

519 LE MODALITÀ DI NOMINA DEL DIFENSORE DI FIDUCIA DA PARTE DELL'ENTE INDAGATO

SEZ. UN. - C.C. 28 MAGGIO 2015 (DEP. 28 LUGLIO 2015), N. 33041 - PRES. SANTACROCE - REL. VESSICHELLI - P.M. GERACI (CONCL. CONF.) - GABRIELLONI (264309-13)

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI - Responsabilità da reato - Esercizio dei diritti di difesa - Riesame di sequestro preventivo - Richiesta presentata dal difensore di fiducia - Necessità di previa formale costituzione dell'ente - Esclusione - Limiti.

(C.P.P. ARTT. 96, 322, 324; D.LG. 8 GIUGNO 2001, N. 231, ARTT. 34, 35, 39, 52)

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI - Responsabilità da reato - Esercizio dei diritti di difesa - Nomina del difensore di fiducia - Da parte del rappresentante legale indagato o imputato - Possibilità - Esclusione - Ragioni.

(C.P.P. ART. 96; D.LG. 8 GIUGNO 2001, N. 231, ART. 39)

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI - Responsabilità da reato - Esercizio dei diritti di difesa - Difensore nominato da rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto - Richiesta di riesame di sequestro preventivo - Inammissibilità - Ragioni.

(C.P.P. ARTT. 96, 322, 324; D.LG. 8 GIUGNO 2001, N. 231, ARTT. 34, 39, 52)

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI - Esercizio dei diritti di difesa nel procedimento - Atto formale di costituzione - Necessità - Ratio.

(C.P.P. ARTT. 96, 369-BIS; D.LG. 8 GIUGNO 2001, N. 231, ART. 39)

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI - Esercizio dei diritti di difesa nel procedimento - Atto formale di costituzione - Necessità - Operatività dell'onere sin dalla fase delle indagini preliminari - Sussistenza.

(D.LG. 8 GIUGNO 2001, N. 231, ART. 39)

In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile la 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. ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, a condizione che, precedentemente o contestualmente all'esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata l'informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d.lg. medesimo (1).

In tema di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 d.lg. n. 231 del 2001 (2).

È inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. a), c.p.p., la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia imputato o indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (3).

In tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda è subordinata alla sua previa costituzione, formalità individuata

decisioni della Corte di cassazione

519 | LEGGI SPECIALI

dall'art. 39 d.lg. n. 231 del 2001 quale mezzo di esternazione della volontà diverso e più articolato di quelli dell'imputato persona fisica, in quanto corrispondente alla struttura complessa di tale figura soggettiva ed idoneo a rendere quanto prima ostensibile l'eventuale conflitto di interessi derivante dall'essere il legale rappresentante indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. (In motivazione, la Corte ha specificato che l'ente non costituito nelle indagini preliminari resta un soggetto indagato ed in tale veste è non solo destinatario di tutte le iniziative del pubblico ministero finalizzate all'eventuale attivazione del processo, ma anche, ineludibilmente, di tutte le garanzie assicurategli attraverso la nomina del difensore di ufficio) (4).

In tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, l'onere di formale costituzione ai sensi dell'art. 39 d.lg. n. 231/2001, previsto come condizione per la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda, opera sin dalla fase delle indagini preliminari (5).

(1-5) La decisione è già stata pubblicata *retro*, n. 2.3, con una nota di GIANLUCA VARRASO; riproponiamo le massime con nota di ELISA MARIA RUSSO.

L'ENTE NEL "SUO" PROCEDIMENTO TRA GARANZIE DIFENSIVE E FORMALITÀ DI COSTITUZIONE

Legal Entity in "Its Own" Criminal Proceeding Between Defence Rights and Formal Appearance in Court

L'Autore analizza in modo critico la pronuncia con cui le Sezioni unite hanno risolto un antico contrasto giurisprudenziale inerente al rapporto tra il diritto di difesa dell'ente e l'osservanza delle formalità di cui all'art. 39 del d.lg. n. 231/2001. Il *dictum* del supremo Collegio si estende anche ad una questione *a latere* relativa alla validità della nomina del difensore dell'ente da parte del rappresentante legale imputato o indagato del reato presupposto.

