



EVENTI SEGNALATI

[Convegni](#)

[Seminari](#)

AUTORI E ARTICOLI

Q Cerca ...

Cerca

RUBRICHE

Seleziona una categoria



NEWSLETTER LP

INSERISCI LA TUA EMAIL PER RICEVERE
NOTIZIA DEI NOSTRI AGGIORNAMENTI

Email

☐ Autorizzo il trattamento dei miei dati ai
sensi degli artt. 13 e 14, Regolamento UE
2016/679

Iscrizione

CHI SIAMO

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocchio, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Enrico Basile, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Antonella Madeo, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Pattera, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

REVISORI: Roberta Aprati, Marta Bargis, Giovanni Barrocu, Filippo Bellagamba, Alessandro Bernardi, Costanza Bernasconi, Sergio Bonini, Manfredi Bontempelli, Riccardo Borsari, David Brunelli, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Lina Caraceni, Agata Ciavola, Maria Grazia Coppetta, Giandomenico Dodaro, Massimo Ceresa-Gastaldo, Claudia Cesari, Donatella Curtotti, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Andrea Di Landro, Gabriella Di Paolo, Andreana Esposito, Stefano Fiore, Carlo Fiorio, Emanuela Fronza, Gianluca Gentile, Livia Giuliani, Dario Guidi, Antonio Gullo, Barbara Lavarini, Elio Lo Monte, Carlo Longobardo, Elisa Lorenzetto, Stefano Manacorda, Annalisa Mangiaracina, Giulia Mantovani, Antonella Marandola, Enrico Marelli, Luca Masera, Antonella Massaro, Francesco Mazzacova, Ilaria Merenda, Michela Miraglia, Enrico Mancuso, Vincenzo Mongillo, Stefano Montaldo, Gaetana Morgante, Francesco Mucciarelli, Guido Neppi Modona, Giuseppina Panebianco, Lucia Parlato, Vania Patané, Marco Pelissero, Adonella Presutti, Antonino Pulvirenti, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mauro Ronco, Giuseppe Rotolo, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Metello Scaparone, Sergio Seminara, Licia Siracusa, Carlo Sotis, Alessandro Spena, Valeria Torre, Andrea Tripodi, Gianluca Varraso, Giovanni Paolo Voena, Angelo Zappulla

EDITORE: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino

PERIODICITA': trimestrale

ISSN: 2421-552X

CONTRIBUTI IN EVIDENZA



**Speciale LP sulla
riforma della giustizia
penale**

**'Processo penale e
garanzie della persona'.
Atti del convegno in
onore di Mario
Chiavario**



EVENTI SEGNALATI

[Convegni](#)

[Seminari](#)

AUTORI E ARTICOLI

Q Cerca ...

Cerca

RUBRICHE

Seleziona una categoria



NEWSLETTER LP

INSERISCI LA TUA EMAIL PER RICEVERE
NOTIZIA DEI NOSTRI AGGIORNAMENTI

Email

zionepenale.eu rizzo il trattamento dei miei dati ai

ARCHIVIO

FUSIONE SOCIETARIA E RESPONSABILITÀ DA REATO PER GLI ENTI: LA POSIZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE – MARTINA GALLI

[Scarica l'articolo](#)

CONTRIBUTI IN EVIDENZA



[Speciale LP sulla
riforma della giustizia
penale](#)

–
[‘Processo penale e
garanzie della persona’.
Atti del convegno in
onore di Mario
Chiavario](#)

IL CERTIFICATO DI CONFORMITÀ DELLA CASSAZIONE SU FUSIONE SOCIETARIA E
RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI:
RIFLESSIONI “A CANTIERE APERTO”
(NOTA A MARGINE DI CASS. PEN. SEZ. VI 12 FEBBRAIO 2016 - 17 MARZO 2016 N. 11442)

di Martina Galli
(Dottoranda in diritto penale all'Università della Tuscia)

SOMMARIO: 1. Il caso e la soluzione della Corte di cassazione – 2. Una premessa e un precedente difformi – 3. La “mossa della Corte” – 4. La chiave di volta: la questione “identitaria” – 5. Le fondamenta: il coinvolgimento soggettivo dell'ente – 6. La volta mancante: la responsabilità dei gruppi societari – 7. Conclusioni: il cantiere aperto della responsabilità da reato degli enti.

1. Al termine di una vicenda processuale già densa di riflessi teorici d'interesse¹, la Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità da reato di una società incorporante derivante da reati (nel caso di specie, corruzione internazionale) commessi in epoca antecedente alla fusione nell'ambito di una incorporata, è giunta ad apporre sul trattamento normativo dell'ipotesi di fusione di cui all'art. 29 d. lgs. 231/2001 un timbro di piena conformità al dettato costituzionale². Cosicché, nella

¹ Il procedimento instaurato preso il Tribunale di Milano nei confronti della società Snamprogetti per il pagamento di tangenti a funzionari e politici nigeriani aveva infatti dato luogo ad un interessante incidente cautelare, in cui era stato affrontato il problema dell'applicabilità delle sanzioni interdittive a carico dell'ente imputato per l'illecito amministrativo dipendente dal reato di corruzione internazionale (art. 322-bis Cp). Il quesito portato all'attenzione della Corte di cassazione nasceva dal testo del comma 5 dell'art. 25 d. lgs. 231/2001, che, nel prevedere i casi di applicabilità delle sanzioni interdittive, si limita a richiamare le sole ipotesi di corruzione domestica previste dai commi 2 e 3 della stessa disposizione, tralasciando di menzionare il comma 4, che estende la responsabilità dell'ente anche al delitto di corruzione di funzionari di Stati esteri e di organizzazioni internazionali. La Sezione VI^a in quell'occasione (Cass. 30.9.2010 n. 42701, in www.penalecontemporaneo.it, 13.10.2010, con nota di T. Trincherà), peraltro prescindendo dall'attesa indagine sui rapporti tra fattispecie di corruzione domestica e fattispecie di corruzione internazionale, privilegiò – con atteggiamento a ben vedere simile a quello impiegato nella specifica questione di cui qui ci si occupa – le istanze di tutela sottese alla responsabilità da reato degli enti, accantonando l'interpretazione restrittiva proposta dal G.i.p. e dal giudice del riesame milanese, nella visione dei quali il reato di corruzione internazionale, autonoma fattispecie di reato, non avrebbe potuto dare luogo, fermo il principio di legalità e il divieto di interpretazione estensiva delle fattispecie penali, all'applicazione di sanzioni (e, dunque, di misure cautelari) a contenuto interdittivo nei confronti dell'ente. Critici nei confronti della dilatazione dell'ambito della punibilità operato della Corte sulla scorta di considerazioni di politica criminale e argomenti tratti da una “mitica” *voluntas legis*, F. Centonze – A.M. Dell'Osso, *La corruzione internazionale: profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in RIDPP 2013, 194 ss..

² Il ricorso per Cassazione avente ad oggetto l'eccezione di illegittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 29 d. lgs. 231/2001 applicata dal giudice di merito, superava il vaglio di

temperie di una stagione di riforma in cui il cantiere legislativo per le opere di ristrutturazione della responsabilità da reato degli enti è dichiarato aperto³, il disinteresse della Corte nei confronti di una delle più evidenti crepe del sistema⁴, alimenta la preoccupazione di porre mano sollecitamente a interventi di consolidamento e ammodernamento di questo specifico punto e dell'intero edificio.

Ma prendiamo subito in esame la pronuncia da cui scaturiscono le nostre riflessioni.

Il caso vedeva una società per azioni, la Saipem s.p.a., ricorrere per Cassazione nell'ambito di un processo avente ad oggetto un articolato sistema di pagamenti di tangenti, posto in essere dal 1994 sino a tutto il 2004 da parte della *joint venture* denominata TSKJ e consistito nella corresponsione di compensi corruttivi per oltre centosettanta milioni di dollari in favore di pubblici ufficiali nigeriani al fine di ottenere contratti di appalto (i cosiddetti "treni"), del valore complessivo di circa 6 miliardi di dollari, per la realizzazione di un impianto di liquefazione di gas naturale. Della *joint venture* internazionale faceva parte anche la società italiana "Snamprogetti", partecipata da Eni al 60% nel 1994 e poi al 100% nel 2002, ceduta nel 2006 alla "Saipem projects" e, infine, nel 2008, incorporata per fusione, insieme alla stessa "Saipem projects", dalla società ricorrente, a sua volta partecipata da Eni.

Ebbene, avendo condotto le vicende societarie del gruppo alla formale "scomparsa" della società nell'ambito della quale i reati-presupposto erano stati commessi (peraltro ormai estinti per prescrizione nei confronti delle persone fisiche), la società incorporante in primo e secondo grado si era vista dichiarare responsabile, in applicazione dell'art. 29 d. lgs. 231/2001, per il reato di corruzione internazionale di cui agli artt. 110, 321, 319 e 319-bis Cp e art. 322-bis co. 2 n. 2 Cp, posto in essere nell'interesse o vantaggio della società per azioni Snamprogetti, sua incorporata.

A fronte della automatica traslazione di responsabilità imposta dal dato legislativo, apparendo evidentemente sbarrata la strada della dimostrazione della assoluta estraneità della società incorporante agli episodi criminosi che costituiscono

ammissibilità – la questione era dunque ritenuta *rilevante*, nel senso che dall'invocata dichiarazione d'illegittimità sarebbe potuta conseguire una pronuncia favorevole per il ricorrente in termini d'annullamento, anche parziale, della sentenza (v. Cass. Sez. IV 27.1. 2015 n. 5415, in *GD* 2015 [14], 79), ma era rigettato in quanto ritenuto "infondato". Se ne vedranno a breve i motivi.

³Come è noto, il 3 marzo 2016 si è insediata per un primo contatto la *Commissione di studio* per la modifica del Decreto recante la «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», costituita dal Ministro della Giustizia e dal Ministro dell'Economia con lo specifico compito di rilanciare le politiche di prevenzione e di formulare proposte per la modifica della normativa, nel segno di un più efficace contrasto alla criminalità economica.

⁴Approfonditamente sul tema V. Napoleoni, *Le "vicende modificative": trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *RAmmSocEnti* 2007 (2), 139 ss.; Id., *Le vicende modificative dell'ente*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 307 ss.; M. Masucci, *Ratio e sistema dell'illecito (para-)penale dell'ente modificato*, in *RTrimDPenEc* 2015, 178 ss.; Id., «Identità giuridica» e «continuità economica» nelle vicende della «responsabilità da reato» dell'ente. *Evoluzione e circolazione dei modelli*, ivi, 2014, 735 ss. In argomento inoltre P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, 159 ss.

presupposto della responsabilità dell'ente, alla società ricorrente non restava che perseverare nella denuncia del vizio di legittimità costituzionale della normativa applicata e, dunque, avanzare la nullità dei provvedimenti emessi dai giudici milanesi sulla base della stessa, nonché i vizi di motivazione della sentenza impugnata in ordine alle decisioni di manifesta infondatezza della questione.

Dopo aver sollevato con il primo motivo l'illegittimità costituzionale dell'intera disciplina sulle vicende modificative (artt. da 28 a 33 d. lgs. 231/2001) per eccesso di delega, la società si concentrava sull'art. 29 d. lgs. 231/2001 con il secondo ed il terzo motivo. La censura in ordine ai contenuti di detto articolo era condotta sul doppio fronte, penale e amministrativo, entro cui notoriamente oscilla la natura della responsabilità dell'ente: se nella prospettiva penalistica il referente costituzionale rispetto al quale giustiziare l'art. 29 d. lgs. 231/2001 è ravvisato nel principio di personalità della responsabilità penale, applicabile al caso in esame secondo i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo in tema di sanzione penale, sul versante amministrativo il contrasto sarebbe prospettabile rispetto all'art. 3 Cost., stante il diverso trattamento (un regime di assoluta intrasmissibilità della sanzione agli eredi dell'autore della violazione amministrativa) sancito all'art. 7 l. 689/1981 per la persona fisica.

La Corte di cassazione rigettava tutti i motivi del ricorso. Richiamando gli oramai consolidati principi enunciati dalla stessa Corte costituzionale in ordine ai poteri del legislatore delegato – legittimamente esercitati finché le norme emanate si esprimano come coerente sviluppo o anche, se del caso, completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante⁵ – i giudici di legittimità affermavano la piena uniformità tra *ratio* ispiratrice della legge-delega e disciplina di cui agli artt. 28 ss. del d. lgs. 231/2001; *ratio* che, a sua volta, direttamente discenderebbe dalle Convenzioni internazionali⁶ dedicate al contrasto di forme di criminalità connesse all'attività d'impresa le quali – nell'imporre agli Stati-parte specifici obblighi di adattamento della normativa nazionale, nella prospettiva di rendere omogenee ed effettive le risposte offerte dalla Comunità internazionale, pur nella piena libertà di scelta in ordine al modello sanzionatorio, amministrativo o penale, da adottare – vincolano l'esecuzione degli obblighi internazionali alla previsione di sanzioni "efficaci, proporzionate, dissuasive"⁷. Per chi ancora non avesse chiaro il significato di una

⁵ Sulla scia della precedente giurisprudenza costituzionale (da ultimo, C. cost., 24.9.2014 n. 229) parla infatti di «naturale rapporto di riempimento» tra norma delegata e norma delegante. I principi e i criteri direttivi, se valgono a circoscrivere il campo della delega, non ostano infatti all'emanazione di norme che ne rappresentino un coerente sviluppo e, nel caso, un completamento delle scelte espresse dal delegante. Solo guardando alla *ratio* della delega e ad una eventuale incompatibilità tra questa e i principi che emergono nella norma delegata sembra dunque possibile rintracciare possibili sconfinamenti dall'ambito di discrezionalità consentita al legislatore.

⁶ Segnatamente, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e la Convenzione U.E. relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea

⁷ È infatti la stessa intitolazione della l.d. 300/2000 a richiamare, a fini di «ratifica ed esecuzione», una serie di atti internazionali, «elaborati in base all'art. K. 3. del Trattato dell'Unione Europea», in materia di lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche

simile nozione o si fosse perso le potenzialità espansive che essa assume nel giudizio sull'effettività di una risposta sanzionatoria pattizamente imposta a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, segue il rinvio, che sa di minaccia⁸, alla sentenza Taricco⁹. Sembra dunque che per la Corte l'approccio antielusivo del legislatore,

internazionali, dei funzionari degli Stati membri dell'Unione europea e di tutela delle finanze comunitarie. Appare opportuno tuttavia precisare che l'unico atto in cui era fatto esplicito riferimento alla necessità di introdurre sanzioni improntate a effettività, proporzionalità e dissuasività – ossia il II Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. P.I.F.), firmato a Bruxelles il 19 giugno 1997 – non ha costituito espresso oggetto di attuazione da parte della l. 300/2000. V. sul punto A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2013, 16. Tuttavia non si può dubitare che la l.d. 300/2000, e il d. lgs. 231/2001 delegato, in quanto risposta nazionale alla domanda comunitaria di tutela, comprenda – sulla base del legame inequivoco che con esso sussiste, rintracciabile principalmente nell'identità dei contenuti tra norma comunitaria e nazionale (ad esempio, in punto di sanzioni comminate) e nei richiami contenuti nella *Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231/2001* – debba essere considerata “legge adottata per l'attuazione” di detto Protocollo. Sul concetto di “legge interna di uno Stato membro adottata per l'attuazione di una norma comunitaria obbligatoria”, v. C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europeo vigente*, Milano 2007, 215.

