

Rappresentanza e assistenza nel “procedimento 231”. Tra presunzioni assolute e tutela effettiva del diritto di difesa dell’ente.

di **Luca Di Pede**

Sommario. **1.** Introduzione; La sentenza n. 23910/2025 della Corte di cassazione. - **2.** Le tappe dell’evoluzione giurisprudenziale in tema di rappresentanza e assistenza difensiva dell’ente. - **3.** Dubbi interpretativi sull’estensione del divieto di rappresentanza ad opera della giurisprudenza di legittimità. In particolare, sulla differenza fra partecipazione e assistenza difensiva. - **4.** Considerazioni conclusive e prospettive de iure condendo.

1. Introduzione. La sentenza n. 23910/2025 della Corte di cassazione

Con la sentenza n. 23910/2025¹ la Suprema Corte di cassazione è nuovamente intervenuta sul tema della valida partecipazione dell’ente nel “procedimento 231”, soffermandosi in particolare sulla legittimazione ad agire nell’interesse del soggetto collettivo.

Nel caso di specie, una società era stata destinataria di un decreto di sequestro preventivo di un’ingente somma di denaro che, però, non era stato mai materialmente eseguito. L’impugnazione del provvedimento dinanzi al Tribunale competente veniva rigettata per carenza d’interesse, stante la mancata esecuzione della misura. Nondimeno, la società – per il tramite di un difensore di fiducia nominato da un procuratore *ad litem* – decise di proporre ricorso per Cassazione ex art. 325 c.p.p.

A *latere* delle ragioni poste a fondamento dell’impugnazione², ciò che rileva ai fini del presente elaborato è l’analisi della motivazione della declaratoria d’inammissibilità del ricorso ex art. 591, co. 1 lett. a) c.p.p. pronunciata dalla Suprema Corte.

Ad avviso della Seconda Sezione, la costituzione dell’ente ex art. 39 D. Lgs. 231/2001 – necessaria ai fini della partecipazione attiva e personale nel procedimento nel senso che meglio verrà spiegato nei paragrafi successivi – era inficiata da un “peccato originale”: l’ente (o meglio, il *procurator suspectus* indagato del reato presupposto) aveva provveduto alla nomina del procuratore

¹ Cass. Pen, Sez. II, n. 23910/2025.

² Argomentazioni che, sinteticamente, vengono riportata nel *corpus motivazionale* della stessa sentenza della Suprema Corte di cassazione *ut supra*, cui si rinvia.

ad litem; il quale, a sua volta, aveva conferito mandato difensivo ad un difensore di fiducia per la costituzione dell'ente nel procedimento.

Ebbene, tale procura sarebbe da considerarsi "invalida", in quanto conferita in contrasto con gli insegnamenti della stessa Suprema Corte in tema di partecipazione e assistenza difensiva dell'ente nel procedimento *de societate*. La Corte richiama, su tutte, la pronuncia del Supremo Consesso n. 33041/2015 (cd. SS.UU. "Gabrielloni"), secondo la quale l'art. 39 D. Lgs. 231/2001 vieterebbe al *procurator suspectus* non solo di poter rappresentare l'ente in giudizio, ma anche di compiere qualsiasi ulteriore atto necessario ai fini della partecipazione dell'ente nel procedimento, fra cui anche la nomina del difensore di fiducia.

Sviluppando questo ragionamento, nonché richiamando la giurisprudenza successiva della Corte che ha affermato che il modello organizzativo dovrebbe prevedere al suo interno anche i meccanismi da attivare per la sostituzione del *procurator suspectus*³, la Corte ha ulteriormente ampliato il divieto *ut supra*, estendendolo anche alla possibile designazione di un procuratore *ad litem* terzo che, a sua volta, conferisca mandato difensivo. Ciò in quanto, attraverso questo meccanismo si realizzerebbe: «una *translatio potestatis*, [...] che non è assolutamente in grado di assolvere quella funzione di scissione degli interessi dell'ente collettivo da quelli dell'indagato, secondo i criteri sopra indicati, perché non v'è alcun elemento o, per lo meno, non è stato dimostrato, per desumere che la nomina non sia stata fatta per perpetuare, e non per evitare, il controllo della società da parte di chi ne continui ad essere il legale rappresentante⁴».

In definitiva, secondo la Corte di cassazione l'assenza della prova dell'indipendenza del procuratore nominato *ad litem* determina l'inammissibilità del ricorso. Tale invalidità processuale sarebbe funzionale alla tutela del diritto di difesa dell'ente.

2. Le tappe dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di rappresentanza e assistenza difensiva dell'ente.

Il tema della costituzione e dell'assistenza difensiva del soggetto collettivo nel procedimento ex D.lgs. 231/2001 è stato ampiamente dibattuto, sin dall'entrata in vigore della normativa, in dottrina e in giurisprudenza.

Le criticità interpretative sembrano derivare da un duplice ordine di ragioni: da un lato, la singolarità delle modalità di partecipazione processuale dell'ente, soggetto che – pur essendo equiparato all'imputato – si costituisce secondo forme analoghe a quelle previste per le parti private diverse dall'imputato⁵;

³ Cass. Pen. Sez. III, n. 35387/2022.

⁴ Cass. Pen. Sez. II, n. 23910/2025, p. 4

⁵ Sul tema vedasi GARUTI G. "il processo penale agli enti", in "Trattato di procedura penale", a cura di SPANGHER G., vol. VII, 2011; BELTRANI S., "Ancora in tema di esercizio del diritto di difesa degli enti: richiesta di riesame presentata da codifensore privo di procura speciale", in "Responsabilità amministrativa delle società e degli enti", 3-2017

dall'altro, la lacunosità dell'art. 39 d.lgs. 231/2001, che si limita a prevedere l'incompatibilità del *procurator suspectus* a rappresentare l'ente in giudizio, senza disciplinare le conseguenze né i possibili rimedi.

