

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO S.G.S.A.



Corso di dottorato in
Diritto ed economia: interessi rilevanti e tutele

Ciclo XXIV
S.S.D. IUS/17

***PROFILI PENALI DELLA DISCIPLINA
DEI GRUPPI DI SOCIETÀ***

Tutor/Relatore:
Chiar.mo Prof.
Andrea ABBAGNANO TRIONE

Coordinatore:
Chiar.mo Prof.
Gianmaria PALMIERI

Candidato:
Dott. Michele FIORELLA
Matricola 141354

CAMPOBASSO
ANNO ACCADEMICO 2010-2011

Tesi di Ricerca

‘Profili penali della disciplina dei gruppi di società’

Indice

Capitolo Primo – I gruppi di società: premesse introduttive

1. I gruppi di società: le ragioni di una disciplina differenziata e l'evoluzione della normativa italiana.....6

Capitolo Secondo – I gruppi di imprese nel diritto societario

1. La nozione di gruppo di società.....16
 - 1.1 *segue*: la presunzione di direzione e le ipotesi residuali.....22
2. La disciplina di base dei gruppi di imprese.....26
3. La responsabilità da direzione e coordinamento di società.....30
4. La responsabilità della controllante e di quanti abbiano preso parte al fatto lesivo.....32
5. La responsabilità di coloro che abbiano tratto consapevole beneficio.....36
6. I soggetti passivi titolari della legittimazione attiva alla azione risarcitoria...37
7. Il presupposto della responsabilità: la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.....41
8. I vantaggi compensativi ed il problema dell'interesse di gruppo44
9. Prime riflessioni sui rapporti tra la disciplina civile e penale dei gruppi di società.....47
10. I vantaggi compensativi nella disciplina civile e penale: un anticipo su simmetrie e distonie.....53

Capitolo terzo – I gruppi di società nel diritto penale dell’economia

Sezione prima – I gruppi nel diritto penale societario e nel diritto comparato

1. Note introduttive.....	55
2. I vantaggi compensativi nei gruppi di società nell’esperienza comparata.....	61
2.1 segue: i gruppi nella riforma del diritto penale societario.....	69
3. La clausola dei vantaggi compensativi.....	71
4. I presupposti della rilevanza esimente dei vantaggi compensativi: la compensazione.....	74
5. Le nozioni di ‘vantaggi conseguiti’ e di ‘vantaggi fondatamente prevedibili’ ed il carattere del giudizio.....	77
5.1 segue: i vantaggi conseguiti	79
5.2. segue: i vantaggi fondatamente prevedibili.....	84
6. I vantaggi fondatamente prevedibili nella giurisprudenza di legittimità.....	87
7. L’inquadramento dogmatico della clausola dei vantaggi compensativi	90
7.1 segue: i vantaggi compensativi come scusante o limite istituzionale della punibilità.....	97
7.2 segue: i vantaggi compensativi come causa di esclusione della tipicità soggettiva.....	100
8. La clausola dei vantaggi compensativi come limite della offensività del fatto.....	104
9. I vantaggi compensativi nel diritto penale societario: un bilancio critico...	107

Sezione seconda – L'estensibilità della causa di esclusione della punibilità dei vantaggi compensativi ad altre fattispecie di reato

1. Cenni introduttivi.....	115
2. L'estensibilità della disciplina dei vantaggi compensativi alle fattispecie di diritto penale fallimentare: la bancarotta fraudolenta impropria da infedeltà patrimoniale.....	117
3. I vantaggi compensativi e la bancarotta fraudolenta per operazioni dolose.....	120
4. L'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alle ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione infragruppo.....	123
5. L'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di cui all'art. 2629 <i>bis</i> c.c.....	136

Capitolo quarto - I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche

1. La mancata previsione del fenomeno dei gruppi di imprese nel d.lgs. 231/2001: premesse metodologiche e canoni ermeneutici.....	140
2. La tesi della responsabilità diretta della capogruppo.....	143
3. La tesi della <i>holding</i> quale amministratore di fatto della società controllata.....	146
4. La responsabilità della <i>holding</i> per concorso mediante omissione.....	150
5. La responsabilità della <i>holding</i> ed il concorso di persone nel reato.....	154

6. I criteri di imputazione della responsabilità alla <i>holding</i> . Il concorso nel reato della persona fisica.....	160
7. L'interesse o il vantaggio della <i>holding</i>	163
8. I modelli organizzativi e l'organismo di vigilanza nei gruppi di società.....	167
Bibliografia	174

Capitolo Primo – I gruppi di società: premesse introduttive

Sommario: 1.I gruppi di società: le ragioni di una disciplina differenziata e l'evoluzione nella normativa italiana.

1. I gruppi di società: le ragioni di una disciplina differenziata e l'evoluzione nella normativa italiana.

I gruppi di società costituiscono delle aggregazioni di imprese, formalmente autonome ed indipendenti, assoggettate all'influenza dominante di un'unica società capogruppo, che dirige le singole unità in vista del raggiungimento di un interesse comune.

La problematica dei gruppi di imprese risulta innervata da una intrinseca tensione tra profili giuridici e profili economici; dal lato economico, il gruppo – ancorché composto da società con distinta soggettività giuridica – si pone quale centro unitario di interessi, capace di esprimere una politica comune idonea a superare l'interesse delle singole società; dal lato giuridico, le varie società conglomerate mantengono distinta la soggettività giuridica e richiedono l'attenzione dell'ordinamento nel predisporre strumenti atti a far sì che l'interesse superiore dell'unicità dell'impresa di gruppo non sia lesivo degli interessi della singola società etero diretta.

Le imprese di gruppo costituiscono, nella moderna realtà economica, parte determinante della realtà imprenditoriale. La globalizzazione dei mercati, ormai affermata in tutti i settori, impone sempre più alle imprese di piccole dimensioni di lasciare spazio ai grandi attori economici¹.

¹ Il quadro economico dimostra che l'avvento di imprese di grandi dimensioni ha ampliato le debolezze strutturali dell'economia italiana, imponendo di focalizzare lo sviluppo delle politiche industriali non più sull'impresa bensì sul gruppo di imprese. In tale mutata realtà, distretti industriali, rapporti di committenza, di sub-fornitura e gruppi di impresa rappresentano la carta vincente per superare gli angusti limiti dimensionali della piccola-media impresa italiana, consentendo, in molteplici casi, il conseguimento di risultati più che apprezzabili.

Una recente analisi² riferisce come un numero sempre crescente di società di capitali stia ritoccando i propri modelli organizzativi, instaurando e rafforzando legami con imprese o gruppi di imprese³.

L'aggregazione di imprese è fenomeno che risponde, infatti, ad esigenze di razionalizzazione ed ottimizzazione dei sistemi economici e produttivi; ad un'unità sotto il profilo economico corrispondono differenti imprese sotto il profilo giuridico, così coniugando i vantaggi economici collegati all'esercizio di impresa in forme aggregative di grandi dimensioni, alla snellezza operativa delle società controllate, che preservano intatta la soggettività giuridica; oltre i benefici scaturenti dalla delimitazione e separazione del rischio di impresa fra le singole unità operative.

La moderna realtà economica conosce differenti modelli di gruppi di società: il più diffuso è costituito da una pluralità di società, ciascuna dedita ad un determinato settore produttivo dell'attività di impresa, o ad una distinta fase del settore produttivo, il cui azionariato è detenuto da una società madre o capogruppo (*holding*), alla quale spetta la direzione ed il coordinamento delle differenti imprese.

Sotto il profilo economico i vantaggi connessi a tale modalità di esercizio di impresa sono più che evidenti. La distinta soggettività giuridica della *holding*, comporta che questa risulti essere terza nei rapporti giuridici instaurati dalle

² Si fa riferimento ad un'analisi condotta dall'Unione delle Camere di Commercio poi sfociata, tra l'altro, nel 'Rapporto Italia 2004' del 10 maggio 2004, portata avanti dal Centro di Studi dell'Unioncamere, rinvenibile in:

www.starnet.unioncamere.it/intranet/Area-Terri/Italia/Documenti/Giornata.e/index.htm.

³ Sul territorio italiano la riorganizzazione imprenditoriale ha portato alla creazione di circa 66.000 gruppi di imprese esercitanti attività di direzione e coordinamento su circa 157.000 società controllate.

All'interno dei 66.000 gruppi di imprese si distinguono tre tipi di gruppi, in base alla tipologia della *holding*: oltre 23.000 sono aggregazioni con una società capogruppo italiana; a capo di oltre 33.000 gruppi, sono poste delle persone fisiche; circa 10.000 hanno a capo una società estera.

Sul territorio italiano la maggior parte delle imprese capogruppo è collocata nel nord-ovest (42% del totale), dove pure sono collocate la maggior parte delle imprese controllate da società estere. Meno diffuso appare il fenomeno nel sud dell'Italia, sia in termini di società poste a capo di gruppi, sia in termini di società controllate.

singole società controllate, così che eventuali ragioni di credito finiranno per gravare sulle società eterodirette e non sulla società capogruppo.

La scomposizione di impresa in una pluralità di unità raggiunge livelli di massima ottimizzazione quando si perviene alla separazione delle due fondamentali funzioni dell'attività di impresa: l'attività di direzione da un lato e l'attività di produzione o scambio dall'altro. Si dà vita, in tali ipotesi, ad una società capogruppo - *holding* pura - la quale, pur non svolgendo attività di produzione o di scambio, ha quale precipuo scopo quello di amministrare le partecipazioni azionarie delle singole società operative⁴.

Alla attività di direzione e coordinamento della *holding* sono comunemente associate attività di assistenza tecnica alle società operative, che consentono una notevole riduzione dei costi di produzione di ogni società, grazie all'accentramento di servizi di gestione ed organizzazione, utilizzati sinergicamente dalle singole società satellite.

Spesso la capogruppo è in grado di offrire servizi di assistenza finanziaria, talvolta limitati ai rapporti interni al gruppo, talaltra di rilievo esterno, concretandosi nel rilascio di fidejussioni e di lettere di *patronage* finalizzate all'ottenimento, o alla maggiore concessione, di credito bancario. Gli effetti favorevoli dei servizi di assistenza finanziaria risultano amplificati nei gruppi conglomerati, dove l'esercizio sinergico di attività di produzione multisetoriale, di commercializzazione e finanziarie, consente di superare, in funzione compensativa, anche durature e profonde crisi di mercato.

