

SN

41398/09

SENTENZA n. 1242
REGISTRO GENERALE n. 1626/09
CAMERA DI CONSIGLIO DEL 19 GIUGNO 2009

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Sezione sesta penale

Composta dai Signori:

- | | |
|---------------------------|---------------|
| Dott. Giovanni de Roberto | - Presidente |
| 1. Dott. Saverio Mannino | - Consigliere |
| 2. Dott. Vincenzo Rotundo | - Consigliere |
| 3. Dott. Domenico Carcano | - Consigliere |
| 4. Dott. Giorgio Fidelbo | - Consigliere |

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

F. C., nato a P. il 10.1., anche quale rappresentante legale della società Gastronomia Salvò s.r.l.;

contro l'ordinanza del 1° dicembre 2008 emessa dal Tribunale di Padova;

visti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

sentita la relazione fatta dal consigliere dott. Giorgio Fidelbo;

sentito il Sostituto Procuratore generale, dott. Giovanni Galati, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

sentito l'avvocato Roberto Leonardo in sostituzione dell'avvocato Alberto Di Mauro, che ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Nel procedimento avviato a carico di F. [REDACTED] C. [REDACTED] per reati di corruzione (art. 321 c.p. in relazione agli artt. 319, 319-bis e 61 n. 7 c.p.), commessi anche nell'interesse della società Gastronomia Salvò, anch'essa sottoposta ad indagine ai sensi del d.lgs. 231/2001 (art. 25 d.lgs. cit.), il G.i.p. del Tribunale di Padova emetteva, in data 18.3.2008, un primo decreto di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 comma 2-bis c.p.p., funzionale alla confisca del profitto - quantificato in euro 1.020.785,70 - ex art. 322-ter c.p., di somme di denaro, titoli, azioni, beni immobili nella disponibilità di F. [REDACTED] C. [REDACTED]; successivamente, in data 3.4.2008, lo stesso G.i.p. emetteva un secondo decreto di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 53 d.lgs. 231/2001, funzionale alla confisca del profitto - quantificato sempre in euro 1.020.785,70 - ex art. 19 d.lgs. cit., avente ad oggetto somme di denaro, beni ed altre utilità, nei confronti della società Gastronomia Salvò s.r.l.

L'istanza di restituzione dei beni sequestrati, avanzata nell'interesse di C. [REDACTED] veniva respinta dal G.i.p. in data 23.10.2008.

Contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di restituzione il C. [REDACTED] presentava appello al Tribunale di Padova, ai sensi dell'art. 322-bis c.p.p.

Con provvedimento del 1°12.2008 il Tribunale dichiarava inammissibile l'appello in relazione al sequestro dei beni intestati alla società Gastronomia Salvò s.r.l., stante la situazione di incompatibilità dello stesso C. [REDACTED] ai sensi dell'art. 39 d.lgs. 231/2001, che lo rendeva non legittimato a presentare impugnazione nell'interesse della società di cui era amministratore.

L'appello era invece respinto con riferimento ai beni sequestrati a F. [REDACTED] C. [REDACTED], compresi alcuni beni cointestati a sua madre (G. [REDACTED] A. [REDACTED]) e alla sua ex moglie (M. [REDACTED] C. [REDACTED]); mentre il sequestro veniva revocato in relazione alla somma contenuta nel conto corrente n. 113/F intestato a G. [REDACTED] A. [REDACTED] non essendo emersi elementi per ritenere che il denaro provenisse da rimesse dell'indagato.

2. - F. [REDACTED] C. [REDACTED], anche in qualità di rappresentante legale della Gastronomia Salvò s.r.l., tramite il suo difensore di fiducia, ricorre contro l'ordinanza del Tribunale di Padova

Con il primo motivo il ricorrente chiede sia sollevata questione di costituzionalità dell'art. 39 d.lgs. 231/2001, in quanto la norma non consente che la società indagata possa efficacemente difendersi nel caso in cui il suo rappresentante legale sia indagato del reato da cui può derivare la responsabilità della persona giuridica, dal momento che non prevede alcun meccanismo procedurale in grado di ovviare alla situazione di incompatibilità prevista dalla suddetta disposizione, in questo modo violando l'art. 24 Cost. sul diritto di difesa, nonché gli artt. 3 e 111 Cost., in relazione ai principi di uguaglianza e del giusto processo.