Eppure, v'era d'aspettarsi che il tema avrebbe provocato delle significative ricadute in concreto. Si trattava, infatti, di comprendere le modalità attraverso le quali l'ente avrebbe potuto esercitare in giudizio quel coacervo di facoltà e diritti che tradizionalmente venivano riconosciuti (quantomeno fino al 2001) unicamente alla persona fisica. L'estensione all'ente, ex art. 35 D. Lgs. 231/2001, di tutte le disposizioni processuali relative all'imputato poneva l'interrogativo sulle concrete modalità d'esercizio dei diritti difensivi da parte del soggetto collettivo.

Orbene, l'art. 39 D. Lgs. 231/2001 prevede che l'ente stia in giudizio a mezzo del proprio rappresentante legale, delineando un particolare fenomeno di "doppia rappresentanza"⁶, per il quale difensore tecnico e rappresentante legale agiscono congiuntamente in nome e nell'interesse dell'ente. Tale assetto riflette la duplice dimensione del diritto di difesa: inteso sia quale diritto alla partecipazione personale nel procedimento⁷, per poter interloquire, o magari solamente per restare silenzioso⁸, o per fornire delle ipotesi di ricostruzione alternativa (diritto che verrebbe esercitato, non v'è chi non veda, dal legale rappresentante dell'ente); sia quale diritto alla difesa tecnica, funzionale non solo alla tutela dell'interesse dell'imputato, ma anche a salvaguardia di un principio di rilievo costituzionale⁹. Altresì la norma, come detto, si limita ad

⁶ Così definito anche da BELTRANI S., "L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto (Commento a Cass. pen., sez. VI, 31.5. - 26.7.2011. n. 29930, Ingresso Levante s.p.a., C.E.D. Cass., n. 250432)", in Rivista 231, 2-2012, 245-252, richiamata anche da AMBROSIO B., "la rappresentanza dell'ente nel processo", in giurisprudenza penale web, 2018, p.2

⁷ Tradizionalmente riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Si richiama, ad esempio, il celeberrimo caso Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 febbraio 1985, ricorso n. 9024/80, Colozza c. Italia. Per la dottrina in materia si richiama, ex multis, CHIAVARIO M., "Processo e garanzie della persona", in "Le garanzie fondamentali", Milano, 1984; MAZZA O., voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in Enc. dir., VII, Milano, 2014, p. 247 ss.; FERRUA P., "il giusto processo", Bologna, 2012, p. 99 e ss.

⁸ Sul tema del diritto al silenzio dell'ente, si richiama PRESUTTI A., "incompatibilità a testimoniare e regime del rappresentante legale", in "Manuale della responsabilità degli enti", 2018, Giuffrè; MONTANILE R., "la difesa dell'ente imputato", in "diritto penale e processo", 2009, p. 1121; FERRUA P., "il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento", in "La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato", Cedam, 2002, p. 234-239; MARRA, "l'incompatibilità a testimoniare nel processo contro gli enti ex d.lg. n. 231 del 2001", in "Giurisprudenza di Merito", 2009, p. 296

⁹ Si richiama Cass. Pen., Sez. III, 1890/2013

affermare l'incompatibilità dell'amministratore a rappresentare l'ente nel momento in cui esso sia imputato per il reato presupposto, senza null'altro aggiungere.

Stante tale difetto di tipizzazione, la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione è stata chiamata a colmare questa lacuna con plurime pronunce nel corso degli anni. Pronunce che, se si vuole, rappresentano anche la manifestazione vivida e concreta del mutamento di prospettiva e visione sulla tematica della responsabilità *ex crimine* degli enti.

Prima fondamentale pronuncia la si ebbe nel 2009, in un caso nel quale era stata prospettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 D. Lgs. 231/2001. In quel caso, una società era stata raggiunta da un sequestro preventivo finalizzato alla confisca. L'ipotesi di reato presupposto era quella di corruzione *ex art. 25 D. Lgs. 231/2001*, contestato non solo alla società, ma anche al legale rappresentante in proprio. Il legale rappresentante, dopo aver proposto infruttuosamente istanza di restituzione dei beni sequestrati, proponeva appello avverso tale decisione del G.I.P.: appello che veniva, per l'appunto, dichiarato inammissibile stante la situazione d'incompatibilità *ex art. 39 co. 1 D. Lgs. 231/2001*. Ebbene, veniva proposto ricorso per Cassazione censurando l'illegittimità costituzionale dell'art. 39 D. Lgs. 231/2001. Ad avviso del ricorrente, in assenza della previsione di alcun meccanismo procedurale in grado di ovviare alla situazione d'incompatibilità tratteggiata dalla norma¹⁰, la disposizione produceva una contrazione del diritto di difesa dell'ente.

Superando la censura d'illegittimità costituzionale – ritenuta manifestamente inammissibile – la Corte di cassazione con la sentenza n. 41398/2009¹¹ (c.d. "Caporello") ha dettato i primi fondamentali criteri interpretativi (e integrativi) dell'art. 39 D. Lgs. 231/2001.

Ad avviso della Suprema Corte, fra l'ente e il *procurator suspectus* v'è una «*obiettiva e insanabile conflittualità processuale*», da cui deriva un divieto di rappresentanza assoluto, «*che non ammette deroghe in quanto funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa*», conflittualità che «*è presunta iuris et iure*»¹². Tale divieto assoluto di rappresentanza comporta, come diretta

¹⁰ Differentemente, ad esempio, dalla Francia, dove l'art. 706-43 codice di procedura penale d'oltralpe prevede espressamente che il conflitto di interessi fra il rappresentante legale e l'ente è risolto attraverso una nomina giudiziale di un oggetto terzo che ha il compito di rappresentare l'ente nel processo (cd. mandatario di giustizia). Sul punto si richiama il contributo di FIDELBO G., *"le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo"*, in *"Reati e responsabilità degli enti, guida al d.lgs.231/2001"*, a cura di LATTANZI G., 2010, Giuffrè, p.447

¹¹ Cass. Pen. Sez. VI, n. 41398/2009. Per un commento della sentenza si rinvia a BELLUTA H., *"Partecipazione e difesa dell'ente nel "suo" processo: primi (parziali) approdi interpretativi"*, in *Soc.*, 2010, 8, p. 995 s.; CIMADOMO M., *"esigenze difensive dell'ente e formalità della sua partecipazione al procedimento"*, in *archiviodpc*, 2015.

