

QUESITI

CHIARA SILVA

**Fusione e responsabilità dell'ente nel d.lgs.
231/2001: nuove prospettive per una lettura
dell'art. 29 in linea con il principio di
colpevolezza**

La disciplina della fusione nell'ambito della responsabilità dell'ente pone considerevoli problemi in termini di compatibilità con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Il contributo ripercorre le posizioni della dottrina sul punto - che ha criticato a plurime voci tale disciplina - e si sofferma, poi, sulle decisioni della giurisprudenza che si sono occupate nel tempo di tale argomento, con specifico riguardo a due interessanti sentenze di merito.

Uno sguardo viene rivolto in particolare all'ordinamento francese, e alle pronunce della Cour de Cassation, la quale si è ampiamente dedicata alla responsabilità delle persone giuridiche nell'ambito delle vicende di fusione, mutando radicalmente il proprio orientamento nel 2020.

L'indagine evidenzia la necessità di individuare un contenuto minimo di colpevolezza dell'ente terzo che procede con la fusione, e di procedere con il suo concreto accertamento per evitare forme tratlative di responsabilità oggettiva.

Corporate Liability and Mergers. New perspectives for a reading of the art. 29 in line with the principle of culpability.

The regulation of mergers in the context of corporate liability poses considerable problems in terms of compatibility with the constitutional principle of personality of criminal liability.

The contribution retraces the positions of the doctrine on the point, which has criticized this discipline, and then focuses on some decisions that have dealt with this topic over time, with specific regard to two interesting rulings.

A look is then turned to the French legal system, and in particular to the rulings of the Cour de Cassation which has extensively dedicated itself to the liability of legal persons in the context of merger matters, radically changing its orientation in 2020.

The investigation highlights the need to identify the content of the culpability of the third party that proceeds with the merger, and to proceed with its concrete assessment to avoid false forms of objective liability.

SOMMARIO: 1. Le vicende modificative dell'ente: un primo sguardo di insieme. - 2. La *vexata questio* della natura della responsabilità dell'ente. - 3. La colpa di organizzazione e la sua controversa nozione. - 4. La disciplina della fusione di cui all'art. 29 quale banco di prova del principio di personalità della responsabilità dell'ente. - 5. La posizione del legislatore francese e le soluzioni adottate dalla *Cour de Cassation*. - 6. La compatibilità fra principio di colpevolezza e disciplina dell'art. 29: un'interessante chiave di lettura in una pronuncia della Corte di Appello di Venezia. - 7. Un ulteriore passo in avanti per un'interpretazione costituzionalmente orientata in una decisione del Tribunale di Vicenza.

1. *Le vicende modificative: un primo sguardo di insieme.* Nell'ambito della responsabilità ormai solo formalmente amministrativa dell'ente, il legislatore del 2001 ha deciso di dedicare il Capo II della Sezione II alle c.d. vicende modificative, disciplinando espressamente le ipotesi di trasformazione, fusione, scissione e cessione di azienda.

Sin da subito ci si è resi conto di quanto abbia attinto, nel regolare tali vicende, alla disciplina del Codice civile, mutuando le nozioni civilistiche in materia. E ciò in particolare può dirsi all'esito della riforma societaria del 2003 che, per certi versi, ha ancora di più avvicinato il regime giuridico civilistico a quello che si rinviene nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

In linea generale, la scelta è stata quella di individuare, anche forzatamente, una continuità tra il "pre"- e il "post"- operazione societaria, creando tuttavia - in taluni casi - una vera e propria traslazione di responsabilità dall'ente originario a un ente terzo, estraneo ai fatti commessi all'interno del primo¹.

Il criterio è dunque quello della "continuità economica"², ove la responsabilità finisce per seguire le sorti del patrimonio dell'ente così come regolato dalle disposizioni civilistiche³.

La *ratio* di tale scelta, evidentemente, è quella di impedire che le operazioni societarie possano fraudolentemente ostacolare la responsabilità della persona giuridica per ipotesi di reato commesse dai soggetti di cui al Decreto nel suo interesse o vantaggio⁴.

¹ In modo simile, ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 56; MASUCCI, *Responsabilità da reato e "vicende modificative": dalla "continuità d'azione" alla "colpevolezza" dell'ente*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di Borsari, Padova, 2016, che evidenzia peraltro come vengano valorizzati elementi dai quali desumere da ogni costo una continuità tra l'ente preesistente e quello modificato. Così anche BERNASCONI, *Responsabilità e vicende modificative dell'ente*, in PRESSUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 230.

² DI PINTO, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti. Profili penali sostanziali e ricadute sul piano civilistico*, Torino, 2003, 135. Si sofferma sull'utilizzo di tale criterio, recentemente, G. FIORELLA, *Metamorfosi dell'ente e centro di imputazione dell'illecito da reato. Critica di un'identità incompiuta*, Milano, 2024, 292 ss.

³ SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 161; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2001, 167; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 333.

⁴ *Ex multis*, GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, cit., 167.

Tale manifesto intento è palesato peraltro dalla stessa Relazione al Decreto, la quale chiarisce la necessità di contemperare l'esigenza di evitare che tali vicende si rivelino elusive della responsabilità e – allo stesso tempo – quella di escludere effetti eccessivamente repressivi, che possano risultare limitativi nei confronti di enti che intendano procedere con modifiche societarie⁵. Significativamente, nella Relazione si afferma anche che – condensando efficacemente quella che è proprio l'essenza più problematica delle norme in questione e su cui si tornerà ampiamente in seguito – “se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o – come nel caso del decreto legislativo – amministrative”⁶.

Solitamente si afferma allora che, mentre le sanzioni principali pecuniarie ricalcano la disciplina civilistica in materia, a tutela appunto della finalità di evitare operazioni elusive, nell'ambito delle sanzioni interdittive invece si rinven- gono quegli aggiustamenti volti a evitare allargamenti sanzionatori distortivi. Si pensi infatti alla previsione di cui all'art. 31, comma 2, ove è introdotta la sostituzione delle sanzioni interdittive in pecuniarie quando la riorganizzazione aziendale a seguito della fusione o della scissione abbia eliminato le cause che avevano determinato o reso possibile la commissione del reato⁷; o ancora, la Relazione si riferisce all'art. 14, comma 1, che limita comunque le sanzioni interdittive all'attività o alle strutture in cui l'illecito è stato commesso⁸.

Nell'ambito di tale materia, le norme che suscitano senza dubbio maggiori perplessità sono quelle che regolano le fusioni e le scissioni, ed – in specie – la discussa fattispecie di cui all'art. 29, su cui in questa sede appunto si concentra l'indagine.

In qualche modo, invece, la disciplina della trasformazione (per essa intendendosi ogni mutamento del modello organizzativo dell'ente) solleva problemi minori, tenuto conto che l'art. 28 stabilisce che la responsabilità

⁵ Relazione Ministeriale al d.lgs. 231/2001, 14.1.

⁶ *Relazione*, cit.

⁷ In questo senso, NAPOLEONI, *Le “vicende modificative”: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2007, 2, 141.

⁸ *Relazione*, cit.

dell'ente trasformato resta ferma per i fatti di reato anteriormente commessi. Tale previsione, in effetti, risulta maggiormente coerente poiché, nonostante la modificazione societaria, l'identità dell'ente permane la medesima sia anteriormente che successivamente alla stessa⁹. La trasformazione viene definita, infatti, dalla dottrina civilistica una “vicenda evolutiva del soggetto titolare dell'impresa”¹⁰ e quindi non incide sul soggetto a cui viene ascritta la responsabilità, che resta quello all'interno del quale è stato commesso l'illecito.

Diversamente, per le fusioni e per le scissioni viene costruita, di fatto, una impropria estensione della responsabilità nei confronti di enti estranei all'illecito e sottoposti a sanzione, solo in quanto partecipano a dette operazioni societarie¹¹.

In particolare, con la fusione si pongono problematiche di non poco conto, in considerazione del fatto che – sia per la fusione in senso stretto che per quella per incorporazione – l'art. 29 statuisce che la responsabilità venga del tutto traslata al nuovo ente risultante dalla fusione o dalla incorporazione.

Sul piano civilistico, la vicenda modificativa realizza un fenomeno successorio con estinzione delle società che partecipano alla fusione ovvero incorporate: da un lato, si assiste alla cessazione giuridica delle società che entrano nella fusione e, dall'altro lato, alla creazione di un nuovo centro di imputazione¹².

⁹ MASUCCI, *Responsabilità da reato*, cit., 135-136.

¹⁰ GALGANO, *Trattato di diritto civile, XIV, Le società*, Padova, 2010, 667.

¹¹ MASUCCI, *Responsabilità da reato*, cit., 133.

¹² BUSSON, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, 200; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, cit., 171. La Cassazione a Sezioni Unite ha confermato tale orientamento nel senso che “La fusione realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti il soggetto incorporato”. Così Cass., Sez. un., 30 luglio 2021, n. 21970, in *Riv. notariato*, 5, II, 977, la quale ha chiarito definitivamente – sul versante civilistico – il dibattito in ordine a tale questione problematica, tra concezioni cioè successorie e modificazioniste. In senso conforme successivamente anche Cass. civ., Sez. trib., 5 maggio 2022, n. 14228, in *Riv. dott. comm.*, 2022, 3, 429, secondo cui: “Alla fusione per incorporazione si collegano effetti traslativi successori, quanto ai rapporti ed estintivi per la società incorporata. Se da un lato la società come insieme di rapporti prosegue, sotto l'egida di una differente organizzazione, dall'altro la società come ente si estingue e l'atto di fusione ne decreta la scomparsa dalla scena giuridica quale centro autonomo d'imputazione di situazioni giuridiche. Sicché con l'iscrizione della cancellazione della società incorporata dal registro delle imprese questa si estingue, attuandosi la successione a titolo universale di tutti i rapporti giuridici attivi e

La norma di cui all'art. 2504-*bis* c.c. prima della riforma del 2003 definiva anche espressamente le società partecipanti all'operazione e l'incorporata come "estinte"¹³. Ai sensi dell'art. 2504-*bis* c.c. - così come riscritto all'esito della riforma del 2003 - la società, risultante dalla fusione o quella incorporante, assume i diritti e gli obblighi delle società estinte divenendo, con il proprio patrimonio, garanzia dei creditori delle società estinte.

La soluzione adottata dal Decreto ricalca quindi integralmente l'art. 2504-*bis* c.c.¹⁴, attribuendo rilievo alla piena continuità economica di stampo oggettivo, con sicura compressione invece dell'elemento soggettivo - come si tornerà a dire -, tenuto conto che viene - di fatto - stabilita la responsabilità di un ente terzo per il fatto altrui¹⁵.

L'art. 29, peraltro, neppure limita la responsabilità al valore del patrimonio trasferito¹⁶.

Non sono mancate voci in dottrina che hanno ritenuto, tuttavia, tale scelta come obbligata, per evitare inaccettabili esclusioni della responsabilità per l'avvenuta estinzione dell'ente a cui è ascrivibile l'illecito, quando essa derivi

passivi della società incorporante. A tale effetto si riconnette anche la legittimazione attiva e passiva dell'incorporante in relazione ai rapporti originariamente facenti capo all'incorporata. Mentre quest'ultima, a causa della perdita della propria soggettività, per effetto dell'operazione di fusione e conseguente cancellazione dal registro delle imprese, non possiede più alcuna legittimazione processuale attiva e/o passiva".

¹³ Si segnala, per il vero, che un orientamento minoritario sostiene invece una concezione modificazionista secondo cui non ci tratterebbe di un fenomeno successorio quanto invece di un fenomeno modificativo, ed in particolare si realizzerebbe una vicenda evolutiva. E ciò proprio sulla base anche dell'eliminazione, con la novella del 2003, del riferimento alle società "estinte". Sul punto, QUINTANA, sub *Art. 29*, in LEVIS-PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 822-823; DE ANGELIS, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente (trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda)*, in *Società*, 2001, 1330; e in giur., Cass. civ., Sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Soc.*, 2006, 459, con nota di DIMUNDO. Ancorché si siano registrate diverse pronunce che si sono espresse in questo senso, ora tale indirizzo sembra tuttavia ormai superato dall'appena citata pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione (Cass. civ., Sez. un., 30 luglio 2021, cit.), confermata anche successivamente dalla già citata Cass. civ., Sez. trib., 5 maggio 2022, n. 14228, cit.; e da Cass. civ., Sez. I, 22 febbraio 2023, n. 5461.

¹⁴ BERNASCONI, *Responsabilità e vicende modificative*, cit., 232. La stessa Relazione ministeriale lo dichiara, *Relazione*, cit., 14.1.

¹⁵ Così anche PAOLOZZI, *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Dig. Pen. Agg.*, 05, 1184; QUINTANA, *La responsabilità dell'ente nel caso di scissione. Problematiche applicative*, in *Rivista* 231, 2010, 3, 24.

¹⁶ Nota tale circostanza, DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di A. Stile-Mongillo-G. Stile, Napoli, 2013, 312.

da operazioni societarie effettuate strumentalmente al solo scopo di eludere eventuali sanzioni, pur continuando invece l'ente in qualche modo a operare economicamente in una diversa realtà societaria¹⁷. Non si può trascurare il rischio, in effetti, che tali operazioni vengano realizzate proprio al fine di sottrarsi ad ascrizioni di responsabilità.

D'altro canto, si afferma, la limitazione delle sanzioni interdittive all'attività o alle strutture in cui l'illecito è stato commesso nonché la facoltà di sostituzione delle sanzioni interdittive in pecuniarie rappresentano strumenti idonei a ridurre una eccessiva dilatazione sanzionatoria nei confronti dell'ente risultante dalla fusione o dalla scissione¹⁸. Allo stesso modo, assicurerebbe una simile mitigazione il meccanismo di cui all'art. 31 comma 1, secondo cui il giudice commisura la sanzione in base alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile, se la fusione è avvenuta prima della conclusione del giudizio¹⁹. Ancora una volta è la stessa Relazione a dichiarare, evidenziando il contemperamento tra la finalità di evitare operazioni elusive di responsabilità, che tali meccanismi assolvono l'esigenza di "escludere effetti eccessivamente penalizzanti"²⁰.

Ebbene, si deve certo riconoscere che sotto il profilo sanzionatorio i meccanismi introdotti in relazione alle sanzioni interdittive limitano in parte il livello sanzionatorio complessivo, ma si tratta esclusivamente di compensazioni sanzionatorie che non incidono sulla ascrizione di responsabilità all'ente e sulle sue regole.

Con tale ragionamento si finisce, piuttosto, per giustificare, quanto meno in parte, la scelta del legislatore, considerandola dovuta dalla natura delle cose²¹ e da palesi esigenze politico-criminali²². Un espediente giuridico necessario²³, in definitiva, volto a perseguire intenti antielusivi, e da cui dipendono altri-

¹⁷ BUSSON, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 199 ss.

¹⁸ BUSSON, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 199 ss.; DI PINTO S., *La responsabilità amministrativa*, cit., 143-144; BERNASCONI, *Responsabilità e vicende modificative*, cit., 232-233.

¹⁹ BUSSON, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 201.

²⁰ *Relazione*, cit., II, 14.1.

²¹ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006, 224; SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 129.

²² DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società*, cit., 312.

²³ AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 170.

menti la funzionalità e la tenuta del sistema del suo complesso²⁴.

Tralasciando infine in questa sede la disciplina della scissione, che pure suscita non poche perplessità, merita ricordare quanto viene previsto invece in materia di cessione e conferimento di azienda all'art. 33.

Ancora una volta, infatti, la disciplina è costruita sulla falsariga di quella civilistica. Prendendo sempre a fondamento la natura civilistica, poiché infatti sotto quest'ultimo profilo l'ente responsabile modifica il proprio assetto patrimoniale ma non perde la propria identità giuridica, nell'ambito del Decreto viene disciplinata tale ipotesi in modo diverso rispetto alle altre vicende modificative. È in questa prospettiva che permane la responsabilità del cedente, anche se viene prevista la responsabilità solidale del cessionario, purché vi sia preventiva escussione del cedente. Inoltre, ad ulteriore garanzia, la responsabilità solidale è limitata (in linea con l'art. 2560 c.c.) al valore dell'azienda ceduta nonché alle sanzioni pecuniarie che risultano da libri contabili obbligatori, ovvero dovute per illeciti amministrativi dei quali l'acquirente era comunque a conoscenza.

Nell'ipotesi della cessione, pertanto, sono state valorizzate da parte del legislatore le esigenze di tutela dell'affidamento e della sicurezza del traffico giuridico rispetto alle contrapposte necessità di arginare finalità elusive che pur potrebbero essere perseguite con dette operazioni²⁵.

Evidente risulta, dunque, l'eterogeneità tra discipline che – se trova una giustificazione in ambito civilistico in ragione della permanenza dell'identità del cedente a differenza della società che partecipa alla fusione o della società incorporata che invece si estingue giuridicamente – risulta del tutto irragionevole²⁶ quando trasferita in sede penale o comunque in sede di una responsabilità sostanzialmente penale, che deve necessariamente sottostare ai principi cardine del diritto penale.

Sotto questo profilo, merita infatti rapidamente ricordare l'accesso dibattito

²⁴ AMARELLI, *Profili pratici*, cit., 170; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 129 ss.

²⁵ Al punto che non si è mancato di immaginare che l'istituto della cessione di azienda avrebbe trovato nuova fortuna rispetto alla fusione proprio per tale differenza di disciplina. Così BUSSON, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 210.

²⁶ Cfr. MASUCCI, *Responsabilità da reato*, cit., 147; anche NAPOLEONI, *La cessione di azienda nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Rivista* 231, 2007, 3, 159 ss.

relativo alla natura della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001* che ha diviso la dottrina dopo l'entrata in vigore del decreto, e gli approdi ermeneutici ormai consolidati in materia sia da parte della scienza penalistica che della giurisprudenza.