Con il secondo motivo censura il provvedimento impugnato per avere ritenuto F. [REDACTED] C. [REDACTED] privo di legittimazione a presentare l'appello, in quanto legale rappresentante incompatibile ai sensi dell'art. 39 d.lgs. cit., senza considerare che: a) la norma si riferisce alla qualifica di imputato e non di indagato; b) l'impugnazione ex art. 322-bis c.p.p. può essere azionata da chiunque abbia interesse; c) nella specie non esiste nessun conflitto di interesse tra il legale rappresentante e la società, né il Tribunale ha motivato circa l'esistenza di tale conflitto.

Con il terzo motivo deduce che i beni sequestrati della società non si pongono in rapporto strumentale rispetto al presunto fatto illecito e non possono essere considerati pertinenti al reato. In particolare, il ricorrente rileva come né il G.i.p., né il Tribunale abbiano fornito adeguata motivazione circa la corrispondenza dei beni e del denaro sequestrati alla nozione di profitto del reato in relazione "alla sequestrabilità dei beni della persona giuridica ex d.lgs. 231/2001", omettendo di considerare che la derivazione del denaro provenisse dai ricavi leciti dell'attività economica svolta dalla società.

Con altro motivo, avente ad oggetto anche il capo dell'ordinanza impugnata riguardante i beni sequestrati direttamente al C. [REDACTED], il ricorrente denuncia il

vizio di motivazione, ritenendo che il Tribunale ha erroneamente considerato valida la motivazione *per relationem* utilizzata nel provvedimento del G.i.p.

Sotto altro profilo contesta la motivazione dell'ordinanza del Tribunale che non ha spiegato come i beni sequestrati possano essere ritenuti profitto del reato e assoggettabili a sequestro per equivalente.

Infine, con riferimento ai conti cointestati al C. [REDACTED] alla moglie e a terzi, censura la motivazione offerta dal Tribunale che pone a carico dell'indagato l'onere di dimostrare che si tratta di beni appartenenti ad altri.

MOTIVI DELLA DECISIONE

3. - L'eccezione di costituzionalità sollevata dal ricorrente con il primo motivo è manifestamente infondata, in quanto la situazione di incompatibilità cui si riferisce l'art. 39 d.lgs. cit. non determina alcuna violazione delle norme costituzionali invocate nel ricorso.

L'art. 39 cit. precisa che la partecipazione della persona giuridica al procedimento penale avviene attraverso il proprio rappresentante legale, individuato in base alla disciplina contenuta nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente, che designa l'organo - cioè la persona fisica che ne è titolare - a cui spetta la competenza ad esternare la volontà del soggetto collettivo. Questa regola generale viene derogata quando il rappresentante legale risulta imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo attribuito all'ente, nel qual caso il citato articolo pone un divieto assoluto per il rappresentante legale di rappresentare l'ente nel procedimento penale, 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.

Tralasciando per il momento le ragioni a fondamento dell'ipotesi di incompatibilità, occorre sottolineare che tale situazione, così come prevista dall'art. 39 cit., non determina né la compromissione del diritto di difesa dell'ente (art. 24 Cost.), né costituisce violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)

ovvero del giusto processo (art. 111 Cost.), così come sostiene il ricorrente. A differenza di altre esperienze giuridiche in cui simili casi di conflitto tra ente e rappresentante sono risolti con la nomina di un terzo da parte del giudice, il legislatore italiano ha compiuto una scelta diretta ad evitare forme di invadenza giudiziaria all'interno dell'organizzazione della persona giuridica, rimettendo a quest'ultima ogni decisione al riguardo, nel rispetto della stessa struttura e degli organi del soggetto collettivo. In sostanza, dal complesso della disciplina prevista in materia di rappresentanza emerge come da parte del legislatore si sia voluto evitare di imporre all'ente un rappresentante di nomina esterna, sia pure solo per la partecipazione al procedimento penale, e si sia preferita una soluzione che attribuisca all'ente la scelta di chi debba rappresentarlo nel processo, anche in caso di conflitto di interessi, utilizzando i normali strumenti previsti all'interno della sua compagine organizzativa, quali lo statuto o il proprio atto costitutivo.

Il divieto rivolto alla persona imputata nel fatto reato - presupposto della responsabilità dell'ente - di esercitare i poteri di rappresentanza processuale comporta per la persona giuridica la possibilità di optare per almeno tre distinte soluzioni, nessuna delle quali in grado di compromettere il diritto di difesa.

L'ente potrà nominare un nuovo rappresentante legale ovvero nominarne uno con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (*procuratore ad litem*): in entrambi i casi il soggetto collettivo parteciperà al procedimento instaurato a suo carico previa costituzione nelle forme di cui all'art. 39 comma 2 d.lgs. 231/2001 e potrà pienamente difendersi.

