

La trasformazione dell'ente pregiudicato ai sensi del dlgs. 231/01.

Le conseguenze sanzionatorie e dichiarative.

di Andrea Milani

Pur trattando il D.lgs. 231/01 delle vicende modificative dell'ente e delle conseguenze processuali e sanzionatorie, nulla dice circa gli eventuali obblighi dichiarativi dell'ente risultante dalle operazioni di trasformazione intervenute dopo il giudicato 231. Il presente contributo, partendo dall'analisi delle disposizioni concernenti le vicende modificative dell'ente e della *ratio legis* sottesa ad esse, prova a fornire una interpretazione sul punto.

Il D.lgs. 231/01 tratta specificatamente delle vicende modificative dell'ente autore dell'illecito amministrativo, disciplinandone le conseguenze sanzionatorie.

La *ratio* delle disposizioni concernenti le vicende modificative dell'ente, è – prendendo a prestito le parole della Relazione Ministeriale al D.lgs. 231/01 –, quella di temperare “*due esigenze contrapposte: da un lato, quella di evitare che tali operazioni si risolvano in agevoli modalità di elusione della responsabilità; dall'altro, quella di escludere effetti eccessivamente penalizzanti, tali da porre remore anche ad interventi di riorganizzazione privi degli accennati intenti elusivi. Il criterio di massima al riguardo seguito è stato quello di regolare la sorte delle sanzioni pecuniarie conformemente ai principi dettati dal codice civile in ordine alla generalità degli altri debiti dell'ente originario, mantenendo, per converso, il collegamento delle sanzioni interdittive con il ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato.*”

Così dall'art. 28 all'art. 33 D.lgs. 231/01, vengono disciplinate le conseguenze della trasformazione, fusione, scissione dell'ente incolpato, nonché quella della cessione d'azienda, prevedendosi anzitutto il fatto che la responsabilità amministrativa per i reati commessi anteriormente alla trasformazione “resta ferma”: essa non si esaurisce perciò a seguito della trasformazione stessa (art. 28).

Nel caso della fusione, si assiste alla sostanziale continuità processuale e sanzionatoria in capo all'ente risultante (art. 29).

Nel caso della scissione, ferma la continuità processuale sull'ente scisso (art. 30 co. 1), è previsto – a livello sanzionatorio – il coinvolgimento patrimoniale in solido dell'ente beneficiario della scissione: tale solidarietà è limitata al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al beneficiario, a meno che non sia stato trasferito (anche solo in parte) il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato, nel qual caso la solidarietà sarà illimitata (art. 30 co. 2). Quanto alle sanzioni interdittive, esse seguono sempre il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato (art. 30 co. 3).

L'art. 31 disciplina poi le sanzioni in caso di fusione o scissione, prevedendo che il Giudice, nella commisurazione della sanzione pecuniaria, tenga conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile. Quanto alla sanzione interdittiva, proprio per mitigare le conseguenze a carico di un soggetto giuridico non coincidente *strictu sensu* con l'autore dell'illecito, il Giudice – a richiesta di parte ed in presenza delle condotte risarcitorie, riparatorie e prevenzionistiche di cui all'art. 17 – può sostituire la sanzione interdittiva con quella pecuniaria, in misura pari o doppia della sanzione pecuniaria già applicata *ex lege*. Si badi bene che tale conversione può essere richiesta anche in fase esecutiva, laddove la fusione o la scissione siano successive alla conclusione del giudizio (art. 31, co. 4).

Quanto poi al caso della cessione d'azienda o del suo conferimento (art. 33), è prevista l'obbligazione solidale del cessionario rispetto alla sola sanzione pecuniaria, salvo il beneficio di