The author critically analyses the judgment of the Italian supreme Court which has resolved an old issue concerning the fair balance between the right of defence of legal entities and the compliance with formalities as provided for by art. 39 of legislative decree n. 231/2001. The decision of the supreme Court also covers a secondary issue concerning the validity of the appointment of legal entity's defence lawyer made by the legal representative that is accused or under investigation for the underlying crime.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Elisa Maria Russo**

Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza - Università di Catania

Sommario 1. La partecipazione dell'ente: il d.lg. n. 231/2001 e l'eterointegrazione codicistica. — 2. Il precedente dibattito giurisprudenziale. — 3. La pronuncia delle Sezioni unite.

| P.3830

cassazione penale - n. 10 - 2016

1. LA PARTECIPAZIONE DELL'ENTE: IL D.LG. N. 231/2001 E L'ETEROINTEGRAZIONE CODICISTICA

Con l'arresto giurisprudenziale in commento, le Sezioni unite chiariscono quale sia il rapporto tra le modalità di partecipazione dell'ente al rito *de societate* e l'esercizio del diritto di difesa che, anche in tale contesto, va garantito in modo pieno all'incolpato, risolvendo così un contrasto ormai risalente e sorto già all'indomani delle prime esperienze applicative del d.lg. n. 231/2001.

Com'è noto, l'art. 39 del decreto appena citato – allo scopo di armonizzare le specificità caratterizzanti questi nuovi “ingombranti”⁽¹⁾ soggetti processuali con l'impianto codicistico esistente – ha dettato una disciplina particolare per l'intervento dell'ente nel procedimento a suo carico, prevedendone la costituzione con formalità di stampo processual-civilistico⁽²⁾, accompagnata dal conferimento di una procura speciale al difensore che ne assumerà altresì la rappresentanza, oltre che la difesa tecnica, nel caso di mancata comparizione del rappresentante legale⁽³⁾. Noto è, quindi, la tensione che si crea tutte le volte in cui la tempestività della risposta difensiva rischia di essere pregiudicata dall'osservanza di adempimenti che – sebbene previsti a tutela dell'ente – possono tradursi in un profondo *vulnus* al principio costituzionale dell'inviolabilità del diritto di difesa: la causa è la maggiore complessità della procedura di nomina del difensore fiduciario e l'ipotesi applicativa più paradigmatica coincide con il compimento di quegli atti di indagine che, come gli atti a sorpresa, essendo privi di preavviso, non consentono all'ente di pianificare con anticipo la propria reazione.

Sebbene l'intera pronuncia sembri ruotare interamente attorno all'esatta interpretazione dell'art. 39, ad uno sguardo più attento non può sfuggire come i principi di diritto enunciati siano meno circoscritti di quanto non appaia *prima facie* e costituiscano, invero, l'occasione per fissare dei punti fermi nell'ambito della più ampia relazione esistente tra i due sistemi normativi (il d.lg. n. 231/2001 ed il codice di rito) che convergono, non sempre in modo armonico, sulla materia *de qua* in virtù dell'inscindibile intreccio coniato dall'art. 34 del decreto⁽⁴⁾.

Discostandosi, dunque, dall'indicazione della legge delega di applicare al rito *de societate* l'insieme delle disposizioni codicistiche e rinunciando parallelamente all'idea di regolare in modo autonomo l'intero procedimento⁽⁵⁾, il legislatore delegato ha scelto di percorrere una via mediana ed ha disciplinato nel d.lg. n. 231/2001 solo gli aspetti in cui più vistosamente emergono le peculiarità di soggetti, quali le persone giuridiche, che per la prima volta si trovano ad indossare i panni dell'imputato nel rito penale. Da tale opzione emerge, quindi, come si sia preso atto dell'impossibilità di realizzare nei confronti degli enti un integrale adattamento delle strutture processuali esistenti, cucite addosso alla figura dell'imputato-persona fisica. Il risul-

⁽¹⁾ FIDELBO, *Le attribuzioni al giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Lattanzi, Giuffrè, 2005, p. 421.

⁽²⁾ VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2002, p. 240; GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2946.

⁽³⁾ FIDELBO, *Introduzione ad un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale*, in questa rivista, 1999, p. 3283.

⁽⁴⁾ VINCIGUERRA-CERESA-GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, *Cedam*, 2004, p. 113.

⁽⁵⁾ GIARDA, in AA.VV., *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Ipsoa 2007, p. 291.

decisioni della Corte di cassazione

519 | LEGGI SPECIALI

tato finale è la creazione di un microsistema che, per ragioni di economia legislativa, contiene esclusivamente le deroghe apportate allo schema ordinario del rito penale, cui comunque si rimanda in via sussidiaria ed integrativa per garantire completezza ed organicità alla materia.

Centrale è, dunque, il ruolo sistematico svolto dall'art. 34, norma con cui si apre il Capo III del decreto, e destinata a spiegare un'efficacia particolare su tutte le disposizioni processuali successive ⁽⁶⁾, insinuando non poco disorientamento negli interpreti chiamati a districarsi tra esegesi controverse e difficoltà di coordinamento. Ciò in quanto – oltre ad individuare positivamente l'insieme delle regole applicabili al processo *de societate* – il legislatore delegato affida alla disposizione in questione altresì il compito di fissare una precisa gerarchia tra le fonti richiamate, la quale si risolve nella scelta di attribuire prevalenza alle norme del decreto. Queste ultime, in ragione della loro specialità, vanno sempre preferite alla disciplina processuale comune, la cui valenza eterointegrativa è, dunque, subordinata *in primis* all'accertamento di eventuali vuoti di disciplina e successivamente ad una valutazione di compatibilità dell'impianto codicistico chiamato a colmarli.