Il gruppo di società, tuttavia, costituisce fenomeno non scevro da pericoli ed impone al legislatore di predeterminare misure atte a garantire quanti entrino in contatto con le singole società componenti il gruppo, nella qualità di azionisti esterni o di creditori, facendo legittimo affidamento soltanto sull'integrità

⁴ E' questa soprattutto la struttura delle società multinazionali o transnazionali, le quali danno luogo ad una proliferazione di società in numero pari a quanti sono i mercati esteri nei quali la società opera; cfr., sul punto, GALGANO – GHENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, Tomo II, Padova, 2006, p. 294, ss.

patrimoniale delle singole unità⁵. Al crescere del gruppo e delle unità che lo compongono, le scelte ordinarie devono assicurare un'esatta informazione finanziaria e commerciale sul gruppo, finalizzata:

- al rispetto delle regole della concorrenza;
- alla soluzione dei problemi di diritto comunitario determinati dalle imprese di carattere multinazionale;
- alla repressione di possibili abusi relativi all'appartenenza al gruppo di società collocate in paesi che non garantiscono la trasparenza societaria;
- ad offrire soluzione ai problemi laburistici e garantire l'ordinato funzionamento dell'economia di mercato⁶.

Le imprese di gruppo si sono sviluppate nel corso del XX secolo ad hanno rappresentato, sul piano dell'evoluzione giuridica ed economica, un'innovazione altrettanto profonda quanto l'avvento della società per azioni, quale tipo societario connotato dalla divisione del capitale in azioni e dalla responsabilità limitata dei singoli soci. Tuttavia il fenomeno dell'impresa di gruppo, sebbene manifesti sul piano economico stretti profili di continuità con lo sviluppo delle società a base

⁵ Cfr., CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Milano, 2009, p. 289 ss, ad avviso del quale, la presenza di aggregazioni societarie sollecita una specifica disciplina, diretta ad assicurare un'adeguata informazione sui collegamenti di gruppo, sui rapporti finanziari e commerciali fra società del gruppo, nonché sulla situazione patrimoniale e sui risultati economici del gruppo unitariamente considerato; evitare che puntuali intrecci delle partecipazioni ledano l'integrità patrimoniale delle società coinvolte ed il corretto funzionamento degli organi decisionali della capogruppo; evitare che le scelte operative delle singole società del gruppo pregiudichino le aspettative di quanti facciano affidamento esclusivamente sulla consistenza patrimoniale e sui risultati economici di quella determinata società.

⁶ Non a caso, l'art. 10 della l. n. 366/2001 (Legge delega sul diritto societario), nell'enunciare i criteri direttivi in materia di gruppi, precisava che la riforma è ispirata ai seguenti principi:

- a) «prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;
- b) prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano motivate;
- c) prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo;
- d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto».

azionaria, sul piano della disciplina si è dipanato in maniera sensibilmente divergente.

La società per azioni è, infatti, nata come tipo societario direttamente disciplinato dalla legge; con i dati normativi si è dato vita ad una società in cui la partecipazione dei soci è stata commutata in un valore di scambio, liberamente trasferibile da parte dei singoli azionisti, riconoscendo l'indubbio vantaggio della responsabilità limitata alla quota di capitale conferito. Contrariamente, il fenomeno dei gruppi di imprese è frutto dell'inventiva imprenditoriale, creazione indipendente della autonomia privata, rispetto al quale, il diritto positivo, ove intervenuto, ha solo preso atto della realtà per disciplinarne gli aspetti rilevanti e correggerne le distorsioni applicative.

Nei paesi di *civil law*, la presenza di un principio di capacità generale delle persone giuridiche, ha consentito l'assunzione di partecipazioni in altre società, sino a quote tali da permettere l'esercizio del (potere di) controllo, senza che dovesse intervenire alcuna legge di tipo permissivo⁷.

Precedentemente alla riforma del diritto delle società, il fenomeno dei gruppi non risultava disciplinato in quasi nessuno degli ordinamenti degli stati continentali, essendo regolato dalle sole legislazioni nazionali della Germania, della Croazia, del Portogallo e della Slovenia⁸.

La giurisprudenza e parte della scienza giuridica commercialistica e penalistica⁹, a fronte di una mancata presa d'atto del legislatore circa l'incessante evoluzione dell'impresa di gruppo, ponevano in evidenza la necessità di un

⁷ Sul punto, cfr., GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 294 ss., che mette in rilievo come nei sistemi di *common law*, la presenza del principio della capacità speciale delle persone giuridiche, ha impedito la formazione, in difetto di un espresso dettato normativo, dei gruppi di imprese; in tali sistemi la nascita dei gruppi di società si suole fare risalire ad una legge del New Jersey del 1986, che per la prima volta ammise la possibilità per una *corporation* di acquistare azioni in un'altra società; possibilità, prima di detta legge, esclusa perché costituente atto *ultra vires*.

⁸ Cfr. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 7/03, p. 946.

⁹ In dottrina significativa la proposta interpretativa di GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Vol. VII, Padova, 1988, p. 195, ad avviso del quale l'impresa di gruppo è una impresa unitaria in cui le diverse fasi fanno capo alle diverse società del gruppo.

approccio interpretativo differenziato rispetto all' impresa di gruppo; gli indirizzi giurisprudenziali, a partire dagli anni 60, sono stati propensi a riconoscere, seppur in difetto di un espresso riferimento legislativo, la logica economica dei gruppi.

Significativa sul punto è stata la sentenza della Corte di Cassazione¹⁰ che, nel valutare il conflitto di un interesse di un amministratore perpetrato in seno ad una società, ha ritenuto che sul piano della 'tipicità soggettiva', *al fine di stabilire se sussista una genuina contrapposizione nell'atteggiamento psicologico di chi concorre a deliberare, bisogna tenere nel debito conto i particolari rapporti che intercorrono tra i diversi enti sociali. E' di tutta evidenza, infatti, che quando le varie società siano collegate e interdipendenti, la sfavorevole attuazione di un'operazione nell'ambito di una fra esse può costituire la contropartita di un più cospicuo o più concreto risultato, raggiunto nel seno di un'altra; sicché l'amministratore che faccia parte di due consigli, può partecipare ad un'altra delibera il cui contenuto eventualmente pregiudizievole non sia avvertito come tale, data la rilevanza che viene in realtà ad assumere nel quadro dei molteplici interessi di gioco.*

Il codice civile italiano, prima della riforma del diritto societario, non contemplava una specifica disciplina dei gruppi di società, limitandosi a delineare, all'art. 2359 c.c., la sola nozione di controllo, sulla base della quale era possibile ricavare tre distinte forme, tutte ruotanti attorno al concetto di influenza dominante di una società sulle scelte operative di altre società, che assumevano per questo la nozione di società controllate.

Il cammino di attribuzione di dignità ai gruppi di società nella legislazione interna ha preso le mosse dalle norme sul gruppo bancario¹¹, per poi proseguire, mediante una sorprendente inversione metodologica, con il percorso di riforma

¹⁰ Cass., Sez. III, 25 febbraio 1959, Sansonetti e Torrefa, in *Riv. It. dir. e proc. pen.* 1960, p. 939.

¹¹ Cfr. DE BIASI, *cit.*, p. 946, ad avviso del quale la finalità della legislazione in materia di gruppi bancari era quella di fornire una definizione del gruppo, anche se «la portata generalizzante della norma è nulla, in quanto il gruppo bancario rileva solo al fine di consentire una migliore esplicazione dell'attività di vigilanza e, dal punto di vista delle società ad esso appartenenti, si sostanzia nell'esecuzione delle disposizioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo».

del diritto penale societario del 2002, ed ‘approdare’ ad una regolamentazione di carattere generale con la riforma del diritto societario¹².

Con le riforme del diritto societario e del diritto penale societario, infatti, il legislatore ha attribuito rilevanza giuridica al fenomeno di gruppi di società codificando la teoria dei vantaggi compensativi già ampiamente elaborata nella riflessione scientifica¹³.

Occorre sin da subito evidenziare che secondo la legislazione attuale l'attività di eterodirezione e di coordinamento di società costituisce una condotta lecita che si traduce nella possibilità di coordinare l'attività delle singole imprese nella direzione di un disegno strategico unitario.

Nel quadro di questa attività di direzione unitaria, la società capogruppo esercita una duplice forma di indirizzo delle società satellite che si estrinseca, segnatamente, in un controllo sulle decisioni, formalmente assunte dagli amministratori della società eterodiretta, volto a garantire il rispetto e l'esecuzione delle scelte di politica imprenditoriale unitaria; in un controllo sulla gestione volto a garantire il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale sia delle singole società, sia del gruppo unitariamente considerato.

Nell'esercizio di tale attività la capogruppo deve agire nell'interesse imprenditoriale proprio o/e delle altre società controllate, rispettando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime, pena l'insorgere della responsabilità di impresa.

Le condizioni alle quali il legislatore ha subordinato il perseguimento dell'interesse di gruppo sono costituite dal rispetto dell'integrità patrimoniale delle

¹² Per onor di completezza, deve essere segnalato che norme che in via diretta o mediata toccavano il gruppo precedentemente alla riforma del diritto societario, potevano essere rinvenute nella L. 7 giugno 1974, n. 216, che all'art. 3, lett. a), ha previsto il bilancio consolidato; nella L. 3 aprile 1979, n. 95, che all'art. 3, ha preso in carico il fenomeno delle società o imprese controllate, a direzione unica; nella legge sull'editoria, del 5 agosto 1981, n. 416 che all'art. 1, ottavo comma, indica l'«esercizio dei poteri imprenditoriali propri di ciascun soggetto in funzione di uno scopo comune».

¹³ Hanno costituito un significativo apporto all'evoluzione della riflessione scientifica gli studi di MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 710 ss.

single società controllate le quali, nonostante possano subire un pregiudizio dalla politica di gruppo, devono essere compensate da politiche tese a ripristinare gli interessi eventualmente lesi.

