

Richiesta di riesame dell'ente: formalità

In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo 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 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 39, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57, del D.Lgs. medesimo.

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 di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39.

E' inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591 c.p.c., comma 1, lett. a), 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.

(Cass. Sezioni Unite Penali, 28 maggio - 28 luglio 2015, n. 33041)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE PENALI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SANTACROCE Giorgio - Presidente -
Dott. SIRENA Pietro Antoni - Consigliere -
Dott. SIOTTO Maria Cristin - Consigliere -
Dott. CONTI Giovanni - Consigliere -
Dott. AMORESANO Silvio - Consigliere -
Dott. BIANCHI Luisa - Consigliere -
Dott. BRUNO Paolo Antonio - Consigliere -
Dott. VESSICHELLI Maria - Consigliere -
Dott. FIDELBO Giorgio - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

Sentenza

sul ricorso proposto da:

OMISSIS, quale legale rappresentante della OMISSIS a r.l.;
avverso la ordinanza del 19/09/2014 del Tribunale di Ancona;
visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal componente Maria Vessichelli;
udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Dott. GERACI Vincenzo, che ha concluso chiedendo l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato, con rimessione degli atti all'autorità procedente;
udito, per il ricorrente, il difensore che ha chiesto l'annullamento del medesimo provvedimento.

1. Ha proposto ricorso per cassazione, a mezzo del difensore munito di procura speciale, OMISSIS, in qualità di legale rappresentante pro tempore della OMISSIS a r.l., società nei cui confronti era stato iscritto procedimento per responsabilità amministrativa ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 25, comma

2, in relazione alla contestazione, tra gli altri, al legale rappresentante dell'epoca, OMISSOS, del reato di cui agli artt. 81 cpv., 319 e 321 c.p..

Oggetto del ricorso è l'ordinanza del 19 settembre 2014 con la quale il Tribunale di Ancona, adito ex art. 324 c.p.p., ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta di riesame, a suo tempo formulata per denunciare la illegittimità del decreto di sequestro preventivo di beni e disponibilità finanziarie della società: un decreto finalizzato alla confisca per equivalente ed emesso il 12 luglio 2014, dal G.i.p. del Tribunale di Ancona.

Il Tribunale del riesame, cioè, preso atto che OMISSIS agiva nella veste di legale rappresentante dell'ente, aveva ritenuto fondata ed assorbente l'eccezione preliminare del Pubblico ministero che aveva rilevato come l'istante non avesse depositato - per questo incorrendo nella sanzione della inammissibilità - l'atto di costituzione dell'ente a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39.

Ed invero ricordava che l'articolo 39, comma 2, del decreto citato stabilisce che l'ente che intenda partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità:

a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura; c) la sottoscrizione del difensore; d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

Il carattere ineludibile di tale disposizione discende, ad avviso del Tribunale, anche dal comma 3 della stessa norma che ribadisce la necessità del deposito della procura di cui all'art. 100 c.p.p., comma 1, unitamente alla dichiarazione di cui al comma 2.

E poichè, nel caso di specie, risultava depositata unicamente la procura di cui al comma 3 ma non anche la dichiarazione di cui al comma 2, il Tribunale, come anticipato, dichiarava inammissibile la richiesta di riesame.

2. Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso per cassazione OMISSIS denunciando la violazione del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, e la inosservanza degli artt. 257 e 324 del codice di rito, nonché la violazione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 125 c.p.p., comma 3, in ordine alla ritenuta inammissibilità della richiesta di riesame.

Ha sostenuto che, per la presentazione di tale richiesta ai sensi della normativa sopra citata, la società non avesse alcun obbligo di costituirsi preventivamente.

Ad una simile conclusione portava la giurisprudenza di legittimità e segnatamente il principio espresso dalla sentenza Sez. 6, n. 43642 del 05/11/2007, secondo cui, nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, oltre alle norme specifiche di detto decreto, le disposizioni del codice di procedura penale e, all'ente, si applicano, in quanto compatibili, quelle relative all'imputato.

E poichè, ha proseguito il ricorrente, in base agli artt. 257 e 324 c.p.p., il potere di proporre riesame avverso il decreto di sequestro spetta anche al difensore, quest'ultimo, nominato ai sensi dell'articolo 96 cod. proc. pen., può proporre richiesta di riesame senza dover essere munito di procura ex art. 100 c.p.p. - necessaria invece ai fini della costituzione dell'ente nel procedimento - e senza, altresì, l'atto formale di costituzione di cui all'art. 39 citato.

Il ricorrente ha individuato, oltre alla detta violazione di legge, anche il vizio di motivazione determinato dal fatto che il Tribunale non aveva assolutamente argomentato in ordine alla questione di diritto discussa dalle parti in udienza, essendosi limitato ad un richiamo testuale della norma.

Ha aggiunto che il rafforzamento alla tesi sostenuta deriva anche dall'art. 52, comma 1, del decreto legislativo più volte citato, norma che, in ordine all'impugnazione di provvedimenti che applicano misure cautelari, la prevede come proponibile "per mezzo del difensore" e non anche "per mezzo del rappresentante legale".

Viene richiamata, nell'atto di impugnazione, anche la sentenza della Corte di legittimità Sez. 6, n. 41398 del 2009, come quella che ha riconosciuto, in capo al difensore, il diritto di esercitare tutte le prerogative difensive in favore dell'ente, ad eccezione di quelle rientranti nella categoria degli atti c.d. personalissimi: anche, cioè, la prerogativa di impugnare il provvedimento cautelare e pure nel caso di incompatibilità col legale rappresentante, dovuta a conflitto di interessi ed in assenza di un valido atto di costituzione dell'ente.

Fa notare poi l'impugnante che la disciplina dell'atto di costituzione di cui all'art. 39, comma 2, del quale si dice che deve essere depositato nella "cancelleria" dell'autorità giudiziaria che procede oppure presentato

"in udienza", induce a ritenere la sua esperibilità necessariamente successiva al già avvenuto esercizio l'azione penale: ciò che vale a rendere manifesta la impossibilità di confondere la costituzione dell'ente con la nomina del difensore di fiducia, la quale, invece, ai sensi dell'art. 39, comma 3, può essere presentata, oltre che nei modi appena ricordati con riferimento all'atto di costituzione, anche "nella segreteria" del pubblico ministero.

In conclusione, ad avviso del ricorrente, nella fase delle indagini preliminari non può aversi una formale costituzione dell'ente ma solo la nomina di un difensore che è anche legittimato ad esercitare le impugnazioni in materia cautelare, come del resto riconosciuto anche dalla dottrina. Solo con l'inizio del processo l'ente avrà la facoltà di decidere se costituirsi o restare contumace.

3. La Seconda Sezione penale, alla quale il ricorso era stato assegnato, con ordinanza in data 13 gennaio 2015 lo ha rimesso alle Sezioni Unite, rilevando l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla specifica questione ritenuta dirimente nell'ordinanza di inammissibilità pronunciata dal Tribunale del riesame di Ancona e dirimente, altresì, per la decisione sul ricorso.

Ha ricordato che, secondo un primo orientamento, fatto proprio dalle sentenze della Sez. 6, n. 43642 del 05/11/2007, Quisqueyana S.p.a., Rv 238322 e Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, Rv 244407, deve escludersi che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente, in tema di responsabilità da reato, siano subordinati all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39.

In base a tali decisioni, l'articolo 39 del decreto citato regola le modalità di partecipazione dell'ente al procedimento, accollandogli l'onere di presentare l'atto dichiarativo di costituzione che è propedeutico alla partecipazione completa al procedimento, atto in mancanza del quale l'ente, nella fase del giudizio, è destinato ad essere dichiarato contumace: un simile atto non interferisce però con l'esercizio dei diritti difensivi da parte dell'ente - compresi quelli relativi alla proposizione del riesame avverso il decreto di sequestro - esercitabili, secondo gli artt. 34 e 35 del decreto citato, sulla base delle disposizioni del codice di procedura penale che, per quanto riguarda la posizione soggettiva dell'ente, sono quelle previste per l'imputato, in quanto compatibili. E tali disposizioni del codice di rito sono anche, dunque, quelle che riconoscono il potere di proporre riesame, oltre che all'imputato, alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, anche al difensore.

