

L'ABROGAZIONE DI "DIRITTO" E DI "FATTO" DELLA CONTUMACIA DELL'ENTE NEL D. LGS. N. 231 DEL 2001 (*)

di Gianluca Varraso

***Abstract.** Con l'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014 e la "soppressione" della contumacia nel processo penale, si pone all'interno del microdice della responsabilità punitiva degli enti la questione della sopravvivenza o meno dell'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001, che continua a ricollegare alla mancata costituzione dell'ente medesimo ai sensi dell'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 proprio la contumacia. Si ritiene di doverne sostenere l'abrogazione implicita, alla luce di una corretta applicazione dei principi in tema di successione di leggi nel tempo e per ragioni di natura sistematica. Senza dimenticare che, in ogni caso, l'operatività pratica della predetta disciplina è stata pressoché azzerata dalla recente sentenza delle Sezioni unite "Gabrielloni". Rimangono le difficoltà connesse al rinvio al nuovo istituto codicistico dell'"assenza", nei limiti della compatibilità.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'abrogazione implicita dell'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014. – 3. Il rinvio alla disciplina codicistica dell'"assenza" nei limiti della compatibilità. – 4. L'abrogazione di "fatto" della contumacia dell'ente dopo le Sezioni unite "Gabrielloni".

1. Considerazioni introduttive.

E' inevitabile che, a fronte di interventi settoriali privi di qualsiasi organicità, si vengano a creare aporie e contraddizioni di sistema, anche all'interno dei microcodici, autonomi ma non autosufficienti, introdotti dal d. lgs. n. 74 del 2000 con la competenza penale del giudice di pace e dal d. lgs. n. 231 del 2001 con la responsabilità punitiva degli enti.

La frenesia del legislatore si correla a vere e proprie amnesie, nonostante la necessità di un coordinamento con la legislazione complementare, lasciando all'interprete non facili questioni interpretative.

E' quanto avvenuto con la l. n. 67 del 2014¹.

(*) Il presente articolo è in corso di pubblicazione in *Archivio della nuova procedura penale*, n. 3, 2016. Si ringrazia il Comitato di Direzione e l'editore della Rivista per averne consentito l'anticipazione.

¹ Sulla quale vedi, tra gli altri, i commenti contenuti in AA.Vv., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti-A. Marandola-G. Varraso, Padova, 2014; AA.Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino, 2014; AA.Vv., *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele-P.P. Paulesu, Torino, 2015.

Da un lato, i “nuovi” artt. 420 *bis*, 420 *quater* e 420 *quinqües* c.p.p. sono stati riscritti con la soppressione del processo contumaciale. Al trinomio “presenza – contumacia – assenza”, si è sostituito il binomio “presenza – assenza”².

La rinuncia volontaria e consapevole dell’imputato alla partecipazione personale al processo può ora portare, a determinate condizioni, alla sola declaratoria di assenza. La contumacia è stata espunta dall’ordinamento, per adeguare, almeno nelle intenzioni del legislatore, la disciplina interna ai principi del giusto processo legale espressi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul processo *in absentia*³.

Dall’altro lato, l’art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 continua a ricollegare alla mancata costituzione dell’ente nel processo penale ai sensi dell’art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 la declaratoria di contumacia del medesimo, al pari di quanto fissato nel contiguo sistema processual-civilistico per il convenuto (v. art. 291 c.p.c.)⁴.

E’ inevitabile che l’operatore pratico si interroghi sulla questione della sopravvivenza o meno anche nell’ambito *de quo* del processo contumaciale, nel silenzio assoluto del legislatore⁵.

A chi sostituisce, in via interpretativa, il termine contumace con il termine assente⁶, si contrappongono coloro che affermano la permanente validità della

² G. UBERTIS, “Truffa delle etichette” nel processo penale: la “contumacia” è diventata “assenza”, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3015.

³ E. A.A. DEI-CAS, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della corte europea e normativa interna*, in *AA.Vv.*, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 189 ss.; M. INGENITO, *Il processo penale contro l’imputato irreperibile*, Napoli, 2015; A. MANGIARACINA, *Legge 28.04.2014, n. 67 – art. 9*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 554 ss.; B. NACAR, *Il processo in absentia tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova, 2014. Sul processo contumaciale prima della novella v. A. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010; D. NEGRI, *L’imputato presente al processo*, Torino, 2012; C. PAPAGNO, *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010.