⁸La minaccia appare “sovrabbondante” se consideriamo che il territorio della responsabilità da reato degli enti oggi rimane estranea, se non per minimi tratti (sostanzialmente, il riciclaggio di denaro proveniente da frodi comunitarie) dai confini dell'art. 325 TFUE, dal momento che i reati in materia fiscale, comprese le frodi all'IVA, si trovano fuori dal catalogo dei reati-presupposto. Ma non appare anche fuor di luogo, poiché questa assenza potrebbe ben presto rivelarsi un vuoto da colmare nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. In ogni caso, la minaccia sembra cadere di fronte ad una situazione blindata. Ci troviamo oggi di fronte a una norma nazionale (l'art. 29 d. lgs. 231/2001) comunitariamente necessaria, ai sensi del principio di leale cooperazione tra Stati membri, che tuttavia si contrappone a un principio nazionale costituzionale (art. 27 co. 1 Cost.). Il problema, dunque, è tutto nazionale e dovrebbe essere portato di fronte alla nostra Corte costituzionale senza che l'interferenza della norma comunitaria possa spostare i termini della questione; peraltro, la stessa Corte di Giustizia, nei casi in cui un fondamentale principio di diritto nazionale (come la colpevolezza e tutti i principi costituzionali penalistici) si oppone all'adempimento di una normativa comunitaria, considera che sia quest'ultima a dover cedere il passo. Cfr. C. Sotis, *op. cit.*, 18 ss. e 212 ss. A ben vedere questo principio non è ribaltato, almeno formalmente, neppure dalla sentenza Taricco, dove la Corte di Giustizia si trova costretta a precisare l'assenza di qualsiasi conflitto rispetto al principio di legalità, premurandosi dunque di negare – proprio nel momento in cui sferra il colpo decisivo – che tale sindacato vada a colpire al cuore la sovranità punitiva. Si veda in proposito V. Manes, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.5.2016.

⁹Sulla sentenza Taricco (C.G.U.E., Grande Sezione., sent. 8.9.2015, C- 105/14) si segnalano, tra i numerosi commenti: S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in www.archiviopenale.it, 8.9.2015; C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta di valore aggiunto*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.9.2015; E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.2.2016; G. Civello, *La Sentenza Taricco della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in AP 2015, 3; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.9.2015; Id., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.9.2015; A. Venegoni, *La Sentenza Taricco: una*

espresso all'interno della *Relazione ministeriale* al d. lgs. 231/2001, sia il solo efficace a tutelare sufficientemente il sistema rispetto a operazioni, realizzate tramite banali metamorfismi societari (riorganizzazioni aziendali o modifiche della denominazione sociale), miranti all'ottenimento dell'impunità: una diversa opzione, consistente nell'attribuire effetto estintivo alle trasformazioni dell'ente, avrebbe al contrario «determinato una evidente inadeguatezza delle sanzioni comminate a rendere effettiva l'osservanza degli obblighi della normativa pattizia».

Chiarite le preoccupazioni di *real-politik* che infiltrano la materia, l'argomentazione della Corte, senza sciogliere i veri nodi che avvincono la responsabilità dell'ente a seguito di vicende modificative, va piuttosto riproducendone la più che ambigua fisionomia. Dapprima, seguendo la china penalistica, richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutela della concorrenza, ritenuta particolarmente conferente per la natura, appunto, "penale" infine attribuita dalla Corte di Giustizia, con la nota sentenza Menarini, alle sanzioni previste dalla l. 10.10.1990, n. 287¹⁰.

Poi, sul versante puramente amministrativo, la decisione guarda ai principi comunitari in tema di riorganizzazione degli enti espressi all'interno della Terza Direttiva relativa alle società per azioni¹¹ ed alla relativa giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, in materia di fusione per incorporazione della società responsabile di illeciti amministrativi¹².

ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in *Diritto Penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.10.2015.

¹⁰ Nella sentenza Menarini dell'11.12.2007, C- 280/06, su cui più avanti saranno svolte alcune puntualizzazioni, la Corte di Giustizia ha affermato – anche sulla base di una giurisprudenza consolidata, opportunamente richiamata dalla Cassazione – che qualora un ente violi le regole della concorrenza incombe ad esso, secondo il principio della responsabilità personale, di rispondere di tale infrazione; e che, tuttavia, qualora tale ente sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, «tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti». Solo in tal modo, a detta della Corte, le misure adottate a livello nazionale svolgono la funzione di «dissuadere» gli operatori economici dal tenere comportamenti anticoncorrenziali: «se nessun'altra possibilità di imposizione della sanzione ad un ente diverso da quello che ha commesso l'infrazione fosse prevista, alcune imprese potrebbero sfuggire alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa».

¹¹ Si tratta della Terza direttiva 78/855/CEE del Consiglio del 9.10.1978, basata sull'articolo 54 § 3 lett. g del Trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni, come modificata dalla direttiva 2009/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.9.2009. La direttiva 78/855 è stata abrogata, a far data dal 1° luglio 2011, dalla direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e da quella del Consiglio del 5.4.2011, relativa alle fusioni delle società per azioni. Come risulta dal suo considerando 1, quest'ultima direttiva è intesa, per motivi di chiarezza e razionalizzazione, a procedere alla codificazione della direttiva 78/855, che era stata modificata più volte in modo sostanziale. Tuttavia, per ciò che a noi interessa, l'articolo 19 § 1, della direttiva 2011/35 riprende l'articolo 19 § 1 della direttiva 78/855 in termini identici.

¹² La pronuncia citata è C.G.U.E, Sez. 5, sent. 5.3.2015, C343/13. La Corte di Giustizia era stata chiamata a pronunciarsi sulla domanda di pronuncia pregiudiziale intorno all'interpretazione dell'articolo 19 § 1 della direttiva suddetta, presentata nell'ambito di una controversia tra la società Modelo Continente Hipermercados SA (MCH) e l'Autorità di vigilanza sulle condizioni di lavoro

Infine, ribadita la piena coerenza delle scelte operate dal legislatore rispetto agli indirizzi generali e alla *ratio* della delega, la Corte volge lo sguardo alle regole imposte nel nostro ordinamento a governo degli obblighi civilistico-patrimoniali sopravvenienti a operazioni di fusione. Su questo fronte, gli artt. 28 ss. d. lgs. 231/2001 avrebbero, a detta dei giudici di legittimità, anticipato – se non addirittura indirizzato – gli sviluppi della Riforma societaria del 2003 (in particolare le modifiche da questa apportate al testo dell'art. 2504-bis Cc, correttamente impostando un sistema dove, abbandonato il mito del contratto *mortis causa*, il tratto di continuità sancito sul piano civilistico-patrimoniale giustifica altresì il passaggio della responsabilità penale all'incorporante, società non “altra” dall'incorporata ma sua evoluzione¹³.

La Saipem s.p.a. non sarebbe altro che la Snamprogetti 2.o.: escluso il rapporto di terzietà tra le due società, la Corte pone dunque una pietra tombale sulle ulteriori questioni di legittimità costituzionale, manchevoli, si dice, di qualsiasi “pregio giuridico”. Conclusione, per la Corte, resa ancor più “indefettibile” dalla circostanza che le società coinvolte nell'operazione di fusione, pianificata dalla *holding*, fossero parte di uno stesso gruppo, con facoltà di tutti i soci di controllare i rischi impliciti nell'acquisizione di una società «attinta da illeciti amministrativi».

Quale violazione del principio di personalità se la persona giuridica, in verità, è la stessa? Quale erede sarebbe punito se di estinzione – e, conseguentemente, di successione nella posizione giuridica di un diverso soggetto – non è dato parlare?

2. Proviamo dunque a riepilogare i passaggi essenziali del ragionamento della Suprema Corte. Rinunciando ad elaborare una nozione di soggettività dell'incorporante differenziata da quella maturata in ambito civilistico, essa ora inquadra la responsabilità penale entro gli schemi negoziali che informano il

portoghese, avente ad oggetto la decisione di quest'ultima di condannare la MCH per violazioni al Codice del lavoro commesse dalla società *Good and Cheap – Comércio Retalhista SA* prima della sua fusione mediante incorporazione nella MCH. La Corte aveva concluso dichiarando che l'art. 19 andasse interpretato nel senso che una «fusione mediante incorporazione», ai sensi dell'art. 3 § 1 di detta direttiva, comporta la trasmissione alla società incorporante dell'obbligo di pagare l'ammenda inflitta con decisione definitiva successivamente a tale fusione per infrazioni al diritto del lavoro commesse dalla società incorporata precedentemente alla fusione stessa. Questo perché, ritiene la Corte, senza la trasmissione alla società incorporante della responsabilità per contravvenzione, quale elemento del patrimonio passivo della società incorporata, detta responsabilità si estinguerebbe, con conseguente pregiudizio dell'interesse perseguito dalla Autorità di vigilanza degli stati membri.

¹³ La motivazione della Corte si richiama a quella dottrina che, nel condividere complessivamente la soluzione della continuità della responsabilità adottata nell'art. 29 d. lgs. 231/2001, ne sottolinea la piena coerenza con l'art. 2504-bis Cc: V. Napoleoni, *Le vicende modificative*, cit., 306 ss.; G. De Marzo, *Il d.lgs. 231/2001: responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Società* 2001, 1532; L. De Angelis, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)* in *CGiur* 2001, 1326 ss.; G. Grasso, *La responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica*, in *Contratto e impresa* 2001, 1456. Nella visione di F. Dimundo, *Effetti della fusione*, in *Trasformazione. Fusione. Scissione. Commentario alla riforma delle società*, a cura di L. Bianchi, Milano 2006, 833 ss. sarebbe proprio la disciplina di cui all'art. 29 d. lgs. 231/2001 a consentire la lettura in senso modificazionista della norma civilistica.

trasferimento delle obbligazioni sul piano civilistico-patrimoniale, ora, invece, sul presupposto del particolare assetto societario – il “legame” di gruppo intercorrente tra incorporante e incorporata – in cui si è sviluppata la vicenda concreta, sostituisce al parametro di rimproverabilità soggettiva (lo si chiami pure colpevolezza), che consentirebbe all’ente di godere della garanzia costituzionale offerta dall’art. 27 Cost., quello di una consapevolezza-calcolabilità in ordine ai reati commessi dalla società incorporata. Ciò, peraltro, appena a valle di un esteso passaggio in cui la Corte si premura di incardinare la *ratio* dell’automatismo punitivo sancito all’art. 29 nello *standard* di adeguatezza convenzionale – l’obbligo di prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive – cui la l. 300/2000 avrebbe inteso dare attuazione.

Così è servita la convalida di una forma di responsabilità oggettiva e per fatto altrui all’interno di un sistema che, quantunque iscritto ad un *tertium genus* tra responsabilità penale e amministrativa¹⁴, con la prima condivide ciò che davvero “conta” delle garanzie che informano la materia penale¹⁵. Corollario, quest’ultimo, del teorema secondo cui il sistema della responsabilità degli enti andrebbe iscritto alla *matière* penale: chi scrive vorrebbe eleggerlo a premessa delle considerazioni che

¹⁴ In questo senso, da ultimo, la Cassazione a Sezioni Unite nella nota sentenza sul caso *ThyssenKrupp* (Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343), dove, nel prendere posizione sulla natura peculiare della responsabilità ex d. lgs. 231/2001, e dandone descrizione alla stregua di un sistema che coniuga i tratti dell’ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di temperare le ragioni dell’efficienza preventiva con quelle della massima garanzia, si afferma nitidamente che vi devono trovare applicazione il principio della «responsabilità per fatto proprio» e quello «di colpevolezza». Del resto, la sentenza non fa altro che parafrasare l’intenzione del legislatore, a chiare lettere scolpita nella *Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001*: «La Corte europea dei diritti dell’uomo e la migliore dottrina concordano nel ritenere che le imprescindibili garanzie del diritto penale debbano essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte “etichette” giuridiche che il legislatore vi apponga. Da ciò l’esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo».

¹⁵ La compiuta trattazione del tema cardine della natura della responsabilità dell’ente e delle questioni da esso implicate comporterebbe l’apertura di un capitolo troppo vasto per questo contributo di approfondimento. Si sceglie allora di affidare a un lavoro di D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *RIDPP* 2002, 417, la spiegazione di quanto qui dato per assunto: «Preso atto dei contenuti, dell’autonomia, delle connessioni del nuovo sottosistema normativo, la questione dell’etichetta (“penale” o “amministrativo”) si riduce a questione “accademica”. Un contenuto sostanziale lo avrebbe, se il parlare (come ha fatto il legislatore italiano) di responsabilità amministrativa, desse corpo ad una “frode delle etichette” nel senso pregnante in cui il concetto è utilizzato in dottrina: se cioè la classificazione formale servisse a coprire l’elusione di garanzie rese necessarie dalla sostanza “punitiva” degli istituti. Non è il nostro caso: nell’apprestare garanzie sostanziali e processuali, il legislatore italiano del 2001 ha adottato (...) un’ottica tipicamente penalistica, fra tutte la più garantista. Parlando di responsabilità amministrativa, e non penale, il legislatore italiano ha fatto una scelta simbolica, tutt’altro che priva di efficacia sul piano della retorica della comunicazione pubblica. L’etichetta prescelta trasmette un messaggio di minor gravità e di minore riprovazione, rispetto alla responsabilità penale. Soltanto dentro questo involucro simbolico la responsabilità degli enti è stata accettata (e non senza contrasti) nel contesto culturale e (soprattutto) nel contesto politico italiano, ancora alla svolta del millennio».

seguono e che possono allora prendere le mosse da una precedente pronuncia della Corte sullo stesso tema¹⁶, dove la detta premessa sembra essere condivisa.