2. *La vexata quaestio della natura della responsabilità dell'ente*. Come è assolutamente noto, sin dalla sua introduzione, il Decreto ha sollevato accesi dibattiti in seno alla scienza penalistica in ordine alla natura della neo introdotta responsabilità, definita dal legislatore come "amministrativa".

Tale espresso riferimento ha immediatamente fatto pensare all'assai criticato *Etikettenschwindel*, temendo che ancora una volta il nostro legislatore avesse dissimulato una responsabilità, in realtà, penale²⁷.

La questione è tutt'altro che puramente dogmatica²⁸, tenuto conto che dalla sua soluzione stanno o cadono le garanzie costituzionali fondamentali in materia, tra cui *in primis* i principi di cui agli artt. 25 e 27 Cost.

In verità, diversi autori hanno ridimensionato il problema²⁹, affermando che al di là della *querelle* terminologica, il Decreto ha comunque assicurato a tale forma di responsabilità un insieme di garanzie di stampo sostanzialistico e processualistico di matrice penalistica. Non ci si può tuttavia accontentare di alcune garanzie - previste peraltro solo dalla legge ordinaria³⁰ - che semmai costituiscono indici, insieme ad altri aspetti, della natura sostanzialmente penale di tale responsabilità.

Senza ora ripercorrere integralmente i termini del dibattito - ormai in larga parte superato - si ricorderà che molti hanno definito sin dal principio detta

²⁷ In questo senso, MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1103; MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, 23, 9; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità*, a cura di Garuti, cit., 80.

²⁸ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 417, che la colloca "sul crinale fra pensiero sistematico e concettualismo dogmatico".

²⁹ PULITANÒ, *La responsabilità "da reato"*, cit., 417 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 328; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 598 ss.

³⁰ Sul punto DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 326.

responsabilità come sostanzialmente penale³¹, mentre altri hanno preferito ricorrere alla nozione ibrida del *tertium genus*, ancorato a principi penalistici ma al contempo caratterizzato da alcune insuperabili eterogeneità³².

Noti sono gli argomenti tradizionalmente utilizzati dai sostenitori della natura sostanzialmente penale, tra cui *in primis* la commissione di un reato quale presupposto della responsabilità dell'ente³³.

Significativo appare invece che quella parte della dottrina - minoritaria, per la verità - che si è schierata per la natura amministrativa della responsabilità de-

³¹ Si tratta per la verità della dottrina maggioritaria. Si vedano, *ex multis*, AMARELLI, *Profili*, cit., 167 ss.; CONTI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di Conti, Padova, 2001, 866 ss.; DE VERO, *La responsabilità*, cit., 322 ss.; EPIDENDIO, *I principi costituzionali e internazionali e la disciplina punitiva degli enti*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 454 ss.; FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario*, a cura di Cassese, V, 5101; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 899 ss.; MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 517 ss.; MUSCO, *Le imprese*, cit., 8 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 16 ss.; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 186 ss.

³² Si vedano AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone*, in *La legge penale nel tempo. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco-Ambrosetti-Mezzetti, Bologna, 2016, 270 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 16 ss.; FLORA, *Sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 11, 1399; FORTI, *Sulla definizione di colpa nel progetto di riforma del Codice penale*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di De Maglie-Seminara, Milano, 2002, 102; PULITANO, *La responsabilità*, cit., 417.

³³ Aspetto, questo, che in parte si rinviene anche in Germania, ancorché la responsabilità dell'ente d'oltralpe permanga di tipo amministrativo, ma sorge, dal §30 OWiG, sia da *Ordnungswidrigkeiten* che da *Straftaten*. (Anche la dottrina d'oltralpe peraltro ha avanzato l'ipotesi di un *Etikettenschwindel* (HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Opladen, 1993, 22; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, 228 ss.) L'*Ordnungswidrigkeitenrecht* in Germania si è notevolmente esteso, sovraccaricando l'autorità amministrativa (in senso critico, SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Gießen, 1993, 125 ss.) -. Oltre a ciò, vengono enfatizzati inoltre gli aspetti processuali, ossia che la responsabilità dell'ente viene giudicata nell'ambito del processo penale, con le garanzie sue proprie e altresì con gli effetti stigmatizzanti tipici di tale processo, oltre che la particolare afflittività sanzionatoria, peraltro secondo un sistema di commistrazione per quote, tipico del diritto penale (AMARELLI, *Profili*, cit., 179). A ciò si aggiungano i numerosissimi riferimenti normativi che attingono al paradigma penalistico, dalla disciplina delle successioni delle leggi nel tempo, a quella del tentativo.

gli enti³⁴ abbia sempre individuato quale ostacolo al riconoscimento della natura penale proprio la disciplina delle vicende modificative. Essa è parsa a tal punto in violazione del fondamentale principio della personalità della responsabilità penale da condurre taluno a ritenere tale forma di responsabilità incompatibile con la responsabilità penale in ragione di tali disposizioni.

In effetti, gli elementi utilizzati dagli studiosi favorevoli alla natura amministrativa sono, in primo luogo, quello testuale della qualificazione giuridica, sola guida per l'interprete che non voglia indulgere in ontologismi fuori luogo³⁵, e - inoltre - il regime della prescrizione, profondamente diverso da quello penale in quanto unico per tutti gli illeciti, oltre che, infine, quello delle vicende modificative, di stampo prettamente civilistico, e contrario al principio di personalità di cui all'art. 27 Cost.

Anche la giurisprudenza, dal canto suo, è andata dirigendosi rapidamente nel senso di una natura non prettamente amministrativa. Escluso un orientamento minoritario, spesso di merito³⁶, è stata qualificata così come *tertium genus*³⁷ o addirittura - come sempre più è avvenuto - come sostanzialmente penale³⁸,

³⁴ MARINUCCI, "Societas puniri potest": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1201 ss.; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398 ss.; LATTANZI, *Intervento*, in *Societas puniri potest*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 291; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 116 ss.; e, benché con spunti critici, in parte ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., 56. Anche cfr. RAZZANTE -TOSCANO, *La responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001 tra modello penale e modello amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1205, nota 44.

³⁵ MARINUCCI, "Societas puniri potest", cit., 1202.

³⁶ Cfr. Trib. Milano, ord. 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1333; Trib. Milano, ord. 25 gennaio 2005, in *Soc.*, 2005, 1441; Trib. Torino, Sez. II, Corte Assise, 15 aprile 2011, che - nel caso Thyssenkrupp - proprio in ragione della natura amministrativa ha ritenuto infondate le questioni di illegittimità costituzionale che presupponevano invece una natura sostanzialmente penale; o ancora Trib. Milano, ord. 8 marzo 2012, in *www.penalecontemporaneo.it*, ha negato che l'art. 25, comma 2 Cost. possa costituire parametro costituzionale, trattandosi di responsabilità amministrativa. E Cass., Sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476, in *Cass. pen.*, 2012, 433 ss.;

³⁷ Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426, nel caso *TyssenKrupp*, afferma che la responsabilità configura un *tertium genus* di responsabilità compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza"; Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 1876 ss.; Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in *Cass. pen.*, 2010, n. 1938; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, in *Guida al dir.*, 2005, 15, 59.

³⁸ Cass., Sez. VI, 4 aprile 2004, in *Cass. pen.*, 2004, 4046 ss., non esplicitamente ma pur sempre riconoscendo il referente costituzionale immediato dell'art. 25, comma 2 Cost.; e Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, riconosce la natura sostanzialmente penale, "forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.)".

espressamente affermando che essa “ricalca nella sostanza, *mutatis mutandis*, la falsariga della responsabilità penale”³⁹.

Come si diceva, il tema può considerarsi ampiamente assodato, e ormai dottrina e giurisprudenza convergono nel riconoscere la natura sostanzialmente penale di tale responsabilità, e dunque l’imprescindibile sussistenza di una colpa di organizzazione dell’ente⁴⁰.

In tutti i paesi europei, d’altronde, si registra da tempo l’esigenza di arricchire “la fattispecie di responsabilità dei necessari contenuti ‘soggettivi’”⁴¹.

In ogni caso, non può non volgersi lo sguardo, al di là del nutrito dibattito in seno al nostro ordinamento, anche alla dimensione sovranazionale e ai principi ormai da tempo elaborati dalla Corte EDU – e accolti anche dalla Corte di Giustizia – con riferimento alla nozione in costante e inarrestabile espansione di *matière penale*.

Secondo i consolidati cd. Engel criteria⁴², infatti, non vi è dubbio – per la posizione sempre più estensiva della nozione di *matière penale*, quasi onnicomprensiva – che gli illeciti presenti nel Decreto a carico dell’ente rientrino nella c.d. materia penale⁴³. In effetti, il presupposto della responsabilità è rappresentato dalla commissione di un reato, è il giudice penale competente a giudicare tale responsabilità congiuntamente a quella penale della persona fisica autore del reato, oltre ovviamente alla particolare afflittività sanzionatoria in termini patrimoniali (senza dubbio le sanzioni pecuniarie sono partico-

³⁹ Cass. civ., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro it.*, 2010, II, 3127 ss. Vd. Anche Cass pen., sez. II, 22 marzo 2016 parla espressamente di “responsabilità penale”.

⁴⁰ Sul punto, per tutti, AMBROSETTI, *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, 5. Ed., Bologna, 2022, 55.

⁴¹ SELVAGGI, *In tema di ‘riforma’ della responsabilità da reato dell’ente: brevi note tra Europa e Italia*, in FIORELLA-BORGOGNO-VALENZANO, *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell’ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 276, che richiama sul punto il lavoro di FIORELLA, *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, I e II, Napoli, 2012.

⁴² Corte EDU, GC, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, n. 5100/71. Del tutto sovrapponibili i criteri accolti dalla Corte di Giustizia a partire da Corte Giust. UE, Grand Section, Bonda, 05.06.2012, C-489-2010.

⁴³ In questo senso, *ex multis*, cfr. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, 52 ss. In senso simile, anche la Suprema Corte nel caso *Thyssenkrupp*, Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., “non vi è dubbio che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo”.

larmente elevate), ma anche alla pervasività e agli effetti stigmatizzanti assai rilevanti. Non debbono essere nemmeno trascurate le sanzioni interdittive, a loro volta estremamente considerevoli e afflittive.

La natura sostanzialmente penale, dunque, deve essere riconosciuta altresì alla luce dei principi, ormai cristallizzati, enunciati dalla Corte EDU⁴⁴.

Consolidatesi negli anni le posizioni in ordine alla natura sostanzialmente penale della dottrina, e allineatasi totalmente la giurisprudenza, l'attenzione si è dunque posta sul nucleo delle garanzie fondamentali riferibili al sistema punitivo, rendendo ineludibile il tema del rispetto dell'art. 27 Cost.

Ma ciò anche, volgendo lo sguardo all'ormai stratificato sistema di fonti multi-livello, con riferimento al necessario rispetto delle garanzie fondamentali applicabili alla *matière penale* tra cui *in primis*, ex art. 117 Cost., del principio di colpevolezza "convenzionale" di cui all'art. 7 CEDU⁴⁵.

3. *La colpa di organizzazione e la sua controversa nozione.* Ricordati brevemente i termini del dibattito relativo alla natura della responsabilità dell'ente, ulteriore nodo irrisolto è rimasto nel tempo quello di comprendere se, e in quali termini, la colpa di organizzazione possa corrispondere alla nozione di colpevolezza elaborata nella dogmatica penalistica per la persona fisica⁴⁶.

L'aspetto più controverso, è noto, riguarda la possibilità di muovere un rim-

⁴⁴ In questo senso, diversi anni fa già l'interessante sentenza di merito Trib. Torino, sez. I, 10 gennaio 2013, affermava che la responsabilità "ha natura penale (...) sulla scorta di quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria e di quanto unicamente ricavabile dai principi espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo circa la natura giuridica delle sanzioni, quindi, degli illeciti per le quali sono comminate".

⁴⁵ Senza alcuna pretesa di esaustività, si ricorda solamente come da tempo nell'art. 7 la Corte EDU faccia rientrare, oltre al principio di legalità, il principio di "colpevolezza convenzionale" (cfr. sulla confisca urbanistica le celebri Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 20 gennaio 2009, n. 75909/2011; Corte EDU, Varvara c. Italia, 29 ottobre 2013, n. 17475/2009). Si richiama per tutte la celebre Corte EDU, Grand Chambre, GIEM e al. c. Italia, 28 giugno 2018, nn. 1828/2006, 34163/2007, 19029/2011, § 242, ss., ove - con riferimento peraltro alle persone giuridiche - si rinviene che "la logica della pena e della punizione nonché la nozione di 'guilty' (...) vanno nel senso di una interpretazione dell'art. 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale. (...) Una pena nel senso dell'art. 7 si può concepire in linea di principio soltanto a condizione che a carico dell'autore del reato sia stato accertato almeno un elemento di responsabilità personale".

⁴⁶ Ancorchè non vi sia dubbio sul fatto che tra colpevolezza delle persone fisiche e quella delle persone giuridiche "non possa sussistere una perfetta sovrapposizione, tenuto conto della ineliminabile difformità ontologico-naturalistica", così PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche* (voce), in *Enc. Dir.* (I Tematici - Reato Colposo), Milano, 2021, 64 ss.

provero di colpevolezza alla persona giuridica⁴⁷, soprattutto per chi ha sempre ritenuto, per il superamento del confine invalicabile della *societas*, che l'insormontabile ostacolo fosse rappresentato proprio dall'inconfigurabilità dell'elemento soggettivo in capo alla stessa⁴⁸.

La soluzione più risalente, e forse più celebre, è stata ricorrere alla teoria dell'immedesimazione organica secondo quell'antropomorfa identificazione⁴⁹ della *mens rea* dell'autore-persona fisica con la *mens rea* della persona giuridica⁵⁰. Come risaputo, la teoria, diffusa nel sistema inglese, è stata utilizzata per riconoscere la *corporate criminal liability* in alcuni celebri *leading cases*⁵¹. Se la tesi accolta nei paesi di *Common Law* consente di ricorrere allo stesso concetto di colpevolezza utilizzato nei confronti della persona fisica, essa apre tuttavia enormi problematiche in termini di imputazione della colpevolezza dal soggetto all'ente. Fatto tipico e colpevolezza della persona fisica infatti vengono imputati alla persona giuridica tramite l'immedesimazione di "head" e "hands" dell'uno nell'altro⁵², ma manca una legittimazione dogmatica di tale passaggio⁵³.

Alla teoria organicistica da diverso tempo si è opposta – e si è riuscita decisa-

⁴⁷ Certo storicamente questa è la questione più dogmaticamente controversa: cfr. *ex multis*, ROMANO, *Societas delinquere non potest* (Nel ricordo di Franco Bricola), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1036 ss.; o già BRICOLA, *Il costo del principio "Societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1011.

⁴⁸ Già sostenitori del fatto che la personalità della responsabilità penale comportasse l'impossibilità di ascrizione alla persona giuridica, in Germania, JESCHECK, *Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht*, in *ZStrR*, 1955, 255; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, München, 1997, 52.

⁴⁹ Parla di modello di tipo antropomorfo, HEINE, *Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften*, in *ZStrR*, 2001, 35.

⁵⁰ Per quanto riguarda l'adesione a tale teoria da parte della dottrina d'oltralpe vd. HAUESERMANN, *Der Verband*, cit., 151 ss. Favorevole in Italia ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1983, 56.

⁵¹ Il *leading case* che ha consacrato detta teoria tuttora è il celebre caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, in *AC*, 1972, 153. Per una approfondita disamina della pronuncia e della teoria dell'identificazione, nella letteratura italiana vd. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 148 ss.

⁵² Quanto all'espresso riferimento all'identificazione di cervello e mani, vd. la celebre sentenza *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, cit.; *H.L. Bolton Engineering v. T.J. Graham and Sons Ltd.*, in *1 QB*, 1957, 159 ss.

⁵³ BRICOLA, *Il costo*, cit., 1011. *Ex multis* in questo senso PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., 17. Tuttavia, si rinvengono riferimenti alle tesi antropomorfe sia nella Relazione al Decreto, cit., 3.2.15, che in una celebre pronuncia di legittimità che cita espressamente l'immedesimazione organica tra la persona fisica e quella giuridica (Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, cit.; e già Cass. pen., VI, 9 luglio 2009, n. 36083, cit.).

mente ad imporre – la teoria di una colpevolezza propria e autonoma dell’ente⁵⁴, distinta rispetto a quella della persona fisica, mutuando il noto concetto di *Organisationsverschulden* coniato dalla dottrina tedesca negli anni ‘80 per legittimare il modello di responsabilità amministrativa dell’ente introdotto con il §30 OWiG⁵⁵.

Certamente essa è più rispettosa del principio di personalità, consentendo in astratto all’ente di dimostrare di avere fatto il possibile per prevenire il reato, a differenza della teoria organicistica, ove l’ente risponde per fatto altrui della persona fisica, traslando la colpevolezza dell’una nell’altro⁵⁶.

Tale nozione di colpa di organizzazione, tuttavia, ha posto – e pone tuttora – rilevanti problemi con riferimento al suo accertamento in concreto⁵⁷.

Il rischio considerevole (a lungo realizzatosi) è quello di individuare nella pratica la sussistenza della colpa *ex se*⁵⁸, quando invece essa dovrebbe essere verificata di volta in volta, stabilendo in modo più preciso la consistenza del “di-

⁵⁴ Si soffermano sulla distinzione tra il modello dell’identificazione di responsabilità per ascrizione (*Zurechnungsmodell*) e quello della colpa autonoma di responsabilità originaria o per fatto proprio, DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell’ottica dei principi costituzionali*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A. Stile-Mongillo-G. Stile, cit., 301; MONGILLO, *The Allocation of Responsibility for Criminal Offences Between Individuals and Legal Entities in Europe*, in *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, vol. II, *Towards a common model in the European Union*, a cura di Fiorella, Napoli, 2012, 151 ss.

