

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI:  
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE  
DI RIFORMA A VENTI ANNI  
DAL D. LGS. 231/2001**

**2021 / 1-BIS**

**Lo strano caso delle vicende modificative dell'ente:  
è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde?**

di Jean-Paule Castagno e Andrea Alfonso Stigliano

di Jean-Paule Castagno e Andrea Alfonso Stigliano

*Patrick: Ask me a question.*

*Daisy: What do you do?*

*Patrick: I'm into... well murders and executions mostly.*

*Daisy: Do you like it?*

*Patrick: It depends. Why?*

*Daisy: Because most guys I know who work with mergers and acquisitions really don't like it.*

### Abstract

Nel disciplinare le quattro modificazioni regolate dal D. Lgs. 231/2001 – trasformazione, fusione, scissione e trasferimento d'azienda – il legislatore ha inteso seguire due direttrici: le sanzioni pecuniarie sono valutate alla stregua degli altri debiti dell'ente originariamente responsabile, in forza della normativa civilistica applicabile alla specifica modifica intervenuta, mentre le sanzioni interdittive seguono il ramo di attività nell'ambito del quale il reato presupposto è stato commesso, salvo nel caso di trasferimento di azienda il quale non comporta alcuna trasmissione di sanzioni interdittive. Nessun rilievo è, invece, attribuito né ad avvicendamenti di azionisti o detentori di quote, che potrebbero comportare spostamenti di proprietà sostanziale, né a riorganizzazioni aziendali, che potrebbero tradursi in profonde modifiche dei controlli interni.

Tale disciplina va incontro ad un duplice ordine di considerazioni. Da una parte, alcune disposizioni si prestano a facili elusioni: si pensi, ad esempio, alla previsione secondo la quale la sanzione interdittiva si trasmette in caso di scissione e non in caso di trasferimento d'azienda. Ne consegue che se l'ente responsabile decidesse di trasferire l'azienda ad un ente di nuova costituzione, il cui capitale fosse interamente detenuto dai soci dell'ente cedente, tale operazione avrebbe come effetto quello di liberare l'azienda dalla sanzione interdittiva, pur mantenendo intatti organizzazione interna e assetti proprietari. Dall'altra parte, una società che, a seguito di una modificazione, abbia subito una drastica sostanziale trasformazione – in termini sia di soci sia di controlli interni – a seguito della quale risultino colmate le carenze organizzative che hanno comportato la commissione del reato presupposto, sarà punita esclusivamente per le colpe del proprio predecessore con il quale, tuttavia, avrà poco o nulla in comune. A fronte di tali considerazioni, il contributo è sviluppato come segue: i) analisi della attuale disciplina, con particolare riguardo alle similitudini e alle differenze tra le quattro vicende modificative regolate dal D. Lgs. 231/2001; ii) strumenti societari e rimedi contrattuali attraverso i quali evitare il trasferimento della responsabilità o sterilizzare le conseguenze negative di tale trasferimento di responsabilità in capo ai soggetti differenti rispetto all'ente nel cui ambito è stata commessa la violazione; iii) analisi dell'esperienza comparata, con particolare riguardo alla normativa statunitense in tema di “*successor liability*”; iv) possibili prospettive di riforma del D. Lgs. 231/2001 verso un sistema che parametri, sia nell'an sia nel quantum, la trasmissione della responsabilità in caso di effettiva “*identità sostanziale*” e non solo formale tra gli enti coinvolti nella modificazione.



*In regulating the four corporate change provided by D. Lgs. 231/2001 – transformation, merger, demerger and transfer of the company – Italian law follows two guidelines: the pecuniary sanctions are assessed in the same way as the other debts of the entity originally responsible, by virtue of the civil law regulations applicable to the specific corporate change, while the disqualification sanctions follow the branch of activity*

*within which the offence was committed, except in the case of transfer of the company which does not involve any transfer of disqualification sanctions. On the other hand, no importance is attributed either to changes of shareholders or holders of shares, which could entail substantial changes in ownership, or to company reorganizations, which could result in profound changes in internal system and controls.*

*This discipline is subject to a twofold set of considerations. On the one hand, some provisions lend themselves to easy circumvention: consider, for example, the provision according to which the disqualification sanction is transmitted in the event of a demerger and not in the event of a company transfer. It follows that if the liable entity decides to transfer the company to a newly established entity, whose capital is entirely held by the shareholders of the transferring entity, this transaction would have the effect of freeing the company from the disqualification sanction, while maintaining its internal organization and ownership structure intact. On the other hand, a company which, following a modification, has undergone a drastic and substantial transformation – in terms of both shareholders and internal systems and controls – as a result of which the structural deficiencies that led to the commission of the predicate offence have been remedied, will be punished exclusively for the faults of its predecessor with whom, however, it will have little or nothing in common.*

*In view of these considerations, the article is developed as follows: i) analysis of the current legal framework, with particular regard to the similarities and differences between the four corporate changes governed by D. Lgs. 231/2001; ii) tools and contractual remedies through which to avoid or to sterilize the negative consequences of the transmission of liability to parties other than the corporate entity which committed the violation; iii) analysis of comparative experience, with particular regard to US legal system on the subject of “successor liability”; iv) possible reform suggestions of D. Lgs. 231/2001 towards a system that parameters the transfer of liability in the event of effective “substantial identity” and not just formal identity between the entities involved in the corporate change.*

## Sommario

**1.** Premessa - **2.** Le vicende modificative dell'ente nell'attuale sistema della responsabilità ai sensi del Decreto - **2.1.** Premessa. Inquadramento delle vicende modificative dell'ente nel contesto del Decreto - **2.2.** La responsabilità patrimoniale dell'ente - **2.2.1.** Enti potenzialmente responsabili - **2.2.2.** Soci illimitatamente responsabili - **2.2.3.** Privilegio dei crediti dello Stato - **2.3.** La Trasformazione - **2.3.1.** Inquadramento civilistico dell'istituto - **2.3.2.** La disciplina nel Decreto - **2.4.** La Fusione **2.4.1.** Inquadramento civilistico dell'istituto - **2.4.2.** La disciplina nel Decreto - **2.5.** La Scissione - **2.5.1.** Inquadramento civilistico dell'istituto - **2.5.2.** La disciplina nel Decreto - **2.6.** Disposizioni comuni in materia di fusione e scissione - **2.6.1.** Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione - **2.6.2.** Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione - **2.7.** La Cessione di Azienda - **2.7.1.** Considerazioni generali in tema di cessione di azienda - **2.7.2.** La disciplina nel Decreto - **3.** Le vicende modificative dell'ente nella prassi: attività di “acquisizioni” societarie e responsabilità 231 - **3.1.** Due diligence e rischio reato - **3.1.1.** Procedimento già concluso o in corso - **3.1.2.** Procedimento non ancora avviato - **3.2.** Ingegneria societaria: uno strumento giuridico per ogni esigenza - **3.3.** Riorganizzazione virtuosa dell'ente - **4.** L'esperienza comparata: dalla Successor Liability alla Successor Identity - **4.1.** Corporate Criminal Liability e Successor Liability - **4.2.** Successor Identity - **5.** De iure condendo: quale spazio per una Successor Identity nel sistema italiano?

## 1. Premessa

Pur se il sistema introdotto dal D. Lgs. 231/2001 (nel prosieguo, il “Decreto”) ha affinato le differenze, agli occhi del diritto (o meglio del giudice) penale, tra persone fisiche e giuridiche, vi sono alcune caratteristiche ontologiche di ciascuna categoria che non trovano un proprio equivalente nell'altra. Per quanto qui di interesse, le persone fisiche non si trasformano, non si fondono tra loro o non si scindono in più entità differenti e non cedono a terzi la propria “anima”. Diversamente, gli enti collettivi

sono per loro natura mutevoli e instabili, essendo soggetti a numerose vicende che ne modificano le caratteristiche e i relativi assetti proprietari.

Tale peculiarità degli enti impone la previsione di specifici meccanismi di trasmissione della responsabilità tra l'ente pre-operazione – intendendo con il termine operazione in maniera indistinta ognuna delle vicende modificative del soggetto metaindividuale disciplinate all'interno del Decreto – e l'ente trasformato, fuso, scisso o cedente/cessionario di azienda.

Il presente lavoro è diviso in quattro parti.

Nella prima parte, sarà analizzata l'attuale disciplina prevista dal Decreto, trattando in maniera consecutiva le quattro vicende modificative, attraverso una ricognizione delle disposizioni normative, delle diverse interpretazioni dottrinali e delle (sporadiche) pronunce giurisprudenziali.

Nella seconda parte, saranno affrontate alcune problematiche pratiche connesse alle operazioni di "acquisizione" di società: l'importanza di una approfondita *due diligence* per identificare e mitigare il rischio di "contagio"; l'impatto che la scelta di uno schema societario rispetto ad un altro (fusione *vs* acquisto di azienda *vs* acquisto di quote) ha in termini di trasmissione della responsabilità amministrativa da reato; gli effetti, in termini di limitazioni di responsabilità che derivano da una riorganizzazione virtuosa del nuovo ente a seguito del completamento dell'acquisizione.

Nella terza parte, si fornirà una breve ricostruzione dei criteri che disciplinano la *successor liability* nel sistema statunitense. Un tale esercizio, lungi dall'offrire una analisi completa di tale modello di responsabilità, si propone quale obiettivo quello di fotografare alcune specifiche caratteristiche del medesimo, in termini sia di disciplina vigente sia di proposte di riforma. In particolare, laddove il modello di "responsabilità del successore" statunitense e quello italiano appaiono entrambi caratterizzati (con diverse gradazioni) da un sostanziale automatismo in forza del quale l'ente risultante diventa automaticamente centro di imputazione della responsabilità nascente dal reato commesso dal proprio predecessore, interessanti spunti di riflessione possono derivare dalla teoria della *successor identity* che, in forte discontinuità rispetto agli attuali modelli di successione nella responsabilità, propone un nuovo approccio che limiti la trasmissione di responsabilità alle sole ipotesi di "identità" sostanziale tra i soggetti metaindividuali coinvolti.

Nella quarta ed ultima parte, si svolgeranno alcune considerazioni conclusive, proponendo dei possibili spunti di riforma dell'attuale modello, introducendo ipotesi differenziate di trasmissione della responsabilità che, a fronte di una analisi di *identità* tra ente predecessore e ente successore, valorizzino, in chiave esimente, riorganizzazioni virtuose atte a elidere le principali criticità che hanno reso possibile la precedente commissione dell'illecito ed condotte di effettiva collaborazione con l'autorità.

## 2. Le vicende modificative dell'ente nell'attuale sistema della responsabilità ai sensi del Decreto

### 2.1. Premessa. Inquadramento delle vicende modificative dell'ente nel contesto del Decreto

Nell'elaborare il sistema della responsabilità "amministrativa" degli enti nascente da reato, il legislatore ha inevitabilmente dovuto confrontarsi con l'ontologico dinamismo che contraddistingue il ciclo evolutivo dei soggetti di diritto metaindividuali. Ed è al Capo II Sezione II del Decreto, rubricato «*Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*» – nello specifico agli artt. 28-33 – che è cristallizza la disciplina di quelle operazioni di riorganizzazione strutturale che modificano, più o meno intensamente, la fisionomia degli enti collettivi, nel cui novero rientrano le operazioni di trasformazione, fusione, scissione e cessione di azienda.

Nel regolamentare tali fenomeni, il legislatore delegato ha indubbiamente dato rilievo alla peculiare natura della responsabilità da reato degli enti, la quale non può essere ricondotta né al paradigma di una responsabilità civile né amministrativa, ma che viene identificata nell'alveo di un c.d. *tertium genus*<sup>1</sup>, categoria che racchiude in sé tratti del sistema penale e amministrativo, al fine di contemperare esigenze di efficacia preventiva e di massima garanzia.

Particolare attenzione deve essere, pertanto, riservata all'impatto di tali eventi metamorfici sul regime della responsabilità degli enti derivata da illeciti penali e sulla consequenziale applicabilità delle sanzioni pecuniarie e interdittive.

Un approccio squisitamente garantista, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, porterebbe ad escludere che le vicende modificative possano comportare la trasmissibilità della responsabilità a soggetti diversi da quello originariamente colpevole<sup>2</sup>. Tuttavia, tali operazioni – frutto della libera iniziativa dei soggetti partecipanti – non sono atte a decretare la cessazione dell'attività dell'ente, bensì al contrario, sono orientate all'implementazione della stessa: le vicende modificative sono, infatti, finalizzate a rendere maggiormente performante l'operato dei soggetti partecipanti, mediante il compimento di una riorganizzazione strutturale degli stessi<sup>3</sup>.

La disciplina elaborata dal legislatore si pone, dunque, come l'esito di una strategia di compromesso volta al contemperamento di due esigenze contrapposte: da un lato, scongiurare il rischio che tali operazioni di riorganizzazione possano tradursi in potenziali strumenti elusivi della responsabilità, dall'altro, a fronte del dinamismo che contraddistingue la realtà delle imprese, evitare che un sistema sanzionatorio eccessivamente intransigente possa provocare la paralisi di quegli interventi scevri da finalità

elusive<sup>4</sup>.

Nel disciplinare le predette quattro vicende modificative, il legislatore ha, dunque, inteso seguire due linee direttrici: per ciò che concerne le sanzioni pecuniarie, esse vengono, in linea di massima, equiparate agli altri debiti dell'ente originariamente responsabile in forza della normativa civilistica applicabile alla specifica operazione posta in essere. Le sanzioni interdittive, invece, in forza dell'art. 14 del Decreto, sono ancorate alla «*specifica attività*» nel cui ambito è stato commesso il reato presupposto, fatta eccezione per l'ipotesi di trasferimento di azienda, che come si avrà modo di precisare nel prosieguo, non comporta la trasmissione di alcuna sanzione interdittiva in capo all'ente risultante.

Nell'ottica di una strategia compromissoria, tuttavia, per evitare che l'applicazione di tale criterio comporti, a seguito del perfezionamento di operazioni di fusione e scissione, effetti sanzionatori eccessivamente severi, è stata riconosciuta all'ente risultante la facoltà di richiedere la sostituzione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, qualora la riorganizzazione aziendale abbia determinato l'eliminazione delle cause che avevano comportato, o reso possibile, la realizzazione del reato. Tale meccanismo può essere attuato sia nel corso dell'intero giudizio di merito, ai sensi dell'art. 31 comma 2 del Decreto, sia in fase esecutiva ai sensi dell'art. 78.

Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina cristallizzata nel Decreto, degna di nota è la sentenza<sup>5</sup> con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. da 28 a 33 del D. Lgs 231/2001, sollevata per asserito contrasto con l'art. 76 Cost. Più nel dettaglio, il ricorrente eccepiva il carattere innovativo delle norme concernenti le vicende modificative degli enti, la cui introduzione non sarebbe risultata giustificata da alcuna previsione all'interno della Legge Delega n. 300 del 2000.

Nel caso di specie - relativo ad un'operazione di fusione tra un ente partecipante a un *joint venture* internazionale accusato di corruzione internazionale e una società incorporante - la Corte, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale, ha evidenziato come tali disposizioni siano da ritenersi coerenti con i criteri direttivi della Legge Delega, nei cui novero rientra quello di prevedere sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*» a carico delle persone giuridiche responsabili, in conformità con i principi comunitari. Corollario dell'effettività della risposta sanzionatoria è l'idoneità del sistema punitivo a contrastare possibili elusioni

nell'applicazione della normativa e del relativo regime sanzionatorio. Tale effettività non potrebbe, dunque, essere garantita laddove l'operazione modificativa si traducesse in una agevole modalità di elusione del sistema sanzionatorio. Pertanto, l'impianto elaborato dal legislatore delegato a seguito del perfezionamento di un'operazione di ingegneria societaria, è stato considerato legittimo e coerente con lo spirito della Legge Delega stessa<sup>6</sup>.

## 2.2. La responsabilità patrimoniale dell'ente

Il Capo II del Decreto prevede, prima della disciplina delle vicende modificative dell'ente, la Sezione I formata unicamente dall'art. 27 che statuisce il principio in forza del quale dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria<sup>7</sup> risponde soltanto l'ente con il proprio patrimonio o fondo comune. In forza della previsione contenuta nel comma secondo, inoltre, il credito erariale derivante dall'illecito amministrativo dell'ente nascente da reato acquista rango privilegiato secondo le disposizioni del codice di procedura penale essendo, a tal fine, «*la sanzione pecuniaria equiparata alla pena pecuniaria*».

Alla luce di tali premesse, appare opportuno operare alcune precisazioni atte a: (i) individuare le condizioni necessarie affinché l'ente possa rientrare nel novero dei soggetti responsabili; (ii) identificare le ipotesi nelle quali venga esclusa l'operatività delle forme di responsabilità illimitata di terzi per i debiti ascrivibili all'ente; (iii) esaminare i presupposti di operatività del privilegio dello Stato per il pagamento della sanzione pecuniaria nascente da reato nel contesto del sistema delle garanzie del credito.

### 2.2.1. Enti potenzialmente responsabili

Per quanto concerne il primo profilo, la previsione di un patrimonio o fondo comune quale condizione indispensabile per l'operatività della norma consente di accostare ai soggetti espressamente individuati dall'art. 1, commi 2 e 3 (*alias* gli enti forniti di personalità giuridica, le società e associazioni anche quandonche prive, fatta eccezione per lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale) le fondazioni e le società unipersonali e, seppur in assenza di personalità giuridica, le *società irregolari* (in particolare s.n.c non iscritta presso il registro delle imprese), determinando invece l'esclusione dell'impresa individuale<sup>8</sup> dal novero dei cc.dd. «*enti responsabili*». Dibattuta<sup>9</sup>, invece, è l'applicabilità della disciplina in commento alle *società di capitali in formazione* (non ancora iscritte al registro delle imprese) e alle *società occulte* (le

quali si contraddistinguono per l'esistenza di un contratto di società espresso tra i soci, unitamente a un patto di non esternazione della medesima). Preclusa è, infine, l'applicabilità della stessa per le c.d. *società apparenti*, figure giurisprudenziali nelle quali il fenomeno societario, pur non esistendo nei rapporti interni, viene percepito come tale dai terzi<sup>10</sup>.

