

Penale Sent. Sez. 3 Num. 35387 Anno 2022

Presidente: MARINI LUIGI

Relatore: ROSI ELISABETTA

Data Udiienza: 13/05/2022

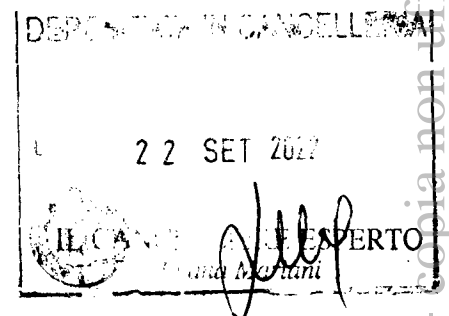
SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

CAPANO PASQUALE nato a BELVEDERE MARITTIMO il 21/11/1961

FUSCONI ANDREA nato a ROMA il 25/12/1963

FIXITALIA S.R.L.



avverso l'ordinanza del 25/01/2022 del TRIB. LIBERTA' di PERUGIA

udita la relazione svolta dal Consigliere ELISABETTA ROSI;

sentite le conclusioni del PG FERDINANDO LIGNOLA, che chiede che vengano dichiarati inammissibili i ricorsi presentati in favore di CAPANO PASQUALE e di FUSCONI ANDREA, mentre chiede il rigetto per il ricorso presentato in favore di FIXITALIA S.R.L.

uditi i difensori:

L'avvocato SQUITIERI GIUSEPPE, del foro di Roma, in difesa di Capano Pasquale, al termine del proprio intervento, insiste nell'accoglimento del ricorso.

L'avvocato FIUMARA ANGELO, del foro di Roma, in difesa di Capano Pasquale, Fusconi Andrea e Fixitalia s.r.l. al termine del proprio intervento, insiste nell'accoglimento dei ricorsi.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale del riesame di Perugia, con ordinanza emessa in data 25 gennaio 2022, ha accolto la richiesta di riesame proposta da Capano Pasquale e Fusconi Andrea, indagati dei reati tributari di cui ai capi da B) ad F) dell'imputazione, consistenti in reati-fine dell'associazione a delinquere di cui al capo A), revocando le misure cautelari dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria disposte nei loro confronti, nonché annullando il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato, ordinando la restituzione dei beni di cui al punto 1.6 per Capano e 1.6 e 2 per Fusconi. Agli indagati Fusconi Andrea e Capano Pasquale era contestata, unitamente ad altri, l'associazione a delinquere allo scopo della commissione di reati fiscali, frodi attuate mediante l'acquisto di ingenti quantità di gasolio in regime di esenzione IVA, oggetto di nazionalizzazione presso la società Centro Energia s.r.l., la quale essendo "destinatario registrato" assolveva l'imposizione indiretta sulla produzione o sul consumo dei prodotti energetici (accisa sui carburanti), ma non sull'IVA, in quanto le società cartiere/interposte acquirenti producevano adeguate polizze fideiussorie attestando falsamente o superficialmente di avere i requisiti di affidabilità ovvero venivano regolati i pagamenti dovuti con modelli F24 che, però, risultavano successivamente scartati dal sistema telematico per mancato versamento delle relative somme. Successivamente, il gasolio veniva fatto passare dalla Fixitalia s.r.l. che aveva il compito di curare la logistica del trasporto su strada in favore della Centro Energia s.r.l., che maggiorava opportunamente i compensi richiesti per procurare ai sodali parte del provento del sistema della frode. A questo punto il gasolio veniva inviato dalla Fixitalia s.r.l. direttamente al destinatario finale. Le società cartiere/interposte provvedevano ad addebitare l'IVA, attraverso l'emissione di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti nei confronti di clienti nazionali, effettivi recettori del carburante originariamente acquistato; imposta sul valore aggiunto non ancora versata allo stato all'Erario per euro ~~9.9710.330,22~~. 9.470,330,22.