Crocevia di problematiche interpretative trasversali, l'art. 34 finisce quindi per delineare gli assi portanti di questo microcodice nel quale sia il vuoto che il pieno, sia il dato positivo che il silenzio serbato dal legislatore ⁽⁷⁾ sono parimenti in grado di esprimere una regola precisa, la cui individuazione è rimessa tanto alla capacità dell'interprete di maneggiare con cura le tecniche ermeneutiche adoperate quanto alla sua sensibilità nei confronti del principio di legalità in materia processuale.

Le complessità appena delineate sono tutte puntualmente emerse anche nel dibattito che ha investito lo spettro operativo dell'art. 39 e che si è in particolare concentrato sulla possibilità di considerare la formale costituzione dell'ente nel procedimento una *condicio sine qua non* per l'esercizio da parte di tale soggetto delle prerogative difensive accordategli. A ben guardare, infatti, anche su tale questione si gioca una partita che vede schierati l'uno di fronte all'altro, non già semplicemente due norme, bensì due diversi ordini sistematici ognuno dei quali retto su una propria intrinseca logica e recante con sé il proprio corredo di garanzie. L'orientamento più risalente, poi disatteso dalle Sezioni unite, si reggeva invero sull'assunto che l'adempimento delle formalità previste dal decreto fosse circoscritto alla sola fase processuale, con la conseguente assenza di una normativa specifica che regolasse quella delle indagini preliminari. L'esistenza di una lacuna da colmare attivava, quindi, l'eterointegrazione sancita dall'art. 34 del decreto, aprendo le porte all'applicabilità della disciplina codicistica di cui all'art. 96 che consente all'imputato di nominare il proprio difensore mediante una semplice dichiarazione e, dunque, svincolando il pieno esercizio del diritto di difesa sia dalla necessità del conferimento di una procura speciale sia da quella di un previo atto di costituzione.

2. IL PRECEDENTE DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE

L'intervento delle Sezioni unite nasce dall'esigenza di risolvere un contrasto giurisprudenziale piuttosto antico e che nella prassi ha spesso trovato come punto di emersione proprio quello in

⁽⁶⁾ BELLUTA, sub art. 34, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Presutti, Bernasconi e Fiorio, Cedam, 2008, p. 369.

⁽⁷⁾ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 106.

cui il sistema è maggiormente fragile. La quasi totalità delle sentenze ⁽⁸⁾ che hanno affrontato l'argomento ha, infatti, guardato alla questione inerente la garanzia del diritto dell'ente alla difesa fiduciaria da un particolare angolo visuale: quello della necessità di reagire ad uno dei provvedimenti cautelari più temuti dalle società, ossia il sequestro preventivo, misura in grado di produrre conseguenze patrimoniali anche rilevantissime e la cui brevità dei termini di impugnazione mal si concilia con gli adempimenti di cui all'art. 39. Fortemente dibattuta era, invero, la possibilità di considerare ammissibile l'impugnazione del suddetto provvedimento cautelare reale da parte del difensore di fiducia nominato semplicemente ex art. 96 c.p.p. e senza l'osservanza delle formalità richieste dal legislatore del 2001, ribaltando così il criterio gerarchico enunciato nel decreto.

In particolare, l'orientamento giurisprudenziale più datato e minoritario, unitamente a buona parte della dottrina, forniva un'interpretazione particolarmente restrittiva dell'art. 39, accedendo così all'opzione meno rigida sotto il profilo formale. I vari tentativi di parziale sterilizzazione della norma citata si traducevano, invero, nella speculare espansione della disciplina codicistica richiamata in via sussidiaria e meglio in grado di garantire le prerogative difensive del soggetto incolpato.

Un primo filone ermeneutico ⁽⁹⁾ faceva leva su una serie di argomentazioni sfocianti nell'apposizione di un limite di carattere "temporale", fondato a sua volta su un'interpretazione sistematica della disciplina tracciata dal legislatore delegato. Tale assunto era, innanzitutto, deducibile dall'uso dell'espressione "l'ente partecipa al procedimento" cui lo stesso art. 39 correla l'adempimento delle formalità di costituzione e riferibile, secondo tale ricostruzione, esclusivamente alla fase processuale, la sola in cui si presenti l'esigenza di individuare una persona fisica deputata ad esternare la volontà del soggetto collettivo. L'unica conseguenza connessa all'inosservanza della suddetta disciplina è pertanto, come lo stesso decreto confermerebbe all'art. 41, la dichiarazione di contumacia dell'ente che omette di costituirsi ⁽¹⁰⁾ ed al quale è preclusa una piena partecipazione al rito *de societate*, mentre deve ritenersi assolutamente escluso che ne derivi anche un azzeramento dell'esercizio del diritto di difesa.