Con la conseguenza, desunta però essenzialmente dalla sentenza n. 43642 del 2007, che il difensore nominato ai sensi dell'art. 96 c.p.p., può in ogni caso proporre richiesta di riesame senza neppure dover essere munito di procura ex art. 100 c.p.p., e senza che l'ente abbia manifestato la volontà di partecipare al giudizio, come del resto previsto dall'art. 52, comma 1, che riconosce esplicitamente al difensore, in quanto tale, e non anche in qualità di rappresentante legale, un autonomo potere di proporre appello contro tutti provvedimenti in materia di misure cautelari.

La sentenza n. 41398 del 2009 viene segnalata per l'apporto che avrebbe dato alla medesima tesi appena ricordata, ma con riferimento alla diversa ipotesi della presentazione della impugnazione cautelare ad opera del difensore di ufficio dell'ente.

L'opposto orientamento, segnalato nell'ordinanza di rimessione, è quello espresso dalle sentenze della Sez. 6, n. 15689 del 05/02/2008, Soc. a r. I. A.R.I. International, Rv. 241011 e della Sez. 2, n. 52748 del 09/12/2014, VbiOI, Rv. 261967.

In esse si afferma, invece, che in tema di responsabilità da reato, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente, in qualsiasi momento del procedimento a suo carico, è subordinato all'atto formale di costituzione, a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39: un atto le cui formalità di esternazione sono regolate dal comma 2 dell'art. 39 del decreto citato, aventi carattere di autonomia rispetto alla procura conferita al difensore ai sensi dell'art. 100 c.p.p., comma 1, che, invece, è atto regolato dallo stesso art. 39, comma 3, con formalità di esternazione separate e distinte rispetto a quelle che caratterizzano l'atto precedente: e, mentre la procura speciale è l'atto necessario affinché il difensore sia legittimato a perfezionare la successiva costituzione, l'atto di costituzione è autonomo dal precedente ed è richiesto, dall'art. 39, a pena di inammissibilità, (come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento) ossia di una sanzione destinata a valere nella fase nella quale si opera, compresa dunque quella procedimentale nella quale possono sorgere le questioni relative ai sequestri e alle loro impugnazioni, dovendosi considerare che l'art. 39, comma 2, fa riferimento all'intero "procedimento" disciplinato nel Capo

III del decreto legislativo.

4. Con decreto del 12 febbraio 2015 il Primo Presidente ha disposto la assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite fissando la odierna udienza camerale per la relativa trattazione.

Alla odierna udienza le parti hanno concluso, il difensore, illustrando i termini del ricorso proposto ed l'Avvocato generale sostenendo che la tesi accreditata nel provvedimento impugnato è in contrasto con la normativa che regola la materia in esame, con conseguente necessità del relativo annullamento senza rinvio.

In particolare l'Avvocato generale ha osservato come debba attribuirsi rilievo predominante al disposto del D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 34, 35 e 55, dai quali si ricava letteralmente la dominanza della assimilazione dell'ente alla posizione dell'imputato e del suo diritto ad una difesa effettiva e immediata, ulteriormente confermata dalla disposizione che impone al pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente, di procedere all'annotazione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., e di comunicare tale annotazione all'ente o al suo difensore che ne faccia richiesta.

L'ente, in quanto soggetto giuridico, e la figura del suo difensore fiduciario acquisiscono cioè "visibilità" nelle indagini preliminari già al momento di tale doverosa comunicazione, cui si aggiunge quella prevista dall'art. 369 bis c.p.p., ossia la informazione sul diritto di difesa che spetta, appunto, alla persona sottoposta ad indagini sin dal compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere, con comunicazione, in mancanza di tale nomina, di quella del difensore di ufficio ad opera del pubblico ministero: una nomina, quella del difensore di fiducia, che appare comunque il frutto dell'esercizio di un ineludibile diritto in occasione del compimento degli atti c.d. a sorpresa, quando l'ente subisce, ad esempio, la esecuzione di misure ablative senza avere avuto neppure la possibilità di effettuare una scelta in ordine alla opzione di costituirsi o meno nel procedimento.

L'Avvocato generale ha poi citato altri atti analoghi, per il carattere imprevisto ed urgente che li connota (quelli di perquisizione o di accertamenti urgenti ai sensi degli artt. 352 e 354 c.p.p.) in relazione ai quali l'art. 356 c.p.p., sancisce il diritto del difensore di assistere, pur senza essere previamente avvisato, sottolineando come tale assistenza evochi il concetto della "presenza" o della "comparizione" che debbono essere tenuti distinti dal quello di "partecipazione" al procedimento evocato dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, in relazione al quale, soltanto, è richiesta la costituzione dell'ente con le modalità fissate nella norma stessa.

La nozione di "partecipazione", in altri termini, starebbe ad indicare una modalità aggiuntiva e più complessa della semplice presenza nel procedimento, assicurata, quest'ultima, attraverso la semplice nomina fiduciaria del difensore. E d'altra parte, il diritto alla presenza del difensore al compimento degli atti urgenti rimarrebbe una affermazione astratta se si pretendesse di coniugarla in modo incondizionato all'atto di costituzione nella forma articolata, come declinata dall'art. 39.

L'Avvocato generale ha concluso la propria requisitoria citando le norme degli artt. 40 e 52, del Decreto n. 231 come indicative di situazioni (nomina del difensore di ufficio all'ente che non abbia nominato un difensore di fiducia; attribuzione del potere di impugnazione cautelare all'ente, per mezzo del difensore) che evidenziano - l'una indirettamente e la seconda direttamente - la possibilità di una legittima nomina del difensore di fiducia, prescindente dall'atto di costituzione dell'ente nel procedimento.

1. La questione che le Sezioni Unite sono chiamate ad affrontare è la seguente: "Se, in materia di responsabilità degli enti da reato, sia ammissibile la richiesta di riesame ex art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo, proposta dal difensore di fiducia dell'ente in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39".

2. Sul tema si rileva un primo orientamento che è quello sostenuto dalla sentenza della Sez. 6, n. 43642 del 05/11/2007, Quisqueyana S.p.a. Rv. 238322: questa afferma, senza porre altri distinguo evidentemente non richiesti dalla fattispecie concretamente affrontata, che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non è subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39. In conseguenza di tale premessa interpretativa, la Corte ha annullato l'ordinanza del tribunale della libertà che aveva invece dichiarato inammissibile la richiesta di riesame avverso un decreto di sequestro presentata dal difensore dell'ente non ancora costituitosi nel procedimento.

In motivazione ha richiamato un precedente arresto - Sez. 6, n. 32627 del 23/06/2006, La Fiorita Soc. coop. a r.l., Rv. 235637 - che, nel definire l'ambito di applicazione dell'art. 39, aveva affermato che la

disciplina ivi dettata, in quanto riguardante la modalità di intervento dell'ente nel procedimento ed in quanto funzionale ad individuare il soggetto deputato a manifestare la volontà del soggetto collettivo, non trova alcuna applicazione al di fuori di tali limitate previsioni.