¹² Tutti i virgolettati sono tratti dalla sentenza Cass. Pen., *ibidem*, p. 7

ricaduta, che il legale rappresentante incompatibile non potrà compiere alcun atto nell'interesse dell'ente: neppure la nomina del difensore di fiducia, nomina che – sempre secondo la Corte – sarebbe sospetta quando proveniente da soggetto ritenuto incompatibile *ex lege*.

La pronuncia in esame ha indicato, inoltre, una serie di soluzioni operative per ovviare all'*impasse* derivante dalla suddetta incompatibilità, soprattutto in situazioni dove la "prontezza di risposta" risulta necessaria per un pieno ed effettivo esercizio del diritto di difesa dell'ente (immaginiamo, ad esempio, la necessità d'impugnazione di provvedimenti cautelari).

Esse sono tre: I) la prima, di facile intuizione, consiste nella nomina di un nuovo legale rappresentante; II) la seconda, consiste nella nomina di un rappresentante con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (cd. *procuratore ad litem*), realizzando all'interno della società un fenomeno di "*coesistenza di poteri di rappresentanza diversamente orientati*"¹³; III) la terza è quella di restare inerte, non provvedendo né alla sostituzione del *procurator suspectus* né alla nomina di un procuratore *ad litem*. In questo caso, l'ente sarà dichiarato "contumace"¹⁴ con conseguente nomina di difensore di ufficio, abilitato a compiere tutte le attività difensive, ad eccezione di quelle qualificabili come atti personalissimi.

A distanza di pochi anni, la Corte fu chiamata, questa volta a Sezioni Unite¹⁵, a dirimere un nuovo contrasto interpretativo sorto all'interno della sesta Sezione sulla portata applicativa dell'art. 39 D. Lgs. 231/2001. In particolare, si discuteva se la dichiarazione di costituzione prevista dall'articolo appena citato fosse adempimento necessario per l'esercizio di qualunque diritto di difesa dell'ente, ovvero unicamente per lo svolgimento delle sole attività che richiedono la presenza dell'imputato (essendo necessaria, per tali attività, la dichiarazione di costituzione del legale rappresentante della persona giuridica)¹⁶.

¹³ Così FIDELBO G., "*le attribuzioni*", cit. p. 482

¹⁴ O meglio, sarà dichiarato assente, in quanto dottrina e giurisprudenza ritengono che vi sia stata un'abrogazione implicita della disciplina della contumacia ex art. 41 D. Lgs. 231/2001 con conseguente applicabilità della disciplina dell'assenza ex art. 67/2001. Sul punto, *ex multis*, vedasi VARRASO G., "*l'abrogazione di "diritto" e di "fatto" della contumacia dell'ente nel d. lgs. n. 231 del 2001*" in *archiviodpc*, 4 aprile 2016; UBERTIS G., "*Truffa delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è diventata "assenza"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3015.

¹⁵ Cass. SS.UU. n. 33041/15.

¹⁶ Per un commento della pronuncia e della vicenda sottostante si richiamano i contributi, fra gli altri, di Rocchi D., "*partecipazione dell'ente nel processo: un difficile equilibrio tra esigenze difensive e formalità*", in *dirittopenalecontemporaneo*, 2016; contrasto ricostruito anche da Varraso G., "*Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione e esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate*", in *Cass. pen.*, 2016, p. 73 ss.; Garuti G., "*Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*", in *Giur. it.*, 2015, p. 2497 ss.

Secondo le Sezioni Unite, la costituzione processuale rappresenta un "onere" per l'ente, essendo "la modalità" attraverso la quale esso, per mezzo del proprio legale rappresentante, può partecipare al procedimento che lo riguarda¹⁷. Pertanto, l'ente non può procedere ad una nomina del difensore di fiducia "semplificata", come previsto per l'imputato persona fisica ex art. 96 c.p.p., salvo – ed è questo il vero passaggio d'interesse della Sentenza Gabrielloni – i casi in cui l'ente venga raggiunto da un cd. "atto a sorpresa" (ad esempio, misure cautelari reali o perquisizioni). In tali ipotesi, l'attivazione dei meccanismi ex art. 39 D. Lgs. 231/2001 provocherebbe effettivamente una contrazione del diritto di difesa, stante gli stretti tempi di reazione per l'ente. Solo in questi casi, ovvero a fronte di un atto connotato da rapidità e urgenza, si potrà procedere ad una nomina semplificata per permettere all'ente di partecipare attivamente all'atto stesso, con la successiva costituzione che servirà a ratificare quanto compiuto in questo periodo "d'emergenza".¹⁸

Si tratta di una possibilità sottoposta a due tipi di limitazioni: una di carattere oggettivo, una di carattere cronologico. La prima consiste nel fatto che il difensore nominato ex art. 96 c.p.p. potrà compiere attività nell'interesse del soggetto collettivo (quale ad esempio l'impugnazione della misura cautelare) con poteri non inferiori a quelli riconosciuti al difensore d'ufficio, non potendo però compiere gli atti personalissimi, i quali richiedono la valida costituzione in giudizio dell'ente. La seconda, di natura cronologica, viene individuata dalla Corte nella notifica della informazione di garanzia ex art. 57 d.lgs. 231/2001: una volta ricevuta l'informazione di garanzia (che rappresenterebbe una sorta di "messa in mora" per l'ente¹⁹), l'unica modalità per una valida nomina (e costituzione in giudizio) è quella prescritta dall'art. 39 D. Lgs. 231/2001.

Nonostante le statuizioni contenute nelle due sentenze "Caporello" e "Gabrielloni" provocassero già delle rilevanti conseguenze in punto di costituzione e assistenza difensiva dell'ente – il tutto, nel silenzio della norma

In particolare, secondo un primo orientamento sostenuto da Cass. Pen. Sez. VI n. 43642/2007, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non sarebbe subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento. Il difensore di fiducia, nominato ex art. 96 c.p.p., avrebbe potuto proporre richiesta di riesame anche a prescindere da una formale costituzione dell'ente ex art. 39 D. Lgs. 231/2001.