2. Avverso tale ordinanza Capano Pasquale, per il tramite dei propri difensori di fiducia, Avv. Angelo Fiumara e Avv. Giuseppe Squitieri, del foro di Roma, ha proposto ricorso per cassazione articolato nei seguenti motivi:

1) Violazione ex art. 606 lett. b) ed e) cod. proc. pen. per violazione di legge nonché mancanza, contraddittorietà e illogicità della motivazione in merito ai gravi indizi di colpevolezza, nonché per erroneo inquadramento delle fattispecie di reato

CR

contestate. Invero, contestando la gravità indiziaria, asseritamente mantenuta nell'ordinanza impugnata, il reato contestato al ricorrente consisterebbe in un'ipotesi di frode d'IVA nel settore dei carburanti, da inquadrarsi nella disciplina speciale di cui alla legge 205/2017, art. 1 comma 938, e non in quella di cui all'art. 416 cod. pen. Inoltre, trattandosi di mancato pagamento dell'IVA e non di fatture per operazioni inesistenti, i singoli reati avrebbero dovuto essere ricondotti nell'ipotesi di cui all'art. 10-ter del d.lgs. 74/2000 e non in quella di cui all'art. 8 dello stesso decreto. Infine, non è stata data dimostrazione alcuna del dolo specifico richiesto dall'art. 512-bis cod. pen. Il PM ha contestato al Capano di essere il capo di una associazione a delinquere finalizzata alla commissione di una serie di reati tributari consistenti in operazioni soggettivamente inesistenti, messe in atto grazie ad alcune società cartiere operanti nel settore carburanti, il cui coordinamento era individuato nella società Centro Energia, gestita di fatto dal ricorrente. Già il primo giudice cautelare aveva riformulato le contestazioni ritenendo non provata la gestione di fatto da parte del Capano della società Centro Energia, facendo venir meno gli elementi dell'accusa e disarticolando il percorso argomentativo del PM. Era stato sottolineato come tra le società coinvolte esistesse una *joint venture*, ossia un'associazione in "partecipazione", e non a delinquere, ossia un contratto tra due società, che si impegnano a collaborare per raggiungere uno scopo in comune, la cui illiceità non risulta esser stata provata neanche a livello indiziario;

2) Violazione della legge n. 205 del 2017, considerato che il corretto inquadramento dei fatti contestati sarebbe quello del reato di frode IVA nel settore carburanti. Il reato previsto all'art. 1 comma 938 presuppone una responsabilità solidale del gestore del deposito di carburante per il mancato pagamento dell'IVA da parte del cliente per conto del quale il carburante medesimo è estratto, soggetto tenuto all'obbligo tributario. Questa responsabilità sorge solo se il gestore non acquisisce le ricevute di versamento, e quindi essa non può essere estesa a titolo di concorso a chi da tale omissione possa trarne dei vantaggi. Pertanto, l'ipotizzare un concorso del ricorrente nel reato proprio riferibile al Sig. Notari, gestore del deposito, qualificando addirittura le condotte come associazione a delinquere ex art. 416 cod. pen., risulta non corretto e non in linea con il principio della personalità della responsabilità penale;

3) Violazione di legge in relazione al d.lgs. 74/2000, considerato che, leggendo il testo della motivazione dell'ordinanza del Tribunale de riesame, i fatti descritti appaiono rientrare nella fattispecie di cui all'art. 10-ter di tale decreto legislativo, trattandosi di "mancato versamento dell'imposta sul valore aggiunto" e



non già di emissione di fatture per operazioni inesistenti. Come conseguenza di tale riqualificazione deve venir meno, altresì, la configurabilità dell'associazione finalizzata a tale scopo, potendosi soltanto ipotizzare un concorso nel reato di cui all'art. 10-ter e non essendo ravvisabile alcuno scopo criminoso di frode mediante fatture per operazioni inesistenti e quindi il reato associativo di cui all'art. 416 cod. pen.;