D'altra parte - hanno proseguito i giudici della Quisquyana - gli artt. 34 e 35, del Decreto n. 231, stabiliscono espressamente che per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, oltre alle norme specifiche di detto decreto, le disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili (art. 34), e che all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, sempre in quanto compatibili (art. 35). Se si considera allora che, in base ad una consolidata lettura degli artt. 257 e 324 c.p.p., il potere di proporre riesame avverso il decreto di sequestro spetta - oltre che all'imputato, alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione - anche al loro difensore (cfr., nella parte motiva, Sez. 2, ord. n. 42315 del 05/10/2005, Yepmo Tchieldjouo, Rv. 232676 e, da ultimo, sempre in motivazione, Sez. 3, n. 39902 del 28/05/2014, Ramasso, Rv. 260382), ne consegue che il difensore, nominato ai sensi dell'art. 96 c.p.p., ben può proporre richiesta di riesame senza dover essere munito di procura ai sensi dell'art. 100 c.p.p., necessaria invece ai fini della costituzione dell'ente nel procedimento.

Ad ulteriore conforto della tesi, la sentenza richiama la previsione dell'art. 52, comma 1, del decreto, in base alla quale l'ente, "per mezzo del suo difensore", può proporre appello contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari, indicandone contestualmente i motivi, e "si osservano le disposizioni di cui all'art. 322 bis c.p.p., commi 1 bis e 2": proprio la specificazione "per mezzo del suo difensore", in luogo di "per mezzo del proprio rappresentante legale", starebbe a dimostrare - secondo l'orientamento della Quisquyana (la cui applicazione è sollecitata in ricorso) - che l'impugnazione della misura cautelare non è subordinata alla manifestazione di volontà da parte dell'ente di partecipare al giudizio ed alla conseguente costituzione nel giudizio stesso a norma dell'art. 39.

In conclusione, una volta venuto a conoscenza della instaurazione di un procedimento a proprio carico, l'ente non solo ha facoltà di nominare un difensore di fiducia (rectius: sino a due difensori) nei modi previsti dall'art. 96 c.p.p., alla stregua di ogni altra persona sottoposta alle indagini o imputata, ma gode del diritto di fruire della assistenza difensiva (ivi comprese le facoltà che il codice riconosce al difensore) indipendentemente dall'atto formale di costituzione posto in essere a norma dell'art. 39.

3. L'opposto orientamento è quello che, a distanza di qualche mese, la Cassazione - cfr. Sez. 6, n. 15689 del 05/02/2008, Soc. a r.l. A.R.I. International, Rv. 241011 - ha sostenuto, affermando che in tema di responsabilità da reato, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento a suo carico è subordinato all'atto formale di costituzione a norma del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, e dichiarando conseguentemente inammissibile una richiesta di riesame, avverso un decreto di sequestro, presentata dal difensore di un ente indagato non costituitosi nel procedimento.

Secondo tale assunto, non è revocabile in dubbio che l'ente non possa comparire nel procedimento se non mediante una persona fisica che lo rappresenti.

Ha aggiunto che nella particolare ipotesi in cui quest'ultima sia anch'essa incriminata per gli stessi fatti per i quali si procede a carico dell'ente, la legittimazione del rappresentante legale viene meno per il realizzarsi di un conflitto di interessi, come stabilito dall'art. 39, comma 1, del Decreto n. 231; norma che, nel prevedere che l'ente partecipi al procedimento con il proprio rappresentante, esclude che ciò possa accadere nel caso in cui questi sia indagato per gli stessi fatti: ne discenderebbe l'operatività della disciplina civilistica per l'individuazione di altra persona fisica legittimata a rappresentare l'ente.

La sentenza afferma inoltre che il particolare strumento di costituzione dell'ente nel procedimento intentato a suo carico rappresenta l'unica forma attraverso cui la persona giuridica può partecipare al procedimento medesimo e, dunque, esercitare i diritti che l'ordinamento gli riconosce. E' pertanto necessaria a tal fine la dichiarazione contemplata dall'art. 39, e occorre altresì che la nomina del difensore dell'ente avvenga con conferimento di procura speciale ai sensi dell'art. 100 c.p.p..

Considerato che la disposizione opera un generico riferimento al "procedimento" nei confronti dell'ente, il vincolo formale apposto alle modalità di partecipazione dalla norma deve intendersi operante in tutte le fasi e dunque anche in quella delle indagini preliminari.

Per la sentenza A.R.I. International, pertanto, l'esercizio nel procedimento di qualsiasi diritto riconosciuto all'ente dalla legge è inevitabilmente condizionato dall'avvenuta costituzione nelle forme descritte: in

applicazione dell'affermato principio, l'ente non può dunque proporre richiesta di riesame avverso un sequestro attraverso il difensore di fiducia nominato semplicemente ai sensi dell'art. 96 c.p.p., comma 2, atteso che l'autonomo potere di impugnazione riconosciuto a quest'ultimo dalla legge processuale deve essere coniugato con la specifica disciplina dettata in materia di responsabilità degli enti.

La posizione assunta nella sentenza A.R.I. International è stata ripresa dalla recente sentenza della Sez. 2, n. 52748 del 09/12/2014, Vbi01, Rv. 261967.

In essa la Corte ribadisce espressamente che, in mancanza di un atto di costituzione, l'attività difensiva dell'ente è inammissibile e che tale inammissibilità può essere rilevata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento.

In motivazione, ricordata l'esistenza dei due indirizzi contrapposti, il Collegio dichiara di aderire all'orientamento che pretende la previa costituzione.

A sostegno, si argomenta che l'art. 39, del Decreto n. 231, è assolutamente univoco nel comminare la sanzione processuale dell'inammissibilità - come tale rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento - in assenza dell'atto di costituzione, la cui presenza formale è richiesta in qualsiasi fase (atteso il riferimento all'intero procedimento disciplinato nel Capo 3[^] del decreto), ivi comprese le questioni relative ai sequestri ed alle relative impugnazioni.

Per i giudici della sentenza n. 52768 del 2014, è proprio la struttura della norma in questione che prevede due fasi, autonome anche se complementari l'una all'altra: una relativa all'atto di costituzione in giudizio, ossia alla forma con la quale l'ente dichiara di voler partecipare al giudizio; l'altra - invero presupposta - concernente il conferimento della procura speciale al difensore per costituirsi e per sottoscrivere il relativo atto.

Per come strutturata, la norma di cui all'art. 39, prevede una formalizzazione della partecipazione che richiama i modi di partecipazione al processo delle altre parti private, piuttosto che dell'imputato e non ammetterebbe equipollenti: e ciò in quanto "mentre gli imputati persone fisiche possono determinare conseguenze processuali scegliendo di partecipare fisicamente al processo ovvero di rimanervi contumaci od assenti, ciò all'evidenza non è possibile per un ente per il quale, non essendo ipotizzabile una presenza fisica ai vari momenti del processo, lo stesso non potrà che concretizzare tale presenza ed esplicitare la propria volontà in tal senso, se non attraverso un atto formale quale quello della costituzione di cui all'art. 39 citato".

La Seconda Sezione richiama la Relazione ministeriale al citato D.Lgs. del 2001, laddove si evidenzia che il modo in cui l'ente è presente nel processo si differenzia dall'analoga situazione prevista per l'imputato, atteso che qualora il rappresentante legale dell'ente regolarmente costituito non sia presente, non si verifica un'ipotesi di contumacia, nè di assenza, posto che ai sensi della disposizione l'ente è rappresentato dal difensore. In sostanza, la presenza fisica o meno, all'udienza, del legale rappresentante dell'ente non equivale alla presenza dell'ente, tanto è vero che il Decreto n. 231, art. 41, ricollega la dichiarazione di contumacia non alla mancata presenza del legale rappresentante, ma solo al caso di mancanza dell'atto di costituzione.

