

**Penale Sent. Sez. 3 Num. 38890 Anno 2024**

**Presidente: SARNO GIULIO**

**Relatore: GALANTI ALBERTO**

**Data Udienza: 09/10/2024**

### **SENTENZA**

Sul ricorso presentato da \_\_\_\_\_ nato a \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ in qualità di l.r.  
della " \_\_\_\_\_ s.r.l.", corrente in \_\_\_\_\_

avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Salerno del 24/06/2024,

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Alberto Galanti;

lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale D.ssa  
Valentina Manuali, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

### **RITENUTO IN FATTO**

1. Con ordinanza del 24/06/2024, il Tribunale del riesame di Salerno dichiarava  
inammissibile il riesame proposto dalla " \_\_\_\_\_ s.r.l." avverso il provvedimento di sequestro  
preventivo disposto dal GIP del Tribunale di Nocera Inferiore del 06/05/2024.



2. Avverso l'ordinanza \_\_\_\_\_, quale l.r. della " \_\_\_\_\_ s.r.l.", tramite il proprio difensore, proponeva ricorso per cassazione.

2.1. Con il primo motivo deduce violazione di legge in quanto l'inammissibilità dichiarata dal Tribunale del riesame costituirebbe una gravissima compressione del diritto di difesa, non avendo consentito alla società di contraddire.

2.2. Con il secondo deduce vizio di motivazione in relazione agli articoli 40 e 57 d. lgs. 231/2001, ritenendo non condivisibile la motivazione con cui il Tribunale ha ritenuto che la incompatibilità dell' \_\_\_\_\_ determinasse la carenza di legittimazione del difensore da egli nominato.

3. In data 17 settembre 2024 l'Avv. \_\_\_\_\_ del foro di Salerno, per l'imputato, depositava memoria in cui insisteva per l'accoglimento del ricorso.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il ricorso è inammissibile.

2. Il Collegio evidenzia come le Sezioni Unite della Corte (Sez. U, n. 33041 del 28/05/2015, dep. 28/07/2015, Gabrielloni, Rv. 264313 - 01) abbiano chiarito che la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda è subordinata alla sua previa costituzione, formalità individuata dall'art. 39 d.lgs. n. 231/2001 quale mezzo di esternazione della volontà diverso e più articolato di quelli dell'imputato persona fisica, in quanto «corrispondente alla struttura complessa di tale figura soggettiva ed idoneo a rendere quanto prima ostensibile l'eventuale conflitto di interessi derivante dall'essere il legale rappresentante indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo».

Questa Corte ha poi precisato che l'onere di formale costituzione ai sensi dell'art. 39 d.lgs. n. 231/2001, previsto come condizione per la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda, opera sin dalla fase delle indagini preliminari (Sez. U. Gabrielloni, citata; Sez. 3, n. 8498 del 05/11/2020, dep. 2021, Staffetti s.r.l., n.m; Sez. 3, n. 9758 del 03/02/2022, F.D. Trasporti s.r.l., n.m.). Costituzione di cui, nel caso oggetto del presente scrutinio, non si rinviene traccia, elemento già di per sé sufficiente per una pronuncia di inammissibilità per difetto di (prova della) legittimazione processuale.

Inoltre, la succitata pronuncia delle Sezioni Unite Gabrielloni ha chiarito che il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di una evidente condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001.

A tale pronuncia hanno fatto seguito numerose sentenze (Sez. 3, Sentenza n. 10440 del 17/10/2019, dep. 23/03/2020, Sicilfert srl, non massimata; Sez. 3, n. 56427 del 18/05/2017,



Automobili d'antona s.r.l., n.m.; Sez. 5, n. 50102 del 22/09/2015, Rv. 265587 - resa in una fattispecie analoga a quella per la quale qui si procede) le quali hanno ribadito che il richiamato art. 39, comma 1, prevede l'incompatibilità del legale rappresentante dell'ente a rappresentarlo nel procedimento a suo carico qualora egli sia contestualmente anche imputato per il reato presupposto della responsabilità addebitata alla persona giuridica.

Inoltre, la Corte ha affermato (Sez. 2, n. 13003 del 31/01/2024, Dell'Erba, Rv. 286095 - 01; Sez. 2, n. 52470 del 19/10/2018, dep. 21/11/2018, s.l.r. Martinelli, non massimata) che quando il legale rappresentante della società imputato di un illecito 231 è a sua volta indagato o imputato del reato presupposto, 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».

Conseguentemente «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, pertanto, 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 (principi da ultimo confermati da Sez. 2<sup>^</sup>, Sentenza n. 13003 del 31/01/2024, dep. 28/03/2024, Dell'Erba, Rv. 286095 - 01; Sez. 2, n. 52748 del 09/12/2014, Rv. 261967; Sez. 6, n. 29930 del 31/05/2011, Rv. 250432; Sez. 6, n. 41398 del 19/06/2009 Rv. 244409; Sez. 6, n. 15689 del 05/02/2008, Rv. 241011).