Diverso orientamento, sostenuto dalla stessa Sezione VI con la sentenza n. 15689/2008, affermava invece che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento è subordinato all'atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 d.lgs.231/2001 ed al conferimento della procura speciale ai sensi dell'art. 100 c.p.p. Orientamento sostenuto anche da diversa sezione, la Seconda, con la sentenza n. 52748/2014.

¹⁷ Così Cass. SS.UU. n. 33041/2015, p. 17

¹⁸ *Ibidem*, p. 20-21.

¹⁹ *Ibidem*, p. 21; sul punto vedasi anche Varraso G, il compromesso delle Sezioni Unite, cit. p. 79

sul punto – la giurisprudenza successiva ha financo ampliato la portata del divieto desunto dall’art. 39, co. 1) D. Lgs. 231/2001. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 35387/2022²⁰ della Corte di cassazione che sembra aver ristretto l’ambito d’operatività dell’eccezione prospettata dalle SS.UU. “Gabrielloni” (i.e. nomina semplificata ex art. 96 c.p.p.), affermando che il modello organizzativo dovrebbe contenere meccanismi predeterminati per garantire la rappresentanza dell’ente anche in caso di sopravvenuta incompatibilità del rappresentante legale. Pertanto, il modello d’organizzazione dovrebbe prevedere già in fase “di quiete” chi dovrebbe essere il soggetto delegato a nominare il difensore di fiducia dell’ente nel caso di conflitto d’interesse presupposto *iuris et iure*²¹. Infine, da ultima, nel contesto di una progressiva estensione del divieto ex art. 39, co. 1) D. Lgs. 231/2001, la Sentenza oggetto di odierno commento che ha sancito – in parziale *revirement* rispetto a quanto affermato dalla “Caporello” – che anche la costituzione effettuata da un soggetto terzo nominato quale procuratore *ad litem* sarebbe inammissibile, quando la stessa rappresenti una (ulteriormente presunta) “*translatio potestatis*” dal *procurator suspectus* al soggetto terzo.

3. Dubbi interpretativi sull’estensione del divieto di rappresentanza ad opera della giurisprudenza di legittimità. In particolare, sulla differenza fra partecipazione e assistenza difensiva.

È evidente che la Corte di cassazione, nell’esercizio della propria funzione interpretativa e nomofilattica, abbia significativamente ampliato la portata del divieto di rappresentanza previsto dall’art. 39 D. Lgs 231/2001, suscitando di tal guisa non poche perplessità. Perplessità meritevoli di attenzione in quanto produttive di ricadute – dirette e indirette – sull’esercizio del diritto di difesa dell’ente, e non già su quello del legale rappresentante indagato/imputato per il reato presupposto.

Già con la sentenza “Gabrielloni”, la Corte di cassazione a Sezioni Unite sembrava aver trasformato la previsione ex art. 39 D. Lgs. 231/2001 da “semplice” onere in un vero e proprio obbligo di costituzione per l’ente, al fine di poter esercitare tutte le prerogative difensive lui riconosciute in quanto imputato²². In termini sistematici, se l’onere costituisce quel comportamento che il soggetto deve tenere affinché possa conseguire un risultato a lui favorevole,

²⁰ Cass. Pen. Sez. III, n. 35387/2022.

²¹ Citando i principi già richiamati ed espressi dalla Sentenza Caporello.

²² In tal senso si sono espressi anche INNOCENTI D., “*la nomina del difensore di fiducia da parte dell’ente indagato*”, in “diritto penale e processo”, 2017, p. 118; VELANI L.G., “*procedimento a carico dell’ente, le esigenze di difesa cedono il passo alle formalità di partecipazione al giudizio*”, in “rivista 231”, 2018; negli stessi termini VARRASO G., “*l’abrogazione di diritto e di fatto della contumacia dell’ente nel d.lgs. 231/2001*”, in Archivioldpc, 2015.

l'affermazione secondo cui la costituzione ex art. 39 D. Lgs. 231/2001 costituisce "la modalità" per l'attivazione di tutte le garanzie difensive per l'imputato, implica che l'ente sia obbligato a tutti gli effetti a costituirsi per poter effettivamente esercitare i propri diritti nel procedimento penale.

Pur riconoscendo le peculiarità del soggetto collettivo – che, per ovvie ragioni, necessita della mediazione di una "longa manus" per essere rappresentato in giudizio – la sovrapposizione tra partecipazione attiva ed esercizio del diritto di difesa nella sua più ampia latitudine appare priva di fondamento normativo. Anzi, si direbbe smentita dalla stessa Legge Delega n. 300/2000²³, la quale, all'art. 11 lett. q), indicava la necessità di assicurare all'ente l'effettiva partecipazione e difesa nelle diverse fasi del procedimento penale. L'utilizzo della proposizione disgiuntiva suggerisce proprio la distinzione fra i due concetti: da una parte la partecipazione attiva dell'ente al procedimento (da intendersi come effettiva presenza dell'ente nel suo procedimento, con attivazione di quelle che sono tutele e garanzie proprie dell'imputato persona fisica alla luce del contenuto dell'art. 34 d.lgs. 231/2001); dall'altra, l'assistenza difensiva tecnica²⁴.

A ciò si aggiunge, quale ulteriore profilo problematico, la latitudine dell'incompatibilità – presunta *iuris et iure* – del *procurator suspectus*.

Tale incompatibilità, assoluta e rilevabile d'ufficio, è giustificata dalla Corte di cassazione dalla ritenuta esigenza di salvaguardare e assicurare la piena garanzia del diritto di difesa dell'ente. Ad avviso della Suprema Corte, esso: «risulterebbe del tutto compromesso se l'ente partecipasse al procedimento attraverso la rappresentanza di un soggetto portatore di interessi confliggenti da un punto di vista sostanziale e processuale.»²⁵

Ora, non può sottacersi che questa presunzione, pur astrattamente plausibile in numerose ipotesi (si pensi, ad esempio, a situazioni in cui la difesa dell'ente implichi una presa di distanza rispetto al comportamento del legale rappresentante), rischi di comprimere irragionevolmente il diritto di difesa dell'ente quando operi in via automatica e indiscriminata.

