

PARTECIPAZIONE DELL'ENTE NEL PROCESSO: UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA ESIGENZE DIFENSIVE E FORMALITÀ

Nota a Cass., Sez. Un., 28 maggio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33041, Pres. Santacroce, Rel. Vessichelli, Ric. Gabrielloni (leg. rapp. Covalm Biogas Soc. Coop a r.l.)

di Daniela Rocchi

Abstract. *In tema di responsabilità da reato degli enti, le Sezioni unite hanno affermato il principio secondo cui è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen., avverso il decreto di sequestro preventivo dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente secondo il disposto dell'art. 96 cod. proc. pen. ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 D.lgs 231/2001, a condizione che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata l'informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del Decreto medesimo. Il presente contributo esprime alcuni rilievi critici sulla pronuncia che, seppur dichiaratamente e meritoriamente tesa a tutelare il diritto di difesa dell'ente, secondo l'autore potrebbe finire per recarle in concreto pregiudizi a causa dell'opinabilità della premessa da cui la decisione prende le mosse.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. La composizione del conflitto. – 4. Le garanzie di un'effettiva partecipazione dell'ente al procedimento.

1. Premessa.

Il tema del rapporto tra effettiva partecipazione dell'ente al procedimento ed esercizio del diritto di difesa occupa il dibattito giuridico sin dagli esordi del D.Lgs. 231/01 ed afferisce direttamente alla scelta del processo penale come sede nella quale accertare la responsabilità da reato degli enti¹.

¹ L'art. 11, comma 1, lett. q) della legge delega (l. 29 settembre 2000, n. 300) ha stabilito "che le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere il reato e che per il procedimento per l'accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale". A fronte di tale indicazione, il legislatore delegato ha ideato un "micro procedimento penale speciale che si ispira al modello processuale penale ordinario, ma che se ne differenzia in ordine a specifici istituti e snodi processuali" (A. BASSI, *Enti e responsabilità da reato*).

Il peso delle sanzioni prospettate, la cui applicazione non può prescindere dalla preventiva garanzia di svolgimento di un pieno contraddittorio, e la necessità di porre l'ente in condizione di interloquire in merito al reato presupposto della propria responsabilità, hanno guidato la scelta del legislatore delegante verso il giudice penale e le garanzie riconosciute all'imputato, a cui l'ente è parificato.

Ciò nondimeno le caratteristiche dei soggetti a cui si rivolge il D.Lgs. 231/01 stridono in diversi punti con la costruzione "antropomorfica" ideata per verificare le responsabilità penali.

Una delle modalità con cui il legislatore delegato ha tentato di adattare la realtà dei nuovi protagonisti processuali agli schemi esistenti e, dunque, di collocare la persona giuridica nella stessa condizione dell'imputato, è sancita nell'art. 39 del D.Lgs. 231/01, in base al quale "l'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo". È chiaro come la volontà espressa dall'art. 35 del Decreto di estendere agli enti le disposizioni concepite per la persona fisica, incontri insidiosi ostacoli a cominciare dall'impossibilità che l'organismo sia rappresentato da un soggetto che risulti imputato del reato presupposto.

La partecipazione dell'ente al procedimento è subordinata dal comma secondo del predetto art. 39 - norma centrale del microsistema processuale delineato dal D.Lgs. 231/01 - alla sua costituzione in giudizio, vale a dire alla manifesta espressione della sua volontà di prendervi parte mediante una dichiarazione scritta che, a pena di inammissibilità, deve contenere specifiche indicazioni².

La previsione normativa lascia spazio al dubbio se la dichiarazione di costituzione sia da considerare un atto imprescindibile per l'esercizio di qualunque diritto previsto per la difesa dell'ente ovvero un adempimento necessario per le sole attività subordinate alla presenza dell'imputato, intendendo la partecipazione come intervento personale nel processo, attraverso, ovviamente, il legale rappresentante.

Le conseguenze che derivano dall'adesione all'una o all'altra lettura della norma, segnano in modo talmente incisivo la difesa dell'ente - risultando, da un lato, gravemente compromessa e, dall'altro, almeno tecnicamente garantita - da aver reso indifferibile un intervento delle Sezioni unite teso a fare chiarezza.

Accertamento, sanzioni e misure cautelari, Milano 2006, p. 501. Cfr., inoltre, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2010, p. 466, secondo cui la scelta di estendere all'ente le disposizioni relative all'imputato "viene giustificata con l'esigenza di assicurare al soggetto collettivo tutte le garanzie riconosciute nel processo penale all'imputato, tenendo conto da un lato delle incisive sanzioni previste per gli illeciti dell'ente, dall'altro dell'insufficienza del ricorso a sistemi di garanzie ridotte, come ad esempio quello previsto dalla l. 689/81, ovvero quello assicurato ad altri soggetti nel processo penale".