preventiva escussione del cedente e nei limiti del valore d'azienda, e purchè le sanzioni pecuniarie risultino dai libri contabili obbligatori ovvero siano state erogate per illeciti di cui il cessionario era a conoscenza. Al di là di tale ultimo aspetto (che si riverbera sulla buona fede contrattuale nell'operazione di cessione o conferimento e, come *extrema ratio*, sull'integrazione di eventuali artifici e raggiri penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 640 c.p. in capo alle persone fisiche che, nel cedere o conferire l'azienda, tacciano callidamente la pendenza della sanzione pecuniaria), balza all'occhio la voluta esclusione di contagiosità dell'eventuale sanzione interdittiva. Si ritiene voluta, in quanto già la Relazione Ministeriale rappresenta come, sebbene *"anche tali operazioni siano suscettive di prestarsi a manovre elusive della responsabilità"*, *"pur tuttavia, maggiormente pregnanti risultano, rispetto ad esse, le contrapposte esigenze di tutela dell'affidamento e della sicurezza del traffico giuridico, essendosi al cospetto di ipotesi di successione a titolo particolare che lasciano inalterata l'identità (e la responsabilità) del cedente o del conferente"*; di qui, la scelta di considerare le sole sanzioni pecuniarie *"adattando, quindi, alle peculiarità della materia la generale previsione dell'articolo 2560 del codice civile, in tema di debiti relativi all'azienda ceduta - anche alla luce della disciplina in vigore per le sanzioni amministrative tributarie (articolo 14 del decreto legislativo n. 472 del 1997)"*.

Tutto quanto sinora riportato è chiaramente volto ad evitare che, attraverso le modificazioni dell'ente autore dell'illecito, possano essere eluse le conseguenze sanzionatorie previste dal D.lgs. 231/01.

Il Legislatore si è addirittura spinto ad approntare un meccanismo volto ad impedire l'aggiramento dei meccanismi rafforzativi di sanzione in caso di reiterazione, prevedendo all'art. 32 che, laddove un ente sia accusato di illecito amministrativo, il Giudice ha facoltà di indagare la storia societaria ante illecito: laddove dovesse verificare che tale ente sia la risultante di una fusione o il beneficiario di una scissione, e laddove gli enti partecipanti alla fusione o l'ente scisso siano stati – prima delle trasformazioni societarie – condannati ai sensi del D.lgs. 231/01, il Giudice – tenendo conto della natura delle violazioni e dell'attività nell'ambito della quale sono state commesse le violazioni, nonché delle caratteristiche della fusione o della scissione – può ritenere la reiterazione a norma dell'art. 20. La portata applicativa subisce una limitazione nei casi di scissione, laddove può sussistere reiterazione nel senso sopra indicato solo laddove l'ente risultante abbia ricevuto il ramo di attività nell'ambito del quale era stato commesso il reato.

Pare ancora rilevante, nell'esegesi del fenomeno di cui stiamo parlando, il disposto dell'art. 70 D.lgs. 231/01, che tratta proprio della sentenza in caso di vicende modificative dell'ente.

La norma prevede che *nel caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente responsabile, il giudice dà atto nel dispositivo che la sentenza è pronunciata nei confronti degli enti risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione, indicando l'ente originariamente responsabile*, e ancora che *la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti degli enti indicati nel comma 1*.

Tale disposizione, al primo comma, disciplina sostanzialmente il caso in cui in corso di processo intervenga una vicenda modificativa dell'ente, con la conseguenza che il Giudice – se edotto della circostanza – andrà a pronunciare la sentenza nei confronti dell'ente risultante dalla trasformazione intervenuta, pur indicando – si badi bene – quale fosse l'ente originariamente responsabile.

Il secondo comma appare decisamente più oscuro: la disposizione di chiusura, infatti, concerne il caso in cui l'ente risultante dalla trasformazione non abbia partecipato al processo, estendendo comunque anche ad esso gli effetti della sentenza, ovvero si spinge a disciplinare il caso di trasformazione intervenute DOPO la definitività della sentenza di condanna?

Soccorre ancora, sul punto, la Relazione Ministeriale, che riporta espressamente quanto segue:

*“L'art. 70 disciplina l'efficacia della sentenza in caso di eventi modificativi dell'ente (trasformazione, fusione o scissione) intervenuti nel corso del processo. Vengono distinte due ipotesi. Se gli enti interessati da tali vicende hanno partecipato al processo, o comunque il giudice ha notizia di tali eventi, la sentenza verrà pronunciata nei confronti dell'ente risultante dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiario della scissione dell'ente originariamente responsabile, indicando quest'ultimo. In tal caso vi è dunque perfetta simmetria tra parti del processo e soggetti nei cui confronti la pronuncia è emessa. Qualora, invece, gli enti risultanti dalla trasformazione, dalla fusione, ecc., non hanno partecipato al processo, né si è avuta conoscenza delle vicende modificative dell'ente, e dunque la sentenza venga dal giudice pronunciata nei confronti dell'ente originario, questa nondimeno avrà efficacia anche nei loro confronti. Questa disposizione (che in qualche si ispira al principio generale contenuto nell'art. 2907 del Regolamento ministeriale al D. Lgs n. 231/2001 codice civile) è volta ad evitare che attraverso il meccanismo della mancata partecipazione al giudizio da parte di enti, la cui esistenza verosimilmente sarà perlopiù ignota al giudice e allo stesso pubblico ministero, possa essere facilmente eluso il giudicato. D'altra parte, attesa la sostanziale continuità del soggetto risultante dalle predette vicende modificative, non può dirsi che l'ambito soggettivo degli effetti della sentenza configuri un fenomeno di res inter alios acta. In ogni caso, la possibilità per gli enti che non siano intervenuti (che comunque secondo la disciplina civilistica succedono nelle obbligazioni dell'ente originario, ivi comprese quelle derivanti da illecito amministrativo dipendente da reato) di ottenere la conversione della sanzione interdittiva in sede esecutiva (art. 78) sembra cautela sufficiente ad evitare ingiuste penalizzazioni”.*

Dall'esame della Relazione Ministeriale, pare che il secondo comma dell'art. 70 vada a disciplinare esclusivamente il caso in cui la trasformazione intervenga prima della sentenza definitiva di condanna, senza ch'essa sia conosciuta dal Giudice o comunque senza che l'ente risultante abbia partecipato al processo.

In questo caso, pare coerente l'assunto normativo nella misura in cui estende gli effetti della condanna all'ente risultante, sempre secondo le regole generali previste agli articoli da 28 a 33.

Pare, invece, potersi concludere che l'azione direttamente estensiva degli effetti della condanna sia preclusa nel caso in cui la trasformazione dell'ente intervenga dopo la definitività della sentenza di condanna a carico dell'ente originario.

Volutamente parliamo di preclusione della “azione direttamente estensiva”, in quanto pare fuor di dubbio che – pur non intervenendo l'art. 70 – anche nel caso di trasformazione post giudicato, taluni effetti della sentenza si riverberino sull'ente risultante in forza delle altre disposizioni contenute nel D.lgs. 231/01.

L'art. 31, come già ricordato, disciplina gli istituti sanzionatori sia nel caso di trasformazione ante giudizio, che nel caso di trasformazione post giudizio, col chiaro e condivisibile intento – da un lato – di non frustrare la pretesa patrimoniale dello Stato e la contestuale afflizione economica dell'ente autore del reato (anche laddove trasformatosi), - dall'altro – di non affliggere l'ente trasformato di misure interdittive che non potrebbero che apparire inique, laddove il ‘nuovo’ soggetto giuridico si è dissociato dalle condotte del predecessore adottando tutti quei provvedimenti riparatori e preventivi rispetto al reato verificatosi (con conseguente possibilità di chiedere la conversione della sanzione interdittiva in quella pecuniaria).

L'art. 32, come ampiamente illustrato, consente addirittura al Giudice del processo a carico dell'ente risultante, di indagare i precedenti degli enti che hanno partecipato alla trasformazione, al fine della possibilità (non obbligo) di valutare la sussistenza della reiterazione. Il che, per inciso, dal punto di vista applicativo crea non poche perplessità, in quanto comporterebbe la necessità di strutturare il sistema dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato (art. 9 DPR 14/11/2002, n. 313) tracciandovi l'“albero genealogico” di ciascun ente iscritto (!).