A dare sostegno a tale ipotesi ricostruttiva, si richiamavano inoltre sia le già enunciate considerazioni inerenti la funzione eterointegrativa dell'art. 34, sia la clausola di estensione generale contenuta nell'art. 35, con cui il legislatore delegato sancisce l'applicabilità all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato, anche questa volta entro i limiti di compatibilità. La costante osmosi normativa così realizzata renderebbe, dunque, possibile l'applicazione degli artt. 257 e 324 c.p.p. che individuano la platea dei soggetti legittimati a proporre richiesta di riesame includendovi, oltre all'imputato – non solo la persona alla quale le cose sono state sottratte o quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, ma – anche il difensore, al quale tale facoltà è senz'altro riconosciuta in virtù della nomina ex art. 96 c.p.p. e dunque anche in assenza di una procura speciale o di una previa costituzione formale.

⁽⁸⁾ CORSO, *Codice della responsabilità da reato degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, 2015, p. 235.

⁽⁹⁾ *Ex multis*, Sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 43642, Quisqueyana S.p.a., in *Foro it.*, 2009, 1, II, c. 37.

⁽¹⁰⁾ La disciplina va aggiornata alle novità introdotte dal d.lg. n. 67/2014, applicabile ai sensi del citato art. 34 anche al rito *de societate*. In tal senso, VARRASO, *L'abrogazione di "diritto" e di "fatto" della contumacia dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 3.

decisioni della Corte di cassazione

519 | LEGGI SPECIALI

Il secondo filone ermeneutico, affermatosi principalmente in dottrina ⁽¹¹⁾, sebbene approdasse anch'esso ad una restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 39, poneva l'accento – non su un *distinguo* correlato ai profili "temporali" del procedimento, bensì – sull'ampiezza e la pienezza delle prerogative difensive esercitabili. Come pure la suprema Corte avrà modo di sostenere, una corretta interpretazione del termine "procedimento", indicativo e del giudizio e delle indagini preliminari, impone di ritenere che il legislatore delegato abbia inteso considerare le formalità costitutive l'unica via d'accesso dell'ente al rito *de societate* indipendentemente dalla fase nella quale esso si trovi. A sostegno di tale tesi concorrerebbe, altresì, il riferimento dell'art. 39 alla cancelleria "dell'autorità giudiziaria" procedente quale luogo di deposito della dichiarazione con cui il soggetto collettivo manifesta la propria volontà di partecipazione. La suddetta locuzione ricomprende, infatti, tanto il giudice quanto il pubblico ministero, confermando che la costituzione può dunque perfezionarsi anche nel corso della fase investigativa oltre che in quella *stricto sensu* processuale.

Ribadita l'applicabilità dell'art. 39 all'intero procedimento, tale orientamento dottrinale sottolinea, tuttavia, come l'inerzia dell'ente non escluda né il suo assoggettamento ad indagine né l'eventuale irrogazione di un provvedimento di condanna, circostanze da cui scaturirebbe la necessità di garantire all'incolpato quanto meno l'esercizio di quel corredo minimo di prerogative difensive coincidente con la difesa tecnica.

Si traccia, così, la via per l'operatività di un *distinguo* ulteriore e diverso da quello finora delineatosi a livello pretorio, il quale risulta connesso direttamente al binomio "partecipazione" e "difesa" cui fa riferimento il legislatore delegante del 2000: mentre il diritto alla partecipazione e le più gravose formalità costitutive attraverso cui esso si realizza consentirebbero all'ente un pieno esercizio delle facoltà difensive, incluse quelle che costituiscono espressione di autodifesa; l'esigenza di garantire comunque al soggetto collettivo le medesime tutele accordate all'imputato-persona fisica impone di riempire di significato anche quell'accenno alla "difesa" contenuto nella legge delega, elevandolo a fonte di un diritto all'assistenza difensiva il cui esercizio è nettamente slegato dalla "partecipazione".