² L'art. 39, comma 2 D.Lgs. 231/01 prevede che la costituzione dell'ente avvenga "depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione scritta contenente a pena di inammissibilità: a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; b) il nome e il cognome del difensore e l'indicazione della procura; c) la sottoscrizione del difensore; d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio."

In particolare, si è posto in giurisprudenza il problema se “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 dell’art. 39 del D. Lgs. n. 231 del 2001”, tema giunto sino al vaglio delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

2. Il contrasto giurisprudenziale.

La seconda Sezione della Corte di cassazione è stata investita del ricorso avverso un’ordinanza³ con la quale era stata dichiarata l’inammissibilità del riesame proposto dal difensore di una società, in assenza del formale atto di costituzione dell’ente, contro il decreto di sequestro preventivo del giudice per le indagini preliminari, su beni e somme della società indagata. La Sezione semplice ha ritenuto «assolutamente rilevante» la questione riguardante la corretta interpretazione dell’art. 39 D.Lgs. 231/01, così da interessare le Sezioni unite, attesa l’esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento, infatti, l’esercizio dei diritti di difesa da parte dell’ente non sarebbe subordinato all’atto formale previsto dal secondo comma dell’art. 39; di conseguenza, la scelta di non costituirsi non pregiudicherebbe il diritto della società di presentare, tramite il proprio difensore di fiducia, la richiesta di riesame⁴.

A conforto di tale assunto sono richiamati gli artt. 34 e 35 del D.Lgs. 231/01, in base ai quali nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, oltre alle specifiche norme del decreto, le disposizioni del codice di procedura penale e, all’ente, si estendono, in quanto compatibili, quelle relative all’imputato.

Dalle due norme discenderebbe, secondo tale interpretazione, l’applicabilità nei confronti dell’ente degli articoli 257 e 324 c.p.p., in base ai quali viene riconosciuta la titolarità di proporre riesame anche al difensore privo di procura speciale e, dunque, nominato ai sensi dell’art. 96 c.p.p.

A corroborare tale ricostruzione ermeneutica si aggiunge l’art. 52 del citato Decreto, secondo cui l’ente, «per mezzo del suo difensore», può proporre impugnazione avverso «tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari».

Ebbene, anche sulla scorta di tale previsione normativa si esclude che l’impugnazione sia legata alla costituzione dell’ente *ex art. 39 D.Lgs. 231/01*.

L’orientamento opposto sostiene, invece, che l’ente abbia diritto di proporre impugnazione solo se partecipi al processo mediante la regolare costituzione di cui al citato articolo 39⁵.

³ Si tratta dell’ordinanza del 19 settembre 2014 del Tribunale di Ancona.

⁴ In tal senso, si veda Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2007, n. 43642 e Cass. pen., Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 41398.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15689.

Secondo la giurisprudenza che ha sposato tale interpretazione l'art. 39 del D.Lgs. 231/2001 sarebbe "assolutamente chiaro nel momento in cui commina la sanzione processuale dell'inammissibilità (come tale rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento) in assenza del predetto atto di costituzione la cui presenza formale è richiesta nella fase nella quale opera", ivi compresa quella relativa all'applicazione delle misure cautelari ed ai rispettivi mezzi di impugnazione⁶.

3. La composizione del conflitto.

Con la sentenza in commento le Sezioni unite sono intervenute a dirimere il contrasto delineato partendo dalla disamina dell'art. 39 del D.Lgs. 231/01, disposizione che, a detta della Corte "rimane il *primum movens*, sia per il suo tenore letterario, sia per la centralità ad essa attribuita dal legislatore nella definizione della 'rappresentanza dell'ente': che costituisce anche la rubrica della norma".

Ebbene, in base alla lettura del predetto articolo di legge, le Sezioni unite giungono ad affermare che la modalità scelta dal legislatore delegato per garantire l'effettiva partecipazione e la difesa degli enti nel processo 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".

La previa costituzione dell'ente rappresenterebbe, nell'iter argomentativo della Corte, una necessità discendente "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", nonché dall'ulteriore esigenza "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".

Secondo l'orientamento delle Sezioni unite, dunque, per poter attivare ogni facoltà processuale l'ente è onerato di una procedura più complessa della semplice nomina del difensore di fiducia, modalità che riecheggia gli adempimenti richiesti alle parti private del processo⁷. Tuttavia, contrariamente a tali soggetti, la cui presenza è solo 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 nel processo, ma anche, ineludibilmente, di tutte le garanzie assicurate" all'indagato.