La logica di gruppo, infatti, non può in alcun modo giustificare la spoliazione delle singole società affiliate, perché l'interesse di gruppo non può pregiudicare gli interessi della singola società controllata nonché quelli dei creditori e degli azionisti di minoranza di questa.

La nuova disciplina civilistica della direzione del coordinamento di società ha dichiaratamente riconosciuto rilevanza alla teoria dei vantaggi compensativi; l'art. 2497, comma primo, ultimo cpv., c.c., ha infatti contemplato una causa di esclusione della responsabilità civile della *holding* scaturente dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, per le ipotesi in cui *' il danno (nei confronti della eterodiretta) risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette '*.

Così facendo il legislatore novellante ha espressamente riconosciuto alla società capogruppo la possibilità di un controllo sulle decisioni delle monadi, formalmente assunte dagli amministratori delle singole società, volto a garantire il rispetto degli obiettivi strategici posti a monte di una politica imprenditoriale unitaria e comune all'intero gruppo.

Ha riconosciuto, altresì, in capo alla società capogruppo un potere-dovere di controllo sulla gestione volto ad assicurare il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale delle singole società eterodirette e del gruppo unitariamente considerato e posto, quale limite al perseguimento degli interessi di gruppo, il rispetto *dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*, sancendo l'insorgere di una responsabilità civile della società che esercita attività di direzione e coordinamento, per le ipotesi in cui, la politica di

gruppo abbia «indebitamente comportato la spoliazione delle singole società affiliate»¹⁴.

Anche sul versante penale societario, che costituisce fulcro della presente ricerca, il legislatore novellante, in perfetta sintonia – non cronologica ma contenutistica – con il legislatore civile, nell'art. 2634, comma terzo, c.c., ha disposto che *non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.*

Anche nella fattispecie di infedeltà patrimoniale, pertanto, l'interesse di gruppo rappresenta l'unico (corretto) punto di equilibrio, tra le esigenze di funzionalità del gruppo di impresa e l'interesse sociale delle singole società etero dirette.

Con la causa di esclusione della responsabilità penale, il legislatore ha espressamente dimostrato di essere ben conscio del fatto che, sul piano penalistico, il fenomeno del gruppo di impresa può presentarsi quale fattore di 'frode' o di 'giustificazione'.

Ha voluto creare uno spazio di liceità per le operazioni infragruppo e scongiurare che la risposta punitiva potesse scattare in presenza di meri atti di disposizione patrimoniale, che pur dannosi ove isolatamente considerati, venissero ad innestarsi su di una corretta e sana politica di gruppo nell'ambito di una più generale e reale visione di insieme¹⁵.

Nella nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale si è sostanzialmente riconosciuta l'irrilevanza penale degli atti dispositivi pregiudizievoli fino a quando questi superino positivamente il vaglio dei vantaggi compensativi, delimitando i

¹⁴ Così, BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 47 e ss.

¹⁵ Si pronuncia nella medesima direzione BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., 51 e ss., il quale ripercorre il pensiero FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 1750 ss., che per primo ha individuato sul versante societario la politica di gruppo quale fattore potenzialmente bivalente di frode o di giustificazione «allorché il pregiudizio arrecato da una specifica operazione, può trovare una contropartita nei molteplici rapporti esistenti tra le differenti entità del gruppo».

confini entro i quali la società, che esercita attività di direzione unitaria, possa imporre sacrifici ad una sua società controllata o comunque da essa dipendente.

Pur essendo obiettivo dichiarato del presente lavoro quello di cimentarsi sulla analisi dei profili penali dei vantaggi compensativi nei gruppi di società, la consapevolezza di una indispensabile analisi interdisciplinare *in subiecta materia*, ha indotto a dedicare un capitolo introduttivo alla disamina dei profili generali della disciplina civilistica dei gruppi di impresa, limitata tuttavia agli aspetti che influenzano la individuazione della portata interpretativa della disciplina penale ed inducono a riflessioni critiche sui profili di essa.

Capitolo Secondo – I gruppi di imprese nel diritto societario

Sommario: 1. La nozione di gruppo di società - 1.1 *segue*: la presunzione di direzione e le ipotesi residuali - 2. La disciplina di base dei gruppi di imprese. - 3. La responsabilità da direzione e coordinamento di società - 4. La responsabilità della controllante e di quanti abbiano preso parte al fatto al fatto lesivo - 5. La responsabilità coloro che abbiano tratto consapevole beneficio - 6. I soggetti passivi titolari della legittimazione attiva alla azione risarcitoria - 7. Il presupposto della responsabilità: la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale - 8. I vantaggi compensativi ed il problema dell'interesse di gruppo - 9. Prime riflessioni sui rapporti tra la disciplina civile e penale dei gruppi di società - 10. I vantaggi compensativi nella disciplina civile e penale: un anticipo su simmetrie e distonie

1. La nozione di gruppo di società

La legge delega di riforma sul diritto societario all'art. 2, comma primo, lett. h), annoverava tra gli obiettivi generali della riforma, quello di «disciplinare i gruppi di società secondo i principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti».

Pur a fronte dell'ampiezza degli orizzonti di riforma forniti, il legislatore delegato ha optato per una definizione atipica della fattispecie legale¹⁶.

La ritrosia legislativa verso una nozione di gruppo rinviene una giustificazione all'interno della legge delega nel fatto che essa sarebbe risultata un'inopportuna presa di posizione, a rischio di rapido anacronismo rispetto

¹⁶ La mancata presa di coraggio del legislatore appare criticata da CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, p. 1229 e ss., ad avviso del quale, l'ampiezza dei criteri direttivi dettati in materia di gruppi di società, se avesse dato luogo ad un adeguato sviluppo in tutte le implicazioni del fenomeno, si sarebbe tradotta in una disciplina dei gruppi attenta ai variegati e compositi aspetti della formazione, dell'organizzazione e del funzionamento del gruppo e delle relative componenti costitutive.

all'incessante evoluzione economica e giuridica del fenomeno in questione. L'opzione legislativa ha privilegiato il terreno fattuale, limitandosi alla disciplina delle conseguenze collegate allo svolgimento di attività di direzione e coordinamento di società, senza peraltro definire gli elementi qualificanti di tale tipo di attività¹⁷.

I dati normativi di partenza, per l'individuazione del campo di applicazione del capo dedicato alla attività di direzione e di coordinamento di società, possono essere rinvenuti negli artt. 2497 *sexies* e 2497 *septies* c.c..

Ai sensi dell'art 2497 *sexies*, c.c., si presume, «salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque la controlla ai sensi dell'articolo 2359».

Il tenore letterale del disposto legislativo sembra essere aperto alla possibilità che l'attività di direzione e coordinamento del gruppo, possa essere esercitata da qualunque tipo di ente, comprese quindi le fondazioni, le strutture associative, gli enti pubblici e gli enti di fatto privi di personalità giuridica con la sola esclusione delle persone fisiche, che non sembra possano essere annoverate tra le ipotesi di soggettività attiva richiesta dalla norma¹⁸.

¹⁷ Per individuare il campo di applicazione della relativa disciplina è necessario procedere ad un rinvio di secondo grado, non essendosi limitato il legislatore a non fornire una nozione di gruppo ma avendo omesso anche di fornire dati chiarificatori circa lo svolgimento di attività di direzione e coordinamento. Tuttavia, ad avviso di VALZER, *Il potere di coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, Torino, p. 834, la locuzione di attività di direzione e coordinamento è, tuttavia, decisamente inerente quella di gruppo di cui all'art. 10, l. n. 366/2001, e «pertanto non v'è dubbio che si possa definire capogruppo la società che esercita, appunto, la attività di direzione e coordinamento, così come sempre riferendosi al lessico della legge delega, le società ad essa sottoposte possono essere pianamente individuate come controllate».

¹⁸ Il punto non è considerato, tuttavia, pacifico in dottrina; cfr., FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, n. 9/2003, p. 1197 e ss., ad avviso della quale contro un'interpretazione riduttiva militano due argomenti: uno di carattere testuale, l'altro di carattere sistematico. Infatti in primo luogo occorre osservare che la responsabilità del soggetto, anche persona fisica, che di fatto esercita attività di direzione e coordinamento può desumersi dalla norma contenuta nel secondo comma del medesimo art. 2497 c.c., ai sensi del quale, risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo. In secondo luogo, deve osservarsi che la norma in commento deve pur sempre essere inquadrata nell'ambito di un sistema che già conosce

Tuttavia, l'ampiezza della rosa dei soggetti attivi che sulla base dell'art. 2497 *sexies*, c.c., sarebbero potenzialmente idonei a svolgere attività di direzione e coordinamento di società, deve necessariamente confrontarsi con i ben più ristretti confini delineati dalle norme oggetto di rinvio. Così, la disposizione di cui all'art. 2359, c.c., in tema di controllo, annovera tra le entità controllanti le sole società; il d.lgs. n. 127 del 1991, all'art. 25, limita il campo di applicazione della disciplina del bilancio consolidato ai vertici, alle società di capitali, agli enti pubblici economici, alle cooperative ed alle mutue assicuratrici.

Venendo ad una più attenta analisi dello spettro applicativo della presunzione di direzione e coordinamento, può dirsi che questa discende in primo luogo dall'obbligo di redazione del bilancio consolidato¹⁹.

La disciplina generale in tema di bilancio consolidato può essere rinvenuta nel d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, al quale si affiancano poi una serie di leggi speciali operanti in settori particolari, da esse espressamente richiamati: ai sensi dell'art. 25, del d.lgs. n. 127 del 1991, sono tenute al bilancio consolidato le società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata che controllano un'impresa²⁰.

la figura dell'amministratore di fatto e che ha recepito il principio per cui le norme in materia di responsabilità per l'esercizio di attività di amministrazione sono dettate con riferimento alla funzione effettivamente svolta da un determinato soggetto, a prescindere dalla presenza di una regolare investitura, in tal modo valorizzando l'esercizio in concreto di un'attività piuttosto che la posizione formalmente assunta.

L'argomentazione, tuttavia, non appare essere condivisibile nella misura in cui la responsabilità ex art. 2497, secondo comma, c.c., rappresenta uno statuto normativo residuale e, comunque, differenziato rispetto alle altre previsioni codicistiche riguardanti nel complesso l'attività di direzione e coordinamento di società.