⁵⁵ Come noto, primo ad aver introdotto il concetto è TIEDEMANN, *Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in NJW, 1988, 1172. In Italia *ex plurimis* in argomento cfr., PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 3, 167 ss.; BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell’ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, a cura di Bertolino-Eusebi-Forti, Napoli, 2011, 1743 ss. La principale critica mossa alla teoria della colpa di organizzazione costruita da Tiedemann è tuttavia quella che essa venisse rinvenuta in quanto tale nel fatto illecito realizzato nell’interesse dell’ente. Vd., per tutti, ACHENBACH, *Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht*, in SCHÜNEMANN-FIGUEIREDO DIAS, *Bausteine des europäischen Strafrechts (Coimbra-Symposium für Claus Roxin)*, Heymann, Köln-Berlin- Bonn-München, 1995, 303. Per una ricostruzione approfondita della *Organisationsverschulden* in Germania, vd. VILLANI, *Alle radici del concetto di ‘colpa di organizzazione’ nell’illecito dell’ente da reato*, Napoli, 2016, in particolare 40 ss.

⁵⁶ Sul punto, anche per riferimenti bibliografici stranieri, DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 304-305. Così anche MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 132-133.

⁵⁷ Pone particolarmente accento sulla necessità di raggiungere la prova concreta di tale colpa che non può essere individuata *in re ipsa*, ROMANO, *Societas*, cit., 1045.

⁵⁸ *Ex multis*, VALENZANO, *L’illecito dell’ente da reato per omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento da reato*, Napoli, 2019, 195.

fetto di organizzazione” effettivamente verificatosi⁵⁹.

Il concetto elaborato⁶⁰ è quello dell’impedibilità, poi tradotto nel nostro sistema in termini di adozione, adeguamento, applicazione, implementazione del modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo ed effettivo⁶¹, prendendo ispirazione dal meccanismo statunitense dei *compliance programs*⁶².

In tale contesto, ruolo essenziale è stato a lungo assunto dal modello di organizzazione, gestione e controllo, che ha polarizzato l’attenzione, quale strumento di auto-regolamentazione che finisce per afferire sia alla sfera della tipicità che a quella della colpevolezza⁶³. La doppia valenza del modello emerge in quanto, da un lato, la mancanza di auto-adozione di mezzi di riduzione dei rischi emersi dal *risk assessment* costituisce la condotta inosservante quale elemento del tipo; dall’altro lato, l’inosservanza del dovere auto-organizzativo costituisce il fondamento di rimproverabilità, pur con le richiamate difficoltà relative alla spesso trascurata misura soggettiva.

Il rimprovero per la “disorganizzazione” aziendale non atterrebbe peraltro a una fase pre-cautelare, tenuto conto che – si è detto – il dovere di organizzazione aziendale si dispiegherebbe in regole cautelari orientate a prevenire l’evento-reato e non solo all’organizzazione in quanto tale, così fondando il rimprovero all’ente⁶⁴. In questo senso, sarebbe necessario verificare la concre-

⁵⁹ In questo senso si è orientata, solo negli ultimi anni, anche la giurisprudenza, come si tornerà a dire.

⁶⁰ Per una ricostruzione delle posizioni in materia, cfr. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche (voce)*, cit., p. 78 ss; PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 192 ss.

⁶¹ Sul punto DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 306-307, evidenzia come così non ci si limiti al mero *deficit* di organizzazione quale dato oggettivo e richiama l’art. 102 comma 2 c.p. svizzero che in materia di responsabilità dell’ente richiede che si possa muovere il rimprovero di non aver adottato tutte le misure organizzative esigibili e indispensabili per impedire il reato (nt 134). Su tale interessante previsione, vd. SCHNEIDER, *Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation*, Bern, 2009, 33. In tema di esigibilità, cfr. anche PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione “lassista” o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Soc.*, 2010, 480; PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. 6, 16.

⁶² Per una ricostruzione e una comparazione con il sistema statunitense, cfr. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., 102 ss., e 363 ss.

⁶³ PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit., 207, parla infatti di doppia valenza imputativa del modello.

⁶⁴ Ampiamente sul punto VILLANI, *Alle radici del concetto di ‘colpa di organizzazione’*, cit., 233 ss., la quale peraltro in conclusione, 267 ss., si interroga sul limite dell’inesigibilità.

ta efficacia impeditiva della cautela disattesa, ancorché sia impossibile procedere con detta verifica in senso stretto, interpretando la responsabilità dell'ente non tanto come omesso impedimento, quanto come omessa prevenzione del reato⁶⁵. Peraltro, mancando precise regole positive in materia, il parametro della corretta organizzazione dovrebbe essere determinato secondo una prevedibilità/evitabilità ragionevole per quell' "agente modello" collettivo individuato sulla base di elementi quali la zona geografica, il contesto, il tipo, le dimensioni, simili all'ente di riferimento⁶⁶.

Il paradigma della colpa di organizzazione è senz'altro andato assimilandosi negli ultimi anni al tipo colposo in ambito penale, ancorché ovviamente non si tratti di nozioni sovrapponibili, come pacificamente riconosciuto dalla dottrina⁶⁷ e anche da parte della giurisprudenza⁶⁸.

A partire dalla fondamentale pronuncia relativa al disastro di Viareggio, si è avviato un nuovo corso giurisprudenziale⁶⁹, recepito nelle decisioni successive, ove l'esegesi della colpa di organizzazione viene sviluppata sempre più mediante l'utilizzo del modello della colpa della persona fisica.

In particolare, l'approccio palesato, maggiormente garantista, non si acconten-

⁶⁵ Così MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 138 ss.

⁶⁶ Sempre MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 141.

⁶⁷ Tra i primi in questo senso MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessività. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, 235 ss. Vd. PALIERO., *Colpa penale e colpa di organizzazione: analogie, epifanie e dissolvenze*, in *Cass. pen.*, 2023, 3346.

⁶⁸ Il riferimento va alla fondamentale pronuncia sul disastro di Viareggio, vd. Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, in *Giur. it.*, 2022, 4.

⁶⁹ Si vedano successivamente alla pronuncia, in senso conforme, Cass. pen., IV, 10 maggio 2022, n. 18413, in *Cass. pen.*, 2023, 3342, con commento di PALIERO, *Colpa penale e colpa di organizzazione*, cit., e PIERGALLINI, *L'uso obliquo della colpa di organizzazione; nonché la importante decisione sul caso Impregilo bis*; Cass. pen., VI, 15 giugno 2022, n. 23401, in *Sist. Pen.*, 27 giugno 2022, con nota di PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, ed anche - tra le altre - di MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, 714 ss.; CENTONZE, *Il crimine dell'"attore decisivo", i limiti della compliance e la prova "certa" della colpa di organizzazione - riflessioni a margine della sentenza "Impregilo"*, in *Cass. pen.*, 2022, 4383 ss.; DE SIMONE, *Si chiede finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *Giur.it.*, 2022, 2758 ss.; e, ancora, Cass. pen., V, 19 maggio 2023, n. 21640, in *Giur. it.*, 2024, 413 ss., con nota di SABIA, *Non c'è responsabilità (corporativa) senza colpa (di organizzazione). La Cassazione ribadisce la metodologia di accertamento delineta nel caso Impregilo bis*; Cass. pen., IV, 11 gennaio 2023, n. 570, in *Sist. Pen.*, 2 marzo 2023, con nota di PARODI, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*. Sul tema ampiamente anche ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino, 2024, 124 ss.

ta del riconoscimento di un generico *deficit* organizzativo, ma – accogliendo le istanze dottrinali – richiede, secondo il modello dell’illecito colposo di evento, di accertare, individuare e motivare specifici *deficit* di cautela nonché la connessione causale degli stessi con l’ “evento” di realizzazione del reato presupposto, sia di tipo naturalistico (violazione di cautela ed evento) sia di tipo normativo (il rischio che la regola cautelare mira ad evitare e la concretizzazione del rischio nell’evento-reato realizzatosi).

In ordine all’accertamento del nesso causale, esprimendo una posizione maggiormente garantista, si sostiene che ove “non sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa non potrà essere affermata”⁷⁰.

Al contempo, l’ulteriore direzione di tale corso giurisprudenziale è quella del ridimensionamento del ruolo del modello organizzativo, la cui assenza – ovvero inidoneità – non può e non deve significare automatica presenza di colpa di organizzazione. Semmai, essa può consistere in un mero indizio nell’attività di accertamento che deve comunque essere svolta in relazione al concreto assetto organizzativo dell’impresa in tema di prevenzione di reati della stessa specie di quello oggetto di giudizio, anche in assenza appunto del modello⁷¹.

Tale indirizzo, criticato per essersi eccessivamente modellato sul paradigma penale dell’illecito colposo, ha certo il pregio di rompere pericolosi automatismi ed equivalenze della colpa fondate su meccanismi presuntivi in relazione al modello organizzativo⁷².

⁷⁰ Così espressamente Cass. pen., IV, 11 gennaio 2023, n. 570, cit.

⁷¹ Per tutte, Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit., secondo cui: “La colpa di organizzazione non si identifica con l’assenza del modello, mentre la corretta messa in campo di questo integra una presunzione legale di assenza di colpa di organizzazione. Ciò implica che l’assenza di un modello conformato all’archetipo valevole per la legislazione nazionale non è di ostacolo all’esclusione di una colpa di organizzazione quando ‘l’organizzazione diligente’ sia in altro modo dimostrata (né può l’accusa limitarsi a dimostrare la mancata adozione di un simile modello). Non si condivide, quindi, l’assunto secondo il quale il comportamento lecito dell’ente “implica l’adozione di specifici modelli organizzativi”. La presenza di modelli conformi alla previsione normativa permette all’ente di beneficiare di una presunzione legale di assenza di colpa (di organizzazione)»; «una limitazione della prova della insussistenza di una colpa di organizzazione pure in assenza di un modello [...] finirebbe per porre evidenti dubbi di legittimità costituzionale”.

⁷² In questo senso, ampiamente, GRECO, *L’illecito dell’ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, Torino, 2024, 77 ss.

A tale “misura oggettiva”, maggiormente valorizzata dalla più recente giurisprudenza, dovrebbe corrispondere una “misura soggettiva” che consenta di personalizzare la stessa in termini di esigibilità soggettiva. Altrimenti, simile ricostruzione rischierebbe di appiattirsi esclusivamente mediante letture oggettivizzanti in cui fatica ad emergere la misura della “colpevolezza colposa”⁷³. Tale doppia misura è stata spesso accennata⁷⁴, ma ha faticato a trovare un approfondimento definitorio.

È stato allora proposto⁷⁵ di valorizzare la misura soggettiva – esattamente come si sollecita in ordine all’accertamento della colpa nei confronti della persona fisica, rappresentando ormai l’oggettivizzazione della colpa tendenza diffusa ben al di fuori della responsabilità dell’ente -, identificando se l’ente concretamente analizzato fosse, alla luce delle sue peculiari caratteristiche e della situazione in cui operava, in condizione di prevedere le conseguenze della sua deficitaria struttura interna, di conoscere la regola doverosa e di conformarsi alla stessa, così valutando la possibilità di organizzarsi in altro modo da parte di quella specifica impresa. Proprio tale organizzazione alternativa risulta, quindi, aspetto fondamentale da sviluppare ai fini di individuare una “misura soggettiva” nel giudizio della colpa di organizzazione, intesa dunque nella prospettiva di esigibilità soggettiva⁷⁶.

Sono state avanzate dalla scienza penalistica anche altre impostazioni volte a individuare e maggiormente approfondire la cifra soggettiva della colpa di organizzazione. Alcuni hanno concentrato maggiormente l’indagine sull’esigibilità intesa come impedibilità, o meglio “*deficit* organizzativo impe-

⁷³ Ampiamente sul tema, di recente, GRECO, *L'illecito dell'ente*, cit., 180 ss., propone di collocare la colpa di organizzazione sul piano della tipicità (oggettiva e soggettiva) e della anti giuridicità, pur conservando un nucleo minimo di rimproverabilità, e parla di colpevolezza “iper-normativa”. Circa la fisionomia normativa della colpa di organizzazione, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 167 ss.; vd anche MAZZACUVA, *L'ente preniato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, 253. Sul tema lungamente anche ORSINA, *La responsabilità da reato*, cit., 367 ss.

⁷⁴ Parla di esigibilità DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 307. In qualche modo anche FIORELLA-SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 111 ss. s

⁷⁵ MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 145 ss.

⁷⁶ Parla di esigibilità soggettiva anche VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato*, cit., 213-214, ma nel senso di esigibilità concreta di un diverso comportamento “aggregato” dell’ente, riferito cioè all’insieme dei soggetti titolari dell’obbligo giuridico, a cui viene riferito il giudizio di dominabilità soggettiva.

dibile”, da riferirsi alla struttura organizzativa, quale correttivo alla mancata attenzione al profilo subiettivo⁷⁷. Altri hanno proposto di prendere in considerazione nel giudizio di rimprovero il *deficit* organizzativo, contesto in cui si è realizzato l’illecito, ravvisando un atteggiamento di “consapevole noncuranza progettuale nei confronti del rischio-reato”, in pratica di tolleranza, di “disinteresse” verso la realizzazione di reato, integrando quel coefficiente di riprovevolezza insito nella decisione consapevole di aumentare il rischio-reato⁷⁸.

Le istanze di soggettivazione non sembrano attualmente trovare tuttavia una corrispondenza né nell’attuale quadro normativo né nel panorama giurisprudenziale, che finora ha trascurato di focalizzarsi sull’aspetto della misura soggettiva della colpa dell’ente⁷⁹.

Nonostante gli indefiniti confini e i difficili contenuti del *Organisationsverschulden*, non vi è dubbio dunque in ordine al fatto che la sua necessaria sussistenza e il doveroso rispetto dell’art. 27 Cost. in materia costituiscano ormai approdi ermeneutici assolutamente condivisi e consolidati. Tanto più alla luce della recente posizione della giurisprudenza maggiormente garantista in ordine al suo accertamento in concreto.

Ed è da tale punto fermo che occorre muovere nell’analisi delle criticità che presenta il disposto dell’art. 29 d.lgs. 231/2001.

4. *La disciplina della fusione di cui all’art. 29 quale banco di prova del principio di personalità della responsabilità dell’ente.* Riprendendo ora il tema della disciplina di cui all’art. 29 in materia di fusione, è imprescindibile confrontar-

⁷⁷ In questo senso DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., 229 che propone l’esigibilità di un modello organizzativo idoneo, attribuendo maggior personalismo alla *Schuld*, utilizzando quale parametro “la figura dell’impresa modello del medesimo settore, che abbia le stesse dimensioni e capacità e si trovi ad operare in una situazione analoga”.

⁷⁸ Questa sostanzialmente l’impostazione di Piergallini, proposta in più contributi: PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., p. 169 ss.; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, Parte I, 376 ss.; PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 167 ss. Definisce efficacemente tale impostazione come assimilabile alla nozione inglese di *recklessness*, GRECO, *L’illecito dell’ente nella teoria della colpa*, cit., 167 ss.

⁷⁹ Così MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 150-151. Lo scenario pare tuttora immutato, visto che le recenti pronunce di legittimità sono divenute più attente all’analisi della colpa di organizzazione ma sempre nella sua dimensione oggettiva (vd. recentemente ORSINA, *La responsabilità da reato*, cit., 133 ss.)

si dunque con il quadro generale finora richiamato in termini di responsabilità dell'ente.

Non può che balzare agli occhi, allora, lo scollamento che tale norma manifesta rispetto al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost⁸⁰.

Prima ancora di interrogarsi, in effetti, in ordine a quale potrebbe essere la colpevolezza di un ente estraneo che solo successivamente alla commissione dell'illecito nell'ambito di altro ente partecipa a una operazione di fusione, già da una interpretazione letterale della disposizione emerge *ictu oculi* che la scelta di riprendere integralmente la disciplina civilistica e trascinarla in un contesto sostanzialmente penale rischi di deteeminare la costruzione di una fattispecie di responsabilità oggettiva per fatto altrui, incompatibile con il dettato costituzionale.

Tale evidente deviazione dal principio di personalità della responsabilità viene da tempo riconosciuta da molti in dottrina⁸¹, persino al punto – come già si è detto – di aver condotto taluno a ritenere che la responsabilità dell'ente non potesse considerarsi di natura penale proprio anche alla luce di tale norma, così distante dal paradigma penalistico⁸².

Il principio di personalità d'altronde non “tollera alcun aggiustamento, neppure per gli scopi più nobili (come quelli di evitare elusioni mediante artificiose modificazioni dell'ente)”⁸³.

Già era stato così da più parti introdotto dunque il dubbio di legittimità costituzionale di tale articolo, per incompatibilità con il principio di responsabilità per fatto proprio⁸⁴.

⁸⁰ Parla proprio di scollamento, ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., 56.

⁸¹ DI PINTO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 144; DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, in *La responsabilità da reato*, a cura di A. Stile-Mongillo-G. Stile, cit., 311; DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., 333; BERNASCONI, *Responsabilità e vicende modificative*, cit., 230; MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative: dalla “continuità di azione” alla “colpevolezza” dell'ente*, in *Responsabilità da reato*, a cura di Borsari, cit., 133. In questo senso anche NAPOLEONI, *Le “vicende modificative”*, cit., 165. Recentemente, G. FIORELLA, *Metmorfofi dell'ente*, cit., 369 ss., anche per tale ragione propone un testo normativo di riforma delle norme relative alle vicende modificative.