Si profila così un diritto di difesa "a due velocità", suscettibile cioè di realizzarsi in tutta la sua pienezza nei casi in cui il soggetto collettivo si costituisca nel procedimento, partecipandovi per il tramite di una persona fisica che ne assumerà la rappresentanza, che sarà legittimata al compimento anche di quegli atti personalissimi in cui si estrinseca l'autodifesa ed alla quale si affiancherà altresì un difensore in grado di garantire l'assistenza tecnica; diritto che viene, però, compresso nella diversa ipotesi in cui l'ente rimanga inerte e, rinunciando a partecipare personalmente al rito *de societate*, decida di contare su una difesa meramente tecnica. L'inservanza delle formalità costitutive non è più, quindi, fonte di preclusione *tout court* dell'esercizio del diritto di difesa nella fase processuale, ma più semplicemente causa di una *deminutio* nel corredo di garanzie accordate all'incolpato ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ FIDELBO, *Le attribuzioni al giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit.: VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 136.

⁽¹²⁾ In tal senso, VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 163, secondo cui al difensore nominato ex art. 96 c.p.p. è precluso il compimento degli atti cd. personalissimi che il codice di rito riserva esclusivamente all'imputato, ferma la facoltà del conferimento di una procura speciale. Un elenco dei medesimi è fornito da Sez. un., 29 ottobre 2009, n. 47923, D'Agostino, in *questa rivista*, 2010, p. 1761, con nota di DE AMICIS, *Istanza di oblazione e diritto di difesa dell'imputato: le Sezioni Unite escludono la necessità della procura speciale al difensore*.

Accanto all'orientamento meno formalista – nutrito tanto dall'apporto della giurisprudenza quanto da quello della dottrina che, sebbene seguendo percorsi differenti, confluiscono entrambi sull'idea di una limitazione dell'operatività dell'art. 39 –, si è recentemente delineata una posizione dotata di maggior rigore formale e più aderente alla *littera legis* ⁽⁴³⁾. Accedendo all'idea che il termine "procedimento" indichi e la fase investigativa e quella processuale, l'orientamento più innovativo ha invero considerato la costituzione dell'ente l'unico strumento per consentire a tale soggetto di "essere presente" nel rito *de societate* e di esercitare, dunque, in tale sede tutte le prerogative difensive riconosciutegli. L'inosservanza delle formalità di cui all'art. 39 non determina, tuttavia, *ex se* l'integrale sacrificio del diritto inviolabile di difendersi, poiché all'ente verrà comunque nominato un difensore d'ufficio che godrà dei medesimi poteri di iniziativa che il codice di rito accorda al difensore d'ufficio dell'imputato-persona fisica, con la conseguenza che a subire una limitazione saranno esclusivamente quei diritti connessi ad una formale partecipazione al procedimento, quali il diritto ad essere assistiti da un difensore di nomina fiduciaria e quello ad esercitare l'autodifesa.

Sebbene appaia in qualche modo giustificabile nei casi in cui la mancata costituzione dell'ente dipenda da una sua libera scelta, la compressione delle suddette garanzie può invece assumere un connotato discriminatorio qualora l'inosservanza delle formalità di cui all'art. 39 non esprima una manifestazione di volontà e sia piuttosto causata dall'oggettiva impossibilità di adempiervi tempestivamente ⁽⁴⁴⁾. Emblematico, in tal senso, è proprio il caso in cui l'ente incolpato sia destinatario di un provvedimento cautelare quale il sequestro preventivo, misura retta sulla logica della sorpresa ed in quanto tale non preceduta da alcun avvertimento. Ebbene, in una simile circostanza l'ente può effettivamente trovarsi nell'impossibilità di procedere alla nomina del difensore mediante il rilascio di una procura speciale, il quale dovrebbe altresì provvedere alla previa costituzione nel procedimento al fine di poter legittimamente prestare la propria assistenza durante l'esecuzione del sequestro o nell'eventualità dell'impugnazione della misura, con la conseguenza che all'ente non resta altra scelta che quella di avvalersi di un difensore d'ufficio. È quindi evidente come la disciplina dettata dal legislatore delegato entri in rotta di collisione con il diritto ad una difesa fiduciaria tutte le volte in cui il difensore sia chiamato ad intervenire "prontamente", situazione che si complica nell'ipotesi in cui il rappresentante legale dell'ente apprenda proprio in quel frangente di essere imputato o indagato del reato presupposto e di non godere più, dunque, del potere di nomina del difensore per l'inevitabile sorgere di un conflitto di interessi.

Tanto manifesta era, quindi, l'inadeguatezza di un modello unitario di partecipazione valevole per l'intero procedimento e tanto forte era il sospetto che intorno all'art. 39 iniziassero a profilarsi seri dubbi di legittimità costituzionale per l'attrito con gli artt. 24 e 111 Cost., che indispensabile appariva un intervento chiarificatore delle Sezioni unite, il cui *dictum* tuttavia non può ritenersi del tutto esente da deficit di coerenza e vizi metodologici, spesso spia di una non sempre nitida rappresentazione dei limiti insiti nell'attività ermeneutica.

