sulla contumacia di cui all'art. 41 del

Decreto (come si dirà *infra* al paragrafo 4) e, nella fase delle indagini preliminari, della disciplina sull'informazione di garanzia di cui agli artt. 369 *bis* c.p.p. e 57 del Decreto (sempre che il Pubblico Ministero debba compiere un atto cui il difensore ha diritto di assistere), e correlativa nomina del difensore di ufficio.

Pertanto, ad avviso della Suprema Corte, il divieto per la società di partecipare al procedimento con il rappresentante legale imputato del reato presupposto opera fin dalla fase delle indagini preliminari, anche alla luce della *ratio* della norma, che è tesa a evitare situazioni di conflitto di interesse tra il soggetto collettivo e la persona che rappresenta l'ente nel procedimento.

Da ultimo, la Corte di Cassazione ha sottolineato che *«il mancato esercizio di tali facoltà rappresenta, in questo caso, una conseguenza determinata dalla opzione della persona giuridica di non essere presente nel procedimento – per non avere provveduto alla sostituzione del rappresentante legale “incompatibile” – e poiché secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’Uomo il diritto di difesa è sempre condizionato alle determinazioni dell’imputato, che può scegliere anche di non partecipare al processo di cui abbia piena conoscenza»*, escludendo, pertanto, la violazione degli artt. 24 e 111 Cost. La pronuncia ha altresì escluso la pretesa violazione dell'art. 3 Cost., non potendo sostenersi che vi sarebbe un “vuoto normativo”, dal momento che il legislatore, come visto, ha *«indirettamente individuato una soluzione che rimette all’ente ogni opzione su come superare il conflitto»*.

Infine, la decisione ha ritenuto che la violazione del divieto di cui all'art. 39, comma 1, D.Lgs. n. 231/2001 rende tutte le attività svolte dal rappresentante legale incompatibile inefficaci. Alla luce di ciò, l'incompatibilità derivante dall'essere imputato per il reato presupposto impedisce, tra l'altro, al *procurator suspectus* di nominare un difensore di fiducia.

A siffatta conclusione, *«si arriva considerando che la nomina di un difensore non è atto neutro e, ancora prima, riconoscendo l'esistenza di una presunzione iuris et de iure (che, in quanto tale, non ammette la prova contraria) circa la causa di incompatibilità in esame, “che non deve essere accertata in concreto”»*¹².

2.2. L'incompatibilità con l'ufficio di testimone.

Ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 231/2001¹³, *«non può essere assunta come testimone (...) la persona che rappresenta l'ente indicata nella*

¹² PUGLISI, ROBERTO, *Processo agli enti: il rappresentante incompatibile non può nominare il difensore* (nota a Cass. Pen., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 41398), in *Cassazione Penale*, 2011, fasc. 1, pag. 245.

¹³ Per completezza, si precisa che l'art. 44, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 231/2001 sancisce il divieto di testimonianza in capo alla persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Qualora tale ruolo spetta al rappresentante legale vi è perfetta sovrapposibilità di tale previsione con quella di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 231/2001, risultando ad esso preclusa sia la rappresentanza processuale, sia la possibilità di testimoniare (cfr. BELLUTA, HERVE', *Partecipazione e difesa dell'ente nel “suo” processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, op. cit.).

dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato».

La norma *de qua* sembrerebbe attribuire carattere eccezionale alle cause di incompatibilità e limitare l'incompatibilità con l'ufficio di testimone a colui che svolgeva la funzione di rappresentante legale dell'ente al momento della commissione del reato.

Difatti, *«la duplice condizione richiesta per potersi avere incompatibilità a testimoniare sembra permettere al rappresentante legale della società - che non cumuli le due qualifiche - una pacifica assunzione della qualità di testimone»*¹⁴.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina, dall'art. 44, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 231/2001 non discenderebbe un obbligo a testimoniare del rappresentante legale della persona giuridica privo di tale qualifica al momento della commissione del reato. Ciò in quanto, *«L'art. 35 parifica l'ente all'imputato; e poiché l'ente può partecipare al processo solo attraverso il suo rappresentante, è giocoforza estendere a quest'ultimo le stesse garanzie del soggetto rappresentato a cominciare dalla facoltà di non rispondere; sarebbe una grave lesione del diritto difesa se, dopo aver riconosciuto all'ente le garanzie dell'imputato, si costringesse a testimoniare chi lo personifica e gli dà voce nel processo»*¹⁵.

Del resto, *«se si dovesse leggere in modo formalistico il dettato normativo, il rappresentante nominato per il processo - che però tale non fosse per la società nel momento di consumazione del reato - potrebbe divenire il principale accusatore dell'ente, essendo obbligato, in qualità di testimone a rispondere e a dire la verità»*¹⁶.

Nessun chiarimento sulla corretta interpretazione dell'art. 44 del Decreto è fornito dalla *«Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231/2001»*.

Ed invero, sul punto, il paragrafo 15.2. della Relazione sembrerebbe fornire una esplicita conferma della possibilità di sentire come testimone il rappresentante legale privo di tale ruolo al momento della commissione del reato. Si legge, infatti, nella Relazione *«la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone»*.

Di contro, il divieto di testimonianza sembrerebbe desumersi dal successivo paragrafo 18, in cui è riportato che *«il rappresentante legale sarà sottoposto ad interrogatorio "per conto dell'ente", con tutte le facoltà e i diritti riconosciuti all'imputato, compresa la facoltà di non rispondere: la parificazione del*

¹⁴ FIDELBO, GIORGIO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti, Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2010, pagg. 489 e ss.

¹⁵ FERRUA, PAOLO, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Diritto penale e processo*, 2016, fasc. 6, pagg. 705 e ss.

¹⁶ In questo senso, DIDDI, ALESSANDRO, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare*, in *Diritto Penale e processo*, 2005, pagg. 1168 e ss.

rappresentante alla figura dell'imputato ha come conseguenza quella dell'applicabilità delle regole previste dall'art. 63 c.p.p.».