4) Nullità dell'ordinanza per violazione di legge in relazione all'art. 521 comma 1 cod. proc. pen.: il Tribunale del riesame, laddove ha affermato che il comportamento contestato consiste nell'omesso pagamento dell'Iva, avrebbe dovuto riqualificare i fatti di cui all'imputazione al fine di una più corretta correlazione tra la sentenza e l'imputazione, mancando un elemento costitutivo della fattispecie associativa;

5) Insussistenza dei gravi indizi di reato riguardo alla fattispecie di intestazione fittizia ex art. 512-bis cod. pen. in concorso con Fusconi Andrea di cui ai capi j), h) ed i), considerato che la responsabilità per tali reati è stata dedotta dai precedenti penali del ricorrente anziché sulla base degli elementi indiziari oggetto del procedimento; tali precedenti risultano risalenti a molti anni prima, ovvero estinti, ovvero ancora oggetto di sentenze di assoluzione. In riferimento ai singoli reati, il ricorrente nell'atto di riesame aveva evidenziato quanto segue: 1) circa il reato di cui al capo j), lo stesso è stato dal Tribunale riqualificato quale tentativo di intestazione fittizia, impossibile da realizzare considerata la natura istantanea del reato stesso; 2) circa il capo h), è stato affermato che Capano svolgeva una mera attività di consulenza e non di gestione di fatto; 3) circa il capo i) l'immobile era destinato ad abitazione delle rispettive famiglie degli indagati e non è stato dimostrato uno scopo ulteriore. Pertanto, l'ordinanza impugnata risulta priva di motivazione in merito ai gravi indizi di colpevolezza quanto al dolo specifico richiesto dalla norma, ossia non è stato in alcun modo provato l'intento del ricorrente di voler eludere le misure di prevenzione;

6) Insussistenza delle esigenze cautelari, considerato che lo stesso Tribunale del riesame ha evidenziato l'insussistenza del *periculum in mora* in quanto non vi era possibilità di reiterazione nei reati contestati, in quanto la Fixitalia s.r.l. non disponeva più dell'autorizzazione per operare, né risultava possibile che la stessa potesse riottenerla.

3. Avverso tale ordinanza Fusconi Andrea, per il tramite del proprio difensore di fiducia, Avv. Angelo Fiumara del foro di Roma, ha proposto ricorso per cassazione in relazione alla conferma del vincolo diretto sulle somme di denaro giacenti sui conti correnti intestato all'indagato e sugli eventuali beni fungibili ed



infungibili in cui il profitto sia stato trasformato, chiedendo la revoca del sequestro preventivo di cui ai punti n. 2 ed 1.6. e la restituzione dei beni in sequestro ed articola i seguenti motivi: 1) Nullità del provvedimento impugnato ex art. 606, comma 1 lett. b) ed e) cod. proc. pen. per omessa e/o illogica e/o contraddittoria motivazione in ordine alla indeterminatezza e genericità dell'asserito profitto ed in ordine alla non pertinenzialità e/o strumentalità del sequestro stesso e in ordine alla insussistenza del periculum in mora; 2) Travisamento del fatto in ordine alla documentazione prodotta in sede di interrogatorio di garanzia, per errato calcolo; 3) Motivazione assente quanto alla pertinenzialità dell'oggetto del sequestro cautelare; violazione di legge per mancato raffronto con un precedente arresto di legittimità analogo, relativo al caso "Made Petrol"; 4) Assenza del pericolo di reiterazione; 5) Mancanza del presupposto di proporzionalità adeguatezza e gradualità della misura.

