

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

sul D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 (*)

PARTECIPAZIONE DELL'ENTE AL PROCEDIMENTO ED INCOMPATIBILITÀ DEL RAPPRESENTANTE LEGALE IMPUTATO DEL REATO PRESUPPOSTO.

Il Giudice di Legittimità (Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, Ingross Levante S.p.a.) è tornato, di recente, ad occuparsi del tema delle forme di partecipazione al procedimento da parte dell'ente destinatario di un addebito di responsabilità formulato ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001 nelle ipotesi in cui il rappresentante legale del medesimo risulti imputato del reato-presupposto dell'illecito amministrativo. Trattasi, invero, di fattispecie espressamente disciplinata dall'art. 39 del Decreto (in termini generali, cfr. VERGINE, sub *Art. 39*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 543; VARRASO, sub *Artt. 39 D.Lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2010, 9658; BELLUTA, sub *Art. 39*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 368) il quale, in simili situazioni, contempla una deroga alla regola generale secondo cui la persona giuridica partecipa al procedimento intentato nei suoi confronti attraverso il soggetto cui risultano demandate prerogative di rappresentanza legale della medesima.

Nel caso di specie la società, destinataria di un decreto di sequestro preventivo emesso ai sensi degli artt. 19 comma 2 e 53 del Decreto in relazione ad ipotizzate condotte corruttive poste in essere dall'Amministratore Unico, depositava in prima battuta un atto di costituzione recante le generalità dello stesso Amministratore unico nonché del Presidente del collegio sindacale, poi una richiesta di riesame avverso il suddetto decreto ed, infine, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza confermativa del sequestro, atti tutti sottoscritti dai soggetti precedentemente evocati nonché dai legali all'uopo designati.

La Corte di Cassazione, muovendo dal divieto formulato dall'ultimo periodo del primo comma dell'art. 39, ha riscontrato *in primis* l'invalidità dell'atto di costituzione della società, in quanto sottoscritto dallo stesso indagato, che, pur essendo legale rappresentante della medesima, era inabilitato a rappresentare l'ente in giudizio, nonché dal Presidente del collegio sindacale che ometteva di fornire alcuna documentazione dei suoi poteri di rappresentanza e che quindi doveva ritenersi soggetto non legittimato, pervenendo poi, in via consequenziale, a dichiarare invalido il conferimento della procura speciale ai difensori indicati nell'atto di costituzione, nonché inammissibili, per le medesime ragioni, tanto la richiesta di riesame quanto il successivo ricorso per cassazione.

Le statuizioni adottate nell'occasione della Suprema Corte risultano in linea con un precedente arresto (Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, in *Mass. Uff.*, n. 244409) nel quale i giudici di legittimità ebbero modo di precisare che anche la semplice nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del rappresentante lega-

le "incompatibile" deve considerarsi ricompresa nel divieto di cui all'art. 39, comma 1 del Decreto in quanto realizzata da un soggetto non legittimato ad esprimere la volontà della persona giuridica nel procedimento che la riguarda, trattandosi, peraltro, di atto che non può ritenersi neutro in quanto strettamente connesso alla partecipazione dell'ente al processo, soprattutto in ragione dei considerevoli poteri rappresentativi di cui il difensore è dotato ai sensi del comma 4 del disposto in questione.

Nell'ambito della stessa pronuncia veniva, altresì, dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 prospettata in relazione al fatto che, non prevedendo esso alcun meccanismo procedurale attraverso cui ovviare alla incompatibilità evocata dalla clausola di salvezza di cui al primo comma, il medesimo comporterebbe una palese violazione del diritto di difesa dell'ente e dei principi del giusto processo (v. AMATO, *La costituzione del legale in conflitto d'interesse rende non ammissibili gli atti processuali*, in *Guida dir.*, 2010, 7, 77).

Ed invero, nei casi in cui opera tale divieto, funzionale ad evitare un evidente e insanabile conflitto di interessi anche all'interno della stessa struttura organizzativa della persona giuridica, potendo presumersi che le linee difensive del soggetto collettivo e del suo rappresentante legale vengano a collidere, il legislatore italiano ha evitato di imporre all'ente un rappresentante di nomina esterna, sia pure solo ai fini della partecipazione al procedimento penale, riservando allo stesso la scelta di chi debba rappresentarlo nel processo mediante il ricorso agli ordinari strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo (FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 477).

Il divieto rivolto alla persona imputata del reato-presupposto di esercitare i poteri di rappresentanza processuale dell'ente comporterebbe, quindi, per la persona giuridica la possibilità di optare per diverse soluzioni, nessuna delle quali, ad avviso della Corte, in grado di compromettere il diritto di difesa (cfr. PISTORELLI, *Le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 2, 177).

Nel dettaglio, l'ente potrebbe designare un nuovo rappresentante legale ovvero nominarne uno con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento in corso, potendo in entrambi i casi esercitare pienamente le prerogative difensive ordinariamente previste; potrebbe, diversamente, decidere di rimanere inerte e di non sostituire il rappresentante incompatibile, nel qual caso nell'udienza preliminare e

nel giudizio verrebbe dichiarato contumace, con conseguente applicazione della disciplina codicistica ordinaria, ivi compresa la nomina di un difensore di ufficio, mentre nel corso delle indagini preliminari gli verrebbe comunque assicurato il diritto di difesa tecnica attraverso la nomina di un legale d'ufficio in relazione ad ogni singolo atto che postulasse la presenza e l'assistenza del difensore. In quest'ultimo caso resterebbero esclusi gli atti difensivi c.d. personalissimi, come la richiesta di riti alternativi, non ricompresi nel concetto di difesa tecnica, il cui mancato compimento, tuttavia, rappresenterebbe una conseguenza dell'opzione effettuata dalla persona giuridica di non essere presente nel procedimento per non avere sostituito il rappresentante legale "incompatibile", il che imporrebbe anche in questo caso di escludere una violazione dell'art. 24 della Carta Fondamentale.