

**Cassazione penale sez. II - 19/10/2018, n. 52470**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE SECONDA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PRESTIPINO Antonio - Presidente -  
Dott. DE CRESCIENZO Ugo - Consigliere -  
Dott. IMPERIALI Luciano - Consigliere -  
Dott. DE SANTIS Anna M. - Consigliere -  
Dott. BORSELLINO M. - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

S.R.L. MARTINELLI;

avverso la sentenza del 19/12/2017 della CORTE APPELLO di SALERNO;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere Dott. MARIA DANIELA  
BORSELLINO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore  
Dott. CARDIA DELIA, che ha concluso chiedendo l'annullamento con  
rinvio della sentenza di primo e di secondo grado in accoglimento  
del primo motivo di ricorso;

gli avv. Maria Elena Castaldo e Andrea Castaldo insistono nei motivi  
di ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata la Corte di appello di Salerno ha confermato la sentenza emessa dal Tribunale di Salerno il 26 settembre 2012 nei confronti della società a responsabilità limitata M., che aveva dichiarato la stessa società responsabile dell'illecito amministrativo a lei ascritto al capo L della rubrica, condannandola al pagamento della sanzione pecuniaria di 250 quote azionarie ovvero alla

sanzione di Euro 60.000. Con la medesima pronuncia è stata confermata la confisca delle quote sociali della società di proprietà di M.G. e di un capannone della società.

2. Avverso la detta pronuncia propongono ricorso i difensori di fiducia e procuratori speciali della M. Srl deducendo:

2.1 violazione di legge e mancanza assoluta della motivazione in ordine alla violazione del diritto di difesa della M. Srl, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 39 e 40 da cui discende la nullità assoluta della sentenza impugnata. Deducono i ricorrenti che l'ente si è costituito in giudizio e ha partecipato al procedimento penale mediante il difensore di fiducia nominato dal proprio rappresentante legale, imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo e pertanto incompatibile ai sensi dell'art. 39 citato. Sebbene all'udienza del 21 dicembre 2009 il tribunale avesse rilevato la causa di incompatibilità, indicando un difensore di ufficio, la società dalla successiva udienza risultava assistita dal difensore di fiducia, nominato dal rappresentante legale incompatibile.

Solo nel giudizio di appello la società si è costituita con il ministero di difensore nominato dal nuovo rappresentante legale non imputato. Deve pertanto ritenersi che la società si è rimasta priva di un difensore, perchè invalidamente nominato da un legale rappresentante. Deve pertanto ritenersi che la società si è ritualmente costituita solo nel giudizio di appello. Ne conseguirebbe a giudizio dei difensori la nullità insanabile della sentenza di primo grado.

2.2 Inosservanza delle norme processuali richiamate dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 34 stabilite a pena di nullità. Lamentano i ricorrenti che in ordine alla richiesta difensiva di declaratoria di improcedibilità per intervenuta prescrizione, determinata dalla nullità assoluta della richiesta di rinvio a giudizio, la corte si è limitata a riproporre l'assunto richiamato dal tribunale affermando che l'illecito amministrativo non è prescritto in quanto la richiesta di rinvio a giudizio della società interrompe la prescrizione sospende i termini sino al passaggio in giudicato della sentenza. Rileva la difesa che l'articolato normativo prevede che le sanzioni amministrative si prescrivono nei termini di cinque anni dalla data di consumazione del reato e che la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59 interrompe la prescrizione che non corre sino al momento in cui passa giudicato la sentenza che definisce il giudizio (art. 22 D.Lgs. citato). Ma il meccanismo della interruzione della prescrizione è subordinato alla conoscenza giuridica dell'atto da parte dell'ente che nel caso della M. Srl non si è verificata, essendo rimasta priva di un difensore sin dalla fase preliminare con conseguente nullità della richiesta di rinvio a giudizio e in validazione di tutti gli atti consecutivi. A ciò si aggiunga che la richiesta di rinvio a giudizio è atto ricettizio, per cui la prescrizione non è interrotta dalla mera emissione del provvedimento di contestazione dell'illecito amministrativo dell'ente ma dalla avvenuta notifica all'ente del provvedimento stesso. In ogni caso la prescrizione del reato cosiddetto

presupposto maturata sin dalla sentenza di primo grado determina la decadenza della contestazione dell'illecito stesso ai sensi dell'art. 60. La corte di appello non ha tenuto in alcuna considerazione le norme processuali con sir richiamate che sono stabilite a pena di nullità.