D'altra parte, una volta che si è rimessa la scelta allo stesso soggetto interessato dal conflitto deve, conseguentemente, riconoscersi a questi anche la possibilità di rimanere inerte, cioè di non provvedere ad alcun tipo di sostituzione del rappresentante legale, non importa per quale ragione: in questo caso il divieto assoluto di rappresentanza, previsto dalla seconda parte del comma 1 dell'art. 39 d.lgs. 231/2001, impedisce al rappresentante "incompatibile" di essere nel procedimento. Pertanto, nell'udienza preliminare e nel giudizio l'ente sarà dichiarato contumace ai sensi dell'art. 41 d.lgs. 231/2001, con conseguente

applicazione della disciplina codicistica in materia, compresa la nomina di un difensore di ufficio.

Più complesse le conseguenze nella fase delle indagini preliminari in cui non è prevista la dichiarazione di contumacia, sicché la scelta di non sostituire il rappresentante legale può avere delle ricadute sul piano delle facoltà difensive. All'ente viene comunque assicurato il diritto di difesa tecnica attraverso la nomina di un difensore d'ufficio: trova, infatti, applicazione nella fase delle indagini l'istituto dell'informazione sul diritto di difesa previsto dall'art. 369-bis c.p.p., del tutto compatibile con il processo disciplinato dal d.lgs. 231/2001, per cui il pubblico ministero sin dal primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere deve provvedere alla nomina del difensore d'ufficio, il quale può esercitare tutte le prerogative difensive a favore dell'ente, ad eccezione di quelle rientranti nella categoria degli atti c.d. personalissimi. In questo modo, l'ente che decida di non sostituire il rappresentante legale "incompatibile" non rimarrà privo di difesa nel corso delle indagini preliminari, in quanto, ad esempio, spetterà al difensore d'ufficio proporre impugnazione avverso i provvedimenti cautelari reali ovvero partecipare all'udienza prevista dall'art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001.

Restano esclusi, come si è accennato, gli atti difensivi c.d. personalissimi, che presuppongono la diretta partecipazione del soggetto collettivo attraverso il proprio legale rappresentante che, qualora incompatibile ai sensi dell'art. 39 comma 1 d.lgs. cit., non potrà spendere la volontà dell'ente nel processo: così, a titolo di esempio, l'ente non potrà richiedere di essere ammesso ai riti alternativi, non potrà chiedere di essere interrogato per chiarire la sua posizione, non potrà proporre personalmente impugnazione avverso le misure cautelari, né partecipare all'udienza prevista dall'art. 47 comma 2 d.lgs. 231/2001, così come non potrà presentare dichiarazione di ricsuzione ovvero rinunciare alla prescrizione, tutti atti che coinvolgono facoltà processuali e diritti personalissimi di stretta pertinenza del soggetto imputato, che non possono essere ricompresi nel concetto di difesa tecnica e che non possono neppure essere lasciati alle determinazioni di un rappresentante legale che si trovi in una situazione di conflitto di interessi con l'ente.

Tuttavia, il mancato esercizio di tali facoltà rappresenta, in questo caso, una conseguenza determinata dalla opzione della persona giuridica di non essere presente nel procedimento - per non avere provveduto alla sostituzione del rappresentante legale "incompatibile" - e poiché secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'Uomo il diritto di difesa è sempre condizionato alle determinazioni dell'imputato, che può scegliere anche di non partecipare al processo di cui abbia piena conoscenza, deve escludersi che l'art. 39 d.lgs. 231/2001 si ponga in contrasto con le norme della Costituzione indicate dal ricorrente, in particolare con gli artt. 24 e 111 Cost.

Né appare fondato invocare l'art. 3 Cost., in quanto tale richiamo si fonda su un presupposto errato, quello secondo cui vi sarebbe un "vuoto normativo", cioè mancherebbe un meccanismo processuale *ad hoc* in grado di consentire il superamento della situazione di incompatibilità tra ente e rappresentante legale, laddove - come si è visto - il legislatore del 2001 ha, invece, indirettamente individuato una soluzione che rimette all'ente ogni opzione su come superare il conflitto.

4. - Il secondo motivo è infondato, in quanto deve ritenersi che correttamente il Tribunale ha dichiarato inammissibili le richieste di restituzione dei beni sequestrati alla società *Gastronomia Salvò s.r.l.*, perché formulate da un rappresentante legale "incompatibile" a norma dell'art. 39 d.lgs. 231/2001.