¹⁹ Evidenzia correttamente DAL SOGLIO, in *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al d.lgs 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Alberto Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 2427, che deve naturalmente farsi riferimento all'obbligo di redigere il bilancio consolidato e non naturalmente alla effettiva redazione dello stesso.

²⁰ Il d.lgs. n. 127, del 1991 fornisce tuttavia una definizione autonoma di società controllata; infatti ai sensi dell'art. 26 di detto decreto vengono considerate controllate oltre alle società di cui ai nn. 1 e 2 dell'art 2359 c.c., anche: *a) le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole; b) le imprese in cui un'altra, in base ad accordi con altre voci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto. Ai fini dell'applicazione del comma precedente si considerano anche i diritti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persone interposte; non si considerano quelli spettanti per conto di terzi.*

La seconda ipotesi di presunzione di attività di direzione e coordinamento viene ancorata all'esistenza di un rapporto di controllo di cui all'art. 2359, c.c., sulla base del quale possono essere distinti tre differenti tipi di controllo:

- un controllo di diritto relativo alle ipotesi in cui una società disponga, direttamente o tramite i voti spettanti a società controllate, fiduciarie o ad interposta persona, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società;
- un controllo di fatto interno, che si ha per realizzato nelle ipotesi in cui una società dispone, direttamente o tramite i voti spettanti a società controllate, fiduciarie o ad interposta persona, dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- un controllo di fatto esterno, relativo a tutti i casi in cui una società eserciti un'influenza dominante su un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

Volendo fornire una definizione di carattere generale, può quindi affermarsi che dalla fattispecie di cui all'art. 2359 c.c., si ricava che è società controllata la società che si trova – direttamente o indirettamente – sotto l'influenza dominante di altra società, che è perciò in grado di indirizzare l'attività nel senso da essa voluto²¹.

La presunzione di direzione e coordinamento di società è poi estesa dall'art. 2497 *septies*, c.c., alle società o enti che, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 2497 *sexies*, esercitano attività di direzione o coordinamento di società sulla base di un contratto sulle società medesime o di clausole dei loro statuti.

La richiamata norma ha fatto sorgere nella letteratura scientifica due differenti opinioni, essendo deputata, secondo alcuni, a legittimare il contratto di dominazione di società e secondo altri ad estendere la disciplina della attività di direzione e coordinamento ai gruppi cooperativi paritetici.

Per individuare le ipotesi a cui la disposizione intende fare riferimento occorre evidenziare che l'introduzione nell'art. 2497 *septies*, c.c., di una clausola

²¹ La definizione è tratta da CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, diritto delle società, cit.*, p. 292.

di riserva evidenzia come si intenda disciplinare ipotesi differenti rispetto a quelle considerate dal precedente art. 2497 *sexies*, c.c., che in virtù del richiamo alla disciplina del controllo di cui all'art. 2359 c.c. ed a quella del consolidamento, già prende in carico due distinte ipotesi: la prima, espressamente regolata dall'art. 2359, comma primo, n. 3, c.c., viene tradizionalmente ricondotta a quei contratti che, in virtù del loro oggetto, sono idonei a provocare una situazione di dipendenza economica di una società rispetto ad altra (quali, ad esempio, rapporti di agenzia, *know how*, somministrazione di merci in esclusiva); la seconda, relativa ai contratti di cui all'art. 26, comma 2°, lettera a), d.lgs. n. 127/1991, secondo il quale sono altresì considerate società controllate «le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole».

Secondo un primo orientamento, la funzione dell'art. 2497 *septies* c.c., sarebbe quella di estendere la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società anche ai gruppi orizzontali o paritetici; una tale lettura si gioverebbe anche del conforto letterale della relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 37 del 14.02.2004, la quale riferisce che l'originario contenuto dell'art. 2497 *sexies*, comma 2°, è stato traslato nell'attuale art. 2497 *septies* c.c., proprio per *eliminare equivoci interpretativi e separare la disciplina del controllo verticale prevista dall'art. 2697 sexies da quella del controllo paritetico od orizzontale*. Tuttavia, contro una tale interpretazione militano altri e ben più significativi dati di carattere sistematico: lo statuto normativo della attività di direzione e coordinamento di società, ha quali destinatari elettivi i gruppi di società di tipo gerarchico, nei quali la società capogruppo è regista di una determinante ingerenza nella delineazione dei fini e delle modalità operative delle singole società eterodirette; questa la ragione che ha indotto il legislatore a prevedere una disciplina differenziata, per consentire alle disposizioni civilistiche, dettate in tema dei tipi societari isolatamente considerati, di modellarsi ai profili differenziali che presenta l'impresa di gruppo.

La scelta legislativa incardinata sull'effettiva esistenza di un'attività direzione e di coordinamento appare legittimare, in un mutato spettro giuridico di fondo, la parziale traslazione del governo societario per il tramite dell'autonomia privata, temperando le obiezioni connesse alla distinta autonomia giuridica e patrimoniale delle singole società eterodirette e consente di affermare la intervenuta liceità dell'esercizio di una attività di direzione e coordinamento, che rinviene la propria fonte in una regolamentazione di tipo contrattuale ovvero in una apposita previsione statutaria.

In tale quadro, la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 37 del 14.02.2004, si profila quale lettura incoerente dello statuto normativo della direzione e del coordinamento di società e non appare spiegare alcuna rilevanza nell'individuazione della nozione di gruppo di impresa; del resto, l'unica novità introdotta dal d.lgs. 27/2004, si è concretata nella trasposizione materiale dall'art. 2697 *sexies*, comma primo all'art. 2497 *septies*, c.c., dell'immutato tenore letterale²².

Nel contratto istitutivo di un gruppo paritetico, infatti, le parti regolamentano la direzione ed il coordinamento delle rispettive imprese, nell'ottica della concentrazione e non in quella della eterodirezione.

Nel gruppo di tipo gerarchico, viceversa, dandosi luogo alla creazione di un rapporto di subordinazione è la logica della eterodirezione e del coordinamento che costituisce il nocciolo dell'accordo contrattuale e che giustifica l'estensione della responsabilità alla capogruppo che abbia agito in violazione dei principi di sana e corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

²² Appare dello stesso avviso VALZER, *Il potere di coordinamento di società tra fatto e contratto*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 834 s.s., ad avviso del quale la ammissibilità di contratti istitutivi di collegamenti paritari appare decisamente incoerente con lo statuto normativo della attività di direzione e coordinamento di società, la quale rinviene i propri referenti elettivi ed esclusivi nei gruppi di imprese di tipo verticale e gerarchico.

1.1 segue: la presunzione di direzione e le ipotesi residuali

La ricorrenza delle situazioni predeterminate in via legislativa fa sorgere una presunzione *iuris tantum* di direzione e coordinamento, essendo possibile che la società gravata dalla presunzione di eterodirezione provi in giudizio l'assenza dell'effettivo svolgimento di attività di direzione e coordinamento.

L'effetto dell'inversione dell'onere probatorio è quello di evitare al socio o al creditore della società controllata di fornire l'ardua prova dell'esistenza di un rapporto di controllo, potendosi limitare a dimostrare in giudizio la presenza di uno dei presupposti su cui la legge radica la presunzione: cioè, che la società o l'ente sia tenuto al consolidamento del bilancio o che ricorra un rapporto di controllo *ex art. 2359 c.c.* o basato su vincoli contrattuali²³.

Tuttavia, ciò non preclude la possibilità che la *holding* possa fornire la prova dell'assenza di un potere di direzione e di coordinamento nei confronti delle società controllate²⁴.

Oltre alle citate presunzioni, residuano, poi, quali ipotesi generali di applicabilità della disciplina dedicata ai gruppi, i casi che pur non potendo essere annoverati tra le citate fattispecie, siano riconducibili, mediante una prova di tipo diretto alla attività di direzione e coordinamento.

La scelta astensionistica del legislatore novellante, circa l'inserimento di una norma definitoria sui gruppi di società, infatti, rinviene la propria ragione proprio nell'esigenza di fornire una definizione elastica idonea a prestarsi, sul piano degli effetti, alla più completa espansione della disciplina sulla attività di direzione e coordinamento.

²³ Cfr., sul punto, PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *NGCC - 2003*, p. 357 s.s.

²⁴ Come evidenzia CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, Torino, p. 322, la società potrebbe, ad esempio, liberarsi della presunzione di direzione provando di essere anch'essa soggetta al potere di direzione e coordinamento di altra società, ente o persona fisica, così dimostrando di non occupare realmente una posizione di vertice all'interno dell'organizzazione di gruppo; ovvero dimostrare la mancanza di politiche comuni al gruppo o l'assenza di atti idonei a tradursi in limitazioni esterne alla libertà di iniziativa di ciascuna delle imprese del gruppo.

Con riferimento alle ipotesi non espressamente contemplate dagli artt. 2497 *sexies* e 2497 *septies*, c.c., a decidere sulla applicazione delle disposizioni relative ai gruppi di società sarà quindi l'effettiva presenza di una attività di 'direzione' e di 'coordinamento'²⁵, che si manifesta nell'esistenza di un rapporto di governo proveniente da un soggetto esterno alla monade cioè non promanante dagli organi sociali o dalla loro diretta ed effettiva volontà.

L'utilizzo della formula endiadica 'direzione e coordinamento' richiede, per l'applicabilità della disciplina sui gruppi di imprese, l'esistenza di una influenza sulla altrui gestione che vada ad inserirsi «in un più ampio contesto di un sistematico o comunque duraturo coordinamento gestionale»²⁶.

Militano, in tal senso, molteplici indici. Innanzitutto, infatti, il tenore letterale dell'art. 2497 c.c., riferisce la responsabilità alle azioni poste in essere in violazione dei principi di corretta gestione perpetrate da parte dell'ente che già esercita la funzione di capogruppo («esercitando attività di direzione e coordinamento»).

In secondo luogo, che l'attività di direzione coordinamento sia una fattispecie perdurante nel tempo e non limitata ad un unico atto è dimostrato anche dalle norme che prescrivono dei doveri di pubblicità: l'art. 2497 *bis* c.c., stabilisce, infatti, che la soggezione all'altrui direzione e coordinamento debba essere resa nota alla collettività mediante l'indicazione negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante l'iscrizione nel registro le imprese.