⁴ Per la disciplina *ante* riforma, tra gli altri, H. BELLUTA, sub *art. 39-43*, in *Aa.Vv.*, *La responsabilità degli enti*, a cura di A. Presutti-C. Fiorio-A. Bernasconi, Padova, 2008, p. 376 ss.; F. VERGINE, sub *art. 41*, in *Aa.Vv.*, *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi – G. Garuti – P. Veneziani, Torino, 2010, p. 558. Nella relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 231 del 2001 si legge come l’art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 fosse dettato dalla scelta di avallare una “partecipazione non eccessivamente onerosa per l’ente che potrà scegliere le modalità e i tempi di partecipazione, senza rinunciare ad alcuna delle garanzie che gli derivano dalla sua parificazione all’imputato”. Dopo la novella del 2014, tra gli altri, G. GARUTI, *Processo agli enti*, in *Dig. Disc. pen., Agg.*, Torino, 2014, p. 585; A. MARANDOLA, *Il processo penale agli enti*, in *Aa.Vv.*, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher- A. Marandola- G. Garuti- L. Kalb, Torino, 2015, p. 667 e p. 707. Per un’accurata analisi della giurisprudenza, v. S.M. CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti*, III ed., Torino, 2015, p. 258 ss.

⁵ Sul dibattito relativo alla questione dell’abrogazione tacita o meno dell’art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 a seguito della l. n. 67 del 2014 v. M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell’ente e il processo “in assenza”*, in *Il giudizio in assenza dell’imputato*, cit., p. 257 ss.; P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell’ente*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2015, n. 1, p. 27 ss.

⁶ R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Così scompare il processo in contumacia*, in *Guida al dir.*, 2014, n. 21, p.106; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, p. 163; G. GARUTI, *Processo agli enti*, cit., p. 585; A. GIARDA, *Accertamento della “responsabilità amministrativa degli enti”*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, p. 1341-1342. Secondo S.M. CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti*, *Al lettore*, cit., “è difficile ritenere che la ‘contumacia’ dell’ente sopravviva

disciplina speciale contenuta nell'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 rispetto a quella codicistica⁷, che si applicherebbe, ai sensi dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001, solo se il capo III dello stesso decreto (all'interno del quale si colloca l'art. 41) nulla dispone.

2. L'abrogazione implicita dell'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014

Si ritiene di condividere la prima tesi per ragioni sistematiche e alla luce di una corretta applicazione dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo.

Occorre, infatti, richiamare i tradizionali canoni ermeneutici che scaturiscono dall'art. 15 preleggi al codice civile⁸, a fronte, peraltro, di quello che sembra più un difetto di coordinamento che una scelta voluta.

In via preliminare, pare opportuno sgomberare il campo da un equivoco.

Si afferma che la nuova disciplina codicistica in tema di assenza "attiene ad un fenomeno diverso e distinto da quello preso in considerazione dalla normativa contemplata dal d. lgs. 231/2001. In questo ambito, la contumacia è situazione integrata dalla mancata costituzione dell'ente nel processo, *costituzione prevista come necessaria affinché l'ente assuma il ruolo di parte processuale* con limpido riferimento all'istituto della contumacia regolata in sede di processo civile. [Si aggiunge che] vi è sottinteso un concetto non equiparabile a quello della mancata comparizione del legale rappresentante dell'ente all'udienza preliminare e dibattimentale, già definita e disciplinata quale assenza dall'art. 39 *ultimo comma d. lgs. n. 231/2001*: in tale ipotesi, è appunto considerato '*assente l'ente costituitosi il quale è rappresentato dal difensore*' [i corsivi sono nostri]⁹.

In primis, pare preferibile non sovrapporre *tout court* la disciplina di cui all'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 a quella della contumacia nel processo civile.

L'assimilazione riguarda[va] solo le *forme* della contumacia tipiche del processo civile e riprese nel codice di rito penale del 1988 per le parti private diverse dall'imputato, con la discutibile rappresentanza necessaria prefigurata in capo al difensore.

all'abrogazione dell'omonimo istituto codicistico". Parla espressamente di abrogazione implicita S. MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, in Aa.Vv., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 163 ss.