La scelta per l'una o l'altra tesi non è scevra di effetti sul piano dell'accertamento, posto che il rappresentante legale dell'ente, attraverso la propria testimonianza, può sicuramente offrire un importante contributo probatorio all'accertamento del fatto. Probabilmente, al fine di evitare la perdita di siffatto contributo, l'art. 44 del Decreto ha limitato l'incompatibilità testimoniale alla sola ipotesi in cui il rappresentante legale del soggetto collettivo rivestiva tale qualifica già al momento della commissione del reato.

Sul punto, «Una soluzione compromissoria, prospettata in dottrina, è quella di applicare con qualche adattamento l'art. 198, comma 2, c.p.p., consentendo al rappresentante di astenersi dal deporre dai fatti dai quali possa emergere una responsabilità dell'ente»¹⁷.

3. La dichiarazione di costituzione.

L'art. 39, comma 2, D.Lgs. n. 231/2001 prevede testualmente che «L'ente che intende partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione». La citata disposizione normativa prescrive, altresì, i requisiti che deve contenere, a pena di inammissibilità, la dichiarazione di costituzione, e segnatamente:

- a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante;
- b) il nome e il cognome del difensore e l'indicazione della procura;
- c) la sottoscrizione del difensore;
- d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

In base al successivo comma 3, la procura deve essere conferita nelle forme disciplinate dall'art. 100, comma 1, c.p.p., che disciplina le modalità di nomina del difensore riservate alle parti private diverse dall'imputato.

Alla luce del richiamo all'art. 100, comma 1, c.p.p., la procura deve essere conferita con atto pubblico o con scrittura privata autentica dal difensore o da altra persona abilitata ai sensi dell'art. 39 disp. att. c.p.p.

In proposito, si specifica che «Il richiamo al solo co. 1° dell'art. 100 c.p.p. ha portato i commentatori ad escludere che la procura speciale possa essere conferita in calce o a margine della dichiarazione di costituzione, dovendosi predisporre un apposito atto separato»¹⁸ e a ritenere non applicabile l'art. 100, comma 3, c.p.p., in base al quale la procura si presume conferita per un solo grado di giudizio, salvo che sia espressa nell'atto una volontà diversa.

Con specifico riguardo al requisito dell'atto di costituzione indicato *sub b)*, si osserva che «Nonostante il richiamo alle forme riservate al responsabile civile e al civilmente obbligato per la pena pecuniaria, per i quali il codice di rito prevede la

¹⁷ FERRUA, PAOLO, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, op. cit.

¹⁸ BELLUTA, HERVE', *Commento all'art. 39*, in PRESUTTI, ADONELLA; BERNASCONI, ALESSANDRO; FIORIO, CARLO, *La responsabilità degli enti - Commento articolo per articolo al D.Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, pag. 373.

possibilità di nominare un solo difensore, si deve credere che l'ente-imputato abbia facoltà di nominare sino a due difensori (art. 96 co. 1° c.p.p.), al pari dell'imputato nel processo penale»¹⁹.

Proseguendo nell'esame della disposizione di cui all'art. 39, comma 3, D.Lgs. n. 231/2001, si precisa che la procura deve essere depositata nella segreteria del pubblico ministero o nella cancelleria del giudice procedente ovvero deve essere presentata in udienza unitamente alla dichiarazione di costituzione.

Dalla possibilità di depositare la procura nella segreteria del pubblico ministero si evince che *«l'ente può scegliere di presenziare sin dalla fase delle indagini preliminari al fine di partecipare a quegli atti per i quali è consentita o necessariamente richiesta la presenza dell'imputato»²⁰.*

Del resto, la facoltà dell'ente di partecipare anche alla fase procedimentale si deduce anche da altri riferimenti normativi e, in particolare, dal rinvio operato dall'art. 35 D.Lgs. n. 231/2001 alla disciplina dell'imputato, che, a sua volta, comporta l'applicabilità dell'art. 61 c.p.p., in base al quale l'indagato gode delle medesime garanzie e dei medesimi diritti riconosciuti all'imputato, con la conseguenza che la persona giuridica potrà far valere nella fase procedimentale le stesse garanzie e gli stessi diritti riconosciuti all'indagato-persona fisica.

Viepiù che l'art. 57 D.Lgs. n. 231/2001 impone che l'informazione di garanzia destinata all'ente deve contenere l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di costituzione di cui all'art. 39, comma 2, del medesimo Decreto.

Qualora l'ente non provveda alla nomina del difensore di fiducia ovvero nell'ipotesi in cui ne sia rimasto privo, in base all'art. 40 del Decreto, viene nominato un difensore di ufficio.

Al riguardo, si rileva che *«essendo prevista a pena di inammissibilità l'indicazione del difensore di fiducia nella dichiarazione di costituzione, è di tutta evidenza che la nomina del difensore d'ufficio non può certo riferirsi all'ente regolarmente costituito in giudizio»²¹.*

4. La contumacia (*rectius* l'assenza).

L'art. 41 D.Lgs. n. 231/2001, rubricato *«Contumacia dell'ente»*, recita: *«L'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace»*.

Tale ipotesi si distingue nettamente da quella disciplinata dall'art. 39, comma 4, del Decreto²², che riguarda l'assenza del rappresentante legale o *ad processum* della persona giuridica costituitasi.

¹⁹ BELLUTA, HERVE', *Commento all'art. 39*, op. da ult. cit., pag. 373.

²⁰ DI GERONIMO, PAOLO, *Aspetti processuali del d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per fatti costituenti reato: prime riflessioni*, op. cit.

²¹ Op. da ult. cit.

²² L'art. 39, comma 4, D.Lgs. n. 231/2001 recita: *«Quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito è rappresentato dal difensore»*.