3.1. Il ricorrente censura per illogicità la motivazione dell'ordinanza laddove ha affermato che Fixitalia s.r.l ha curato il trasferimento diretto ai destinatari finali del carburante, affermazione meramente assertiva, posto che non risulta alcuna attività posta in essere dalla società. Quanto al profitto ascritto a Fixitalia, ammontante ad euro 275.965,43, che scaturirebbe dai rapporti con Centro Energia s.r.l., lo stesso è privo di riscontro contabile e di un chiaro riferimento analitico alla modalità utilizzata per il suo calcolo, e comunque è smentito dai documenti contabili e ricavi effettivi come illustrato dal ricorrente in sede di interrogatorio e ribadito nella memoria difensiva innanzi al riesame, elementi sui quali il Tribunale non ha fornito alcuna motivazione effettiva. Parimenti risulta errata e contraddittoria l'affermazione che Fixitalia s.r.l. avrebbe goduto di un maggiore guadagno addebitando costi eccessivi per l'attività svolta in favore di Centro Energia s.r.l., per l'importo di euro 1.537,00 per ogni viaggio. Su tale margine di guadagno il ricorrente lamenta omessa motivazione e mancanza di adeguata valutazione, come specificato nella memoria difensiva. Peraltro, in tema di profitto conseguente a reato oggetto di confisca ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che lo stesso si identifica con il vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato.

3.2. Il ricorrente ritiene di avere spiegato nella memoria della sede di incidente cautelare sia le ragioni per le quali il carburante sarebbe stato fatto transitare prima a Fixitalia, connesse alla scarsità dello spazio di deposito disponibile presso Centro Energia, sia l'erronea quantificazione in euro 9.779.380,00 di IVA quale presunto profitto. La motivazione del provvedimento impugnato sarebbe indeterminata e generica anche rispetto al profitto relativo alla



fattispecie di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000 e quanto alla mancanza di pertinenzialità il ricorrente evidenzia che la somma sequestrata, pari ad euro 5.485,43, non rappresenta il profitto del reato, ma rappresenta il risparmio connesso al legittimo compenso per l'attività espletata quale amministratore e regolarmente fatturata, così pure deve dirsi in riferimento alle quote della società Porto San Nicola spa. Il Tribunale del riesame non avrebbe considerato le valutazioni espresse dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ad altra decisione in analogia fattispecie relativa al caso Made Petrol, di cui alla sentenza n. 35989 del 2021. Da ultimo, quanto al *periculum in mora*, la motivazione dell'ordinanza impugnata risulta erronea, avendo Fusconi chiarito che qualunque rapporto con centro energia e il coindagato Notari è cessato a far data dal maggio 2020 ed anche con il Capano ogni rapporto di consulenza è cessato dall'ottobre 2021.

4. La società Fixitalia s.r.l., nella persona del legale rappresentante *pro tempore*, indagata per l'illecito amministrativo di cui agli artt. 5 e 24-ter comma 2 del d.lgs. 231 del 2001, in relazione al delitto di associazione a delinquere, per il tramite del difensore di fiducia Avv. Angelo Fiumara, del foro di Roma, ha proposto ricorso per cassazione avverso la predetta ordinanza, laddove la stessa aveva dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione proposta dalla società, ed articola quale unico motivo la violazione degli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 178, lett. c) cod. proc. pen e dell'art. 39 d.lgs. n. 231/2001, in riferimento all'art. 606, comma 1, lett. b) e 3) cod. proc. pen., per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, in quanto la declaratoria di inammissibilità del ricorso innanzi al riesame, fondata sulla incompatibilità del Fusconi a nominare un difensore per la società indagata dell'illecito amministrativo, non considera che sussistevano nel caso di specie i requisiti di imprevedibilità ed urgenza, per cui i diritti di difesa della società non potevano essere garantiti in nessun altro modo, avendo l'amministratore accentrato a se' tutti i poteri di gestione e non essendoci alcun soggetto delegato. Inoltre alla società non era stata notificata alcuna comunicazione di garanzia, ma solo la comunicazione ex art. 293 cod. proc. pen. dell'esecuzione del decreto di sequestro preventivo, per cui il Fusconi, al quale era stata notificata il 17 novembre 2021, non aveva avuto il tempo di provvedere diversamente. Del resto lo stesso ragionamento dell'ordinanza impugnata, che considera quale eccezione la mancata informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d.lgs. 231/2001, si pone in contrasto con i principi posti dalle S.U. e da una recente pronuncia relativa ad analogia fattispecie.



CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso di Capano Pasquale, il cui contenuto censorio ha ad oggetto esclusivamente l'ordinanza che ha revocato la misura cautelare personale disposta nei suoi confronti, risulta inammissibile per carenza di interesse. Infatti il Tribunale del riesame ha revocato la misura cautelare non detentiva disposta nei confronti del ricorrente, per insussistenza delle esigenze cautelari, sicché la censura relativa alla insussistenza del requisito della gravità indiziaria non può in questa sede essere proposta, non costituendo la misura cautelare revocata titolo ai fini della riparazione per ingiusta detenzione (cfr. Sez. 6, n. 46995 del 04/11/2021, Antonuccio, Rv 282392 - 01). Del resto va considerato che il ricorso si è limitato a dedurre il vizio di motivazione (anche se denominato quale violazione di legge) in ordine al ritenuto quadro gravemente indiziario, ma rispetto a tale quadro la posizione del ricorrente non risulta affatto pregiudicata dall'ordinanza impugnata in considerazione della fase cautelare nella quale si trova il procedimento (in tal senso si veda anche Sez.1, n. 45918 del 15/10/2019, Beltramelli, Rv. 277331 - 01).

2. Il ricorso presentato da Fusconi Andrea non è fondato.

2.1. Va premesso che il ricorso per cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo è ammesso solo per violazione di legge, in tale nozione dovendosi comprendere sia gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, quindi, inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice (Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692; Sez. 6, n. 6589 del 10/01/2013, Gabriele, Rv. 254893 - 01; Sez. 2, n. 18951 del 14/03/2017, Napoli, Rv. 269656 - 01). Il ricorso per cassazione per violazione di legge, a norma dell'art. 325, comma 1 cod. proc. pen., quindi, può essere proposto solo per mancanza fisica della motivazione o per la presenza di motivazione apparente, ma non per mero vizio logico della stessa; il vizio logico, infatti, va distinto dalla motivazione meramente apparente essendo il primo configurabile solo in relazione ad una motivazione presente (cfr. Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Rv. 226710; Sez. 5, n. 35532 del 25/06/2010, Angelini, Rv. 248129; Sez. 2, n. 5807 del 18/01/2017, Zaharia, Rv. 269119 - 01).

2.2. Del resto, in tema di sequestro preventivo, è sufficiente che sussista il *fumus commissi delicti*, vale a dire la astratta sussumibilità in una determinata



ipotesi di reato del fatto contestato (cfr. Sez. 1, n. 18491 del 30/01/2018, Rv.273069 - 01; Sez. 1, n. 18491 del 30/01/2018, Rv.273069 - 01), con la precisazione che il Giudice deve, comunque, verificare in modo puntuale e coerente gli elementi in base ai quali desumere l'esistenza del reato astrattamente configurato, in quanto la "serietà degli indizi" costituisce presupposto per l'applicazione delle misure cautelari reali (così Sez.3, n.37851 del 04/06/2014, Rv.260945; Sez.5, n.3722 del 11/12/2019, dep. 29/01/2020, Rv.278152 - 01); ~~ma~~ ² nel caso di specie l'ordinanza contiene un'ampia motivazione sulla gravità indiziaria, atteso che fornisce compiuta risposta anche al riesame proposto sulle misure cautelari personali, sicchè risultano manifestamente infondate le censure relative alla mancanza di motivazione in ordine al profitto ed alla diretta pertinenzialità delle cose oggetto del sequestro preventivo confermato nella sua sola forma diretta.

2.3. Risulta, poi, inammissibile, la doglianza relativa al computo del profitto, che scaturirebbe, a parere del ricorrente, da errore di calcolo per travisamento dei contenuti della documentazione prodotta in sede di interrogatorio di garanzia. La censura vuole sollecitare questa Corte ad una valutazione di merito delle risultanze investigative trasfuse nelle imputazioni provvisorie, elementi in ordine ai quali l'ampia disamina compiuta nell'ordinanza impugnata soddisfa pienamente i requisiti di una motivazione più che adeguata ai fini della esecuzione del provvedimento di cautela reale.