⁷ Cfr. M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell'ente e il processo "in assenza"*, cit., 257; P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, cit., p. 33; A. PRESUTTI, *Osservazioni sulla proposta di modifica dell'art. 53 d. lgs. 231/2001 (sequestro preventivo)*, Relazione tenuta il 25 giugno 2015 nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione dei Componenti degli organismi di vigilanza *Decreto 231: apriamo il cantiere della riforma* e pubblicata in www.aodv231.it. A. MARANDOLA (*Il processo penale agli enti*, cit., p. 707) afferma che l'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 "non [è] toccato, peraltro, dalla recente riforma della l. n. 67/2014".

⁸ V. R. QUADRI, sub *art. 15*, A. SCIALOJA- G. BRANCA, *Dell'applicazione della legge in generale*, Roma 1974, p. 326. Cfr., nell'ambito specifico *de quo*, G. GARUTI, *Processo agli enti*, cit., p. 585; S. MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, cit., p. 163 ss.

⁹ Così A. PRESUTTI, *Osservazioni sulla proposta di modifica dell'art. 53 d. lgs. 231/2001 (sequestro preventivo)*, cit.

Del resto, già prima della l. n. 67 del 2014, non poteva correlarsi in via esclusiva la contumacia dell'ente alla sua mancata costituzione, imponendosi il rinvio nei limiti della compatibilità alla disciplina integratrice contenuta negli originari artt. 420 *bis* ss. c.p.p. in tema di contumacia penale, al fine di non creare indiscutibili menomazioni al diritto di difesa personale dell'ente e di non svuotare di significato, *in parte qua*, l'estensione contenuta nell'art. 35 d. lgs. n. 231 del 2001 delle garanzie dell'imputato all'ente incolpato¹⁰.

In altri termini, l'ente per partecipare personalmente "deve" costituirsi, ma è parte necessaria del processo con le garanzie dell'imputato a prescindere dalla sua costituzione¹¹.

L'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 introduceva una disciplina ibrida della contumacia dell'ente, che doveva seguire le forme civilistiche, ma rispettare le garanzie penalistiche.

In secondo luogo, si ritiene di dover distinguere nettamente *l'assenza del rappresentante legale o ad processum dell'ente costituitosi* disciplinata dall'art. 39 comma 4, d. lgs. n. 231 del 2001¹² proprio dall'*assenza dell'ente non costituitosi*, che deve, come si tenterà di dimostrare, sottostare alle nuove regole degli artt. 420 *bis* ss. c.p.p., per quanto richiamabili.

Su tali premesse, l'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 è da considerarsi tacitamente abrogato dalla riforma del 2014¹³.

E' indubbio che in base al noto brocardo *lex posterior generalis non derogat priori specialis* una legge speciale non può essere abrogata tacitamente da una legge generale successiva.

Questa regola, però, non è assoluta: il criterio della specialità prevale su quello della posteriorità solo se la dissonanza tra diritto generale e diritto speciale non sia tale da "turbare in profondità l'armonia del sistema, ossia [...] tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la legge speciale anteriore e quella generale successiva"¹⁴.

L'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 si giustificava quale adattamento *formale* in tema di contumacia rispetto alla disciplina codicistica (applicabile per il resto nei limiti della compatibilità) alla struttura impersonale dell'ente. Oggi con l'avvento della

¹⁰ Cfr. P.M. CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex d. lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Pisani*, a cura di P.M. Corso- F. Peroni, Piacenza, 2010, p. 262; P. DI GERONIMO, *sub art. 41*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, commentario diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p. 992 ss.; nonché, volendo, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 310 ss.

¹¹ Da ultimo, con estrema chiarezza, v. Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, in *Giur. it.*, 2015, p. 2497 ss., con nota di G. GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*. La sentenza può leggersi anche in *questa rivista*, 19 novembre 2015, con nota di D. CIMADOMO, [Esigenze difensive dell'ente e formalità della sua partecipazione al procedimento](#).

¹² Non si tratta di un'assenza in senso tecnico dell'ente, per il quale si prefigura una rappresentanza necessaria del difensore: v., per tutti, G. GARUTI, *Processo agli enti*, cit., p. 565.