In proposito, la «*Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231/2001*» evidenzia che «*il modo in cui l'ente è presente nel processo si differenzia dalla analoga situazione prevista per l'imputato: infatti, qualora il rappresentante legale dell'ente regolarmente costituito non sia presente non si verifica né una ipotesi di contumacia, né di assenza ma l'art. 39 comma 4 prevede che l'ente sia rappresentato dal difensore*».

Tale impostazione, secondo quanto indicato nella «*Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231/2001*», propone «*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*», atteso che la «*contumacia si avrà per l'ente solo in mancanza della costituzione*».

La disciplina dettata dall'art. 41 D.Lgs. n. 231/2001 risulta priva di coordinamento con le novità legislative di cui alla Legge 28 aprile 2014, n. 67, che ha modificato gli artt. 420 *bis*, 420 *quater* e 420 *quinquies* c.p.p., abrogando l'istituto della “contumacia” e introducendo l'istituto dell’“assenza”. Ciò in quanto l'art. 41 del Decreto continua a ricollegare alla mancata costituzione dell'ente *ex art. 39* del Decreto la declaratoria di contumacia dell'ente medesimo.

Secondo alcuni autori²³, la disposizione in parola sarebbe da considerarsi tacitamente abrogata a seguito della riforma del 2014.

E difatti, se «*E' indubbio che in base al noto brocardo lex posterior generalis non derogat priori speciali una legge speciale non può essere abrogata tacitamente da una legge generale successiva*», è anche vero che «*Questa regola, però, non è assoluta: il criterio della specialità prevale su quello della posteriorità solo se la dissonanza tra diritto generale e diritto speciale non sia tale da “turbare in profondità l'armonia del sistema, ossia [...] tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la legge speciale anteriore e quella generale successiva”*»²⁴.

In quest'ottica, stante l'assoluta incompatibilità dell'art. 41 del Decreto con gli artt. 420 *bis*, 420 *quater* e 420 *quinquies* c.p.p. nella loro nuova formulazione, dovrebbe essere effettuata una lettura sistematica dell'art. 34 del Decreto e, conseguentemente, dovrebbe trovare applicazione la disciplina generale dettata dal codice di rito.

Non mancano, tuttavia, alcune difficoltà applicative.

Ed invero, si deve «*escludere la compatibilità con il capo III del d.lgs. n. 231 del 2001 dell'art. 420 bis comma 1 c.p.p.: l'espressa rinuncia ad assistere all'udienza personalmente, alla quale tale disposizione correla l'assenza e che non può, pertanto, ricavarsi per facta concludentia, riguarda solo la persona fisica, dovendo*

²³ GARUTI, GIULIO, *Processo agli enti*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, Torino, 2014, pag. 585; nello stesso senso anche MARCOLINI, STEFANO, *I presupposti del giudizio in assenza*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato* (a cura di VIGONI, DANIELA), Torino, 2014, pag. 163.

²⁴ VARRASO, GIANLUCA, *L'abrogazione di “diritto” e di “fatto” della contumacia dell'ente nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, fasc. 3.

come detto l'ente per partecipare personalmente e manifestare la propria volontà costituirsi, con il conseguente rinvio all'art. 39 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001»²⁵. Parimenti, «Non pare applicabile, per lo meno nella sua interezza, la disciplina della sospensione del processo per assenza dell'imputato contenuta negli artt. 420 quater e 420 quinquies c.p.p. nel caso in cui sia impossibile procedere alla notificazione all'ente. Prevalgono, infatti, ai sensi dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001 le regole specifiche contenute nell'art. 43, comma 4, d. lgs. n. 231 del 2001, in base al quale, se non si riescono ad eseguire le notificazioni secondo i dicta della medesima norma, l'autorità giudiziaria procedente dispone nuove ricerche. Qualora le ricerche non diano esito positivo, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento nei confronti dell'ente»²⁶.

Di contro, è «applicabile l'art. 420 bis comma 2 c.p.p., per lo meno laddove si riferisce ad indici presuntivi di conoscenza del processo compatibili con le disposizioni di cui agli artt. 39 e 40 d. lgs. n. 231 del 2001»²⁷. Pertanto, l'ente sarà dichiarato "assente" allorché non abbia depositato un formale atto di costituzione ai sensi dell'art. 39 del Decreto e risulta che abbia avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico.

A norma dell'art. 420 bis, comma 4, c.p.p. (che trova, dunque, integrale applicazione), l'ordinanza di assenza sarà revoca ove, prima della decisione nella fase dell'udienza preliminare o del successivo dibattimento, la persona giuridica si costituisca.

5. Costituzione dell'ente e difesa tecnica.

Ad avviso di alcuni autori, «La costituzione dell'ente, come ribadito dall'art. 57, è da intendersi come un onere al limitatio fine di esercitare il proprio diritto all'autodifesa fin dalla fase preliminare»²⁸ e non per «l'esercizio del diritto di difesa nella sua ampia latitudine»²⁹.

In altri termini, «la costituzione dell'ente deve reputarsi funzionale non all'esercizio del diritto di difesa, bensì dell'autodifesa: la presenza "fisica" dell'imputato sulla scena processuale gli assicura sia il possibile ruolo di fonte di prova, sia l'esperibilità degli atti personalissimi come tali non rientranti tra i poteri del difensore»³⁰.

²⁵ DI GERONIMO, PAOLO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, fasc. 1, pag. 33.

²⁶ VARRASO, GIANLUCA, *L'abrogazione di "diritto" e di "fatto" della contumacia dell'ente nel d. lgs. n. 231 del 2001*, op. cit.

²⁷ DI GERONIMO, PAOLO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, op. cit.

²⁸ FIDELBO, GIORGIO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, (a cura di LATTANZI, GIORGIO), Giuffrè Editore, Milano, 2010, pag. 422.

²⁹ IELO, PAOLO, *sub artt. 34-72*, pag. 2362.