La giurisprudenza, a partire dalla sentenza "Caporello", ha creato una sanzione processuale – quella dell'invalidità di tutti gli atti compiuti dal *procurator*

²³ Legge che, come noto, ha delegato Governo a introdurre nel nostro ordinamento la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

²⁴ Sul punto VARRASO G., "la partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "etero integrazione "giurisprudenziale", in "Cass. Pen". 2010, p. 1385 e ss; anche GARUTI G., "partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali", in "dir.proc. pen". 2015, p.2499

²⁵ Così, *ex multis*, Cass. Pen. sez. III, n. 35387/2022, richiamando principi già espressi dalle Sezioni Unite Gabrielloni.

sospectus – che incide in modo diretto sull’esercizio del diritto di difesa dell’ente (si pensi, come avvenuto nel caso di specie, al rigetto dell’impugnazione di una misura cautelare proposta nell’interesse del soggetto collettivo), senza che ciò trovi copertura in una previsione normativa espressa, *ergo* in violazione del principio di tassatività delle invalidità processuali²⁶. È indubbio che questa inammissibilità assoluta possa provocare, in taluni casi, più che una garanzia del diritto di difesa, una contrazione dello stesso. Pertanto, considerate le gravi ricadute che derivano da una sanzione così dirimpente, è evidente che la stessa avrebbe richiesto, quantomeno, un fondamento legislativo chiaro.

Al contrario, nel silenzio del legislatore, la portata di tale divieto è stata sempre più ampliata. Difatti, se le Sezioni Unite “Gabrielloni” avevano ritenuto legittima la nomina “d’urgenza” ex art. 96 c.p.p. nei casi di cd. “atti a sorpresa”, come detto tale eventualità sembra esser stata limitata dalle pronunce di legittimità successive. Ciò in quanto, nel momento in cui si afferma che il modello di organizzazione e controllo dovrebbe prevedere *ex ante* un soggetto legittimato a costituire in giudizio validamente l’ente, si potrebbe sostenere che un modello efficacemente attuato all’interno della *corporation* elimini in nuce la possibilità che l’ente sia colto di sorpresa.

Francamente, appare difficile accettare che la mancanza di una simile previsione – nel momento in cui, peraltro, l’adozione di un M.O.G.C. resta facoltativa per l’ente – possa giustificare un ulteriore contrazione del diritto di difesa dell’ente.

Ciò soprattutto se si considera che, lo si ribadisce, l’art. 39 co. 1) D. Lgs. 231/2001 nella sua interpretazione letterale si riferisce unicamente alle modalità di partecipazione attiva dell’ente nel procedimento, e non alle modalità di esercizio delle sue facoltà difensive (ovvero, non si riferisce all’esercizio di attività difensiva “svincolata” dalla partecipazione personale). Un dualismo (partecipazione attiva/difesa dell’ente) che, con il passare del tempo, sembra sempre più ridursi a “necessaria” unità. Peraltro, facoltà difensive dell’ente che potrebbero anche estrinsecarsi nella mera nomina di un difensore di fiducia, in assenza della volontà di una partecipazione personale e attiva dell’ente (intesa nel senso di difesa personale attiva, con esercizio delle facoltà riconosciute esclusivamente all’indagato/imputato).

Ed ancora, non può tacersi che la portata del divieto è stata ulteriormente ampliata proprio dalla Sentenza n. 23910/2025 oggetto del presente commento.

²⁶ Non necessariamente l’ente e il responsabile legale saranno portatori in giudizio di interessi contrastanti fra loro, potendo esistere anche dei casi in cui l’attività processuale difensiva del legale rappresentante potrebbe essere favorevole dal punto di vista difensivo anche per l’ente. Perplessità evidenziate anche da SPINELLI A., “*il rappresentante legale imputato: l’incompatibilità ed i suoi riflessi sul processo penale de societate*”, in “diritto penale e processo”, 2014, p. 446 e ss.; TONDI V., “*commento alla sentenza Cass. Pen. , sez. II, 13.10.2017, n. 51654*”, “in rivista231”, 2018 , p. 438 e ss

La Corte – in parziale *revirement* dell'interpretazione della sentenza "Caporello"²⁷, – ha infatti ritenuto che il legale rappresentante indagato/imputato non solo non possa nominare direttamente il difensore di fiducia dell'ente, ma che non possa neppure nominare un procuratore *ad litem* che compia questo "adempimento" per l'ente, visto che ciò provocherebbe – ad avviso della Corte – una *translatio potestatis* inidonea ad assicurare la scissione degli interessi fra *procurator suspectus* ed ente.

Ora, se dalla sentenza Caporello era stata "creata" una presunzione *iuris et iure* (in assenza di previsione legislativa esplicita in tal senso), si è andati addirittura oltre. Infatti, la sentenza in rassegna sembra creare e legittimare una *praesumptio de praesumpto*²⁸ (presunzione di secondo grado), per cui non solo si presume il conflitto d'interessi del rappresentante, ma si estende tale sospetto anche al soggetto da questi nominato, pur se terzo rispetto alla compagine societaria (quantomeno, in assenza di prova dell'indipendenza del terzo. Prova contraria che, tuttavia, non è richiesta – neppure questa – in nessuna disposizione di legge).

Generalmente, nel contesto del diritto penale, si è sempre guardato con disfavore alla presunzione di secondo grado, le quali mal si conciliano con il principio di certezza dell'indizio *ex art. 192, co. 2, c.p.p.*²⁹ Sorprende, dunque, che proprio un'interpretazione giurisprudenziale sembri aver elaborato una simile presunzione, utilizzandola per fondare l'inammissibilità di un'impugnazione cautelare, in assenza di una disposizione normativa che ne sancisca espressamente la validità.