L'attività giuridicamente rilevante della *holding* è stata concepita dal legislatore, quindi, come una situazione duratura nel tempo idonea a qualificare modo significativo l'attività delle società che vi sono soggette ed in quanto tale meritevole di essere segnalata ai terzi a prescindere dai singoli atti gestori che possono effettivamente essere influenzati dalla capogruppo.

25 La nozione di direzione e coordinamento di società non è del tutto nuova nel nostro ordinamento, potendosi rinvenire dei precedenti normativi nella legislazione speciale; le medesime espressioni semantiche sono state infatti utilizzate nel T.u.b. (d.l. n. 385/1993, art. 60) e nel T.u.f. (d.l. 58/1998), proprio per qualificare l'attività della capogruppo nei gruppi bancari e nel campo dell'intermediazione finanziaria.

²⁶ Così, GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *BBTC*, 1/2005, p. 89.

Ciò risulta confermato anche dall'art. 2497 *ter* c.c., che dal suo canto prevede che i singoli atti oggetto di eterodirezione richiedono un ben più pregnante obbligo di motivazione e regime pubblicitario.

Nello stesso senso milita anche l'utilizzo da parte del legislatore dell'espressione 'coordinamento' che ha funzione riassuntiva dell'essenza dei gruppi di imprese: la scomposizione di un'unica impresa in una pluralità di centri di imputazione autonomi, ciascuno dei quali rimane titolare di un proprio interesse che deve necessariamente essere 'coordinato' in vista del perseguimento di obiettivi comuni.

Del resto occorre evidenziare che l'attività della capogruppo ha l'ulteriore funzione di bilanciare i diversi interessi di cui sono portatori le singole imprese al fine di sostenere una politica di gruppo. E' proprio in considerazione di tale esigenza che il legislatore ha dato espresso riconoscimento, nell'ambito dell'attività di direzione e di coordinamento di società, al principio dei vantaggi compensativi, secondo il quale, nel valutare la eventuale responsabilità dell'ente che esercita attività di direzione, deve tenersi conto dei risultati complessivi (vantaggiosi o/e pregiudizievoli) che discendono per ciascuna entità del gruppo dall'appartenenza allo stesso.

Perché l'attività di direzione possa dirsi unitaria non è necessario che questa promani da un unico soggetto; ben può concepirsi, infatti un'attività di codominio ad opera di una pluralità di soggetti dominanti.

Risulta, tuttavia, evidente che, in tali ipotesi, perché possa parlarsi di una attività di direzione unitaria, sarà necessario un previo concerto tra le società controllanti, per delineare le direttive da impartire all'unisono alle società dominate.

Si sarà in presenza delle anzidette ipotesi del cosiddetto coordinamento equiordinato o circolare «il cui tratto peculiare consiste nella compresenza di più

intestatari del potere decisorio e nella necessaria coincidenza fra figure soggettive coordinate e coordinatrici»²⁷.

L'attività della *holding* non necessariamente deve manifestarsi in ordini o direttive imposte dall'alto da parte della società – o delle società nelle ipotesi di codominio – potendosi anche concretare nella periodica predisposizione da parte degli organi amministrativi delle società del gruppo, di accordi raggiunti dialetticamente nel cosiddetto direttorio di gruppo.

In tali ipotesi, infatti, il controllo rimane comunque nelle mani del capitale di comando della società controllante, non potendo sorgere dubbi sull'esistenza di un potere di direzione unitaria che si manifesta senz'altro nel coordinamento delle società dipendenti.

Il presupposto comune a tutte le ipotesi soggettive di eterodirezione, è dato dalla necessità che dalle condotte poste in essere dalla *holding* possa evincersi la presenza di una attività di direzione unitaria.

Come correttamente osservato dalla Corte di Cassazione «si può parlare propriamente di un gruppo solo quando una pluralità di società, ovvero *amplius* di imprese, risulta sottoposta alla guida unitaria che una di esse esercita sulle altre ed è altresì opinione diffusa in dottrina ed in giurisprudenza che la veste di *holding* - di soggetto, cioè, che in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, ovvero in forza di particolari vincoli contrattuali, svolge detta funzione di guida unitaria - possa essere assunta, non soltanto da una società (come di norma accade), ma anche da una persona fisica»²⁸.

Il dato caratterizzante è, tuttavia, dato dalla necessità che vi sia una attività di direzione unitaria in quanto altro è detenere una partecipazione di maggioranza o/e di controllo, altro è esercitare una attività di eterodirezione che giacché espressione di una politica imprenditoriale comune, giustifica l'applicazione dei profili differenziali della disciplina dettata per i gruppi di imprese.

²⁷ Così, SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, p. 57.

²⁸ Cass. Sez. Pen., Sez. V, 18.03.2005, n. 10688.

Il solo fatto che una persona fisica si trovi in posizione di controllo rispetto ad una pluralità di società, non implica, tuttavia, l'automatica configurabilità di un "gruppo"... Pertanto, rimane valida la conclusione per cui, allorché una persona fisica detenga partecipazioni di controllo in una pluralità di società, si rende necessario stabilire - al di fuori di ogni presunzione, peraltro, di dubbia praticabilità nel campo penale - se tale persona non sia altro che un azionista che gestisce il proprio portafoglio, limitandosi al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio "di comando", ovvero un soggetto che, per il tramite del controllo azionario, svolge una vera e propria funzione imprenditoriale di indirizzo e coordinamento delle società controllate (c.d. holding pura), eventualmente accompagnata anche da attività di natura²⁹.

2. La disciplina di base dei gruppi di imprese.

In sede di riforma del diritto societario, l'opportunità di una disciplina unitaria dei gruppi di società, pur essendo stata criticata da alcuni esponenti della letteratura scientifica³⁰, ha costituito la scelta del legislatore delegante che all'art. 10, lettera a), della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, ha prescritto di «prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza, per assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperì adeguatamente l'interesse di gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime».

Il legislatore delegato evitando di fornire una nozione del gruppo di imprese ha optato per una soluzione chiaramente rinunciataria, limitata alla disciplina delle conseguenze dell'attività di direzione coordinamento, che prende in carico in maniera soltanto parziale e frammentaria il fenomeno dei gruppi di

²⁹ Così, Cass. Pen., Sez. V, 18.03.2005, n. 10688.

³⁰ Cfr., ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in AA.VV. *I gruppi di società*, Atti del convegno di studi internazionale di Venezia, 16 /17/18-11-1995, I, p. 17 s.s.

società, lasciando persistere, a tutt'oggi nel nostro ordinamento, una disciplina disorganica del fenomeno³¹.

Ciò non toglie, tuttavia, che dalla nuova disciplina legislativa possano cogliersi spunti significativi per delineare i fenomeni della politica di gruppo presi in carico dal legislatore novellante.

Volendo tracciare una panoramica delle norme espressamente deputate a disciplinare il fenomeno dei gruppi, può dirsi che la disposizione cardine può essere individuata nell'art. 2497 c.c., il cui primo comma, sancisce la responsabilità patrimoniale delle società o degli enti che esercitando attività di direzione e coordinamento, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Viene poi in rilievo l'art. 2497 *bis* c.c., che prescrive particolari forme di pubblicità per le società aggregate consistenti nell'obbligo di indicare negli atti e nella corrispondenza l'attività di controllo e nella indicazione nel registro delle imprese della società o dell'ente a cui sono assoggettate; la stessa disposizione prevede poi l'obbligo, per la società capogruppo, di iscrizione in un'apposita sezione del registro delle imprese ed impone agli amministratori delle società componenti il gruppo di indicare, nella relazione sulla gestione «i rapporti intercorsi con chi esercita attività di direzione di coordinamento e con altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati».

Dal suo canto, l'art. 2497 *ter* c.c., prevede degli obblighi di motivazione delle decisioni delle società appartenenti al gruppo quando siano state influenzate da scelte ispirate al rispetto della politica del gruppo di imprese, potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi delle singole eterodirette.

La disciplina si completa poi le prescrizioni dell'art. 2497 *quater*, c.c., che introduce con riferimento alla realtà dei gruppi, una nuova disciplina del diritto di

³¹ Emblematico sul punto è notare come il riferimento al 'gruppo' sia contenuto nella disciplina penale societaria all'art. 2634 c.c. e non nel capo dedicato alla attività di direzione e coordinamento di società.

recesso e con l'art. 2497 *quinquies* c.c., il quale, in materia di finanziamenti infragruppo, estende la disciplina prevista dall'art. 2467 c.c., a quelli rilasciati in favore di società del gruppo dalla *holding*.

Naturalmente la disciplina dei gruppi non può essere limitata alle poche citate disposizioni normative; il riconoscimento legislativo, della legittimazione della politica dei gruppi di imprese, richiede necessariamente l'adattamento di altre disposizioni generali del diritto societario alla multiforme e complessa realtà dei gruppi di imprese.

Le disposizioni sulla direzione e sul coordinamento di società sono infatti destinate inevitabilmente a combinarsi con il diritto comune delle società, dando vita ad una regolamentazione complessa di cui potrà astrattamente essere destinatario ogni tipo sociale e tendenzialmente ogni impresa anche non societaria³².

Emblematica e significativa, sotto tale profilo, è la necessaria operazione ermeneutica di adattamento della disciplina dettata dal codice civile per gli interessi degli amministratori alla realtà operativa dei gruppi di imprese.

Infatti, il gruppo come fenomeno nel quale più società si trovano soggette ad un medesimo centro di direzione che ne coordina e ne indirizza l'attività, richiede di rimodulare i doveri degli amministratori rispetto alle società isolatamente considerate.