³⁰ BELLUTA, HERVE', *Partecipazione e difesa dell'ente nel «suo» processo: primi (parziali) approdi interpretativi*, op. cit.

Tuttavia, la disposizione di cui all'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001 «*lascia spazio al dubbio se la dichiarazione di costituzione sia da considerare un atto imprescindibile per l'esercizio di qualunque diritto previsto per la difesa dell'ente ovvero un adempimento necessario per le sole attività subordinate alla presenza dell'imputato, intendendo la partecipazione come intervento personale nel processo, attraverso, ovviamente, il legale rappresentante*»³¹.

Sul punto, si è registrato un contrasto giurisprudenziale.

5.1. I contrapposti orientamenti giurisprudenziali sviluppati in materia.

Secondo un primo orientamento, «*l'esercizio del diritto di difesa da parte della persona giuridica non è subordinato all'atto formale di costituzione posto in essere a norma del citato art. 39*», pertanto, «*l'ente, non appena venuto a conoscenza della instaurazione di un procedimento a proprio carico, non solo ha facoltà di nominare nei modi previsti dall'art. 96 c.p.p., alla stessa stregua di ogni altra persona sottoposta alle indagini o imputata, un difensore di fiducia, ma gode ovviamente del diritto di fruire della assistenza difensiva (ivi comprese le facoltà che il nostro codice riconosce al difensore) indipendentemente dall'atto formale di costituzione posto in essere a norma dell'art. 39*» (in questo senso Cass. Pen., Sez. VI, 5 novembre 2017, n. 43642).

Questa soluzione si fonda, in primo luogo, su un'interpretazione restrittiva dell'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001, che detterebbe una disciplina, «*riguardante le modalità di intervento dell'ente nel procedimento*» e «*funzionale ad individuare il soggetto deputato a manifestare la volontà del soggetto collettivo*», che «*non trova alcuna applicazione al di fuori di tali limitate previsioni*» (cfr. sentenza cit.; negli stessi termini si è pronunciata anche Cass. Pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627).

A corroborare detto assunto vi sarebbero, secondo l'arresto giurisprudenziale in esame, «*gli art. 34 e 35 del D.Lgs. 231/01, in base ai quali nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, in quanto compatibili, quelle relative all'imputato*», da cui discenderebbe «*l'applicabilità nei confronti dell'ente degli articoli 257 e 324 c.p.p., in base ai quali viene riconosciuta la titolarità di proporre riesame anche al difensore privo di procura speciale e, dunque, nominato ai sensi dell'art. 96 c.p.p.*»³².

Un ulteriore elemento a conforto di tale ricostruzione sarebbe da individuare nell'art. 52 D.Lgs. n. 231/2001, secondo cui l'appello avverso i provvedimenti in materia di misure cautelari può essere proposto dall'ente «*per mezzo del suo difensore*». Ciò in quanto «*La specificazione "per mezzo del suo difensore", in luogo di "per mezzo del proprio rappresentante legale", evidenzia che l'impugnazione della misura cautelare non è subordinata alla manifestazione di volontà da parte dell'ente di*

³¹ ROCCHI, DANIELA, *Partecipazione dell'ente nel processo un difficile equilibrio tra esigenze difensive e formalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pag. 2.

³² Op. da ult. cit.

partecipare al giudizio ed alla conseguente costituzione nel giudizio stesso a norma dell'art. 39» del medesimo Decreto (cfr. sentenza n. 43642/2007 cit.).

Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Cassazione con la sentenza in parola ha ritenuto ammissibile la richiesta di riesame presentata dal difensore regolarmente nominato dalla persona giuridica, senza che fosse intervenuto un atto formale di costituzione dell'ente ai sensi dell'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001.

L'indirizzo giurisprudenziale contrapposto (si veda Cass. Pen., Sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689) *«fa discendere l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento dall'atto formale di costituzione a norma dell'art. 39, d.lgs. n. 231/20001 e del conferimento della procura speciale disciplinata dall'art. 100 c.p.p.»*³³.

Questa posizione muove dal presupposto che *«l'ente non può comparire nel procedimento se non mediante una persona fisica che lo rappresenti e, qualora questa ultima sia anch'essa incriminata per gli stessi fatti per i quali si procede a carico dell'ente, la legittimazione del rappresentante legale viene meno per il realizzarsi di un conflitto di interesse»*, che *«non può che riguardare, e forse in termini preminenti, anche la fase delle indagini e non soltanto quella tipicamente processuale»* (cfr. sentenza n. 15689/2008 cit.).

La sentenza afferma, inoltre, che le *«formalità per la regolare costituzione dell'ente, e in particolare [la] nomina del difensore ex art. 100 c.p.p. (...) devono essere applicate anche nella fase delle indagini, in quanto l'art. 39, comma 2, legge cit. fa riferimento all'intero procedimento disciplinato nel capo 3, del D.Lgs. n. 231 del 2001 il quale ricomprende le indagini preliminari, l'udienza preliminare e il giudizio»*.

Con la conseguenza che, con la pronuncia in parola, è stato rigettato il ricorso con cui è stata impugnata una ordinanza con la quale era stata dichiarata inammissibile la richiesta di riesame presentata, avverso un decreto di sequestro probatorio, dal difensore nominato dal legale rappresentante di un ente indagato per gli stessi fatti per i quali è chiamata a rispondere la persona giuridica, in assenza della previa costituzione dell'ente.

Tale regola incontra una deroga nell'ipotesi in cui l'esercizio del diritto di difesa avvenga a opera del difensore nominato di ufficio, che *«può esercitare tutte le prerogative difensive a favore dell'ente, ad eccezione di quelle rientranti nella categoria degli atti c.d. personalissimi»*, di talché *«spetterà al difensore d'ufficio proporre impugnazione avverso i provvedimenti cautelari reali ovvero partecipare all'udienza prevista dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 47, comma 2»* (si veda Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748).