Sulla base del compendio normativo pare dunque potersi desumere che:

- in caso di trasformazione dell'ente in corso di giudizio a carico dell'ente originario, l'ente risultante potrà partecipare o meno a seconda della sua attivazione; laddove il Giudice abbia contezza dell'intervenuta trasformazione, darà atto nel dispositivo che la sentenza è pronunciata nei confronti degli enti risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione, indicando l'ente originariamente responsabile; in ogni caso, la sentenza avrà effetto anche nei confronti dell'ente risultante, sulla base di quanto disposto dagli articoli da 28 a 33 cit., con la precisazione circa la convertibilità della sanzione interdittiva;
- in caso di trasformazione dell'ente *post* giudizio, e quindi con *res iudicata*, pur non avendo l'ente risultante partecipato al giudizio, la sanzione pecuniaria (se non ancora pagata) verrà "ereditata" dall'ente risultante (pur con i distinguo previsti dagli articoli da 28 a 33 cit.); idem dicasi per la sanzione interdittiva, che comunque potrà essere convertita ai sensi dell'art. 31 cit. ed in presenza dei relativi presupposti;
- in entrambi i casi, è applicabile l'art. 32 cit. ai fini della valutazione della reiterazione.

Un aspetto per nulla considerato dal D.lgs. 231/01 attiene le ulteriori conseguenze di una sentenza di condanna o di patteggiamento erogata ai sensi del decreto medesimo: ci si riferisce segnatamente agli obblighi di dichiarativi ed alle eventuali cause di esclusione previste dall'art. 80 D.lgs. 50/2016 (c.d. Codice degli Appalti) o ancora alle richieste dichiarative eventualmente previste da committenti privati.

Si dia il caso di una fusione per incorporazione di un ente (già) condannato ai sensi del D.lgs. in un altro ente, incensurato.

Ferma la trasmissione dell'obbligazione (eventualmente residua) conseguente alla sanzione pecuniaria e la possibilità di conversione in altra sanzione pecuniaria della sanzione interdittiva, l'ente risultante sarà tenuto ad indicare nelle autocertificazioni ai sensi del Codice degli Appalti ovvero su richiesta di committenti privati il precedente relativo all'ente incorporato?

Preliminarmente occorre circoscrivere la tematica agli orizzonti temporali previsti dall'art. 11 DPR 14/11/2002, n. 313, il quale prevede che *"le iscrizioni nell'anagrafe delle sanzioni amministrative sono eliminate trascorsi cinque anni dal giorno in cui è stata eseguita la sanzione pecuniaria, o trascorsi dieci anni dal giorno in cui è cessata l'esecuzione di qualunque altra diversa sanzione, se negli stessi periodi non è stato commesso un ulteriore illecito amministrativo"*. Ma pur con tale limitazione temporale, l'eventuale incidenza del precedente a carico dell'ente fuso per incorporazione sugli obblighi dichiarativi dell'ente incorporante mantiene un'estrema significatività.

Nel silenzio legislativo, che già conforta in ordine all'insussistenza di un obbligo dichiarativo in tal senso (*lex ubi voluit dixit*), la risposta al quesito non può che discendere da una lettura organica e teleologicamente orientata delle varie norme già citate.

Quanto alla *ratio legis*, già si sono riportati plurimi passaggi della Relazione Ministeriale, dai quali si evince la chiara volontà di evitare effetti eccessivamente penalizzanti laddove intervengano vicende modificative dell'ente (diversamente provocandosi una paralisi di qualunque operazione societaria – anche virtuosa – laddove coinvolga un ente pregiudicato ai sensi del dlgs. 231/01), mirando contestualmente ad evitare trasformazioni elusive dei provvedimenti sanzionatori.

La stessa Relazione, discettando proprio sulla fusione, rimarca il concetto specificando la finalità di *"evitare che, con particolare riguardo alle sanzioni interdittive, [...si...] determini una "dilatazione" di dubbia opportunità della misura punitiva - coinvolgendo aziende "sane" in provvedimenti diretti a colpire aziende "malate" (si pensi al caso in cui una modesta società, responsabile di un illecito sanzionabile con il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, venga incorporata da una grande società con azioni quotate in borsa)"*.

A concretizzare tale esigenza, si ribadisce, soccorre la convertibilità della sanzione interdittiva in quella pecuniaria (art. 31): tale facoltà rappresenta inequivocabilmente la volontà legislativa di mantenere una garanzia patrimoniale sulla sanzione pecuniaria (che, al pari di tutte le attività e le passività societarie, si trasmette generalmente con l'operazione di fusione), ma evitare contestualmente che il castigo interdittivo, meritato dall'ente trasgressore, vada a colpire un soggetto diverso che non necessariamente è a tal punto rimproverabile per il solo fatto di essersi accostato, financo fuso, con l'autore dell'illecito.