¹³ Cfr. G. GARUTI, *Processo agli enti*, cit., p. 585; S. MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, cit., p. 163.

¹⁴ R. QUADRI, *sub art. 15*, cit., p. 328.

nuova “assenza” non ha più significato continuare a parlare di contumacia all’interno di un processo penale, nel quale l’ente è assimilato ad un imputato e nel quale, al pari dell’imputato, è parte necessaria e non eventuale.

L’assoluta incompatibilità tra la legge generale (il codice *post* l. n. 67 del 2014) finisce per prevalere sulla specialità formale dell’art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001.

Ciò consente una corretta lettura sistematica dell’art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001.

La sussidiarietà del codice, che pur ispira quest’ultima norma, sta solo a significare che si configura un rinvio aperto allo stesso codice, salvo che le modifiche legislative nel frattempo intervenute sulla disciplina generale rendano impossibile tale eterointegrazione per assoluta incompatibilità sopravvenuta della disciplina speciale del capo III del d. lgs. n. 231 del 2001 proprio su quella generale, che rimane punto di riferimento fondamentale¹⁵.

Finiscono così per esaltarsi la centralità dello stesso codice di rito fissata dall’art. 207 disp. att. c.p.p. e l’assimilazione dell’ente all’imputato *ex art.* 35 d. lgs. n. 231 del 2001, già messa a dura prova dal modello civilistico di partecipazione formale di cui all’art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001.

3. Il rinvio alla disciplina codicistica dell’“assenza” nei limiti della compatibilità

E’ inevitabile, pertanto, riferirsi direttamente all’assenza dell’imputato e agli artt. 420 *bis* ss. c.p.p. che disciplinano dopo la l. n. 67 del 2014 tale istituto nei limiti della compatibilità ai sensi degli artt. 34 e 35 d. lgs. n. 231 del 2001.

A dire il vero, allo stesso risultato sono costretti anche coloro che ne affermano la sopravvivenza¹⁶, per escludere quanto già si sosteneva prima della novella che alla mancata costituzione dell’ente non può farsi conseguire quale effetto automatico la contumacia, se non si vogliono violare le garanzie costituzionali e pattizie, in ordine ad una effettiva tutela del diritto dell’ente imputato ad essere presente personalmente nel processo, secondo quanto richiesto, oltre che dalle regole sul giusto processo, dallo stesso art. 11 lett. *q* della l.d. n. 300/2000¹⁷.

Non mancano le difficoltà¹⁸, che impongono di ribadire talune riflessioni preliminari di carattere generale.

In primo luogo, alla luce del *distinguo* tra l’assenza del rappresentante legale o *ad processum* dell’ente costituito, per il quale varrà la disciplina speciale di cui all’art. 39 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001, e l’assenza dell’ente non costituito, quest’ultima si

¹⁵ *Contra*, P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell’ente*, cit., p. 33, il quale fa leva proprio sul carattere di specialità dell’art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 e sull’art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001.

¹⁶ Cfr. M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell’ente e il processo “in absentia”*, cit., p. 259; P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell’ente*, cit., p. 33 ss.

¹⁷ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 246.

¹⁸ Puntualmente evidenziate da P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell’ente*, cit., p. 32.

può valutare oggi, come già prima della riforma, avendo riguardo alla figura del rappresentante legale.

In secondo luogo, occorre ricordare che la l. n. 67 del 2014 basa la struttura del processo *in absentia* sulla presenza fisica dell'imputato e sul tentativo di garantire la sua conoscenza personale del processo, nonché sulla mancanza di ragioni ostative alla sua comparizione, struttura che non è riproducibile nel processo agli enti data la natura impersonale dei soggetti di cui all'art. 1 d. lgs. n. 231 del 2001. Per l'ente la partecipazione personale è sempre subordinata al deposito della dichiarazione di costituzione di cui all'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 e non alla semplice comparizione del suo rappresentante legale¹⁹.