³³ MAGGIO, PAOLA, *E' ammissibile la richiesta di riesame proposta dal difensore avverso il decreto di sequestro preventivo ai danni dell'ente non formalmente costituito* (nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28.7.2015, n. 33041), *Sezioni Unite*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, fasc. 6, pag. 27.

La soluzione accolta nella pronuncia n. 15689/2008 è stata più di recente ripresa dalla Seconda Sezione della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 52748 del 9 dicembre 2014.

Nel corpo di tale ultima sentenza è precisato che l'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001 prevede due fasi "autonome" anche se "complementari" l'una all'altra: l'atto di costituzione in giudizio con cui l'ente dichiara di voler partecipare al giudizio e il conferimento della procura speciale al difensore per sottoscrivere la dichiarazione di costituzione e costituirsi nel procedimento. In quest'ottica la norma in questione *«così come strutturata, prevede quindi una formalizzazione della partecipazione che richiama i modi di partecipazione al processo delle altre parti private, piuttosto che dell'imputato e non ammette equipollenti in quanto mentre gli imputati persone fisiche possono determinare conseguenze processuali scegliendo di partecipare "fisicamente" al processo ovvero di rimanervi contumaci od assenti, ciò all'evidenza non è possibile per un ente per il quale non essendo ipotizzabile una presenza "fisica" ai vari momenti del processo lo stesso non potrà che concretizzare tale presenza ed esplicitare la propria volontà in tal senso se non attraverso un atto formale quale quello della costituzione di cui all'art. 39 citato»*.

Del resto, la Corte di Cassazione nella pronuncia sopra richiamata ha statuito che, *«come è stato evidenziato anche nella Relazione Ministeriale al D.Lgs. n. 231 del 2001, il modo in cui l'ente è presente nel processo si differenzia dall'analoga situazione prevista per l'imputato: infatti, qualora il rappresentante legale dell'ente regolarmente costituito non sia presente non si verifica un'ipotesi di contumacia, né di assenza, ma l'art. 39 prevede che l'ente sia rappresentato dal difensore»*.

In altri termini, *«la presenza fisica o meno all'udienza del legale rappresentante dell'ente non equivale alla presenza dell'ente, tanto è vero che il D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 41 ricollega la dichiarazione di contumacia non alla mancata presenza del legale rappresentante ma solo al caso di mancanza dell'atto di costituzione di cui al precedente art. 39»*. Di contro, *«non si potrà sostenere che se il legale rappresentante dell'ente avendo proceduto ad una nomina di un difensore di fiducia il quale si è poi attivato per sostenere la posizione dell'ente in una qualsivoglia fase del procedimento o del processo (ad es. formalizzando un'impugnazione) per ciò solo ha posto in essere un'attività espressione della volontà di "costituirsi" nel processo al fine di parteciparvi attivamente»*.

Secondo tale impostazione *«Costituzione e conferimento della procura speciale ai sensi dell'art. 100 c.p.p. non son funzionali alla sola attribuzione del mandato difensivo: in particolare, la procura attribuisce al difensore tra l'altro il potere di sottoscrivere e di depositare l'atto di costituzione, il quale, a sua volta, contiene la dichiarazione o l'elezione di domicilio, che non potrebbe, in caso contrario, essere compiuta dal difensore sprovvisto della predetta procura»³⁴*. Pertanto, al fine di

³⁴ VARRASO, GIANLUCA, *Il "compromesso" delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento "de societate"* (Nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28.7.2015, n. 33041), in *Cassazione Penale*, 2016, fasc. 1, pag. 75.

partecipare attivamente al procedimento, la persona giuridica dovrà previamente costituirsi secondo le modalità di cui all'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001, nominando un difensore di fiducia, che poi potrà esercitare i poteri allo stesso conferiti con la procura speciale.

Di contro, qualora l'ente decida di non costituirsi nel giudizio e di non nominare un difensore di fiducia, sarà assistito dal difensore di ufficio, con indubbie ricadute sulla pienezza delle facoltà difensive dell'ente medesimo.

Tuttavia, una deroga a tale impostazione è rappresentata dalla sentenza n. 41398 del 19 giugno 2015, con la quale la Corte di Cassazione ha concluso nel senso che *«gli eventuali atti posti in essere dal legale rappresentante che si trovi in situazione di incompatibilità rispetto all'ente devono reputarsi inefficaci»*, ivi compresa *«la nomina del difensore di fiducia per l'ente in quanto realizzata da persona non legittimata “ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda”»*.

5.2. Il recente intervento delle Sezioni Unite.

L'esigenza di risolvere il contrasto giurisprudenziale sopra esposto, relativo alla sufficienza di una nomina difensiva ex art. 96 c.p.p. per proporre la richiesta di riesame avverso un decreto di sequestro, ha indotto la Seconda Sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza del 13 gennaio 2015, a rimettere alle Sezioni Unite la questione *«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 dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001»*.

Tale questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 33041 del 28 maggio 2015, depositata in data 28 luglio 2015.

Con la citata pronuncia, il Supremo Consesso ha statuito che nessuna delle due principali tesi sopra menzionate consente da sola di delineare un quadro ricostruttivo della materia, che possa considerarsi interamente coerente con la disciplina dettata dal codice di procedura penale.

Più nel dettaglio, non è stato ritenuto condivisibile l'orientamento secondo cui *«sussisterebbe un “diritto incondizionato” dell'ente indagato alla nomina di un difensore di fiducia a prescindere dalla costituzione nel procedimento, perché tale tesi oblitera completamente la disciplina contenuta nell'art. 39 [D.Lgs. n. 231/2001] e non considera che, questa essendo la norma cardine che individua la modalità di partecipazione dell'ente nel procedimento, le generali previsioni del codice di procedura penale (applicabili nei limiti della compatibilità con la specifica disciplina dettata nel d.lg. n. 231) debbono necessariamente coordinarsi con essa, e*

non possono invece dettare una disciplina del tutto difforme da quella specificamente prevista nel d.lg. n. 231»³⁵.