2.4. Quanto alla doglianza del vizio di motivazione apparente (la sola che può essere oggetto di scrutinio da parte di questo Collegio, a fronte della inammissibilità di quella volta ad evidenziare la contraddittorietà ed illogicità della motivazione) in tema di *periculum in mora*, va ricordato che le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 36959 del 24/06/2021, Ellade, Rv. 281848 - 01, hanno affermato il principio che il provvedimento di sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 cod. pen., deve contenere la concisa motivazione anche del *periculum in mora*, da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca rispetto alla definizione del giudizio (salvo restando che, nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili *ex lege*). Infatti la *ratio* della misura cautelare reale è quella di preservare, anticipandone i tempi, gli effetti della confisca che, ove si attendesse l'esito del processo, potrebbero essere vanificati dal trascorrere del tempo. Di conseguenza la motivazione del sequestro deve contenere, in termini che potranno essere diversamente modulati a seconda delle caratteristiche del bene da

sottrarre, elementi indicativi di tale esigenza anticipatoria, che non consente di attendere il provvedimento definitivo del giudizio.

2.5. Orbene il Tribunale del riesame ha correttamente adempiuto a tale principio di diritto ed ha adeguatamente motivato in ordine al presupposto del *periculum in mora* giustificativo dell'ablazione anticipata, rimarcando come il ricorrente (unitamente al coindagato Capano) successivamente alla rottura dei rapporti con Centro Energia e il coindagato Notari, avesse continuato ad operare in maniera illecita anche dopo la disgregazione del sodalizio criminoso, con analoghe modalità ed attraverso un nuovo canale operativo, denotando un'intenzione criminosa sopravvissuta alla cessazione del sodalizio, tanto da doversi ritenere concreto il pericolo di dispersione dei beni per sottrarli all'ablazione (si veda la motivazione a pag. 37 del provvedimento impugnato).

2.6. Quanto all'asserita analogia con la decisione di legittimità relativa al caso Made Petrol, che avrebbe posto principi di diritto disattesi nel caso di specie, deve subito essere osservato che il caso richiamato afferiva ad un sequestro preventivo impeditivo e non già ad un vincolo reale finalizzato alla confisca, come nel caso di specie.

2.7. Infine, la generica doglianza relativa alla mancanza di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura non risulta essere stata proposta in sede di riesame, di talché la stessa è inammissibile.

3. Quanto al ricorso avanzato dalla società Fixitalia s.r.l. lo stesso è privo di fondamento, anche se sottopone a questa Corte di legittimità un'interessante questione di diritto, ragione questa che giustifica la pronuncia di rigetto del ricorso.

3.1. Infatti, il Tribunale cautelare ha correttamente applicato il principio consolidato secondo il quale è inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591, comma primo, lett. a), cod. proc. pen., la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia imputato o indagato per il reato da cui dipende l'illecito amministrativo (cfr., *ex multis*, Sez. 3, n. 5447 del 21/09/2016, dep. 06/02/2017, Ciervo, Rv. 269754 - 01; Sez. 5, n. 50102 del 22/09/2015, D'Errico, Rv. 265587 - 01). Né la decisione delle S.U. n. 33041 del 28/05/2015, Gabrielloni, Rv. 264310 e Rv. 264311 ha modificato il principio affermato, come invece asserito nel ricorso, avendo ribadito che il divieto di rappresentanza stabilito dall'art. 39 d.lgs n. 231 del 2001 è 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.