²⁷ Vedasi *supra*, p. 4.

²⁸ Per una definizione del concetto si rinvia, fra tutti, a PATTI S., "Le presunzioni semplici basate su un unico indizio e la c.d. *praesumptio de praesumpto*" in PATTI S., POLI R., "Il ragionamento presuntivo Presupposti, struttura, sindacabilità", Giappichelli, Torino, 2022.

²⁹ Si richiama il contributo di COSTANZO A., "anomia della illogicità manifesta", in "Cassazione penale", 2019, 3, p. 1308, il quale, richiamando alcune pronunce della Corte di Cassazione afferma che: «*A fortiori, è fallace la praesumptio de praesumpto perché diluisce la valenza sintomatica di un indizio: il giudice, che ben può partire da un fatto noto (indizio) per risalire a uno ignoto, non può porre il fatto (originariamente) ignoto come fonte di una ulteriore presunzione perché la doppia presunzione contrasta con la regola della certezza dell'indizio, connessa al requisito della sua precisione, richiesto dall'art. 192, comma 2, c.p.p.*». Per le pronunce della Corte di Cassazione, si richiama Cass. Pen. Sez. V, n. 18473/2023, secondo cui «*secondo il consolidato insegnamento di questa Corte, il giudice, che ben può partire da un fatto noto per risalire ad uno ignoto, non può, in alcun caso, porre quest'ultimo come fonte di un'ulteriore presunzione sulla base della quale motivare una pronuncia di condanna, in quanto la praesumptio de praesumpto contrasta con la regola della certezza dell'indizio, la quale è espressione del requisito della precisione, normativamente previsto dall'art. 192, comma secondo, c.p.p.*»

Stupore che è acuito dalla lettura della coeva giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di responsabilità degli enti. In particolare, ci si riferisce alla sentenza n. 22082/2025 della Terza sezione penale³⁰ con la quale la Suprema Corte, confermando un indirizzo che già era stato espresso in un precedente giudizio di legittimità³¹, ha riconosciuto che anche le società unipersonali rientrano fra i soggetti destinatari del D. Lgs. 231/2001, «*a condizione che sia individuabile un interesse sociale distinto da quello dell'unico socio, tenendo conto dell'organizzazione della società, dell'attività svolta e delle dimensioni dell'impresa, nonché dei rapporti tra soci unico e società*»³²

Ora, se le società unipersonali possono essere ricomprese fra i destinatari del Decreto Legislativo n. 231/2001, viene da domandarsi: come potrà la società difendersi in giudizio se al socio unico/amministratore eventualmente indagato per il reato presupposto non viene riconosciuta la possibilità di poter nominare un procuratore *ad litem* che possa, nell'interesse della società, procedere alla costituzione ex art. 39 D. Lgs. 231/2001 e alla nomina del difensore di fiducia dell'ente?

Se la distinzione fra società - individuo persona fisica è possibile sulla base di un'analisi concreta (ovverosia se l'ente possa essere considerato un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici rispetto alla persona fisica autrice del reato presupposto), forse sarebbe opportuno riconoscere che anche la difesa dell'ente possa essere altrettanto autonoma e incondizionata dalle strategie processuali del soggetto che rappresenta l'ente.

Diversamente, potrebbe realizzarsi un potenziale "cortocircuito interpretativo" che rischia di produrre, in determinati casi, conseguenze negative per l'ente, come nei casi in cui la sostituzione del rappresentante incompatibile risulti impraticabile o eccessivamente gravosa. Il paradosso è evidente: una norma a vocazione garantista, in quanto pensata per garantire la partecipazione personale dell'ente nel procedimento, potrebbe determinare, nei fatti, un ostacolo all'esercizio del diritto di difesa dell'ente.

³⁰ Cass. Pen., Sez. III, n. 22082/2025.

³¹ Cass. Pen. Sez. VI, n. 45100/2021.

³² Corte Di Cassazione, n. 22082/2025; nello stesso senso Cass. Pen. Sez. VI, n. 45100/2021. Sul tema della riconducibilità delle società unipersonali fra i destinatari del Decreto 231, si rinvia al contributo di GENTILE G. *"le società unipersonali nel sistema della responsabilità degli enti"*, in *"Processo penale e Giustizia"*, 3-2022, p. 756 e ss.; RENZETTI S., *"Rassegna di giurisprudenza - La responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: le ultime questioni sul tappeto"*, in *"Giurisprudenza Commerciale"*, 3-2023, p. 327 e ss. In senso critico, PIERGALLINI C., *"Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti"*, in *"Dir. pen. proc."*, 2022, p. 868.

4. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

Le criticità evidenziate in ordine alla portata applicativa dell'art. 39 D.lgs. 231/2001 – così come delineata dalla giurisprudenza di legittimità – e l'ampiezza della sanzione di invalidità processuale che da essa deriva, impongono, in assenza di un intervento chiarificatore del legislatore, una riflessione orientata all'individuazione di soluzioni alternative che non pregiudichino, in via aprioristica, il diritto di difesa dell'ente.

Tale riflessione necessita, tuttavia, di una premessa fondamentale

Nonostante il Decreto Legislativo n. 231/2001 sia in vigore da oltre vent'anni, una parte della giurisprudenza sembra ancora "far fatica" nel riconoscere l'autonomia della responsabilità dell'ente nella sua più ampia latitudine³³. Invero, si rileva la coesistenza di approcci eterogenei: se da un lato, vi sono pronunce (come quella sulle società a ristretta base sociale richiamata *supra*) che sembrano esaltare tale concetto, altre pronunce – come quelle in materia di rappresentanza e assistenza difensiva dell'ente – sembrano limitarla.

In questo contesto, l'affermazione dell'automatica invalidità *tout court* della nomina del difensore di fiducia da parte del *procurator suspectus* (sia diretta, sia mediata da un soggetto terzo), sembra tradire proprio il principio d'autonomia dell'ente, inteso non solo come autonomia "propria", ma anche come autonomia del soggetto terzo chiamato a difendere e rappresentare in giudizio un soggetto collettivo, l'ente, che è qualcosa di "altro" e di "distinto" rispetto agli individui che ne fanno parte.