Parimenti, non è stata ritenuta condivisibile la contrapposta opzione ermeneutica che «*esclude, in ogni situazione processuale, la validità della nomina effettuata dal legale prima della formalizzazione della costituzione*», atteso che «*essa non risolve la questione relativa alle modalità attraverso le quali 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 propria, a volte non secondaria, attività professionale, possa in concreto esercitare tale diritto, che - ricorda la sentenza - «rimanda direttamente ad una tutela che la Costituzione (art. 24) vuole inviolabile»»³⁶.*

Al fine di risolvere il contrasto giurisprudenziale sopra illustrato, le Sezioni Unite hanno preso le mosse da una analisi dettagliata dell'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001, che viene testualmente definito il “*primum movens*”, tanto per il suo inequivocabile tenore letterale, quanto per la centralità che il legislatore ha attribuito a tale disposizione normativa nel dettare la disciplina della “*rappresentanza dell'ente*”.

L'ente, «*data la sua struttura impersonale, può esercitare le prerogative compatibili proprie dell'indagato-imputato, in quanto vi sia una persona fisica a ciò deputata che agisca per suo conto*», in tal modo, «*accanto al difensore, compare un nuovo rappresentante chiamato a porre in essere gli atti personalissimi e, più in generale, ad esercitare l'autodifesa dell'ente, ossia come si esprimono le Sezioni unite, «un rappresentante legale - “non necessariamente corrispondente a quello di immedesimazione organica” -, come quello prescelto, nell'ambito della materia che ci occupa, per dare visibilità concreta ad un soggetto altrimenti non dotato della fisicità propria dell'imputato-indagato»»³⁷.*

La partecipazione personale, ad avviso del Supremo Consesso, è legata, in modo inscindibile, al deposito nella cancelleria dell'autorità giudiziaria che procede, di una dichiarazione scritta che deve contenere i medesimi requisiti richiesti dall'art. 84 c.p.p. per l'atto di intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria. Tuttavia, la possibilità di assimilare la posizione dell'ente a quella delle altre parti private non può essere enfatizzata, giacché queste ultime sono parti meramente “*eventuali*” nell'ambito del procedimento penale, mentre, la persona giuridica è una parte “*necessaria*”.

Alla luce di tali considerazioni, in base alla ricostruzione fatta propria dalla citata sentenza n. 33041 del 28 luglio 2015, lo “*statuto*” delineato affinché l'ente possa

³⁵ GALLUCCI, ENRICO, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La Suprema Corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente*, in *Cassazione Penale*, 2016, pag. 69.

³⁶ Op. da ult. cit., pag. 69.

³⁷ VARRASO, GIANLUCA, *Il “compromesso” delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente “incolpato” nel procedimento “de societate”* (Nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28.7.2015, n. 33041), op. cit.

attivare nel procedimento le facoltà che gli spettano onera l'ente stesso di una procedura più complessa, sul piano organizzativo, della semplice nomina del difensore di fiducia; d'altro canto, in mancanza di tali adempimenti, la persona giuridica si trova in una situazione che riecheggia solo in parte quella delle altre parti private, le quali - in ragione della loro presenza meramente eventuale e a tutela di interessi privati - hanno nella costituzione l'unica veste per potere intervenire nell'ambito del procedimento.

Fatta questa doverosa premessa, le Sezioni Unite hanno evidenziato *«un deficit operativo da parte dell'ente qualora debba fare fronte all'attività investigativa del pubblico ministero, che risulta caratterizzata perlopiù da rapidità e sorpresa: insomma, ogniqualvolta il rappresentante dell'accusa ponga in essere i c.d. "atti a sorpresa"»*³⁸ per l'ente diventa difficile intervenire nel processo mediante il meccanismo di costituzione, appena esaminato, previsto dall'art. 39, D.Lgs. n. 231/2001»³⁹. E difatti, la decisione dell'ente di costituirsi nell'ambito del procedimento penale può essere subordinata, in ragione delle dimensioni e della configurazione della persona giuridica medesima, all'attivazione di organi consiliari e alla espressione di volontà collegiali che richiedono tempi tecnici sicuramente apprezzabili.

Tale ricostruzione incontra, però, secondo l'impostazione accolta dal Supremo Consesso un limite oggettivo, riguardante il compimento dei c.d. atti personalissimi, comunque sottratti al difensore in quanto tale, oltre che *«un limite di natura cronologica, ricavabile dall'art. 57, D.Lgs. n. 231/2001 laddove, nel disciplinare l'informazione di garanzia, prevede, tra le altre cose, "l'avvertimento [all'ente] che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2"»* e, in questo senso *«a prescindere dal momento in cui venga inviata, l'informazione di garanzia svolge la funzione di allertare l'ente circa il fatto che esso non si trova più in una situazione di imprevedibilità e urgenza ritenuta incompatibile con i tempi della costituzione nel procedimento»*⁴⁰.

³⁸ Gli "atti a sorpresa" espressamente considerati dalle Sezioni Unite sono quelli di seguito indicati: le «*perquisizioni*» di cui all'art. 352 c.p.p., l'«*Acquisizione di plichi o di corrispondenza*» di cui all'art. 353 c.p.p., gli «*Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro*» di cui all'art. 354 c.p.p., tutte attività compiute di iniziativa dalla Polizia Giudiziaria, in relazione alle quali è previsto dal successivo art. 356 c.p.p. la facoltà per il difensore di assistere; le sommarie informazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini alla Polizia Giudiziaria, con l'assistenza obbligatoria del difensore ai sensi dell'art. 350 c.p.p.; nonché le perquisizione e i sequestri compiuti dal Pubblico Ministero, per i quali il difensore ha la facoltà di assistere *ex art.* 365 c.p.p., così come la notifica al difensore dell'avviso di deposito (con facoltà per il difensore di estrarne copia ai sensi dell'art. 366 c.p.p.), nella segreteria del Magistrato Inquirente, dei verbali degli atti compiuti dal Pubblico Ministero e dalla Polizia Giudiziaria cui il difensore medesimo ha la facoltà di assistere.