In quella pronuncia la V^a Sezione della Cassazione aveva infatti escluso l'applicazione in via automatica del sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 19 d. lgs. 231/2001 nei confronti di un istituto di credito, nel ruolo di incorporante, per i reati (una serie di illeciti in materia di manipolazione di mercato e abuso di informazioni privilegiate) commessi nell'ambito della banca incorporata, facendo emergere l'opposta esigenza di coordinare la regola della continuità, che ispira la previsione di cui all'art. 2504-bis Cc e il proprio corrispondente penalistico, l'art. 29 d. lgs. 231/2001, con i «principi volti a tutelare la posizione del terzo in buona fede, estraneo al reato»; e sottolineava come una diversa soluzione avrebbe comportato l'esposizione della società incorporante (o comunque risultante dalla fusione) alle conseguenze di natura penale di reati commessi da altri, «unicamente in base alla posizione formale di soggetto partecipante alla fusione». Da qui l'invito della Corte a impostare un giudizio di merito che, di volta in volta, consenta di verificare se l'incorporante, società comunque diversa dal soggetto originariamente responsabile, si trovasse o meno in quella situazione di "buona fede penalistica" che, come anche altrove accade, dovrebbe metter al riparo il terzo dall'applicazione della confisca¹⁷.

Non che la bontà delle premesse da cui muove possa di per sé esimere la pronuncia anzidetta da alcuni rilievi critici. Essa infatti omette di confrontarsi con la disposizione di cui all'art. 29 d. lgs. 231/2000, la quale, a ben vedere, pare imbrigliare nello stesso automatismo tutte le conseguenze derivanti dalla responsabilità dell'incorporata: sanzioni pecuniarie, sanzioni interdittive, confisca di cui all'art. 19 d. lgs. 231/2001, risarcimento del danno¹⁸. Con il risultato che la pronuncia, trasponendo nella materia delle vicende modificative i principi espressi dalle Sezioni Unite¹⁹ e, ancor prima, dalla Corte costituzionale²⁰, in materia di tutela del terzo in buona fede

¹⁶Cass. Sez. V 29.1.2016 n. 4064, in *Banca dati De jure*.

¹⁷ Sulle questioni che si profilano in rapporto alla tutela dei c.d. terzi e, in particolare, per una ricostruzione del concetto di "buona fede" in ambiente penalistico si rinvia a D. Fondaroli, *Art. 19, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di A. Perini e M. Levis, Bologna 2014, 410 ss.

¹⁸ Cfr. V. Napoleoni, *Le "vicende modificative"*, cit., 148 e D. Carra, *Fusione (art. 29)*, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti e P. Veneziani, Milano 2010, 489.

¹⁹ Sul punto la Cassazione richiama insegnamenti consolidati, in virtù dei quali si considera terzo la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità (Cass. Sez. II 14.10.1992 n. 11173); dovendosi invece considerare in buona fede colui che versi in una situazione di «non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato» (Cass. S.U. 28.4.1999 n. 9). Si cita poi l'ultima sentenza delle Sezioni Unite sul tema (Cass. S.U. 25.9.2014 n. 11170, dove espressamente si nega che il concetto di buona fede per il diritto penale sia coincidente con quello civilistico, ex art. 1147 Cc, dal momento che «anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanti un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare».

²⁰ Già la Corte costituzionale aveva individuato quel nucleo di tutela inderogabile rappresentato da un minimo di colpevolezza rimproverabile al terzo e descritto in termini di difetto di diligenza. V. C. cost., 14.1.1987 n. 2.

nei casi di confisca, finisce per restituire l'immagine di un sistema irrispettoso del principio di progressività delle sanzioni, in cui l'inciso contenuto all'art. 19, d. lgs. 231/2001 («sono fatti salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede») sembra vigere come eccezione alla regola che presidia il trasferimento delle sanzioni principali in capo all'ente. Cosicché la società incorporante, peraltro gravata da un onere di allegazione in tal senso²¹, potrà riuscire a far valere la propria buona fede rispetto ai vantaggi patrimoniali di origine illecita acquisiti mediante la fusione dei patrimoni sociali, ma non anche la propria estraneità alla responsabilità dell'incorporante, continuando così ad essere automaticamente attinta dalle sanzioni pecuniarie e interdittive che da questa derivino. Quasi che la misura di cui all'art. 19 d. lgs. 231/2001, in assenza di un coordinamento con la disciplina delle sanzioni in caso di fusione societaria, assuma la veste di una “supersanzione”, meritevole di accedere a un regime garantito che invece appare precluso alle (altre) pene principali, rispetto alle quali la “confisca 231” merita, al più, un'assimilazione (nella funzione repressiva che essa riveste e nel regime di applicazione), ma non certo una “promozione” nella scala di gravità dei meccanismi “punitivi”²².

3. Fatta questa precisazione, non si può nascondere che la sentenza della V^a Sezione, nel proporre un'interpretazione delle norme in materia di fusione di società orientata ai principi di personalità della responsabilità penale, avesse comunque tentato di dare risposta a quelle preoccupazioni che la VI^a Sezione, ora trincerandosi dietro agli orientamenti modificazionisti seguiti in ambito civilistico, ora

²¹ Si deve peraltro sottolineare criticamente come, all'esito di un percorso argomentativo teso a valorizzare il principio di personalità della responsabilità, la Corte abbia poi perpetuato l'attribuzione dell'onere della prova (o di allegazione, come vuole l'ultimo indirizzo delle Sezioni Unite²¹) in capo al terzo, chiamato a far valere tanto il proprio diritto sulla *res*, quanto la propria buona fede; conclusione che, per quanto ormai consolidata in giurisprudenza, continua a entrare in contraddizione sia con la natura penalistica della responsabilità degli enti, sia con la natura di pena della confisca ex art. 19 d. lgs. 231/2001 e, dunque, con la necessità di assicurarne l'applicazione nel rispetto del principio di colpevolezza. Nello stesso senso M. Riverditi, *Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.4.2015. Tuttavia, nella giurisprudenza assolutamente costante della Corte di cassazione si ritiene del tutto ragionevole pretendere «un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato». Cfr. Cass. Sez. V 27.10.2015 n. 4064, in www.rivista231.it.

²² Si ricorda infatti che la confisca di cui all'art. 19 d. lgs. 231/2001 resta comunque ancorata alla consistenza del profitto del reato, così assumendo, rispetto alle “pene patrimoniali” vere e proprie, una configurazione ad un tempo più ampia e più ristretta. Da un lato, l'ablazione appare più limitata: a differenza delle sanzioni pecuniarie, essa non si estende – se non per il corrispettivo del valore del profitto o del prezzo dei reati nel caso di confisca per equivalente – al patrimonio “lecito” dell'ente, essendo opportunamente circoscritta al ricavato (il profitto) della condotta deviante. Al contrario, dal punto di vista quantitativo, la confisca presenta potenzialità apprensive praticamente infinite, non essendo commisurata secondo i criteri di proporzione validi per la sanzione e non incontrando limiti di valore.

appellandosi alle esigenze antielusive espresse in ambito europeo, ha invece ritenuto di mettere in *non cale*.

E, ancor prima di mettere in comunicazione il “sistema 231” con i principi che lo sorreggono, essa aveva interpretato correttamente quella che potremmo definire “questione identitaria”, assolutamente preliminare nella materia di cui ci si occupa: ossia la possibilità stessa di qualificare la società risultante dalla fusione come soggetto altro rispetto all’incorporata. Possibilità che invece la sentenza della VI^a Sezione ha ritenuto di dover respingere *a priori*, negando *tout court* che la società incorporante possa distinguersi sul piano soggettivo dalla società che con la fusione ha voluto annettere alla propria consistenza giuridica ed economica.

Da qui l’esclusione, in radice, dell’eventualità che la società incorporante sia candidabile per la verifica in concreto della propria estraneità (assenza di partecipazione al reato), e magari anche terzietà (assenza di vantaggi o utilità derivanti da un reato ascrivibile alla responsabilità di un soggetto diverso), rispetto ai reati commessi nell’interesse o vantaggio dell’incorporante, essendo la condizione di alterità presupposto necessario al fine di procedere ad un simile accertamento. E infatti i tre concetti (alterità, terzietà, estraneità) collassano in uno solo (terzietà) e, in virtù dell’assunto che l’ente responsabile dei reati-presupposto in base ai meccanismi ascrivibili di cui agli artt. 5, 6 e 7 d. lgs. 231/2001 e quello poi chiamato a rispondere degli stessi reati in base all’art. 29 d. lgs. 231/2001 siano, tutto sommato, lo stesso soggetto, si liquida una questione di legittimità costituzionale che di “pregio giuridico” si sarebbe potuta rivelare carica.

Come si è visto, l’“evidenza” del fatto che «la ricorrente non possa definirsi soggetto terzo rispetto alla società incorporata» è tratta dalla lettura delle norme del codice civile, alla luce della visione modificativo-evolutiva dei meccanismi di fusione, già in precedenza molto diffusa in letteratura come in giurisprudenza, e dopo la Riforma del diritto societario del 2003²³ divenuta assolutamente prevalente.

²³ La tesi in questione, in origine formulata da E. Simonetto, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1976, 230 ss., ha trovato avallo nella riforma societaria del 2003, che nella nuova formulazione dell’art. 2504-bis Cc ha soppresso il previgente riferimento alle “società estinte” per effetto della fusione, stabilendo inoltre che la fusione – parimenti alla trasformazione – comporta la prosecuzione, da parte della società risultante della fusione o incorporante, di tutti i rapporti, anche processuali, facenti capo alle società partecipanti. Trovano decisiva la modifica del dettato previgente nel senso di avvalorare la tesi evolutivo-modificativa, fra gli altri, F. Guerrera, *Trasformazione, fusione, scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano 2008, 426 ss; M. Salerno, *Articolo 2504-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2003, 457; L.A. Bianchi – M. Di Sarli, *Commento all’art. 2504 bis c.c.*, in *Codice civile commentato*, III, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano 2005, 1900; G. Quatraro, *La fusione e la scissione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Torino 2005, 164; F. Galgano, *Diritto commerciale. Società*, Bologna 2005, 500; A. Riccio, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *ContrImpr* 2006, 581. In questo senso anche la più recente giurisprudenza civile: Cass. S.U. 8.2.2006 n. 2637 in *D&G* 2006 (11), 31, e in *GC* 2007 (I), 2499, con nota critica di Fl. D’Alessandro, *Fusione di società, giudici e dottori*; Cass. S.U. 17.9.2010 n. 19698, in *GC* 2010 (I), 2749.

La mossa ermeneutica della Corte emerge allora in tutta la sua abilità: tenersi lontana dalle sabbie mobili del dibattito intorno alla natura della responsabilità da reato (il passaggio sulla giurisprudenza sovranazionale in materia di illeciti penali/amministrativi a tutela della concorrenza o puramente amministrativi si rivela infatti operato all'esclusivo fine di ricostruire la *ratio* della legge delega), in cui l'art. 29 del d. lgs. 231/2001 sembrerebbe inevitabilmente destinato a rimanere sommerso, per portarsi sul terreno apparentemente solido e privo di rischi della regolazione schiettamente extrapenale. Operazione, questa, peraltro sorretta da una precisa impostazione dogmatica: essa pare infatti affondare le proprie radici in una visione integrata tra i diversi rami dell'ordinamento, in cui la norma penale viene a dipendere dalla regolazione pre-impostata sul piano extrapenale, rispetto alla quale la reazione punitiva – purché sia una norma sempre penale a garantirne la sincronia rispetto alle disposizioni (in questo caso) civilistiche – non ammette sfasamenti, neanche quando la negazione dell'autonomia del diritto penale comporti il sacrificio di un principio come quello personalistico²⁴.

Invero, anche al fondo di questa prospettiva continua ad agitarsi un dubbio: se davvero una così radicale negazione di qualsiasi effetto successorio o estintivo rappresenti una corretta lettura del fenomeno della fusione o se, piuttosto, finisca per snaturarne l'essenza.

E infatti nella visione lucida di alcuni studiosi²⁵ la fusione, pur correttamente inquadrata tra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle società partecipanti²⁶, non si risolverebbe in una mera modifica che lascia sopravvivere le

²⁴ Al contrario, in Cass. Sez. V. 29.1.2016, cit., la Corte di cassazione aveva criticato la soluzione del riesame, per essersi limitato ad applicare «in maniera meccanicistica, una disposizione civilistica agli effetti penali, omettendo di confrontarsi con i principi che, proprio in tema di confisca (e, quindi, di sequestro preventivo ad essa finalizzato) vanno applicati nei confronti del terzo estraneo al reato, titolare di diritti su beni soggetti a confisca».

²⁵ All'interno della letteratura civilistica individuano nella successione universale il carattere qualificante, ancorché non esclusivo, della fusione G.F. Campobasso (a cura di), *Diritto commerciale. Vol. 2: Diritto delle società*, Milano 2013, 655 ss.; G. Presti - M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale. Vol. 2: Le società*, 652 ss., Bologna 2011, 652 ss.; G.B. Portale, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *EuropaDirPriv* 2005, 116 ss. Una diversa tesi (S. Valerio, *Natura giuridica della fusione: fenomeno successorio o modificazione dell'atto costitutivo?*, in *GiurComm* 1996, 470 ss.) tende a individuare nella fusione bensì, un fenomeno successorio, ma a titolo particolare e per atto fra vivi, costituendo l'estinzione dell'incorporata (o delle società partecipanti alla fusione) un effetto della fusione e non un presupposto: questa posizione, tuttavia, finisce per avvicinarsi non poco alla tesi modificativo-evolutiva, in quanto riconosce che l'estinzione coinvolge esclusivamente il profilo giuridico-formale dell'ente sociale, che continuerebbe a vivere sotto il profilo economico nella società risultante dalla fusione. In giurisprudenza, nel senso di riconoscere nella fusione un fenomeno successorio a titolo universale, sul presupposto dell'estinzione della società incorporata, *ex plurimis*, Cass. Civ. Sez. I 19.5.2011 n. 11509, in *GC* 2011, 771.

²⁶ Così C. Santagata, *La fusione tra società*, cit., 93 ss., che nella sua tesi configura la successione universale come effetto di reciproche modificazioni statutarie delle società partecipanti alla fusione. Una cosa è infatti qualificare la delibera di fusione come modificazione dell'atto costitutivo, altra cosa è individuare gli effetti della stessa.

società partecipanti, sia pure in un nuovo assetto organizzativo²⁷. Se a più società, in virtù della programmata compenetrazione, se ne sostituisce una sola, che diviene l'unico centro di imputazione, ciò implica per necessità il venir meno di alcune (nella fusione per incorporazione saranno le società incorporate) o tutte (nella fusione in senso stretto) le società partecipanti come soggetti giuridici autonomi: osservazione, questa, che nella sua ovvietà – e forse proprio per la sua ovvietà – non appare superabile, se non smarrendo il carattere di tipicità di un istituto affatto originale, e dunque non risolvibile né in una semplice modificazione degli assetti organizzativi, né in un trasferimento universale del patrimonio.