Mentre nella società singola, ad esempio, è dovere naturale dell'amministratore agire nell'interesse dell'ente a cui è preposto, essendo del tutto anomala e foriera di responsabilità la scelta di agire nell'interesse di altro soggetto, ciò non è sempre vero nell'ambito di un gruppo, ove l'eterodirezione costituisce un

³² E' questa l'opinione di CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, cit, p. 316 e s.s., la quale definisce la disciplina della direzione e del coordinamento di società trans-tipica; l'autore evidenzia che un ruolo fondamentale spetterà all'autonomia privata, attraverso la quale si potrà procedere ad adeguare gli statuti delle società che appartengono al gruppo, tenendo conto delle nuove esigenze che da tale realtà conseguono, alla luce delle disposizioni dettate dal legislatore per l'attività di direzione e coordinamento e nel rispetto dei principi fondamentali del diritto societario.

tratto altamente caratterizzante del fenomeno e giustifica, in taluni casi, il sacrificio degli obiettivi perseguiti nell'immediato dalla monade.

Ciò comporta una necessaria rilettura di alcune delle disposizioni o, più genericamente, dei principi del diritto societario classico per evitare che la pedissequa trasposizione di alcune disposizioni legislative da un ambito all'altro finisca per condannare il gruppo all'impotenza.

Mentre, infatti, è evidente che l'amministratore della monade agendo in conflitto di interessi, si esponga a responsabilità, oltre a rendere invalidabili gli atti posti in essere, lo stesso può ritenersi legittimato in una realtà di gruppo, a perseguire interessi potenzialmente in conflitto, ispirati tuttavia all'interesse dell'impresa conglomerata.

Detto in altre parole, quando ad agire è l'amministratore di una società appartenente ad un gruppo non di rado accade che l'interesse della controllata alla cui gestione è preposto, si trovi in conflitto concreto o potenziale con quello della società controllante (o eventualmente dell'intero gruppo di impresa) di cui egli stesso è indirettamente rappresentante.

In tali ipotesi, una osservante applicazione della disciplina degli interessi degli amministratori imporrebbe all'organo amministrativo di perseguire sempre ed effettivamente l'interesse esclusivo della società controllata, sacrificando quello della *holding* o/e dell'intero gruppo; soluzione questa, tuttavia, decisamente impraticabile in quanto gli obblighi imposti al medesimo organo nella qualità di 'fiduciario' della capogruppo gli prescriverebbero di deliberare in modo tale da sacrificare l'interesse della società in cui ricopre il suo ufficio, in vista della superiore unicità dell'impresa di gruppo.

Di qui, la necessità di coordinare la disciplina dettata in tema di 'interessi degli amministratori' con quella della direzione del coordinamento di società, mediante una equilibrata valutazione degli interessi in conflitto e l'adattamento delle singole ipotesi dettate dall'art. 2391 c.c., alle particolarità della disciplina di settore ed al principio dei vantaggi compensativi espressamente dettato dalle norme del codice civile.

3. La responsabilità da direzione e coordinamento di società

Precedentemente alla riforma del diritto societario, la mancanza di una specifica disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento di società, faceva sì che le posizioni espresse dalla letteratura scientifica fossero variegata e divergenti³³.

Taluni autori sostenevano, infatti, la possibilità di un'applicazione analogica della fattispecie di cui al previgente art. 2362 c.c., che sanciva la responsabilità dell'unico socio per le obbligazioni della S.p.a. unipersonale insolvente; altri, ritenevano che fosse possibile un'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 90, del d.l. n. 270/1999, che prevede la responsabilità degli amministratori della *holding* per l'abuso di direzione unitaria della società controllata, in amministrazione straordinaria; altri ancora, ritenevano applicabile la disposizione sulla responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., ritenendo responsabile la società controllante ed i suoi amministratori, per l'esercizio sistematico dell'attività di direzione unitaria, perpetrata in violazione degli obblighi di perseguimento di un interesse di gruppo.

Nel panorama giurisprudenziale era, invece, possibile rinvenire decisioni che ritenevano di tipo contrattuale la responsabilità per abuso di direzione unitaria della società esercitante attività di direzione e coordinamento all'interno del gruppo³⁴.

Gli approdi più recenti della riflessione teorica e pratica, con specifico riferimento ai temi del conflitto di interessi degli amministratori e della conformità all'oggetto sociale delle società controllate delle operazioni effettuate su indicazione o/e nell'interesse della *holding*, apparivano volti a dare rilievo alla

³³ Per sintetici ma significativi riferimenti sul tema, Cfr., BADINI CONFALONIERI, *sub* art. 2497, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2006, p. 2153.

³⁴ Significativa, in tal senso, Tribunale di Milano, 22.01.2001, in *FA*, 2001, p. 1143, con nota di ZAMPARETTI, *La responsabilità degli amministratori e della capogruppo per «abuso di direzione unitaria»*.

teoria dei vantaggi compensativi: a valutare, cioè, la liceità delle operazioni contemperando gli oneri sopportati dalla società a causa della deliberazione pregiudizievole con i vantaggi che erano derivati o potevano derivare all'eterodiretta dall'appartenenza al gruppo³⁵.

Il nuovo art. 2497 c.c., che appare avere recepito le istanze della dottrina e della giurisprudenza detta oggi un articolato e complesso regime di responsabilità.

La nuova responsabilità sancita dall'art. 2497 c.c., offre presidio di tutela sia ai soci delle società dominate sia ai creditori di queste.

I presidi risarcitori si estendono in più direzioni coinvolgendo, in via diretta, le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento ed, in via indiretta, quanti abbiano comunque preso parte al fatto lesivo o tratto beneficio dalla politica di gruppo.

Stabilisce, infatti, il primo comma dell'art. 2497 c.c., che «le società o gli enti che, esercitando attività di direzione o di coordinamento, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei loro soci per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società».

A seguire il secondo comma prevede che «risponde in solido che abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio».

Il terzo comma dell'art. 2497, c.c., prevede che il socio o il creditore possano agire solo se non sono stati soddisfatti dalla società eterogestita, mentre il quarto comma estende la legittimazione ad agire, nelle ipotesi di «fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società

³⁵ Cass. Sez. Civ., 5.12.1998, n. 12325, in *GI*, con nota di MONTALENTI, *Operazioni infragruppo in vantaggi compensativi: evoluzioni giurisprudenziali*.

soggetta ad altrui direzioni e coordinamento» al curatore o al commissario liquidatore o al commissario straordinario.

Le peculiarità dei singoli regimi di responsabilità ne impongono una trattazione separata.

4. La responsabilità della controllante e di quanti abbiano preso parte al fatto al fatto lesivo

L'art. 2497 c.c. ha limitato la responsabilità alle sole 'società' o agli 'enti' che esercitano attività di direzione e coordinamento così specificando il testo dell'originario decreto del 30 settembre 2002, che si limitava ad utilizzare il generico pronome 'chi'.

La novella ha, quindi, ristretto il novero dei soggetti responsabili ai soli enti collettivi, vale a dire società (con o senza personalità giuridica), associazioni, fondazioni, comitati, enti pubblici con l'esclusione delle persone fisiche.

Tale esclusione, ad avviso della scienza giuridica commercialista, non appare giustificabile né supportata da plausibile motivazione, dovendosi considerare che un rapporto di controllo può promanare tanto da un ente quanto da una persona fisica.

Le pronunce della giurisprudenza di legittimità, ancor prima delle riflessioni della scienza giuridica, hanno dimostrato che, non di rado, a monte della catena o al centro della raggiera di società si trovi una *holding* persona fisica che controlla e dirige l'intero gruppo³⁶.

Il disposto di cui all'art. 2497 c.c., infatti, a differenza di quanto previsto dagli artt. 2394 e 2395 c.c., non considera direttamente responsabili gli

³⁶ La prima pronuncia di legittimità in tal senso può essere individuata nella sentenza della Cass. Sez. Civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, poi confermata nella recente Cass. Sez. Civ., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Il Fall.*, 2004, p.155 s.s.

amministratori della società capogruppo, per l'esercizio scorretto del potere di direzione e coordinamento di società, la cui responsabilità può affermarsi soltanto sulla base dell'estensione del secondo comma dell'art. 2497 c.c.

I soci ed i creditori disporranno, quindi, della facoltà di agire nei confronti della capogruppo facendo valere, solamente in via solidale, la responsabilità dei suoi amministratori e di quelli della monade.

La responsabilità di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo può scaturire infatti, solamente da una condotta che in quanto legata eziologicamente al fatto dannoso, si pone in rapporto di equivalenza, sul piano del disvalore, a quella dell'ente o della società che esercita attività di direzione unitaria.

Volendo esemplificare, potrà estendersi la responsabilità sulla base del secondo comma dell'art. 2497, c.c., agli amministratori della società capogruppo a cui siano materialmente ascrivibili le condotte poste in essere in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale; all'organo gestorio della società soggetta all'altrui direzione o coordinamento, al quale possa rimproverarsi di non avere svolto con diligenza ed efficacia la sua funzione di filtro, nel non eseguire le direttive pregiudizievoli impartite dalla società controllante; agli organi di controllo di ogni livello del gruppo di società, i quali, in base all'art. 2407, comma secondo, c.c., concorrono con gli amministratori per i fatti delle loro omissioni, allorquando i danni che si sono verificati sarebbero potuti essere evitati ove i controllori avessero vigilato in conformità del loro incarico; agli organi di revisione, a cui è stato affidato il controllo contabile, nelle ipotesi in cui risulti dimostrata l'esistenza di un rapporto causale tra la irregolarità della revisione contabile ed il concreto esplicarsi della direzione unitaria, quali fattori determinanti del danno ai soci o ai creditori sociali.³⁷

Tuttavia, nell'attuale disciplina resta il problema legato alla mancata previsione nel testo dell'art. 2497, comma primo, c.c., dell'ipotesi, peraltro tutt'altro che infrequente nella prassi, in cui il potere di direzione e di

³⁷ Alcune delle esemplificazioni sono suggerite da CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, cit., p. 333 ss.

coordinamento di società venga ad essere esercitato da una persona fisica anziché da una società o da un ente collettivo.

La mancata previsione esplicita dell'estensione della responsabilità alle persone fisiche *holding* non costituisce invero una dimenticanza del legislatore ma una scelta consapevole e volontaria; infatti, di fronte alle possibili alternative di limitarsi al generico utilizzo del pronome 'chi' (che compariva nello schema originario di d.lgs. 30.09.2002) ovvero specificare i soggetti potenzialmente idonei ad assumere la legittimazione passiva dell'azione di responsabilità, ha preferito quest'ultima soluzione, optando per una circoscrizione della responsabilità ai soli enti collettivi, in qualunque forma costituiti, così escludendo implicitamente ma inequivocabilmente le persone fisiche³⁸.