³⁹ GARUTI, GIULIO, *Responsabilità amministrativa degli enti - Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari* (Nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28.7.2015, n. 33041), in *Giurisprudenza italiana*, 2015, fasc. 11, pagg. 2496 e ss.

⁴⁰ Op. da ult. cit.

In quest'ottica, nella ricostruzione accolta dalla sentenza in esame, l'informazione di garanzia di cui all'art. 57 D.Lgs. n. 231/2001 rende *«tracciabile 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.lg. cit., il quale torna così a presidiare con le proprie regole l'incedere della fase»*.

In definitiva, con l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite resta delineata *«la figura di un difensore di fiducia che, seppure regolarmente officiato (...) dal legale rappresentante dell'ente, conserva appieno tutte le facoltà connesse con il mandato, solo prima della costituzione dell'ente, per l'espletamento dei diritti correlati alle attività della parte pubblica che si presentino col carattere della imprevedibilità e della urgenza»*. In tale evenienza, *«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»*.

Al contrario, sempre secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite, *«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»*.

Sulla base di siffatte considerazioni, il Supremo Consesso ha affermato il seguente principio di diritto *«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 del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, art. 39, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57, del d.lg. medesimo»*.

Inoltre, le Sezioni Unite hanno affrontato il tema della legittimazione a nominare un difensore di fiducia per l'ente da parte del legale rappresentante della persona giuridica che sia indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, anche a prescindere dall'avvenuto deposito dell'atto di costituzione. In proposito, la sentenza in esame ha statuito che qualora il rappresentante legale che versi nella situazione di incompatibilità di cui all'art. 39, comma 1, D.Lgs. n. 231/2001 proceda alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, ci troveremo di fronte a *«un atto sospettato - per definizione legislativa - di essere produttivo di effetti potenzialmente dannosi sul piano delle scelte strategiche della difesa dell'ente che potrebbero trovarsi in rotta di collisione con divergenti strategie della difesa del legale rappresentante indagato»*.

Sempre secondo la sentenza in esame *«Il giudice investito dell'atto propulsivo della difesa così officiata non potrebbe esimersi dal sindacare tale condizione sotto il profilo della ammissibilità dell'atto»*.

La pronuncia in commento ha, poi, espressamente analizzato, confutando, le obiezioni mosse a tale genere di sindacato che si fondano sulla disposizione di cui all'art. 106 c.p.p. che non prevede, per l'ipotesi di incompatibilità del difensore, la sua immediata decadenza⁴¹.

Al riguardo, è stato, infatti, evidenziato come, nel caso che ci occupa, *«l'incompatibilità per conflitto di interesse non riguarda il difensore nominato, ma il soggetto che effettua la nomina»*. In tale ultima evenienza, il giudice si limita a qualificare l'incompatibilità in virtù della presunzione assoluta prevista dal legislatore con il richiamato art. 39 D.Lgs. n. 231/2001.

Proprio per tale ragione, la nomina da parte di un soggetto non abilitato non può considerarsi valida neppure in presenza di quelle ragioni di urgenza che sono state, invece, ritenute, dalla stessa Corte di Cassazione, idonee per la nomina del difensore di fiducia in assenza della previa costituzione dell'ente nell'ambito del procedimento.

Alla luce di tali argomentazioni, le Sezioni Unite hanno affermato anche i principi di diritto di seguito indicati: *«il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dal d.lg. n. 231 del 2001, art. 39»*, con la conseguenza che *«E' inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a), la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia imputato o indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo»*.

6. Gli aspetti critici dell'arresto delle Sezioni Unite e gli sviluppi giurisprudenziali successivi.

In conclusione, la decisione delle Sezioni Unite ha tracciato *«una terza via rispetto alle tesi emerse nel contrasto della giurisprudenza di legittimità: nell'abbracciare la ricostruzione più restrittiva, secondo cui in assenza della dichiarazione di costituzione il difensore di fiducia nominato dall'ente non può ritenersi legittimato a compiere alcuna attività in favore della persona giuridica, introduce correttivi per evitare che in certe situazioni, considerate imprevedibili e nelle quali può ritenersi urgente la risposta difensiva, sia pregiudicata la pienezza della partecipazione e*

⁴¹ L'art. 106, comma 1, c.p.p. prescrive che la difesa di più imputati può essere assunta da un unico difensore, salvo che le diverse posizioni non siano tra loro compatibili. I successivi commi 2 e 3 della citata disposizione normativa statuiscono che *«L'autorità giudiziaria, se rileva una situazione di incompatibilità, la indica e ne espone i motivi, fissando un termine per rimuoverla»* e che *«Qualora l'incompatibilità non sia rimossa, il giudice la dichiara con ordinanza provvedendo alle necessarie sostituzioni a norma dell'art. 97»* c.p.p., vale a dire attraverso la nomina di un difensore d'ufficio.

della difesa dell'ente», ancorché «Con il limite della preventiva notifica dell'informazione di garanzia che, invece, sarebbe idonea a eliminare quei caratteri di imprevedibilità e di urgenza i quali, unicamente, possono giustificare la deroga alla disciplina dell'art. 39 D.Lgs. 231/01»⁴².

Secondo alcuni autori, detta decisione desterebbe alcune perplessità nella parte in cui sancisce l'inammissibilità delle iniziative difensive assunte in assenza della previa costituzione, salvo che l'ente effettivamente non fosse nelle condizioni di poter rispettare tempestivamente la formalità richiesta. Ciò in quanto, «le Sezioni Unite si preoccupano di non imputare le conseguenze della mancata osservanza delle forme previste dalle legge, quando si versi in una situazione in cui sarebbe impossibile rispettarle», in quest'ottica «L'onere della società, dunque, non sarebbe tanto quello di assicurare sempre il rispetto delle modalità previste dall'art. 39 D.Lgs. 231/01, quanto quello di dimostrare l'impossibilità di rispettarle»⁴³.