Nè - affermano i giudici della Vbi01 - la volontà di costituirsi nel processo al fine di parteciparvi attivamente può desumersi dalla semplice circostanza che il legale rappresentante dell'ente abbia proceduto alla nomina di un difensore di fiducia che si sia poi attivato per sostenere la posizione dell'ente in una qualsivoglia fase del procedimento o del processo (ad es. formalizzando un'impugnazione); e ciò, non solo in quanto il legislatore ha tenuto ben distinto il momento della formalizzazione dell'atto di costituzione da quello del conferimento della procura al difensore, tanto è vero che questo secondo atto deve essere citato nel primo così venendone a costituire un elemento distinto e presupposto, ma anche perchè i due atti hanno contenuto e funzione differenti rispetto a quello della mera legittimazione all'esercizio di un mandato difensivo che trova la sua fonte in una nomina ex art. 96 c.p.p.: la procura "speciale" al difensore menzionata nel Decreto n. 231, art. 39, (da conferirsi secondo le modalità dell'art. 100 c.p.p., comma 1) costituisce infatti l'elemento che legittima lo stesso ad attivarsi nell'interesse dell'ente per il compimento degli specifici atti espressamente indicati nella procura, tra cui quello di sottoscrivere e depositare l'autonomo atto di costituzione che, come detto, determina gli effetti giuridici legati alla presenza "formale" dell'ente nel procedimento.

Senza contare - così conclude la motivazione - che l'atto di costituzione soddisfa anche finalità diverse

rispetto a quella del conferimento del potere all'esercizio dell'attività difensiva, quale ad esempio quella della "dichiarazione o elezione di domicilio", attività che non potrebbe certo essere compiuta dal difensore in nome e per conto dell'ente qualora non fosse munito di procura speciale ad hoc, ex art. 100 c.p.p., comma 1.

La sentenza Vbi01 considera anche la ipotesi della decisione dell'ente di non costituirsi nel giudizio e di non nominare un difensore di fiducia: ipotesi nella quale all'ente deve essere nominato un difensore d'ufficio che avrà - si precisa - le stesse prerogative e gli stessi poteri di iniziativa previsti dal codice di rito penale per il difensore delle persone fisiche prive di un difensore di fiducia. Ipotesi da tenere ben distinta da quella sopra esaminata, caratterizzata invece dalla decisione dell'ente di "partecipare attivamente": evenienza, quest'ultima nella quale non vi sarebbe, come detto, altra possibilità se non quella di costituirsi previamente secondo le modalità del citato art. 39, nominando un difensore di fiducia che poi potrà esercitare i poteri allo stesso conferiti con la relativa procura.

Ebbene, proprio la ipotesi della inerzia, per qualsiasi ragione, da parte dell'ente, con conseguente avvenuta nomina del difensore di ufficio da parte della autorità procedente, è quella dalla quale scaturisce il riconoscimento della possibilità che determinate difese, compresa quella della impugnazione cautelare, possano essere esercitate dal difensore di ufficio, indipendentemente, dunque, dalla costituzione dell'ente nel procedimento.

Si tratta di una posizione che la Corte aveva già raggiunto e ulteriormente illustrato in Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, Rv. 244407, sul punto così massimata: "In tema di responsabilità da reato degli enti, i diritti di difesa, con esclusione degli atti difensivi cosiddetti personalissimi, possono essere esercitati in qualunque fase del procedimento dal difensore nominato d'ufficio, anche qualora la persona giuridica non si sia costituita ovvero quando la sua costituzione debba considerarsi inefficace a causa dell'incompatibilità del rappresentante legale perchè indagato o imputato del reato presupposto".

Nella pronuncia Caporello la Corte ha affrontato la questione da una angolazione particolare, che è quella, appunto, della affermata (im)proponibilità dell'appello cautelare da parte del difensore nominato da rappresentante in conflitto di interessi (perchè indagato personalmente per il reato presupposto): secondo i giudici della Sesta Sezione, deve escludersi ogni rilievo autonomo dell'art. 322 bis c.p.p. - in base al quale si potrebbe ritenere che il difensore, anche se nominato da un rappresentante incompatibile, è comunque legittimato all'appello - in quanto le diverse modalità di costituzione dell'ente nel processo e di nomina del difensore prevalgono sulla disciplina codicistica, in ragione della loro natura di disposizioni speciali che derogano alle regole ordinarie.

In sostanza, anche la semplice nomina del difensore di fiducia della persona giuridica da parte del rappresentante legale in situazione di conflitto di interessi (perchè indagato come persona fisica) deve considerarsi ricompresa nel divieto posto dall'art. 39 del decreto, in quanto realizzata da un soggetto che non è legittimato a rappresentare l'ente, ossia ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda.

La Corte, nella sentenza appena citata, ha rilevato che la disposizione vieta esplicitamente al rappresentante legale, che sia indagato/imputato del reato presupposto, di rappresentare l'ente, una proibizione che si giustifica perchè 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.

Il divieto di rappresentanza stabilito dall'art. 39, è, dunque, assoluto e non ammette deroghe, in quanto funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa al soggetto collettivo; d'altra parte, tale diritto 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 non vi è alcun onere motivazionale sul punto da parte del giudice: 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,

sicchè il giudice deve solo accertare che ricorra tale presupposto, senza che sia richiesta una verifica circa un'effettiva situazione di incompatibilità.

La sentenza Caporello prosegue affermando che il divieto di rappresentanza vale 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; la regola prevista nel sistema processuale per la quale le garanzie previste a favore dell'imputato si estendono all'indagato, sancita dall'art. 61 c.p.p., trova applicazione anche nel processo a carico dell'ente, attraverso la norma di chiusura di cui al Decreto n. 231, art. 34.

La conseguenza di tale premessa non può che essere l'inammissibilità dell'impugnazione avverso la misura cautelare disposta nei confronti dell'ente non costituito, ove proposta da difensore di fiducia nominato da rappresentante legale "incompatibile".

E a tale soluzione non osterebbe la considerazione che l'art. 322 bis c.p.p., consente anche al difensore di proporre l'impugnazione.

Secondo l'arresto Caporello, infatti, fermo restando che le diverse modalità di costituzione dell'ente nel processo e di nomina del difensore prevalgono sulla disciplina codicistica proprio in quanto derogano alle regole ordinarie e, quindi, hanno natura di disposizioni speciali, "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 (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, comma 4), sicchè 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, sicchè 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".

I giudici della Caporello hanno rigettato infine l'ipotesi - che pure era stata sollevata in quel frangente dall'ente ricorrente - che una tale situazione, così come prevista dall'art. 39, determini la compromissione del diritto di difesa dell'ente (art. 24 Cost.) o costituisca una violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) o del giusto processo (art. 111 Cost.): in risposta alla eccezione di costituzionalità della norma, il Collegio ha obiettato che l'ente può sempre sostituire il rappresentante legale ovvero nominarne uno con poteri limitati alla sola partecipazione al procedimento (procuratore ad litem), sicchè in entrambi i casi il soggetto collettivo ha la possibilità di partecipare e difendersi nel procedimento instaurato a suo carico, previa costituzione nelle forme previste dall'art. 39 del decreto.

La Corte ha analizzato, poi, anche la eventualità in cui l'ente scelga di rimanere inerte, cioè di non provvedere ad alcun tipo di sostituzione del rappresentante legale "incompatibile" ed ha ammesso che tale opzione, specialmente nella fase delle indagini preliminari, abbia indubbie ricadute sul piano della pienezza delle facoltà difensive, ma ha osservato che tale eventualità non priva l'ente del diritto alla difesa tecnica, assicurato attraverso la nomina di un difensore d'ufficio: nella fase delle indagini trova, infatti, applicazione l'istituto dell'informazione sul diritto di difesa previsto dall'art. 369 bis c.p.p., del tutto compatibile con il processo disciplinato dal Decreto 231, 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; nella fase dell'udienza, alla mancata valida costituzione dell'ente consegue la dichiarazione di contumacia ai sensi del Decreto n. 231, art. 41, che comporta la conseguente applicazione della disciplina codicistica in materia, compresa - anche qui - la nomina di un difensore di ufficio.