Il legislatore ha, inoltre, ommesso dal novero delle vicende idonee a riverberarsi sulla responsabilità *ex crimine* degli enti, sia la cancellazione della società dal registro delle imprese, sia il fallimento. Se da un lato, è stato evidenziato<sup>11</sup>, in conformità con la giurisprudenza di merito<sup>12</sup>, come le norme concernenti le vicende modificative dell'ente siano di stretta applicazione e non possano, pertanto, essere estese, in via interpretativa, a fenomeni non espressamente disciplinati, dall'altro lato, tale impostazione potrebbe determinare il potenziale ricorso a tali istituti con finalità elusive. Si è, pertanto, ipotizzato<sup>13</sup> di operare una differenziazione basata sul momento in cui interviene l'accertamento processuale dell'illecito e la conseguenziale irrogazione delle sanzioni, a seconda che questo si realizzi precedentemente o successivamente all'apertura della procedura concorsuale o alla cancellazione della società.

Ritenere che la dichiarazione di fallimento sia preclusiva all'accertamento della responsabilità nascente da reati commessi anteriormente, finirebbe, pertanto, non solo per incentivare il ricorso a procedure concorsuali aventi finalità elusive, ma contrasterebbe altresì con una pluralità di previsioni normative: l'avvio della procedura concorsuale non comporta l'estinzione dell'ente e non ne determina, neppure, l'automatica cessazione dell'attività d'impresa (si pensi al caso di esercizio provvisorio dell'impresa nell'ambito della liquidazione giudiziale ovvero all'ipotesi del concordato preventivo in continuità aziendale); le cause di estinzione del reato sono, inoltre, espressamente tipizzate ai sensi del Decreto ed infine, viene riconosciuta la previsione del privilegio dello Stato per il pagamento della sanzione pecuniaria anche in sede di fallimento ovvero di liquidazione giudiziale dell'ente<sup>14</sup>.

Inoltre, il fisiologico espletamento dell'attività liquidatoria, che ha come esito l'estinzione dell'ente societario cancellato, determina il venir meno del centro di imputazione della responsabilità. Problematica, in tale contesto, potrebbe essere l'ipotesi di una cancellazione iscritta con finalità elusive; tuttavia, essendo quest'ultima effettuata in difetto dei presupposti di legge (art. 2191 c.c.<sup>15</sup>), sembra possibile potere procedere – anche d'ufficio – alla c.d. *"cancellazione della cancellazione"*,

determinando la rigenerazione dell'ente<sup>16</sup>: si pensi al caso di una società che, proprio al fine di procedere alla cancellazione dell'ente, presenti un bilancio di liquidazione nel quale siano omesse ingenti passività (per esempio legate a contenziosi in corso di definizione in relazione ai quali è certa la soccombenza della società).

Riconoscendo, inoltre, almeno per quanto concerne le società di persone, l'applicabilità della disciplina alle ipotesi di società irregolari, si potrebbe prevedere l'ascrivibilità della responsabilità in capo alla società che, nonostante l'avvenuta cancellazione, prosegua o riprenda lo svolgimento dell'attività d'impresa. Secondo tale impostazione, pertanto, l'attuazione delle disposizioni in commento sarà preclusa solo qualora l'avvenuta integrazione di un reato presupposto emergerà in seguito a una cancellazione regolarmente iscritta, essendo venuto meno l'ente responsabile e non potendo la sanzione pecuniaria, inflitta per un reato precedentemente commesso dal soggetto estinto, coinvolgere i soci, proprio in applicazione della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 27 del Decreto<sup>17</sup>.

Sotto il profilo dei soggetti astrattamente responsabili, ulteriore questione applicativa<sup>18</sup> concerne quei fenomeni che, seppur privi di personalità giuridica, si contraddistinguono per una separazione tra le sfere patrimoniali di coloro che apportano o beneficiano di una determinata risorsa e il patrimonio comune costituito dall'insieme di predette risorse. È questo il caso dei cc.dd. "fondi comuni di investimento", nel cui catalogo rientrano (i) gli Organismi di investimento collettivo del risparmio (O.I.C.R.) cc.dd. contrattuali disciplinati dall'art. 1, comma 1, lett. j) k) del testo unico in materia di intermediazione finanziaria – D. Lgs. 24/02/1998 n. 58 – (ii) le Sicav o Sicaf multicomparto disciplinate all'art. 35-bis, comma 6, del medesimo testo unico, ovvero (iii) il *trust*.

Nel caso dei cc.dd. O.I.C.R. contrattuali, il fondo comune di investimento costituisce un patrimonio comune distinto tanto da quello dei quotisti quanto da quello della società di gestione e di risparmio (c.d. Sgr). Essendo, tuttavia, la gestione del fondo comune esercitata dalla Sgr in totale autonomia decisionale rispetto agli investitori, è da escludere l'ascrivibilità ai cc. dd. O.I.C.R. di una propria responsabilità nascente da reato. Pertanto, dato pacifico è che la Sgr costituirà autonomo centro di imputazione laddove commetta un reato presupposto nella gestione del proprio patrimonio. Qualora invece quest'ultimo venga integrato nello svolgimento dell'attività di gestione del fondo comune di investimento, a prescindere dall'ascrivibilità della responsabilità,

in attuazione dell'art. 36, comma 4 t.u.f<sup>19</sup>, la garanzia patrimoniale sarà circoscritta soltanto ai valori che costituiscono l'O.I.C.R. stesso.

Più complessa è l'ipotesi delle Sicav e Sicaif multicomparto, poiché la separazione patrimoniale opera solo con riferimento ai differenti comparti e non tra il patrimonio della società e i comparti medesimi<sup>20</sup>. Pertanto, questi ultimi, costituendo parte integrante del patrimonio generale della società gestore, garantiscono per l'adempimento della sanzione pecuniaria qualora il reato venga commesso dalla Sicav o Sicaif al di fuori della gestione di uno solo di essi. Al contrario, se il reato è riferibile all'attività di amministrazione di un singolo comparto, solo il patrimonio di quest'ultimo potrà essere impiegato per l'adempimento della sanzione pecuniaria<sup>21</sup>.

Preclusa sembra essere, inoltre, l'applicabilità della disciplina in commento alle ipotesi di *trust*, non essendo quest'ultimo comunemente considerato autonomo soggetto di diritto. Tale ricostruzione non è, tuttavia, scevra da perplessità poiché, *in primis*, essa omette di considerare l'esistenza di *trust* stranieri, muniti di personalità giuridica, e la cui operatività è riconosciuta sul territorio italiano in forza della XV Convenzione de l'Aja. In secondo luogo, qualora venga affidata al *trustee* un'attività di impresa, è configurabile, in capo a quest'ultimo, un'autonomia sia patrimoniale sia decisionale rispetto ai partecipanti, pertanto, coerente sembrerebbe essere l'ipotesi che esso venga chiamato, proprio in ragione della qualità rivestita, a rispondere per la sanzione applicata a seguito dei reati commessi nell'amministrazione del patrimonio in *trust*<sup>22</sup>.

Infine, ad una soluzione inclusiva sembra si debba approdare rispetto ai consorzi con attività esterna – regolati dagli artt. 2612 ss. c.c. – stante, tanto l'autonomia decisionale degli organi gestori rispetto ai consorziati nel raggiungimento della finalità consortile, quanto la destinazione patrimoniale del fondo consortile che, sottratto alle pretese dei creditori dei partecipanti, sarà devoluto all'adempimento esclusivo delle obbligazioni dell'ente *ex art. 2615 c.c.*<sup>23</sup>.

### 2.2.2. Soci illimitatamente responsabili

L'estensione dell'art. 27 del Decreto – «dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune» – trova il proprio terreno di elezione con riferimento a società ed enti nei riguardi dei quali non opera la disciplina della garanzia limitata dei soci. Il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta nei riguardi dell'ente obbligato per il pagamento delle sanzioni

pecuniarie, a seguito dell'avvenuto accertamento della responsabilità amministrativa nascente da reato, determina l'inapplicabilità del regime legale di responsabilità illimitata e solidale dei soci e degli associati<sup>24</sup>.

In tali contesti, la clausola di salvaguardia opera nei confronti dei soci illimitatamente responsabili di società personali (si pensi ai soci sia delle società in nome collettivo sia delle società semplici ovvero ai soci accomandatari per quanto concerne le società in accomandita semplice) e per coloro che rispondono dei debiti delle associazioni non riconosciute *ex art. 38 c.c.* (ossia coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente)<sup>25</sup>.

Per quanto concerne gli enti muniti di personalità giuridica piena, che come tali godono già di per sé di autonomia patrimoniale perfetta, tale disposizione normativa determina l'inapplicabilità degli artt. 2325, comma 2 c.c.<sup>26</sup> e 2462, comma 2 c.c.<sup>27</sup> in forza dei quali, nel caso di insolvenza della società, il socio unico che non abbia ottemperato alle formalità ivi prescritte sarebbe chiamato a rispondere illimitatamente delle obbligazioni sorte nel periodo in cui tutte le azioni erano di titolarità di quest'ultimo<sup>28</sup>.

Tali soggetti possono, tuttavia, essere chiamati a rispondere delle altre eventuali conseguenze derivanti dall'illecito penale, quali l'obbligo di risarcimento del danno ovvero della restituzione del profitto del reato, qualora si debba procedere *ex art. 19 del Decreto* all'applicazione della confisca per equivalente<sup>29</sup>.

Tale clausola di salvaguardia sembra essere l'unica soluzione possibile stante la natura ontologicamente afflittiva della pena pecuniaria irrogata nei confronti dell'ente, caratteristica che consente di distinguere l'obbligazione per il pagamento della sanzione amministrativa applicata in forza del Decreto, dalle obbligazioni che l'ente contrae nell'esercizio della propria attività e per le quali continuerà ad operare il regime previsto dal codice civile<sup>30</sup>.

Da un punto di vista applicativo, oltre agli esempi delle società di persone e delle società (di persone o capitali) in accomandita semplice, la categoria di soci illimitatamente responsabili è presente in strutture anche molto complesse come le *limited liability partnership* (LLP) di origine anglosassone che spesso caratterizzano l'operatività dei fondi di *private equity*. In tali strutture, il soggetto promotore del fondo può agire come *general partner*, (una sorta di socio accomandatario, a responsabilità illimitata) mentre gli investitori sono conosciuti come *limited partners* (vicini alla categoria di soci accomandanti, a responsabilità limitata).

### 2.2.3. Privilegio dei crediti dello Stato

Il secondo comma dell'art. 27 del Decreto, come premesso, statuisce che «*i crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente relativi a reati hanno privilegio secondo le disposizioni del codice di procedura penale sui crediti dipendenti da reato*».

Tale previsione ha una evidente rilevanza nel caso in cui, al momento della applicazione della sanzione, il patrimonio dell'ente non sia sufficiente a soddisfare tutti i creditori anche, e soprattutto, in un'ottica concorsuale.

Presupposto che contraddistingue il privilegio dei crediti dello Stato dipendenti da reato è la necessaria preventiva esecuzione del provvedimento di sequestro conservativo penale ex art. 316, comma 4 c.p.p., non essendo, pertanto, la preferenza accordata in ragione della causa del credito stesso. Si ritiene, quindi, che anche per i crediti derivanti da illeciti amministrativi dell'ente nascenti da reato, il privilegio sia subordinato all'esecuzione del sequestro conservativo ex art. 54 del Decreto. La causa di prelazione sarà, pertanto, strettamente legata alle sorti del sequestro la cui revoca ne determinerà l'inevitabile decadenza.

In forza delle previsioni contenute dagli artt. 316 c.p.p. e 54 del Decreto, potendo il sequestro gravare su beni sia mobili sia immobili, entrambe le categorie potranno costituire oggetto del privilegio. Per quanto concerne il grado rivestito dal privilegio speciale nell'ordine di preferenze sui beni, si ritiene<sup>31</sup> che, in forza dell'art. 316, comma 4 c.p.p., quest'ultimo rivestirebbe il grado inferiore rispetto a quelli già esistenti, mentre sarebbe da preferire rispetto ai privilegi successivi (eccezione fatta per quelli a garanzia dei crediti tributari).

## 2.3. La Trasformazione

### 2.3.1. Inquadramento civilistico dell'istituto

La trasformazione – istituto disciplinato, sul piano civilistico, ai sensi degli artt. 2498-2500-*novies* c.c. – è la prima delle vicende modificative regolamentata dal legislatore delegato. L'art. 28, norma che inaugura la Sezione II del Capo II del Decreto, statuisce che «*nel caso di trasformazione, resta ferma la responsabilità – dell'ente trasformato – per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto*».

All'epoca dell'entrata in vigore del Decreto, tale operazione straordinaria poteva essere posta in essere esclusivamente in ambito endosocietario, sostanziandosi nel mero cambiamento della forma giuridica dell'ente. Tuttavia, a seguito della riforma del 2003 (D. Lgs 17 gennaio 2003, n. 6), accanto alla c.d. *trasformazione omogenea* si è profilata la c.d. *trasformazione eterogenea*, operazione

che non si risolve nel mero mutamento del tipo sociale, ma può comportare altresì la modifica dello scopo istituzionale (es. da società lucrativa a consorzio); il venir meno o la costituzione della compagine associativa (es. da fondazione a società) ovvero lo smantellamento o la configurazione di un autonomo centro di imputazione (es. da società in comunione d'azienda). Inoltre, gli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c., così come novellati dalla predetta riforma, regolamentano le ipotesi di *trasformazione eterogenea regressiva* intesa quale la trasformazione delle società di capitali in consorzi, società consortili, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni ovvero *trasformazione eterogenea progressiva* che disciplina la situazione diametralmente opposta<sup>32</sup>. A prescindere dalla tipologia di trasformazione, ad oggi pacifica è la configurazione di tale istituto quale vicenda modificativa del mero modulo formale dell'ente risultante: in altri termini, a variare non è l'identità, né il patrimonio di destinazione, ma lo statuto organizzativo dell'ente stesso, lasciando impregiudicata la previa titolarità delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al soggetto trasformato<sup>33</sup>. Difatti, la teoria della novazione – che configurava la trasformazione, per un verso, come fenomeno estintivo della società originaria e, per altro, come fenomeno costitutivo di quella risultante – appare oggi ampiamente superata<sup>34</sup>. La trasformazione è, pertanto, una vicenda evolutiva e modificativa del soggetto medesimo, che si riverbera sull'atto costitutivo e sull'oggetto sociale – nel caso di trasformazione eterogenea – senza incidere sull'identità soggettiva dell'ente che rimane immutata<sup>35</sup>.

Tale inquadramento trova conferma nella previsione dell'art. 2498 c.c.<sup>36</sup> che sancisce il *principio della continuità dei rapporti giuridici* prevedendo che all'esito dell'operazione di trasformazione, l'ente trasformato conservi – e non acquisti – i diritti e gli obblighi e prosegua in tutti i rapporti, anche processuali, dell'ente che ha effettuato la trasformazione. Si assiste, quindi, all'assenza di una qualsivoglia soluzione di continuità sul piano processuale relativa alla sussistenza dei profili soggettivi di responsabilità amministrativa e patrimoniale dell'ente interessato<sup>37</sup>.

### 2.3.2. La disciplina nel Decreto

Proprio sulla falsariga dell'art. 2498 c.c., il legislatore ha previsto, nell'ambito della responsabilità amministrativa dell'ente, ai sensi dell'art. 28 del Decreto, il *principio di neutralità* della trasformazione<sup>38</sup>, in forza del quale il soggetto collettivo trasformato continuerà ad essere assoggettato a tutte le sanzioni, tanto

interdittive quanto pecuniarie, connesse agli illeciti amministrativi dipendenti dalla consumazione del reato presupposto<sup>39</sup>.

Corollario degli esiti di tale operazione è, quindi, l'immutabilità della responsabilità conseguente ai reati posti in essere dall'ente prima del perfezionamento dell'operazione, a prescindere dalle motivazioni teleologiche sottese<sup>40</sup> e della forma giuridica assunta al termine dell'operazione di ristrutturazione, purchè tanto l'ente originario quanto quello risultante rientrino nell'alveo dei soggetti imputabili.

La trasferibilità di una responsabilità piena ed incondizionata non pone, dunque, problematiche applicative nell'ipotesi di trasformazioni che non si riverberino sull'autonomia del centro di imputazione. Non comportando la trasformazione la creazione di un nuovo soggetto giuridico, ma il solo mutamento organizzativo mediante la modificazione dell'atto costitutivo, tale operazione non determina alcun trasferimento di responsabilità, nel pieno rispetto del principio di personalità sancito dall'art. 27, comma 1 Cost<sup>41</sup>.

Più complessa è, tuttavia, l'ipotesi della *trasformazione regressiva* in cui il perfezionamento dell'operazione in esame comporta la metamorfosi dell'ente in un altro estraneo all'ambito soggettivo di applicazione del provvedimento, sfociando in una situazione priva di soggettività giuridica e comportandone, pertanto, la dissoluzione (si pensi ad esempio al passaggio da società a comunione d'azienda o impresa individuale).

Alla luce di tali premesse, fondamentale è individuare lo stato del procedimento di accertamento del reato presupposto, nel momento in cui l'operazione si perfeziona. Tre possono essere, dunque, i potenziali scenari: il procedimento può (i) essere già stato concluso; (ii) essere ancora in corso; (iii) non essere stato ancora avviato.

Come premesso, nessun problema sorge con riferimento alle ipotesi in cui la trasformazione abbia quale esito una situazione giuridica entificata, poiché, il soggetto, rientrando nell'alveo dei cc. dd. "enti responsabili" continuerà ad essere centro di imputazione della responsabilità "amministrativa" nascente da reato e di tutte le sanzioni irrogate.

Problematiche applicative sorgono nell'ipotesi in cui la trasformazione regressiva – che, come anticipato, determina il venir meno di un autonomo centro di imputazione – venga effettuata ultimato il procedimento, ma *prima* che l'ente, destinatario di una sanzione pecuniaria, abbia adempiuto all'obbligazione di pagamento ovvero qualora tale operazione venga posta in essere prima della conclusione del giudizio di accertamento della responsabilità. In quest'ultimo caso, ad essere

messa a rischio non sarebbe tanto la prosecuzione del procedimento – garantita pur sempre dall'art. 2498 c.c. – quanto più l'effettività dell'eventuale sanzione inflitta, essendo venuta meno di fatto l'organizzazione responsabile (come nel caso ad esempio, della trasformazione di società di capitali in comunione di azienda).

In tali ipotesi, mancando la continuità dell'esercizio dell'impresa – presupposto applicativo della disciplina – risulterebbe preclusa l'applicabilità delle sanzioni interdittive.