Difatti, si presuppone che il difensore di fiducia agisca non nell'interesse del suo vero cliente (l'ente, per l'appunto), ma nell'interesse dell'individuo persona fisica che lo ha nominato, anche laddove l'ente sia dotato di un organo amministrativo più ampio e non coinvolto delle indagini (cui il difensore, inevitabilmente, dovrà rendere conto dell'attività effettuata). Una simile impostazione svela una duplice sfiducia: tanto nei confronti del legale rappresentante sospetto, quanto nei confronti del difensore, la cui deontologia professionale imporrebbe, viceversa, la tutela esclusiva degli interessi del cliente/soggetto collettivo.

Tuttavia, al di là dell'esercizio retorico, si riconosce la plausibilità di questa presunzione di conflitto d'interesse (seppur, lo si ribadisce, forzata nelle conseguenze in assenza di una previsione legislativa espressa in tal senso).

Senonché, appare eccessivo estendere tale presunzione fino a ritenere invalida anche la nomina di un procuratore *ad litem* da parte del *procurator suspectus*, giungere all'affermazione – come fatto dalla sentenza in commento – che

³³ Sul principio di autonomia della responsabilità dell'ente collettivo si richiamano, *ex plurimis*: MONGILLO, V. "La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo", Torino, 2018, p. 387; DI GIOVINE O., "Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo", in AaVv., Reati e responsabilità degli enti, a cura di LATTANZI G., 2010. P. 138; ROMANO, M., "Enti collettivi e responsabilità da reato c.d. esclusiva, o indipendente", in " Riv. It. Dir. e Proc. Pen.", 1-2025, p. 39 e ss.

addirittura la nomina di un procuratore *ad litem* da parte del legale rappresentante indagato/imputato sia altrettanto invalida. Questo per una serie di ordini di ragioni: 1) come detto, si tratta di una presunzione di secondo grado, dove non solo si presuppone che il legale rappresentante agisca nel proprio interesse e non in quello dell'ente, ma si presuppone anche che necessariamente il terzo nominato sia una "*longa manus di longa manus*"; 2) il tutto, senza una possibile analisi concreta del Giudice, in quanto si tratta di presunzione assoluta che non ammette prova contraria; 3) infine, si tratta di previsione che incide pesantemente sul diritto di difesa dell'ente, specie nei casi – tutt'altro che rari – di società unipersonali o a ristretta base sociale.

Da qui, l'esigenza di esplorare soluzioni alternative che valorizzino una valutazione *in concreto* del conflitto d'interesse fra l'ente e il *procurator suspectus*. Si richiama, a tal proposito, l'esperienza dell'ordinamento degli Stati Uniti, e in particolar modo la *rule* della "*organization as a client*".³⁴

A partire dal famoso scandalo finanziario Enron, sono state adottate delle regole etiche (Rule 1.13 delle "*Model rules of professional conduct*"³⁵ e la *Rule 307 del "Sarbanes-Oxley Act"*³⁶) per innalzare gli standard di affidabilità dell'avvocatura

³⁴ Sul tema DONDI A. "*Economia, etica e avvocatura – Implicazioni di fairness*", in "Diritto e pratica della società", XII, n. 3, ottobre 2009, pp. 13-19

³⁵ La disciplina etica professionale a maggior diffusione in ambito statunitense. Si riporta il testo d'interesse della Rule 1.13, rubricata "*organization as a client*": «(a) A lawyer employed or retained by an organization represents the organization acting through its duly authorized constituents. (b) If a lawyer for an organization knows that an officer, employee or other person associated with the organization is engaged in action, intends to act or refuses to act in a matter related to the representation that is a violation of a legal obligation to the organization, or a violation of law that reasonably might be imputed to the organization, and that is likely to result in substantial injury to the organization, then the lawyer shall proceed as is reasonably necessary in the best interest of the organization. Unless the lawyer reasonably believes that it is not necessary in the best interest of the organization to do so, the lawyer shall refer the matter to higher authority in the organization, including, if warranted by the circumstances to the highest authority that can act on behalf of the organization as determined by applicable law».

³⁶ Legge federale approvata dal Congresso degli Stati Uniti – sempre a seguito dello scandalo Enron – concepita per proteggere gli investitori dalle società che presentano report finanziari fraudolenti. Si riporta, anche qui, il testo della Rule Sec. 307: «Not later than 180 days after the date of enactment of this Act, the Commission shall issue rules, in the public interest and for the protection of investors, setting forth minimum standards of professional conduct for attorneys appearing and practicing before the Commission in any way in the representation of issuers, including a rule— (1) requiring an attorney to report evidence of a material violation of securities law or breach of fiduciary duty or similar violation by the company or any agent thereof, to the chief legal counsel or the chief executive officer of the company (or the equivalent thereof); and (2) if the counsel or officer does not appropriately respond to the evidence (adopting, as necessary, appropriate remedial measures or sanctions with respect to the violation), requiring the attorney to

sotto un profilo del tutto diverso dalla mera fedeltà agli interessi del cliente in termini di sostanziale acritica partnership³⁷. In tale prospettiva, le *rules* sopracitate stabiliscono che, nei rapporti fra *lawyer* e *corporation*, il vero cliente dell'avvocato sia l'ente collettivo e non l'individuo persona fisica che lo rappresenta. In tale prospettiva, è imposto al difensore un obbligo di fedeltà deontologica nei confronti dell'ente, anche a costo di entrare in contrasto con gli intranei.

Applicare analogicamente questo paradigma nel nostro ordinamento³⁸ significherebbe superare l'aprioristica inammissibilità/invalidità di ogni attività compiuta dal *procurator suspectus*, rimettendo nelle mani del difensore di fiducia e del giudice la valutazione sull'esistenza *concreta* del conflitto d'interesse.