⁸² MARINUCCI, ‘Societas puniri potest’, cit., 1202; ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., 56, che si riferisce alla disciplina deviante dal paradigma penalistico; LATTANZI, *Intervento*, in *Societas puniri potest*, a cura di Palazzo, cit., 291.

⁸³ Sempre ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., 56.

⁸⁴ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 316; DE SIMONE, *Personae*

E in effetti a nulla sembra possano valere i ragionamenti contrari di chi – nel tentativo di salvare la disciplina attuale – apprezza quelle tesi civilistiche, ormai minoritarie, secondo cui mediante la fusione non si realizzerebbe un fenomeno successorio estintivo, quanto invece modificativo-evolutivo⁸⁵. Così ragionando, si sottolinea il fatto che l'ente che partecipa alla fusione o che viene incorporato in concreto sopravviverebbe nel suo nucleo essenziale. Ebbene, mentre nel primo caso la responsabilità del nuovo ente risulterebbe incompatibile con il principio di personalità e di colpevolezza⁸⁶, nella seconda ipotesi invece si potrebbe individuare – superando meri formalismi – l'indirizzo della responsabilità a carico dell'ente nei cui confronti risulta trasferito in concreto l'essenziale nucleo di riferimento dell'illecito⁸⁷. Tale sforzo interpretativo, che apprezzabilmente tenta di individuare una assai ardua soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme dell'art. 29, sembra tuttavia seguire ancora una volta schemi civilistici (tutto da valutare, poi, se realmente possa considerarsi in sede civile condivisibile la tesi modificativa rispetto a quella seguita dalla dottrina maggioritaria di tipo estintivo, soprattutto all'esito delle prese di posizione sul punto da parte della Suprema Corte⁸⁸).

A prescindere infatti dalle sorti dell'ente originario, traslare la continuità patrimoniale di tipo civile in sede penale, trasferendo così la responsabilità da un soggetto ad un altro⁸⁹ costituisce una macroscopica violazione del principio di cui all'art. 27 Cost.

È innegabile, infatti, che – a prescindere dalla eventuale sopravvivenza dell'ente fuso o incorporato⁹⁰ – in siffatta maniera venga comunque e in ogni

giuridiche, cit., 334, nt. 164; DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, 628. Sempre anche NAPOLEONI, *Le "vicende modificative"*, cit., 165; QUINTANA, *La responsabilità dell'ente nel caso di scissione*, cit., 8.

⁸⁵ SCAROINA, *Societas delinquere potest*, cit., 129 ss., che parla di "operazioni miranti ad una modifica dell'organizzazione in senso oggettivo di un'attività di impresa" (130-131); e anche QUINTANA, sub *Art. 29*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di Levis-Perini, Bologna, 2014, 821-822.

⁸⁶ Così espressamente QUINTANA, sub *Art. 29*, cit., 821.

⁸⁷ SCAROINA, *Societas delinquere potest*, cit., 129.

⁸⁸ Vd. *supra* § 1.

⁸⁹ Così palesemente ammette la stessa Relazione Ministeriale, *Relazione*, cit., 14.1.

⁹⁰ Propone anche NAPOLEONI, *Le "vicende modificative"*, cit., una simile soluzione a quelle riportate sostenendo che "l'ente originariamente responsabile non "scompare", ma sopravvive (...) all'"interno" del nuovo (...) sicché l'applicabilità al secondo ente delle sanzioni per gli illeciti ascrivibili al primo in-

caso coinvolto un ente terzo (che sia un nuovo ente o – ancora di più – un ente incorporante) estraneo alla vicenda illecita rispetto all’ente che partecipa alla fusione ovvero all’ente incorporato e a cui viene imputata la responsabilità successivamente alla commissione dell’illecito.

Sempre con riferimento alla difficile compatibilità dell’art. 29 con i principi costituzionali, si deve segnalare una ulteriore impostazione dottrinale che ha proposto una interessante interpretazione di tale norma. In particolare, l’indagine in questione si concentra nel rinvenire un nesso di continuità tra ente originario e quello scaturito da ciascuna vicenda modificativa, attorno al quale “orbita la compatibilità della legge ordinaria con il nucleo costituzionale delle garanzie penalistiche”⁹¹.

La proposta avanzata, in materia di fusione, è quella di indagare in concreto se si possa considerare sussistente una continuità del ramo di attività all’interno del quale si è verificato l’illecito all’interno del nuovo ente. La soluzione consisterebbe nello stabilire se vi sia o meno una continuità di *management* all’esito della fusione, tenuto conto che qualora invece si sia verificato un ricambio ai vertici del gruppo verrebbe reciso il nesso tra ente che partecipa alla fusione ovvero incorporato e la lacuna organizzativa espressa dal comportamento manchevole al vertice⁹². Tale sintomo di discontinuità costituisce una cesura del difetto organizzativo di ostacolo alla responsabilità del nuovo ente, se si vuole rispettare il principio di personalità della responsabilità.

Viceversa, qualora si riscontri una identità delle persone il cui comportamento aggregato consenta di individuare l’agire dell’ente potrebbe considerarsi la colpevolezza originaria dell’ente sostanzialmente intatta anche all’esito della fusione. Viene peraltro suggerito di utilizzare simile lettura per tutte le vicende dell’ente, compresa la cessione di cui all’art. 33, tenuto conto che solo così potrebbe addivenirsi ad una razionalità dogmatica e a una coerenza sistematica. Altrimenti, infatti, il dettato legislativo finirebbe per dimostrare una mag-

plica, nella sostanza, non già un “trasferimento”, ma soltanto una perpetuatio della responsabilità, peraltro razionalmente imposta dall’esigenza di non permettere agevoli aggiramenti dei meccanismi repressivi”.

⁹¹ MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, cit., 134.

⁹² Così MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, cit., 139-140, che ricorda come tale criterio sia già utilizzato in vari settori del diritto punitivo, da parte della Corte UE.

giore sensibilità alla personalità dell'addebito in altre norme (appunto l'art. 33 che limita la responsabilità del cessionario) con una irragionevole difformità normativa rispetto altre vicende modificative. Sembra d'altronde del tutto ingiustificato dover risalire a un duplice eterogeneo fondamento della disciplina, come in alcuni casi la giurisprudenza ha effettuato, per giustificare tale difformità di disciplina⁹³.

La suggestiva teoria proposta appare senz'altro una soluzione interessante. Meriterebbe tuttavia riflettere e approfondire quale sarebbe il criterio adottato di imputazione della colpevolezza al nuovo ente. In particolare, pur cercando tale tesi evidentemente di salvaguardare la necessaria colpevolezza dell'ente, bisognerebbe comprendere la consistenza effettiva della colpa ricostruita nei confronti del nuovo ente o dell'ente incorporante. Così ragionando, infatti, sembra in qualche modo che venga riproposta una vera e propria *identification theory* in quanto presupposto del ragionamento sembrerebbe proprio quello di far coincidere l'azione e la colpevolezza del *board* dell'ente con quella dell'ente stesso. Solo così poi - di conseguenza - verrebbe ammessa la possibilità di traslare la colpevolezza da un ente ad un altro, qualora lo stesso *board* vi si sia trasferito. L'*escamotage* della ricostruzione antropomorfica però ripresenterebbe i già ricordati limiti dell'imputazione all'ente, a ben guardare, di un fatto altrui, privando la responsabilità dell'ente della rivendicata autonomia di responsabilità per fatto proprio e distinta rispetto a quella della persona fisica.

E quanto all'imputazione della colpevolezza, la *traslatio* della stessa, con un vero e proprio *salum* dal soggetto all'ente, dissimulerebbe forme di responsabilità "di rimbalzo"⁹⁴.

Diversamente, se si vuole ricorrere al concetto di colpa di organizzazione, a prescindere dal permanere o meno del *management* nella nuova società, sarebbe necessario comprendere quali potrebbero essere le lacune organizzative che si siano sostanziate nel "*failure to prevent*" del reato nell'ambito di un ente del tutto estraneo, intervenuto o creato solo successivamente, al momen-

⁹³ In questi termini MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, cit., 147-148. Ed in effetti è a questo fondamento eterogeneo che ricorre il Tribunale di Milano nella propria motivazione (Trib. Milano, 20 ottobre 2011, in *Foro Ambr.*, 2012, 1, 93).

⁹⁴ *Ex multis*, MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 133.

to dell'operazione societaria di fusione.

Se infatti si prende le mosse dalle attuali interpretazioni giurisprudenziali in tema di colpa di organizzazione sopra richiamate, che richiedono di individuare il *vulnus* organizzativo specifico che abbia causalmente determinato la realizzazione del reato commesso dalla persona fisica, o meglio la cui previsione avrebbe potuto evitare la commissione di un reato della stessa specie di quello commesso, non è possibile in alcun modo individuare *ex post* simile nozione di colpa in un ente che partecipa alla fusione successivamente rispetto alla commissione del fatto illecito in seno all'ente incorporato.

Ci si deve allora interrogare se, e in che termini, possano formularsi ulteriori e diverse interpretazioni che consentano in determinati casi di riconoscere la responsabilità del nuovo ente o dell'ente incorporante all'esito della fusione per illeciti commessi anteriormente in seno ad altro ente, ma che risultino pur sempre rispettose dell'art. 27 Cost. e dunque dei principi di personalità e di colpevolezza. Quanto a quest'ultima, è necessario interrogarsi, di conseguenza, sul suo contenuto, che certamente nell'ente terzo non può coincidere con il concetto di colpa di organizzazione tradizionalmente elaborato in dottrina e in giurisprudenza, né sotto il profilo di omessa organizzazione in termini di prevenzione del reato tramite cautele doverose, né sotto il profilo di esigibilità soggettiva del rispetto dei parametri di diligenza oggettiva.

Tali due elementi essenziali potranno essere valutati esclusivamente nei confronti dell'ente, poi estinto con la fusione, al cui interno si è verificato il fatto. Dovrebbe essere, in definitiva, costruito un diverso e autonomo concetto di colpa di organizzazione nei confronti del nuovo ente o dell'ente incorporante, le cui lacune organizzative – semmai – dovrebbero essere individuate in epoca successiva alla realizzazione dell'illecito e dunque al momento della fusione stessa.

In ogni caso, simile ricostruzione, su cui si tornerà oltre, desta non poche perplessità in termini di rispetto del principio di cui all'art. 27 Cost., configurando in qualche modo una colpevolezza successiva rispetto al fatto illecito.

Andrebbe, inoltre, rintracciato il contenuto di tale colpa “successiva”, che potrebbe anche essere identificata prendendo ispirazione dalla disciplina di cui all'art. 33 in materia di cessione di azienda, la cui difformità rispetto all'art. 29

- sin da subito lo si è detto - sembra del tutto irragionevole. In tal modo, si potrebbe focalizzare l'attenzione sulla conoscenza al momento dell'operazione societaria da parte dell'ente terzo della sussistenza del reato o della risultanza dell'illecito dai libri contabili obbligatori dell'ente responsabile, delineando così una sorta di colpa in capo al nuovo ente - così responsabile - nell'aver proceduto all'operazione societaria, nonostante la conoscenza del fatto di reato o comunque nonostante la "risultanza" dello stesso dai libri contabili.

Da notare, infatti, che l'art. 33 espressamente si riferisce alla conoscenza dell'illecito ovvero alla sua risultanza nelle scritture contabili dell'ente cedente. L'utilizzo del termine "risultanza" denota la scelta di richiedere un requisito di natura oggettivo e dunque evidente. In qualche modo, pertanto, non viene prevista dalla norma una conoscibilità dell'illecito da parte dell'ente cessionario, che comporterebbe una conseguente indagine sull'attività di controllo che questi avrebbe potuto, o dovuto, svolgere secondo la diligenza di un agente collettivo modello ai fini di poter conoscere della sussistenza di tale illecito, che invece non ha conosciuto. Non si muove, pertanto, un rimprovero per una mancata conoscenza di un fatto che pure sarebbe stato conoscibile secondo la diligenza dell'ente modello. Si richiede, viceversa, una effettiva conoscenza da parte di quell'ente in concreto, salva l'oggettiva e documentale risultanza nei libri contabili obbligatori.

Si tratta, anche in questo caso, di una importazione integrale del modello civilistico, che a sua volta stabilisce una distinzione tra la disciplina della cessione di azienda e la fusione⁹⁵.

In ambito penalistico, tuttavia, simile disparità tra la disciplina della fusione e quella della cessione appare irragionevole. In entrambi i casi, infatti, i reati presupposto della responsabilità dell'ente sono commessi anteriormente alla vicenda modificativa e nell'ambito di diverso ente, ossia nell'ente partecipante alla fusione prima della fusione, in un caso, e nell'ente cedente anteriormente alla cessione di azienda, nell'altro caso. Solo in quest'ultima ipotesi, tuttavia, si rinviene una limitazione di responsabilità nei confronti del cessionario, mag-

⁹⁵L'art. 2560, comma 2, c.c. prevede infatti che "nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori".

giormente garantista.

Le due vicende modificative dell'ente della fusione e della cessione, pur se disciplinate in modo eterogeneo sul versante civilistico, dovrebbero trovare la medesima regolamentazione in ambito penalistico, con riferimento alla posizione del soggetto terzo ed estraneo chiamato a rispondere di fatto altrui.

Deve peraltro rilevarsi che tale dissimile statuto della responsabilità palesa ulteriori problematiche in termini di possibile violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., realizzando una disparità di trattamento tra situazioni simili, così come enucleato nel tempo nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale⁹⁶.

L'art. 29 e l'art. 33 (quale *tertium comparationis*) del Decreto prevedono infatti discipline difformi a fronte di situazioni sostanzialmente identiche, tenuto conto che, nella prospettiva penalistica, devono considerarsi omogenee due situazioni che riguardano la posizione di enti terzi in relazione a illeciti commessi in seno ad altri enti anteriormente.

Certamente una interpretazione dell'art. 29 nel senso appena riportato risulterebbe una opzione più coerente, quanto meno perchè appianerebbe l'attuale illogica difformità di trattamento tra gli artt. 29 e 33.

Essa tuttavia palesa in ogni caso alcune fratture logiche nell'imputazione della colpevolezza, ricostruita pur sempre in via successiva rispetto alla commissione dell'illecito, sulle quali si tornerà nel prosieguo.

5. La posizione del legislatore francese e le soluzioni adottate dalla Cour de Cassation. Profondo interesse riveste la prospettiva comparatistica in relazione a questa specifica questione, ed in specie necessario risulta un confronto con il quadro dottrinale e giurisprudenziale rinvenibile in Francia.

La dottrina e la giurisprudenza francese, in effetti, hanno assunto lungamente una posizione diametralmente opposta a quella domestica, affermando che - all'esito dell'operazione di fusione - non potesse essere ascritta in alcun modo la responsabilità alla nuova società ovvero a quella risultante dall'incorporazione, proprio in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale.

⁹⁶ Ricorda tale rischio anche NAPOLEONI, *La cessione di azienda*, cit., 159 ss.

Tale importante riconoscimento, in qualche modo, costituiva un essenziale punto di riferimento a cui era possibile guardare auspicando un'inversione di orientamento anche nel nostro ordinamento.

La situazione francese era, quindi, guardata, dall'Italia, come modello garantista di possibile importazione.

Negli ultimi anni, lungi dall'effettuare una importazione delle risultanze dell'elaborazione francese, si è invece verificato un percorso di segno esattamente opposto: la Corte di Cassazione francese con un repentino mutamento giurisprudenziale ha compiuto un capovolgimento di posizione in materia e riconosciuto la possibilità che l'ente possa rispondere anche all'esito della vicenda modificativa di fusione per fatti riguardanti la società fusa o incorporata.

Molto significativo, pertanto, risulta il percorso compiuto in Francia che appare sostanzialmente una involuzione rispetto ai principi fondamentali, dapprima garantiti e ora in qualche modo inevitabilmente compressi.

Ancor più, dunque, all'esito di tale importante cambiamento, sembra particolarmente utile soffermare lo sguardo sull'assetto presente nell'ordinamento francese.

Come noto, nel Codice penale francese del 1994 il legislatore ha introdotto la responsabilità penale delle *personnes morales*, con una vera e propria rivoluzione copernicana⁹⁷, tramite l'inserimento in via generale dell'art. 121.2 del nuovo Codice penale⁹⁸.

Non è casuale, si ritiene, che tale norma sia collocata proprio immediatamente a seguire l'art. 121.1 che tutela il principio di personalità della responsabilità penale ("*nul n'est pas responsable pénalement que de son propre fait*")⁹⁹. Tale responsabilità penale autonoma ha anche in Francia come presupposto la commissione di un reato integrato dai rappresentanti legali o dirigenti

⁹⁷ PRADEL, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Quelques questions*, in *Rev. pén. dr. pén.*, 1998, 153 ss.

⁹⁸ Per una panoramica sulla disciplina francese: PRADEL, *La responsabilité des personnes morales en France*, Societas puniri potest, a cura di Palazzo, cit., 73 ss.; DUCOULOUX-FAVARD, *Un primo tentativo di comparazione della responsabilità penale delle persone giuridiche francese con la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche italiana*, in Societas puniri potest, a cura di Palazzo, cit., 88 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 187 ss.;

⁹⁹ ROBERT, *Droit pénal et procédure pénale*, in *JCP*, 1998, I, 105.

dell'ente realizzato nell'interesse dell'ente (*"pour compte"*). Il catalogo dei reati presupposto, che deve essere previsto per legge, è andato aumentando nel tempo, esattamente come in Italia¹⁰⁰.

Senza alcuna pretesa di trattare in questa sede tale modello di imputabilità e la copiosa dottrina che se n'è interessata, gioverà concentrarsi esclusivamente sulla questione delle vicende modificative, al fine di evidenziare come veniva, e viene ora, affrontata in Francia.