2.3 Vizio di motivazione in ordine alla verifica dei criteri di imputazione oggettiva del fatto di reato alla M. Srl. sul rilievo che la corte di appello ha utilizzato una motivazione per relationem alle argomentazioni del giudice di primo grado e ha richiamato esclusivamente i capi di imputazione contestati alle persone fisiche, senza alcun riferimento al capo contestato all'ente (capo L), trascurando di considerare le censure avanzate con l'atto di gravame, con il quale si lamentava il mancato accertamento dei presupposti della responsabilità dell'ente previsti dall'art. 5 Decreto citato, e cioè l'interesse e il vantaggio che la società avesse ricevuto in ragione della condotta illecita del suo amministratore.

2.4 Mancata assunzione di una prova decisiva in ordine alle richieste di accertamento avanzate nel corso dell'istruttoria dibattimentale o vizio di motivazione in ordine alla inesistenza delle operazioni oggetto di fatturazione. La ricorrente aveva sollecitato il conferimento di un incarico peritale teso a individuare l'esatto valore dell'opificio realizzato, nonché l'accertamento presso l'agenzia delle entrate dell'an e del quantum di Iva versata dalla R. Srl. Questi elementi risultano decisivi in quanto idonei ad inficiare l'efficacia del ragionamento dei giudici che hanno ritenuto non dirimente il rilievo difensivo secondo cui andavano approfonditi anche i rapporti intercorsi con le altre subappaltano attrici, essendo le verifiche effettuate dalla P.G. più che sufficienti a delineare l'illiceità della condotta.

2.5 Inosservanza e violazione del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 22 nonché vizio di motivazione in ordine alla quantificazione del profitto confiscabile. La ricorrente ha interposto specifico motivo di gravame avverso la confisca del fabbricato, che è stata disposta per un valore equivalente alle somme indebitamente percepite, e delle quote sociali della società di proprietà di M.G., senza provvedere alla determinazione dell'entità del profitto indebitamente lucrato. Al riguardo la ricorrente richiama alcuni arresti della giurisprudenza di legittimità secondo cui neppure il principio solidaristico può giustificare che il vincolo di indisponibilità ecceda il valore stesso del profitto, determinando ingiustificate duplicazioni.

i giudici di appello hanno affermato che la confisca è uguale al valore della partecipazione societaria dell'imputato ma non hanno considerato il fabbricato.

2.6 Violazione delle norme penali in tema di commisurazione della sanzione pecuniaria e mancanza della motivazione in ordine alla quantificazione del profitto oggetto di confisca. Con l'ultimo motivo di gravame la M. ha impugnato la sentenza di primo grado in punto di commisurazione della sanzione pecuniaria lamentando che non è stata riconosciuta all'ente la riduzione della sanzione prevista dal

D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 13 ma su tale censura la corte di appello non ha esposto alcuna motivazione.

Con nota depositata il 3 ottobre 2018 i difensori della M. Srl fanno presente che in data 28 maggio 2018 è stato notificato al signor M. il provvedimento del Presidente del Tribunale con il quale si dispone la restituzione delle quote sociali del M. all'avente diritto, sul presupposto che i reati per i quali l'imputato è stato rinviato a giudizio sono stati dichiarati estinti per intervenuta prescrizione.

Quanto in premessa confermerebbe, secondo la ricorrente, la indebita attivazione del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 19 su quote non di proprietà della M. Srl.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il primo motivo di ricorso proposto dalla società è fondato e ne impone l'accoglimento.