Infine, la valutazione circa la volontarietà dell'assenza dell'ente *non costituito* deve inevitabilmente fare i conti con la disciplina speciale in tema di notificazioni fissata dall'art. 43 d. lgs. n. 231 del 2001²⁰, il quale si fonda sulla centralità proprio della figura del rappresentante legale sotto due aspetti. L'art. 43 d. lgs. n. 231 del 2001, nel rinviare alle forme di notifica dell'art. 154 comma 3 c.p.p. dettato per la persona offesa, la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, finisce per rendere direttamente applicabile in particolare l'art. 145 c.p.c. (notificazioni alle persone giuridiche), al quale lo stesso art. 154 c.p.p. rinvia: e l'art. 145 c.p.c. conferma ai fini della conoscenza del processo la validità della consegna dell'atto presso la sede legale dell'ente proprio a colui che ne ha la rappresentanza. Dall'altro lato, l'art. 43 comma 2 d. lgs. n. 231 del 2001 ritiene in ogni caso valida la notificazione eseguita mediante consegna al rappresentante legale, anche se costui si trovi in conflitto di interesse con l'ente ai sensi dell'art. 39 comma 1 d. lgs. n. 231 del 2001²¹.

Se ciò è vero, è *in primis* da escludere la compatibilità con il capo III del d. lgs.

¹⁹ Cfr. P.M. CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., p. 261; nonché, P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, cit., p. 32. V. anche Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2497 ss.

²⁰ Per un approfondimento, v. H. BELLUTA, sub art. 39-43, cit., p. 383 ss.; G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 484 ss.; G. GARUTI, *Processo agli enti*, cit., p. 568-569; F. VERGINE, sub art. 41, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 565 ss.

²¹ Cfr. Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2497 ss. V. anche sul punto e per interessanti considerazioni sistematiche, Corte cost., 27 luglio 2011, n. 249, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3196, con note di A. MARANDOLA, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al rappresentante legale imputato del medesimo reato* e di G. VARRASO, *Rappresentante legale "incompatibile" e notificazioni all'ente nel d. lgs. n. 231 del 2001*. Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 43 in relazione agli artt. 3, 24 e 76 Cost. nella parte in cui dispone che sono, comunque, valide le notificazioni all'ente eseguite mediante consegna al legale rappresentante anche se incompatibile. In particolare, il Giudice delle leggi ha evidenziato che non devono sovrapporsi due situazioni diverse; quella relativa alla legittimazione a rappresentare l'ente, costituendosi nel giudizio per il rappresentante legale o *ad processum* e quella relativa alla idoneità a ricevere materialmente l'atto destinato all'ente. Ove l'autorità giudiziaria dovesse effettivamente ravvisare l'infedeltà del legale rappresentante e l'inosservanza da parte sua del dovere di informazione nei confronti dell'ente della notifica per la Consulta un utile strumento potrebbe essere la nomina di un curatore speciale a norma dell'art. 78 comma 2 c.p.c.

n. 231 del 2001 dell'art. 420 *bis* comma 1 c.p.p.: l'espressa rinuncia ad assistere all'udienza personalmente, alla quale tale disposizione correla l'assenza e che non può, pertanto, ricavarsi *per facta concludentia*, riguarda solo la persona fisica, dovendo come detto l'ente partecipare personalmente e manifestare la propria volontà *costituirsi*, con il conseguente rinvio all'art. 39 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001²².

E', per contro, applicabile l'art. 420 *bis* comma 2 c.p.p., per lo meno laddove si riferisce ad indici presuntivi di conoscenza del processo compatibili con le disposizioni di cui agli artt. 39 e 40 d. lgs. n. 231 del 2001 e più in generale sempre con il capo III del d. lgs. n. 231 del 2001²³.

Si può sostenere, proprio ai sensi dell'art. 420 *bis* comma 2 c.p.p., che il giudice, previa verifica della regolarità formale delle notifiche *ex art.* 43 d. lgs. n. 231 del 2001, possa procedere in assenza dell'ente non costituito, qualora manchi il suo rappresentante legale a fronte di una elezione di domicilio dell'ente medesimo o della nomina di un difensore di fiducia che può avvenire all'interno di un atto a forma libera redatto ai sensi dell'art. 97 c.p.p. prima dell'invio dell'informazione di garanzia²⁴, nonché nel caso di notifica a mani proprie del rappresentante legale ai sensi dell'art. 43 d. lgs. n. 231 del 2001, ovvero laddove risulti, comunque, con certezza che lo stesso rappresentante legale conosca il procedimento.