In altri termini, secondo la Corte, il sistema processuale delineato dal D.Lgs. 231/01 garantirebbe la piena difesa all'ente attraverso il difensore di fiducia indicato

⁶ Cass. pen., Sez. II, 9 dicembre 2014, n. 52748.

⁷ Si pensi, ad esempio, alla procura speciale, necessaria anche per la costituzione di parte civile, del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria.

dallo stesso mediante l'atto di costituzione, ovvero in assenza di simile atto, attraverso la nomina del difensore d'ufficio.

Il passaggio successivo dell'iter argomentativo seguito dai Giudici della cassazione è teso ad integrare in via interpretativa il quadro appena tratteggiato al fine di porre rimedio a tutte quelle situazioni che, in base allo schema prefigurato, pregiudicherebbero la piena difesa dell'ente.

Ed infatti, precisa la Corte, "in relazione agli atti c.d. a sorpresa o comunque caratterizzati da rapidità e urgenza nella rispettiva esecuzione" (si fa riferimento, in particolare ad atti previsti dagli artt. 352, 353 e 354 c.p.p. per i quali è previsto il diritto del difensore di assistere, come anche per gli atti di perquisizione e sequestro ovvero per le sommarie informazioni di cui all'art. 350 c.p.p.), potrebbe rivelarsi impossibile per l'ente avere il tempo per ponderare l'opportunità di costituirsi nel procedimento, specie nei casi in cui le dimensioni e l'organizzazione dell'ente stesso siano tali da richiedere tempi tecnici incompatibili con l'urgenza che caratterizza la situazione processuale.

In ipotesi del genere, la cui individuazione esatta è espressamente rimessa dalla Corte all'attività ermeneutica del giudice di merito, si ritiene 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, quindi "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 dei poteri che non possono essere meno ampi di quelli riconosciuti, nello stesso frangente, al difensore d'ufficio che fosse designato in assenza della nomina del difensore di fiducia".

In tali casi, pertanto, le Sezioni unite ritengono che l'urgenza di garantire il diritto di difesa prevalga sull'area di operatività dell'art. 39 del D.Lgs. 231/01, incompatibile con i tempi di costituzione nel procedimento.

Esisterebbe una situazione, tuttavia, idonea ad evitare che l'ente versi nella situazione di imprevedibilità e di urgenza della risposta difensiva. Si tratterebbe della previsione contenuta nell'art. 57 del D.Lgs. 231/01, in base alla quale l'informazione di garanzia inviata all'ente contiene l'avvertimento che, per partecipare al procedimento, occorre depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2. Una vera e propria allerta, quindi, per l'ente circa gli oneri partecipativi al procedimento.

Da tali considerazioni la Corte trae precise conclusioni.

Il difensore di fiducia nominato dal rappresentante legale (non incompatibile) dell'ente prima della formale costituzione *ex art. 39*, può espletare tutti i diritti correlati alle attività della parte pubblica connotate dall'imprevedibilità e dall'urgenza.

La legittimazione ad agire del legale, tuttavia, dovrà essere validata dalla successiva costituzione dell'ente che confermi, nella relativa dichiarazione, la nomina stessa, nuovamente confermandola anche mediante il conferimento di una procura *ad hoc*.

Per contro, nei momenti processuali successivi all'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 ad 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 d’ufficio”.

4. Le garanzie di un’effettiva partecipazione dell’ente al procedimento

La decisione delle Sezioni unite, dunque, traccia una terza via rispetto alle tesi emerse nel contrasto della giurisprudenza di legittimità: nell’abbracciare la ricostruzione più restrittiva, secondo cui in assenza della dichiarazione di costituzione il difensore di fiducia nominato dall’ente non può ritenersi legittimato a compiere alcuna attività in favore della persona giuridica, introduce correttivi per evitare che in certe situazioni, considerate imprevedibili e nelle quali può ritenersi urgente la risposta difensiva, sia pregiudicata la pienezza della partecipazione e della difesa dell’ente. Con il limite della preventiva notifica dell’informazione di garanzia che, invece, sarebbe idonea a eliminare quei caratteri di imprevedibilità e di urgenza i quali, unicamente, possono giustificare la deroga alla disciplina dell’art. 39 D.Lgs. 231/01⁸.

Le argomentazioni offerte dalle Sezioni unite, in realtà, incontrano una serie di limiti che non consente di poterle condividere.