La scelta appare discutibile essendo idonea a creare una significativa area di esenzione da responsabilità per attività di direzione e coordinamento, non giustificata da alcuna motivazione plausibile³⁹.

La limitazione, inoltre, appare ancor meno comprensibile se si compara la disciplina prevista per la responsabilità della società che svolge attività di eterodirezione, con quella del secondo comma dell'art. 2497 c.c., che radica la responsabilità in capo a 'chi' abbia comunque preso parte al fatto lesivo ed a coloro che ne abbiano comunque consapevolmente tratto beneficio, così non escludendo alcuna categoria di soggetti dai possibili legittimati passivi dell'azione di responsabilità.

Ne consegue l'assoggettamento ad una disciplina differenziata, a seconda che la struttura del gruppo faccia capo ad un ente costituito in forma collettiva ovvero ad una *holding* persona fisica. In quest'ultimo caso bisognerà ulteriormente

³⁸ A conclusioni parzialmente diverse giunge DAL SOGLIO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico al decreto legislativo 17 gennaio 2003*, a cura di Alberto Maffei Alberti, Padova, p. 2315 s.s., ad avviso del quale, è possibile invocare la responsabilità nei confronti di una *holding* persona fisica ma non è possibile, al contrario, concepire un'attività di direzione e di coordinamento nei confronti di soggetti che non siano società.

³⁹ La mancanza di una qualsivoglia ragione giustificatrice risulta ben messa in luce da CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile, cit.*, p. 333 ss., ad avviso della quale appare possibile paventare una possibile illegittimità costituzionale della norma per violazione dei criteri di ragionevolezza.

distinguere le ipotesi in cui la persona fisica semplicemente detenga una partecipazione maggioritaria ovvero amministri, anche solo di fatto, la capogruppo, da quelle in cui non vi sia alcun ente collettivo, per così dire ‘intermedio’ ed il ruolo di *holding* sia assunto esplicitamente ed esclusivamente da un soggetto persona fisica.

Nelle ipotesi in cui la posizione dominante venga ad essere occupata da un soggetto collettivo, infatti, si potrà agire nei confronti di quest'ultimo ai sensi dell'art. 2497, comma primo, c.c., ed eventualmente coinvolgere (*ex art. 2497, comma secondo, c.c.*) coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo o che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio, arrivando così a colpire anche i soggetti che, sebbene dietro lo schermo di una società, svolgano di fatto l'attività di direzione e coordinamento.

Nelle ipotesi in cui, invece, a capo della compagine di gruppo sia posta una persona fisica che eserciti l'attività di direzione e coordinamento senza avvalersi di enti collettivi interposti, l'applicazione della nuova disciplina contenuta nell'art. 2497, comma primo, c.c., dovrà essere esclusa ed ai creditori ed ai soci delle società controllate, sarà offerta tutela soltanto mediante l'utilizzo degli strumenti ‘ordinari’.

Mancando, infatti, uno dei presupposti necessario per poter invocare il peculiare regime di responsabilità della *holding*, sarà preclusa la possibilità di invocare tanto la responsabilità diretta, quanto quella riflessa sancita dal secondo comma dell'art. 2497, c.c.

Circostanza questa che impone una riflessione critica, in quanto, il legislatore, limitando la responsabilità *ex art. 2497, c.c.*, alle sole ipotesi in cui l'attività di direzione e di coordinamento di società sia esercitata da un ente collettivo, ha creato un vuoto di tutela costituito dalle ipotesi in cui, al vertice della catena ovvero al centro della raggiera sia posta una persona fisica.

5. La responsabilità di coloro che abbiano tratto consapevole beneficio

In solido con la società che esercita il potere di direzione e coordinamento rispondono anche quanti abbiano consapevolmente tratto beneficio dal fatto lesivo, seppure nei limiti del vantaggio effettivamente conseguito (art. 2497, secondo comma, c.c.).

Attraverso questa disposizione il legislatore ha inteso estendere la responsabilità per i danni che possono conseguire da una politica di gruppo a quanti, pur non prendendo parte all'effettivo esercizio dell'attività di direzione unitaria, ne abbiano consapevolmente tratto beneficio.

La corresponsabilità prescinde da qualunque forma di partecipazione del soggetto ai fatti perpetrati dalla *holding* e richiede, quale unico presupposto, il consapevole profitto della deliberazione pregiudizievole.

Risulta, quindi, evidente il rischio a che la norma si presti ad una potenzialità espansiva tendenzialmente illimitata. Essa consente, infatti, di estendere, la responsabilità tanto all'interno del gruppo quanto al suo esterno, coinvolgendo tutti coloro nel cui interesse (mediato o immediato) l'attività di direzione e coordinamento sia stata posta in essere.

Unico significativo limite, sul piano oggettivo, è dato dalla necessaria sussistenza, per l'affermazione della responsabilità, di un nesso eziologico diretto tra il vantaggio di cui si è chiamati a rispondere e la condotta posta in essere dalla *holding*: la responsabilità di chi ha tratto consapevole beneficio dal fatto lesivo rimane pur sempre una responsabilità accessoria rispetto a quella della capogruppo, potendo sorgere solamente in dipendenza del fatto lesivo da questa perpetrato.

La delimitazione della responsabilità è stata affidata alla previsione di un elemento psicologico che, pur essendo di minore incisività rispetto al dolo o alla colpa, circoscrive in modo significativo lo spettro applicativo della disposizione; per l'affermazione della responsabilità è, infatti, necessario che l'approfittamento

sia stato consapevole: sarà, quindi, indispensabile che il socio o il creditore danneggiato dall'operazione pregiudizievole riesca a provare che la provenienza del vantaggio dalla operazione posta in essere in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, fosse nota al soggetto che ne ha tratto beneficio⁴⁰.

L'azione di responsabilità riconosciuta nei confronti di chi abbia consapevolmente tratto beneficio dall'attività di direzione e coordinamento ha natura di tipo indennitario ed è modellata sul paradigma dell'azione di arricchimento senza causa prevista dall'art. 2041 cc.

Il danno risarcibile, di cui è possibile ottenere ristoro è solamente quello legato al 'vantaggio conseguito': elemento questo che induce ad assimilare l'azione anzidetta alle figure generali di arricchimento senza causa.

Tuttavia l'azione in parola si distingue rispetto alla figure generali di cui all'art. 2041 c.c., in quanto, la condotta, deve necessariamente risultare assistita dall'elemento psicologico della consapevolezza; elemento questo che vale ad escludere un obbligo restitutorio nei confronti dei soggetti che si siano arricchiti in buona fede.

6. I soggetti passivi titolari della legittimazione attiva all'azione risarcitoria

I danneggiati dalla deliberazione della *holding* posta in essere violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, possono essere i soci della società controllata ed i suoi creditori sociali.

⁴⁰ Si pronuncia in tale senso CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile, cit.*, p. 333 ss, la quale evidenzia tra l'altro che l'elemento psicologico della consapevolezza comporta due significative conseguenze: da un lato, porta ad escludere la possibilità di qualificare la responsabilità di cui all'art. 2497, secondo comma, c.c. quale responsabilità oggettiva; dall'altro, differenzia l'azione dal paradigma generale dell'arricchimento senza causa a cui, secondo l'autore, l'azione appare chiaramente assimilabile.

Ai soci di minoranza delle società dominate ed ai loro creditori sociali viene, infatti, riconosciuta un'azione risarcitoria volta ad ottenere: nel primo caso, il ristoro del pregiudizio arrecato alla redditività e dal valore della partecipazione sociale; nel secondo, il risarcimento per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale.

I beni giuridici della 'redditività' e del 'valore della partecipazione sociale' costituiscono oggetti di tutela innovativi per il diritto societario italiano⁴¹.

Si tratta, infatti, di valori giuridici nuovi per la cui precisa comprensione sarà necessaria una lunga opera di affinamento ad opera dei giudici e degli osservatori⁴².

Volendo esemplificare possono essere immaginate, le alienazioni di beni strumentali indispensabili all'esercizio di attività d'impresa; gli eventuali recessi della società controllante dai contratti commerciali indispensabili per la sopravvivenza della società controllata; i conferimenti in natura eseguiti dalla controllante con corrispondente emissione di azioni della controllata, per un valore non congruo; i contratti infragruppo conclusi a condizioni di favore per talune società del gruppo con pregiudizio per altre eterodirette⁴³.

In via definitiva, il concetto di redditività della partecipazione sociale può essere identificato nella potenzialità della stessa a produrre la remunerazione del capitale investito; potenzialità, che pur essendo *in re ipsa*, è resa effettiva dalla capacità gestionale degli amministratori della società e dalle scelte che pone in essere l'assemblea dei soci.

⁴¹ Tali beni giuridici, comparivano invece nell'art. 1.3., del Codice di autodisciplina delle società quotate dell'ottobre 1999 (cd. Codice Preda), che sanciva il dovere degli amministratori di agire e deliberare con cognizione di causa ed in autonomia, perseguendo l'obiettivo della creazione di valore per gli azionisti.

Per il testo dell'articolato, cfr., *Riv. Dir. Priv.*, 2000, p. 158 ss. con prefazione di DE MARI, *Il codice di autodisciplina delle società quotate in materia di corporate governance*, p. 141 ss.

⁴² Si pronuncia in tal senso DAL SOGLIO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico al decreto legislativo 17 gennaio 2003*, a cura di Alberto Maffei Alberti, *cit.*, p. 2315 s.s.

⁴³ Gli esempi sono tratti da IRACE, Art. 2497 c.c., in AA.VV., *La riforma delle società - commentario del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 315 s.s.

Per quel che riguarda, invece, il concetto di valore della partecipazione sociale il panorama non appare univoco nella scienza giuridica commercialistica in quanto, secondo un primo orientamento, esso andrebbe identificato nel complesso dei potenziali incrementi del valore nominale della partecipazione della società, sul quale incidono differenti fattori, tra i quali l'andamento della gestione dell'impresa e la valutazione della società sul mercato⁴⁴; secondo altri, invece, l'art. 2497 c.c., riferendosi al concetto di valore della partecipazione sociale, ha voluto fare riferimento al valore reale della stessa calcolato, non sulla base del bilancio di esercizio, ma tenendo conto del valore effettivo del patrimonio sociale anche in termini finanziari.