⁽⁴³⁾ Sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689, A.R.I. International s.r.l., in *Dir. prat. società*, 2008, p. 58, con nota di NICODEMO e BIANCHI, *Responsabilità degli enti: casi di incompatibilità con il legale rappresentante*; più di recente, v. in termini, Sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748, in *C.E.D. Cass.*, n. 261967.

⁽⁴⁴⁾ DI GERONIMO, *Alle Sezioni Unite la questione concernente le modalità di partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 3, p. 170.

3. LA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE

Dopo aver capillarmente ricostruito i termini del contrasto giurisprudenziale esistente, il supremo Consesso passa ad individuare il principio di diritto applicabile alla materia, mostrando di propendere per una soluzione di compromesso che bilanci – quanto meno nelle intenzioni – la tutela del diritto al difensore di fiducia con l'osservanza delle formalità dettate dal d.lg. n. 231/2001 e costituenti, non una mera opzione, ma la sola via d'ingresso dell'ente nel procedimento a suo carico⁽¹⁵⁾. Con la medesima pronuncia si prende posizione anche su una questione *a latere*, avente ad oggetto la facoltà del rappresentante legale imputato o indagato del reato presupposto di procedere alla nomina del difensore di fiducia⁽¹⁶⁾, questione a ben vedere strettamente connessa alla prima in virtù della sua attinenza alla necessità di tutelare pur sempre il diritto di difesa dell'ente, che in questo caso specifico rischia di essere pregiudicato dal conflitto di interessi in cui viene a trovarsi il *procurator* improvvisamente divenuto *suspectus*.

Con riguardo al tema principale, le Sezioni unite – ribadita la specialità della disciplina dettata dal decreto – non esitano a confermarne l'applicabilità a qualunque fase del procedimento e, dunque, anche a quella delle indagini preliminari: i maggiori oneri, sotto il profilo organizzativo, che l'ente è chiamato a sostenere rispondono invero ad un duplice bisogno, in quanto, per un verso mirano a dare "corpo e voce" ad un soggetto che altrimenti ne sarebbe privo e, per altro verso, consentono di rendere immediatamente ostensibile all'autorità giudiziaria procedente l'eventuale esistenza di un conflitto di interessi tra l'ente e la persona fisica deputata a rappresentarlo, garantendo al primo una difesa effettiva ed immune da sospetti o inquinamenti di sorta.

Sebbene, dunque, non residui più alcun dubbio circa il carattere prodromico della procura speciale e della costituzione nel procedimento rispetto all'esercizio delle prerogative difensive dell'ente, la pronuncia non resta sorda alle esigenze di garanzia affiorate nella prassi ed introduce una deroga alla regola generale appena enunciata, volta a realizzare una piena assonanza con i principi rispetto a cui si è precedentemente evidenziato un rischio di lesione. Nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata, infatti, le Sezioni unite danno il via ad una nuova *actio finium regundorum* dell'art. 39, introducendo delle eccezioni all'ambito applicativo della norma, a ben vedere prive di un aggancio positivo, e tuttavia in grado di attivare nuovamente la funzione integrativa della disciplina comune ed in particolare degli artt. 96, 257 e 324 c.p.p.

La preferenza accordata all'orientamento formalista rintraccia, invero, un limite in tutte quelle ipotesi in cui la prontezza della risposta difensiva rende impossibile l'osservanza della disciplina del decreto, trasformando in un mero *flatus vocis* le tutele attribuite all'ente: il riferimento è non solo agli atti cd. a sorpresa, ma anche a tutte le altre ipotesi che i giudici di merito considereranno riconducibili ai criteri dell'imprevedibilità e dell'urgenza fondanti l'eccezione, con la conseguenza di rimettere alla prassi applicativa, e dunque ad un metodo selettivo di tipo casistico, la concreta individuazione del perimetro della deroga enunciata dalla Corte. Trattasi, quindi, di una deroga connotata da confini "mobili" ed "elastici", che hanno il

⁽¹⁵⁾ VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate, retro*, n. 2.3, p. 73; GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La Suprema Corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente, retro*, n. 2.3, p. 66.

⁽¹⁶⁾ RICCIO, (voce) *Rappresentanza processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991.

pregio di realizzare un adattamento costante ai principi costituzionali ma che possono parimenti tradursi in una minaccia per il diverso bene della certezza del diritto.

Il percorso metodologico annunciato dalle Sezioni unite, le quali si ripropongono di privilegiare un approccio esegetico connotato da un certo rigore, subisce dunque una considerevole deviazione nel momento in cui si elabora un'ipotesi derogatoria che, per quanto funzionale a ricondurre la norma in un quadro di conformità al sistema delle garanzie fondamentali, non trova alcun conforto nella *littera legis*.