Anche la disciplina specifica prevista in ambito di reiterazione (art. 32), pare confortare la tesi della "non automatica infettività" dell'ente incorporato per fusione: la norma, infatti, ai fini della valutazione circa la contestabilità della reiterazione, rimette al Giudice ogni facoltà, fornendo i criteri interpretativi della "natura della violazione", delle "attività nell'ambito della quale sono state commesse le violazioni" e delle "caratteristiche della fusione o della scissione". Il Giudice quindi, lungi dal ritenere automatica la reiterazione laddove l'ente sotto processo abbia (nel nostro esempio) precedentemente fuso per incorporazione un ente già gravato da un precedente in ambito di dlgs. 231/01, è chiamato a valutare in concreto una serie di elementi evidentemente individuati per valutare se l'operazione di trasformazione sia stata volta ad eludere le conseguenze delle sanzioni che l'ente originario aveva subito, ovvero se si versi in un caso di mera 'coincidenza'.

E anche in tal senso, come per il caso della domanda di conversione della sanzione interdittiva in quella pecuniaria, assumono significato fortemente sintomatico le azioni intraprese dall'ente risultante: pare difficile muovere rimproveri per i trascorsi delle società fuse per incorporazione laddove l'ente che ne è il risultato abbia posto in essere una serie di atti sintomatici della volontà dissociativa, quali ad esempio l'adozione di un efficace modello di organizzazione e gestione volto a prevenire i reati della specie di quello in passato verificatosi, o ancora la dissociazione dalle persone fisiche autrici del fatto reato passato, mediate rinnovazione del management...

Ancora nel senso della "non automatica infettività" dell'ente incorporato per fusione, è indicativa la disciplina prevista per la cessione di azienda (art. 33), che limita "l'infezione" alla sola sanzione pecuniaria, peraltro disciplinandola avvalendosi del principio di solidarietà di matrice extra penale.

Ad ulteriore conferma, soccorre altresì l'art. 80 D.lgs. 50/2016, che al comma 5 prevede che "*Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico [...] qualora: [...] f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*". Trattasi dell'unica limitazione prevista che sia direttamente riconducibile ad una sanzione per responsabilità amministrativa degli enti; e la sua portata applicativa è espressamente limitata all'interdizione.

Ebbene, il fatto che l'art. 31 D.Lgs. 231/01 preveda la possibilità per l'ente risultante dalla trasformazione societaria di convertire proprio la sanzione interdittiva comminata a carico dell'ente originario in sanzione pecuniaria, pare sintomatico della volontà legislativa di impedire che le sanzioni interdittive inflitte all'ente originariamente responsabile possano infettare l'ente risultante, impedendogli, tra il resto, la partecipazione alle gare d'appalto. Quanto sopra, ovviamente, a condizione che siano state poste in essere le azioni virtuose previste dall'art. 17, volte a dissociare l'attuale assetto societario dal contesto aziendale nel quale era maturato l'illecito.

Da tutte le considerazioni sopra riportate, pare si possa desumere che, nel caso in cui un ente abbia fuso per incorporazione un altro ente gravato da un giudizio ex dlgs. 231/01 risalente ad un momento antecedente la fusione:

- pagata la sanzione pecuniaria;

- eliminate le carenze organizzative che avevano determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quelli verificatisi nell'ambito dell'ente fuso;
- essendo intervenuto il risarcimento del danno ed essendo state eliminate le conseguenze dannose o pericolose del reato, con messa a disposizione del profitto dello stesso;
- essendo conseguentemente stata richiesta e ottenuta la conversione dell'eventuale misura interdittiva e pagata la sanzione pecuniaria erogata in conversione;
- essendo l'operazione di fusione caratterizzata da spinte riorganizzative reali e non meramente elusive della disciplina del dlgs. 231/01, vieppiù se caratterizzate da un rinnovo del management;

allora l'ente risultante dalla fusione non potrà ritenersi gravato da alcun "precedente 231" ostativo alla partecipazione a gare d'appalto o comportante un obbligo dichiarativo in tal senso.