Questa Corte ha infine precisato (Sez.3, n. 35387 del 13/05/2022, Capano, Rv. 283551) che il modello organizzativo dell'ente deve prevedere regole cautelari per le possibili situazioni di conflitto di interesse del legale rappresentante indagato per il reato presupposto, valevoli a munire l'ente di un difensore, nominato da soggetto specificamente delegato, che tuteli i suoi interessi, elemento del pari non fornito dal ricorrente.

3. Gli anzidetti rilievi sono di per sé sufficienti a consentire di dichiarare in ammissibile il primo motivo di ricorso, ancora una volta presentato da difensore nominato dall'imputato (incompatibile)

A tal proposito, il Collegio evidenzia come l' [ ] risulti indagato in relazione alle imputazioni rubricate ai capi di incolpazione provvisoria nn. 159) e 160).

La società " [ ] srl", a sua volta, è accusata dell'illecito amministrativo da reato indicato al capo 192) (art. 25-quinquiesdecies d. lgs. 231/2001), in relazione alla commissione del reato *sub* 160) da parte di [ ] ed [ ] in qualità di rappresentanti legali *pro tempore* della società.



Del tutto correttamente, pertanto, il Tribunale del riesame ha ritenuto inammissibile il riesame presentato dal difensore nominato dall' \_\_\_\_\_, che versava in situazione di incompatibilità, e per gli stessi motivi deve ritenersi inammissibile il presente ricorso.

4. Ad ogni buon conto, il secondo motivo, relativo alla asserita nullità del sequestro a seguito della mancata nomina di difensore d'ufficio (art. 40 d. lgs. 231/2001) e di notificazione all'ente della informazione di garanzia (art. 57 d. lgs. 231/2001), è inammissibile per genericità.

4.1. Quanto al primo aspetto, va evidenziato che la nomina del difensore d'ufficio, prevista per l'ente dall'articolo 40 del d. lgs. 231/2001, simmetricamente a quanto previsto per l'indagato dall'articolo 96, comma 3, cod. proc. pen., non è obbligatoriamente prevista in occasione dell'esecuzione del sequestro preventivo, in quanto la stessa è limitata, dall'articolo 364 del codice di rito, all'interrogatorio, all'ispezione, alla individuazione di persona o al confronto cui debba partecipare l'indagato.

In relazione al sequestro, invece, l'articolo 365, comma 1, stabilisce che si procede alla nomina del difensore d'ufficio solo ove l'interessato, *che sia presente all'esecuzione dell'atto*, sia sprovvisto di difensore di fiducia.

4.2. Quanto al secondo aspetto, secondo l'insegnamento di questa Corte, l'informazione di cui all'articolo 369-bis (e simmetricamente dell'articolo 57 d. lgs. 231/2001) non è dovuta fino al momento in cui viene compiuto da parte del pubblico ministero un atto che l'imponga (Sez. 3, n. 20168 del 27/04/2005, Fazio, Rv. 232244 - 01). Ed infatti, l'invio della comunicazione con la designazione del difensore d'ufficio, da parte del pubblico ministero, presuppone il compimento di un atto cui il difensore "ha diritto di assistere", ma nei c.d. «atti a sorpresa», come visto, la nomina di un difensore ai sensi degli articoli 365 e 97, comma 3, cod. proc. pen., è dovuta solo nel caso in cui l'indagato presenzi al compimento dell'attività investigativa.

Pertanto, ove la persona sottoposta ad indagine non partecipi alle operazioni, la nomina di un difensore d'ufficio non risulta necessaria, facendo così venire meno anche l'obbligo d'inoltro della informazione di garanzia (analogo ragionamento va esteso all'informazione di cui all'articolo 369-bis cod. proc. pen.).

La presenza dell' \_\_\_\_\_ - o di altro soggetto che in quel momento rappresentasse la società - all'atto della esecuzione del sequestro non viene neppure labialmente dedotta dal ricorrente; pertanto, non vi è prova che, al momento del sequestro operato dalla polizia giudiziaria, fosse sorto l'obbligo per il pubblico ministero di inviare la comunicazione sul diritto di difesa.

4. Il ricorso va quindi dichiarato inammissibile.

Alla declaratoria dell'inammissibilità consegue, a norma dell'art. 616 cod. proc. pen., l'onere delle spese del procedimento. Tenuto altresì conto della sentenza 13 giugno 2000, n. 186, della Corte costituzionale e rilevato che, nella fattispecie, non sussistono elementi per ritenere che «la parte abbia proposto il ricorso senza versare in colpa nella determinazione della causa di



inammissibilità», alla declaratoria dell'inammissibilità medesima consegua, a norma dell'art. 616 cod. proc. pen., l'onere del versamento della somma, in favore della Cassa delle ammende, equitativamente fissata in euro 3.000,00.

**P.Q.M.**

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

Così deciso il 09/10/2024.