La tensione che una tale scelta interpretativa crea rispetto al principio di legalità in materia processuale non sembra destare particolari timori nei giudici di legittimità, i quali proseguono delineando un'ulteriore eccezione all'eccezione appena enunciata. La disciplina derogatoria fondata sulla nomina del difensore *ex art. 96 c.p.p.* incontra, infatti, dei limiti considerevoli e non risulta applicabile in tutti i casi nei quali il soggetto collettivo abbia ricevuto, precedentemente o contestualmente al compimento dell'atto d'indagine, l'informazione di garanzia di cui all'art. 57 del decreto, con la quale viene specificamente avvertito della necessità di osservare le formalità dettate dall'art. 39 al fine di attuare la propria partecipazione al procedimento.

La Corte individua, dunque, nella notificazione dell'informazione di garanzia il momento a partire dal quale l'urgenza della reazione difensiva non può più prevalere sulla disciplina speciale contenuta nella novella del 2001, la quale tornerà così a governare con le proprie regole lo svolgimento del rito. La soluzione sembra, quindi, fondarsi su una sorta di accertamento in concreto – condotto dal giudice pur in mancanza di indicazioni legislative in tal senso – circa l'effettiva possibilità dell'ente di osservare di volta in volta le formalità richieste dalla regola generale di cui all'art. 39, con la scelta di svincolarlo da ogni onere qualora la celerità della reazione non ne consenta l'adempimento. L'esistenza di un procedimento a proprio carico e di specifiche modalità partecipative di cui l'ente viene edotto tramite l'informazione di garanzia elide, però, l'imprevedibilità e l'urgenza che giustificano la deroga e pone il soggetto collettivo – una volta svanito l'effetto sorpresa – nuovamente nella condizione di adempiere agli oneri previsti, con la conseguente riesplorazione della disciplina speciale e la speculare inapplicabilità di quella contenuta nel codice di rito.

Occorre notare come la pronuncia si inserisca perfettamente nel solco di quel percorso evolutivo che ha connotato lo spinoso approccio ermeneutico al d.lg. n. 231/2001: se in una prima fase, probabilmente complici e la scarsa dimestichezza con il nuovo microsistema creato e il rassicurante ricorso a normative già collaudate, si è operato con una certa larghezza il rinvio al modello codicistico; in tempi più recenti, un'interpretazione caratterizzata da maggiore maturità, ha valorizzato gli elementi di specificità del decreto, attribuendo loro il giusto rilievo. La dichiarata scelta di conferire prevalenza alla normativa speciale – assunto, peraltro, posto alla base delle soluzioni fornite anche con riguardo al dibattito sull'ammissibilità della costituzione di parte civile nel rito *de societate* – viene, però, subito sminuita dall'introduzione di una serie di deroghe dalla genesi prettamente giurisprudenziale che fanno da grimaldello al serrato sistema disegnato dal legislatore del 2001 e dischiudono nuovamente le porte all'insinuarsi della disciplina comune, dando vita ad una criticabile applicazione ad intermittenza dell'art. 39.

Singolare appare, poi, la decisione di calibrare la doverosità degli oneri partecipativi di cui *ex lege* l'ente è sempre destinatario, sulla base della sussistenza o meno di una condizione di sorpresa ritenuta meritevole di tutela, individuando proprio nella notificazione dell'informazione di garanzia il *discrimen* tra le ipotesi coperte dalla regola ordinaria e quelle invece

decisioni della Corte di cassazione

519 | LEGGI SPECIALI

riconducibili al quadro derogatorio. Non priva di perplessità risulta, infatti, la scelta di lasciare che ad incidere su aspetti così determinanti dell'assistenza difensiva sia un atto il cui compimento tanto con riguardo all'*an* che al *quando* è interamente rimesso alla discrezionalità di un soggetto processuale decisamente antagonista dell'ente incolpato ⁽¹⁷⁾.

Ulteriori margini di incoerenza emergono, infine, alla luce del confronto con la rigida soluzione adottata in materia di incompatibilità del rappresentante legale dell'ente ⁽¹⁸⁾: la latitudine di quest'ultima, nella prospettazione della Corte, si estende sino al punto di includere anche la nomina del difensore, attribuendo così al diritto fondamentale alla difesa fiduciaria – diritto salvaguardato nell'ambito della questione sinora esaminata tanto strenuamente da introdurre eccezioni sconosciute al diritto positivo – carattere recessivo rispetto alla necessità di tutelare l'incolpato dal conflitto anche solo potenziale coi propri organi di vertice ⁽¹⁹⁾.