4.1. - Come si è anticipato, la disposizione in esame pone al rappresentante legale che sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo un esplicito divieto di rappresentare l'ente, divieto che si giustifica perché il rappresentante legale e la persona giuridica si trovano in una situazione di obiettiva e insanabile conflittualità processuale, dal momento che la persona giuridica potrebbe avere interesse a dimostrare che il suo rappresentante ha agito nel suo esclusivo interesse o nell'interesse di terzi ovvero a provare che il reato è stato posto in essere attraverso una elusione fraudolenta dei modelli organizzativi adottati, in questo modo escludendo la propria responsabilità e facendola così

ricadere sul solo rappresentante: è evidente in tali casi il conflitto di interessi che si verificherebbe qualora l'ente fosse rappresentato dallo stesso soggetto imputato del reato presupposto.

Il divieto di rappresentanza stabilito dall'art. 39 d.lgs. 231/2001 è assoluto, non ammette deroghe in quanto è funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa al soggetto collettivo imputato in un procedimento penale; d'altra parte tale diritto risulterebbe del tutto compromesso se fosse ammessa la possibilità che l'ente partecipasse al procedimento rappresentato da un soggetto portatore di interessi configgenti da un punto di vista sostanziale e processuale. Per questa ragione l'esistenza del "conflitto" è presunta *iuris et de iure* dall'art. 39 cit. e la sua sussistenza non deve essere accertata in concreto, con l'ulteriore conseguenza che non vi è alcun onere motivazionale sul punto da parte del giudice, come invece sostiene il ricorrente. Il divieto assoluto di rappresentanza scatta in presenza della situazione contemplata dall'art. 39 cit., cioè quando il rappresentante legale risulta essere imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, sicché il giudice deve solo accertare che ricorra tale presupposto, senza che sia richiesta una verifica circa un'effettiva situazione di incompatibilità.

4.2. - Sotto altro profilo deve affermarsi che il divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 cit. non può che valere anche nell'ipotesi in cui il rappresentante dell'ente sia soltanto indagato, in quanto la *ratio* della disposizione va individuata nella necessità di evitare situazioni di conflitto di interesse con l'ente, verificabili soprattutto nelle prime e delicate fasi delle indagini, "di fondamentale importanza per le acquisizioni richieste per gli atti propulsivi del procedimento" (così, Sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689, A.R.I. International s.r.l.). D'altra parte, nel nostro sistema processuale le garanzie previste a favore dell'imputato si estendono all'indagato e tale regola, sancita dall'art. 61 c.p.p., trova applicazione anche nel processo a carico dell'ente, attraverso la norma di chiusura di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001.

4.3. - Così inteso, il divieto di cui all'art. 39 d.lgs. 231/2001 produce necessariamente conseguenze sul piano processuale, in quanto tutte le attività svolte dal rappresentante "incompatibile" all'interno del procedimento penale che riguarda l'ente devono essere considerate inefficaci. La riprova di questa soluzione radicale è costituita dall'art. 43 comma 2 d.lgs. 231/2001, che individua l'unica eccezione al divieto di rappresentanza, in quanto riconosce espressamente l'efficacia delle notifiche eseguite mediante la consegna al legale rappresentante "anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo".

Ne consegue che del tutto correttamente il Tribunale di Padova, con il provvedimento impugnato, ha ritenuto inammissibile l'appello proposto da F. [REDACTED] C. [REDACTED], amministratore della società Gastronomia Salvò s.r.l., indagato, assieme all'altro amministratore, del reato di corruzione, avendo corrisposto al direttore e al consigliere di amministrazione della Pia Opera Fondazione V.S. Breda somme di denaro ed altre utilità per il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio, reato per il quale si procede anche nei confronti della stessa società, nell'interesse della quale sarebbe stato realizzato.

Si tratta di un caso che rientra perfettamente nella situazione di "incompatibilità" delineata dall'art. 39 comma 1 d.lgs. 231/2001, per cui il C. [REDACTED] oltre a non potersi costituire secondo le modalità formali previste dai commi 2 e 3 dell'art. 39 cit. (in realtà, dagli atti non risulta con chiarezza se vi sia stata una formale costituzione da parte del Caporello), non avrebbe comunque potuto porre in essere alcun altro atto funzionale a manifestare la volontà della società nel processo, tanto più l'appello ai sensi dell'art. 322-bis c.p.p.