Anzitutto, la Corte abbraccia l’orientamento meno convincente nell’ambito del sistema delineato dal D.Lgs. 231/01.

Il punto centrale della questione risiede nell’esegesi della locuzione “partecipare”, contenuta nell’art. 39 del Decreto. Al riguardo, valutare, come prontamente evidenziato dai primi commentatori delle norme⁹, la dichiarazione di costituzione quale formalità che consente all’ente di essere considerato presente nel processo, sembrerebbe lettura più aderente al dettato normativo e più rispondente alla logica di adattare le caratteristiche proprie della persona giuridica alla fisionomia antropomorfa del giudizio penale, nel quadro più generale della tendente equiparazione dell’ente all’imputato persona fisica.

Basti considerare l’art. 41 del D.Lgs. 231/01 in base al quale “l’ente che non si costituisce nel procedimento è dichiarato contumace”. Trascurando il mancato

⁸ In senso adesivo sul punto v. E. GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell’ente indagato. La Suprema Corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell’ente*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 67 ss.; G. VARRASO, *Il “compromesso” delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell’ente “incolpato” nel procedimento de societate*, *ibidem*, p. 73 ss.; D. CIMADOMO, [Esigenze difensive dell’ente e formalità della sua partecipazione al procedimento](#), in questa Rivista, 19 novembre 2015.

⁹ Cfr. G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell’ente al processo*, cit., p. 468; M. CERESA GASTALDO, *Il processo alle società nel d.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Giappichelli, Torino, 2002. G. VARRASO, *La partecipazione e l’assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, in AA.VV., *La Responsabilità amministrativa degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, 233.

coordinamento della norma alle novità legislative in tema di processo in assenza¹⁰, l'inciso offre una chiara indicazione per la definizione dell'esatto significato di quella partecipazione dell'ente al procedimento, subordinata dall'art. 39 D.Lgs. 231/01 alla dichiarazione di costituzione. Se, infatti, alla mancata formalizzazione prevista dalla predetta norma consegue la contumacia dell'ente, il deposito della dichiarazione ne consente la partecipazione, *alias* presenza nel processo, al pari dell'imputato¹¹.

A ciò non può ritenersi di ostacolo la circostanza che la costituzione stessa possa avvenire nel corso delle indagini preliminari, poiché anche la persona fisica può essere presente sin dalle prime battute del procedimento nell'ambito di una possibile parentesi cautelare ovvero di un'eventuale udienza di incidente probatorio.

D'altra parte, la conseguenza della mancata costituzione non può essere confusa con l'inammissibilità prevista dallo stesso art. 39 D.Lgs. 231/01 in relazione alla carenza dei requisiti richiesti dalla norma. In tal caso, infatti, è la dichiarazione medesima ad essere inammissibile, conseguendone la contumacia dell'ente ai sensi dell'art. 41 del Decreto.

Tuttavia, anche a voler aderire ad una lettura dell'art. 39 D.Lgs. 231/01 nel senso indicato dalla Corte e, cioè, quella secondo cui è inammissibile l'attività svolta dal difensore di fiducia in assenza della dichiarazione di costituzione, la sentenza delle Sezioni unite che, ad una prima lettura, sembrerebbe apprezzabile poiché dichiaratamente ispirata alla "effettività di una difesa piena e non sospetta di contaminazioni", desta perplessità in quanto finisce per indicare una strada impervia, che frapponendo ostacoli proprio alla partecipazione e alla difesa dei nuovi soggetti del processo penale.

Dalla motivazione della sentenza si evince, infatti, l'affermazione di un principio che potrebbe definirsi di "stretta esigibilità": la sanzione è quella dell'inammissibilità per le iniziative difensive in assenza della preventiva costituzione, ma se l'ente effettivamente non era nelle condizioni di poter rispettare tempestivamente la formalità richiesta, può derogarvi.

¹⁰ La L. 28 aprile 2014, n. 67 ha abrogato l'istituto della contumacia modificando la disciplina dell'assenza, nell'intento di evitare che venga svolto un processo nei confronti di imputati ignari dell'esistenza stessa di un processo a loro carico. Rispetto all'estensione della nuova normativa anche nei confronti degli enti si pongono alcuni dubbi derivanti principalmente dal disposto dell'art. 43, comma 4 D.Lgs. 231/01, secondo cui in caso di irreperibilità dell'ente il processo è sospeso. In senso affermativo si veda A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti»*, in CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2014, p. 1330.