La diversa lettura estintivo-constitutiva si trova inoltre perfettamente in linea con la funzione attribuita dalla legge al fenomeno della fusione: un momento in cui le società si aggregano al fine di accrescere dimensioni e competitività sul mercato, dando vita ad una concentrazione giuridica (in misura indubbiamente più significativa di quanto avviene per i gruppi di imprese), prima ancora che economica, che comporta l'estinzione – fatta eccezione per l'incorporante – delle società preesistenti. Non pare perciò azzardato affermare che proprio in virtù della soluzione di continuità determinata dalla fusione, si è resa necessaria una disposizione – l'art. 2504-bis Cc – che invece eliminasse, sul piano dei rapporti giuridici, con i terzi e fra i soci, i riflessi della cesura sul piano soggettivo²⁸. Se dunque, alla luce di queste riflessioni, una piena continuità soggettiva tra il passato e il presente non pare potersi ravvisare neppure a fini civilistici, non si vede come negare che la fusione rappresenti un evento interruttivo sul versante penale²⁹. E che l'ente risultante dalla fusione si distingua da quello (o quelli) altrimenti punibile sembra essere confermato dallo stesso legislatore laddove in più di una disposizione del microcodice di cui al d. lgs.

²⁷R. Quintana, *art. 29*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 824, fa notare come la qualificazione dell'istituto come vicenda estintiva «avrebbe comportato non poche problematiche in relazione alla compatibilità della disciplina delineata per la responsabilità amministrativa degli enti, al principio costituzionale di colpevolezza e alla norma cardine dello stesso sistema normativo ex art. 27 d. lgs. 231/2001, che sancisce per l'ente responsabile un regime di autonomia patrimoniale perfetta.

²⁸ Vale peraltro la pena evidenziare che se è vero che da un lato la *Riforma* del 2003 ha cancellato il riferimento espresso alla vicenda estintiva che interesserebbe l'ente incorporato, dall'altro la terminologia impiegata nella nuova versione dell'art. 2504-bis co. 1 Cc continua a fare richiamare un fenomeno successorio: la società incorporante infatti “assume”, e non semplicemente “conserva” (come invece detta la disposizione in tema di *trasformazione*) i diritti e gli obblighi della incorporata. Valorizza questa indicazione terminologica P. Sfameni, *op. cit.*, 165.

²⁹ E come osserva lucidamente M. Masucci, *Ratio e sistema*, cit., 180, sembrerebbero non esservi controindicazioni a un'asimmetria sanzionatoria così distribuita tra norma extrapenale (che consideri integra l'identità di una società o di un ente, facendone derivare la conservazione di posizioni giuridiche [anche] sfavorevoli) e norma penale (che invece reputi perduta quell'identità al fine di escludere una sanzione), in quanto «il raccordo fra i diversi campi sarebbe comunque conservato, quanto meno sotto forma di «gradualità» delle sanzioni: giacché – mentre sarebbe difficilmente accettabile l'applicazione di «pene», in virtù della pretesa conservazione di un'identità «penalistica», a un soggetto che il diritto extrapenale reputi soppresso o venuto meno – sarebbe del tutto naturale escludere sanzioni di speciale incisività, come quelle penali, benché si consideri ancora esistente il potenziale destinatario ad altri meno incisivi scopi, indicati nella disciplina extrapenale».

231/2001 sottolinea, attraverso l'utilizzo di formule inequivoche, la cesura, a fini sostanziali³⁰ e processuali³¹, tra una responsabilità originaria degli enti che hanno preceduto la fusione e una responsabilità attuale, traslata sull'ente risultante dalla fusione.

4. Usciamo allora dalla prospettiva della Corte – l'orizzonte adesso è la piena autonomia del diritto penale e la necessità di una rivalutazione ai suoi esclusivi fini dei fenomeni già regolati in altri settori dell'ordinamento³² – e proviamo ad affrontare, con altra libertà, quella che sopra è stata indicata come questione "identitaria": per comprendere quando, per gli aspetti d'interesse del diritto penale, si debba ritenere perduta, a seguito di una vicenda modificativa, l'identità del soggetto – i risultati potranno divergere da quelli affermati altrove –, e con essa la pretesa punitiva dell'ordinamento, necessariamente agganciata al soggetto riconducibile ad un determinato fatto.

La risposta sembra dipendere dal coordinamento dei criteri in base ai quali il "sistema 231" individua il soggetto da punire con, da un lato i principi sottesi alla materia penale, dall'altro le esigenze – indubbiamente pressanti, e come tali avvertite anche dalle Corti europee – perseguite dal legislatore in materia di vicende modificative.

In questa prospettiva pare anche possibile una lettura della stessa pronuncia Menarini della Corte di Giustizia sulla normativa italiana in tema di tutela della concorrenza, pronuncia richiamata dalla Corte di cassazione al fine di evidenziare i rischi di «un'applicazione eccessivamente "formalistica" del principio della responsabilità personale nei confronti delle persone giuridiche». L'affermazione della Corte di Giustizia secondo cui modifiche di natura giuridica o organizzativa «non hanno necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti», sembra infatti muovere dal presupposto che il modello adottato all'interno della l. 287/1990, in base al quale è

³⁰ Lo stesso art. 29 d. lgs. 231/2001, più che la permanenza della responsabilità in capo ad un identico soggetto, sembra suggerire una successione nella responsabilità da reato: laddove parla di enti che «erano responsabili» rende infatti esplicito il carattere di diversità tra l'ente chiamato a rispondere e gli enti originariamente punibili. L'idea di un trasferimento di responsabilità tra enti diversi si ripropone all'interno dell'art. 70 co. 1 d. lgs. 231/2001, laddove distingue l'ente nei confronti del quale la sentenza è pronunciata, ossia l'ente risultante dalla fusione, e l'ente che invece nella sentenza viene indicato come originario responsabile. Sul punto si veda M. Masucci, *Ratio e sistema*, cit., 190-191.

³¹ L'art. 42 d. lgs. 231/2001 è infatti chiarissimo nello stabilire che nei casi di trasformazione, fusione o scissione dell'ente originariamente responsabile il procedimento penale prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione.

³² Quando usciamo dalle strettoie della teoria della natura sanzionatoria (o ulteriormente sanzionatoria) del diritto penale, la determinazione dei destinatari, del contenuto, dei limiti di applicabilità del precetto munito di sanzione penale si uniforma alle regole e alle esigenze proprie del diritto penale. Cfr. sul punto T. Padovani, *Diritto penale*, XII, Milano 2012, 3, dove è ben sottolineato come la norma penale, non costituendo una mera «appendice» del precetto, ne comporta la trasformazione in un nuovo precetto che può assumere anche destinatari diversi.

individuato il soggetto da sanzionare per la serie di comportamenti anticoncorrenziali ivi previsti, sia di tipo sostanziale, cioè fondato su criteri di tipo economico (principalmente, le quote di mercato). Per questa ragione, rintracciato il requisito identitario nell'assetto economico dell'impresa, l'applicazione di una sanzione nei confronti di un ente sottoposto a una modifica che tale assetto non abbia intaccato, non solo consentirà di salvaguardare «lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive», ma, al contempo, non andrà in alcun modo a collidere con il principio di personalità della responsabilità.

Si tratta, dunque, di comprendere a quale nozione di ente rinvii il legislatore nel d. lgs. 231/2001 per valutare quando una vicenda modificativa, incidendo sul profilo identitario del soggetto responsabile, imponga di rinunciare alla pena che gli sarebbe stata altrimenti addebitata. In verità, non poche disposizioni del d. lgs. 231/2001, rivolgendosi alle aggregazioni oggettive dell'ente, sembrerebbero replicare il modello economico/sostanziale eletto nella disciplina *antitrust*. Così, in particolare, quando si tratti di definire il perimetro applicativo delle sanzioni di tipo interdittivo, secondo il limite della «specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente» enunciato in via generale all'art. 14 co. 1 e ripreso, seppur in una formulazione diversa, all'art. 69 co. 2 (dove si parla di «attività o strutture oggetto di sanzione»): l'ente, risultato di un'aggregazione ordinata di risorse materiali e ideali, viene idealmente scisso nelle sue diverse componenti (attività o strutture) al fine di colpirne la sola parte che si sia rivelata inidonea a prevenire la commissione di reati³³.

Questo limite oggettivo – espressamente riproposto, seppure con un disallineamento terminologico (viene qui in considerazione il «ramo di attività»)³⁴, all'art. 30 co. 3, per la limitazione degli effetti delle sanzioni interdittive in caso di scissione ed eretto a vero e proprio perno delle disposizioni in materia di *reiterazione* – provvede, come sottolineato dalla stessa Relazione, a impostare in via generale quel meccanismo “compromissorio” tra esigenze di effettività del sistema ed esigenze di garanzia teso a evitare che, con particolare riguardo alle sanzioni interdittive, la regola del passaggio automatico di responsabilità «determini una “dilatazione” di dubbia opportunità della misura punitiva, coinvolgendo aziende “sane” in provvedimenti diretti a colpire aziende “malate”»: dunque, anche nel caso di fusione – dove il vincolo del ramo o dell'attività da cui il reato è occasionato non è espressamente menzionato – le sanzioni interdittive si trasferiranno automaticamente sull'ente risultante nel rispetto del criterio della “continuità nell'attività”, andando perciò a gravare in via esclusiva sulla “specifica attività” da cui il reato è sprigionato.

³³Sul perché della scelta di prevedere all'art. 69 co. 2, una pluralità di parametri – senza che alla stessa possa essere dato particolare significato – si rinvia a M. Masucci, *op. ult. cit.*, 188, nota 24.

³⁴Alla discrepanza terminologica non sembra corrispondere a una differenziazione concettuale, potendo i due termini – “specifica attività” e “ramo di attività” – essere ritenuti equivalenti. Di ciò è data conferma dal fatto che nella *Relazione ministeriale* si assiste a continue sovrapposizioni terminologiche: ad esempio, in sede di commento dell'art. 14 si afferma che le sanzioni interdittive, «per quanto possibile, devono colpire il ramo di attività in cui si è sprigionato l'illecito», laddove nel testo di legge il riferimento era alla specifica attività.

Il legame instaurato in via normativa tra sanzione e ramo di attività (o struttura dell'ente) che fu teatro dell'episodio criminoso ad un primo sguardo sembra suggerire, da un lato, che la soggettività dell'ente sia in verità connessa alle unità funzionali di cui questo si compone e, dall'altro, per conseguenza, che la responsabilità non vada mai, in applicazione di questo trasferimento "settoriale", a gravare in capo ad un soggetto "diverso".

Ma a un livello di analisi più profondo lo scenario muta radicalmente. Anzitutto perché, coerentemente con l'impostazione in cui ci si colloca, la permanenza del profilo identitario delle componenti interessate dalla sanzione andrebbe verificata in concreto, posto che l'organizzazione societaria risultante dalla sinergia dei soggetti coinvolti nella fusione potrebbe aver subito, sul piano economico-sostanziale, profonde mutazioni: sicuramente quando si tratti di fusioni c.d. "orizzontali", tra società o enti che svolgono attività identiche o simili, dove sanzioni quali l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la revoca delle relative autorizzazioni o l'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione rischiano di coinvolgere la nuova struttura organizzativa anche per la parte derivante da società estranee all'episodio criminoso; ma anche nel caso di fusione cd. conglomerale (tra società o enti che svolgono attività diverse e non connesse) e "verticale" (tra società o enti che operano in fasi diverse del medesimo ciclo produttivo), quando alla fusione si accompagni un progetto di riorganizzazione aziendale³⁵.

In secondo luogo perché le sanzioni pecuniarie, pur ricalibrate, al fine della determinazione delle singole "quote", sulla base delle "condizioni economiche e patrimoniali" dell'ente originariamente responsabile (limite che peraltro opera solamente nel caso in cui il giudizio per il reato commesso è instaurato dopo l'avvenuta fusione), non conoscono un'applicazione selettiva, attingendo necessariamente al patrimonio complessivo dell'ente³⁶. E tale effetto di "disseminazione" sull'ente delle conseguenze punitive della commissione dei reati, con conseguente nuova espansione del trattamento punitivo ad unità economiche invece estranee alla commissione di quei reati, sarebbe favorito proprio dal meccanismo sostitutivo della sanzione interdittiva con sanzioni pecuniarie, volto, almeno negli intenti, a mitigare i potenziali effetti eccessivamente rigoristici di un'eventuale espansione delle sanzioni interdittive a rami di "attività" risultanti da

³⁵La riflessione si ripropone in termini affatto simili alle osservazioni già offerte in E. Busson, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova 2002, 201; V. Napoleoni, *Le "vicende modificative"*, cit., 149; R. Razzante – F. Toscano, *responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, Torino 2003, 215; F. Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano 2004, 218; R. Quintana, *op. cit.*, 826 ss., dove peraltro è *apertis verbis* evidenziata la necessità di dirimere il problema che si viene a determinare nel caso in cui l'ente di approdo dell'operazione di fusione sia una figura che non rientra nel novero dei soggetti delineati dall'art. 1 del decreto: in tal caso sussisterebbe infatti un limite tassativo dell'assoggettabilità dell'ente incorporante o risultante dalla fusione alla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti.

³⁶Nell'art. 31 co. 1 si stabilisce che, quando il giudizio per il reato commesso è instaurato dopo l'intervenuta fusione, la commisurazione della sanzione pecuniaria deve tenere conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile.

una commistione fra strutture “devianti” e strutture viceversa estranee al pregresso fatto di reato³⁷. Senza contare che il nuovo ente che presenti una situazione patrimoniale meno florida dell’originario (eventualità rara, in quanto il nuovo ente dovrebbe rappresentare una evoluzione sul piano economico degli originari, ma non impossibile) rischia di essere punito addirittura in misura più grave di quella applicabile ove fosse stato responsabile in prima persona³⁸.