Per ciò che concerne le sanzioni pecuniarie, invece, taluna parte della dottrina<sup>42</sup> ipotizza una successione nel debito pecuniario da parte dei singoli partecipanti all'ente neocostituito, precludendo l'operatività dell'art. 27, comma 1, in ragione dell'avvenuta dissoluzione del patrimonio o fondo comune. *A contrario*, altro orientamento<sup>43</sup>, critica tale ricostruzione proprio in forza della clausola di salvaguardia cristallizzata all'art. 27, la quale precluderebbe la trasmissibilità dell'obbligazione relativa al pagamento della sanzione pecuniaria, paralizzando l'applicazione delle disposizioni concernenti la responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sorte prima della trasformazione ai sensi degli artt. 2500-*quinquies*<sup>44</sup> e 2500-*sexies* c.c.<sup>45</sup>. Si consideri, inoltre, che l'art. 27 non costituirebbe neppure una deroga alla disciplina civilistica, poiché l'obbligazione pecuniaria nasce da una sanzione "quasi penale" e che, in forza del principio della responsabilità, deve essere ascrivibile solo al soggetto responsabile<sup>46</sup>.

Per ovviare a tali inconvenienti, in forza di esigenze di effettività, si è quindi ipotizzato<sup>47</sup> che, tanto l'adempimento della sanzione, quanto la conclusione del procedimento finalizzato all'accertamento della responsabilità, potrebbero costituire un *fattore ostativo* al compimento della trasformazione in tutte quelle ipotesi in cui non vi ricorrano incontestabili ragioni oggettive tali da escludere la finalità antielusiva dell'operazione.

Al contrario, anche quandanche la trasformazione comportasse la dissoluzione dell'autonomo centro di imputazione, nessun limite legale potrebbe essere imposto nel caso in cui l'operazione venisse posta in essere prima dell'avvio del procedimento finalizzato all'accertamento della responsabilità<sup>48</sup>.

Scevera di problematiche interpretative è, invece, l'ipotesi della *trasformazione progressiva*: non essendo *ab origine* il soggetto, nel cui ambito è stato commesso il reato, imputabile, poiché non incluso nella categoria dei cc. dd. "enti responsabili", non potrà essere configurata alcuna responsabilità neppure in capo all'ente risultante dall'operazione straordinaria, in ossequio al principio di legalità<sup>49</sup>. Dibattuta è la scelta del legislatore delegato di non

riconoscere all'ente trasformato la possibilità di chiedere la sostituzione delle sanzioni interdittive con quelle pecuniarie *ex art. 31, comma 2*, attribuita nel caso in cui la riorganizzazione aziendale, all'esito delle sole operazioni di fusione ovvero scissione, abbia portato alla rimozione delle cause che hanno determinato o reso possibile la commissione del reato. Se da un lato, tale esclusione appare criticabile poiché, in tal modo, viene meno un incentivo per l'ente, nei casi di trasformazione eterogenea evolutiva, a porre in essere comportamenti organizzativi virtuosi volti ad eliminare le carenze organizzative *ex art. 17, comma 1, lett. b)* del Decreto, dall'altro, la scelta del legislatore appare coerente con la *ratio* della norma, volta a scongiurare il rischio di un'eccessiva asprezza della sanzione interdittiva dovuta ad una contaminazione, quest'ultima estranea all'ipotesi di trasformazione<sup>50</sup>.

Nessun dubbio, infine, si pone con riferimento all'ascrivibilità in capo all'ente trasformato tanto dell'eventuale obbligazione di risarcimento dei danni nascenti da reato, quanto dell'ipotetica confisca in forza dell'art. 19 del Decreto<sup>51</sup>.

## 2.4. La Fusione

### 2.4.1. Inquadramento civilistico dell'istituto

Regolamentata sul piano civilistico dagli artt. 2501-2505-*quater* c.c., la fusione è la seconda delle vicende modificative disciplinate nell'ambito del Decreto.

In particolare, l'art. 29 esplicita che «*nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione*».

Tale operazione straordinaria, che si traduce nell'unificazione di due soggetti giuridici precedentemente distinti, può realizzarsi mediante la costituzione di una nuova società (*fusione propria o in senso stretto*) o attraverso la fagocitazione da parte di una delle società partecipanti di tutte le altre società fondende (*fusione per incorporazione*). A prescindere dall'identità soggettiva della società risultante – nel primo caso di nuova costituzione rispetto alle partecipanti, nel secondo la stessa di una delle società fondende – effetto di tale vicenda modificativa è una variazione in difetto del numero dei soggetti di diritto in virtù dell'unificazione delle strutture organizzative in capo all'ente risultante post-fusione, nuovo centro di imputazione degli elementi patrimoniali e soggettivi prima facenti capo alla pluralità di soggetti coinvolti.

A seguito della riforma del diritto societario del 2003, la fusione ha cessato di essere considerata un fenomeno squisitamente endosocietario: legittima è, infatti, un'operazione che coinvolga enti

dissimili sul piano causale-organizzativo (*fusione eterogenea*), non essendo più perimetrata a soggetti aventi causa-tipo identici (*fusione omogenea*). Sono, inoltre, ammesse non solo le fusioni *tipiche* – tra soggetti nei confronti dei quali l'operazione è espressamente prevista dal legislatore – ma altresì le fusioni *atipiche* – poste in essere tra enti nei riguardi dei quali l'applicabilità delle norme in materia non è specificatamente prevista.

L'art. 2504-*bis* c.c.<sup>52</sup>, nel disciplinare gli effetti di tale operazione straordinaria, postula l'assunzione da parte della società risultante o incorporante di tutti i diritti e obblighi delle società partecipanti alla fusione, determinandone la prosecuzione in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori. Suddetta disposizione normativa, novellata con la predetta riforma<sup>53</sup>, ha decretato il superamento dell'orientamento che attribuiva a tale operazione straordinaria effetti estintivo-costitutivi.

Dibattuta era, in passato, la natura giuridica di tale istituto, che inizialmente era stato inquadrato come fenomeno estintivo. La fusione, pertanto, identificata quale ipotesi di successione universale tra enti – assimilabile a quella *mortis causa* – avrebbe comportato, a seguito dell'estinzione dei partecipanti o dell'organismo incorporato, il trasferimento in capo al soggetto risultante di tutti i rapporti giuridici di cui gli enti erano titolari al momento dell'operazione<sup>54</sup>. *A contrario*, è ad oggi pacifico<sup>55</sup> che la fusione ha natura modificativa, come dimostrato dalla attuale versione dell'art. 2504-*bis* c.c. che dispone la *prosecuzione* da parte della società risultante o incorporante di tutti i rapporti – anche processuali – facenti capo alle società partecipanti<sup>56</sup>. Obiettivo di tale operazione non è, infatti, l'estinzione degli enti coinvolti, ma il loro potenziamento, mediante la prosecuzione della loro attività in forma congiunta<sup>57</sup>.

### 2.4.2. La disciplina nel Decreto

La qualificazione di tale operazione nel paradigma modificativo/evolutivo consente di salvaguardare nell'ambito della disciplina in esame il rispetto del canone della personalità della responsabilità penale *ex art. 27, comma 1 Cost.* La regola prevista dall'art. 29 del Decreto trova applicazione con riferimento alle ipotesi in cui la responsabilità amministrativa ascrivibile ad uno dei soggetti partecipanti sia sorta *prima* del perfezionamento della fusione stessa. Successivamente, non si tratterebbe più di una responsabilità "assunta" dall'ente post-fusione, ma di una responsabilità propria e diretta del soggetto risultante, a seguito dell'avvenuta compenetrazione dei patrimoni dei soggetti fondenti<sup>58</sup>.

Nel caso di fusione propria, pertanto, l'ente

risultante sommerà alle proprie responsabilità nascenti da reato quelle dei soggetti partecipanti ovvero, nel caso di fusione per incorporazione, cumulerà alle proprie responsabilità quelle dell'ente fagocitato<sup>59</sup>.

In entrambi i casi, non si assiste ad un fenomeno transitorio, ma a una definitiva commistione della responsabilità: in forza della identità soggettiva tra soggetti partecipanti e quello risultante, quest'ultimo sarà chiamato a rispondere delle conseguenze del reato in qualità di ente originariamente responsabile, modificatosi a seguito del processo di fusione.

Qualificando la responsabilità dell'ente risultante dall'operazione di fusione nel paradigma di una responsabilità propria e diretta, è pacifica l'ascrivibilità dell'obbligazione per l'adempimento della sanzione pecuniaria in capo a quest'ultimo, in totale conformità con l'art. 2504-*bis* c.c. Tuttavia, in forza dell'art. 31 comma 1 del Decreto, qualora il procedimento non fosse ancora iniziato o concluso nel momento del perfezionamento della fusione, l'ammontare della sanzione dovrà essere commisurato tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali in cui versava l'ente originariamente responsabile, essendo il fondamento di tale responsabilità una colpa organizzativa<sup>60</sup>.

Come anticipato, le sanzioni interdittive sono invece, ai sensi dell'art. 14, comma 1 del Decreto, ancorate alla «*specifica attività*» nel cui ambito è stato commesso il reato; tuttavia tale previsione non pone al riparo dal rischio di una eccessiva asprezza del sistema sanzionatorio. Difatti, se tale garanzia opera efficacemente nell'ambito di *fusioni conglomeranti* (tra soggetti che svolgono attività diverse e non connesse) o *verticali* (tra enti che operano in fasi differenti del medesimo ciclo produttivo), sembra essere invece inefficace nei riguardi di *fusioni orizzontali* (tra soggetti che svolgono attività simili o identiche)<sup>61</sup>. Per evitare una recrudescenza sanzionatoria, stante la difficoltà di individuare in concreto il ramo di attività colpevole della condotta illecita, il legislatore, come anticipato, ha previsto, *ex art. 31, comma 2 del Decreto*, la facoltà in capo all'ente post-fusione di ottenere la sostituzione delle misure interdittive con misure pecuniarie ove risultino integrati i presupposti cristallizzati dall'art. 17. Inevitabile è, tuttavia, l'impatto reputazionale che si riverbera sull'ente risultante dall'operazione, per il semplice fatto di essersi commistionato con un soggetto responsabile.

Difficoltà applicative analoghe a quelle analizzate con riferimento alla trasformazione, potrebbero sorgere qualora all'esito dell'operazione, l'ente

risultante non rientrasse nel novero dei soggetti responsabili, come nel caso di fusione eterogenea. In particolar modo, problematiche ancora più evidenti potrebbero manifestarsi laddove il perfezionamento dell'operazione dovesse intervenire in un momento in cui il procedimento per l'accertamento della responsabilità in capo all'ente partecipante fosse ancora pendente o si fosse già concluso.

La realizzabilità di tali operazioni potrebbe, quindi, essere preclusa: l'autonomia privata di far prendere parte a una fusione un ente, la cui responsabilità amministrativa sia stata accertata o sia in fase di accertamento, potrebbe essere limitata qualora il soggetto risultante dall'operazione non sia assoggettabile all'ambito applicativo del Decreto<sup>62</sup>. Tuttavia, tale limite opererebbe solo *in via preventiva*: il principio di irregredibilità della fusione, statuito dell'art. 2504-*quater* c.c.<sup>63</sup>, porterebbe a ritenere che, una volta perfezionata l'operazione tramite l'iscrizione nel registro delle imprese, anche quandanche essa portasse alla costituzione di un ente estraneo alla disciplina del Decreto, risulterebbe comunque valida<sup>64</sup>.

Diversa sarebbe, invece, l'ipotesi in cui l'operazione fosse compiuta prima che il giudizio finalizzato all'accertamento del reato abbia inizio, non potendo configurarsi alcun tipo di ostacolo al perfezionamento della stessa.

Per ciò che concerne, infine, le sorti della confisca e del sequestro preventivo (ad essa finalizzato) a seguito dell'operazione di fusione per incorporazione, la Suprema Corte di Cassazione<sup>65</sup> ne ha escluso l'estensibilità all'ente incorporante in forza di una mera applicazione meccanicistica in sede penale dell'art. 2504-*bis* c.c., dando rilievo alla necessità di preservare la posizione dei cc.dd "terzi in buona fede". Nel caso di specie, i giudici di legittimità – nell'evidenziare la necessità di preservare la buona fede dell'ente incorporante, in qualità di soggetto estraneo al compimento del reato –, indirettamente ricusavano la natura meramente modificativa dell'operazione, postulando una sorta di alterità soggettiva tra l'ente risultante e i soggetti partecipanti<sup>66</sup>. *A contrario*, se si configurasse una perfetta sovrapposibilità in termini soggettivi tra ente pre e post fusione, l'eventuale rilevanza del profilo soggettivo dovrebbe essere parametrata nei confronti dell'ente originariamente responsabile, senza che la "terzietà" dell'ente risultante acquisisca rilievo.

Ai fini dell'applicabilità di tale misura, il giudice sarà chiamato ad operare una duplice verifica: sul piano oggettivo, si dovrà accertare se la società incorporante abbia conseguito vantaggi ovvero apprezzabili utilità derivanti dall'altrui attività criminosa; sul piano soggettivo, si dovrà valutare

se al momento dell'operazione, essa fosse o meno in condizioni di poter conoscere, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, che la società incorporata si era avvantaggiata del profitto derivante dall'integrazione del reato in ordine al quale era stata disposta la misura cautelare reale.<sup>67</sup>

## 2.5. La Scissione

### 2.5.1. Inquadramento civilistico dell'istituto

Tra il catalogo delle vicende modificative dell'ente, la disciplina in tema di scissione, cristallizzata nell'art. 30 del Decreto, è indubbiamente quella più articolata, in ragione del "polimorfismo"<sup>68</sup> che contraddistingue tale istituto, regolamentato dagli artt. 2506 – 2506-*quater* c.c..

L'inventario delle diverse forme di scissione<sup>69</sup>, il cui effetto costante è il frazionamento dell'ente protagonista dell'operazione, comprende sul versante della scindenda, ipotesi di scissione *totale/propria* – nel caso in cui il patrimonio della stessa (ormai estinta) venga integralmente trasferito a due o più società beneficiarie – ovvero di scissione *parziale/impropria* – qualora ad essere assegnata sia solo una porzione del patrimonio, mantenendo la scissa (sopravvissuta alla vicenda modificativa) la titolarità di determinati rapporti giuridici e proseguendo nella propria attività. Sul fronte delle società beneficiarie, invece, l'operazione può essere intesa *in senso stretto*, laddove esse siano di nuova costituzione, ovvero, *per incorporazione* qualora esse fossero preesistenti (dando vita ad un meccanismo che, nella prospettiva del soggetto incorporante, ricalca quello della fusione per incorporazione). Infine, se la ripartizione delle partecipazioni nella beneficiaria a favore dei soci della scissa avviene nelle stesse proporzioni di quelle già detenute si assisterà ad una *scissione proporzionale*, in caso contrario, laddove la ripartizione avvenga secondo modalità differenti rispetto a quelle originarie si tratterà di *scissione non proporzionale*<sup>70</sup>.

Dibattuta era, inoltre, la natura giuridica di tale operazione: tuttavia, come nel caso della fusione, l'ipotesi "estintivo-constitutiva" è stata spodestata dalla qualificazione di tale fenomeno quale strumento modificativo che determina un *continuum* economico-sostanziale tra gli enti partecipanti, a prescindere dalla loro alterità soggettiva<sup>71</sup>.

### 2.5.2. La disciplina nel Decreto

Stante la «variazione in aumento»<sup>72</sup> dei soggetti potenzialmente responsabili, il legislatore delegato, nell'individuare gli effetti dell'operazione di scissione sul regime della responsabilità amministrativa da reato, ha cercato, sia di identificare quali siano gli enti imputabili ai quali vada ascritta la

responsabilità amministrativa, sia di disciplinare la ripartizione della responsabilità patrimoniale ai fini sanzionatori<sup>73</sup>.

Nell'ipotesi di *scissione parziale*, l'art. 30, comma 1 statuisce che «*resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3*».

Pacifico è, pertanto, nel caso di scissione parziale, il permanere della responsabilità in capo all'ente scisso che, sopravvissuto all'operazione, continuerà ad essere imputabile in virtù di una c.d. colpa in organizzazione per non aver adottato un sistema di controlli adeguato alla prevenzione della commissione del reato<sup>74</sup>. Esso resterà obbligato principale per il pagamento delle sanzioni pecuniarie, mentre, ai sensi dell'art. 30 comma 3, rimarrà centro di imputazione di quelle interdittive, solo qualora, all'esito dell'operazione, il ramo di attività incriminato rimanga interamente a suo carico.

In capo all'ente scisso penderà, inoltre, una responsabilità inderogabile, che limita l'autonomia privata degli enti coinvolti nell'operazione: nell'ambito della redazione del progetto di scissione è infatti preclusa la possibilità di disporre discrezionalmente della partita debitoria che trae origine dalla responsabilità *ex crimine* ai sensi del Decreto, in contrasto con la disciplina civilistica cristallizzata nell'art. 2506-*bis* c.c. che configura in capo agli amministratori della scissa il compito di determinare gli elementi tanto dell'attivo quanto del passivo da trasferire ai beneficiari<sup>75</sup>.

Per ciò che concerne l'ente beneficiario, invece, in deroga al principio della solidarietà sussidiaria ex art. 2506-*quater* ult. co. c.c.<sup>76</sup>, quest'ultimo risponderà, in forza del comma 2 dell'art. 30, delle sanzioni pecuniarie, solidalmente e pariteticamente (non potendo godere del beneficio della preventiva escussione dell'ente scisso), nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferito ovvero illimitatamente, qualora sia divenuto destinatario del ramo di attività che ha dato luogo alla commissione del reato. Il trasferimento del ramo di attività incriminato comporterà, inoltre, l'applicazione della sanzione interdittiva in capo al soggetto beneficiario.

Dunque, qualora la *scissione parziale* si realizzi in assenza del trasferimento del ramo di attività nei cui ambito è stato integrato l'illecito, la responsabilità dell'ente scissionario si cumulerà a quella del soggetto scisso, che rimarrà centro di imputazione della responsabilità amministrativa nascente da reato e delle conseguenze sanzionatorie che ne derivano. L'ente originariamente responsabile – lo scisso – rimarrà, quindi, il debitore principale per

l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, mentre gli scissionari acquisteranno la qualifica di garanti, nei limiti del patrimonio netto loro trasferito, potendo esercitare azione di rivalsa nei confronti dell'ente scisso, obbligato in via principale, qualora soddisfino la pretesa dell'erario<sup>77</sup>.