¹¹ In merito alla distinzione tra il concetto di difesa tecnica e la difesa personale in giudizio e sulla considerazione per cui gli adempimenti richiesti dal decreto sono funzionali a garantire il pieno esercizio dell'autodifesa dell'ente, non anche l'esercizio della difesa tecnica, v. G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 468; G. VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "etero integrazione" giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1396; BERNASCONI, *I soggetti, la giurisdizione e la competenza*, in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013, p. 235 ss.

In altri termini, le Sezioni unite si preoccupano di non imputare all'ente le conseguenze della mancata osservanza delle forme previste dalla legge, quando si versi in una situazione in cui sarebbe impossibile rispettarle.

L'onere della società, dunque, non sarebbe tanto quello di assicurare sempre il rispetto delle modalità previste dall'art. 39 D.Lgs. 231/01, quanto quello di dimostrare l'impossibilità di rispettarle.

Il principio da cui trae origine questa impostazione sembra contrastare con lo spirito della legge e, in particolare, con la prerogativa dell'equiparazione dell'ente all'indagato/imputato.

A ben vedere, tuttavia, quel principio neppure convince nel modo in cui è declinato dalla Corte, sia rispetto all'individuazione dei casi di urgenza, sia e soprattutto, nel limite dell'informazione di garanzia.

Sotto il primo aspetto, nella sentenza sono indicati i requisiti della rapidità e della sorpresa dell'iniziativa investigativa del pubblico ministero come riferimenti per il Giudice nell'individuazione dei casi in cui non sarebbe possibile all'ente una tempestiva "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".

Non può sfuggire, in proposito, il pericolo in cui si incorre assegnando all'apprezzamento discrezionale del magistrato l'individuazione dei casi in cui si versi in una situazione di urgenza tale da giustificare la mancanza della dichiarazione di costituzione da parte dell'ente, non fosse altro per il fatto che trattandosi di una deroga alla disciplina delle invalidità processuali, dovrebbe almeno essere ancorata a criteri ben determinati.

Ciò che lascia più perplessi, tuttavia, è l'oggettiva difficoltà in cui potrebbe trovarsi il Giudice nel valutare la complessità dei procedimenti interni e dei tempi necessari all'ente a manifestazione la propria volontà, per decidere, nella prospettiva della Corte, la legittimità della mancata osservanza dell'onere di formale costituzione.

Si tratta di un pericolo che, nonostante il monito rivolto al giudice dalla Corte, di improntare l'attività ermeneutica ad una lettura costituzionalmente orientata, mina in realtà proprio l'ancoraggio ai principi costituzionali, in special modo al principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale.

L'individuazione dell'informazione di garanzia quale atto in presenza del quale verrebbe meno la deroga all'art. 39 D.Lgs. 231/01, sotto altro aspetto, finisce per provare troppo e troppo poco.

Prova troppo, perché un'informazione inviata precedentemente, o addirittura contestualmente, come afferma la Corte, non può ritenersi di per sé sufficiente a porre con certezza l'ente nelle condizioni di poter adempiere agli obblighi di legge per la formale costituzione. Senza considerare che in tale situazione sembra non assumere più alcun rilievo la dimensione e l'organizzazione dell'ente rispetto ai tempi di formalizzazione della costituzione.

Prova troppo poco, perché, per contro, ci possono essere situazioni in cui, pur in assenza dell'invio dell'informazione di garanzia, l'ente abbia avuto tempestiva

conoscenza del suo coinvolgimento nel procedimento e sarebbe a lui addebitabile la scelta di non provvedere ai sensi dell'art. 39 D.lgs. 231/01.

Vi è un ulteriore profilo nel ragionamento della Corte che desta perplessità, vale a dire la considerazione secondo la quale la legittimazione del difensore che, nel rispetto del principio di "stretta esigibilità", abbia compiuto attività in favore dell'ente "è destinata ad essere validata dalla successiva costituzione della persona giuridica che confermi, nella relativa dichiarazione, la nomina stessa, nuovamente legittimandola anche mediante il conferimento di una procura *ad hoc*".

Tale affermazione non prende in esame il caso in cui con la successiva dichiarazione di costituzione l'ente decida di nominare un altro difensore revocando il precedente e, di conseguenza, il problema di quale possa essere la sorte dell'attività già posta in essere. Dal tenore del citato passo della sentenza sembra doversi implicitamente desumere l'invalidità di quanto sino ad allora compiuto dal difensore non confermato dalla società.

Se così fosse, avremmo un'ulteriore conferma di come una pronuncia dichiaratamente e meritoriamente tesa a tutelare il diritto di difesa dell'ente possa finire, a causa di una molto discutibile premessa esegetica, per recargli pregiudizi anche gravi.