Sotto altro profilo, la decisione in parola susciterebbe perplessità in quanto «non prende in esame il caso in cui con la successiva dichiarazione di costituzione l'ente decida di nominare un altro difensore revocando il precedente» difensore che, nell'ipotesi di urgenza, aveva posto in essere attività difensiva nell'interesse dell'ente in assenza della preventiva costituzione.

Orbene, «Dal tenore del citato passo della sentenza sembra doversi implicitamente desumere l'invalidità di quanto sino ad allora compiuto dal difensore non confermato dalla società»⁴⁴.

Il ragionamento seguito dal Supremo Consesso ha destato altresì perplessità in relazione all'attuazione concreta del diritto di difesa nella fase delle indagini preliminari.

Sul punto, è stato evidenziato come «attribuire all'informazione di garanzia un ruolo decisivo circa un profilo fondamentale dell'assistenza difensiva - ovvero la scelta del difensore - non faccia altro che consegnare al pubblico ministero un potere discrezionale ed esorbitante rispetto alle proprie prerogative»⁴⁵.

Infine, con riferimento al profilo del difetto di legittimazione da parte del legale rappresentante della persona giuridica che sia contemporaneamente indagato o imputato del reato presupposto è stato riconosciuto come «il legislatore [abbia] fatto soccombere ragionevolmente le esigenze dell'urgenza legate al compimento di atti processuali, preferendo manifestare il sospetto che la nomina possa essere il frutto di una scelta «strategica» inquinata del rappresentante, sollecitando, al contempo,

⁴² ROCCHI, DANIELA, *Partecipazione dell'ente nel processo un difficile equilibrio tra esigenze difensive e formalità*, op. cit.

⁴³ Op. da ult. cit., pag. 8.

⁴⁴ *Ibidem*, pag. 9.

⁴⁵ GARRUTI, GIULIO, *Responsabilità amministrativa degli enti - Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari* (Nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28.7.2015, n. 33041), op. cit.

lo stesso ente a rivedere la catena dei rapporti di rappresentanza dei quali questi intenda avvalersi»⁴⁶.

Da ultimo, appare doveroso precisare che la giurisprudenza successiva si è uniformata ai principi sopra illustrati affermati dalle Sezioni Unite con la nota sentenza n. 33041 del 28 luglio 2015.

In particolare, la Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 51654 del 13 ottobre 2017, depositata il 13 novembre 2017, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso un provvedimento del Tribunale del Riesame di Messina (che aveva confermato un decreto di sequestro preventivo emesso dal Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto) da un difensore nominato per l'ente dal legale rappresentante del predetto ente contestualmente indagato per il reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

Merita di essere richiamato, inoltre, il caso di un ente che si era regolarmente costituito in giudizio ai sensi dell'art. 39 D.Lgs. n. 231/2001, ancorché non gli fosse stata notificata l'informazione di garanzia di cui all'art. 57 del medesimo Decreto, e, successivamente, ha conferito mandato, ex art. 96 c.p.p., ad altro legale di impugnare il decreto di sequestro preventivo. La Corte di Cassazione, Sezione II Penale, con la sentenza n. 2655 del 16 settembre 2016, depositata il 19 gennaio 2017, ha ritenuto corretta la decisione con cui il Tribunale del Riesame di Lecce aveva stabilito che l'avvenuta "spontanea" costituzione della persona giuridica consente di ritenere superata la fase circoscritta dal menzionato art. 57, considerata (dalla sentenza n. 33041/2015) il momento decisivo ai fini della valutazione della legittimità degli atti compiuti dal difensore dell'ente.

E ciò alla luce del rilievo che *«Il Supremo Collegio ha subordinato l'ammissibilità della richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo, presentata ai sensi dell'art. 324 c.p.p. dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'Ente secondo il disposto dell'art. 96 c.p.p. a due diverse ed alternative condizioni: a) assenza di un previo atto formale di costituzione a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39; b) precedentemente o contestualmente all'esecuzione del sequestro non sia stata comunicata l'informazione di garanzia prevista dall'art. 57 D.Lgs. medesimo»* e che *«Nel caso in esame è pacifico ed incontestato che prima dell'esecuzione del sequestro preventivo la società si è costituita in giudizio ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, sicchè ricorre la ipotesi sub. a) con il conseguente onere per la parte ricorrente del rispetto della suddetta norma, alla quale nel caso in esame, non è stato dato ossequio»*.

La rilevanza dell'informazione di garanzia sulla base dei principi espressi dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 33041/2015 è stata rilevata anche dal Giudice per l'Udienza Preliminare del Tribunale di Roma (Dott. Ezio Damizia), che, con

⁴⁶ MAGGIO, PAOLA, *E' ammissibile la richiesta di riesame proposta dal difensore avverso il decreto di sequestro preventivo ai danni dell'ente non formalmente costituito* (Nota a Cass. Pen., Sez. Un., 28.7.2015, n. 33041), *Sezioni Unite*, op. cit.

ordinanza del 21 aprile 2017, ha dichiarato la nullità della richiesta di rinvio a giudizio formulata dalla competente Procura della Repubblica per mancanza della notifica dell'informazione di garanzia e, per l'effetto, ha disposto, per la posizione della persona giuridica, la restituzione degli atti al Pubblico Ministero, anche alla luce del fatto che l'art. 38 D.Lgs. n. 231/2001 consente la separazione tra il procedimento relativo all'ente e quello relativo all'autore del reato presupposto, tra l'altro, quando l'osservanza delle norme processuali lo rende necessario.