Ma il problema, a ben vedere, alligna ancora più in radice. E infatti, come è stato notato³⁹, la responsabilità da reato delineata nel d. lgs. 231/2001 appare difficilmente conciliabile con l’idea che la colpa si accentri in un ente identificabile sulla scorta di semplici parametri economico-sostanziali. Tutto il sistema della responsabilità degli enti, nelle sue dinamiche imputative, sembra più correttamente riferirsi ad un ente inteso nella sua veste formale, con una denominazione propria e una propria soggettività. Il senso di questa opzione sarebbe da rintracciarsi nella stessa attitudine orientativa del precetto penale che, per esprimersi compiutamente, deve potersi rivolgere a un soggetto predeterminato in base ad una disposizione di legge (nel nostro caso, rinvenibile all’art. 1 d. lgs. 231/2001, dove è contenuto l’elenco dei soggetti destinatari della normativa).

In tale ottica, l’ente viene in rilievo come soggetto giuridicamente autonomo e suscettibile di essere sanzionato penalmente intanto per la capacità di esprimere, attraverso l’adozione di modelli di organizzazione e gestione dotati di efficacia preventiva, un certo atteggiamento (collettivo) nei confronti della legalità. Dunque, il profilo identitario dell’ente sarebbe da rintracciarsi in quella componente “umana”, diretta destinataria del rimprovero per “cattiva organizzazione”, che consente di prendere in esame l’ente in una dimensione unitaria e autonoma tanto dalle sue componenti oggettive quanto dai soggetti qualificati che ne sono esponenti. Ebbene, se questa è l’impostazione privilegiata dal legislatore, non si vede davvero come conciliarla con la nozione di soggettività tendenzialmente invariata nel tempo e immune alle vicende modificative proposta all’art. 29 d. lgs. 231/2001. L’ente

³⁷ È questo infatti l’ultimo – all’interno della complessa strategia di compromesso elaborata dal legislatore, che, come si è visto, in prima battuta si compone di un modello di riferimento “civiltistico” per le sanzioni pecuniarie, combinato al criterio della “continuità nell’attività” per ciò che concerne le sanzioni interdittive – “correttivo” agli effetti eccessivamente “rigoristici” del trasferimento automatico di responsabilità. Agli artt. 31 e 78 d. lgs. 231/2001 è riconosciuta all’ente interessato la facoltà di chiedere la “sostituzione” delle sanzioni interdittive con sanzioni di tipo pecuniario, quante volte le modifiche organizzative conseguite alla fusione (o alla scissione, ma non anche alla trasformazione) siano valse a rimuovere le cause che avevano determinato o reso possibile la commissione del fatto criminoso. Si deve peraltro ricordare che questa possibilità rimane aggiuntiva rispetto all’opzione della riparazione delle conseguenze del reato (art. 17 d. lgs. 231/2001) di cui già beneficiava l’ente originariamente responsabile onde evitare *tout court* l’applicazione della sanzioni più afflittiva. Sul punto si rinvia a V. Napoleoni, *Le vicende modificative*, cit., 292.

³⁸ Si veda G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, IV s., che ivi rintraccia un «difetto di disciplina» da correggere, ad esempio stabilendo che «il parametro economico-patrimoniale, a stregua del quale fissare la “quota” di pena pecuniaria, vada individuato, nei casi di cui all’art. 31, comma 1, in quello più favorevole all’ente che deve in atto sopportare la condanna».

³⁹ M. Masucci, *op. cit.*, 187.

“condannato” (art. 70 co. 1) o che subisce gli effetti della condanna in capo all’ente originario (art. 70 co. 2) – effetti che non si limitano al piano patrimoniale, ma anche reputazionale – non è, o, meglio, non è necessariamente, l’ente responsabile dei reati.

Non quando, ancora limitandoci alla fusione per incorporazione, la società incorporante, già dotata di modelli organizzativi validi, poi estesi alla struttura amministrativa e produttiva in precedenza appartenente alla società responsabile, abbia soppresso quella componente “umana” capace di identificare un coinvolgimento soggettivo dell’ente incorporato nel reato degli intranei. Ma neanche quando l’ente incorporante presentasse al momento della commissione dei reati (e magari persino all’atto della fusione) modelli al pari inidonei alla prevenzione di reati della stessa specie: i reati da cui origina, come necessario presupposto, la responsabilità ²³¹ sarebbero comunque stati commessi nell’ambito di un ente distinto, oltre ad essere riconducibili, si direbbe causalmente, a carenze organizzative riferibili in via esclusiva all’ente originario.

5. Oltre che in stridente contraddizione rispetto alla premessa della sostanziale sovrapposibilità soggettiva tra i due enti, l’argomento della Corte, anch’esso ispirato a stilemi civilistici secondo cui il trasferimento della responsabilità in capo all’incorporante si giustificerebbe alla luce della *due diligence* (termine anglosassone che nient’altro vuole indicare se non l’attività compiuta dai professionisti incaricati dalla società acquirente al fine di indagare i punti di forza e di debolezza della realtà societaria candidata per l’acquisto) che normalmente accompagna la vicenda modificativa e che dovrebbe fondare la consapevolezza dei rischi patrimoniali che la società corre nell’acquisire una società “attinta” da illeciti. Il disorientamento su questo punto è totale.

Anzitutto perché la *due diligence* non sempre può essere attivata dall’ente incorporante a sua tutela: la responsabilità a seguito di fusione, vera e propria “mina vagante” del sistema⁴⁰, è invero suscettibile di colpire soggetti incolpevolmente ignari dei reati commessi nell’ambito dell’incorporata, ben potendo accadere che questi ultimi, al momento della progettazione della fusione, non siano ancora oggetto di accertamento, con la conseguenza che neppure potranno sopperire i normali mezzi conoscitivi offerti dalla comunicazione delle annotazioni nel registro di cui all’art. 335 Cpp (art. 55 co. 2 Cpp) o dalle certificazioni dei carichi pendenti (art. 31 d.P.R. 313/2002)⁴¹.

⁴⁰ V. Napoleoni, *Le “vicende modificative”*, cit., 379.

⁴¹ Questo l’elemento differenziale di spicco rispetto alla situazione prospettata alla Corte di Giustizia nella sentenza 5.3.2015, cit., dove la Corte aveva concluso per l’interpretazione dell’art. 19 della direttiva n. 78/855 nel senso della trasmissione, alla società incorporante, dell’obbligo di pagare l’ammenda inflitta con decisione definitiva successivamente a tale fusione per infrazioni al diritto del lavoro commesse dalla società incorporata precedentemente alla fusione stessa, sul presupposto che: a) il diritto dei creditori (ai sensi dell’art. 13 § 2 direttiva 78/855) ad ottenere adeguate garanzie, eventualmente rivolgendosi all’autorità amministrativa o giurisdizionale competente per conseguirle fosse integro; b) che l’ammenda rientrante nella nozione di “patrimonio passivo” da trasferirsi all’incorporante sia stata fissata con decisione dopo la fusione, essendo già insorto, al tempo della fusione, il procedimento deputato alla verifica dell’eventuale infrazione.

E poi, principalmente, perché la mera consapevolezza (effettiva o presunta) in capo all'incorporante del fatto che la società interessata dalla fusione fosse «attinta da illeciti amministrativi» – quand'anche facilmente acquisibile o sicuramente acquisita in virtù della speciale possibilità di controllo offerta dagli stretti rapporti di gruppo esistenti tra le società – se potrà rilevare come motivo di esclusione di quel necessario rapporto di “terzietà” e “buona fede” penalistica valutabile in materia di confisca, non dovrebbe comunque essere sufficiente ad escluderne *l'estraneità* rispetto alla responsabilità dell'ente originario⁴².

A meno che tale consapevolezza non sussistesse in capo ai soggetti intranei all'incorporante al momento della commissione delle attività illecite e che, unitamente alla volontà di contribuire alla loro realizzazione, non andasse già a integrare gli estremi del dolo di concorso nei reati-presupposto, commessi nell'ambito della società in seguito incorporata anche grazie all'apporto – quantunque descrivibile in termini di concorso solo morale – dei soggetti afferenti alla società incorporante⁴³. Situazione, questa, di cui potrebbe essere indizio sintomatico⁴⁴ la mancata attivazione degli ordinari strumenti⁴⁵ che consentono alle società coinvolte in un'operazione di incorporazione di non dare attuazione alla delibera societaria – così di fatto interrompendo il procedimento di fusione anche in fase avanzata – nel momento in cui vengano raggiunte dalla notizia della presenza di carichi pendenti o sentenze di condanna in capo dell'incorporanda. Resta il fatto che in tal caso l'incorporante verrebbe a rispondere, compatibilmente con i principi generali, di una responsabilità propria, oggettivamente agganciata ad un interesse autonomo e destinata a tradursi, dal punto di vista soggettivo, in una colpa di organizzazione distinta da quella configurabile in capo alla società incorporata.

⁴² Il limite della previa conoscenza è peraltro previsto in via positiva nella materia della cessione di azienda, dove il cessionario di azienda, esente da sanzioni interdittive, sarà destinatario di una sorta di responsabilità solidale per il pagamento delle pene pecuniarie nel solo caso in cui queste ultime risultassero dai libri contabili o il cessionario ne fosse comunque a conoscenza (art. 33 d. lgs. 231/2001). Di questa “clausola disavanguardia”, volta nella materia della cessione di azienda a impostare una paratia nei confronti dell'imprenditore che inconsapevolmente acquisti un'aggregazione funzionale-oggettiva di beni attinta dall'obbligazione di pagamento di una pena pecuniaria, non vi è tuttavia traccia nella disciplina della fusione, scissione o trasformazione, sebbene taluno (M. Masucci, *op. cit.*, 203) ne auspichi l'introduzione o altri già ne tentino un'estensione, in via interpretativa, a tutte le vicende modificative (V. A. Manna, “*Costanti*” e “*variabili*” della responsabilità da reato degli enti nell'era della globalizzazione, in AP 2014, 6-7).

⁴³ Sui problemi recentemente emersi in materia di concorso di persone e responsabilità degli enti il rinvio è a D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in www.archiviopenale.it

⁴⁴ In questo senso si esprime P. Sfameni, *op. cit.*, 168.

⁴⁵ Sul punto, approfonditamente, *ibidem*. E infatti, tra i riflessi civilistici della possibile comunicazione della responsabilità da reato alla società risultante dalla fusione, oltre all'esigenza di tenere conto di questa circostanza nella fissazione del rapporto di cambio tra le azioni o quote delle società partecipanti, rientra anche l'obbligo degli amministratori di interrompere il procedimento, astenendosi dalla stipulazione dell'atto di fusione per sottoporre ai soci un progetto opportunamente modificato o, più in radice, la revoca *tout court* della precedente decisione di fusione. Si veda inoltre V. Napoleoni, *op. ult. cit.*, 312.

Invero, la consapevolezza in ordine al coinvolgimento dell'incorporata in vicende illecite potrebbe rilevare anche su un altro e diverso fronte, allorquando soggetti inseriti nell'organigramma dell'incorporante, nella piena coscienza della provenienza illecita di parte del patrimonio dell'incorporata, utilizzino in varia guisa, ad esempio reinvestendoli nell'attività lecita d'impresa con modalità in concreto idonee a ostacolare l'individuazione della provenienza delittuosa, i proventi illeciti acquisiti in virtù dell'atto di fusione. Tuttavia, anche in questo caso l'incorporante sarebbe attinta da una responsabilità propria, da ascriversi a seguito della ricorrenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dal d. lgs. 231/2001 e dipendente dalla commissione da parte di soggetti qualificati di reati di riciclaggio (o anche autoriciclaggio, qualora sia configurabile un concorso nei reati-fonte).

Ma a nessuna di queste ipotesi si riferiscono, in verità, le conclusioni della Corte. Nella motivazione la responsabilità penale, rapporto giuridico intrasmissibile per eccellenza, è presentata come l'oggetto di un fenomeno traslativo al pari di qualsiasi spostamento patrimoniale che sia attuato in conseguenza di atti di volontà (le deliberazioni e l'atto negoziale rappresentato dalla fusione) dei soggetti partecipanti allo scambio. Il requisito della colpevolezza, quale condizione imprescindibile di una giusta imputazione all'ente della responsabilità per illeciti da reato, normalmente agganciata ad un difetto organizzativo da valutarsi nella sua valenza preventiva e, dunque, rispetto ad un momento in cui il reato poteva essere (e non è stato) impedito, trascolora nella mera adesione postuma all'evento criminoso, di cui sarebbe sintomo l'accettazione del rischio, calcolabile dall'ente, di trovarsi a rispondere dei reati commessi dalla società con cui ha scelto di "mescolarsi".

E allora, alla luce di quanto sinora affermato, il destino dell'incorporante, al contrario di quanto afferma la Corte, appare assimilabile a quello di un erede che, avendo liberamente scelto di accettare l'eredità e, dunque, di confondere il proprio patrimonio con quello del *de cuius*, si trovi poi a rispondere *iure proprio* di tale determinazione anche sul piano penalistico, oltre che, come normalmente accade, *iure hereditatis* delle obbligazioni restitutorie e risarcitorie dei danni derivanti dal reato.

L'assenza di un corpo esanime da dannare⁴⁶ e processare come accadeva negli *iudicia feretrii*, se certo rende il tutto meno brutale, non permette invero di risparmiare dall'accusa di incostituzionalità una normativa che non solo ammette il trapasso, oltre i limiti dell'esistenza commerciale della società, degli effetti penali della sentenza di condanna, ma, nel caso in cui il processo nei confronti del soggetto originariamente responsabile non si sia concluso, o non sia neppure iniziato, pretende di "riesumere", al fine di poter accertare una responsabilità pregressa, il corpo cartaceo di una società che non c'è più e sulla base di tali carte pronunciare una sentenza di condanna.

L'effetto di comunicazione della responsabilità in capo all'ente incorporante si verifica infatti indipendentemente dall'accertamento preventivo della responsabilità in capo all'ente incorporato; in tal caso, tuttavia, l'ente incorporante diviene

⁴⁶Come non richiamare J. C. Coffee, Jr., *No soul to damn; No body to Kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Michigan Law Review* 1981 (3), 386-459.

indagato/imputato in un processo volto a verificare la sussistenza, in capo ad un soggetto diverso e non più esistente, dei presupposti oggettivi (la posizione qualificata rivestita dalle persone fisiche responsabili all'interno dell'ente e la commissione del reato nell'interesse o vantaggio dell'ente in cui queste persone sono inserite) e soggettivi (l'inadeguatezza dei modelli di organizzazione o gestione o l'assenza di una loro effettiva attuazione) necessari a configurare la "responsabilità 231".