Una nomina - quella del difensore di ufficio - che, secondo la Caporello, anche nel corso delle indagini preliminari non sguarnisce di concrete difese l'ente che decida di non sostituire il rappresentante legale

"incompatibile": il difensore di ufficio, infatti, può esercitare tutte le prerogative difensive a favore dell'ente, ivi compresa la facoltà di proporre impugnazione avverso i provvedimenti cautelari reali; rimanendo esclusi dal perimetro delle facoltà difensive del difensore di ufficio di ente non costituito solo i c.d. atti difensivi "personalissimi", quegli atti cioè di stretta pertinenza del soggetto imputato (per esempio, l'interrogatorio dell'ente ovvero la dichiarazione di ricusazione ovvero ancora la rinuncia alla prescrizione) che presuppongono la diretta partecipazione del soggetto collettivo attraverso quel legale rappresentante che però, proprio perchè incompatibile, non può spendere la volontà dell'ente nel processo; atti, dunque, il cui mancato esercizio è una diretta conseguenza della opzione della persona giuridica di non essere presente nel procedimento e che, come tale, non integra alcuna violazione del diritto di difesa, secondo l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, per la quale tale diritto è sempre condizionato alle determinazioni dell'imputato, che può scegliere anche di non partecipare al processo di cui abbia piena conoscenza.

Sulla scia della Caporello, nella giurisprudenza successiva della Corte si rinviene un successivo arresto - Sez. 6, n. 29930 del 31/05/2011, Ingross Levante Spa, Rv. 250432 - che, decretando l'invalidità dell'atto di costituzione di una società nel procedimento a suo carico se sottoscritto dal rappresentante legale incompatibile perchè contestualmente indagato per il reato presupposto, ha altresì affermato l'invalidità della procura speciale rilasciata dagli stessi soggetti all'avvocato nominato difensore dell'ente e la conseguente inammissibilità delle impugnazioni avverso decreto di sequestro preventivo presentate da quest'ultimo per conto dell'ente.

4. Tanto premesso, e pur rilevando che la sentenza Caporello affronta una questione che non attiene in via immediata ed esplicita all'oggetto del contrasto in esame, tanto da essere stata letta, da parte della dottrina, anche come espressiva di principi che offrono argomenti indiretti a sostegno di quelli della sentenza Quisqueiana, e dalla giurisprudenza più recente oltre che dallo stesso ricorrente, come capace di apportare invece argomenti utili alla tesi della sentenza Ari, si è ritenuto, da parte di queste Sezioni Unite che, nell'ambito di una delineazione complessiva del problema della rappresentanza dell'ente indagato, nel procedimento, si dovesse tenere conto anche della problematica dalla stessa affrontata, posto che il tema della rappresentanza attraverso la difesa tecnica è indissolubilmente legato a quello della relativa legittimazione e quindi al tema del procurator suspectus che è appunto quello che ha dato vita ai principi - in buona parte da confermare - espressi nella sentenza Caporello, relativi peraltro ad una casistica (quella appunto del legale rappresentante dell'ente che, pur essendo indagato del reato presupposto della responsabilità dell'ente medesimo, conferisca il mandato difensivo al legale dell'ente) che è quella di più frequente verifica concreta.

Con la puntualizzazione, come già anticipato, che nel caso in esame si è constatata non tale ultima ipotesi ma quella della richiesta di riesame presentata da difensore di fiducia nominato da legale rappresentante dell'ente, non indagato a sua volta del reato presupposto.

4.1. Orbene, non può non rilevarsi come nessuna delle due principali tesi sopra evocate, all'origine del contrasto di giurisprudenza, diritto incondizionato dell'ente indagato alla nomina di un difensore di fiducia per l'esercizio di tutte le facoltà difensive, a prescindere dalla costituzione nel procedimento, da un lato; negazione, dall'altro, di qualsiasi legittimazione del difensore di fiducia eventualmente nominato dal rappresentante legale dell'ente, ove non effettuata nel contesto della dichiarazione di costituzione ai sensi dell'art. 39 - consenta, da sola, di delineare un quadro ricostruttivo della materia, che possa dirsi in toto coerente anche con la disciplina del codice di rito - che pure è espressamente richiamata, in quanto compatibile, dal Decreto n. 231, artt. 34 e 35, - in tema di diritti difensivi dell'imputato, estesi ex lege alla figura dell'indagato dall'art. 61 c.p.p..

Ed in effetti è innegabile che il principio affermato nel provvedimento impugnato, tratto dalla giurisprudenza che si è fatta sostenitrice del secondo degli orientamenti appena indicati, lascia scoperta la individuazione del modo attraverso il quale l'ente che si trovi ad essere destinatario di attività di indagine in relazione alla quale è sancito il diritto del difensore fiduciario di assistere - con immediatezza da parametrare alla indifferibilità dell'atto stesso - prestando la propria, a volte non secondaria, attività professionale, possa in concreto esercitare tale diritto, che rimanda direttamente ad una tutela che la Costituzione (art. 24 Cost.) vuole "inviolabile".

Tale rilievo non può impedire, tuttavia, di avviare la analisi della questione a partire dalla disamina del

Decreto n. 231, art. 39, norma che rimane il *primum movens*, sia per il suo inequivoco tenore letterale, sia per la centralità ad essa attribuita dal legislatore nella definizione della "rappresentanza dell'ente": che costituisce anche la rubrica della norma.

L'art. 39, comma 1, indica il rapporto di rappresentanza, ossia quello che deve legare l'ente ad un rappresentante legale - non necessariamente corrispondente a quello di immedesimazione organica - come quello prescelto, nell'ambito della materia che ci occupa, per dare visibilità concreta ad un soggetto altrimenti non dotato della fisicità propria dell'imputato/indagato; al comma 2, poi, traccia un percorso la cui opzionabilità va puntualizzata. L'ente, cioè, per mezzo del suo rappresentante legale può scegliere se intenda o meno partecipare al procedimento, ma nel primo caso è tenuto a seguire un percorso procedimentale inderogabile che è quello della costituzione mediante il deposito della dichiarazione: la quale è finalizzata, per l'appunto, a "presentare" l'ente - anche nelle vicende modificative eventuali e successive (v. art. 42 che richiama ancora una volta la procedura di esternazione di cui all'art. 39, comma 2) - ossia a far emergere elementi che sono certamente il frutto della sua autonomia negoziale (esplicitazione del nome del legale rappresentante, indicazione del proprio difensore di fiducia, attestazione del già avvenuto rilascio della procura ai sensi dell'art. 100 c.p.p., comma 1) e che, per questo, il legislatore chiede siano formalizzati già nel procedimento.

Si tratta di una dichiarazione che deve essere sottoscritta dal difensore (v. art. 39, comma 2, lett. e) e quindi è un atto del difensore fiduciario, plasmato dal legislatore in termini tali da non porre in dubbio che, anche prima di tale costituzione, ben possa essere stata effettuata dal rappresentante legale dell'ente, la nomina del difensore di fiducia. Questa infatti non necessariamente è parte integrante della dichiarazione di costituzione ma può precederla come si desume dal fatto che l'art. 39, comma 2, lett. b), richiede semplicemente "il nome e il cognome del difensore" assieme alla "indicazione della procura" ossia opera un richiamo ad atti che possono essere già stati perfezionati prima e indipendentemente.

La evidente possibilità di desumere da tale precetto che la costituzione nel procedimento sia "la" modalità attraverso la quale l'ente può rendersi partecipe attivo di tutte le facoltà e prerogative che gli sono proprie, non consente anche solo di dubitare che, sotto tale profilo, l'assimilazione dell'ente all'imputato/indagato possa spingersi fino a rendere valorizzagli - senza condizioni - diversi e concorrenti strumenti procedimentali, previsti per quest'ultimo, ma destinati a rendere manifesta in tutta evidenza, la propria incompatibilità con la norma in questione.