Né vale osservare che l'articolo da ultimo citato consente anche al difensore di proporre l'impugnazione, sicché il difensore che sia stato nominato dal rappresentante, anche se "incompatibile", è comunque legittimato all'appello che perciò deve essere considerato "valido" e ammissibile (cfr., Sez. VI, 5 novembre 2007, n. 43642, Quisqueyana s.p.a.; *contra*, Sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689, A.R.I. International s.r.l.).

Fermo restando che le diverse modalità di costituzione dell'ente nel processo e di nomina del difensore, previste nel d.lgs. 231/2001, prevalgono sulla disciplina

codicistica proprio in quanto derogano alle regole ordinarie e, quindi, hanno natura di disposizioni speciali, si osserva che anche la semplice nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del rappresentante legale "incompatibile" deve considerarsi ricompresa nel divieto posto dall'art. 39 comma 1 d.lgs. 231/2001, in quanto realizzata da un soggetto che non è legittimato a rappresentare l'ente, cioè ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda. Del resto la nomina del difensore non può essere considerata un atto neutro, ma anzi è strettamente connessa alla partecipazione nel processo, anche in considerazione dei maggiori poteri rappresentativi che il difensore ha nel processo a carico dell'ente (art. 39 comma 4 d.lgs. 231/2001), sicché è evidente come una tale decisione possa apparire quanto meno "sospetta" qualora provenga da un soggetto che la legge considera "incompetente" a rappresentare l'ente. Tra l'altro si tratta di una scelta che determina l'instaurarsi di un rapporto di fiducia tra le parti, garantito anche dal segreto professionale, sicché l'atto di nomina deve avere i caratteri di una libera determinazione dell'ente e non può essere rimessa ad un soggetto che si trova in una situazione di conflitto di interessi, presunta dalla legge in termini assoluti. Le preoccupazioni pratiche rispetto alla necessità di far intervenire al più presto un difensore di fiducia per tutelare la posizione dell'ente, ad esempio per impugnare provvedimenti cautelari emessi a suo carico, sono recessive rispetto all'esigenza di assicurare il pieno ed effettivo diritto di difesa all'ente stesso, anche attraverso un atto di nomina del difensore che non appaia inquinato da valutazioni estranee all'interesse della società coinvolta nel processo. In queste ipotesi la nomina verrà effettuata da un diverso organo della società, che potrà anche essere il nuovo rappresentante legale ovvero il rappresentante *ad processum*, ma deve escludersi che il difensore possa essere designato dal rappresentante in situazione di incompatibilità.

5. - La conferma del provvedimento impugnato in relazione alla ritenuta mancanza di legittimazione del C. [REDACTED] comporta l'assorbimento delle ulteriori deduzioni proposte con il terzo motivo e riguardanti il sequestro dei beni della società Gastronomia Salvò.

6. - Manifestamente infondati sono, infine, gli altri motivi aventi ad oggetto il capo dell'ordinanza impugnata riguardante i beni sequestrati direttamente al C. [redacted]

Per quanto concerne la doglianza inerente il ricorso alla motivazione *per relationem* deve rilevarsi che questo tipo di motivazione è da considerare legittima quando l'atto di riferimento, non allegato o non trascritto nel provvedimento da motivare, sia specificato attraverso dati identificativi e, se non conosciuto, sia agevolmente conoscibile dall'interessato, indipendentemente dalla esistenza e dalla validità della sua notificazione, posto che questa non rappresenta l'unico modo attraverso cui gli atti sono conoscibili nel processo (Sez. V, 12 febbraio 2002, n. 11191, Soriano). Nella specie, il Tribunale ha richiamato l'ordinanza applicativa della misura cautelare personale a carico del C. [redacted], da questi conosciuta, sicché deve ritenersi legittimo il ricorso alla motivazione *per relationem*.

Le altre doglianze contenute nell'ultimo motivo sono da considerare inammissibili, in quanto denunciano vizi di motivazione non censurabili con il ricorso per cassazione previsto dall'art. 325 c.p.p.

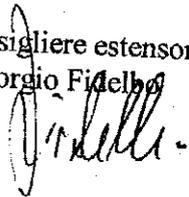
7. - In conclusione il ricorso deve essere rigettato, con la condanna di F. [redacted] C. [redacted] al pagamento delle spese processuali.

P. Q. M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.
Così deciso in Roma, il 19 giugno 2009

Il Consigliere estensore

Giorgio Fidelbo



Il Presidente

Giovanni de Roberto