Presupposti che, non trasferendosi automaticamente in capo all'ente risultante dalla fusione – il quale, oltre a presentare un'organizzazione⁴⁷ affatto diversa rispetto alla società incorporata e magari idonea a prevenire i reati della stessa specie di quelli posti in essere dall'incorporata stessa, ben potrebbe non condividere l'interesse sottostante al compimento delle attività criminosi o non beneficiare, neppure indirettamente, del vantaggio di cui si sia appropriato l'ente colpevole – dovranno essere ricostruiti *ex post*. La società incorporante, dunque, dovrà fondare la propria difesa su fatti che riguardano un soggetto diverso, offrendo la prova liberatoria⁴⁸ sulla base di elementi che, attenendo allo stesso modo di "essere" del soggetto responsabile, potrebbero aver seguito le sorti del soggetto scomparso. È infatti

⁴⁷ Si può presumere che i modelli organizzativi vadano così incontro ad una completa ristrutturazione e che, in ogni caso, vadano a mutare composizione e funzioni dell'Organismo di controllo interno tenuto a vigilare sull'attuazione del modello e ad aggiornarlo, nonché il sistema disciplinare deputato a sanzionare il mancato rispetto delle misure preventive.

⁴⁸ Confermando un orientamento già affermato in giurisprudenza (Cass. Sez. VI 18.2.2010 n. 27735, in *GD* 2010 (39), 98 e Cass. Sez. V 18.12.201, n. 4677, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2015 [1] 169), Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, in *CP* 2015, 426 ha da ultimo escluso il *vulnus* ai principi costituzionali relativi al principio di eguaglianza e all'esercizio del diritto di difesa (art. 3 e 24 Cost.), affermando che «per quanto riguarda poi il profilo soggettivo dell'illecito, e cioè la "riprovevolezza" della condotta dell'ente, spetta poi sempre all'accusa la prova degli "elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente", che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente (...). Nessuna inversione dell'onere della prova è, pertanto, ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lvo 231/01, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di fornire prova liberatoria». Ma, a ben vedere, il modello è differenziato per le due categorie di soggetti ammessi nel rapporto qualificato con l'ente. Se non vi è dubbio che nel caso di reato commesso da un soggetto sottoposto "all'altrui direzione e vigilanza" (art. 7 d. lgs. 231/2001) gravi sempre sull'accusa l'onere di provare il difettoso funzionamento del modello di organizzazione e/o dell'organismo di controllo, per l'ipotesi in cui il reato sia commesso da un soggetto in posizione apicale l'art. 6 co. 1 accolla all'ente l'onere della prova («l'ente non risponde se prova») di aver adottato efficaci modelli di organizzazione e gestione, idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, e di aver affidato a un organismo dell'ente dotato di poteri autonomi il compito di un'efficiente vigilanza sul funzionamento dei modelli di organizzazione. Perciò, anche se si trattasse di un mero onere di delle fonti di prova (esibizione del modello organizzativo, indicazione dei criteri adottati per renderlo efficace, illustrazione del funzionamento dell'OdV), in ogni caso il rischio della prova mancata, stando alla cristallina disposizione di legge, ricadrebbe sempre sull'ente e non sull'accusa, come normalmente accade, per esempio, quando si tratti di fornire un principio di prova su cause di giustificazione o di non punibilità (cfr. E. Marzaduri, *Commento all'art. 530*, in *Commento Chiavario al nuovo Cpp*, V, Torino 1991, 509 ss. e V. Garofoli – C. Papagno, *L'accertamento della responsabilità*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, Torino 2011, 480). Così G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2015, 763.

evidente che, quand'anche si riuscisse a ricostruire i modelli organizzativi adottati dalla società estinta al momento della commissione dei fatti, risulterebbe assai complesso dimostrare, venuta meno la realtà concreta di riferimento, l'idoneità di quei modelli a prevenire i reati della stessa specie di quelli commessi o la loro efficace attuazione; e tanto più l'esercizio di una corretta vigilanza da parte dell'organismo a ciò deputato, con buona pace dell'esercizio del diritto di difesa⁴⁹.

C'è infine da dire che, ogniquale volta l'ente, nel tempo intercorso tra il fatto di reato e il giudizio, si sia depurato (fondendosi, scindendosi o semplicemente trasformandosi) delle strutture inadeguate alla prevenzione dei reati e dei soggetti che li avevano perpetrati, esso avrà perso anche quell'eredità esperienziale – una sorta di distillato collettivo della “memoria” della persona fisica – necessaria affinché una sanzione, che si fa descrivere come penale, possa esplicare la sua ineliminabile funzione special-preventiva⁵⁰.

5. Con ciò non si vuole dire che una visione autenticamente garantistico-formale, ispirata al principio di personalità della responsabilità penale, avrebbe dovuto condurre all'assimilazione del fenomeno della fusione alla morte della persona fisica e, dunque, ad una indefettibile rinuncia alla pena. Il rischio che una fusione *post factum* o *post sententiam* possa essere intentata al solo fine di liberarsi dalla sanzione penale è infatti concreto e deve giustamente destare la massima preoccupazione.

Tuttavia, negare che le vicende modificative dell'ente in generale, e la fusione per incorporazione in particolare, possano nascondere, ogni volta in cui l'incorporante sia attinta da una responsabilità penale, un significato commerciale che non si riduca al mero tentativo di sottrarsi all'irrogazione della sanzione, è confondere il mezzo (l'operazione di fusione, potenzialmente scevra da qualsiasi intento elusivo o fraudolento) con il fine (l'elusione).

E, soprattutto, è cedere alla vana illusione che, una volta impostato un sistema di responsabilità oggettiva in cui al soggetto imputato non è mai dato provare la propria innocenza, sia possibile ristabilire il giusto equilibrio tra esigenze di effettività della pena ed esigenze di garanzia attraverso “aggiustamenti” sul piano sanzionatorio⁵¹. L'impressione è infatti che i correttivi introdotti dal legislatore al fine

⁴⁹ Sullo stato di arretratezza in punto di rispetto delle garanzie che dovrebbero informare, analogamente a quanto previsto per la persona fisica, il processo nei confronti dell'ente si veda, per i singoli profili e in generale sul diritto di difesa, G. Velani, *Diritto dell'ente alla difesa tecnica, incompatibilità dell'organo di rappresentanza, costituzione nel procedimento e informazione di garanzia: luci e ombre dalle Sezioni Unite*, in questa Rivista; G. Varraso, *Il “compromesso” delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente “incolpato” nel procedimento de societate*, in CP 2016, 79; F. Nicolichia, *Corporate internal investigation e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”*, in RTrimDPenEc 2014, 781 ss.; P. Corso, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex d.lsg. 231/2001*, in Studi in onore di M. Pisani, vol. I, Piacenza 2010.

⁵⁰ A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 248.

⁵¹ La strategia di “compromesso” studiata dal legislatore si snoda, come indicato nella stessa *Relazione governativa*, lungo tre linee direttrici. In primo luogo, la sorte delle sanzioni pecuniarie è stata accomunata a quella della generalità degli altri debiti dell'ente originario. Quanto, invece, alle

di temperare – attraverso la possibilità di conversione della pena interdittiva in pecuniaria – l'automatismo costruito all'art. 29 d. lgs. 231/2001, piuttosto che fondare un equo compromesso tra le due istanze evidenziate, conducano al sacrificio delle une e delle altre (se non a veri e propri effetti criminogeni), consentendo a enti già attinti da sanzioni interdittive, che non abbiano voluto accedere al beneficio dell'art. 17 d. lgs. 231/2001, di sfruttare le operazioni di fusione al fine di “monetizzare” una responsabilità che, altrimenti, avrebbe condotto a esiti – l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la revoca delle autorizzazioni o l'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione – ben più nefasti e potenzialmente idonei a compromettere la permanenza dell'ente sul mercato.

Sarebbe allora stato forse opportuno tradurre le preoccupazioni ingenerate dal facile accesso a meccanismi di aggiramento della norma penale in una previsione che, ammettendo la prova del meccanismo elusivo nel processo (di cui potrebbe essere indice la consapevolezza, da parte dei vertici dell'incorporante, dei reati commessi nell'ambito dell'incorporanda, oppure l'assenza di valide ragioni economiche che, alla luce di una perizia commercialistica, giustifichino il meccanismo di fusione; o che, ancora, potrebbe emergere, più direttamente dalla presenza di un accordo tra i vertici degli enti), con l'esclusione dei casi di responsabilità concorsuale, ne facesse conseguire, per pura ipotesi: a) la piena irrogazione delle conseguenze sanzionatorie previste dall'integrazione della responsabilità 231, quando tra gli enti partecipanti alla fusione non possa essere individuata alcuna discontinuità sul piano soggettivo (ad esempio perché l'incorporante è la classica scatola vuota, creata *ad hoc* per la fusione); b) l'applicazione di sanzioni (magari identiche a quelle gravanti sull'ente originariamente responsabile) che siano conseguenza di una responsabilità autonoma dell'ente incorporante, nel caso in cui sia dimostrato che la fusione è il risultato di un disegno criminoso diretto a sottrarre l'ente originariamente responsabile alla giustizia: ci si riporterebbe, in questo caso, al modello ascrivito predisposto in via generale dal d. lgs. 231/2001, dove è richiesto un interesse o vantaggio dell'incorporante e la presenza di inadeguatezze organizzative inidonee ad

sanzioni di natura interdittiva, in sintonia con il relativo limite oggettivo d'incidenza, enunciato in termini generali dall'art. 14 d. lgs. 231/2001, se ne è mantenuto il collegamento con il “ramo di attività” nell'ambito del quale il reato è stato commesso: dette sanzioni graveranno, cioè, in via esclusiva sull'ente al quale, dopo l'operazione di “riassetto”, viene o continua a far capo la struttura operativa entro la quale si è consumato l'illecito penale. Da ultimo, come “correttivo” agli effetti eccessivamente “rigoristici” cui quest'ultimo criterio potrebbe comunque dar luogo, si è riconosciuta all'ente interessato – in aggiunta all'opzione della riparazione delle conseguenze del reato di cui già beneficiava l'ente originariamente responsabile onde evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive – la facoltà di chiedere la loro “sostituzione” con sanzioni di tipo pecuniario, quante volte le modifiche organizzative conseguite alla fusione o alla scissione (non anche alla trasformazione) siano valse a rimuovere le cause che avevano determinato o reso possibile la commissione del fatto criminoso. In una parola, dunque, stando ai *dicta* degli artefici delle norme, un modello di riferimento “civilistico” per le sanzioni pecuniarie, combinato al criterio della “continuità nell'attività” – col temperamento dell'accennata facoltà di sostituzione – rispetto alle sanzioni interdittive.

evitare che le strutture dell'ente stesso siano sfruttate al fine di aiutare taluno (l'incorporata) a eludere i meccanismi e le decisioni dell'autorità⁵².

6. Da ultimo, non si può negare che il particolare assetto in cui si è mossa la vicenda concreta (un'operazione di fusione per incorporazione tra due società controllate pianificata dalla *holding*) complichino notevolmente il profilo elusivo⁵³. Ci troviamo infatti nella tipica situazione in cui le attività di ciascuna delle società appartenenti al gruppo costituiscono espressione di una comune politica d'impresa, generalmente pianificata dalla *holding* in un'ottica di diversificazione dei rischi⁵⁴. Benché il tema dei rapporti di "gruppo" nella vicenda processuale in esame affiori in capo all'incorporante solo in veste strumentale alla ricostruzione della *due diligence*, cioè della possibilità di controllo sulla situazione giuridica dell'incorporata, è bene chiarire che, quand'anche fosse emerso in modo autonomo – come fonte di una responsabilità comune alle società aggregate – le argomentazioni sin qui svolte sarebbero rimaste valide, se è vero – come sostiene una parte consistente della dottrina⁵⁵ e una certa giurisprudenza di legittimità – che a tutt'oggi l'esistenza di un gruppo non annulla l'autonomia gestionale delle società partecipanti, con la conseguenza che la politica di prevenzione del rischio-reato non potrà che gravare, anche all'interno del gruppo, su ciascuna società che lo forma.

Resiste infatti l'affermazione secondo cui, in mancanza di una norma che ricostruisca sul piano giuridico-penale quella unità economica cui dà vita – attraverso il noto sistema di assunzione di partecipazioni – l'assoggettamento delle società controllate alla direzione di una *holding*, il gruppo non potrà essere assimilato né a una persona giuridica, né ad un ente dotato di autonoma soggettività, capace di sovrapporsi alle singole entità societarie che lo compongono⁵⁶. E infatti nessuno più

⁵²A fini meramente descrittivi, è possibile osservare come in casi simili la condotta dei vertici o di chi con loro concorra seguirebbe uno schema in tutto analogo al comportamento che, in via astratta, integra il reato di favoreggiamento personale o procurata inosservanza di pena, con la sostanziale differenza che beneficiario delle condotte di favoreggiamento sarebbe in questo caso un ente e non, come nelle tradizionali ipotesi sanzionate dal nostro codice penale, una persona fisica. Si potrebbe per tale via persino accedere all'elaborazione di un modello di organizzazione e gestione finalizzato a prevenire il rischio di fusione con enti implicati in vicende criminose.

⁵³Lo sottolinea in particolar modo E. Busson, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova 2002, 192 ss.

⁵⁴Sulla nozione di "gruppo" e di "controllo" sembra ancora possibile affidarsi alle pagine di G. Ferri, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Scritti giuridici*, Napoli 1990, III, 2, 1338, dove il controllo, e cioè la posizione di potere nell'ambito delle singole organizzazioni che esso esprime propriamente, è descritto come il momento strumentale, mentre il gruppo, e cioè il rapporto che ne consegue fra le organizzazioni stesse, come il momento finale.

⁵⁵In questo senso, tra gli altri, E. Amodio, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *RIDPP* 2007, 1289; G. De Vero, *op. cit.*, 177.

⁵⁶Né l'interprete appare autorizzato «a introdurre una sua nozione di gruppo e, parallelamente, di interesse di gruppo in difetto di una previsione legislativa espressamente richiamata e definita dalla norma penale»: così A. Alessandri, *Diritto penale*, cit., 238. Conviene con l'esclusione del "gruppo" dal novero dei destinatari del decreto, P. Bastia, *Implicazioni organizzative e gestionali della*

dubita che la nozione di gruppo – non più significativa, ai fini della responsabilità 231, di quelle di “macro-soggetto” o super-ente” – rimanga estranea alle categorie di destinatari della disciplina elencate all’art. 1 del d. lgs. 231/2001, compresa quella degli enti «privi di personalità giuridica»⁵⁷.

Né la nozione di interesse di gruppo elaborata da dottrina e giurisprudenza al fine di giustificare quel meccanismo compensativo recepito dagli artt. 2497 e 2634 Cc appare di qualche utilità nella materia di cui ci si occupa. Brevemente: nella materia degli illeciti societari l’interesse di gruppo diventa anche interesse di ognuno dei soggetti che compongono l’aggregato, poiché il suo conseguimento consente di raggiungere nella maniera più efficiente lo scopo economico collettivo. Questa lettura consente di legittimare gli atti destinati a riverberarsi negativamente nell’autonoma sfera giuridica della singola componente ogni qual volta essi si rivelino in realtà strumento per realizzare mediamente, attraverso l’azione integrata del gruppo, l’interesse proprio dello stesso soggetto.