Come pure, non vi sono ragioni concrete per ritenere che il termine "procedimento" sia stato utilizzato senza troppa precisione, come nozione riferibile, in realtà alla fase successiva all'esercizio della azione penale. La scansione delle fasi descritte a partire dall'art. 34, in poi, con la precisa rievocazione di quella delle indagini preliminari, della udienza preliminare e del giudizio e con la esatta riproduzione della distinzione della fase procedimentale da quella processuale vera e propria, rende evidente come l'istituto della "costituzione nel procedimento" e il suo carattere di "onere" sia destinato a spiegare pienamente i propri effetti già per l'esercizio delle facoltà spettanti nella fase delle indagini preliminari. D'altra parte, le espressioni letterali sul luogo dell'adempimento (deposito della dichiarazione di costituzione presso la "cancelleria della autorità giudiziaria procedente") appaiono neutre poichè contengono comunque il riferimento ad una "autorità giudiziaria" ricevente in cui ben può identificarsi il pubblico ministero così cogliendosi il riferimento alla fase delle indagini preliminari.

Non particolarmente illuminante è, al riguardo, il contenuto della Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231 del 2001, atto nel quale il tema della rappresentanza dell'ente "nel procedimento" è affrontato osservando che l'art. 39, sulla partecipazione al procedimento introduce "un principio base" e che è produttivo di effetti immediatamente apprezzabili sulla legittimazione del rappresentante (che sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo) dell'ente che intenda partecipare al procedimento.

Ulteriori argomenti non possono trarsi dalla legge-delega n. 300 del 2000, la quale (art. 11, lett. q)) ha previsto che, per il procedimento di accertamento della responsabilità, siano assicurati l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale.

Una simile disposizione - che non richiede di essere letta necessariamente nel senso della imposizione della dualità della rappresentanza - non appare, in linea di principio, in contrasto - salve le eccezioni che si ritiene di apportare al principio, come si vedrà - con la determinazione del legislatore delegato di garantire tali partecipazione e difesa con la modalità poi concretamente prescelta che è semplicemente quella di

richiedere, per il conferimento del mandato difensivo, taluni adempimenti aggiuntivi e qualificanti, non particolarmente onerosi e correlati alla poliedricità delle vesti giuridiche che l'ente può assumere. Vi è evidentemente, nella definizione di tale modalità partecipativa, un richiamo a quanto richiesto alle parti private, come chiaramente desumibile dal fatto che la procura richiesta per la costituzione è quella (ex art. 100 c.p.p.) espressamente disciplinata per le figure della parte civile, del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria le quali, per tale aspetto, costituiscono un altro riferimento per la ricostruzione della posizione dell'ente, in relazione alla quale non possono negarsi contaminazioni a volte ibride. Anche l'art. 84, sulla costituzione del responsabile civile, delinea uno schema in cui si rispecchia, quasi alla lettera, la dichiarazione di costituzione dell'ente nel procedimento. Tuttavia, la necessità, in linea di principio, di una previa declinazione dei poteri di rappresentanza non solo relativa alla difesa tecnica ma anche secondo le norme civilistiche, da parte dell'ente indagato che intenda farsi parte attiva nel proponimento delle facoltà spettantigli nel procedimento, non è evenienza che consenta di spingere oltremisura anche la assai mi labilità della figura dell'ente nel procedimento a quella delle altre parti private.

Non vi sono evidenze normative, ad esempio, che consentano di affermare che il responsabile civile abbia diritto alla nomina di un difensore di ufficio se non si costituisce ovvero che fosse soggetto alla dichiarazione di contumacia, a differenza di quanto previsto per l'ente indagato.

La necessità della previa costituzione dell'ente, per le finalità dette, discende, in primo luogo, dalla natura stessa di esso, come figura soggettiva potenzialmente anche complessa e necessitante di mezzi di esternazione della propria volontà diversi e più articolati di quelli dell'imputato/persona fisica; e discende, inoltre, dalla ulteriore necessità - che il legislatore ha avvertito e di fatto ha assunto come primaria, proprio per garantire all'ente di essere rappresentato senza ombre o sospetti di inquinamento della strategia difensiva prescelta - di rendere ostensibile quanto prima l'eventuale conflitto di interessi che (v. art. 39, comma 1) discenderebbe in via diretta e immediata dal fatto che il legale rappresentante individuato dall'ente per la costituzione fosse anche indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

E' indubbio, pertanto, che lo statuto delineato perchè l'ente possa attivare facoltà spettantigli nel procedimento (ad es. presentazioni di richieste, memorie o relazioni attinenti ad attività difensive), onera appunto l'ente stesso di una procedura più complessa, sul piano organizzativo, della semplice nomina del difensore di fiducia, secondo le modalità sopra descritte. Ed in mancanza di tali adempimenti, l'ente versa in una posizione che è solo in parte riecheggiante quella delle menzionate parti private, le quali, come è noto, o si costituiscono o non godono di altra veste per interloquire, proprio perchè la loro presenza è eventuale nel processo ed a tutela di interessi privati.

L'ente non costituito resta un soggetto indagato e 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 assicurate a quest'ultimo.

E tali garanzie debbono intendersi realizzate, proprio nella ottica della effettività di una difesa piena e non sospetta di contaminazioni, o attraverso il difensore di fiducia che, l'ente, costituendosi, abbia indicato, oppure, in mancanza di tale atto, attraverso la nomina del difensore di ufficio, come lascia chiaramente trasparire anche una norma centrale, per il ragionamento fin qui seguito, come quella dell'art. 369 bis c.p.p., che prevede, a carico del pubblico ministero che proceda al primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere, il dovere di nominare un difensore di ufficio.

4.2. Il sistema così delineato, però, come anticipato in premessa, deve essere ulteriormente integrato in via interpretativa con riferimento a quei passaggi procedurali in cui lo schema rischia di rimanere un flatus vocis perchè di fatto la rapidità e la sorpresa della iniziativa investigativa del pubblico ministero non renderebbero effettiva la possibilità dell'ente di realizzare una utile opzione per la costituzione nel procedimento, a volte subordinata, in base alle dimensioni e configurazione dell'ente stesso, anche ad attivazione di organi consiliari e alla espressione di volontà collegiali che richiedono tempi tecnici di qualche apprezzabilità.

Ci si riferisce agli atti c.d. a sorpresa o comunque caratterizzati da rapidità e urgenza nella rispettiva esecuzione, con riferimento soprattutto alla fase iniziale del procedimento nella quale l'ente non ha avuto, a volte, neppure sentore della pendenza delle indagini a proprio carico o comunque lo ha avuto in termini

tali da non consentirgli di fatto il ricorso alla procedura ex art. 39, in tempo utile per l'esercizio delle facoltà di reazione: atti, come ad esempio quelli di cui agli artt. 352, 353 e 354 c.p.p., in relazione al cui compimento è previsto, dall'art. 356 c.p.p., il diritto del difensore di assistere, previo anche espresso avvertimento, che la polizia giudiziaria è tenuta a dare in tal senso alla persona sottoposta ad indagini se presente (art. 114 disp. att. c.p.p.).

Allo stesso modo, l'art. 365 cod. proc. pen. prevede il diritto, della persona sottoposta ad indagini, all'assistenza del difensore agli atti di perquisizione o sequestro compiuti dal pubblico ministero e l'art. 366 c.p.p., regola lo stretto rapporto informativo che deve instaurarsi tra il deposito degli atti del pubblico ministero e il difensore, al fine di consentire a quest'ultimo, con scadenze temporali assai ristrette, l'esercizio delle facoltà difensive.