Il difensore dell'ente, qualora ravvisasse il conflitto di interessi fra quest'ultimo e rappresentante legale, dovrebbe non accettare o rinunciare all'incarico conferitogli, ex art. 107 c.p.p., determinando la applicabilità dell'art. 40 d.lgs. 231/2001 con conseguente nomina di un difensore d'ufficio. In assenza di rinuncia, il Giudice ex art. 106 c.p.p. potrebbe individuare ed indicare i motivi della incompatibilità, assegnando un termine per rimuoverla; se ciò non avvenisse, si provvederà alla sostituzione a norma dell'art. 97 c.p.p.

Invero, il tema della potenziale applicabilità dell'istituto ex art. 106 c.p.p.³⁹ alla materia *de qua* è stato già affrontato dalla Sentenza "Gabrielloni", che ha escluso l'applicabilità dell'istituto del codice di rito alla disciplina della rappresentanza e assistenza difensiva dell'ente, in quanto: «*nella materia che ci occupa, invece, il caso è quello della nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del suo rappresentante, (ed in assenza di contemporanee difese di altri imputati) e dunque*

report the evidence to the audit committee of the board of directors of the issuer or to another committee of the board of directors comprised solely of directors not employed directly or indirectly by the issuer, or to the board of directors.»

³⁷ Sempre DONDI A, "Economia, etica e avvocatura", cit. p. 15

³⁸ Come sostenuto, fra gli altri, anche da VARRASO G. "la partecipazione e l'assistenza", cit. p. 1396 – 1397. Afferma l'autore: «*se il vero cliente del difensore, seppur nominato dal rappresentante incompatibile, è la persona giuridica è riguardo a quest'ultima e alla sua posizione processuale che deve valutarsi la migliore strategia difensiva ai sensi degli art. 5, 6, 7 e 12 d.lgs. 231/2001, nel rispetto del principio di lealtà, correttezza fedeltà e diligenza di cui agli artt. 6, 7, 8 del codice deontologico forense. Senza dimenticare quanto previsto, nei casi più gravi, dall'art. 380 c.p. che prevede una responsabilità penale del patrocinatore che rendendosi infedele ai suoi doveri professionali "arrecando nocimento alla parte di lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi all'autorità giudiziaria", ossia, nel nostro caso, la compagine societaria, reato che a sua volta cagiona un danno patrimoniale risarcibile ex art. 185 c.p.»*

³⁹ Per un commento sull'istituto si rinvia a RICCI A., "Il difensore", in DEAN G. (a cura di), *Soggetti e atti*, I, t. I, SPANGHER G. (Diretto da) "Trattato di procedura penale" Torino, Utet, 2009, p. 747; FRIGO G., "Difensore", in AMODIO E. - DOMINIONI O. (diretto da), "Commentario del nuovo codice di procedura penale", I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 567

*la incompatibilità per conflitto di interesse non riguarda il difensore nominato ma il soggetto che effettua la nomina».*⁴⁰

Questa lettura, per quanto formalmente corretta, appare eccessivamente *tranchant*. Nessuno dubita che vi sia una sostanziale differenza fra le due ipotesi. Tuttavia, una lettura “a maglie larghe” della disposizione testé citata permetterebbe di evitare la caducazione *a priori* dell’attività compiuta dal difensore nominato dal *procurator suspectus*, con tutela della difesa dell’ente (immaginiamo sempre, come avvenuto nel caso della sentenza in commento, che un ricorso per Cassazione venga rigettato *per il solo fatto* che esso è stato proposto da parte di un soggetto nominato da una *longa manus* presunta incompatibile). Soprattutto, lo si evidenzia, con beneficio per quei casi in cui la sostituzione del *procurator suspectus* è difficile o addirittura impossibile se non mediante un totale stravolgimento della compagine societaria (pensiamo, appunto, alle società unipersonali). Suscita perplessità che la giurisprudenza di legittimità – in nome di un’invocata tutela del diritto di difesa dell’ente – sia disposta ad ampliare le maglie di una invalidità non codificata, ma non sia disposta, al contempo, a giungere ad una lettura più flessibile dell’art. 106 c.p.p. che è norma – come rammentato dagli autori già citati – pensata per garantire non solo la libertà del professionista ma anche quella del singolo imputato. La lacuna normativa dell’art. 39 D. Lgs. 231/2001 e la sua continua reinterpretezione giurisprudenziale impongono, dunque, una riflessione *de iure condendo*.

È noto che, ormai da alcuni anni, il Ministero della Giustizia abbia istituito un tavolo tecnico per la revisione della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti.

In tale sede, sarebbe necessaria (o quantomeno auspicabile) un’interpretazione autentica dell’art. 39 D. Lgs. 231/2001, che vada a suggellare, una volta per tutte, la portata applicativa della norma: in particolare, che definisca se l’incompatibilità ivi prevista valga unicamente per la partecipazione personale dell’ente in giudizio, oppure – come sostenuto dalla giurisprudenza – produca effetti anche sull’attività svolta *in favore* dell’ente per assicurare a quest’ultimo la difesa tecnica (quale la nomina del difensore di fiducia).

Parimenti, sarebbe opportuno che il legislatore introducesse meccanismi idonei a fronteggiare *in concreto* tale situazione di incompatibilità. Ispirandosi, ad esempio, all’esperienza francese, che prevede la designazione giudiziale di un terzo per la rappresentanza processuale dell’ente (ciò sarebbe opportuno, quantomeno, per le società a ristretta base sociale/unipersonali⁴¹).

In alternativa, ed è questa la soluzione che appare preferibile, si potrebbe prevedere che l’esistenza del conflitto d’interessi fra il *procurator suspectus* e il

⁴⁰ Cass. SS.UU., n. 33041/2015, p. 25

⁴¹ A meno che il legislatore, sempre attraverso un’interpretazione autentica, non intenda escludere le società unipersonale dal novero dei soggetti *ex art.* 1 D. Lgs. 231/2001.



difensore di fiducia nominato per difendere l'ente non sia presunta *iuris et iure*, bensì che sia rimessa alla valutazione in concreto del difensore dell'ente e del Giudice, eventualmente attraverso un'applicazione, adattata alle peculiarità della materia, degli artt. 106 e 107 c.p.p.