3.2. Il Supremo Consesso ha poi sottolineato che 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 dell'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001 ed ha precisato che nei casi in cui l'ente non abbia ricevuto l'informazione di garanzia prevista ex art. 57 del medesimo d.lgs., il difensore di fiducia nominato dal rappresentante legale 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, fino alla costituzione dell'ente, che sola è in grado di validare la nomina stessa legittimandola mediante il conferimento di una procura *ad hoc* (così parte motiva S.U. cit.). Ovviamente, come sottolinea puntualmente l'ordinanza impugnata, tale situazione non può verificarsi nei casi in cui ~~caso in cui~~ il rappresentante legale sia indagato, proprio in forza del conflitto in atti e, nel caso di specie, Fusconi Andrea aveva assunto tale qualità con l'esecuzione della misura cautelare personale e la notifica del decreto di sequestro preventivo in riferimento all'ipotesi delittuosa di cui all'art. 416 cod. pen., reato presupposto della responsabilità amministrativa ascritta alla Fixitalia s.r.l., per cui (in tal senso Sez. 2, n. 51654 del 13/10/2017, Siclari, Rv. 271360 - 01) non avrebbe potuto provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001. M

3.3. Peraltro, rilevato che non risulta neppure ^{che} gli organi sociali si siano, in seguito al provvedimento del 25 gennaio 2022 qui impugnato, attivati per provvedere all'atto di costituzione ed alla nomina di un difensore fiduciario ex art. 39 d.lgs. n. 231/2001, va disattesa l'interpretazione offerta dal *decisum* delle Sezioni Unite nella sentenza richiamata nel ricorso (n. 12992 del 2021), interpretazione che ad oggi non ha ricevuto conferma in altre pronunce. M

Infatti, non va dimenticato che il sistema della responsabilità amministrativa degli enti è volto proprio a sollecitare le persone giuridiche all'adozione di modelli organizzativi al fine di prevenire i reati rispetto ai quali possa sorgere la loro responsabilità amministrativa, strutturando la propria organizzazione in modo da adeguare l'intervento nel caso in cui dalla propria attività possa conseguire un'indagine penale. Questo Collegio ritiene pertanto che un modello organizzativo adeguato deve considerare l'ipotesi - ovviamente da scongiurare in forza della predisposizione delle altre regole cautelari autoprodotte nel modello stesso - in cui

il legale rappresentante sia ad essere indagato per un reato presupposto all'illecito amministrativo ascritto a carico dell'ente, e si trovi quindi in una situazione di conflitto con gli interessi dell'ente, in maniera tale che l'ente possa provvedere a tutelare i propri diritti di difesa provvedendo alla nomina di un difensore da parte di un soggetto specificamente delegato a tale incombente per i casi di eventuale conflitto con le indagini penali a carico del rappresentante legale.

3.4. Nel caso di specie la società ricorrente, rappresentata da un difensore nominato proprio dal rappresentante legale indagato per il reato presupposto, nulla ha dedotto sotto questo profilo, ma si è limitata a sostenere la piena validità della nomina del difensore dell'ente da parte di Fusconi, rappresentante legale della società, in quanto avvenuta a seguito di un'attività investigativa posta in essere con "rapidità e sorpresa", invocando quasi l'esistenza di una sorta di forza maggiore o caso fortuito, ovvero di inesigibilità (adducendo di non potere convocare l'assemblea dei soci, ovvero di non potere nominare altri rappresentanti muniti di poteri entro i termini di presentazione della domanda di riesame), situazione che consentirebbe una deroga al divieto previsto dall'art. 39 d.lgs. n. 231/2001. Ma nella presente sede deve essere ribadito che, alla luce dei principi consolidati sul punto già espressi dalla giurisprudenza di legittimità, il divieto di cui alla citata disposizione risulta inderogabile.

Pertanto il ricorso di Capano Pasquale va dichiarato inammissibile con conseguente condanna del ricorrente, ex art. 616 cod. proc. pen., al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende, mentre i ricorsi di Fusconi Andrea e della Fixitalia s.r.l. vanno rigettati con conseguente condanna al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso proposto da Capano Pasquale e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende. Rigetta i ricorsi presentati da Andrea Fusconi e dalla società Fixitalia che condanna al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 13 maggio 2022.