Pur nella consapevolezza di non potere formare un elenco esaustivo delle situazioni rilevanti, merita di essere ricordato anche il caso delle sommarie informazioni di cui all'art. 350 c.p.p..

In tutti questi casi e in casi a questi strettamente assimilabili, che saranno il frutto anche di attività ermeneutica del giudice di merito nell'ottica di una lettura costituzionalmente orientata, è indubbio che la nomina del difensore di fiducia da parte del legale rappresentante dell'ente, secondo il disposto dell'art. 96 c.p.p., abilita quello al pieno esercizio delle facoltà descritte dalle norme di volta in volta considerate.

E, in linea di principio, la detta nomina, anche a prescindere dalla costituzione nel procedimento, legittima il difensore di fiducia alle ulteriori e connesse iniziative nell'interesse dell'ente quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare, non meno connotate da urgenza, con esercizio di poteri che non possono essere meno ampi di quelli riconoscibili, nello stesso frangente, al difensore di ufficio che fosse designato in assenza della nomina del difensore di fiducia.

4.3. Il complesso di tali previsioni incontra però un limite - oltre a quello oggettivo riguardante il compimento degli atti c.d. personalissimi, comunque sottratti al difensore tecnico in quanto tale - che è da un lato di carattere cronologico ma soprattutto è idoneo a presentare, nella ricostruzione che qui si delinea, il connotato sistematico atto a rendere concatenabili le due realtà procedurali sopra descritte: si tratta del principio ricavabile dall'art. 57 del decreto n. 231 ossia dalla norma che stabilisce che l'informazione di garanzia inviata all'ente contiene, tra l'altro, l'avvertimento che, per partecipare al procedimento, deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2.

La norma vale, cioè, a giudizio delle Sezioni Unite, a rendere tracciabile la situazione procedimentale a partire dalla quale l'urgenza della reazione difensiva non può più prevalere - restringendola - sull'area della operatività dell'art. 39, D.Lgs. cit., il quale torna così a presidiare con le proprie regole l'incedere della fase.

Si ritiene in altri termini che tale norma, in primo luogo, presenti la valenza di rendere plasticamente evidente come la esigenza della formalizzazione della rappresentanza dell'ente, pur sempre rimessa quanto all'an alla autonomia di questo, sia stata avvertita dal legislatore con riferimento già alle iniziative adottabili sin dalle prime fasi del procedimento, quando è formulato anche l'invito alla dichiarazione o elezione di domicilio. E non relegata alla sola fase processuale.

Ma soprattutto si osserva che l'informazione di garanzia serve ad allertare l'ente circa gli oneri partecipativi al procedimento, una sorta di messa in mora per effetto della quale quello può venirsi a trovare nella condizione di non versare più nella situazione della imprevedibilità e della urgenza della reazione che vengono qui ritenute incompatibili con i tempi della costituzione nel procedimento.

Certamente, l'informazione di garanzia, effettivamente notificata alla persona sottoposta alle indagini, di regola non precede gli atti a sorpresa e tantomeno la esecuzione del decreto di sequestro, potendo essere notificata, con la nomina del difensore di ufficio, anche contestualmente al compimento dell'atto cui il difensore ha diritto di assistere (v. art. 369 bis c.p.p., comma 1). In tali casi (effettiva notifica, quando pure, rispetto all'atto urgente, quella sia precedente o contestuale), non può dubitarsi del fatto che l'ente disponga di un termine per gli adempimenti di cui all'art. 39, e per l'espletamento dei diritti difensivi anche urgenti che non è irragionevolmente breve, anche se risente dei connotati di procedimenti (come quelli incidentali cautelari) che impongono estrema rapidità, peraltro, non solo all'indagato ma a tutti i soggetti partecipi, compresi i giudici: il tutto nell'interesse dell'indagato medesimo ad una decisione quanto più possibile sollecita su beni fondamentali quali la libertà, nelle sue forme più diverse, e le risorse patrimoniali.

Viceversa, se la notificazione della informazione di garanzia - con l'avvertimento formale dell'onere di cui all'art. 39 - avviene con una cadenza temporale diversa, perchè successiva ad esempio all'atto urgente per le ragioni più varie, comprese quelle capaci di dare luogo anche a teoriche nullità nei casi nei quali, però, anche la giurisprudenza di legittimità ne esclude la concreta integrazione (si veda la sentenza Sez. 5, n. 28336 del 07/05/2013, Scalerà, Rv.256776 che confina i casi di nullità alle ipotesi in cui si sia venuta a determinare la violazione del diritto di difesa per la mancata possibilità di partecipazione del difensore alle operazioni di esecuzione del sequestro; conformi: Sez. 2, n. 5752 del 28/10/1997, Cesetti, Rv. 209927; Sez.5, n. 6519 del 03/11/2011, Cangialosi, Rv. 251929), come anche nel caso in cui l'indagato non sia presente all'espletamento dell'atto predatorio, allora non può dirsi che la notificazione della informazione di garanzia abbia prodotto l'effetto sollecitatorio che le è proprio e che varrebbe a far evaporare quella condizione di sorpresa che si pretende, qui, di tutelare.

Questa condizione resta cioè pienamente integrata e le esigenze difensive dell'ente non può richiedersi siano esplicate dal procuratore di un soggetto già costituito nel procedimento, perchè in tal caso non godrebbero di una tutela effettiva, per la impossibilità del verificarsi della condizione.

Resta, in conclusione, delineata, così, la figura di un difensore di fiducia che, seppure regolarmente officiato - nei casi non patologici, dei quali invece si dirà a breve - dal legale rappresentante dell'ente, conserva appieno tutte le facoltà connesse con il mandato, solo prima della costituzione dell'ente, per l'espletamento dei diritti correlati alle attività della parte pubblica che si presentino col carattere della imprevedibilità e della urgenza. Ovviamente la legittimazione di quello stesso difensore è destinata ad essere validata dalla successiva costituzione dell'ente che confermi, nella relativa dichiarazione, la nomina stessa, nuovamente legittimandola anche mediante il conferimento di una procura ad hoc. Al contrario, nei casi diversi da quelli appena evocati e segnatamente, tra l'altro, in tutti i frangenti e i segmenti procedurali che seguono l'informazione di garanzia contenente l'avvertimento della necessità della costituzione per partecipare al procedimento, il mancato esercizio di tale onere deve essere ritenuto come una precisa opzione processuale che vale a incidere negativamente, travolgendola ex lege, anche sulla legittimazione del difensore di fiducia, i cui poteri restano incapaci di produrre effetti procedurali, con il conseguente subentro di quelli del - a questo punto indispensabile - difensore di ufficio.

Si tratta di una conseguenza frutto di una strategia dell'ente, che non vale dunque a far sorgere dubbi di compatibilità costituzionale e in particolare col principio della inviolabilità della difesa, ma che è in linea con una ragionevole costruzione del procedimento da parte del legislatore il quale non ha inteso ammettere la doppia contestuale rappresentanza (quella determinata dalla difesa tecnica fiduciaria e quella legata in primis ai principi processual civilistici), mentre risulta non impedire la prima nei soli limiti in cui la seconda non sia materialmente attivabile e assicurando comunque quella di ufficio all'ente che decida di non costituirsi.

E se è possibile affermare che un simile assunto non sarebbe in linea con i principi del codice di rito in tema di validità del rapporto professionale col difensore di fiducia, è anche vero che nella materia de qua i detti principi sono evocabili e subentrano soltanto nei limiti nei quali non risultino incompatibili con le speciali norme forgiate per il procedimento sulla responsabilità amministrativa dell'ente: norme, che, invece, come detto, forniscono un quadro della disciplina sulla presenza del difensore fiduciario nel procedimento in esame che richiede una integrazione con le norme del codice, nei soli limiti sopra chiariti.

5. Va pertanto enunciato il seguente principio di diritto: "In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo 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 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 39, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57, del D.Lgs. medesimo".