Nel caso di *scissione totale*, invece, venendo meno l'ente originariamente responsabile, maggiormente problematica è l'attribuzione della responsabilità amministrativa. Se si assumesse quale criterio di imputazione quello impiegato per la ripartizione della responsabilità patrimoniale per le sanzioni pecuniarie, conseguenza indefettibile sarebbe la qualificazione degli enti risultanti quali responsabili *pro quota* per l'illecito amministrativo, mentre l'applicazione delle sanzioni interdittive continuerebbe a seguire il ramo di attività nel cui contesto si è consumato il reato<sup>78</sup>. Al contrario, l'applicazione del criterio della continuità economica porterebbe a dare rilievo esclusivo alle sorti del ramo di attività incriminato: il trasferimento di suddetto ramo comporterebbe, pertanto, l'ascrivibilità della responsabilità, mentre l'obbligazione solidale degli enti non assegnatari avrebbe funzione di mera garanzia patrimoniale entro il perimetro del valore del patrimonio netto conferito, con conseguente diritto di regresso nei confronti dell'assegnatario dell'attività, per l'intero importo corrisposto<sup>79</sup>.

Entrambe le ricostruzioni proposte non sono tuttavia scevre da problematiche di compatibilità con la Carta Costituzionale: se la prima tesi si discosta dal principio di personalità della responsabilità penale, problema analogo può essere ravvisato anche nella seconda teoria che, riconducendo l'imputabilità dell'ente beneficiario all'assegnazione del ramo di attività, configura una responsabilità per comportamenti che non sono ad esso direttamente ascrivibili<sup>80</sup>.

Altrettanto spinosa è l'individuazione della nozione di ramo di attività, stante «l'ambiguità lessicale»<sup>81</sup> del legislatore delegato. Di fatti, nonostante la centralità di tale concetto, al quale non solo viene ricondotta l'applicabilità delle sanzioni interdittive, ma altresì l'individuazione del regime di solidarietà nell'ambito delle sanzioni pecuniarie, evidente è la «promiscuità» del testo del Decreto che, nell'ancorare le sanzioni interdittive, affianca al «ramo di attività» di cui all'art. 30, la nozione di «specifica attività» ex art. 14, oscillando tra il significato di «parte» del patrimonio netto trasferito in sede di scissione e di «ambito» nel quale il reato è stato commesso<sup>82</sup>.

Si è sostenuto che per definire tale nozione occorrerebbe rinviare alla fattispecie di cui all'art. 2203, comma 2 c.c. che evoca il concetto

di «*ramo particolare d'impresa*» quale ambito della predisposizione institoria, dovendosi, pertanto, configurare il «*ramo di attività*» come una parte dell'attività imprenditoriale (una fase, una funzione o un settore) «*avente un oggetto specifico e capace di un certo grado di autonomia sul piano gestionale, organizzativo e contabile e di eventuale articolazione aziendale*»<sup>83</sup>. In tal senso, il discrimine sarebbe, quindi, individuabile nella permanenza o nel trasferimento di un insieme di beni e di rapporti funzionalmente collegati all'esercizio e alla continuazione dell'attività nel cui ambito si è consumato il fatto illecito<sup>84</sup>. Operando un ribaltamento di tale ragionamento, sembra altresì possibile individuare suddetto concetto, in forza dell'art. 2112 c.c.: il «ramo di attività» rilevante verrebbe perciò inteso come «*il ramo aziendale strumentalmente funzionale – anche o soltanto – all'esercizio della specifica articolazione dell'attività imprenditoriale entro la quale si è inscenata la vicenda criminosa*»<sup>85</sup>.

Al fine di poter giustificare l'ascrivibilità di una responsabilità illimitata in capo all'ente beneficiario destinatario del ramo di attività incriminato, si ritiene che esso debba incidere in modo significativo sulla capacità produttiva sia dell'ente scisso, determinandone una menomazione, sia dell'ente scissionario, accrescendola<sup>86</sup>.

Non è, peraltro, da escludere l'eventualità che, a seguito della scissione, predetto ramo subisca uno smembramento tale da non consentire di individuare una continuazione dell'attività in capo agli enti coinvolti, determinando l'inapplicabilità della sanzione. Tale operazione non potrebbe essere qualificata come elusiva della normativa in commento, poiché lo smembramento dell'attività «infetta» sarebbe sintomatico della volontà dell'ente di «autopunirsi»<sup>87</sup>.

Dinnanzi al silenzio del legislatore, dibattute sono, infine, le sorti dell'eventuale applicazione della sanzione della confisca del prezzo o del profitto del reato ex art. 19 del Decreto. L'ascrivibilità di tale sanzione nei riguardi esclusivi dell'ente scisso – in ossequio al principio di legalità ex art. 2 del Decreto, e dell'applicabilità del divieto di analogia *in malam partem* degli artt. 30 comma 2 e 3, e 70 del Decreto – potrebbe determinare una eccessiva frustrazione dell'esigenze di effettività della sanzione. Predetta soluzione risulterebbe inoltre estremamente iniqua qualora l'operazione non fosse suffragata da intenti elusivi e del tutto inadeguata nel caso di scissione totale, all'esito della quale si determina – come premesso – l'estinzione dell'ente scisso<sup>88</sup>.

Nell'ottica di assicurare l'effettività della risposta sanzionatoria, è stata proposta una lettura estensiva della disposizione, prevedendo l'ipotesi

dell'applicabilità della confisca nei riguardi dell'ente beneficiario destinatario, almeno in parte, del ramo di attività incriminato, in misura proporzionale al profitto del reato percepito<sup>89</sup>. Tale interpretazione estensiva non è tuttavia esente da criticità essendo, come premesso, contraria al principio di legalità cristallizzato nell'art. 2 del Decreto, che impone una espressa previsione delle sanzioni *ex lege*<sup>90</sup>.

Nel caso di mancato trasferimento del ramo incriminato, l'ente beneficiario non potrà, in ogni caso, diventare il centro di imputazione di tale sanzione, qualora ricorrano una serie di condizioni: (i) la corretta individuazione del ramo di attività trasferito al beneficiario; (ii) la conservazione in capo all'ente scisso dell'intero profitto conseguito dalla consumazione del reato presupposto; (iii) il mancato riscontro da parte del giudice di intenti elusivi della responsabilità, nell'operazione di scissione posta in essere<sup>91</sup>.

## **2.6. Disposizioni comuni in materia di fusione e scissione**

### **2.6.1. Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione**

Come anticipato nel corso della trattazione, l'art. 31 del Decreto rubricato «*Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione*» esplicita le regole finalizzate a disciplinare la commisurazione delle sanzioni pecuniarie e la conversione delle sanzioni interdittive nel caso di fusione e scissione dell'ente. Viene così istituito il c.d. «*principio di sequela*», in forza del quale la responsabilità segue l'ente al quale risulta ascrivibile la commissione dell'illecito penale a seguito del perfezionamento della vicenda modificativa<sup>92</sup>.

Restano esclusi dall'alveo applicativo della norma le ipotesi di trasformazione, operazioni che non determinano un radicale cambiamento né della struttura né delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente<sup>93</sup>, ovvero l'istituto della cessione di azienda, poiché, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo, centro di imputazione della responsabilità resta il cedente, essendo l'obbligazione del cessionario meramente civilistica e sussidiaria.

Il primo comma della normativa in commento disciplina l'ipotesi in cui il perfezionamento delle operazioni di fusione e scissione sia avvenuto prima della conclusione del giudizio di merito. In forza di tale previsione normativa, il giudice dovrà parametrare il *quantum* sanzionatorio alle «*condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile*» e non di quelle del soggetto risultante, che potrebbero rivelarsi sensibilmente differenti.

Il comma 2 configura, invece, la facoltà in capo all'ente risultante – nel caso di fusione – ovvero all'ente destinatario della sanzione interdittiva – nel caso di scissione – di chiedere al giudice, nel corso del giudizio di merito, la sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria, purché siano state soddisfatte le condizioni previste dall'art. 17 del Decreto. L'ente deve, pertanto, aver (i) risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero essersi efficacemente adoperato in tal senso; (ii) eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (iii) messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Ai fini della concessione della sostituzione è, inoltre, essenziale che la condizione dell'eliminazione delle carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato sia stata soddisfatta a seguito dell'intervento riorganizzativo esito della vicenda modificativa<sup>94</sup>. Come evidenziato da autorevole dottrina<sup>95</sup>, il beneficio della sostituzione della sanzione interdittiva affonda le sue radici nel compimento di condotte riparatorie. Nel prevedere tale facoltà, il legislatore ha inteso non solo favorire la reintegrazione dell'ordine giuridico violato, ma altresì incentivare l'adozione di strutture organizzative finalizzate a prevenire il rischio di un eventuale ulteriore integrazione delle condotte illecite precedentemente commesse.

Nel caso di accoglimento della richiesta, il giudice procederà alla sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria di ammontare pari da una a due volte quello della sanzione pecuniaria inflitta all'ente in relazione al medesimo reato. Infine, la norma preserva, al comma 4, la possibilità, in capo all'ente, di chiedere la conversione della sanzione anche durante la fase esecutiva, in forza dell'art. 78 del Decreto.

### **2.6.2. Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione**

L'istituto della reiterazione dell'illecito è disciplinato, nell'alveo del Decreto, dall'art. 20 il quale prevede che «*si ha reiterazione quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva*». Il legislatore delegato si è tuttavia premurato di adeguare tale previsione al contesto delle vicende modificative nel tentativo di contemperare, sia l'esigenza di inasprimento del trattamento sanzionatorio nei confronti dell'ente responsabile della commissione di almeno due fatti

illeciti in un breve lasso di tempo, sia la necessità di preservare la posizione degli enti risultanti all'esito delle vicende modificative, scongiurando il rischio di una risposta sanzionatoria troppo severa<sup>96</sup>.

L'art. 32 prevede in capo al giudice la facoltà di dichiarare la reiterazione nei confronti dell'ente risultante dalla fusione o beneficiario della scissione per reati commessi in seguito al perfezionamento dell'operazione, in rapporto a condanne pronunciate nei confronti dei soggetti partecipanti per reati commessi anteriormente alla vicenda modificativa.

È quindi evidente che, se la disciplina ordinaria configura un'ipotesi di reiterazione automatica, essendo l'organo giudicante vincolato a prendere in considerazione l'avvenuta reiterazione, la disciplina in commento prevede in capo al giudice l'esercizio di un potere discrezionale ai fini dell'accertamento della stessa<sup>97</sup>.

Quest'ultimo, nel corso del proprio procedimento valutativo, sarà chiamato a prendere in considerazione la natura delle violazioni e delle attività nell'ambito delle quali esse sono state commesse, nonché delle caratteristiche dell'operazione straordinaria posta in essere.

Con riguardo alle ipotesi di scissione, infine, l'ultimo comma dell'art. 32 precisa come, nei confronti degli enti beneficiari, la reiterazione possa essere dichiarata solo qualora essi siano stati destinatari, anche solo in parte, del ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato per il quale è stata pronunciata condanna nei confronti dell'ente scisso.

Rinviando ai paragrafi che seguono alcune considerazioni critiche in merito alla disciplina in esame, gli artt. 31 e 32 del Decreto, prevedono un regime in parte derogatorio rispetto alla generale insensibilità del Decreto alle vicende modificative dell'ente: proponendo una, seppur timida, apertura ad una lettura sostanziale di successione nella responsabilità, tali disposizioni attribuiscono valore, per lo meno in termini di calibro della sanzione applicabile, alla continuità (o discontinuità) operativa tra enti pre e post operazione e a attività di riorganizzazione virtuosa dell'ente.

## 2.7. La Cessione di Azienda

### 2.7.1. Considerazioni generali in tema di cessione di azienda

Ultima tra le vicende modificative ad essere regolamentata dal legislatore delegato è l'ipotesi della cessione di azienda<sup>98</sup>.

A differenza degli istituti fino ad ora esaminati, la cessione di azienda non comporta alcuna modifica strutturale degli enti ma, piuttosto, determinando

il passaggio di controllo di un'organizzazione produttiva da un imprenditore (cedente) a un altro soggetto (cessionario), si connota per l'idoneità ad incidere su un insieme articolato di beni e situazioni giuridiche funzionali allo svolgimento di una determinata impresa.

In ragione di tale peculiarità, il legislatore, nel disciplinare l'intero spettro degli effetti giuridici legati alla cessione, ha agito in maniera disorganica e settoriale, muovendo dalla comune finalità di prevedere un regime che coniugasse, da un lato, l'esigenza di tutelare i soggetti coinvolti nell'operazione e, dall'altro lato, di agevolare i traffici commerciali<sup>99</sup>.

Esempi di tali interventi possono essere individuati nella definizione della sorte dei debiti ascrivibili all'imprenditore cedente disciplinata dall'art. 2560 c.c.<sup>100</sup> alla quale si accosta un catalogo di norme speciali<sup>101</sup> – l'art. 2112 c.c. relativo ai debiti verso i lavoratori; l'art. 58 co. 5 t.u.b applicabile ai debiti coinvolti nei trasferimenti d'aziende in favore di banche (o altri intermediari finanziari); l'art 14 D. Lgs n. 472/1997 in tema di debiti derivanti da sanzioni amministrative applicate per la violazione di norme tributarie – nel cui novero rientra l'art. 33 del presente Decreto. Fattispecie, quest'ultima, che prevede che *«nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria»*.

Caratteristica comune di tali disposizioni è la configurazione di una – più o meno estesa – responsabilità del cessionario dell'azienda per i debiti del cedente. Tale operazione è infatti idonea ad alterare sensibilmente le condizioni patrimoniali e finanziarie del cedente (debitore), poiché esito della stessa non è solo l'impoverimento della consistenza del patrimonio di quest'ultimo, ma altresì una riduzione della capacità reddituale del debitore stesso, rendendosi così necessario tutelare i creditori dal rischio di rimanere insoddisfatti<sup>102</sup>. Tuttavia, la facoltà riconosciuta a questi ultimi di rivolgersi al cessionario non è mai assoluta ed incondizionata, essendo subordinata ad una serie di limiti e condizioni, volti a perimetrarne la responsabilità.

Difatti, affinché la sanzione mantenga il proprio valore ontologicamente afflittivo è indispensabile che il peso economico della stessa venga il più possibile sopportato dall'ente responsabile.

### 2.7.2. La disciplina nel Decreto

Nell'analizzare la disciplina cristallizzata nel Decreto, non possiamo non evidenziare come

attitudine costante del legislatore delegato sia stata quella di estendere la responsabilità nascente da reato nei confronti dell'ente risultante ogniqualvolta questi rappresentasse una prosecuzione del precedente soggetto giuridico, ovvero, qualora avesse beneficiato, in termini economici e patrimoniali, della modificazione del soggetto interessato<sup>103</sup>.

La regolamentazione della cessione di azienda è, tuttavia, sintomatica di un'inversione di rotta. La ragione di questo cambio di paradigma affonda le sue radici nella peculiarità che distingue tale fenomeno dagli altri istituti regolamentati nel Capo II e che si sostanzia nella mancata alterazione del soggetto giuridico autore dell'illecito. In altri termini, l'operazione si riverbera su un piano meramente oggettivo, poiché ad essere interessato è esclusivamente il patrimonio dell'ente, privato dell'insieme di beni e rapporti giuridici strumentali alla commissione del fatto di reato<sup>104</sup>.

Alla luce di tali premesse, l'operazione che il legislatore delegato intende disciplinare deve essere intesa genericamente quale negozio il cui effetto si sostanzia nell'alienazione volontaria della proprietà dell'azienda a titolo definitivo<sup>105</sup>. Qualificando, dunque, la cessione più come effetto che come atto<sup>106</sup>, la disciplina in commento può trovare applicazione in relazione ad una pluralità di operazioni, nel cui novero rientrano (i) qualsivoglia negozio traslativo della proprietà del complesso aziendale quali vendita, permuta, donazione, *datio in solutum*, conferimento (pleonasticamente previsto dall'art 33 ult. co. del Decreto) ecc.<sup>107</sup>; (ii) trasferimenti di un *ramo d'azienda*, salvo il problema di stabilire eventualmente quali reati possano essere considerati nell'ambito della frazione di azienda trasferita; (iii) trasferimenti successivi rispetto al primo<sup>108</sup>.

Risultano, invece, estranee all'alveo della disciplina le cessioni di azienda effettuate nell'ambito di procedure concorsuali, venendo meno la componente volontaria o negoziale dell'operazione<sup>109</sup>. Infine, analogamente escluso è il c.d. *trasferimento indiretto d'azienda*, conseguente alla cessione delle azioni o quote della società titolare dell'azienda medesima, il quale implica un avvicendamento nella sua conduzione senza alcuna cessione in senso tecnico<sup>110</sup>. Pertanto, in caso di acquisto della partecipazione di maggioranza di una società attinta da sanzione, quest'ultima rimarrà esclusivamente in capo alla società sanzionata e non si estenderà, invece, al soggetto che ne abbia acquistato il controllo.

Come si evince dalla Relazione ministeriale accompagnatoria, è inequivocabile la direzione imboccata dal legislatore delegato nell'articolare la

disciplina in commento, difatti, pur non escludendo la potenziale finalità elusiva dell'operazione, maggiore rilevanza viene attribuita alle esigenze di tutela dell'affidamento e della sicurezza delle operazioni commerciali, essendo la cessione di azienda un'ipotesi di successione a titolo particolare che, come anticipato, lascia inalterata l'identità e la responsabilità del cedente o del conferente<sup>111</sup>.

In qualità di responsabile della condotta illecita, pertanto, il cedente resta obbligato in via principale per l'adempimento della sanzione pecuniaria e destinatario esclusivo delle altre eventuali sanzioni. Il cessionario, invece, estraneo alla commissione del fatto di reato, è il centro di imputazione di una responsabilità di natura esclusivamente patrimoniale – e non amministrativa – per il pagamento della sanzione pecuniaria<sup>112</sup>.

Come premesso, tuttavia, il sorgere di tale responsabilità risulta subordinato all'effettiva sussistenza di tre condizioni: (i) il trasferimento deve aver avuto ad oggetto un'azienda nella cui attività sia stato integrato l'illecito penale; (ii) deve essersi proceduto alla preventiva escussione del patrimonio dell'ente cessionario; (iii) la sanzione pecuniaria deve risultare dai libri contabili obbligatori ovvero deve essere stata inflitta per un illecito conosciuto dal cessionario.

Viene inoltre apposto un limite quantitativo alla pretesa che può essere rivolta al cessionario, il quale potrà essere chiamato a rispondere nel limite del valore dell'azienda ceduta. Secondo l'orientamento maggioritario<sup>113</sup>, tale limite deve essere riferito al valore reale, da intendersi come quello che tenga conto del valore a cui il plesso produttivo sarebbe stato scambiato in normali condizioni di mercato.