La scelta del legislatore francese è stata assai difforme rispetto a quella del legislatore italiano, ossia è consistita nel non disciplinare la materia, che dunque presenta una lacuna in ordine alle vicende di trasformazione, fusione, scissione e cessione di azienda.

A fronte del silenzio legislativo, tuttavia, la dottrina è giunta in modo piuttosto concorde a ritenere che nel caso della fusione (diversa è l'ipotesi della trasformazione, ove invece la persona giuridica sopravvive all'operazione) la nuova società o la società incorporante non potesse rispondere per il reato commesso dalla società che ha partecipato alla fusione o che è stata incorporata, ora estinta¹⁰¹.

E tale conclusione veniva raggiunta sulla scorta dell'art. 133.1 c.p. secondo cui in via generale l'estinzione della persona giuridica impedisce - o sospende quando già iniziata - l'esecuzione della sanzione. Evidentemente, tale norma riguarda l'esecuzione della pena e dunque presuppone che già vi sia stata una sentenza anteriormente all'estinzione dell'ente responsabile¹⁰². Tuttavia, la disposizione viene comunque utilizzata in dottrina, ai fini di ritenere che la responsabilità dell'ente viene meno con l'estinzione dello stesso e che in alcun

¹⁰⁰ A proposito di tale aumento del catalogo con un difficile lavoro di integrazione, al punto da auspicare la generalizzazione della responsabilità penale delle persone giuridiche, SAUTEL, *La mise en oeuvre de la responsabilité pénale des personnes morales entre litanie et liturgie*, in *Dalloz*, 2002, 14, 1147.

¹⁰¹ PRADEL, *La responsabilité pénale des personnes morales*, cit., 166; MATSOUPOULOU, *La société absorbante n'est pas pénalement responsable de l'infraction commise par la société absorbée*, in *Recueil Le Dalloz*, 2001, 10, 853; FORTIS, *Le fait personnel*, cit., 340; GAMET, *Le principe de personnalité*, cit., 1664. In senso contrario, solo alcune voci minoritarie dubitano dell'intrasmissibilità della responsabilità penale: COURET, *Note CA Paris*, 14.05.1997, in *JCP, La Semaine Juridique*, 1997, II, 973, 163; e DESPORTES-LE GUNEHÉC, *Droit Pénal Général*, Paris, 2007, 532 ss.

¹⁰² FORTIS-REYGRABELLET, *Observations a Cour de Cassation, Crim.*, 20 juin 2000, in *Recueil Le Dalloz*, 2001, 20, 1609; GAMET, *Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés*, in *JCP, La Semaine Juridique*, 2001, I, 37, 1663.

modo essa può poi essere trasferita nei confronti di un nuovo ente terzo.

La prosecuzione della persona giuridica che si realizza nel diritto societario – si afferma – non può trovare infatti ingresso nel diritto penale: la trasmissione universale del patrimonio di tipo civilistico non può comprendere le infrazioni penali in ossequio al principio della personalità della responsabilità penale¹⁰³.

Certamente vi era la consapevolezza – come in Italia – che tale ragionamento di stampo garantistico avrebbe potuto consentire il realizzarsi di operazioni societarie di fusione strumentali ed esclusivamente volte ad eludere la responsabilità penale. Sotto questo profilo, vi è stato anche uno sforzo dogmatico volto almeno ad individuare determinate ipotesi fraudolente che potessero comportare la responsabilità della persona giuridica terza successiva alla fusione qualora emergesse con certezza che fossero state effettuate operazioni in frode alla legge e che i dirigenti di quest'ultima ne fossero consapevoli¹⁰⁴. La frode alla legge, intesa come qualsiasi manovra volta a violare norme imperative, diveniva così il limite naturale delle vicende modificative, anche se non è chiaro nella pratica né come fosse possibile provare tale esclusivo intento né se prima di poter giungere al riconoscimento della responsabilità penale fosse necessario procedere all'annullamento dell'operazione societaria in quanto avvenuta in frode alla legge¹⁰⁵.

In linea con le impostazioni dottrinali sviluppatesi in materia, la giurisprudenza si era nel tempo allineata a tali interpretazioni ermeneutiche, facendole proprie.

Sul punto, molto interessanti risultano le decisioni della Cour de Cassation che in più occasioni si è occupata dell'argomento, proprio con riferimento a ipotesi di fusione per incorporazione¹⁰⁶.

¹⁰³ In questi termini, FORTIS, *Le fait personnel de la personne morale*, in *RSC*, 2004, 340; GAMET, *Le principe de personnalité*, cit., 1664; ed anche MATSOPOULOU, *La société absorbante n'est pas pénalement responsable*, cit., 853 ss.

¹⁰⁴ PRADEL, *La responsabilité pénale des personnes morales*, cit., 166.

¹⁰⁵ Così GAMET, *Le principe de personnalité*, cit., 1665; vd. anche Couret, *Note*, cit., 163.

¹⁰⁶ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 20 giugno 2000, in *Recueil Le Dalloz*, 2001, 853 con nota di MATSOPOULOU, cit., e 1608 con nota di FORTIS, e in *Dr. Soc.*, 2000, 1150, con nota di MORVAN; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 14 ottobre 2003, in *RSC*, 2004, 339; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 23 aprile 2013, in *Recueil Le Dalloz*, 2013, 1142. Ma già anteriormente Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 15 giugno 1999, in *Bull. Joly Bourse*, 1999, 579.

La Corte ha così a lungo escluso la responsabilità dell'ente incorporante, annullando le sentenze di appello che si erano pronunciate in tal senso, proprio sulla base dell'irrinunciabile principio di responsabilità personale consacrato dal diritto penale di cui all'art. 121-2 c.p., e sancendo così che alle persone giuridiche debbano essere applicate le medesime regole delle persone fisiche¹⁰⁷.

Le Cassazione francese ha avuto modo di ritornare sul tema con alcune importanti decisioni nel 2000, nel 2003, e anche nel 2013 – sempre in relazione a fusioni per incorporazione in cui nei gradi precedenti era stata condannata la società incorporante -, confermando la propria posizione relativamente al fatto che con la vicenda modificativa la società incorporata perde la propria identità giuridica. Tale evento equivarrebbe a quello della morte della persona fisica.

Le sentenze di primo grado e di appello, invece, avevano proceduto a condannare la società incorporante sul presupposto civilistico della trasmissione universale dei diritti, beni e obbligazioni e della continuazione della personalità giuridica dell'incorporata nell'incorporante¹⁰⁸. La Corte tuttavia ha escluso di poter accettare una mera importazione delle regole di diritto societario che confliggono con i principi penalistici ed in specie con quello della personalità della responsabilità penale.

L'art. 6 del codice di procedura francese prevede, infatti, le cause di estinzione dell'azione penale¹⁰⁹ esclusivamente in relazione alla persona fisica, e non è stato modificato all'esito dell'inserimento della responsabilità delle *personnes morales* nel 1994.

Secondo Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 20 giugno 2000, cit., così: “Aux termes de l'article 121.1 du code pénal, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait; méconnaît ce texte et ce principe la cour d'appel qui, pour déclarer une société, qui avait entre temps absorbé une autre société, coupable du délit de coups et blessures involontaires (basculement sur deux ouvriers d'un pupitre servant au transport de plaques de verre), retient que cette dernière, quoique radiée du registre du commerce à la suite d'une fusion-absorption, n'a pas été liquidée et n'a pas disparu, la société absorbante s'étant substituée à elle, avec transmission universelle de ses droits, biens et obligations, alors que l'absorption fait perdre son existence juridique à la société absorbée”.

¹⁰⁷ Sul punto vd. MATSOPOULOU, *La société absorbante n'est pas pénalement responsable*, cit., 854.

¹⁰⁸ Sul punto, FORTIS, *Le fait personnel*, cit., 339.

¹⁰⁹ Art. 6 Code de Procédure Pénale: “L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée”.

Tuttavia si ritiene, anche in dottrina, che la morte della persona fisica debba corrispondere all'estinzione della persona giuridica¹¹⁰. E, in questo senso, è stato affermato¹¹¹ che, esattamente come per le persone fisiche, non si distingue tra morte involontaria e suicidio, allo stesso modo per le persone giuridiche non deve assumere rilevanza il fatto che l'estinzione sia stata decisa volontariamente scegliendo di procedere con la fusione per incorporazione che in ogni caso determina l'estinzione della società incorporata. E così anche se nell'ipotesi della fusione non si realizza una liquidazione della società incorporata il cui patrimonio viene interamente devoluto all'incorporante secondo il meccanismo della trasmissione universale, questo non significa che penalmente si possa trasferire la responsabilità dall'ente estinto ad un terzo ente estraneo.

È stato paragonato da taluno simile effetto devolutivo a quello devolutivo-sostitutivo dell'erede universale del defunto persona fisica¹¹². Ebbene, anche in questo caso, il regime civilistico devolutivo non interferisce con quello penalistico, ove la responsabilità penale non può certamente essere tralata dal *de cuius* all'erede.

La posizione sia della dottrina che della giurisprudenza appariva, dunque, assolutamente granitica sul punto nel negare ogni trasmissibilità di responsabilità penale nelle ipotesi di fusione dalla società incorporata a quella incorporante, e ciò in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale. Come si diceva, tuttavia, negli anni più recenti la Cour de Cassation è ritornata sull'argomento compiendo un vero e proprio *revirement* in materia.

In particolare, con l'importante arresto del 2020 la Cassazione francese ha mutato integralmente visione, riconoscendo invece il trasferimento della responsabilità penale all'ente incorporante¹¹³.

¹¹⁰ Così, FORTIS-REYGRABELLET, *Observations*, cit., 1608.

¹¹¹ MATSOPOULOU, *La société absorbante n'est pas pénalement responsable*, cit., 855.

¹¹² GAMET, *Le principe de personnalité*, cit., 1663.

¹¹³ Cour de Cassation, Crim., 25 novembre 2020, n. 18-86.955, in *Dalloz Actualité*, 10 dicembre 2020, con nota di GALLOIS; e in *Dalloz*, 2021, 167, con nota di BEAUSSONIE; e in *AJ pénal*, 2020, 576, con nota di APELBAUM-BATTAGLIA; in *Rev. Sociétés*, 2021, 79, con nota di BOULOC e *ivi*, 115, con nota di MATSOPOULOU; in *RSC*, 2021, 69, con nota di BEAUVAIS e *ivi*, 525, con nota di ZEROUKI-COTTIN; in *RTD civ*, 2021, 133, con nota di BARBIER; in *RTD com*, 2020, 961, con nota di SAENKO, e *ivi*, 2021, 142, con nota di LECOURT.

La Corte, di fatto, con un'assoluta inversione di rotta, è giunta a rifiutare il percorso argomentativo di tipo antropomorfo che equiparava lo scioglimento della società incorporata al decesso della persona fisica, rivendicando invece la specificità della natura della persona giuridica.

Detta posizione, espressamente volta a evitare che tali operazioni avvengano in frode alla legge e dunque impediscano la responsabilità penale della società¹¹⁴, prende le mosse e fonda il proprio mutato indirizzo sulla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia.

In particolare la Cassazione francese si riferisce alla celebre pronuncia della Corte di Lussemburgo del 2015 *Modelo Continente Hipermercados SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho*¹¹⁵, relativa a infrazioni di diritto del lavoro, la quale ha sancito il trasferimento alla società incorporante dell'obbligo di pagare un'ammenda sulla base della continuità economica di impresa.

Tuttavia, non è stata tale decisione a determinare il mutamento di orientamento della Corte di Cassazione francese, come la stessa espressamente riferisce, tenuto conto che essa ha continuato a confermare le proprie precedenti posizioni anche all'esito di tale sentenza della Corte di Giustizia, con pronunce successive¹¹⁶.

È, piuttosto, la importante sentenza del 2019 della CEDU, *Carrefour France c. France*¹¹⁷, la quale si basa sulla continuità economica tra la società acquisita e la società acquirente, e conclude che "la società acquisita non è realmente 'altra' rispetto alla società acquirente", a sancire il definitivo cambio di rotta della Cassazione francese.

La Corte EDU ha infatti dichiarato che l'applicazione di un'ammenda civile, alla quale si applica l'aspetto penale dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad una società incorporante per atti restrittivi della con-

¹¹⁴ Si veda anche Cour de Cassation, *Note explicative relative à l'arrêt n° 2333 du 25 novembre 2020 (chambre criminelle)*, 5, ove si legge: "si la transmission d'une telle responsabilité était exclue, une fusion constituerait un moyen pour une société d'échapper aux conséquences des infractions qu'elle aurait commises, au détriment de l'État membre concerné ou d'autres intéressés éventuels".

¹¹⁵ Corte Giust. UE, 5 marzo 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho*, C-343/13.

¹¹⁶ Il riferimento va a Cour de Cassation, Crim., 25 ottobre 2016, n. 16-80.366, *Boll.* 2016, n. 275.

¹¹⁷ Corte EDU, 24 ottobre 2019, *Carrefour France c. Francia*, n. 37858/14.

correnza commessi prima della fusione da parte della società incorporata non viola il principio della personalità delle pene.

Di fatto, la nuova posizione assunta dalla giurisprudenza francese, e fondata sulla giurisprudenza sovranazionale come espressamente richiamato dalla Cassazione stessa, ha chiaramente la finalità di evitare vuoti punitivi (e ciò peraltro viene chiaramente dichiarato dalla Corte) e giunge alle proprie conclusioni attingendo alle teorie civilistiche in materia di fusione, in base alle quali – come noto – vi è continuità degli effetti giuridici civilistici nella nuova società incorporante.

In particolare, dunque la Cassazione francese con la decisione del 2020 ha espresso il principio di diritto in base al quale l'incorporante risponde del reato dell'incorporata, alle seguenti condizioni: – che tale principio sia riferito solo alle società per azioni, società per azioni semplificate (SAS) e alcune società in accomandita per azioni (SCA); – che alla società incorporante vengano inflitte non tutte le sanzioni ma solo sanzioni pecuniarie, ossia ammenda e confisca, con esclusione, in particolare, delle sanzioni che vietano l'aggiudicazione di appalti pubblici o l'esercizio di un'attività.

Inoltre, la Corte si è posta il problema della compatibilità con il principio di prevedibilità convenzionale di tale mutamento giurisprudenziale, che in effetti essa stessa ammettere risultare imprevedibile. Ha dunque concluso per l'applicabilità di tale nuovo orientamento di matrice giurisprudenziale solo nei confronti di operazioni di fusione successive rispetto alla data della decisione della Corte, continuando invece a doversi applicare il precedente orientamento in relazione a fusioni avvenute antecedentemente alla decisione stessa.

Infine, la Corte di Cassazione ha previsto una eccezione per l'ipotesi di frode, ossia in presenza di una fusione-incorporazione che viene realizzata proprio al fine di eludere un procedimento a proprio carico: in questa ipotesi la trasferibilità della responsabilità penale non trova nemmeno limite sulle tipologie di società e neppure relativamente alla tipologia di sanzione.

Inoltre trattandosi di affermazione prevedibile, in quanto già espressa in passato per la sola ipotesi della frode alla legge quale ipotesi eccezionale di possibile responsabilità nella vicenda modificativa della fusione, come già ricordato, la Cassazione francese ha stabilito un'applicazione retroattiva di tale

principio in relazione a tale specifico caso.

La decisione del 2020 è stata seguita poi da una successiva sentenza nel 2022 che si è espressa in senso conforme¹¹⁸.

Infine, assai recentemente, è intervenuta una pronuncia¹¹⁹ che ha esteso la responsabilità penale dell'incorporante a tutte le tipologie di società, completando così l'indirizzo inaugurato nel 2020, e togliendo l'iniziale limitazione imposta dalla Corte di Cassazione.

In tal modo, con questo ultimo arresto, si è compiuto il percorso e si è giunti al riconoscimento di un principio generale di automatico trasferimento della responsabilità penale nella fusione, a prescindere dalla natura della società interessata in tale operazione. Peraltro, trattandosi di una estensione, sostiene il collegio giudicante, prevedibile, viene ammessa la applicazione retroattiva di tale ampliamento a tutte le società.

Ancora una volta, il principio espresso è quello della continuità economica e funzionale.

Evidentemente, con tali tre recenti decisioni la Corte di Cassazione ha trasferito principi di diritto societario in ambito penalistico proponendo una differente lettura - che di fatto comprime (e risulta in realtà in violazione) - dell'art. 121.1 del Code Pénal.

La dottrina francese non ha mancato di criticare¹²⁰ tale mutamento esegetico che ha finito per attribuire alla società una vera e propria responsabilità oggettiva¹²¹, e ha lamentato appunto la violazione degli imprescindibili principi pe-

¹¹⁸ Cour de Cassation, Crim., 13 avr. 2022, FS-B, n° 21-80.653, con commento di GALLOIS, *Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée: la nécessaire recherche de la fraude*, in *Dalloz Actualité*, 11 maggio 2022.

¹¹⁹ Cour de Cassation, Crim., 22 maggio 2024, FS-B, n. 23-83.180, con commento di MONNERIE, *Fusion et transfert de responsabilité: vers une patrimonialisation de la responsabilité pénale des personnes morales ?*, in *Dalloz Actualité*, 07.11.2024.

¹²⁰ Particolarmente critico, SAENKO, *Responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion-absorption: revirement de la chambre criminelle de la Cour de cassation*, in *RTD com.* 2020, 961 ss., secondo cui "En ce qu'il fait revivre la responsabilité pénale collective, ce revirement de jurisprudence est donc une tempête, certainement. Un naufrage, on peut le craindre"; MATSOPOULOU, *Revirement de jurisprudence: la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée*, in *Rev. Sociétés*, 2021, 115 ss.; BEAUVAIS, *Vers une nouvelle conception de la personne morale en droit pénal ?*, in *RSC*, 2021, 69 ss. In senso favorevole, invece, LECOURT, *Une société absorbante peut désormais être condamnée pénalement pour des faits commis par l'absorbé: un heureux revirement*, in *RTD com.*, 2021. 142.