La sentenza impugnata, invero, non ha considerato le implicazioni sottese al quadro di principii stabiliti, in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, da questa Suprema Corte (Sez. U, n. 33041 del 28/05/2015, Gabrielloni, Rv. 264313), laddove ha affermato che l'onere di formale costituzione ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39 previsto come condizione per la partecipazione attiva dell'ente collettivo al procedimento che lo riguarda, opera sin dalla fase delle indagini preliminari. La partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda è infatti subordinata alla sua previa costituzione, quale formalità individuata dalla succitata disposizione di cui all'art. 39 come 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.

Nella motivazione, inoltre, le Sezioni Unite hanno 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.

In particolare, 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 dal su citato art. 39 (Sez. U, n. 33041 del 28/05/2015, cit., Rv. 264310). Il divieto di rappresentanza stabilito dall'art. 39 è, dunque, assoluto e, come già osservato da questa Corte (v. Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, in motivazione),

non ammette deroghe in quanto funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa al soggetto collettivo, diritto che 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.

Per questa ragione l'esistenza del "conflitto" è presunta iuris et de iure e la sua sussistenza non deve essere accertata in concreto, con l'ulteriore conseguenza che il divieto scatta in presenza della situazione contemplata dalla norma, 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.

Se dunque, come affermato dalle Sezioni Unite nella pronuncia su richiamata, il rappresentante dell'ente che versi nella condizione descritta dal succitato art. 39, comma 1, ciò nonostante procedesse alla nomina del difensore di fiducia dell'ente indagato, si tratterebbe di un atto sospettato - per definizione legislativa - di essere produttivo di effetti potenzialmente dannosi sul piano delle scelte strategiche della difesa dell'ente che potrebbero trovarsi in rotta di collisione con divergenti strategie della difesa del legale rappresentante indagato.

In altri termini, "il giudice investito dell'atto propulsivo della difesa così officiata non potrebbe esimersi dal sindacare tale condizione sotto il profilo della ammissibilità dell'atto".

L'inosservanza del divieto di cui all'art. 39 D.Lgs. cit. 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 (Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, cit.). Di tali principi la Corte di merito non ha fatto buon governo, emergendo dagli atti processuali, ed in particolare dai verbali di udienza che alla data del 21 dicembre 2009 il tribunale, prendendo atto che la società era assistita dai difensori nominati dal M., ha invitato la società a indicare un difensore di fiducia e ha nominato un difensore di ufficio. Alla successiva udienza si costituiva per la società M. s.r.l. l'avvocato Farano, che risulta tuttavia nominato dal M., legale rappresentante incompatibile in quanto coimputato e in conflitto d'interessi, e questo difensore è stato presente a tutte le successive udienze e ha concluso per la società, nell'assenza del difensore di ufficio già nominato dal Tribunale.

Anche recentemente questa Corte ha ribadito che in tema di responsabilità da reato degli enti, la nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto, in violazione del divieto previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, comporta l'inefficacia di tutte le attività svolte dal rappresentante legale incompatibile all'interno del

procedimento che riguarda l'ente. (Sez. 6, n. 35219 del 28/04/2017 - dep. 18/07/2017, Re e altri, Rv. 27085701).

Ciò ha comportato: a) che la dichiarazione di contumacia e la nomina di un difensore d'ufficio intervenute all'udienza del 21 dicembre 2009 sono state di fatto revocate; b) che nelle successive udienze dibattimentali, l'ente collettivo è risultato assistito da un difensore invalidamente nominato da un legale rappresentante incapace; c) che la società ricorrente si è ritualmente costituita, come già evidenziato in narrativa, solo in previsione del giudizio di appello, attraverso un procuratore speciale nominato da soggetto diverso dal M..

Deve, inoltre, rilevarsi che a fronte della specifica eccezione sollevata dal nuovo difensore, la corte di appello nulla ha argomentato in merito alla dedotta nullità.

Ne discende l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, nonchè della sentenza di primo grado, con le conseguenziali statuizioni di rito in dispositivo indicate.

L'annullamento comporta la trasmissione degli atti al Tribunale di Salerno per la celebrazione del nuovo giudizio poichè, a dispetto di quanto sostenuto dalla ricorrente, l'illecito amministrativo non è ancora estinto.