Il primo requisito concerne l'oggetto del trasferimento con la finalità di perimetrare la responsabilità del cessionario all'ipotesi in cui questi diventi titolare del plesso produttivo utilizzato dal cedente per l'esercizio dell'attività nello svolgimento della quale è stato commesso il reato<sup>114</sup>. Ambito di elezione della disciplina è proprio l'ipotesi in cui oggetto di trasferimento sia stato solo un ramo di attività, dovendosi, pertanto, accertare se il fatto penalmente rilevante sia stato commesso nell'ambito di quella posta in essere mediante il ramo ceduto.

La seconda condizione porta a configurare la responsabilità del cessionario come sussidiaria, poiché stante il carattere affittivo della sanzione, non si riconosce in capo all'amministrazione creditrice la facoltà di scelta del soggetto da aggredire, dovendo quest'ultima rivolgersi necessariamente *in primis* all'ente responsabile.

Infine, a differenza di quanto previsto ex art. 2560 c.c. in tema di responsabilità del cessionario

per i debiti relativi all'azienda ceduta – in merito alla quale l'iscrizione nei libri contabili deve considerarsi elemento costitutivo – il legislatore delegato, mosso dall'esigenza di preservare gli interessi dell'erario, ha previsto il sorgere di una responsabilità solidale in capo a quest'ultimo quando questi abbia comunque avuto conoscenza dell'illecito, pur in assenza dell'iscrizione del relativo debito nei libri contabili<sup>115</sup>. Peraltro, si ritiene che, a tal fine, non sia sufficiente una generica consapevolezza dell'avvenuta verifica del reato, bensì occorrerà dimostrare, in capo al cessionario stesso, l'avvenuta rappresentazione di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità dell'ente, così come indicati dall'art. 5 del Decreto, unitamente alla consapevolezza che il fatto illecito sia stato commesso nel contesto dell'attività svolta nell'ambito dell'azienda ceduta<sup>116</sup>.

Tale interpretazione potrebbe, tuttavia, non essere pienamente condivisibile laddove facesse ricadere nell'ambito della responsabilità del cessionario debiti futuri e incerti tanto nell'*an* che nel *quantum*. Di fatti, potrebbe essere estremamente difficoltoso valutare l'effettiva convenienza dell'operazione in forza della conoscenza dell'astratta possibilità che, in un ipotetico momento successivo, possa sorgere un debito dall'ammontare incerto. Pertanto, si potrebbe ritenere<sup>117</sup> che la responsabilità del cessionario possa essere estesa solo ai debiti per sanzioni pecuniarie che, pur non essendo espressamente iscritti nei libri contabili, siano certi nell'*an* e nel *quantum*, in quanto relativi ad illeciti già accertati dal giudice. La "conoscenza" del cessionario non verrebbe più ricondotta ad una valutazione personale dei diversi elementi della fattispecie di reato, ma risulterebbe ancorata alla consapevolezza dell'intervento di una sentenza di condanna del cedente consentendo così di conoscere l'ammontare della sanzione applicata. Come precisato dalla Relazione governativa<sup>118</sup>, inoltre, è esclusa la trasmissibilità delle sanzioni interdittive nei confronti del cessionario dell'azienda nel cui ambito è stato consumato il reato, stante l'alterità sul piano soggettivo tra gli enti partecipanti all'operazione. In egual modo, non si ritengono applicabili al cessionario le misure cautelari, il sequestro e la confisca<sup>119</sup>.

Una simile previsione ha suscitato non poche perplessità poiché, pur essendo le sanzioni interdittive ancorate – ex art. 14 del Decreto – alla specifica attività nella quale è stato integrato il reato, il permanere della responsabilità in capo al cedente, a seguito del trasferimento, ne determina una concreta disapplicazione.

Suddetta disciplina appare iniqua laddove raffrontata con il regime applicato nel caso di

scissione parziale – operazione sostanzialmente analoga negli effetti –, al compimento della quale l'ente beneficiario, destinatario – anche solo in parte – del ramo di attività nel cui ambito si è consumato il reato, diventa centro di imputazione della sanzione interdittiva<sup>120</sup>.

Per ovviare a tale vuoto normativo, taluna parte della dottrina<sup>121</sup>, in forza di un'interpretazione sistematica della normativa, ha proposto l'applicazione analogica – suffragata da un generale "principio di sequela" – dell'art. 30 comma 3, in forza del quale le sanzioni interdittive dovrebbero essere applicate all'azienda trasferita, preservando la possibilità di richiedere la sostituzione ai sensi dell'art. 31 del Decreto. Tuttavia, tale soluzione appare impraticabile in ragione dell'incompatibilità con il principio di legalità cristallizzato nell'art. 2 del Decreto stesso<sup>122</sup>. Ulteriore ipotesi<sup>123</sup> sarebbe quella di ricorrere alla disciplina generale della frode alla legge<sup>124</sup> ovvero dell'illiceità del motivo<sup>125</sup> in forza della quale, se il contratto di alienazione dell'azienda, fosse posto in essere in assenza di una effettiva motivazione economica, ma al solo fine di eludere l'applicazione delle misure interdittive, esso potrebbe essere dichiarato nullo, determinando il ripristino della situazione *quo ante*. Pertanto il cedente rientrando nella titolarità dell'azienda incriminata, potrebbe essere assoggettato alle sanzioni interdittive. Tuttavia, tale soluzione teoricamente percorribile postula sul piano applicativo non poche perplessità stante la difficoltà nel dare prova dell'effettiva consapevolezza dei soggetti partecipanti dell'illiceità del motivo<sup>126</sup>.

Infine, alla luce delle differenze evidenziate, è stata ipotizzata in dottrina la illegittimità costituzionale dell'art. 33 per asserita violazione dell'art. 3 della Carta, a fronte dell'illegittima disparità di trattamento delle modalità di attuazione delle sanzioni interdittive nell'ipotesi di cessione di azienda e nel caso di scissione parziale<sup>127</sup>. Sembra, tuttavia, che tale eventualità si scontri con il necessario rispetto del principio della personalità della responsabilità sancito dall'art. 27 Cost., stante l'altruità soggettiva del cedente rispetto al cessionario. A tal proposito, la questione verte ancora una volta sulla reale natura della responsabilità dell'ente: suddetta preclusione opererebbe laddove si riconoscesse alle sanzioni previste dal Decreto carattere sostanzialmente penale, verrebbe invece meno laddove – dando credito alla qualificazione operata del legislatore – si attribuisse loro carattere amministrativo<sup>128</sup>.

### 3. Le vicende modificative dell'ente nella prassi: attività di "acquisizioni" societarie e responsabilità 231

La disciplina concernente le vicende modificative dell'ente e i relativi riflessi in relazione alla responsabilità amministrativa da reato è una materia che, lungi dal rimanere ancorata al campo della sola dogmatica, presenta notevoli implicazioni pratiche soprattutto nell'ambito di operazioni straordinarie che comportano una modifica degli assetti proprietari dell'ente o un trasferimento di comparti aziendali.

In particolare, ponendosi nell'ottica del soggetto "acquirente" (c.d. *buyer*), appare fondamentale per il medesimo valutare, precedentemente al perfezionamento di una operazione di acquisizione del controllo di una diversa società o di una azienda – più propriamente, prima di decretare la fusione con un diverso soggetto giuridico, l'acquisto dell'azienda/ramo d'azienda dello stesso ovvero dell'acquisto di quote/azioni societarie –, se tale operazione possa comportare una trasmissione di responsabilità per illeciti commessi dall'ente "acquisito".

Nell'esperienza pratica, tali valutazioni possono essere svolte nell'ambito di tre differenti fasi: (i) nella fase di *due diligence*, ovverosia di analisi dei documenti e delle informazioni messi a disposizione dal venditore (c.d. *seller*) al fine di valutare se e con che caratteristiche formulare una offerta; (ii) nella fase di definizione dello schema giuridico da adottare per procedere alla acquisizione; (iii) nella fase, successiva al perfezionamento dell'operazione, di valutazione di eventuali attività di riorganizzazione aziendale.

Nei paragrafi che seguono saranno affrontati ciascuno dei tre aspetti sopra evidenziati.

### 3.1. Due diligence e rischio reato

Con il termine *due diligence* si indica il procedimento attraverso il quale il potenziale "acquirente" – sia, nella forma dell'acquisto di quote/azioni della società *target*, sia nella forma di fusione/acquisto ramo di azienda – valuta in via preventiva le condizioni economiche della società che intende acquisire, nonché i rischi eventuali e potenziali correlati a determinate operazioni<sup>129</sup>.

Più tecnicamente, si può affermare che la finalità della *due diligence* è quella di accertare attraverso una raccolta mirata ed analitica di informazioni se vi siano le condizioni di fattibilità dell'operazione programmata ovvero se sussistano circostanze che possano comprometterne il buon esito (ad esempio, l'adeguatezza dei fondi appostati in bilancio in relazione a determinati rischi) o, commercialmente, possono essere valorizzate in chiave negoziale al fine di una riduzione del prezzo di vendita<sup>130</sup>.

Nella determinazione del valore (e quindi del prezzo) di una società, non può non considerarsi, in chiave

"statica", una analisi del sistema dei controlli interni, così come risultante dalla documentazione interna rilevante: modello, procedure-linee guida-protocolli, verbali e relazioni dell'Organismo di Vigilanza.

Una tale analisi non solo è funzionale a comprendere la storia dei controlli della società ma, in ottica prospettica, a quantificare i costi che l'acquirente dovrà affrontare nel corso del successivo processo di integrazione.

Oltre ai rischi più strettamente economici, quali ad esempio l'attualizzazione dei potenziali flussi di cassa che la società *target* sarà in grado di garantire (analisi fondamentale in una ipotesi di acquisto a leva nelle operazioni di *leveraged buyout*), sono molteplici gli aspetti legali che, laddove non correttamente identificati e valutati, potrebbero comportare, in ottica *ex post*, una diminuzione del ritorno economico dell'operazione.

Nell'ambito di tali rischi legali, non si può non tenere in debita considerazione il rischio che condotte illecite, commesse precedentemente all'operazione, possano, a distanza di anni, sfociare in un procedimento penale nei confronti delle persone fisiche che hanno commesso tali illeciti e, eventualmente, della società stessa.

La corretta individuazione di tali rischi potrebbe suggerire, pertanto, di non proseguire nell'operazione perché considerata non appetibile: oltre alle implicazioni economiche, l'emissione di una sentenza di condanna (anche in caso di sanzioni non consistenti) potrebbe avere enormi impatti a livello reputazionale e condurre l'ente ad una sostanziale ostracizzazione dal circuito economico lecito. A tale riguardo, si pensi, in ottica pubblicistica, alla previsione di cui all'art. 80 comma 5 lettera Codice degli Appalti, «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora: (...) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». Tale disposizione è stata oggetto di interpretazione dalle linee guida ANAC n. 6 le quali hanno precisato come «rilevano le condanne esecutive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice: (...) reati previsti dal D.Lgs. 231/2001<sup>131</sup>».

Laddove si decidesse di proseguire nell'operazione, la esatta individuazione del rischio potrebbe suggerire di procedere solo a determinate

condizioni: in termini di prezzo, di garanzie offerte dal venditore o di schema giuridico attraverso il quale procedere all'“acquisto”.

Limitando l'analisi ai soli rischi connessi alla successione nella responsabilità ai sensi del Decreto, oggetto della presente trattazione, le variabili da considerare sono le sanzioni, pecuniarie ed interdittive e la confisca del profitto del reato.

Tale esercizio è evidentemente complesso e sconta un alto margine di incertezza che varia a seconda dello stato del procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo nel momento in cui l'operazione si perfeziona. A tale riguardo, riprendiamo i tre potenziali scenari già affrontati in precedenza: il procedimento può (i) essere già stato concluso; (ii) essere ancora in corso; (iii) non essere stato ancora avviato.

### 3.1.1. Procedimento già concluso o in corso

Non particolarmente problematica appare la situazione nella quale sia già intervenuta una sentenza irrevocabile di accertamento di responsabilità, ma non sia ancora stata eseguita. La sanzione pecuniaria e l'eventuale confisca, in questo caso, saranno somme certe e, pertanto, oggetto di specifica valorizzazione in termini di prezzo di acquisto. Analogamente, una sanzione interdittiva già disposta, sia nella tipologia che nella durata, potrà essere correttamente valutata in termini di impatto economico: resta ferma, in ogni caso, la possibilità di conversione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 31 del Decreto.

Maggiori valutazioni sono richieste, invece, nel caso di procedimento avviato, ma non ancora terminato, dove la sanzione è incerta sia nell'*an* sia nel *quantum*.

Con riferimento alla sanzione pecuniaria e alla confisca del profitto del reato, una possibile tutela per l'acquirente consiste nel prevedere, nel contratto di acquisto, specifiche clausole di indennizzo nel caso in cui l'ente risultante dalla operazione di acquisizione sia costretto, anche a distanza di anni, al pagamento di un importo monetario quale conseguenza della condanna.

Un approccio cautelativo potrebbe suggerire di richiedere al venditore garanzie pari al valore massimo della sanzione applicabile e della confisca (salvo casi nei quali sia già intervenuto un sequestro per un ammontare equivalente): tuttavia, in caso di operazioni relative a società di modeste dimensioni, una tale richiesta potrebbe essere sproporzionata rispetto al valore dell'operazione e, pertanto, potrebbe porre l'acquirente di fronte alla decisione di supportare il rischio della sanzione (magari valorizzando tale alea in ottica di riduzione del prezzo) ovvero di desistere dall'acquisizione.

Con riferimento alla sanzione interdittiva, un'applicazione della medesima potrebbe comportare il venir meno dello stesso presupposto fondante l'operazione: si pensi ad una società *target* che operi in un settore per il quale è necessaria una particolare autorizzazione o l'iscrizione in determinati elenchi (per esempio nel settore dei servizi finanziari) che, in caso di sospensione o revoca della autorizzazione funzionale all'esercizio dell'attività, sarebbe di fatto impossibilitata ad operare *pro futuro*. A tal fine, al netto di possibili modalità di indennizzo da parte del venditore, appaiono due le principali modalità per mitigare, *ex post*, le conseguenze pregiudizievoli: richiedere, in caso di condanna, la sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria ovvero porre in essere le condotte previste dall'art. 17 del Decreto.

Sia in caso di procedimento concluso sia di procedimento *in itinere*, la principale fonte attraverso la quale valutare la (certa o) possibile incidenza della sanzione sul patrimonio dell'ente consiste negli atti del procedimento che (ha coinvolto o) coinvolge l'ente, eventualmente integrati con le informazioni non ancora confluite in atti che potrebbero rilevare in termini di riduzione/aumento del rischio condanna.

### 3.1.2. Procedimento non ancora avviato

Decisamente più incerto è il terzo scenario: in assenza dell'avvio (ovvero della conoscenza dell'avvio) di un procedimento penale, nel corso della analisi della documentazione emerge che un reato presupposto, non (ancora) oggetto di accertamento, sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Un primo problema concerne la fonte della conoscenza di eventuali fatti di reato: a differenza delle ipotesi già passate in rassegna, non trovandoci in una cornice procedimentale, e quindi in assenza di “atti processuali”, solo l'analisi critica della documentazione societaria potrebbe evidenziare la sussistenza di comportamenti illeciti commessi o addirittura in corso di svolgimento.

A seguito dell'emersione di elementi tali da far ritenere che, precedentemente all'operazione è stato commesso un reato, l'acquirente potrebbe avviare una indagine interna – nelle forme delle investigazioni difensive preventive di cui agli art. 327-bis e 391-novies c.p.p., in modo da garantire la segretezza della relativa documentazione – al fine di individuare gli eventuali autori del reato e decidere se porre in essere condotte di cooperazione con l'autorità giudiziaria anche in vista dei benefici previsti in caso di condotte rimediali (tra tutti, art. 17 e art 25 comma 5-bis del Decreto).

A fronte, tuttavia, del sostanziale automatismo nella trasmissione della responsabilità in caso di vicende modificative, non pare sussistano effettivi incentivi per l'ente a porre in essere condotte di autodenuncia, laddove potrebbe essere più conveniente rimanere inerti nella speranza che l'illecito fosse mai oggetto di accertamenti investigativi ovvero gli stessi venissero avviati quando l'illecito non si più perseguibile.

In tale contesto, infatti, con riferimento a reati già consumati, l'esatta individuazione del *tempus commissi delicti* è essenziale ai fini del calcolo della prescrizione che, laddove inutilmente decorsa – *id est* quando siano trascorsi cinque anni dalla commissione dell'illecito in assenza di uno degli atti interruttivi previsti dall'art. 22 del Decreto – potrà escludere profili di responsabilità dell'ente anche nel caso in cui, per il reato presupposto, sia ancora possibile agire nei confronti delle persone fisiche autori del medesimo.

Assolutamente differente è la situazione nella quale un reato si sia perfezionato in un momento precedente rispetto ad una delle vicende modificative dell'ente, ma protragga la propria consumazione ad un momento successivo al compimento dell'operazione straordinaria.

Si pensi al reato di occupazione alle proprie dipendenze di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, previsto dall'art. 22 del D. Lgs. 25 luglio 1998 n. 286: tale reato ha natura permanente, in quanto la norma incriminatrice attribuisce rilievo all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa piuttosto che al momento della costituzione del rapporto<sup>132</sup>.

Nel caso in cui, a seguito dell'operazione di acquisizione, l'ente (risultante dalla fusione o acquirente dell'azienda) assuma alle sue dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno già in forza all'ente "acquisito", non si assisterà ad una ipotesi di trasmissione di responsabilità: essendo il reato ancora in corso di svolgimento, il "nuovo" ente sarà responsabile diretto per l'illecito amministrativo commesso.

Una ipotesi che desta ancora maggiori risvolti interpretativi attiene ai reati a consumazione prolungata. Si pensi ai casi di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-*bis* c.p. ovvero di indebita percezione di erogazioni pubbliche ai sensi dell'art. 316-*ter* c.p.: la condotta tipica si esaurisce con la percezione del primo emolumento indebito (così perfezionandosi il reato in tutti i suoi elementi costitutivi). Tuttavia, nei casi nei quali ad una unica condotta discenda l'erogazione dilazionata di altre indebite elargizioni, il momento consumativo del reato si sposta in avanti fino all'ultima di tali elargizioni causate dal medesimo comportamento

illecito<sup>133</sup>.

In tali frangenti, la condotta tipica (richiesta dell'emolumento in assenza dei presupposti) commessa da un dipendente dell'ente "acquisito" precedentemente al perfezionamento dell'operazione potrebbe comportare effetti (ricezione degli emolumenti) anche successivamente: in suddette ipotesi, soprattutto qualora l'autore materiale del reato non passasse alle dipendenze del nuovo ente, si potrebbe ritenere il reato ancora *in itinere* o l'ente dovrebbe rispondere esclusivamente ai sensi degli art. 28 e ss. del Decreto?