¹²¹ Così MATSOPOULOU, *Revirement de jurisprudence*, cit.

nalistici della personalità della responsabilità penale e della colpevolezza.

Peraltro, non risulta condiviso il presupposto in base al quale la Corte dichiara di procedere a tale revisione interpretativa, ossia il contesto della giurisprudenza convenzionale¹²², tenuto conto che oltre alla pronuncia della Corte EDU citata è necessario considerare appieno, quanto alla giurisprudenza convenzionale, la lettura fornita dai giudici di Strasburgo dell'art. 7 CEDU con riferimento anche alla colpevolezza e alla personalità della responsabilità penale¹²³.

Oltretutto, è stato rilevato che simile approccio, fondato sulla continuità economica e funzionale, è limitato all'ipotesi della fusione-incorporazione, creando anche una frammentazione nell'ambito dell'ordinamento penale, ove invece il principio di personalità della responsabilità penale delle persone giuridiche trova una declinazione a distinte velocità a seconda dunque dei casi¹²⁴.

In tal senso, è stato anche proposto di sollevare questione di costituzionalità davanti al Conseil constitutionnel con riferimento a tale lettura, ravvisando appunto una violazione del principio costituzionale in materia penale¹²⁵.

In effetti, la granitica posizione mantenuta dalla giurisprudenza francese per molti anni a tutela dell'art. 121-1 del Codice penale francese risultava garantista e rispettosa dei principi fondamentali del diritto penale. In questo senso, il mutamento repentino di rotta realizzatosi negli ultimi anni pare aver compiuto un passo indietro, certo salvaguardando maggiormente il rischio del com-

¹²² Così SAENKO, *Responsabilité pénale des personnes morales*, cit.

¹²³ Insiste su questo punto, MATSOPOULOU, *Reviement de jurisprudence*, cit., secondo cui: «En revanche, une lecture attentive de la décision du 24 octobre 2019 permet de relever l'attachement de la CEDH au «principe de légalité en droit pénal, tel qu'il se trouve consacré par l'article 7 de la Convention, [qui] induit l'interdiction de punir une personne alors que l'infraction a été commise par une autre ; autrement dit, cette disposition commande d'interdire qu'en droit pénal l'on puisse répondre pour le fait d'autrui (Varvara c. Italie, n° 17475/09, §§ 63 et 66, 29 oct. 2013; v. aussi G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie [GC], nos 1828/06 et deux autres, §§ 271-274, 28 juin 2018)». Et la Cour prend soin de souligner que « cela vaut pour les personnes morales comme pour les personnes physiques (v. G.I.E.M. S.R.L. et autres, préc., ibidem)». Il est étonnant que la chambre criminelle ait totalement occulté ces passages de la décision du 24 octobre 2019, dans la motivation de l'arrêt ici commenté. Et il en est de même des développements qui se réfèrent expressément aux principales décisions de la Cour, ayant affirmé que «la règle fondamentale du droit pénal selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux découlait aussi de la présomption d'innocence consacrée par l'article 6, § 2, de la Convention»».

¹²⁴ Così BEAUVAIS, *Vers une nouvelle conception de la personne morale en droit pénal ?*, cit.

¹²⁵ SAENKO, *Responsabilité pénale des personnes morales*, cit.

pimento di operazioni elusive e focalizzandosi sulla continuità economica nella prospettiva societaria.

In questo modo però rischia di punire – come è stato sottolineato da taluno – non sulla base di una condotta propria ma sulla base di una obbligazione civilistica, applicando cioè il trasferimento di responsabilità civilistico all’ambito penalistico, con la conseguente compromissione della personalità della responsabilità penale¹²⁶.

E se è vero che la Corte di Cassazione si è mossa ragionando sulla base del diritto e della giurisprudenza convenzionale è altrettanto vero che è proprio la Corte EDU al contempo ad imporre una lettura dell’art. 7 CEDU rispettosa della colpevolezza e della personalità della responsabilità penale (che impone di escludere infatti la responsabilità per fatto altrui anche in ambito di persone giuridiche e non solo di persone fisiche).

6. La compatibilità fra principio di colpevolezza e disciplina dell’art. 29: un’interessante chiave di lettura in una pronuncia della Corte di Appello di Venezia. Fino ad ora il tema della fusione e della sua compatibilità con i fondamentali principi penalistici non è stato oggetto di particolare interesse giurisprudenziale. Anzi, assai limitati sono i casi in cui la giurisprudenza si è confrontata con l’argomento, talvolta emerso solo parzialmente e analizzato in via meramente incidentale.

In effetti, le pronunce che affrontano la questione sono davvero modeste in termini numerici: le principali sentenze di legittimità che trattano – anche se sotto diversa prospettiva – il tema sono giunte peraltro a conclusioni del tutto confliggenti, impedendo così di individuare un orientamento conforme in materia.

In particolare, i due precedenti principali, susseguitisi in modo ravvicinato temporalmente, si pongono tra di loro in opposizione. In una prima decisione, in materia di confisca in relazione proprio alla fusione per incorporazione infatti, la Suprema Corte¹²⁷ espressamente ha riconosciuto l’importanza di

¹²⁶ Così SAENKO, *Responsabilité pénale des personnes morales*, cit., che testualmente afferma: “Depuis la fin de l’ancien régime, la responsabilité pénale naît de la commission d’un fait légalement incriminé et non d’une simple obligation. C’est en cela qu’elle est l’antichambre, utile et nécessaire, de la culpabilité”.

¹²⁷ Cass., Sez. V, 27 ottobre 2015, n. 4064, in *IUS Societario*, 26 aprile 2016, con nota di SALEMME,

coordinare la previsione di cui all'art. 29 con “i principi volti a tutelare la posizione del terzo di buona fede, estraneo al reato, poiché, se così non fosse, la società incorporante o quella risultante dalla fusione si troverebbe esposta alle conseguenze di natura penale di reati commessi da altri, unicamente in base alla posizione formale di soggetto partecipante alla fusione”.

In altra pronuncia, invece, la Cassazione¹²⁸ ha assunto una posizione di segno diametralmente opposto, ammettendo la possibilità di traslare la responsabilità dell'ente incorporato nei confronti di un ente terzo, ossia dell'ente incorporante, successivamente alla commissione dell'illecito presupposto. In tale occasione la Corte si è espressa nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 29 – ancorché presentata sotto una diversa prospettiva –, sollevata in relazione all'art. 76 Cost., nonché in relazione agli artt. 27 e 3 Cost.

Con riferimento all'art. 76 Cost., infatti, veniva contestato un c.d. “eccesso di delega”, tenuto conto che le norme del Decreto sarebbero innovative e in alcun modo giustificate dalle previsioni della legge delega n. 300 del 2000. Quanto invece agli artt. 27 e 3 Cost., si rilevava come la disciplina dell'art. 29 abbia trasferito la responsabilità ad un soggetto terzo ed estraneo violando così il principio di responsabilità personale.

La Suprema Corte ha dichiarato infondata la questione in relazione a tutti gli articoli richiamati, svolgendo diversi ordini di considerazioni.

In particolare, in relazione all'assenza di eccesso di delega, ha sostenuto che la disciplina normativa di cui agli artt. 28-33 risulti assolutamente coerente con la previsione di cui alla legge delega secondo cui si stabiliva di introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che devono colpire il soggetto che ha tratto effettivo beneficio dalla violazione, secondo la Corte mediante un principio di continuità economica. Quanto poi invece la possibile violazione dell'art. 27 Cost. da parte dell'art. 29, la Cassazione si è soffermata piuttosto a lungo sulla natura civilistica del fenomeno della fusione, e sulla possibile considerazione della stessa quale vicenda non estintiva, bensì di continui-

Fusione per incorporazione e responsabilità da reato degli enti: tra diritto civile e diritto sanzionatorio-amministrativo.

¹²⁸ Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442, in *Guida al dir.*, 2016, 17, 62.

tà societaria, riorganizzata in modo differente. Ha parlato, in questo senso, di “contratto di vita”, “che contraddistingue la crescita dell’impresa e l’evoluzione del sistema nel suo complesso”. Tale prospettiva veniva avvalorata richiamando il sostegno che ha trovato in certa dottrina e giurisprudenza già prima della riforma societaria del 2003, e altresì facendo leva sul dato testuale dell’art. 2504-bis c.c. così come novellato che avrebbe confermato simile orientamento¹²⁹.

Si è già avuto modo di evidenziare in precedenza, tuttavia, che tutte le analisi afferenti alla natura della fusione in materia civilistica non possono trovare importazione in sede penalistica, confondendo così i piani dell’indagine e creando suggestioni fuorvianti – mediante la presunta continuità della personalità giuridica dell’ente che ha partecipato alla fusione ovvero incorporato – in un campo estraneo a tale territorio, quale è quello penalistico.

Nella fusione per incorporazione, a prescindere infatti che l’ente incorporato debba considerarsi estinto ovvero parzialmente sopravvissuto sul piano civilistico, ciò che assume rilevanza in questa sede è che per certo l’ente incorporante è soggetto distinto e terzo rispetto allo stesso fino al momento della fusione stessa, e dunque del tutto estraneo ai fatti commessi all’interno dell’ente incorporato in epoca antecedente alla vicenda della fusione.

Infine, in relazione a tale decisione, è importante mettere in luce che l’operazione di fusione in quel caso riguardava enti appartenenti al medesimo gruppo societario, e nella pronuncia veniva valorizzato particolarmente tale aspetto nell’ambito anche dell’attività l’importanza della attività di *due diligence* che è stata svolta da parte della società che partecipa alla fusione. Le società coinvolte nell’operazione di fusione, infatti, appartenevano al medesimo gruppo e l’operazione era stata pianificata dalla *holding*. In tale ipotesi, secondo il collegio giudicante, il controllo era a dir poco agevole, tenuto conto dell’assetto societario¹³⁰.

¹²⁹ Tuttavia, vd. *supra* §1, anche in ambito civilistico tale orientamento oggi risulta superato.

¹³⁰ In questo senso, la sentenza richiama ampiamente anche la importante decisione della Corte di Giustizia in più punti (Corte Giust., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e al. c. ETI Spa e al., C-280/2006), sulla base della quale, infatti, si sostiene la trasferibilità della responsabilità da un ente ad un altro.

D’altro canto anche la decisione della Corte di Lussemburgo riguardava due società tra loro collegate. In particolare, in quel caso il trasferimento di responsabilità dall’una all’altra veniva ammesso dalla Cor-

In definitiva, è possibile rinvenire un panorama giurisprudenziale di scarso approfondimento del profilo problematico in esame, tenuto conto che la Suprema Corte non si è mai particolarmente focalizzata sull'art. 29 e sulla sua compatibilità con il principio costituzionale di cui all'art. 27 Cost., nonché che la stessa non ha assunto una posizione omogenea in materia.

In questo contesto, pertanto, merita di essere ricordata senz'altro una interessante pronuncia della Corte di Appello di Venezia che si è occupata dell'argomento¹³¹, rigettando la richiesta dell'appellante di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 in relazione agli artt. 27, 117 e 3 Cost. in quanto irrilevante (ovvero di effettuare rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*).

La vicenda, tra i vari aspetti, atteneva anche alla responsabilità dell'ente derivante dalla commissione del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640 bis c.p.* in relazione ad un progetto finanziato dalla Regione Veneto, commesso da alcuni soggetti nell'interesse e a vantaggio dell'ente.

A seguito della parziale condanna in primo grado, infatti, la Corte di Appello pronunciava in totale riforma sentenza di proscioglimento degli imputati e degli enti, e infine la Cassazione - in accoglimento del ricorso del Procuratore generale - annullava la sentenza di assoluzione e dichiarava l'improcedibilità dell'azione per intervenuta prescrizione nei confronti degli imputati, mentre rinviava per nuovo giudizio con riferimento alla posizione degli enti.

La Corte di Appello, quale giudice del rinvio, dunque, si è occupata della questione della responsabilità dell'ente successore per fusione per incorporazione dell'ente incorporato all'interno del quale sarebbe stato commesso il reato contestato.

te di Giustizia proprio sulla base del fatto che "l'applicazione della sanzione per l'infrazione commessa dall'AAMS all'ETI potrebbe giustificarsi per il fatto che quest'ultimo e l'AAMS dipendono dalla stessa autorità pubblica. A tale riguardo occorre ricordare che, qualora due enti costituiscano lo stesso ente economico, il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora non impedisce, di per sé, che venga sanzionato l'ente a cui esso ha trasferito le sue attività economiche (...). In particolare, una tale configurazione della sanzione è ammissibile qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati gli stessi legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in pratica le stesse direttive commerciali" (così Corte Giust., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e al. c. ETI Spa e al., cit., §§47-49).

¹³¹ Corte Appello di Venezia, 12 aprile 2019, dep. 10 settembre 2019, n. 1612.

Tale decisione appare significativa in quanto si dedica *ex professo* al tema, poiché nel corso del giudizio davanti alla Corte di Appello, a seguito del rinvio disposto dalla Corte di Cassazione, veniva richiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 in relazione agli artt. 27, 3, 117 Cost.

I giudici tuttavia hanno ritenuto non rilevante tale richiesta, sulla base di un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, quale primo profilo, il collegio giudicante ha sostenuto che già esisterebbe il principio di diritto secondo cui nessuna affermazione di responsabilità dell'ente incorporante potrebbe basarsi sul mero fatto del fenomeno giuridico successorio caratterizzante l'evento di incorporazione. Addirittura, espressamente ha riconosciuto che – altrimenti ragionando – si potrebbe dedurre una forma di responsabilità oggettiva, come tale suscettibile di dar luogo alle perplessità di ordine costituzionale con riferimento agli artt. 27 e 117 Cost.¹³²

Sulla scorta di tale ragionamento, dunque, la Corte ha affermato che gli artt. 5 e 29 vanno interpretati in senso costituzionalmente orientato subordinando la responsabilità dell'ente incorporante all'assenza di una 'colpa' organizzativa. Simile affermazione muove dal presupposto, sempre secondo la Corte, che tale interpretazione risulterebbe allo stato già adottata anche in sede di legittimità¹³³.

Pare molto rilevante tale enunciazione, che implicitamente riconosce il limite della norma così come formulata e stabilisce in linea generale l'imprescindibile esigenza di renderla compatibile con (e rispettosa del) l'art. 27 Cost. mediante uno sforzo interpretativo. Tuttavia, non pare che già risulti adottata una interpretazione costituzionalmente conforme, tenuto conto che i pochi precedenti di legittimità, già citati, che si sono occupati della vicenda modificativa della fusione in materia di responsabilità dell'ente, sono giunti a conclusioni tra loro difformi. Anzi, le limitate decisioni in materia non hanno particolarmente approfondito l'argomento e non hanno comunque fornito una interpretazione che consenta di coordinare la norma con il principio di personalità della responsabilità penale.

¹³² Corte App. Venezia, 12 aprile 2019, cit., 77.

¹³³ Corte App. Venezia, 12 aprile 2019, cit., 78.

Infine, il terzo precedente richiamato nella pronuncia non ha in realtà a che vedere con l'ipotesi della fusione, riguardando esclusivamente l'affermazione di carattere generale della necessaria sussistenza della cosiddetta "colpa di organizzazione" della persona giuridica per configurare la responsabilità dell'ente¹³⁴.

In definitiva, quindi, la Corte di Appello di Venezia, ha riconosciuto la natura sostanzialmente penale della responsabilità dell'ente e si è riferita a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, secondo la quale dovrebbe verificarsi in concreto una colpa di organizzazione in capo all'ente incorporante.

Più in particolare, nella decisione viene espressa la necessità di procedere con l'accertamento della colpa di organizzazione nell'ente incorporante, per poter evitare di incorrere in una forma di responsabilità oggettiva surrettizia. Tuttavia, non viene indicato il contenuto di tale rimprovero, e dunque non si comprende in che termini potrebbe essere declinata la colpa di organizzazione nel caso di specie nei confronti dell'ente incorporante o dell'ente che partecipa alla fusione relativamente a fatti antecedenti mediante la citata interpretazione costituzionalmente conforme.

Evidentemente - lo si è già detto - essa non può consistere in quella colpa organizzativa dell'ente al cui interno viene commesso il reato presupposto, ormai interpretata dalla giurisprudenza, e dalla dottrina, come quel difetto organizzativo che consiste nella violazione delle regole cautelari volte a impedire il verificarsi di quell'evento-reato.

Certamente, dovendo in questo caso ricostruire *ex post* nei confronti dell'ente terzo una colpa "successiva" rispetto all'illecito già integrato, non potrà infatti individuarsi una disorganizzazione riferita alla violazione di regole cautelari impeditive e direttamente connesse - pertanto - all'evento.

Se tale nozione di colpa deve senz'altro essere esclusa, manca allora nella sentenza una analisi e una possibile individuazione del diverso contenuto della colpa dell'ente incorporante - sia nella sua misura "oggettiva" che in quella "soggettiva" - che consenta di configurare una forma di responsabilità perso-

¹³⁴ Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, cit., richiamata dalla decisione Corte App. Venezia, 12 aprile 2019, cit., 76.

nale.

La decisione si limita ad affermare che la colpa “deve essere tanto più evidente/specifica nel caso in cui società incorporante e società incorporata non appartengano allo stesso gruppo”¹³⁵.

Ovviamente, infatti, in questa ipotesi aumenta l’oggettiva estraneità tra tali soggetti che impone un accertamento più approfondito della colpa.

Tuttavia, i caratteri di “evidenza” e di “specificità” della colpa non vengono in alcun modo chiariti.