Ricostruire una nozione di “interesse di gruppo” – formula di per sé assai sfuggente e contenutisticamente vuota, ai fini del d. lgs. 231/2001 – potrebbe invece avere senso al solo fine di escludere la ricorrenza di quello che a tutt’oggi rimane l’unico limite negativo generale della responsabilità, ossia l’aver agito la persona fisica nell’interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5 co. 2 d. lgs. 231/2001). Serve cioè a verificare che l’interesse non descrivibile come esclusivo dell’ente imputato sia almeno un interesse c.d. “misto”, ossia un interesse che, invece di rimanere confinato al solo ente direttamente attinto dalla vicenda criminosa, in virtù della dinamica di gruppo viene ad attuarsi unitariamente, tramite la consumazione del reato, in capo agli enti non direttamente coinvolti nella vicenda criminosa⁵⁸. Su tale interesse, rilevante a questo unico fine, non potrebbe tuttavia essere caricata la funzione di restringere il campo della punibilità (l’individuazione di un interesse c.d. di gruppo automaticamente esclude la presenza di un “interesse esclusivo di terzi”), né quella di espandere la responsabilità a tutte le società facenti parte dell’aggregazione, operazione cui invece non è estraneo un certo filone della giurisprudenza, nel quale senz’altro può essere inscritta la sentenza che si commenta⁵⁹. Limite e misura del coinvolgimento della controllante e delle altre società del gruppo rimane, infatti, il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica, che implica sempre la sussistenza di un rapporto qualificato tra l’agente e l’ente. Un argine, questo, indubbiamente debole, ma che non pare oltrepassabile fino a quando non si riescano

responsabilità amministrativa delle società, in Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi, a cura di F. Palazzo, Padova 2003.

⁵⁷ Si veda E. Scaroina, *op. cit.*, 217 ss. Per questa via, si sarebbe giunti alla configurazione di una responsabilità diretta del gruppo, quale unico soggetto di diritto, giustapposto alle singole entità societarie delle controllanti e controllate. Reputa “preoccupante” qualsiasi richiamo alla responsabilità del gruppo A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *RTrimDPenEc* 2002, 47. Sul punto anche G. De Vero, *op. cit.*, 125.

⁵⁸ Sul punto, approfonditamente, L. Pistorelli, *Parametri oggettivi d’imputazione all’ente della responsabilità per il reato di agguataggio*, in *RAmmSocEnti* 2007, 157 ss.

⁵⁹ V. Cass. 29.1.2013 n. 4324, in www.rivista231.it, con commento di M. Moretti e P. Silvestri *Gruppi d’impresa e responsabilità ex d.lgs. 231/2001*, 2013 (3), 213.

a ricostruire, nel caso concreto, eventuali figure di amministrazione di fatto⁶⁰; e comunque abbastanza robusto da non poter essere ulteriormente indebolito mediante il ricorso «a categorie di consueto utilizzo nella pratica penale», come quella dell'omesso impedimento della condotta altrui⁶¹. Poiché a tutt'oggi la legge non consente di addossare in capo alla *holding* e, tantomeno, in capo alle società collegate, il rischio penale delle mende organizzative delle altre società del gruppo⁶², queste potranno rispondere per il reato commesso nell'ambito dell'attività di un'altra società collegata (o controllata), solo nel caso in cui si verifichi che: a) alla consumazione del reato abbia concorso una persona fisica inserita nell'organigramma delle altre società del gruppo, perseguendo un interesse che, per quanto condiviso, sia proprio anche di queste ultime⁶³; b) fermo il requisito

⁶⁰L'art. 5 d. lgs. 231/2001, nel definire i soggetti di vertice – ovvero coloro che «rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale» – include nella stessa qualifica «coloro che esercitano, anche di fatto, le gestione e il controllo», attribuendo loro la capacità di far sorgere la responsabilità dell'ente. È doveroso peraltro ricordare che tale previsione, pur rivestendo, nell'intenzione del legislatore, la funzione di ricomprendere nella categoria dei soggetti di vertice, quali autori di un reato-presupposto nell'interesse e a vantaggio dell'ente, i c.d. amministratori di fatto (ossia quei soggetti che, pur non essendo formalmente investiti di qualifiche, svolgono, anche dall'esterno, funzioni direttive e amministrative), è stata interpretata estensivamente, così da far trasmigrare in via diretta e immediata, la responsabilità individuata in capo a una controllata sulla capogruppo che esercita, appunto, il controllo.

⁶¹ Si confronti sul punto F. Sgubbi, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001*, in www.rivista231.it 2006 (1), 7. Infatti una presunzione di omessa vigilanza della *holding* al realizzarsi di un reato nell'ambito della controllata «avrebbe ragion d'essere solo se nel sistema di prevenzione del rischio d'impresa fosse configurabile un dovere di controllo della controllante al fine di impedire i fatti criminosi di tutto il gruppo»; il che, tuttavia, non accade. Cfr. E. Amodio, *Rischio penale*, cit., 1292.

⁶² Cfr. Cass. sez. VI 21.1.2014 n. 2658, in *CEDCass* n. 257791, nell'ambito della nota vicenda della società *Ilva*, dove, in difetto di una esplicita individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità, la Corte ha annullato il provvedimento di sequestro di beni che aveva colpito il patrimonio di diverse società collegate. In tale occasione la Cassazione ha potuto puntualizzare che non è possibile desumere la responsabilità amministrativa sulla base della mera esistenza di una relazione di controllo o di collegamento societario, nell'assenza invece di un preciso coinvolgimento della capogruppo o di altre società del gruppo nella consumazione dei reati-presupposti.

⁶³In questo senso si era espressa Cass. sez. V. 18.1.2010: «La società capogruppo [e le altre società facenti parte di un gruppo] possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata, purché nella consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della capogruppo [o delle altre società controllate], perseguendo anche l'interesse di queste ultime», accolta con favore da F. D'Arcangelo, *La responsabilità ex crimine della holding per i reati commessi nella gestione delle controllate*, in *Le società* 2011, 1319 ss.; T. Epidendio, *Responsabilità degli enti e gruppi societari*, in *CP* 2011, 4237 s.; C. Santoriello, *La responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate*, in *GI* 2012, 684 ss. Come segnala L. Pistorelli, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in www.rivista231.it 2006, 15, la valvola del concorso di persone deve tuttavia essere maneggiata con attenzione, essendo concreto il rischio che, attraverso una sua «artificiosa gestione» «i vertici apicali della controllante vengano ritenuti responsabili di quello commesso nell'ambito della gestione della controllata in quanto ritenuti destinatari di una posizione di garanzia in grado di attribuire rilevanza all'eventuale omessa vigilanza sull'operato di quest'ultima». V. da ultimo G. Amato, *L'attribuzione*

dell'interesse, il soggetto che ha commesso il reato nell'ambito della società in via primaria individuata come responsabile sia persona che, all'interno dell'ulteriore società, «esercita funzioni di gestione e controllo, anche di fatto», come vuole l'art. 5 comma 1 lett. b⁶⁴. Per una responsabilità originaria, dunque, e non derivata dalla successiva fusione dei patrimoni per mezzo di un'operazione di incorporazione: il problema di una responsabilità diretta dell'ente per le sue "cointeressenze" rispetto a responsabilità ravvisabili in capo ad altri (persone fisiche o enti diversi) così «diventa non tanto giuridico, quanto fattuale, cioè di accertamento della effettiva sussistenza di dette cointeressenze, da valutare alla luce delle norme del decreto legislativo e non rispetto a quelle civilistiche (o di altra natura) stabilite per altri scopi e ad altri effetti».

Il particolare assetto societario in cui si è mossa la vicenda concreta, non scalfendo l'autonomia della singola persona giuridica, non sposta dunque i termini della questione e non legittima indebite trasmissioni di responsabilità tra entità giuridiche che, a prescindere dai rapporti economici che le avvincono, rimangono distinte; e il dubbio, inevitabile, che tanto i reati commessi nell'ambito dell'incorporata quanto la successiva operazione di incorporazione fossero parte di un progetto "criminale" coordinato dall'alto, si esaurirà in una nota di disappunto in ordine all'assenza di una qualsiasi considerazione, ai fini della nostra responsabilità da reato, delle particolari interconnessioni rintracciabili nell'assetto dei gruppi societari⁶⁵, «forma giuridica propria della impresa medio-grande del nostro tempo»⁶⁶.

della responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese, in *RespAmmSocEnti* 2015, 163 ss., il quale sottolinea come «nessun ausilio potrebbe derivare, per fondare una pretesa posizione di garanzia imponente un dovere di intervento, dal disposto dell'art. 2497 Cc, che è essenzialmente norma di garanzia economica per i soci delle controllate, ma non attiene a profili di organizzazione della società, a maggior ragione con riguardo ai rapporti esterni tra le diverse società del gruppo».

⁶⁴ L'accertamento è in qualche misura semplificato quando nella stessa persona dell'agente convergano più qualifiche (ruoli apicali o comunque direttivi) nelle diverse società coinvolte. Si tratta, esemplificando, del caso venuto in esame in Cass. Sez. V 29.1.2013, cit., laddove l'autore del reato presupposto risultava essere il direttore finanziario della società capogruppo ma anche amministratore dell'altra società in nome e per conto della quale era stata commessa la condotta incriminata, i cui effetti positivi in termini di interesse e vantaggio si erano riverberati anche nei confronti della prima, così chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo.

⁶⁵ In tal senso anche G. De Vero, *op. cit.*, 177.

⁶⁶ L'espressione è di F. Galgano, *I gruppi di società*, Torino 2001, 1. Ma sul ruolo fondamentale che il gruppo societario riveste nella nostra economia d'impresa e che, di conseguenza, dovrebbe rivestire all'interno del nostro diritto penale dell'economia, si veda, in generale, C. Pedrazzi, in *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali, Diritto penale societario*, III, Milano 2003. Non appare allora soddisfacente l'opzione "low profile" – come da sola si definisce – della *Proposta di Riforma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, pubblicata dall'Associazione dei componenti degli organismi di vigilanza il 9 marzo 2016 (reperibile anche su www.penalecontemporaneo.it, 11.3.2016), dove ci si limita a dire che: «quanto ai gruppi di imprese – altra *vexata quaestio* – il nuovo testo, all'art. 6 co. 3, prende atto che il fenomeno, come tale, non è definito dall'ordinamento giuridico, mentre alcune disposizioni civilistiche (artt. 2497 - 2497-decies Cc) regolano l'attività di direzione e coordinamento di società. Attraverso il richiamo espresso a tutte le disposizioni dell'art. 6, si è ritenuto di enfatizzare la necessità di adottare un modello di organizzazione, gestione controllo ad hoc in ogni società appartenente al gruppo, dotandola di un O.d.V. indipendente».

7. La sentenza della Corte di cassazione, nella sua difesa dell'esistente – che culmina nella deduzione del *plenum ius* per “naturalizzazione” (il fatto che «in circa tre lustri, il legislatore abbia sempre confermato la disciplina contenuta negli artt. 28 e ss.») per argomentare la validità della disciplina in tema di vicende modificative – restituisce infatti una precisa immagine di ciò che a tutt'oggi è la “nostra” responsabilità da reato: l'ombra di un progetto, dal principio (e nel principio del suo nome)⁶⁷ incompiuto.

Perché, per quanto frequentata, non si può ancora una volta prescindere dalla constatazione che alla base di una siffatta soluzione della Suprema Corte si trovi il *deficit* identitario del d. lgs. 231/2001, il quale, a ben vedere, emerge in tutta la sua gravità – come la sentenza presa ad esame mette bene in luce – proprio nel momento in cui il profilo del mal congegnato ibridismo della “responsabilità amministrativa da reato degli enti” incontra le lacune (è il caso dei gruppi di società) e le incertezze che affliggono l'individuazione di coloro che ne sono destinatari⁶⁸.

Fino a che la connessione tra responsabilità penale ed ente destinatario della relativa sanzione rimane chiara, infatti, le frizioni con i principi garantistici della

⁶⁷ L'espressione vuole evocare lo scritto di T. Padovani, *Il nome dei principi, il principio dei nomi: la responsabilità «amministrativa» delle persone giuridiche*, in *La responsabilità da reato degli enti: un nuovo modello di “giustizia punitiva”*, a cura di G. De Francesco, Torino 2004, 13 ss.

⁶⁸ Ciò è reso lampante dal confronto con il sistema degli enti francese, dove la responsabilità della *personne morale* è indubbiamente penale («*Les personnes morales (...) sont responsables pénalement*»): a norma dell'art. 121-2 c.p., infatti, l'ente è considerato responsabile del reato che è stato materialmente commesso dalla persona fisica, e la sua responsabilità si cumula con quella dell'organo o del rappresentante che ha agito per suo conto. Ebbene, esigenze di sicurezza (l'avvertito bisogno di un criterio chiaro e preciso, come tale idoneo a scongiurare il rischio di ambiguità e incertezze nell'applicazione della responsabilità) avrebbero condotto il legislatore a limitare il novero dei soggetti suscettibili di essere attinti da sanzione penale sulla base del criterio della soggettività giuridica. Tutta la disciplina segue coerentemente questa impostazione di fondo. Cosicché, ad esempio, i reati eventualmente commessi durante il periodo di formazione dell'ente saranno imputabili solo all'agente-persona fisica perché l'ente, fino al momento della sua immatricolazione, non può essere punito (fatta eccezione per il caso in cui l'ente commetta nuove infrazioni dopo l'adempimento formale dell'iscrizione al registro del commercio e delle società). Inoltre, per quel che qui più interessa, in Francia la modifica intervenuta nel corso del procedimento impedisce la condanna tanto della *personne morale* originaria, che cessa di esistere giuridicamente, quanto di quella risultante, rimasta estranea alla commissione del reato. In particolare, la c.d. “dissoluzione senza liquidazione” cui danno luogo le operazioni di fusione (e scissione), sono equiparate dalla Cassazione (*ex multis* v. *Cour de Cassation, Chambre criminelle* 20.6.2000 n. 99-86742, in www.legifrance.gouv.fr) alla “*mort du prévenu*” che colpisce le persone fisiche (e che, ai sensi dell'art. 6 *Code de procédure pénale*, integra una delle condizioni che impediscono l'esercizio dell'azione penale da parte dell'accusa pubblica). Anche la proposta di chi (L. Gamet, *Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés*, in *JCP* 2001) suggerisce l'introduzione di una norma speciale che – in deroga al principio di personalità della responsabilità, in quell'ordinamento pacificamente esteso alle persone giuridiche – consenta di trasferire la responsabilità in capo all'ente beneficiante o risultante dall'operazione è incardinata sulla dimostrazione della piena continuità aziendale tra i due enti, nonché della totale omogeneità di struttura e soggetti implicati nelle vicende criminali.

materia penale ravvisabili in più passaggi del d. lgs. 231/2001⁶⁹, per quanto insidiose possano apparire, non arrivano mai a intaccare il livello assolutamente minimale del principio di personalità della responsabilità, in quanto divieto di responsabilità per fatto altrui.