La laconicità del dato positivo è, anche in questa circostanza, terreno fertile per il proliferare di elaborazioni pretorie spesso sfocianti in una vera e propria riscrittura della norma, attraversata da un'interpretazione estensiva del conflitto di interessi il cui *trend* è costantemente in ascesa. Il legislatore circoscrive, invero, il divieto di rappresentanza al solo caso in cui il *procurator* sia imputato del reato presupposto e – a differenza di quanto stabilito in altri ordinamenti ⁽²⁰⁾ – per evitare insidiose forme di invadenza giudiziaria, non offre alcun rimedio alla situazione di stallo che viene a crearsi. Al contrario, le pronunce avvicendatesi sul tema, esaltando la *ratio* di garanzia sottesa alla norma, costruiscono *ex novo* sia il ventaglio delle soluzioni possibili sia l'ampiezza dell'incompatibilità, la quale si dilata al punto tale da inglobare anche l'ipotesi del rappresentante legale soltanto indagato del reato presupposto, nonché quella in cui tale soggetto sia indagato o imputato di un reato connesso o collegato ⁽²¹⁾.

Perfettamente in linea con il percorso tracciato da una giurisprudenza pressoché costante ⁽²²⁾, anche le Sezioni unite ritengono che la nomina del difensore di fiducia non sia un atto neutro e che in quanto tale rischi di inquinare a monte l'intera strategia difensiva dell'ente. Nel sancirne l'inefficacia per carenza di legittimazione del *procurator suspectus*, tuttavia, si individua una cura peggiore della malattia, in quanto non solo tale vizio si riverbererà con effetto domino su tutti gli atti compiuti dal difensore (inclusa, per esempio, la stessa impugnazione di una misura cautelare) ed inciderà pesantemente sulle prerogative difensive dell'ente; ma non si lascerà all'incolpato altra alternativa se non quella di avvalersi di un difensore d'ufficio nelle more della rimozione del conflitto di interessi.

Una maggiore prudenza avrebbe forse potuto indurre la Corte a tenere in considerazione anche quella parte della dottrina ⁽²³⁾ che auspica una più accurata riflessione circa l'opportu-

⁽¹⁷⁾ GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, cit.

⁽¹⁸⁾ BASSI - EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 531.

⁽¹⁹⁾ *Ex multis*, Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29930, Ingresso Levante S.p.a., in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 2, p. 245, con nota di BELTRANI, *L'incompatibilità nel procedimento a carico dell'ente del rappresentante legale imputato del reato presupposto*.

⁽²⁰⁾ DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 189.

⁽²¹⁾ GARUTI, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 282.

⁽²²⁾ *Ex multis*, Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398, in *questa rivista*, 2010, p. 1377, con nota di Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*.

⁽²³⁾ GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, cit.

nità di estendere la portata del conflitto di interessi al rappresentante legale indagato del reato presupposto, sia per il carattere soltanto provvisorio che connota gli addebiti nella fase delle indagini preliminari sia per l'impossibilità dell'ente di conoscere – attraverso i tradizionali strumenti informativi – l'esistenza di una situazione di incompatibilità a fronte della quale adottare tempestivamente le dovute contromosse.

Concentrandosi unicamente sull'esigenza di apprestare massima garanzia al diritto ad una difesa fiduciaria, le Sezioni unite hanno trascurato la possibilità di fornire una soluzione più aderente alla *littera legis* ed alla quale si sarebbe potuti pervenire valorizzando, per esempio, un'interpretazione restrittiva del divieto assoluto di rappresentanza sancito dall'art. 39: l'orientamento dottrinale dominante ritiene, invero, che il conflitto di interessi vada circoscritto al solo profilo della costituzione nel procedimento e non anche ad atti, quali la nomina del difensore di fiducia. Sebbene effettuata dal rappresentante *cd. suspectus*, infatti, tale nomina si colloca in una fase precedente a quella costitutiva ed il rischio di "inquinamenti" dovrebbe ritenersi azzerato considerando che – anche in base ai principi deontologici che presidiano l'attività forense – il difensore è chiamato ad agire nell'interesse del suo cliente (in tal caso, l'ente) indipendentemente dalla posizione in cui versa il soggetto che ha provveduto alla nomina, pena addirittura il rischio di integrare la fattispecie di cui all'art. 380 c.p. ⁽²⁴⁾

Per quanto apprezzabile, dunque, il tentativo di dotare di un elevato grado di effettività il diritto di difesa dell'ente non può certo dirsi immune da riserve, né da *deficit* di coerenza: discutibile risulta, infatti, la scelta della Corte di pervenire ad esiti privi di uniformità, così come quella di seguire percorsi che – sotto il mantello dell'interpretazione costituzionalmente orientata – si traducono invero in evidenti forzature del dato positivo, spesso sintomatiche dell'esigenza di supplire con rapidità a carenze normative cui solo al legislatore, per quanto a volte si dimostri tecnicamente impreciso o ancor più spesso poco tempestivo, spetterebbe in ogni caso porre rimedio.

⁽²⁴⁾ VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale*, cit.