La seconda soluzione appare preferibile laddove si consideri che, nel caso in esame, non pare sussistere la condotta tipica da parte di un esponente aziendale del nuovo ente se il medesimo si limitasse a ricevere passivamente l'indebito emolumento: conclusione, quest'ultima, che pare confortata anche dal dato letterale della disposizione che, prevedendo il conseguimento indebito «*per sé o per altri*», protende per la non tipicità del comportamento di mera percezione di contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate. Considerare la commissione del reato ancora in corso anche successivamente al perfezionamento dell'acquisizione ha una conseguenza pratica notevole: non trattandosi di responsabilità "ereditata", sarebbe preclusa la possibilità di richiedere la sostituzione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 31 del Decreto.

### **3.2. Ingegneria societaria: uno strumento giuridico per ogni esigenza**

Come già analizzato in chiave teorica nelle pagine che precedono, le diverse vicende modificative dell'ente comportano differenti effetti in termini di successione nella responsabilità. Conseguentemente, la scelta dello schema giuridico da utilizzare nell'ambito di una operazione di acquisizione può avere notevoli impatti circa la trasmissione (da venditore ad acquirente) delle potenziali passività connesse ad un accertamento di responsabilità ai sensi del Decreto.

Ipotizziamo una operazione nella quale la Società A, attiva nel settore della produzione di alimenti e proprietaria di diversi siti produttivi, decida di "acquisire" la Società B, operante nel medesimo settore, titolare di un solo sito produttivo. Precedentemente all'operazione di "acquisizione", nell'impianto di proprietà della Società B si verifica un infortunio sul lavoro e viene avviato un procedimento penale nei confronti del legale rappresentante, quale datore di lavoro, e della società.

Laddove la società A decidesse di procedere con l'operazione di acquisizione, nonostante la pendenza di tale procedimento nei confronti dell'ente, perlomeno tre sono le modalità con le quali l'operazione potrebbe essere realizzata: fusione tra Società A e Società B (dando vita alla Società C), acquisto da parte della Società A dell'azienda (nel caso di specie, l'impianto produttivo) della Società B e acquisto da parte della Società A delle quote della Società B.

L'ipotesi di fusione è, evidentemente, quella che, più di tutte, comporta una identità tra le sorti delle due società partecipanti: come precedentemente analizzato, la nuova entità prevederà una somma di responsabilità nascenti da reato quelle dei soggetti partecipanti.

Una eventuale "contaminazione" a seguito del perfezionamento di tale operazione può, pertanto, causare conseguenze patrimoniali delle quali è bene tener conto nella determinazione del rapporto di cambio tra azioni o quote delle società partecipanti e quelle risultanti<sup>134</sup>. Di fatti, se da un lato, l'adempimento delle sanzioni pecuniarie potrebbe comportare una riduzione anche sensibile del patrimonio netto della società partecipante, dall'altro, l'infrazione di una sanzione interdittiva potrebbe tradursi in un disavviamento delle società. A tale fine, una possibile soluzione percorribile potrebbe essere quella di stipulare accordi parasociali volti a configurare meccanismi di indennizzo finalizzati all'adeguamento *ex post* dei rapporti di cambio nell'ipotesi di accertamento e infrazione delle sanzioni in un momento successivo al perfezionamento della fusione stessa<sup>135</sup>.

Una operazione sostanzialmente analoga potrebbe essere realizzata attraverso una cessione di ramo di azienda: come prima analizzato, il Decreto prevede, al fine di fronteggiare operazioni finanziarie elusive della responsabilità amministrativa degli enti, l'obbligazione solidale del cessionario per le sanzioni pecuniarie correlate al reato commesso nell'ambito dell'azienda ceduta.

Ferma tale obbligazione solidale, la Società A: (i) godrebbe del beneficio di preventiva escussione della Società B; (ii) risponderebbe nel limite del valore dell'azienda ceduta; e (iii) risponderebbe esclusivamente di sanzioni risultanti dai libri contabili obbligatori ovvero dovute per illeciti amministrativi dei quali egli era comunque a conoscenza.

Pur operando, nella sostanza, la traslazione del medesimo complesso produttivo, la differenza tra i due schemi negoziali è evidente: operando una fusione, la Società A e la Società B cumulerebbero le proprie responsabilità per modo che, la prima, diventerebbe responsabile anche per gli illeciti (e

potenzialmente esposta alle sanzioni) commessi da B; in caso di cessione di ramo di azienda, il principale soggetto responsabile sarà la Società B, salvo una responsabilità solidale, e previa escussione della Società B, in capo alla Società A per le sole sanzioni pecuniarie "conosciute" e nei limiti del valore della azienda ceduta.

Da ultimo, la Società A potrebbe decidere di evitare qualsiasi commistione patrimoniale con la Società B, limitandosi ad acquistare la totalità delle quote o delle azioni: in tale caso, pur mantenendo un pieno controllo sulla Società B, le due entità rimarrebbero completamente separate e non vi sarebbe alcuna trasmissione di responsabilità: la Società B sarebbe l'unica, ai sensi dell'art. 27 del Decreto, a rispondere per gli eventuali illeciti precedentemente commessi. In tale ultima ipotesi, tuttavia, la Società A andrebbe, in ogni caso, incontro a conseguenze indirette in ragione del possibile impatto economico, in termini di dividendi e di valore della partecipazione, derivanti dall'applicazione di una sanzione nei confronti di un soggetto interamente detenuto.

La normativa sopra analizzata si presta, evidentemente, anche a condotte abusive: si pensi al caso nel quale, al di fuori di una operazione che comporti un modifica, anche solo parziale, degli assetti proprietari, la Società B decidesse di trasferire l'azienda ad un ente di nuova costituzione, la Società C, il cui capitale fosse interamente detenuto dai soci della Società B. Tale operazione avrebbe come effetto quello di liberare l'azienda dalla sanzione interdittiva, pur mantenendo intatti organizzazione interna e assetti proprietari.

Inoltre, qualora la Società B faccia parte di un gruppo societario, l'operazione elusiva non richiederebbe neppure la costituzione di un nuovo soggetto, essendo sufficiente operare un trasferimento della proprietà dell'azienda ad un'altra società parte del medesimo gruppo<sup>136</sup>.

### 3.3. Riorganizzazione virtuosa dell'ente

Il periodo dopo la fusione – ma il discorso vale dopo qualsiasi "acquisizione" nelle modalità sopra analizzate – è estremamente delicato in quanto richiede che le due entità, prima parte di due realtà distinte, si integrino al fine di operare come un unico soggetto.

Coerentemente con quanto esposto in precedenza, la fase di integrazione risente innanzitutto della modalità di realizzazione della *due diligence* e delle scelte operate in tale sede. Valutare un'impresa unicamente sulla base del profilo economico-finanziario non è sufficiente: un'elevata compatibilità dal punto di vista del *business* non impedisce che si verifichino difficoltà a livello

dell'integrazione per via di fattori quali capitale umano, *know-how*, cultura aziendale.

Tale fase di integrazione comprende anche una riorganizzazione del sistema di controlli interni: soprattutto quando la società acquirente è una realtà complessa e strutturata, solitamente si interverrà sull'assetto dei controlli della società acquisita, al fine di plasmare modello organizzativo, *policy*, procedure e protocolli rispetto agli *standard* qualitativi della nuova casa madre, pur senza perdere di vista le eventuali specificità caratterizzanti la società acquisita.

L'importanza di una riorganizzazione virtuosa dell'ente a seguito dell'operazione modificativa, per quanto idonea a prevenire l'eventuale commissione di illeciti futuri, non assume, ai sensi della disciplina illustrata, efficacia esimente della responsabilità per i reati commessi dagli enti partecipanti all'operazione. Essa rileva solo ed esclusivamente nell'ottica di una mitigazione sanzionatoria, così come emerge dall'analisi congiunta delle disposizioni normative previste nel Decreto.

In particolare, un effetto mitigante è previsto, fuori dalla disciplina delle vicende modificative dell'ente, dagli articoli 12 e 17 del D. Lgs. n. 231/2001. Come noto, la prima disposizione prevede che l'ente possa beneficiare di una riduzione della sanzione pecuniaria laddove si attivi tempestivamente dopo il reato per (a) risarcire il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) adottare e rendere operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se l'ente realizza solo una delle due condizioni, mentre è ridotta dalla metà ai due terzi se le realizza entrambe). A norma dell'art. 17, l'ente può evitare l'applicazione di una sanzione interdittiva se si attiva tempestivamente dopo il reato per realizzare cumulativamente le seguenti condizioni: (a) risarcire integralmente il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (c) mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca<sup>137</sup>.

Con specifico riferimento alle sanzioni interdittive, trasmissibili unicamente se l'acquisizione della società target è seguita da una fusione, è prevista una specifica disciplina al secondo comma dell'art. 31 del Decreto che prevede la facoltà in capo all'ente risultante di chiedere, nel corso del giudizio di merito, al giudice la sostituzione della

sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria, purché siano state soddisfatte le condizioni previste dall'art. 17 del Decreto. Ai fini della concessione della sostituzione è essenziale che la riorganizzazione virtuosa comporti l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato.

Nel caso di accoglimento della richiesta – che può essere avanzata anche in fase esecutiva in forza dell'art. 78 del Decreto – il giudice procederà alla sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria il cui l'importo dovrà essere quantificato in una somma non inferiore a quella già applicata in sentenza e non superiore al doppio della stessa

Tale disciplina, pur prevenendo specifici benefici in capo all'ente in termini di riduzione delle sanzioni, mantiene intatta la responsabilità del medesimo che, anche a fronte di una tale riorganizzazione virtuosa, potrà andare incontro ad una sentenza di condanna nei propri confronti, con i rischi, già anticipati, di sostanziale esclusione dal mercato.

#### 4. L'esperienza comparata: dalla *Successor Liability* alla *Successor Identity*

Dall'analisi degli aspetti, teorici e pratici, della disciplina in tema di vicende modificative dell'ente, sono emerse alcune criticità dell'attuale assetto normativo. In particolare, due risultano i principali problemi evidenziati: (i) un eccessivo formalismo, laddove le modalità di trasmissione della responsabilità sono maggiormente legate alla forma giuridica prescelta che alla natura effettiva dell'operazione e (ii) una limitata rilevanza, solo in termini di riduzione sanzionatoria, delle operazioni di riorganizzazione virtuosa dell'ente a seguito dell'operazione straordinaria.

Come si avrà modo di analizzare nei paragrafi che seguono, la disciplina della *successor liability* prevista nel sistema giuridico degli Stati Uniti presenta molteplici punti di contatto con il nostro ordinamento. In particolare, non diversamente da quanto accade nel sistema 231, tale regime appare caratterizzato da una trasmissione di responsabilità tra enti sostanzialmente oggettiva.

A fronte, pertanto, di problematiche analoghe, in tale contesto sono emerse una serie di teorie "correttive" che, ancorando la "responsabilità del successore" a concetti di continuità / differenza nella "identità criminale" tra gli enti pre-operazione e la entità di nuova realizzazione, sono tese a valorizzare, in termini esimenti e non solo di riduzione sanzionatoria, le operazioni di riorganizzazione virtuosa riportate nel paragrafo precedente.

#### 4.1. Corporate Criminal Liability e Successor Liability

Quello Statunitense fu il primo ordinamento giuridico ad introdurre una forma di responsabilità penale per i reati commessi dai soggetti metaindividuali. Tale rivoluzione copernicana avveniva con la celebre sentenza *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*<sup>138</sup> pronunciata dalla Suprema Corte Federale la quale poneva le basi per il consolidamento della responsabilità degli enti nascente da reato.

La limitazione della punibilità ai singoli individui avrebbe inevitabilmente determinato una sorta di immunità nei riguardi dei soggetti collettivi, precludendo ai pubblici poteri la facoltà di contrastare le condotte criminali poste in essere nell'ambito dell'esercizio dell'attività di impresa<sup>139</sup>. Stante l'identificazione del diritto penale quale «strumento sussidiario di politica legislativa in grado di plasmare il contesto nel quale si muovono gli operatori del mercato»<sup>140</sup>, l'elaborazione della *corporate criminal liability* è stata basata sul recepimento dei criteri di imputazione tipici della responsabilità *extra* contrattuale.

Il modello di responsabilità *ex crimine* degli enti è così ancorato a un triplice requisito: (i) l'illecito penale deve essere commesso da un soggetto (c.d. *agent*) facente parte dell'organigramma societario, a prescindere dalla posizione da quest'ultimo rivestita; (ii) l'autore deve aver integrato il reato nell'esercizio delle proprie funzioni ovvero nell'espletamento di attività ad esse connesse (c.d. *in the scope of responsibility*); (iii) il fatto penalmente rilevante deve essere stato posto in essere con lo scopo di arrecare vantaggio all'ente di appartenenza (c.d. *in the intent to benefit*)<sup>141</sup>.

La *entity liability* si basa, pertanto, sull'archetipo della *vicarious liability* che, seguendo il paradigma civilistico della *respondeat superior*, predispose un meccanismo di responsabilità oggettiva, nel quale l'addebito viene formulato al soggetto collettivo in forza di criteri di imputazione meramente oggettivi. Tale modello, a differenza di quello continentale, è pertanto avulso da requisiti che siano idonei ad iscrivere il fatto penalmente rilevante alla volontà colpevole del soggetto metaindividuale, da declinarsi in un giudizio normativo di rimproverabilità per aver incentivato, nell'ambito di una strategia criminale collettivamente perseguita, ovvero per non aver preveduto, stanti le falle organizzative nell'elaborazione e attuazione dei modelli operativi, la commissione della condotta illecita<sup>142</sup>.

Con specifico riferimento alla trasmissione di responsabilità nell'ambito di vicende modificative, anche nell'ambito del sistema statunitense l'ente risultante può diventare centro di imputazione

di una responsabilità derivante da reati posti in essere dai soggetti partecipanti all'operazione. Tale responsabilità derivata (c.d. *derivative liability*) affonda le sue radici in una miscellanea di leggi sia federali sia statali nelle quali si assiste ad una commistione tra principi di diritto civile e penale<sup>143</sup>. La disciplina in materia assume tratti peculiari in base alla tipologia di operazione posta in essere a seconda che si tratti di ipotesi di *merger* o *consolidation* ovvero di acquisto o vendita di *assets*. Nel primo caso, determinando tali operazioni la dissoluzione dei soggetti partecipanti e la conseguenziale unificazione degli stessi, la regola generale prevede il trasferimento della responsabilità *ex crimine* in capo all'ente risultante<sup>144</sup>.

Analogamente alla situazione tratteggiata nel contesto giuridico italiano, alcune problematiche applicative potrebbero sorgere nel caso in cui, prima della vicenda modificativa, all'ente originariamente responsabile non sia ancora stato formulato un addebito di responsabilità. Tuttavia, consolidato sembra essere il principio in forza del quale né il fatto che l'operazione sia stata compiuta in buona fede né la mancata previa incriminazione dell'ente originariamente responsabile possano incidere sul trasferimento della responsabilità a seguito del perfezionamento dell'operazione straordinaria<sup>145</sup>.

Di conseguenza, la sussistenza di una *corporate criminal liability* non è inficiata dalla vicenda modificativa, ma è ascrivibile all'ente successore il quale potrà essere chiamato a rispondere, anche a distanza di un considerevole lasso di tempo, per accuse derivanti dalla commissione di fatti di reato posti in essere da persone fisiche mai facenti parte della propria organizzazione (perché esponenti della precedente entità e mai confluiti nell'ente post-operazione)<sup>146</sup>. Irrilevante ai fini dell'imputabilità dell'ente risultante è l'effettiva conoscenza della responsabilità dell'ente partecipante: pertanto, come anticipato, è essenziale, il ruolo rivestito dall'attività di *due diligence* antecedente la perfezionamento della vicenda modificativa<sup>147</sup>.

Maggiormente problematica risulta la trasferibilità della responsabilità nel caso di acquisto o cessione di *assets*. Nel silenzio della disciplina penale, fondamentale è il richiamo alla normativa civilistica in forza della quale la regola generale<sup>148</sup> postula la non trasmissibilità della responsabilità dalle obbligazioni del cedente al cessionario<sup>149</sup>. Tuttavia, a tale previsione sono state accostate quattro eccezioni, in forza delle quali il cessionario diventa centro di imputazione della responsabilità facente capo al cedente qualora: (i) l'assunzione della responsabilità sia stata prevista in un accordo tacito o espresso; (ii) la cessione si

sostanze “*de facto*” in un’operazione di fusione; (iii) il cessionario sia una mera continuazione della società ceduta; (iv) l’operazione è stata posta in essere fraudolentemente con la finalità di eludere la responsabilità.

Per quanto concerne la prima eccezione, il cessionario può acconsentire ad assumere le responsabilità facenti capo al cedente sia espressamente sia tacitamente, tuttavia anche quando questa eventualità venisse espressamente esclusa, si ritiene che i giudici possano estendere l’imputabilità dell’illecito qualora l’operazione si sostanziasse in realtà in una fusione<sup>150</sup>.

La seconda e la terza eccezione, strettamente interconnesse, sono riconducibili ad una serie di elementi sintomatici della natura sostanziale dell’operazione<sup>151</sup> nel cui novero rientrano: a) la continuità degli azionisti, dei titolari, dei gestori, del personale ovvero dell’attività commerciale; b) la prosecuzione o meno dell’attività da parte del cedente e la sua eventuale dissoluzione; c) il pagamento da parte del cessionario di debiti in sospeso da parte del cedente al fine di proseguire l’attività; d) l’intento o lo scopo del cessionario; e) il comportamento “esterno” del cessionario, inteso come l’essersi posto o meno, al pubblico, come continuazione del soggetto cedente.

In altri termini, qualora il cessionario acquisti – in cambio di denaro e non di azioni – *assets* del cedente e li integri nell’esercizio della propria attività, l’operazione sarà generalmente considerata come una cessione e, pertanto, non si determinerà una trasmissibilità della responsabilità; *a contrario*, laddove il mutamento sia solamente formalistico e non sia accompagnato da un cambiamento sostanziale, il cessionario diverrà centro di imputazione della *successor liability*<sup>152</sup>.

La *successor liability* troverà poi applicazione laddove, l’operazione venga posta in essere con una finalità elusiva della responsabilità<sup>153</sup>.