Passando poi alla seconda ragione di irrilevanza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 29 individuata dalla Corte di Appello di Venezia, viene sostenuto dalla Corte, quale secondo profilo di irrilevanza, che sussisterebbe nel caso di specie la colpa dell’ente incorporante.

Anche se senza un particolare approfondimento e in modo piuttosto rapido, vengono indicati due elementi ai fini del giudizio di colpevolezza: il primo attiene al fatto che la società incorporata fosse priva di un Modello di organizzazione, gestione e controllo; il secondo invece riguarda l’insufficienza o carenza dell’attività di *due diligence* svolta al momento della fusione da parte dell’ente incorporante¹³⁶.

Entrambe tali asserzioni, tuttavia, se analizzate nel dettaglio suscitano non poche perplessità e meritano alcune riflessioni.

In effetti, la mancata adozione del Modello costituisce evidentemente elemento rilevante ai fini della valutazione della colpa dell’ente incorporato, verso il quale potrebbero muoversi rilievi attinenti alla carenza organizzativa, e alla mancata adozione del Modello, in quanto strumento volto a impedire la commissione di reati come quello commesso. In buona sostanza, un Modello di organizzazione, gestione e controllo efficace e idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello commesso costituisce, come noto, uno strumento di adeguata organizzazione aziendale e di rispetto di regole cautelari impeditive. Ma la sua adozione, ancora una volta, assume rilievo in una dimensione antecedente al fatto illecito in quanto ad esso direttamente connesso con efficacia impeditiva.

¹³⁵ Corte App. Venezia, 12 aprile 2019, cit., 77.

¹³⁶ Corte App. Venezia., 12 aprile 2019, cit., 79-80.

Bisognerebbe comprendere, invece, in che modo la sua assenza possa assumere rilievo rispetto all'ente terzo che interviene solo successivamente, come si avrà modo di analizzare in seguito. Se tale elemento può risultare indicativo, in ogni caso, come si tornerà a dire, ciò può avvenire solo mutando la nozione di colpa di organizzazione oggi generalmente accolta nei confronti dell'ente e, prima di tutto, definendo il nucleo di contenuto della colpa nell'ipotesi specifica della fusione.

In assenza di un ragionamento relativo alla portata della colpa nello specifico caso in esame che individui un suo possibile contenuto, si assisterebbe ad un trasferimento automatico della responsabilità per la mancata adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo dalla società incorporata responsabile alla società incorporante terza che procede alla fusione solo in un momento successivo quale appunto traslazione automatica di responsabilità di stampo civilistico confligente con il principio di cui all'art. 27 Cost.

Passando poi al secondo aspetto, ossia la *due diligence* effettuata, in via del tutto generale, ai fini del giudizio di colpevolezza, anche in questo caso varrebbe la pena stabilire se l'attività di controllo svolta dalla società incorporante su quella incorporata a posteriori rispetto al verificarsi del fatto possa o debba costituire un elemento idoneo ai fini dell'ascrizione della responsabilità all'ente incorporante. L'esito di un controllo accurato in effetti potrebbe – in linea teorica – consentire a una società di ottenere la conoscenza in relazione alla sussistenza della commissione di un illecito presupposto all'interno della società che sta procedendo a incorporare.

Nel caso di specie, peraltro, le due società coinvolte non erano in alcun modo tra loro collegate dai rapporti infrasocietari¹³⁷.

¹³⁷ Come si diceva, e come già sopra rilevato, la Cassazione e la Corte di Giustizia hanno invece valorizzato l'aspetto del collegamento societario tra gli enti, in quanto soggetti al controllo della stessa persona e connessi sotto il profilo organizzativo.

In questa prospettiva, dunque, l'appartenenza delle società al medesimo ente assume rilevanza non tanto e non solo in una fase di due diligence, che diviene così più agevole, al momento della vicenda modificativa – che può avvenire anche a distanza di diversi anni dal momento del fatto illecito. I rapporti infrasocietari, invero, acquisiscono rilievo già al momento in cui si è realizzato il fatto illecito, in quanto già all'epoca dei fatti potrebbero ravvisarsi un'organizzazione e un controllo dipendenti dalla medesima società controllante e una medesima governance che assumeva le decisioni e stabiliva gli assetti organizzativi.

Evidentemente, in simili ipotesi, è più semplice individuare una effettiva colpa di organizzazione in

Inoltre la pronuncia si sofferma sul fatto che la *due diligence* eseguita da parte della società incaricata si sarebbe limitata alla verifica dell'apparenza documentale¹³⁸.

Sotto questo profilo, bisognerebbe determinare se e in che termini sia consentito sindacare i controlli posti in essere dalla società di revisione incaricata. La società incorporante infatti aveva incaricato di effettuare le verifiche necessarie la società di revisione, esperta in tale ambito. Non pare che spetti alla società incorporante stabilire quali attività la società di revisione incaricata avrebbe dovuto o meno svolgere, come sembra sostenere la decisione in esame. In buona sostanza, affidato il compito alla società di revisione, sembra forzato imputare all'ente incorporante una colpa in relazione ai controlli svolti da quest'ultima¹³⁹ (salva la possibilità di individuare una *culpa in eligendo*). Simile valutazione - semmai - potrebbe riguardare un giudizio relativo al lavoro compiuto da parte della società di revisione incaricata, al fine di individuare se essa abbia espletato l'incarico affidatole secondo i canoni di diligenza necessari.

In tale contesto, sembra piuttosto che l'aspetto da considerare sia quello relativo all'attivazione da parte dell'ente per le opportune verifiche mediante un soggetto adeguatamente dotato di requisiti professionali (quale sembra in effetti essere la società di revisione per sua stessa natura) e se a seguito dello svoglimento di queste alla conoscenza della responsabilità dell'ente ovvero comunque dell'ipotesi di reato presupposto commesso all'interno dell'ente incorporato.

Nel caso di specie, la responsabilità dell'incorporata non era stata conosciuta

capo all'ente incorporante. In tal modo, potrebbe anche ravvisarsi una colpa organizzativa nel mancato impedimento del fatto illecito - ancorchè in un senso diverso rispetto alla tradizionale interpretazione, ma con essa pur sempre compatibile - dell'ente incorporante facente parte del medesimo gruppo di quello incorporato già all'epoca dei fatti soggetto alle medesime decisioni organizzative.

¹³⁸ E, a riprova dell'inadeguatezza del controllo, viene rilevato che lo stesso ente incorporante lamenta di aver rinvenuto in seguito una situazione del tutto diversa da quella prospettata. Così Corte App. Venezia, 12 aprile 2019, cit.

Tale circostanza pare però irrilevante, anzi costituisce prova del fatto che la situazione reale non corrispondeva a quella emergente dai controlli svolti nella fase preliminare alla fusione e che è invece stata scoperta dalla società incorporante solo in un momento successivo.

¹³⁹ La quale nel caso di specie aveva ritenuto di non dover ripetere quelli già svolti antecedentemente e dunque acquisiti in quanto tali.

da parte dell'incorporante, anche perché la stessa società incorporata non ne era ancora venuta a conoscenza, tenuto conto che la contestazione della responsabilità è stata scoperta solo con la notifica del primo atto giudiziario, in epoca successiva al momento dell'incorporazione.

In definitiva, la pronuncia citata palesa notevoli spunti di riflessione in quanto si occupa profusamente dei profili di compatibilità dell'art. 29 con l'art. 27 Cost., dedicando ampio spazio al tema.

Da una parte, essa dichiara palesemente la necessità di seguire una interpretazione costituzionalmente conforme con riferimento al principio di colpevolezza, e tale aspetto risulta evidentemente condivisibile e imprescindibile.

Tuttavia non si sofferma su una definizione del contenuto della colpa dell'ente incorporante nè, nella vicenda sottoposta all'esame della Corte di Appello che invece meriterebbe uno sforzo definitivo, in concreto individua elementi in base ai quali effettivamente riuscire a ricostruire una colpa per organizzazione così come finora definita.

In qualche modo, muove da premesse in astratto che impongono una verifica precisa e approfondita dei profili di colpevolezza, ma finisce poi per affermare la responsabilità di un ente incorporante – completamente estraneo alla compagine sociale di quello incorporato –, senza tenere peraltro in considerazione che al momento della fusione non era ancora stata contestata la responsabilità neppure all'ente incorporato.

7. Un ulteriore passo in avanti per un'interpretazione costituzionalmente orientata in una decisione del Tribunale di Vicenza. Giungendo alle battute conclusive, dunque, è finora emerso ampiamente come la controversa norma di cui all'art. 29 presenti irrisolti nodi problematici e risulti di difficile compatibilità con il dettato costituzionale.

Prima di formulare alcune riflessioni in ordine ai possibili orizzonti esegetici futuri, fondamentale risulta una significativa decisione del Tribunale di Vicenza del 2022 che, seguendo tale interpretazione, si è discostata dalle precedenti sentenze citate, giungendo a una conclusione di segno diametralmente opposto¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, n. 861.

Il Collegio giudicante, infatti, si è occupato di una questione di responsabilità, ai sensi del Decreto, dell'ente incorporante per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25 *ter* d.lgs. 231/2001 commesso nell'ambito dell'ente incorporato due anni prima rispetto all'operazione di fusione per incorporazione.

Veniva infatti contestato alle persone fisiche il delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c., perché esponevano nei bilanci negli anni 2010, 2011, 2022 fatti non rispondenti al vero. Veniva poi addebitato, appunto, l'illecito *ex* art. 25 *ter* d.lgs. 231/2001 “per le specifiche condotte contestate ai predetti imputati e compiute nell'interesse della società o comunque a suo oggettivo vantaggio (in modo particolare in relazione alla consistenza dell'utile di esercizio e delle somme accantonate a riserva, valori idonei a incidere sui requisiti patrimoniali della Banca) e per la mancanza di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i reati verificatisi ad opera dei soggetti che rivestivano funzioni di rappresentanza di amministrazione o di direzione”¹⁴¹.

Ebbene, nell'ambito di tale vicenda, all'interno di tale pronuncia si rinviene espressamente l'affermazione che “l'art. 29 (...), per essere conforme ai principi costituzionali (...), non può in alcun modo comportare una responsabilità di natura penale conseguente alla commissione di un illecito penale in capo ad una società incorporante unicamente sulla base della sua posizione formale di soggetto partecipante alla fusione se non comportando una forma di responsabilità oggettiva e, come tale, suscettibile di dar luogo a rilievi di incostituzionalità”¹⁴².

Tanto riconosciuto, il Tribunale procede con una necessaria analisi delle condizioni in cui l'incorporazione è avvenuta, poiché l'ente incorporante “può rispondere dell'illecito commesso dalla incorporata (...) solamente quando siano ravvisabili profili di colpevolezza in capo alla società incorporante”¹⁴³.

In particolare, viene ancora una volta affermato il principio secondo cui la colpa deve essere tanto più evidente e specifica nel caso in cui la società incorporante e quella incorporata non appartengano ad un medesimo gruppo e

¹⁴¹ Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, cit., 3.

¹⁴² Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, cit., 7.

¹⁴³ Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, cit., 7.

comunque non abbiano rapporti e legami preesistenti e influenti. E, in specie, viene valorizzato l'approfondimento delle condizioni in cui l'incorporazione sia avvenuta, tra cui l'ipotesi in cui la società incorporata fosse del tutto priva di un Modello e di un Organismo di Vigilanza al momento della fusione.

Dall'analisi della vicenda concreta e della sua evoluzione temporale, risulta che al momento dell'incorporazione la società incorporata non era ancora iscritta nel registro degli indagati, e il procedimento penale era iscritto originariamente a carico di ignoti e poi a carico degli amministratori e la Banca incorporante "ignorava incolpevolmente l'esistenza di una ipotesi delittuosa a carico dei precedenti amministratori e dell'ente incorporato stesso"¹⁴⁴.

E, ancora, al momento dell'acquisizione l'ente incorporato risultava aver adottato un Modello di organizzazione, gestione e controllo aggiornato nel 2009 e nel 2013. Allo stesso modo risultava presente l'Organismo di Vigilanza collegiale. In tutto il periodo preliminare alla fusione, di valutazione della situazione patrimoniale, finanziaria e amministrativa dell'ente incorporato, non vi era alcuna evidenza circa l'esistenza di un procedimento penale dal quale emergessero eventuali carenze del Modello e dell'operato dell'Organismo di Vigilanza, e "solo dopo l'atto di incorporazione si sono delineati possibili profili di responsabilità penale in capo agli ultimi amministratori (...) e di conseguenza dell'Ente stesso"¹⁴⁵.

In definitiva, nella pronuncia richiamata si sottolinea la necessità che vi sia una applicazione della norma di cui all'art. 29 costituzionalmente orientata che impone che la responsabilità dell'ente incorporante debba essere caratterizzata da un atteggiamento colpevole e rimproverabile. Nel caso in esame, tale atteggiamento è stato escluso in quanto al momento dell'incorporazione non era conosciuta l'esistenza del procedimento penale né i profili di illecito contestati e tale mancata conoscenza può ritenersi incolpevole.

La Società incorporata, inoltre, risultava dotata di Modello e di Organismo di Vigilanza, la cui composizione sembrava peraltro rispettosa delle direttive al tempo impartite da Banca d'Italia. Di conseguenza, l'ente incorporante "non aveva e non poteva avere alcun elemento dal quale desumere l'esistenza di

¹⁴⁴ Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, cit., 8.

¹⁴⁵ Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, cit., 8.

illeciti commessi nel corso della gestione dell'ente incorporato, nonostante la dovuta diligenza prestata nell'operazione di acquisto"¹⁴⁶.

In base al percorso argomentativo appena descritto, dunque, il Tribunale di Vicenza ha escluso la responsabilità dell'ente incorporante.

Tale pronuncia, ancorchè di merito, costituisce un importante riconoscimento e segna un passaggio verso un nuovo corso interpretativo in materia di art. 29.

La esclusione di responsabilità in capo all'ente incorporante a cui giunge la sentenza, fondata appunto sull'assenza di colpevolezza di quest'ultimo, esprime un rifiuto esplicito della mera posizione oggettiva di ente incorporante coinvolto solo in qualità di soggetto che partecipa all'operazione di fusione ma privo di alcun profilo di "colpa di organizzazione".

E, d'altro canto, la stessa decisione sopra commentata della Corte d'Appello di Venezia riconosceva in linea generale tale principio, ancorchè giungesse poi a conclusioni in concreto opposte. Nonostante le critiche mosse infatti nei confronti delle conclusioni cui è giunta la pronuncia della Corte di Appello di Venezia appena commentata, essa ha pur sempre confermato in linea generale la necessità di procedere nell'interpretazione della disciplina della fusione seguendo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29.

La sentenza del Tribunale di Vicenza esaminata risulta dunque di fondamentale rilievo per le conclusioni a cui addivene. Tuttavia deve riconoscersi che anch'essa, esattamente come la sentenza di merito precedentemente analizzata, non dedica la propria indagine al contenuto che dovrebbe manifestare tale forma di colpevolezza postuma.

Una riflessione sul tema, lo si è già rilevato, risulta invero ileludibile e diviene ancora più necessaria e attuale alla luce della posizione assunta negli ultimi anni da parte della giurisprudenza di legittimità, che ha proposto una esegesi molto più rigorosa del requisito della "colpa di organizzazione".

L'indagine più attenta dedicata infatti a tale elemento e alla necessità di un concreto ed effettivo accertamento della colpevolezza dell'ente che non si accontenti di automatismi presuntivi¹⁴⁷ e che richieda la verifica della concreta

¹⁴⁶ Trib. Vicenza, sez. pen., 13 giugno 2022, cit., 8.

¹⁴⁷ Cfr. la citata Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit.

mancanza organizzativa che abbia determinato la causazione dell'evento-reato pone chiaramente in luce la necessità di interpretare tale materia in modo da riuscire a ricostruire una responsabilità dell'ente solo ove lo stesso risulti colpevole e rimproverabile.

Tanto più dunque alla luce di tale dimensione interpretativa raggiunta dalla giurisprudenza che impone una lettura del Decreto compatibile con l'art. 27 Cost., l'art. 29 merita di trovare maggiore approfondimento e, anche sul versante giurisprudenziale, una soluzione conforme agli imprescindibili principi costituzionali che disciplinano la materia penale.

In questo senso, qualora si escludesse *tout court* la responsabilità dell'ente terzo, emerge chiaramente il rischio, più volte sollevato da alcune voci in dottrina¹⁴⁸, che si realizzino operazioni fraudolente espressamente rivolte a evitare la responsabilità penale dell'ente fuso o incorporato e altresì dell'ente nuovo ovvero dell'ente incorporante. Ci si troverebbe in questo modo infatti in una situazione di assenza di responsabilità in contemporanea sia in capo all'ente fuso o incorporato, venuto meno nella prospettiva civilistica similmente alla cessazione dei rapporti *mortis causa*, e dunque non suscettibile di ascrizione di responsabilità, sia in capo all'ente nuovo ovvero all'ente incorporante in quanto intervenuto solo successivamente, nell'impossibilità di individuare la sua colpevolezza. In questo modo, in pratica, si realizzerebbe una zona franca nelle vicende modificative in cui si proceda a fusione rispetto alla responsabilità dell'ente.

L'esigenza di mantenere una effettività della risposta sanzionatoria tuttavia non può per certo elidere la garanzia di cui all'art. 27 Cost.

Indubbiamente risulta essenziale compiere un contemperamento delle contrapposte esigenze di tutela, da una parte quella di rispettare la personalità della responsabilità penale, e dall'altra quella di evitare la realizzazione di operazioni societarie di fusione meramente elusive al solo scopo di evitare la responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*.