Si deve, allo stesso tempo, affermare, per proporre una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata, che si tratta di presunzioni relative di conoscenza: soprattutto laddove gli indici presuntivi utilizzati si collochino in una fase iniziale delle indagini, è sufficiente per il difensore dell'ente allegare elementi che escludano in concreto la conoscenza del processo e dell'accusa per "vincere" tali presunzioni e imporre la rinnovazione degli avvisi²⁵.

Nei casi evidenziati riconducibili all'art. 420 *bis* comma 2 c.p.p., la rappresentanza dell'ente spetta al difensore e l'ordinanza di assenza è revocata a norma del comma 4 dell'art. 420 *bis* c.p.p., che trova integrale applicazione se, prima della decisione all'interno dell'udienza preliminare o del dibattimento, l'ente si costituisce²⁶.

L'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore o altro legittimo impedimento, di cui all'art. 420 *ter* comma 1 e 2 c.p.p. dovrebbe correlarsi alla mancata comparizione del rappresentante legale o *ad processum* dell'ente

²² In questo senso, P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, cit., p. 33. *Contra* M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 163.

²³ Cfr., sempre P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, cit., p. 33; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 163. In senso parzialmente difforme, M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell'ente e il processo "in absentia"*, cit., p. 266.

²⁴ Possibilità ormai pacificamente ammessa, v. Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2496 ss. V. *infra*, par. 4.

²⁵ Cfr. R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida al dir.*, 2014, n. 21, p. 97.

²⁶ Non sussiste alcun ostacolo all'applicazione del combinato disposto dell'art. 420 *bis* comma 5 c.p.p. e dell'art. 43 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001: v. *infra*, nel paragrafo.

costituito²⁷: qualora ravvisi tali situazioni, il giudice con ordinanza anche d'ufficio rinvia ad una nuova udienza e dispone la rinnovazione della notifica dell'avviso all'ente ex art. 43 d. lgs. n. 231 del 2001. Vale anche quanto disposto dal comma 5 dell'art. 420 *ter* c.p.p. in caso di legittimo impedimento del difensore, che impone sempre il rinvio dell'udienza.

Non pare applicabile, per lo meno nella sua interezza, la disciplina della sospensione del processo per assenza dell'imputato contenuta negli artt. 420 *quater* e 420 *quinquies* c.p.p. nel caso in cui sia impossibile procedere alla notificazione all'ente.

Prevalgono, infatti, ai sensi dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001 le regole specifiche contenute nell'art. 43 comma 4, d. lgs. n. 231 del 2001, in base al quale, se non si riescono ad eseguire le notificazioni secondo i *dicta* della medesima norma, l'autorità giudiziaria procedente dispone nuove ricerche. Qualora le ricerche non diano esito positivo, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento nei confronti dell'ente.

Tale sospensione del procedimento, con alcune varianti rispetto al meccanismo ora contenuto per la persona fisica proprio negli artt. 420 *quater* e 420 *quinquies* c.p.p., è applicabile fin dalla fase delle indagini preliminari nei confronti dell'ente irreperibile e rimesso all'esclusiva iniziativa della parte pubblica²⁸.

²⁷ M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 163. Cfr. prima della novella del 2014 G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 310. Sull'applicabilità dell'art. 420 *ter* c.p.p. al procedimento contumacia dell'ente v. anche G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, VII, Torino, 2011, p. 1083; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, 2006, p. 216; L. PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2000, p. 318.

Si deve ormai ritenere che la mancata comparizione del rappresentante legale o *ad processum* nei casi di cui all'art. 420 *ter* c.p.p. non può impedire il deposito della dichiarazione di costituzione dell'ente ai sensi dell'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 da parte del difensore: ma una volta avvenuto tale deposito, la rappresentanza necessaria dello stesso difensore ai sensi dell'art. 39 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001 può aversi solo fuori dei casi di cui all'art. 420 *ter* c.p.p., al verificarsi dei quali il rinvio dell'udienza è doveroso. Del resto, occorre ribadire che la presenza in udienza del rappresentante legale non equivale alla comparsa personale dell'ente incolpato che dipende sempre dalla regolarità formale della costituzione ai sensi dell'art. 39 comma 2 d. lgs. n. 231 del 2001: cfr. P.M. CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex d. lgs. n. 231/2001*, cit., p. 261.