La disciplina in termini di trasferimento di beni appare ispirata al generale principio della *substance over the form*: al di là delle etichette formali, rispetto al modello italiano, la preferenza è sulla natura sostanziale dell’operazione. In particolare, in caso di operazione che, pur formalmente assimilabile ad una cessione di singoli beni, comporti una sostanziale continuità vecchia e nuova entità, il trasferimento di responsabilità sarà integrale, come se si fosse effettuata una fusione tra le due entità.

Tale approccio sostanziale, seppur ancora imperfetto in termini di “*identità criminale*” (cfr. paragrafo successivo), appare superare le criticità, riscontrate nel nostro sistema giuridico, relative ad

un rischio di “*arbitraggio*”, in forza del quale, date due operazioni sostanzialmente analoghe, la scelta dello schema giuridico (in particolare fusione *vs* cessione di azienda *vs* acquisto di quote) influenza modi e termini della trasmissione di responsabilità.

#### 4.2. *Successor Identity*

Pur se i modelli di *corporate criminal liability* nel sistema italiano e statunitense appaiono molto differenti tra loro (colpa di organizzazione ai sensi del Decreto *vs* responsabilità sostanzialmente oggettiva secondo la *vicarious liability*), la posizione dell’ente a seguito di una vicenda modificativa appare, in entrambi gli ordinamenti, ispirata a criteri di responsabilità oggettiva che prescindono dall’“identità” del nuovo ente.

Detto altrimenti, al netto di meccanismi di riduzione a seguito di operazioni di “*riorganizzazione virtuosa*”, il nuovo ente nascente dall’operazione straordinaria andrà incontro ad un procedimento penale e ad una condanna anche laddove non condivida con il proprio predecessore né assetti proprietari né le medesime carenze organizzative le quali hanno reso possibile la commissione dell’illecito.

Proprio dal mondo statunitense giunge la proposta di riformare la disciplina in questione. In un recente articolo<sup>154</sup>, l’autore Mihailis Diamantis riflette in merito alle criticità della disciplina della *successor criminal liability* – in forza della quale l’ente risultante diventa *automaticamente* centro di imputazione della responsabilità nascente dal reato commesso dal proprio predecessore – nel tentativo di proporre un nuovo modo di valutare la responsabilità del successore, che consenta di superare il modello oggettivo di trasmissibilità della responsabilità in favore di un approccio che valorizzi il concetto di “identità” sostanziale tra i soggetti metaindividuali coinvolti.

Per comprendere l’iniquità dell’attuale regime, l’Autore propone un esempio letterario che ha il grande pregio di superare, per lo meno in chiave ideale, la limitazione, insita in un diritto penale delle persone fisiche, di confrontarsi con eventi metamorfici.

«*Supponiamo che in seguito dell’omicidio di Sir. Danvers Carew, Dr. Jekyll si scinda in due entità separate, quale di queste dovrebbe essere penalmente perseguita per il reato commesso? Per la maggior parte delle persone si tratterebbe di un quesito aperto e prima di rispondere vorrebbe sapere quale dei due corpi abbia ereditato i tratti psicologici di Mr. Hyde. Fingiamo ora che Mr. Hyde si fonda con un qualsivoglia passante innocente, il soggetto risultante potrebbe essere sottoposto ad un procedimento penale per il reato commesso? Anche*

in questo frangente, la maggior parte delle persone si domanderebbe quali caratteristiche di Mr. Hyde e quali dell'individuo incolpevole siano effettivamente rimaste prima di decidere se e come punire il soggetto risultante. Per nessuno la punibilità del successore potrebbe essere conseguenza naturale del fenomeno metamorfico<sup>155</sup>».

In tale esempio, Hyde è una scheggia impazzita che, dopo aver commesso un omicidio, si scinde definitivamente da Jekyll e si fonde con un passante innocente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde? E quale sorte invece per il nuovo soggetto – il passante incolpevole fusi con Hyde – estraneo al precedente reato ma attualmente successore dell'effettivo colpevole?

Fuori di metafora, l'Autore ripropone tale esempio in ambito societario.

Una società di grandi dimensioni presenta al suo interno una divisione con talune lacune sotto il profilo della *compliance* e nel cui ambito si è verificato un fatto penalmente rilevante. Predetta divisione viene scorporata venendosi, così, a creare due società: una società "buona", priva di criticità ed estranea alla commissione dell'illecito e una società "cattiva".

Nel secondo scenario sviluppato dall'autore, una società "cattiva", nella precedente accezione, viene acquisita da una società "buona" la quale, in ragione di una attività di "camuffamento" da parte della prima sia della commissione di un illecito sia delle proprie carenze organizzative, non si rende conto di fondersi con una società che porta in pancia una responsabilità per una condotta illecita già perpetrata.

Chi deve essere punito per le colpe della *bad company*-Hyde?

Come premesso, alla luce dell'attuale disciplina, in entrambe le ipotesi il soggetto risultante (*successor*), a seguito del perfezionamento dell'operazione modificativa, diventerebbe automaticamente centro di imputazione della responsabilità per i reati originariamente commessi dall'ente coinvolto nel processo riorganizzativo (*predecessor*)<sup>156</sup>.

Come evidenziato dall'Autore, tale modello di trasmissibilità dell'addebito è, tuttavia, insensibile alla nozione di "identità" tra predecessore e successore, in forza della quale si tende a punire il nuovo ente senza valorizzare né il cambio della compagine sociale né ad eventuali operazioni di "riorganizzazione virtuosa" finalizzate a colmare le lacune organizzative ascrivibili ai soggetti originariamente responsabili che hanno reso possibile l'integrazione di illeciti penali<sup>157</sup>.

La previsione di una responsabilità oggettiva nel sistema statunitense appare sintomatica di un approccio basato sul perseguimento di finalità

special-preventive: tale regime è orientato a scongiurare, *ab origine*, il rischio di verificazione del reato all'interno del contesto societario, non potendo l'ente abdicare alla propria responsabilità anche a seguito di una profonda opera di ristrutturazione<sup>158</sup>.

La principale critica a tale impostazione è che la stessa non pare cogliere pienamente la complessità che caratterizza gli enti collettivi a loro volta costituiti da singoli individui che in prima persona pongono in essere le condotte penalmente rilevanti. La deterrenza alla commissione di fatti di reato in ambito societario passa necessariamente attraverso la deterrenza dei soggetti che integrano tali comportamenti illeciti<sup>159</sup>.

Tuttavia, se una cooperazione dell'ente, anche finalizzata all'individuazione degli autori materiali del reato, potrebbe essere facilitata dalla nuova filosofia "virtuosa" della entità venuta ad esistenza a seguito della riorganizzazione<sup>160</sup>, l'attuale sistema di trasmissione oggettiva della responsabilità si pone come ostacolo: a fronte di una responsabilità automatica dell'ente risultante, verrebbe a mancare per quest'ultimo quell'incentivo a condividere con l'autorità i risultati di eventuali indagini interne – finalizzate anche all'emersione della responsabilità dei singoli – consistendo tali documenti in sostanziali atti d'accusa proprio nei confronti dell'ente "*whistleblower*".

A contrario, il superamento del necessario epilogo sanzionatorio nei confronti dell'ente, attraverso l'introduzione di vere e proprie esimenti che incoraggino quest'ultimo a colmare le lacune che hanno reso possibile l'integrazione del fatto illecito, consentirebbe l'emersione dei fatti di reato consumatisi precedentemente e valorizzerebbe la finalità rieducativa, da molti considerata la principale istanza del diritto penale moderno.

Come evidenzia l'Autore<sup>161</sup>, rimanere ancorati ad una deterrenza *ex ante* riduce l'importanza di operare un cambiamento *ex post*.

Per altro verso, l'attuale regime non pare soddisfare neppure istanze marcatamente retributive. Una corretta retribuzione, infatti, non si esaurisce nella mera erogazione della sanzione, ma postula l'applicazione della stessa al soggetto responsabile del fatto penalmente rilevante<sup>162</sup>, laddove, invece, il sistema di trasmissione vicariale della responsabilità prescinde da una valutazione in merito alla sostanziale corrispondenza indentitaria tra i soggetti coinvolti.

Emblematico delle lacune del sistema della *successor liability* è un ulteriore esempio proposto dall'Autore<sup>163</sup> nel quale ad essere protagoniste sono, questa volta, due società. All'insaputa degli esponenti apicali della società, Tizia dipendente di

una società piccola, chiamata S, commette un reato nell'esercizio delle proprie funzioni. In un momento successivo, una grande società, chiamata L, che dispone di solidi programmi di *compliance*, decide di acquisire S senza venire a conoscenza della precedente commissione di un reato nell'ambito della medesima.

Quale finalità avrebbe sanzionare la società risultante dalla "acquisizione"? Come evidenzia l'Autore stesso, dopo il perfezionamento dell'operazione, in termini retributivi, parrebbe ingiusto sanzionare L per illeciti commessi da S e dei quali la società L non era a conoscenza; inoltre, altrettanto vana sarebbe l'erogazione della sanzione dal punto di vista special-preventivo non essendo stata L nella condizione di prevenire la condotta illecita posta in essere nel contesto della società S.

Proprio nell'ambito di tale esempio, l'Autore sottolinea come, piuttosto che punire l'ente risultante, si dovrebbe investire nel paradigma riabilitativo, incentivando attività che, nell'ambito della vicenda modificativa, portino a colmare le lacune organizzative della società S: in caso di positivo esito di tale attività di riorganizzazione, dovrebbe essere preclusa l'automatica estensione della responsabilità in capo all'ente risultante<sup>164</sup>.

Ed è proprio nel solco dei limiti che l'attuale assetto presenta che trova la sua collocazione il concetto di identità criminale<sup>165</sup>, nozione che consentirebbe di subordinare la trasmissibilità della responsabilità solo nel caso in cui vi sia una corrispondenza sostanziale tra l'ente originariamente responsabile e l'ente risultante all'esito della vicenda modificativa. Tale innovativo regime consentirebbe di abbandonare quello attuale, spiccatamente formalistico, in favore di uno schema basato sul concetto di *identità del successore* (c.d. *successor identity*) maggiormente calzante alla natura metamorfica che contraddistingue le operazioni di ristrutturazione societaria.

L'identità, secondo l'Autore, non deve essere ancorata ad elementi accidentali, bensì a caratteristiche essenziali causalmente riconducibili al *modus operandi* degli esponenti aziendali<sup>166</sup>. In altri termini, l'identità criminale dell'ente originario sarà strettamente riconducibile all'*ethos* aziendale, nozione che fagocita una pluralità di elementi tra i quali vengono annoverati i *compliance program* in essere, la struttura gerarchica, gli obiettivi perseguiti, la politica aziendale, la previsione ed attuazione di un sistema sanzionatorio, l'attività di formazione aziendale ovvero i «*compensation scheme*»<sup>167</sup>.

Tale approccio basato sulla corrispondenza identitaria tra enti coinvolti permetterebbe di

ancorare il trasferimento della responsabilità a quella specifica caratteristica organizzativa che ha reso causalmente possibile l'integrazione del reato. Subordinare il trasferimento della responsabilità ad una sostanziale corrispondenza identitaria tra i soggetti partecipanti all'operazione consentirebbe di incentivare, durante il compimento della stessa, sia lo svolgimento di una puntuale attività di automonitoraggio sia la riorganizzazione virtuosa dell'ente stesso<sup>168</sup>. Far emergere e colmare le lacune organizzative scoperte durante il compimento della vicenda modificativa permetterebbe non solo di prevenire l'integrazione di ulteriori fatti di reato nell'ambito dell'ente risultante, ma altresì di esonerare quest'ultimo dall'addebito di responsabilità per i reati commessi dall'ente originario<sup>169</sup>.

La soluzione che viene prospettata è quindi binaria: se, a seguito della vicenda modificativa, l'ente risultante condividerà la medesima identità dell'ente originariamente responsabile – *alias* lo stesso tratto organizzativo che ha reso causalmente possibile la verifica dell'illecito penale – esso diverrà centro di imputazione della responsabilità nascente da reato, *a contrario*, qualora non vi sia una identità sostanziale tra i soggetti coinvolti nell'operazione, a seguito di una riorganizzazione virtuosa, l'ente risultante, accanto agli attuali benefici previsti, andrà esente da potenziali addebiti di responsabilità nascenti dal reato commesso dal proprio predecessore.

## 5. De iure condendo: quale spazio per una *Successor Identity* nel sistema italiano?

Per concludere la trattazione, nel presente paragrafo si tenteranno di suggerire alcuni possibili interventi in ottica *de iure condendo*. L'approccio sarà quello di formulare proposte che, senza operare alcuno stravolgimento nei meccanismi di trasmissione della responsabilità, intervengano su talune specifiche criticità emerse nell'ambito della analisi.

Secondo quanto ricostruito, due appaiono le principali criticità dell'attuale modello di responsabilità degli enti in caso di vicende modificative: limitata rilevanza ad operazioni di riorganizzazione virtuosa dell'ente e un eccessivo formalismo con connessi rischi di abuso.

Con riferimento alla prima questione, prendendo spunto dalla teoria della *successor identity* analizzata nel precedente paragrafo, si potrebbe introdurre un meccanismo teso a valorizzare tutte le attività di riorganizzazione virtuosa, a seguito delle quali l'ente risultante (dalla operazione e

dalla successiva riorganizzazione) non condivide la *identità criminale* del suo predecessore.

A tal fine, si potrebbe introdurre un nuovo art. 32-bis, prevedendo una specifica causa di estinzione dell'illecito amministrativo, applicabile all'ente "incolpevole" risultante, del seguente tenore:

*«Se la fusione o la scissione è avvenuta prima che l'ente abbia conoscenza dell'avvio di un procedimento penale per reati commessi precedentemente alla data in cui la fusione o la scissione hanno avuto effetto, il giudice emetterà sentenza di non doversi procedere per estinzione dell'illecito amministrativo nei confronti dell'ente risultante dalla fusione e degli enti beneficiari della scissione, quando concorrono congiuntamente le seguenti condizioni:*

*a) il reato non era conosciuto dall'ente né l'ente avrebbe potuto conoscerlo con l'ordinaria diligenza;*

*b) l'ente si è efficacemente adoperato per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite;*

*c) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;*

*d) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*

*e) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca».*

Alcune considerazioni.

La proposta causa di estinzione del reato richiede quattro distinte circostanze: incolpevole conoscenza dell'illecito, l'effettuazione di una operazione straordinaria, le condotte previste dall'art. 17 del Decreto e una condotta di collaborazione da parte dell'ente.

Con riferimento alla prima condizione, si potrebbe giovare di tale causa di esclusione della responsabilità nei soli casi nei quali il nuovo ente decidesse di effettuare l'operazione societaria in forza di una falsa rappresentazione della realtà: diversamente, nel caso in cui il rischio di contagio sia stato effettivamente valutato – ovvero sia stato negligenemente non identificato ovvero sottovalutato – e si sia deciso di procedere con l'operazione, l'ente potrebbe eventualmente beneficiare delle riduzioni sanzionatorie già presenti nelle attuali previsioni del Decreto.

Con riferimento alla eliminazione delle carenze organizzative, tale condizione appare essenziale al fine di effettuare quel cambio d'abito che comporti l'assenza di *identità criminale* tra ente *pre* e *post* operazione.

Le successive condotte di collaborazione avrebbero la finalità di creare una netta cesura tra le due entità: l'ente, non colpevole per l'illecito commesso e fautore di una riorganizzazione interna, attraverso la scelta di collaborare con l'autorità al fine di assicurare le possibilità, compirebbe un definitivo distacco rispetto al suo predecessore.

Passando alla seconda questione, il problema dell'eccessivo formalismo, il principale istituto che si presta ad abusi è la cessione di azienda, soprattutto nei casi nei quali l'azienda ceduta costituisca l'unico cespite della cedente (che a seguito dell'operazione rimarrebbe una scatola vuota): in tali casi, pur effettuando una operazione negli effetti analoga ad una fusione – venendosi a creare, nei fatti, un unico soggetto giuridico che opererà per conto di cedente e cessionario, ma solo in nome di quest'ultimo – lo schema giuridico della cessione d'azienda potrebbe essere utilizzato per aggirare l'applicazione delle sanzioni interdittive.

A tal fine, si potrebbe importare un correttivo "sostanziale" alla disciplina in analisi, disciplinando la trasmissione della sanzione interdittiva anche nel caso di cessione di azienda, sulla falsariga di quanto accade in caso di scissione.

In particolare, si potrebbe inserire un nuovo comma 1-bis all'art. 33:

*«le sanzioni interdittive per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la cessione di azienda ha avuto effetto, si applicano al cessionario nel caso in cui la cessione ha avuto ad oggetto il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso».*

Operando in questo modo, l'operazione di cessione di azienda rimarrebbe neutrale rispetto alla applicazione delle sanzioni interdittive che sarebbero legate allo specifico ramo di attività "colpevole" dell'illecito.

Per evitare che tale estensione di responsabilità per l'ente cessionario (o conferitario ai sensi del comma 3) limitasse la circolazione dei traffici economici, l'ente cessionario dovrebbe avere accesso alla possibilità di convertire la stessa in sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 31 del Decreto. In tale caso, l'applicazione della sanzione pecuniaria convertita dovrebbe sottendere ai tre requisiti previsti per la sanzione pecuniaria applicata in via diretta: beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente, limite del valore dell'azienda, conoscenza o conoscibilità di tali sanzioni.

Inoltre, si dovrebbe applicare anche al cessionario

---

di azienda la nuova condizione di estinzione dell'illecito amministrativo proposta nella prima parte del paragrafo, così fornendo piena tutela al soggetto che, incolpevolmente, abbia acquisito una

azienda nell'ambito della quale sia stato commesso un reato e, una volta scoperto il medesimo, ponga in essere concrete ed effettive condotte rimediali e di collaborazione.

---

1 Relazione governativa accompagnatoria al Decreto al par. 1.1 che precisa «*In proposito, appare tuttavia necessario fare da subito una puntualizzazione. Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un tertium genus che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia*». In relazione alla natura giuridica di tale responsabilità si segnalano le seguenti pronunce Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014) n. 38343; Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010) n. 27735; Cass. Pen., Sez. VI., 17 settembre 2009 (ud. 09 luglio 2005) n. 36083.

2 V. NAPOLEONI, *Le "vicende modificative": trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. Enti*, 2007, 2, p. 139.

3 *Id.* p. 140.

4 Relazione governativa accompagnatoria al Decreto par. 14.1.

5 Cass. Pen., Sez. VI., 17 marzo 2016 (ud. 12 febbraio 2016) n. 11442.

6 Cass. Pen., Sez. VI., 17 marzo 2016 (ud. 12 febbraio 2016) n. 11442 «*La diversa opzione – conferire effetto estintivo alla trasformazione dell'ente dovuto a libere iniziative dei diretti interessati – avrebbe determinato una evidente inadeguatezza delle sanzioni comminate a rendere effettiva l'osservanza degli obblighi derivanti dalla normativa pattizia*».