6. Resta infine da trattare dell'argomento sopra più volte evocato, a latere della questione specificamente oggetto di contrasto, che è quello del difensore di fiducia nominato dal legale rappresentante dell'ente che sia anche indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, tema sul quale peraltro si registrano principi giurisprudenziali omogenei nella pur contenuta produzione giurisprudenziale sulla materia, come si desume dalle sentenze di questa Corte sopra citate (Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009, Caporello, Rv. 244407; Sez. 6, n. 29930 del 31/05/2011, Ingross Levante Spa, Rv. 250432).

Si tratta di una nomina che può venire in considerazione sia prima ed a prescindere dalla detta costituzione, come di nomina che viceversa affiora processualmente con la dichiarazione di costituzione. Nel primo caso la sua materiale evidenziazione ben potrebbe avvenire, prima che da parte del giudice, ad opera del pubblico ministero procedente (negli atti che comportino o consentano la presenza del difensore) il quale è la prima autorità giudiziaria, in ordine di tempo, ad essere consapevole della situazione di potenziale conflitto di interessi che è quella che - concretizzata dalla iscrizione della notizia di reato anche a carico del legale rappresentante - ha ispirato la regola del divieto di rappresentanza delineato direttamente ed espressamente dal legislatore nell'art. 39, comma 1.

Orbene, se è vero che la scelta di un rappresentante legale dell'ente "incompatibile", a prescindere e prima della costituzione nel procedimento, è già stata considerata dalla Corte costituzionale (v. in motivazione, sent. n. 249 del 2011) astrattamente sindacabile da parte della autorità giudiziaria, sia pure in termini di verifica della effettività del conflitto e nei limiti in cui si riverbera sul principio di conoscenza legale dell'atto notificato, come delineato dall'art. 43, comma 2, non vi è motivo per negare che un sindacato similare possa ed anzi debba essere ritenuto ammissibile e legittimo, nell'ottica della verifica dei poteri che siano stati esercitati con efficacia nel procedimento, in violazione del detto divieto coniato ex lege.

Il divieto di rappresentanza è infatti concepito - in mancanza di norme positive di segno diverso, come nel caso dell'art. 43, comma 2 - con riferimento al momento in cui diviene rilevante e cioè con riferimento agli effetti del mandato nel procedimento, ed è apprezzabile dunque anche prima ed a prescindere dall'atto di costituzione sia perchè ciò fa intendere la consecutio dei principi fissati all'art. 39, commi 1 e 2, sia perchè costituisce principio generale quello in base al quale l'atto del soggetto non legittimato è improduttivo di effetti ed è sanzionato con la inammissibilità.

E quello della non legittimazione, con riferimento alla imputazione degli effetti di atti posti in essere nell'interesse dell'ente indagato, da parte del rappresentante contemporaneamente indagato del reato presupposto, deve intendersi, appunto, principio di carattere generale che permea di sé l'intero procedimento, anche indipendentemente dalla costituzione dell'ente, soggetto al sindacato del giudice adito, come del resto, per quanto riguarda la materia della impugnazione che qui ricorre, è anche espressamente disposto dal legislatore nell'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a).

Se dunque il rappresentante dell'ente che versi nella condizione descritta dall'art. 39, comma 1, ciononostante procedesse alla nomina del difensore di fiducia dell'ente indagato, si tratterebbe, come esattamente precisato nella sentenza Caporello sopra ricordata, 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.

Il giudice investito dell'atto propulsivo della difesa così officiata non potrebbe esimersi dal sindacare tale condizione sotto il profilo della ammissibilità dell'atto.

Non appaiono condivisibili, le obiezioni mosse, da una parte della dottrina, a tale genere di sindacato.

Esse si affidano in genere alle norme del codice che, in caso di incompatibilità del difensore, non prevedono la sua immediata decadenza (art. 106 c.p.p.) e che appaiono concepite per regolare un caso completamente diverso: quello dell'imputato o indagato che abbia nominato per sé un difensore di fiducia il quale tuttavia, difendendo altre posizioni in conflitto di interesse, è giudicato incompatibile dal giudice, nell'interesse di chi quella nomina ha inconsapevolmente effettuato.

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

In altri termini, non si pone il problema dell'intervento (e delle sue modalità) del giudice su una scelta fiduciaria legittimamente effettuata dall'interessato, ma della ratifica, da parte del giudice, di una qualificazione di incompatibilità del rappresentante dell'ente che il legislatore stesso ha effettuato e quindi di rilevazione di un difetto di legittimazione alla nomina.

Alla tesi che qui si accredita non ostano neppure le ragioni di urgenza che sono state invece ritenute idonee a rendere ragione della legittimazione del difensore di fiducia nominato in assenza e prima della

costituzione nel procedimento.

Infatti quelle ragioni sono pur sempre funzionali alla garanzia di una difesa effettiva e concreta dell'ente indagato mentre non si apprezzano e comunque sono da ritenere recessive quando la nomina del difensore fiduciario sia da giudicare, sulla base di una presunzione assoluta del legislatore, proveniente da soggetto non abilitato ad esprimere validamente la volontà dell'ente, da parte del quale, pure, gode formalmente di investitura.

Il legislatore, con valutazione del tutto ragionevole, ha optato per la necessità di far prevalere il sospetto che la nomina possa essere il frutto di una scelta strategica inquinata del rappresentante - al di là di qualsiasi dovere dimostrativo in concreto da parte del giudice - e ha finito per determinare la condizione, per tale via, affinché, anche a prescindere dalla concreta rilevazione della incompatibilità da parte del giudice, risulti di fatto sollecitato il potere dell'ente di rivedere la catena dei rapporti di rappresentanza dei quali intenda avvalersi.

7. In relazione alla fattispecie fin qui esaminata vanno pertanto enunciati i seguenti principi di diritto:

- "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 di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39".

- "E' inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591 c.p.c., comma 1, lett. a), 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".

8. Tutto ciò premesso si osserva come, in primo luogo, il provvedimento impugnato, dichiarativo tout court della inammissibilità della impugnazione senza verifica della sequenza procedimentale sopra ritenuta necessaria, debba essere annullato senza rinvio.

Posto che, tuttavia, si impone la detta preliminare verifica, dovrà procedersi alla rinnovazione dell'incidente cautelare volto ad accertare se il decreto di sequestro impugnato con richiesta dichiarata inammissibile dal Tribunale fosse stato o meno preceduto o accompagnato da contestuale informazione di garanzia, all'ente, con il contenuto indicato nel D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 57, e cioè, tra l'altro, con l'avvertimento che per partecipare al procedimento avrebbe dovuto depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2.

Un simile adempimento, infatti, come sopra chiarito è quello che in questa sede è stato individuato come capace di porre l'ente nella condizione di non più potere procrastinare, agli affetti degli atti urgenti da compiere successivamente, la condizione partecipativa pretesa dall'art. 39, comma 2, per la adozione, già nella fase procedimentale in corso, con pienezza delle proprie facoltà difensive, delle iniziative necessarie. Viceversa, l'accertamento della mancata notifica di tale informazione di garanzia o la verifica di una notifica successiva lascerebbero non dimidiati ed anzi pieni i diritti difensivi, sempre correlati alla natura urgente degli atti di indagine, esercitagli anche a prescindere dalla detta costituzione dell'ente, compreso dunque quello manifestatosi nella impugnazione cautelare oggetto del provvedimento impugnato.

Si tratta di un accertamento che questa Corte, tenuto conto degli atti in proprio possesso, non è stata nelle condizioni di effettuare in maniera concludente e che invece richiede una indagine fra gli atti del procedimento che, allo stato, non è neppure astrattamente possibile individuare e far ricercare e che va demandata al giudice del merito.

P.Q.M.

annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e dispone trasmettersi gli atti al Tribunale di Ancona.