²⁸ M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell'ente e il processo "in assenza"*, cit., p. 260. Si può al più completare il disposto dell'art. 43 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001, ai sensi dell'art. 34 d. lgs. n. 231 del 2001, rispetto a quanto previsto dall'art. 420 *quinquies* c.p.p. che impone al giudice nella fase processuale di verificare con cadenza annuale la perdurante irreperibilità dell'ente e la possibilità di avvalersi della polizia giudiziaria secondo quanto previsto in generale sempre dalla disciplina codicistica: cfr. P. DI GERONIMO, *La riforma del processo penale in absentia e le possibili ripercussioni sulla disciplina della contumacia dell'ente*, cit., p. 34 e sempre M. BONTEMPELLI, *La contumacia dell'ente e il processo "in assenza"*, cit., p. 270-271.

4. L'abrogazione di "fatto" della contumacia dell'ente dopo le Sezioni unite "Gabrielloni"

Occorre, comunque, evidenziare come la disciplina contenuta nell'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001 sia di fatto "abrogata" dai risultati raggiunti dalla recente sentenza delle Sezioni unite "Gabrielloni", proprio in tema di partecipazione e rappresentanza dell'ente nel procedimento penale²⁹.

Da un lato, le Sezioni unite ribadiscono che la costituzione nelle forme di cui all'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 sia un onere in capo all'ente finalizzato alla partecipazione personale³⁰.

Dall'altro lato, i Giudici di legittimità evidenziano che il modello partecipativo delineato dall'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 in situazioni di particolare urgenza "rischia di rimanere un *flatus vocis* perché di fatto la rapidità e la sorpresa della iniziativa investigativa del pubblico ministero non renderebbe effettiva la possibilità dell'ente di realizzare un'utile opzione per la costituzione nel procedimento, a volte subordinata, in base alle dimensioni e configurazione dell'ente stesso, anche ad attivazioni di organi consiliari e alla espressione di volontà collegiali che richiedono tempi tecnici di qualche apprezzabilità"³¹.

Il riferimento è "agli atti c.d. a sorpresa o comunque caratterizzati da rapidità e urgenza nella rispettiva esecuzione", che non consentono all'ente una pronta reazione con il ricorso alla procedura dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001³².

Per le Sezioni unite, "in tutti questi casi e in casi a questo 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 di un difensore di fiducia da parte del legale rappresentante dell'ente, secondo il disposto

²⁹ Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2496 ss. Si permette rinviare a G. VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione e esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 73 ss.

³⁰ Cfr., in dottrina, tra gli altri, G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 468; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 67 ss.; A. PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, p. 236.

³¹ Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2496. Si consideri a titolo esemplificativo una società per azioni. Ai sensi dell'art. 2384 c.c. il potere di rappresentanza legale è attribuito a ciascuno degli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina dell'assemblea ordinaria o del consiglio di sorveglianza. L'incompatibilità di cui si discute va valutata con riferimento al singolo amministratore, ma è altrettanto chiaro che a fronte di un amministratore unico o di un organo collegiale indagato nella sua interezza, si impone l'intervento dell'assemblea sia per la nomina di un nuovo rappresentante legale sia di un procuratore *ad processum*. Cfr. G. GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, cit., p. 2500.

³² Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2496. La Suprema Corte compie un'utile esemplificazione: gli atti della polizia giudiziaria previsti dagli artt. 352 (perquisizioni), 353 (acquisizione di plichi e corrispondenza), 354 (accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone) c.p.p., nonché le perquisizioni e i sequestri del pubblico ministero, ossia tutti gli atti garantiti a cui il difensore ha diritto di assistere senza preavviso e i cui verbali devono essere depositati presso la cancelleria, per consentire al medesimo difensore di esercitare le proprie facoltà difensive ai sensi rispettivamente degli artt. 356 c.p.p. e 114 norme att. c.p.p. e 366 c.p.p.

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 [al pari del difensore d'ufficio] alla ulteriori e connesse iniziative nell'interesse dell'ente quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare, non meno connotate da urgenza"³³.

La Corte non percorre, però, fino in fondo la strada interpretativa intrapresa, evidenziando un secondo limite all'applicabilità del modello a forma libera di cui all'art. 96 c.p.p.