Inoltre, nei casi in cui risulti assodata la relazione minima tra il reato da cui la responsabilità 231 promana e l'ente chiamato a risponderne, l'indeterminatezza della natura della responsabilità da reato e il dubbio da essa derivante circa la giustiziabilità dei principi costituzionali che da essa deriva – che pure continua a influenzare una ragguardevole parte della giurisprudenza – potrebbe essere davvero un falso problema se solo considerassimo che – e qui torniamo alla nostra premessa –, anche collocandoci negli schemi propri del c.d. diritto amministrativo punitivo (ma chi scrive è persuasa di avere a che fare con un sistema costruito per essere autenticamente penale⁷⁰), i principi penalistici imporrebbero per ragioni di pura garanzia discendenti dallo stesso contenuto delle sanzioni ivi previste, come suggeriscono le fonti europee⁷¹. indiscutibilmente

Non solo. Proviamo ad ammettere che sia ancora valida l'impostazione tradizionale secondo cui il diritto amministrativo – difettando di una copertura costituzionale⁷² – sarebbe aperto a una certa "flessibilità" dei principi evocati a livello di legge ordinaria, contenuto e funzione dei principi permettendo: ebbene, anche in tale caso, quel limite che non opera per il legislatore del futuro continuerebbe a vincolare l'interprete. Egli sarebbe comunque chiamato ad attenersi,

⁶⁹Si pensi all'introduzione surrettizia di *fattispecie* aperte che, trasformando il catalogo tassativo dei reati-presupposto in una serie indefinita di reati-antecedente, impattano con il principio di legalità rinforzata sancito all'art. 2 d. lgs. 231/2001 o alla clausola dell'elusione fraudolenta nel caso di reati commessi dall'apicale, che rischia di portare allo scivolamento dell'imputazione per i reati dei vertici verso autentiche forme di responsabilità oggettiva (*ex multis*, A. Bernasconi, *sub. art. 6*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi e C. Fiorio, Padova 2008, 150)

⁷⁰A che scopo, altrimenti, l'ideazione di un meccanismo di imputazione di tipo soggettivo, teso a coinvolgere l'ente nella vicenda criminosa? E la previsione di un arsenale sanzionatorio complesso, cui non sono estranei profili retributivi e accompagnato da meccanismi premiali ispirati da una funzione *lato sensu* rieducativa dell'ente, per la cui applicazione è competente il giudice penale secondo le regole del codice di procedura penale, in quanto non derogate? Mi pare che, a valle del copioso dibattito sulla natura della responsabilità da reato, questi rimangano argomenti non superabili.

⁷¹Da costante giurisprudenza della Corte europea (dalla pronuncia "Engel e altri c. Paesi Bassi", 8 giugno 1976, fino a "Grande Stevens e altri c. Italia") l'individuazione della sussistenza di una «accusa in materia penale» è affidata alla ricorrenza, in via alternativa, dei criteri della qualificazione giuridica della misura, della natura della misura; della natura e il grado di severità della «sanzione». C'è però da dire che, in verità, la ragione sostanzialistica che guida la produzione giurisprudenziale europea sviluppatasi con riguardo alla riconduzione di una determinata figura normativa nella *matière pénale* si trova fondamentalmente nel "grado di severità" dell'impianto sanzionatorio.

⁷²La stessa Corte costituzionale ha avuto più volte occasione di ribadire la non estensibilità dei principi costituzionali di stampo penalistico al diritto sanzionatorio amministrativo. Sul punto, G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *RIDPP* 2006, 160 ss. e G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.10.2012, 5. In chiave critica, richiamato anche dagli autori sopra citati, R. Bartoli, *Sanzioni punitive e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *DPP* 2005, 1096 ss.

nell'interpretazione e applicazione delle sanzioni, a quei "principi generali" contenuti alla Sezione I del Capo I su cui il d. lgs. 231/2001 si erige: legalità e irretroattività *in primis*⁷³, ma *anche* responsabilità per fatto proprio. La lettura dell'art. 2 non lascia dubbi sul punto: «l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto».

Non lascia dubbi, soprattutto, se confrontato con l'art. 3 del d. lgs. 472/1997 («Nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione») come a tutt'oggi risultante dal suo necessario coordinamento con l'art. 7 co. 1 d.l. 30.9.2003, convertito in l. 24.11.2003 n. 326 («Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica»), dove il principio di responsabilità per fatto proprio è espressamente rinunciato. Nell'impianto amministrativo tributario, pur non estraneo a finalità punitive, il *regime* di subentro automatico negli obblighi delle società trasformate o fuse sancito all'art. 15 del d. lgs. 472/1997, si inserisce dunque in un complesso normativo in cui la responsabilità dell'ente appare –coerentemente, per quanto in modo criticabile⁷⁴– già in via generale sganciata dal principio di responsabilità per fatto proprio ed affidata a disposizioni che attribuiscono la sanzione al contribuente (appunto, l'ente, soggetto passivo della pretesa tributaria), senza passare dalla persona fisica che ha materialmente commesso la violazione (e, cosa non da poco, senza impostare precisi criteri che, come invece accade per la responsabilità da reato, consentano di imputare all'ente l'illecito tributario).

Eppure i presidi che un'attenta lettura del d. lgs. 231/2001 consentirebbe di innalzare affinché una società diversa da quella originariamente responsabile, a prescindere dalla verifica in concreto dell'assenza di una *immutatio personae*, non sia chiamata a rispondere in luogo di quest'ultima, valgono ben poco laddove a mancare è il punto d'appoggio: il concetto di *ente* che si vorrebbe portare a godere delle stesse tutele della persona fisica.

Così, a tutt'oggi, l'imprevedibile mossa della Corte – saltare il passaggio dai principi della materia e ricostruire una figura di ente immutabile nel tempo, cui attribuire *in perpetuum* i peccati di un altro ente, anche qualora di questo sopravviva la sola componente economico-patrimoniale – appare perfettamente legittima

⁷³ Cfr. S. Vinciguerra, *Quale specie di illecito?*, in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (D.lgs. 231/2001), a cura di S. Vinciguerra, M. Ceresa Gastaldo e A. Rossi, Padova 2004, 191.

⁷⁴ Per una critica di un sistema siffatto, dove la scelta di abdicare dal principio di personalità della responsabilità conduce alla deresponsabilizzazione degli autori della violazione, si rinvia a F. Gallo, *Impresa e responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in AA.VV., *La responsabilità d'impresa. Convegno per i trent'anni di giurisprudenza commerciale* (Bologna, 8-9 ottobre 2004). *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano 2006, 281 ss.; L. Murciano, *La «nuova» responsabilità amministrativa tributaria delle società e degli enti dotati di personalità giuridica: l'art. 7 del d.l. n. 269/2003*, in *RivDirTrib* 2004, 657 ss.; G. Marongiu, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, *ivi*, 404 ss.).

all'interno di una normativa che non si premura di chiarire il parametro identificativo dei soggetti cui si rivolge e, soprattutto, di coordinarlo con i criteri di rimproverabilità soggettiva posti a fondamento del sistema. *Mutatis mutandis*, il chiarimento che qui si invoca è lo stesso che dovrebbe condurre a precisare – ricalibrandola o escludendola – la responsabilità delle società di piccole e medie dimensioni, nonché delle imprese individuali⁷⁵: solo il raggiungimento di una certa complessità organizzativa, in grado di esprimere una soggettività compiuta e autonoma, dovrebbe infatti consentire una proficua – in quanto funzionale ad una effettiva prevenzione degli illeciti – responsabilizzazione dell'ente per i reati commessi dalle persone fisiche che con lo stesso (non) si identifichino.

Date per buone le fondamenta – i principi e i criteri ascrivibili che danno il nome alla sezione di apertura del d. lgs. 231/2001 – i profili identitari, chiave di volta del sistema, dovrebbero costituire il primo oggetto di intervento. A meno che non si voglia ricominciare da capo: e allora l'art. 29 rimarrebbe tra i pochi mattoni da salvare.

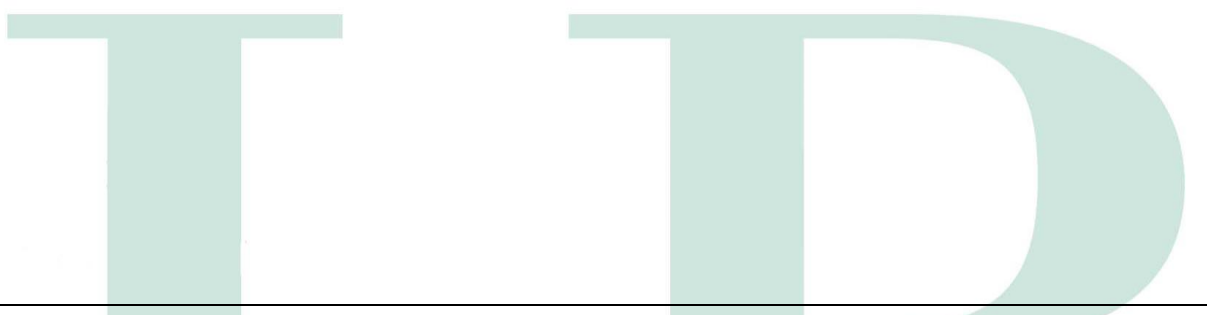
Un'ultima notazione. Che la “comprensibile” scelta, “ispirata a maggior cautela”⁷⁶, di aggettivare la responsabilità da reato come “amministrativa” abbia sortito effetti opposti a quelli sperati – dare pace alla dottrina e togliere d'impaccio la giurisprudenza – è un dato di fatto: fiumi di inchiostro sono stati versati e nelle aule dei tribunali ancora si dibatte sulla possibilità di sgombrare il campo dallo sbarramento dell'art. 27 co. 1 Cost. Preme però sottolineare un punto: il lavoro teorico e concettuale degli ultimi anni non è servito ad osteggiare la valutazione effettuata in via normativa dal legislatore, bensì a dare concretezza alle più profonde aspirazioni dello stesso, stampate a chiare lettere nella *Relazione governativa*: «contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia». Il progresso “sul piano delle idee” è servito, insomma, a preparare i destinatari della normativa (gli enti *in primis*, ma anche gli applicatori e i teorici del diritto) al passo che il legislatore delegato del 2001 già si dichiarava pronto a compiere: «dare vita a un sistema di vera e propria responsabilità penale degli enti». L'occasione di completare il progetto originario sembra dunque imperdibile. Per quello che qui più interessa, ciò consentirebbe inoltre di definire, attraverso la sicura inclusione dei principi nazionali costituzionali⁷⁷, il quadro di riferimento

⁷⁵ È nota la sentenza della Corte di cassazione - Sez. III, 15.12.2012 – dove si è tentato di sdoganare la responsabilità da reato degli enti nei confronti dell'impresa individuale, suscitando le aspre critiche della dottrina: v. L. Pistorelli, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in *CP* 2011, 2556 ss., e C. E. Paliero, *Bowling a Columbine: La Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Le Società* 2011, 1075 ss.

⁷⁶Così la *Relazione governativa* al d. lgs. 231/2001.

⁷⁷Non si può sottacere che il principio di colpevolezza, nella prospettiva di cui ci si occupa, è il più delicato dei principi. Nel momento in cui si assiste al mutamento del soggetto cui esso vorrebbe essere riferito (l'ente e non più la persona fisica) viene infatti meno la componente psicologica, per molti irrinunciabile, che tradizionalmente plasma la nozione di colpevolezza. Il nodo più antico della responsabilità da reato degli enti rimane dunque, a tutt'oggi, il più cruciale. Gli sforzi della dottrina per attualizzare i fondamenti del diritto penale rispetto alla dimensione collettiva tipica d'impresa sarebbero però certamente incoraggiati da una ferma presa di posizione del legislatore circa la riconducibilità della responsabilità 231 (e della c.d. colpa di organizzazione, sua forma di

nell'eventualità in cui, nella nuova disciplina in materia di vicende modificative – ritoccata, nel senso auspicato, attraverso la richiesta di dimostrazione del fine elusivo–fossero rintracciati profili di conflitto (come ha voluto paventare la Corte di cassazione) rispetto alle esigenze di effettività della sanzione che si trovano al centro della normativa comunitaria in materia di contrasto alla criminalità d'impresa.



imputazione) nel canone di cui all'art. 27 co. 1 Cost.. Affermata la possibilità di estendere il *nullum crimen sine culpa* (una particolare nozione di *culpa*, totalmente depurata dai profili psicologici) all'ente, sul piano sovranazionale l'obbligo di interpretazione comunitariamente conforme cederebbe di fronte all'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme, che vuole che le norme incriminatrici vengano interpretate alla luce del principio di colpevolezza. Questo nonostante il principio di colpevolezza non sia un principio di diritto comunitario, perché, come ampiamente dimostrato nel lavoro di C. Sotis, *op. cit.*, *passim*, il diritto comunitario mostra ampi margini di tolleranza nei confronti di divergenze nazionali che esprimano e/ o siano contenute in un principio o in una prospettiva fondamentale per un Paese membro. E il principio costituzionale di colpevolezza, come canone di valenza ermeneutica (sul punto cfr. D. Pulitanò, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia* 2011, 11 ss.), si iscrive sicuramente a questa categoria. Peraltro è noto come negli ultimi anni il principio in parola sia stato interessato da un processo di emersione a livello sovranazionale. Benché la Carta europea dei diritti dell'Uomo non faccia espressa menzione, la Corte europea, nel suo approccio ispirato all'esigenza di concretizzare il senso delle garanzie enunciate nella Carta Edu, nella celebre sentenza, *Sud Fondi e altri c. Italia*, 20.1.2009, ha infatti a chiare lettere affermato che «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata [...]», essendo altrimenti «incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stata vittima». Principio, questo, peraltro enunciato quando sul banco degli imputati si trovavano tre persone giuridiche. Per un'ampia trattazione di questi temi si rinvia a V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 140 ss.