2. Deve infatti rilevarsi che la doglianza formulata con il secondo motivo di ricorso è manifestamente infondata poichè l'art. 43, comma 2 D.Lgs. cit., 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".

Il detto articolo al comma 1 statuisce che per la prima notificazione all'ente si osservano le disposizioni dell'art. 154 c.p.p., comma 3, secondo cui la notifica va effettuata nelle forme stabilite per il processo civile. Ai sensi dell'art. 145 c.c. la notificazione delle persone giuridiche si esegue nella loro sede mediante consegna di copia dell'atto alla rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni e comunque può essere sempre eseguita alla persona fisica che rappresenta l'ente. Inoltre, come già anticipato, all'art. 43 D.Lgs. citato, comma 2 si precisa che sono valide le notifiche eseguite mediante consegna al legale rappresentante anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

Deve pertanto ritenersi che la richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero sia stata regolarmente eseguita nelle mani della rappresentante legale della società. Inoltre non ricorre nel caso in esame l'ipotesi di decadenza dalla contestazione prevista dall'art. 60 citato D.Lgs., poichè al

momento della contestazione i reati da cui dipendeva l'illecito amministrativo non erano affatto estinti per prescrizione.

In tema di responsabilità da reato degli enti, l'intervenuta prescrizione del reato presupposto successivamente alla contestazione all'ente dell'illecito non ne determina l'estinzione per il medesimo motivo, giacchè il relativo termine, una volta esercitata l'azione, rimane sospeso fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica. (Sez. 4, n. 31641 del 04/05/2018 - dep. 11/07/2018, Società Tecna Group S.r.l. e altro, Rv. 27308501)

3.La pronuncia di annullamento, evidentemente, involge il capo della confisca per equivalente dai Giudici di merito ordinata, in quanto misura ablativa strettamente collegata alla individuazione dei presupposti di accertamento della responsabilità amministrativa da reato, ma non il profilo del sequestro preventivo per equivalente del fabbricato e delle quote sociali di proprietà del signor M. Gianluigi disposto con provvedimento del 2 maggio 2007 ai sensi degli artt. 6, 19 e 53 D.Lgs. cit.

Al riguardo deve rilevarsi che la corte di appello, nella sua invero sintetica esposizione, ha richiamato le argomentazioni esposte nella sentenza di primo grado in ordine alla responsabilità dell'imputato M. per le due ipotesi di truffa aggravata, che nella imputazione a carico della società sono espressamente indicate (Capi B e D) e ha affermato che i predetti reati sono stati chiaramente commessi nell'interesse a vantaggio dell'ente societario, senza tuttavia alcuna specifica indicazione di un elemento di fatto che possa supportare tale affermazione e senza considerare che i detti reati sono stati dichiarati prescritti già in primo grado, il che ha indotto il primo giudice a rendere una motivazione meno esaustiva al riguardo.

Giova ricordare in questa sede che In tema di responsabilità degli enti, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 8, comma 1, lett. b) deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato. (Sez. 4, n. 22468 del 18/04/2018 - dep. 21/05/2018, Eurocos S.n.c., Rv. 27339901).

Nel caso in esame sembrano, in effetti, mancare due elementi per la corretta determinazione della confisca per equivalente: la determinazione dell'illecito vantaggio dell'ente - che potrebbe non coincidere con il profitto ricavato dal M. persona fisica - e il valore dell'immobile sottoposto a confisca -il capannone costruito con i contributi erogati, che non viene mai indicato nelle sentenze di merito.

Le altre censure sollevate dalla ricorrente devono ritenersi assorbite.

Si impone la trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Salerno per le eventuali determinazioni in merito alla condotta dell'avv. Farano.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata e la sentenza del Tribunale di Salerno del 26/09/2012, e dispone la trasmissione degli atti al Tribunale di Salerno per l'ulteriore corso. Rigetta nel resto il ricorso.

Dispone la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Salerno, per le eventuali determinazioni di competenza nei confronti dell'avv. Farano Enrico.

Così deciso in Roma, il 19 ottobre 2018.

Depositato in Cancelleria il 21 novembre 2018