L'urgenza della reazione difensiva, che restringe l'area di operatività dell'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 a favore della disciplina codicistica generale, cede il passo ogniqualvolta sia notificata all'ente l'informazione di garanzia ai sensi dell'art. 57 d. lgs. n. 231 del 2001, che significativamente per i Giudici di legittimità contiene a tali fini l'avvertimento che per partecipare al procedimento l'ente deve costituirsi e, di conseguenza, dichiarare o eleggere domicilio.

Secondo le Sezioni unite l'informazione di garanzia costituisce "una sorta di messa in mora [per l'ente] per effetto della quale può venirsi a trovare nella *condicio* di non versare più nella situazione della imprevedibilità e della urgenza della reazione che vengono qui ritenute incompatibili con i tempi di costituzione dell'ente"³⁴.

Coerenti le conclusioni a cui pervengono i Giudici di legittimità.

Una volta avvenuta la notifica dell'informazione di garanzia, anche contestualmente al compimento dell'atto garantito a sorpresa con la nomina del difensore d'ufficio (v. art. 369 *bis* comma 1 c.p.p.), deve assumersi che l'ente abbia comunque il tempo per l'espletamento degli adempimenti di cui all'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001, anche per nominare il difensore di fiducia.

Per contro, ogniqualvolta la informazione di garanzia venga notificata per qualsiasi ragione dopo il compimento dell'atto garantito urgente³⁵ si riepande la possibilità per l'ente di utilizzare le forme di nomina di cui all'art. 96 c.p.p., da validare con la successiva dichiarazione di costituzione e procura speciale *ex* art. 100 c.p.p. ai sensi sempre dell'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001³⁶.

In stretta correlazione, secondo le Sezioni unite, la nomina del difensore di fiducia da parte del rappresentante legale indagato o imputato è affetto da invalidità e

³³ Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2496.

³⁴ Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2497.

³⁵ Anche in quei casi di omissione dell'invio dell'informazione in cui la giurisprudenza di legittimità esclude formalmente la nullità *ex* art. 178 lett. c c.p.p. per mancanza di un pregiudizio effettivo per l'indagato che ha comunque potuto partecipare all'atto: v., per tutte, Sez. V, 7 maggio 2013, Scalera, in *CED Cass.*, 256776. In altri termini, per le Sezioni unite conta l'omissione in sé dell'invio dell'informazione di garanzia a prescindere da eventuali effetti invalidanti dell'omissione medesima.

³⁶ Le Sezioni unite assimilano all'omesso invio dell'informazione di garanzia anche la situazione di mancata presenza dell'indagato "all'espletamento dell'atto predatorio": così Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2497.

comporta l'inammissibilità-inefficacia di tutte le attività successive compiute dal difensore scelto proprio dal *procurator suspectus*³⁷.

Appaiono notevoli le ripercussioni di carattere sistematico ai fini di cui si discute.

Dopo la notifica dell'informazione di garanzia e dell'informazione sul diritto di difesa, che al più avverrà con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, l'ente non ha più un onere, ma di fatto un obbligo di partecipare al procedimento e di nominare un difensore nelle forme richieste dall'art. 39 d. lgs. n. 231 del 2001 e 100 c.p.p., salvo accontentarsi di una difesa d'ufficio.

Si crea, così, una situazione inedita per un soggetto al quale sono estese le garanzie difensive dell'indagato-imputato persona fisica, determinandosi una abrogazione "di fatto" del processo *in absentia* nei confronti dell'ente.

L'"obbligo" per l'ente di costituirsi a seguito della ricezione dell'informazione di garanzia, anche per nominare un difensore di fiducia, azzerà nella fase processuale la possibilità in concreto di una declaratoria ai sensi dell'art. 41 d. lgs. n. 231 del 2001, qualora se ne sostenga la sopravvivenza.

Finirà per operare quasi sempre nell'ambito di cui si discute la regola di cui all'art. 39 comma 4 d. lgs. n. 231 del 2001 che prevede la rappresentanza necessaria del difensore, qualora non compaia il rappresentante legale o *ad processum*.

³⁷ Cass., sez. un., 28 luglio 2015, Gabrielloni, cit., p. 2497-2498. V. anche G. FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, cit., p. 476 ss. Per una critica si rinvia, volendo, a G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 146 e, da ultimo, a G. GARUTI, *Partecipazione dell'ente nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali*, cit., p. 2502.