7 Tale termine evoca non solo la nozione di sanzione pecuniaria contenuta all'art 9 comma 1 lett. a) del Decreto, ma attrae altresì quelle sanzioni che devono essere corrisposte a titolo di delle sanzioni interdittive tanto ex art. 31, comma 1 quanto ex art. 78 ovvero, in forza dell'art. 23, comma 2 in caso di inosservanza di sanzioni o misure cautelari interdittive.

8 Cass. Pen., Sez. VI, 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), Ribera, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 4046 ss., con nota di P. Di GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 2004, 12, p. 4049.

9 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Ipsa, 2019, p. 746.

10 P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente in AAVV.*, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsa, 2002, p. 156.

11 M. IACOVIELLO, *Vicende modificative dell'ente: trasformazione, fusione e scissione. La cessione d'azienda*, in, F. SBISA' - E. SPINELLI, *Responsabilità amministrativa degli enti (D.Lgs 231/01)*, Ipsa, 2017, p. 289.

12 Tribunale di Milano 20 ottobre 2011 «*Seppure la liquidazione e successiva cancellazione della società dal registro delle imprese costituisca una vicenda estintiva che presenta degli importanti punti di contatto con le vicende modificative dell'ente, oggetto di specifica normazione, non si ritiene che, in via interpretativa, i principi ivi statuiti possano essere estesi alle vicende estintive. A ciò osta, anzitutto, il principio consacrato all'art. 27, comma 1, del d.lgs. 2001, n. 231, il quale sancisce che "dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o fondo comune", rispetto al quale l'estensione a soggetti terzi della responsabilità è un'evidente eccezione. Le norme relative alle vicende modificative dell'ente sono, pertanto, di stretta applicazione e una loro estensione al di fuori dei casi espressamente disciplinati si tradurrebbe in una inammissibile analogia in malam partem. Mediante un'applicazione analogica di tale norme, inoltre, si introdurrebbe, in via surrettizia, una forma di responsabilità per fatto altrui che si porrebbe in evidente contrasto con i principi di responsabilità personale e di colpevolezza (art. 27 Cost.). La lacuna normativa non potrebbe essere colmata neppure mediante una regolamentazione "costituzionalmente orientata" della vicenda estintiva dell'ente, poiché plurime sono le soluzioni ipotizzabili (divieto di liquidazione dell'ente o successione di altri soggetti in luogo dell'ente, ad esempio) e tutte implicherebbero valutazioni discrezionali, per loro natura, riservate al legislatore. Né può essere adita la Corte Costituzionale, cui non può esser chiesta una pronuncia additiva in malam partem. De jure condito, dunque, si deve concludere che l'estinzione della società a seguito della sua liquidazione e della sua cancellazione dal registro delle imprese comporta, ai fini penali, l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato*».

13 G. J. SICIGNANO, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. trim.*- 2/2014.

14 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p.747.

- 15 Art. 2191 c.c. «Se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione».
- 16 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 747.
- 17 *Id.* p. 748.
- 18 *Ibid.*
- 19 Art. 36, comma 4 t.u.f. «Ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti».
- 20 Art. 36, comma 4 t.u.f. «Nel caso di Sicav e Sicaf multicomparto, ciascun comparto costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti. Il patrimonio di una medesima Sicav può essere suddiviso in comparti costituiti esclusivamente da FIA o da OICVM».
- 21 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 754.
- 22 *Id.* p. 751.
- 23 Art. 2615 c.c. «Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile. In caso d'insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote».
- 24 A. SEMERIA, sub. Art. 27, in a. BERNASCONI - a. PRESUTTI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Cedam, 2008, p. 311.
- 25 *Ibid.*
- 26 Art. 2325, comma 2 c.c. «In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2342 o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2362».
- 27 Art. 2462, comma 2 c.c. «In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2464, o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2470».
- 28 F. VIGNOLI, sub. art 27, in M. LEVIS - A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, 2014, p. 804.
- 29 F. PLATANIA, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni ex d.lgs n.231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, in *Le Società*, n. 5-2002, p. 543.
- 30 A. SEMERIA, sub. Art. 27, in a. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 313.
- 31 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 756.
- 32 A. FABBRICIANI, sub art. 28, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.319.
- 33 *Ibid.*
- 34 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 144.
- 35 R. QUINTANA, sub. art 28, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 812.
- 36 Art. 2498 c.c. «Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione».
- 37 A. FABBRICIANI, sub art. 28, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.319.
- 38 Nella Relazione Ministeriale accompagnatoria si precisa infatti che la disciplina prevista dall'art 28 D.Lgs 231/2001 è «coerente con la natura dell'istituto della trasformazione, il quale implica un semplice mutamento del modulo organizzativo, che non incide sull'identità dell'ente».
- 39 A. FABBRICIANI, sub art. 28, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 319.
- 40 *Id.* p. 321.
- 41 A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, in *Diritto penale dell'economia*, UTET Giuridica, 2016, p. 3149.
- 42 A. FABBRICIANI, sub art. 28, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 320.
- 43 DE MARZO, *Il d.lgs. n. 231/2001: responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Corr. Giur.*, n. 11/2001, p. 1532.
- 44 Art. 2500-quinquies c.c. «La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione. Il consenso si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento,

*non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione».*

45 Art. 2500-sexies ult. co. c.c. *«I soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata, rispondono illimitatamente anche per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione».*

46 R. QUINTANA, sub art 28, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 819.

47 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 767.

48 *Ibid.*

49 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 143.

50 M. IACOVIELLO, *Vicende modificative dell'ente: trasformazione, fusione e scissione. La cessione d'azienda*, in, F. SBISA' - E. SPINELLI, *cit.*, p. 290.

51 R. QUINTANA, sub art 28, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 814.

52 Art. 2504-bis, comma 1 c.c. *«La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione».*

53 L'art 2504-bis c.c nella versione precedente alla riforma ad opera del D.Lgs 6/2003 qualificava le società partecipanti all'operazione e l'incorporata come "estinte".

54 R. QUINTANA, sub art 29, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 822.

55 Cass. Civ., Sez. Un., 8 Febbraio 2006 (ud. 12 gennaio 2006) n. 2637 *«Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito la fusione tra società non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo».*

56 Cass. Civ., Sez I., 26 gennaio 2016 (ud. 01 dicembre 2015) n. 1376 *«In tema di fusione di società, invero, l'art. 2504 bis cod. civ., introdotto dalla riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), ha natura innovativa e non interpretativa e, pertanto, il principio, da esso desumibile, per cui la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo, non vale per le fusioni (per unione od incorporazione) anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina (1 gennaio 2004). Tali fusioni, sottratte all'applicazione della nuova norma succitata, pur dando luogo ad un fenomeno successorio, si diversificano, tuttavia, dalla successione "mortis causa" perchè la modificazione dell'organizzazione societaria dipende esclusivamente dalla volontà delle società partecipanti, con la conseguenza che quella che viene meno non è pregiudicata dalla continuazione di un processo del quale era perfettamente a conoscenza, così come nessun pregiudizio subisce la incorporante (o la società risultante dalla fusione), che può intervenire nel processo ed impugnare la decisione sfavorevole. Neppure a dette fusioni - ancorchè non soggette al disposto dell'art. 2504 bis c.c. - si applica, dunque, la disciplina dell'interruzione di cui all'art. 299 c.p.c. e ss. ».*

57 R. QUINTANA, sub art 29, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 823.

58 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO *cit.*, p. 775.

59 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 148.

60 P. COLAROSSO, sub art. 29, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.325.

61 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 149.

62 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p.774.

63 Art. 2504-quater c.c. *«Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione».*

64 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 775.

65 Cass. Pen., Sez. V., 29 gennaio 2016 (ud. 27 ottobre 2015) n. 4064.

66 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 777.

67 S. BELTRANI, *Novità giurisprudenziali in tema di responsabilità degli enti in caso di fusione in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, p. 149.

68 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 150.

69 R. QUINTANA, sub art. 30, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 831.

70 P. DE LIBERO, sub art 30, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.327.

71 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 151. L'autore ritiene che tale orientamento troverbbe conferma nel novellato art 2506 c.c., il quale, a seguito delle modifiche apportate dalla riforma societaria del 2003, nel disciplinare tale operazione, parla di "assegnazione" e non più di "trasferimento" del patrimonio tra ente scisso e beneficiari.

72 *Ibid.*

73 R. QUINTANA, sub art. 30, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 833.

74 *Id.* p. 834.

75 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 787.

76 Art. 2506-quater ult. co. c.c *«Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio*

netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico».

- 77 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 788.
- 78 P. SFAMENI, *cit.*, p. 173.
- 79 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 155.
- 80 R. QUINTANA, sub *art. 30*, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 838.
- 81 P. SFAMENI, *cit.*, p. 174.
- 82 *Ibid.*
- 83 P. SFAMENI, *cit.*, pp. 175 ss.
- 84 *Ibid.*
- 85 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 154.
- 86 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 799.
- 87 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 155.
- 88 R. QUINTANA, sub *art. 30*, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p.840. L'autrice propone l'esempio della società che, a seguito dell'avvenuta commissione dell'illecito, trasferisce immediatamente, per effetto dell'operazione, il ramo in cui è stato commesso l'illecito ad una beneficiaria, senza godere del profitto del profitto che la confisca mira a requisire.
- 89 V. NAPOLEONI, *cit.*, p. 156.
- 90 P. DE LIBERO, sub *art. 30*, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.331.
- 91 M. IACOVIELLO, *Vicende modificative dell'ente: trasformazione, fusione e scissione. La cessione d'azienda*, in, F. SBISA' - E. SPINELLI, *cit.*, p. 295.
- 92 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 802.
- 93 R. RAZZANTE - F. TOSCANO, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Profili teorici e pratici connessi all'applicazione del D.Lgs. 8 giugno, n. 231*, Giappichelli, 2003, p. 222.
- 94 R. QUINTANA, sub *art. 31*, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p.854.
- 95 R. RAZZANTE - F. TOSCANO, *cit.*, p. 221.
- 96 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 810.
- 97 R. RAZZANTE - F. TOSCANO, *cit.*, p. 222.
- 98 P. DE LIBERO, sub *art. 33*, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 343 sottolinea come, ai fini definitivi, fondamentale sia il richiamo all'art. 2555 c.c che, se inteso, non tanto nella sua accezione letterale, ma in forza dell'orientamento c.d "omnicomprensivo", porta a indentificare l'azienda non come il mero insieme di beni, bensì come il complesso dei rapporti giuridici funzionali e strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale.
- 99 C. PRESCIANI, *Cessione di azienda in bonis e responsabilità del cessionario per i debiti "fisiologici" e "patologici": disciplina codicistica e normative speciali*, in *Rivista di Diritto Bancario*, Ottobre/Dicembre 2020, p. 777.
- 100 Art. 2560 c.c *«L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori».*
- 101 C. PRESCIANI, *cit.*, p. 778.
- 102 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 817.
- 103 R. QUINTANA, sub *art. 33*, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 863.
- 104 P. DE LIBERO, sub *art. 33*, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.343.
- 105 *Ibid.*
- 106 P. SFAMENI, *cit.*, p. 179.
- 107 V. NAPOLEONI, *La cessione d'azienda nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*.
- 108 *Ibid.* con la conseguenza che «in tale evenienza - ferma restando, ovviamente, l'esigenza che l'illecito cui le sanzioni pecuniarie si connettono risulti imputabile ab origine ad un "ente", nel senso indicato dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 231/2001 - potrebbero venire in rilievo anche convenzioni nelle quali tanto la veste di cedente che quella di cessionario sono assunte da persone fisiche».
- 109 P. SFAMENI, *cit.*, p. 179.
- 110 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 816.
- 111 Relazione ministeriale accompagnatoria al Decreto par. 14.1.
- 112 P. SFAMENI, *cit.*, p. 179.
- 113 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p. 827.
- 114 *Id.* p. 820.
- 115 P. DE LIBERO, sub *art. 33*, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.344.
- 116 *Id.* p.345.
- 117 D. CASTRONUOVO - G. DE SIMONE - E. GINEVRA - A. LIONZO - D. NEGRI - G. VARRASO, *cit.*, p.825.

- 118 Relazione ministeriale accompagnatoria al Decreto par. 14.1, nella quale si esplicita che «Resta esclusa, di contro, in ogni caso, l'estensione al cessionario delle sanzioni interdittive inflitte al cedente».
- 119 R. QUINTANA, sub art. 33, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 866.
- 120 P. DE LIBERO, sub art 30, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 346.
- 121 R. RAZZANTE - F. TOSCANO, *cit.*, p. 224.
- 122 P. DE LIBERO, sub art 30, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 347.
- 123 *Ibid.*
- 124 Ai sensi degli artt. 1344 c.c. «Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa»; art. 1418 c.c. «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346».
- 125 Ai sensi dell'art. 1345 c.c. «Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe».
- 126 R. QUINTANA, sub art. 33, in M. LEVIS - A. PERINI, *cit.*, p. 867.
- 127 P. DE LIBERO, sub art 30, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p. 347.
- 128 *Id.* p. 348.
- 129 Treccani online, <https://www.treccani.it/enciclopedia/due-diligence>.
- 130 L. BARGOLI, *La due diligence nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, in *Altalex web*, <https://www.altalex.com/documents/news/2007/10/11/la-due-diligence-nell-ambito-delle-operazioni-di-acquisizione>.
- 131 Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».
- 132 Cass Pen., Sez. I, 23 marzo 2010 (ud. 25 febbraio 2010) n.11048. In dottrina, per una soluzione in parte difforme con riferimento, però, ai reati di cui agli artt. 13 e 14 d.lg. n. 286 del 1998, M. GAMBARDELLA, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1916 ss. Sulla natura permanente del reato in esame, poi A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, 2006, pp. 168 ss.
- 133 A. BENEVENTO, *Indebita percezione di (plurime) erogazioni ai danni dello stato: delitto a consumazione prolungata o reato continuato?*, in *Sistema Penale Web* <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/reato-continuato-delitto-a-consumazione-prolungata-indebita-percezione-di-erogazioni-ai-danni-dello-stato?out=print>.
- 134 F. PLATANIA, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni ex d.lgs n.231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, *cit.*, p. 545.
- 135 P. COLAROSSO, sub art. 29, in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.326.
- 136 P. DE LIBERO, sub art 30 in A. BERNASCONI - A. PRESUTTI - C. FIORIO, *cit.*, p.346.
- 137 Con particolare riguardo all'art. 17, la Relazione Ministeriale precisa che «L'articolo 17 individua le condotte di riparazione delle conseguenze del reato che permettono all'ente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive temporanee. La norma - lo si è anticipato - trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un "controvalore" rispetto all'offesa realizzata. Comportamento successivo all'illecito e da tenere prima dell'apertura del giudizio, che attenua il bisogno di pena, e che, in particolare, controagisce rispetto ai presupposti applicativi delle sanzioni interdittive, annullando la loro carica di disvalore. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, l'ente non soggiace alle sanzioni interdittive quando concorrono tre condizioni. Le prime due coincidono, in buona parte, con quelle di cui all'articolo 12, comma 2: si tratta, da un lato, delle condotte risarcitorie e riparatorie, da reputarsi integrate anche quando l'ente si sia efficacemente attivato in tal senso (in proposito, si rimanda al commento svolto, supra, per i casi di riduzione della sanzione pecuniaria); dall'altro lato, si richiede che l'ente abbia provveduto ad eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi. Tra le condizioni in esame sussiste un evidente sinergia funzionale: per evitare la sanzione interdittiva che, di regola, tende a paralizzare o a condizionare lo svolgimento dell'attività, non è sufficiente aver eliminato le conseguenze del reato e aver risarcito il danno: il modello di esonero dalla sanzione interdittiva diventa pienamente cofunzionale agli scopi di tali sanzioni solo se la condotta compensativa post-factum ricomprende anche l'eliminazione del fattore di rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo. Di qui la necessità di ri-organizzare l'ente eliminando la causa dell'illecito e curando l'adozione e l'attuazione di efficaci modelli di prevenzione del reato. Come terzo concorrente requisito, si prevede che l'ente metta a disposizione il profitto conseguito. La ratio della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente. In definitiva, le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e ri-organizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con

la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa. Il favore che viene ricollegato alla tenuta di queste condotte è altresì corroborato dalla circostanza, particolarmente significativa, che, anche se vengono tenute oltre il termine previsto, o in seguito alle vicende modificative dell'ente, danno luogo alla conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria (v. art. 78).

138 New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909)

139 G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Cedam, 2018, p. 3.

140 *Id.* p. 4.

141 *Ibid.*

142 *Id.* p. 7.

143 H. LOWELL BROWN, *Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law*, in *Arkansas Law Review*, 49, no. 3, 1996, p. 469.

144 *Id.* p. 470.

145 *Id.* p. 477.

146 *Id.* p. 478.

147 *Id.* p. 481.

148 T.J. PHILIPS, *The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *William & Mary Business Law Review*, 89, no. 6., 2015., p. 102 «The policy rationales for the rule of nonliability are straightforward. First, the nonliability rules appeals to fundamental notions of fairness: no person should be bound by contractual obligations that they have not voluntarily assumed. Similarly, no person should be liable for torts they did not commit. Second, a rule of nonliability increases certainty in the marketplace and recognizes the importance of the free alienability of property; in contrast, a broad rule of successor liability would have chilling effect on potential purchasers who might acquire the assets of a foreclosed business and find themselves liable for debts they never intended to assume».

149 H. LOWELL BROWN, *cit.*, p. 482.

150 *Id.* p. 486.

151 T.J. PHILIPS, *The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *William & Mary Business Law Review*, 89, no. 6., 2015., p. 104.

152 H. LOWELL BROWN, *cit.*, p. 496.

153 *Ibid.*

154 M. E. DIAMANTIS, *Successor Identity* in *Yale Journal on Regulation*, 36(1), 2019, pp. 1-44.

155 *Id.* p. 3.

156 *Id.* p. 4.

157 *Id.* p.17

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*

160 *Id.* p. 18.

161 *Id.* p.19.

162 *Ibid.*

163 *Id.* p. 20.

164 *Id.* p. 21.

165 *Ibid.*

166 *Id.* p. 32.

167 *Id.* p. 24.

168 *Id.* p. 27.

169 *Id.* p. 28.

---

 **GIURISPRUDENZA PENALE**