Per questa ragione, la soluzione di compromesso potrebbe risultare quella di prevedere la responsabilità dell'ente nuovo o incorporante ove si accerti la

¹⁴⁸ Parlas di effetto catartico sui "trascorsi criminali" degli enti partecipanti, ancora NAPOLEONI, *Le "vicende modificative"*, cit., 140.

colpevolezza di quest'ultimo, acconsentendo ad individuare però una nozione di colpevolezza per l'ente terzo differente rispetto a quella ormai affermata in materia di responsabilità dell'ente di colpa di organizzazione.

Come più volte sottolineato, infatti, non pare che in sia in alcun modo possibile ricostruire tale colpa nei confronti di un ente che interviene solo successivamente, e dunque in cui la sua colpevolezza possa manifestarsi solo *ex post* rispetto alla commissione dell'illecito. Così ragionando la colpa di organizzazione non sarebbe mai configurabile e di conseguenza la responsabilità del nuovo ente ovvero dell'ente incorporante risulterebbe in conflitto con l'art. 27 Cost.

Come già finora rilevato, allora, la nozione di colpa in capo all'ente terzo incorporante deve essere costruita in modo differente rispetto a quella di colpa elaborata in via generale dalla dottrina finora nei confronti dell'ente ai sensi del Decreto.

In effetti, non è possibile rimproverare all'ente terzo alcuna carenza organizzativa antecedente ai fatti illeciti commessi, ma semmai solo un insufficiente esercizio di controlli successivi sulla società incorporata, non certo causalmente riconducibili alla possibilità di evitare la commissione del reato. Si potrebbe semmai solo ricostruire una colpa nella fase della operazione societaria in cui il difetto organizzativo da parte dell'ente incorporante consisterebbe nel non essersi organizzato a sufficienza nell'accertare la situazione dell'ente incorporato e nel non aver conosciuto la sussistenza dell'illecito già realizzatosi. Evidentemente allora la colpevolezza dovrà assumere un perimetro autonomo, non connesso alla realizzazione del reato e alla concretizzazione del rischio, quanto invece al compimento dell'operazione societaria e quella fase di acquisizione di informazioni relative alla società che l'ente intende incorporare.

In buona sostanza, un *deficit* che si estrinseca nella mancata conoscenza della sussistenza dell'illecito e di una possibile responsabilità dell'ente incorporato ovvero alla mera conoscibilità di tali elementi.

Quella che viene così a ricostruirsi non è più una colpa di organizzazione relativa alla commissione dell'illecito ma una successiva c.d. "colpa di fusione" ovvero una "colpa di incorporazione" dell'ente incorporante.

Deve rilevarsi che tale ipotesi riguarda esclusivamente il caso in cui l'ente terzo sia estraneo rispetto alla compagine sociale dell'ente che viene fuso, come più volte condivisibilmente evidenziato da parte dalla giurisprudenza. La situazione può risultare infatti profondamente diversa in tutti quei casi in cui l'operazione societaria avvenga tra enti che hanno rapporti infra-gruppo. Quanto più le società risulteranno avere tra loro rapporti di partecipazione nonché di vicinanza-promiscuità organizzativa, tanto più sarà possibile individuare la conoscenza ovvero la conoscibilità della responsabilità al momento della fusione. In tali casi, addirittura, si potrà ricostruire altresì una vera e propria colpa di organizzazione nella sua nozione generalmente accolta, ossia antecedente alla commissione dell'illecito penale precupposto, da parte della persona fisica, intesa nella sua accezione tradizionale, di *deficit* organizzativo connesso a tale illecito, in quanto in alcuni casi potrà emergere che vi fosse già partecipazione dell'ente o addirittura direzione e/o orientamento delle scelte e delle politiche organizzative dell'ente poi fuso¹⁴⁹.

Escluso dunque l'ambito dei rapporti infra-societari che merita una considerazione a sé stante, è fondamentale rilevare, tornando alla nozione di conoscibilità, che la stessa risulta alquanto sfumata e di difficile afferrabilità. Si presta infatti ad essere modulata con diverse estensioni, e risulta suscettibile di plurime e differenti interpretazioni.

La stessa potrà, in effetti, assumere un portato relativo, limitato alla conoscibilità parametrata all'attività di indagine documentale che avrebbe operato un ente "modello" confrontabile a quello in questione, ovvero un portato assoluto, che richieda un'approfondimento mediante una *due diligence* astrattamente illimitata. In tal modo, aumentando la profondità e l'estensione dell'indagine precedente alla fusione si potrebbe considerare sussistente il requisito della conoscibilità.

In verità, essa dovrebbe trovare una delimitazione in relazione al tipo di ap-

¹⁴⁹ In questo senso G. FIORELLA, *Metamorfosi dell'ente*, cit., 372 ss., propone una revisione del dettato normativo, suggerendo all'art. 29 di prevedere la responsabilità dell'ente risultante dalla fusione solo ove vi sia identità dei rispettivi assetti proprietari. Quanto a coloro che invece siano divenuti soci o associati successivamente, propone il riconoscimento del diritto di recedere, a meno che non fossero a conoscenza dell'illecito per cui vi è stata condanna, o ne abbiano per colpa ignorato l'esistenza. Infine, egli suggerisce che l'ente comunque risponda ove risulti provato il fine di eludere l'accertamento della responsabilità o l'esecuzione delle sanzioni pecuniarie e interdittive irrogate in sede di condanna.

profondimento esigibile da parte di un ente che intenda procedere con tale operazione, che dovrà dunque consistere senz'altro in una indagine diligente ma limitata a quella che un ente "modello", comparabile per tipologia, condizioni e dimensioni nella medesima situazione avrebbe diligentemente svolto. A tal proposito, merita in questa sede tratteggiare una linea di confine tra i casi in cui la responsabilità dell'ente - o quanto meno la responsabilità della persona fisica per il reato presupposto - fosse già nota all'ente poi fuso rispetto a quelli in cui tale conoscenza anche per l'ente fuso non fosse sussistente fino al momento della fusione.

In questa prospettiva, in particolare, vi è una ineliminabile quota di illeciti sommersi che non possono essere conosciuti ove non vi sia stata ancora contestazione alcuna neppure allo stesso ente incorporato.

Si deve dunque prendere atto che esiste una percentuale di illeciti rinvenibile mediante accurati accertamenti, ove già noti all'epoca della fusione. Sussiste infatti un generale obbligo di evidenziazione contabile delle conseguenze patrimoniali negative derivanti dalla responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*, già dopo l'avvio del procedimento di accertamento dell'illecito¹⁵⁰. Inoltre, prima di procedere con la fusione, l'ente terzo potrebbe richiedere una documentazione tramite richiesta al sistema dell'anagrafe dei carichi pendenti relativi agli illeciti amministrativi dipendenti da reato ovvero la richiesta di comunicazione delle annotazioni delle notizie di illecito amministrativo dipendente da reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.¹⁵¹.

Permane tuttavia un cono d'ombra di illeciti che al momento della fusione non risultavano noti, e che, di conseguenza, non possono emergere né dalle scritture contabili né da richieste all'anagrafe ovvero *ex 335 c.p.p.*

Ancorchè la decisione appena commentata del Tribunale di Vicenza non si dedichi al problema in via generale della colpevolezza dell'ente nell'art. 29 e non tenti di declinarne il suo portato, sembra che si possa prendere spunto

¹⁵⁰ Così NAPOLEONI, *Le "vicende modificative"*, cit., 163, secondo cui infatti l'ente dovrebbe procedere "tramite l'iscrizione nei conti annuali di poste rappresentative delle perdite future ad esse eventualmente connesse (in particolare, "fondi rischi") o, quantomeno - nei congrui casi - a mezzo di segnalazione nella nota integrativa: e ciò in conformità ai correnti indirizzi sulla tematica dell'iscrizione in bilancio dei debiti contestati".

¹⁵¹ In questi termini sempre NAPOLEONI, *Le "vicende modificative"*, cit., 163.

proprio dagli elementi in concreto utilizzati in tale decisione per escludere la responsabilità dell'ente incorporante per svolgere alcune riflessioni.

Il primo aspetto valorizzato nella pronuncia, infatti, è proprio quello per cui al momento della fusione neppure all'ente incorporato era stato contestata alcuna responsabilità.

Si deve evidenziare che, anche nella decisione della Corte d'Appello di Venezia sopra commentata, il primo atto giudiziario è pervenuto successivamente alla fusione, ma in quella occasione tale dato temporale non è stato oggetto della medesima considerazione.

Quanto meno in questi casi, si ritiene allora che non dovrebbe muoversi alcun rimprovero all'ente terzo, estraneo ai fatti e al contempo ignaro, incolpevolmente, della possibile responsabilità dell'ente incorporato. Diversamente ragionando, altrimenti, qualsiasi ente potrebbe risultare responsabile per aver proceduto alla fusione anche quando la eventuale responsabilità dell'ente incorporato non era nota neppure all'ente incorporato stesso, o addirittura, come nel caso appena esaminato, non era stata neppure ancora individuata nella ricostruzione della Procura della Repubblica.

Per tutte le ipotesi in cui si verifichi tale situazione di ignoranza, della sussistenza dei profili di illecito poi contestati, non solo in capo all'ente terzo ma anche in capo all'ente poi fuso, per assenza della sua contestazione, si dovrebbe escludere ogni responsabilità dell'ente incorporante ovvero del nuovo ente. E ciò a prescindere da più approfondite indagini in ordine al contenuto della *due diligence* svolta.

Anche eventuali carenze di accertamento, in definitiva, diventano irrilevanti e superflue in presenza di una oggettiva non conoscibilità che può ritenersi sussistente nel caso di contestazione di responsabilità solo successiva all'operazione di fusione.

Merita, da ultimo, una ulteriore riflessione il già più volte richiamato aspetto relativo alla avvenuta adozione (e il suo aggiornamento) di un Modello di organizzazione, gestione e controllo da parte dell'ente poi oggetto di fusione.

In effetti, tale elemento viene indagato e utilizzato in entrambe le decisioni di merito riportate, in relazione - in un caso - alla sua avvenuta adozione e - nell'altro invece - alla sua presenza.

Rispetto a tale analisi, deve senz'altro riconoscersi che l'adozione di un modello idoneo e la sua attuazione così come richiesta dagli artt. 6 e 7 del Decreto risulta un elemento oggettivo facilmente rinvenibile e riscontrabile. In questo senso è fuor di dubbio che un ente terzo che intenda procedere con l'operazione di fusione dovrebbe acquisire informazioni in ordine all'avvenuta adozione del modello da parte dell'ente che viene fuso e alle sue ulteriori caratteristiche (aggiornamento del Modello, attività di formazione, nomina dell'OdV, operato dell'OdV, etc.).

Si tratta in effetti di accertamenti dirimenti in relazione alla attività di *compliance* svolta dall'ente che partecipa alla fusione. Certamente tali aspetti consistono in un ineliminabile contenuto dell'attività di *due diligence* che deve essere compiuta da parte dell'ente terzo.

Tali informazioni in qualche modo consentono di svolgere un giudizio obiettivo ai fini della valutazione in ordine alla consapevolezza che l'ente terzo aveva al momento dell'operazione societaria in relazione alla materia di cui al Decreto.

Nell'ipotesi in cui l'ente abbia infatti proceduto nonostante l'assenza di un modello organizzativo nell'ente fuso e/o non si sia curato di acquisire tali informazioni, tale aspetto assume rilievo in ordine alla conoscenza ovvero conoscibilità del possibile *vulnus* organizzativo sussistente all'interno di un ente privo di tale strumento. In qualche modo, l'ente incorporante viene messo nella consapevolezza - o avrebbe potuto essere consapevole - del fatto che l'ente, privo di un modello organizzativo, potrebbe palesare un *decifit* organizzativo nella prevenzione di reati, ancorchè non specifico, e dunque potrebbe risultare responsabile di eventuali ipotesi di reato commesse nel suo interesse o vantaggio.

Tuttavia, non pare che tale aspetto possa di per sé solo ritenersi sufficiente, ai fini della conoscenza o della conoscibilità della responsabilità relativa allo specifico illecito realizzatosi.

Una interpretazione rispettosa del principio di colpevolezza impone di non limitarsi a tale indagine, tenuto conto che dovrebbe in concreto essere accertata la sussistenza, ancorchè solo nel momento antecedente e contemporaneo alla fusione ovvero all'incorporazione, di elementi di cui l'ente incorporante

avrebbe dovuto avvedersi e non si sia invece avveduto, dai quali avrebbe potuto conoscere della possibile responsabilità dell'ente incorporato.

Soprattutto negli ultimi anni, alla luce delle più recenti posizioni della giurisprudenza relativa in via generale alla colpa di organizzazione che richiede un accertamento in concreto del *deficit* organizzativo e del suo legame con il reato poi realizzatosi, sembra in conclusione che non si possano ignorare tali esegesi anche in relazione all'art. 29 Decreto.

Nello specifico, il paradigma della colpevolezza deve inevitabilmente essere declinato in modo differente, certamente, rispetto all'ente terzo che interviene successivamente con la fusione ma pur sempre in modo da verificare e accertare uno specifico nucleo minimo di detta colpevolezza.

In definitiva, quindi, esattamente come in via generale la Cassazione è giunta ad escludere che la sola assenza del modello di organizzazione, gestione e controllo possa di per sé comportare automaticamente la sussistenza della colpa di organizzazione in capo all'ente in seno al quale è stato commesso il reato presupposto¹⁵², allo stesso modo anche in ipotesi di fusione è necessario rifuggire meccanismi presuntivi fuorvianti e pericolosi.

In questo senso, evidentemente, la mancata adozione del modello organizzativo da parte dell'ente che viene poi fuso costituisce senza dubbio un importante indice di carenza di organizzazione e di conseguenza di una, astrattamente possibile, responsabilità dell'ente, ma non è certo di per sé in grado di indicare concretamente l'ipotesi di illecito che fondi la responsabilità dell'ente poi fuso o incorporato. In buona sostanza, è necessario identificare un *quid plurius*, ossia specifici elementi conosciuti o conoscibili dai quali potesse ricostruirsi la potenziale responsabilità specificatamente in relazione al reato realizzatosi.

In tal modo, in conclusione, ancorchè accontentandosi che avvenga solo in via successiva e dunque con un diverso contenuto rispetto alla colpa di organizzazione, si potrebbe individuare una colpa dell'ente solo nella misura in cui lo stesso avesse conosciuto o avesse potuto conoscere tale responsabilità, da intendersi quindi come colpa - si reputa - successiva alla commissione del

¹⁵² Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit. Cfr. *supra* nt. 72 per il passaggio della motivazione sul punto.

reato presupposto, individuabile appunto nel momento della fusione stessa, quale colpa organizzativa dell'ente che abbia proceduto con l'operazione societaria nonostante la conoscibilità della responsabilità dell'ente fuso.

Sotto il profilo oggettivo, dunque, la carenza organizzativa dell'ente si collocherebbe nella omessa verifica, ovvero nella verifica incompleta, che non abbia condotto ad avvedersi dei profili specifici di responsabilità sussistenti.

Il paradigma della colpa in questa ipotesi si allontana dunque da quello relativo alle persone fisiche, venendo meno quel fondamentale nesso tra colpa ed evento della concretizzazione del rischio imprescindibile ai fini della causalità della colpa nell'ambito delle persone fisiche (e ora anche trasferito dalla giurisprudenza alla colpa di organizzazione, ma non trasferibile nell'ipotesi in questione).

Accanto a tale misura oggettiva, poi, dovrebbe però accertarsi altresì la soggettività esigibilità nei confronti dell'ente di tali comportamenti doverosi, fondando il giudizio di rimprovero su quelle verifiche esigibili da parte di un ente con caratteristiche comparabili. D'altro canto, il criticato appiattimento della colpa, sempre più obiettivizzata, lamentato in relazione alla colpa di organizzazione, che richiede invece la necessaria sua personalizzazione, deve riguardare anche tale ambito in relazione alla fusione e dedicarsi altresì alla sua dimensione soggettiva.

E a tal proposito, quanto al confine della conoscibilità, da ultimo, varrebbe la pena interrogarsi circa la possibilità - anche ai fini di una maggiore uniformità tra vicende modificative - di limitare la stessa alla effettiva conoscenza ovvero alla risultanza dai libri contabili obbligatori, così come previsto per la cessione di azienda all'art. 33.

Tale indicazione, certo ne restringerebbe il perimetro, ma fonderebbe l'attività di verifica su elementi più facilmente misurabili e verificabili.

Conclusivamente, da una parte, si potrebbe auspicare che venga sollevata questione di costituzionalità affinché la Corte Costituzionale possa giungere ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede quanto meno una conoscenza - ovvero una conoscibilità - dei fatti di cui al reato presupposto precedentemente commesso, eventualmente limitata agli elementi risultanti dai libri contabili obbligatori, confor-

memente all'art. 33.

In attesa di un possibile intervento della Consulta, tuttavia, pare improcastinabile un maggiore approfondimento, anche in seno alla giurisprudenza, al fine di raggiungere interpretazioni condivise e omogenee costituzionalmente conformi, nonché applicazioni del Decreto compatibili con l'art. 27 Cost., come senz'altro è accaduto con la pronuncia richiamata del Tribunale di Vicenza, che ha espressamente rifuggito forme tratizie di responsabilità oggettiva.

In questo senso, tale decisione palesa una applicazione della norma di cui all'art. 29 nel segno di un accertamento garantistico della responsabilità dell'ente.

Al contempo tuttavia, sembra ineludibile compiere un ulteriore passaggio verso l'individuazione più precisa del contenuto del giudizio di rimprovero che si possa muovere all'ente terzo che interviene successivamente alla commissione del reato presupposto nell'ente poi fuso.

Non è sufficiente, infatti, esigere in linea teorica la colpevolezza in capo all'ente terzo, ma diviene indispensabile definirne il contenuto, al fine di pretendere altresì l'accertamento in concreto di tale colpevolezza, mediante elementi misurabili e, almeno in parte, vincolanti.