Il danno subito dal socio della società controllata è sicuramente un danno riflesso, conseguenza del danno direttamente patito dalla stessa: con la gestione scorretta, infatti, gli amministratori della società controllante danneggiano anzitutto il patrimonio della controllata e solo indirettamente le partecipazioni sociali degli azionisti di questa.

Il legislatore ha, tuttavia, preferito riconoscere una legittimazione attiva direttamente in capo ai soci di minoranza, in quanto il riconoscimento dell'azione in capo alla controllata sarebbe stato un deterrente scarsamente significativo. Infatti, se il soggetto controllante è disposto a pregiudicare il valore della società eterodiretta e, in proporzione all'azionariato detenuto, la partecipazione sociale stessa, perché conta di ricavare un beneficio più consistente in qualche altra articolazione della sua compagine societaria, sarebbe stato altamente contraddittorio riconoscere la legittimazione attiva all'azione di responsabilità alla sola società controllata e non ai soci di minoranza, in quanto l'azionariato di maggioranza (detenuto dalla stessa società dominante), mai avrebbe deliberato un'azione di responsabilità a suo carico.

Altra categoria di soggetti passivi possono essere individuati nei creditori della società controllata.

⁴⁴ E' questo l'orientamento di SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, n. 2 bis, 2003, p. 391, al quale si rinvia anche per una sintetica e significativa esposizione degli orientamenti contrari.

Ad essi l'ordinamento concede un'azione strutturalmente identica a quella spettante ai soci della società controllata ma che da questa si differenzia, in quanto, oggetto di tutela dell'azione dei soci è il valore e la redditività della partecipazione sociale, mentre il bene giuridico tutelato dall'azione di responsabilità concessa ai creditori sociali è l'integrità del patrimonio della società.

Si tratta, a differenza del bene giuridico della redditività della partecipazione sociale, di un bene ben noto all'ordinamento in quanto coincidente con il concetto di 'integrità del patrimonio sociale' di cui all'art. 2394 c.c.

Alla tradizionale azione di responsabilità dei creditori sociali (tuttora persistente nel diritto societario) si è affiancata, con la riforma del 2003, una nuova azione diretta contro i vertici della struttura del gruppo di impresa che hanno influenzato in modo pregiudizievole le scelte decisionali della singola società eterodiretta, mediante la direzione ed il coordinamento.

L'estensione della responsabilità opera nei confronti dei soli vertici del gruppo senza coinvolgere le singole società satellite a meno che queste non abbiano preso parte al fatto lesivo o comunque da quest'ultimo tratto beneficio.

La nuova responsabilità è quindi rispettosa del principio di separazione della personalità giuridica delle singole società componenti il gruppo di impresa.

Anche le nuove norme della direzione e coordinamento di società, pertanto, non consentono di scalfire lo schermo della distinta personalità giuridica rendendo la *holding* direttamente responsabile delle obbligazioni delle società dominate.

Elemento questo che rende perfettamente allineata la disciplina civilistica, con quella penalistica, che con il d.lgs. 231/2001, non ha inserito nel sistema penale alcuna clausola di estensione della tipicità volta ad estendere la responsabilità amministrativa da reato alle società del gruppo o alla *holding*.

7. Il presupposto della responsabilità: la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Il presupposto comune alle differenti ipotesi di responsabilità risiede nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento posto in essere dalla *holding* agendo «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale».

Come osservato dai primi commentatori della nuova disciplina, essa si caratterizza per l'utilizzo di espressioni generiche e vaghe che rischiano di porre nel nulla gli obiettivi che il legislatore si proponeva di realizzare, rendendo poco efficace la tutela effettiva dei soggetti che ne risultano destinatari.⁴⁵

I principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, infatti, che costituiscono il fulcro intorno al quale ruota la responsabilità da direzione e coordinamento di società, non rinvengono antecedente alcuno nell'ordinamento giuridico societario.

Si pone, quindi, la necessità di tentarne una specificazione, ancorandoli a parametri di tipo oggettivo che consentano di comprendere quando l'attività di direzione diventi patologica e foriera di responsabilità per la *holding*.

Per poter definire il contenuto del potere – dovere del buon esercizio dell'attività di direzione unitaria occorre tenere in conto gli interessi che la norma si prefigge di salvaguardare: solamente individuando specificamente i beni giuridici tutelati è possibile delineare le condotte capaci di pregiudicarli.

Orbene, se i beni giuridici tutelati dalle azioni di responsabilità sancite dall'art. 2497, commi primo e secondo, c.c., possono essere individuati nella integrità del patrimonio sociale e nella redditività e nel valore della partecipazione sociale, potrà dirsi che l'attività di direzione e coordinamento, risulterà perpetrata in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale

⁴⁵ E' questa l'opinione di PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato in tema di riforma delle società di capitali*, in RDP, 2002, p. 717.

ogniquale sia idonea a ledere il patrimonio sociale della dominata, sino a renderlo insufficiente a soddisfare le ragioni creditorie.

Quanto alla redditività della partecipazione sociale, se essa viene identificata nella potenzialità della partecipazione sociale a produrre la remunerazione del capitale investito, si potrà parlare di gestione societaria o imprenditoriale scorretta ogniqualvolta la condotta della società dominante sia idonea ad impedire l'effettiva trasformazione della qualità potenziale della partecipazione a produrre la remunerazione.

Più complessa appare l'individuazione delle condotte rilevanti ai fini dell'insorgere della responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, quando ad essere compromesso sia il bene del valore della partecipazione sociale: in tali casi, infatti, la differente ricostruzione esegetica del bene giuridico tutelato dall'azione di responsabilità, influenza significativamente lo spettro delle *mala gestio* giuridicamente rilevanti della *holding*.

Infatti, se il concetto di valore della partecipazione sociale coincide con i potenziali incrementi del valore nominale della stessa, la attività di gestione della controllante sarà rilevante ai fini dell'insorgere della responsabilità solo ove riesca a provarsi che era possibile porre in essere strategie alternative a quelle attuate dal gruppo, idonee a trasformare il valore potenziale (inizialmente solo astratto) in un bene attuale e concreto.

Ove, invece, si riconosca al valore della partecipazione sociale il significato di valore reale, calcolato tenendo conto del valore effettivo del patrimonio sociale anche in termini finanziari, trattandosi di un valore già esistente, la condotta censurabile dovrà consistere in azioni concretamente pregiudizievoli.

Significative, nell'individuazione dei parametri a cui ancorare la valutazione delle politiche di gruppo, appaiono le indicazioni tratte dalle elaborazioni giurisprudenziali sviluppate in tema di responsabilità degli amministratori *ex art. 2392 c.c.*, i cui elementi costitutivi, richiamano in parte

quelli posti a fondamento della responsabilità da direzione e da coordinamento di società.

In particolare, il parametro della diligenza da utilizzare nell'adottare le scelte strategiche infragruppo, diviene un utile indice per valutare la correttezza della politica della *holding* nella gestione delle società satellite.

Il concetto di diligenza, tuttavia, quale concetto generale ed astratto, deve, ancora una volta, essere adattato alla differente e multiforme realtà dei gruppi di imprese, tenendo conto della specificità degli interessi perseguiti nell'impresa di gruppo: solamente dopo aver individuato l'interesse che deve essere perseguito dalla *holding* sarà possibile valutare la diligenza della politica in concreto posta in essere⁴⁶.

Nella valutazione concreta della conformità o meno della politica di gruppo ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale sarà necessario tener conto del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento di società, non potendo il giudizio essere isolato a singoli atti.

Illuminante in tal senso è l'ultima parte del disposto dell'art. 2497, primo comma, c.c., il quale sancisce che «non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».

La condotta foriera di responsabilità è dunque quella connotata da uno scorretto bilanciamento degli interessi dei soggetti coinvolti; bilanciamento, che secondo la lettera della legge, deve essere necessariamente effettuato alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento.

⁴⁶ Le riflessioni sono di CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile, cit.*, p. 333 s.s, la quale, evidenzia, tra l'altro, che uno dei limiti alle valutazioni giurisprudenziali della correttezza della politica di gruppo è quello del «*business judgement rule*» che consente di distinguere in sede di valutazioni il merito delle scelte gestionali poste in essere dagli amministratori, mai censurabili in ambito giudiziario, dalle ipotesi di mancato rispetto generale di diligenza così come richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze professionali.

Sembra evidente che il legislatore, attuando il principio guida indicato nella legge delega del «contemperamento degli interessi coinvolti» (art. 2, lett. h), l. 366/2002), abbia inteso richiamare la teoria di vantaggi compensativi elaborata in dottrina ed in giurisprudenza allo scopo di risolvere i problemi che si pongono ogniqualvolta ci si trovi innanzi a soggetti portatori di interessi disomogenei⁴⁷.

8. I vantaggi compensativi ed il problema dell'interesse di gruppo

L'ultimo capoverso dell'art. 2497, primo comma, c.c., nel dettare i criteri per valutare la responsabilità dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento, ha imposto di tener conto del risultato complessivo che discende da tale attività, secondo una visione di tipo globale.

Tale approccio appare del tutto logico ove si consideri che qualunque sia l'operazione compiuta nell'esercizio di un'attività di direzione unitaria, essa è inevitabilmente destinata a produrre effetti su di una pluralità di soggetti distinti, ciascuno dei quali è portatore di interessi differenziati. Circostanza questa che ha reso quanto mai opportuna una valutazione delle condotte della *holding* di tipo non analitico ma omnicomprensivo: posta in essere, cioè, valutando complessivamente l'attività di direzione e di coordinamento ed i risultati complessivi che dalla stessa siano discesi.

Il profilo della valutazione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento costituisce il momento più delicato della disciplina dei gruppi di società; con il capoverso, del comma primo, dell'art. 2497, c.c., il legislatore ha dimostrato di voler abbandonare una prospettiva atomistica tipica della società monade, in favore di una visione globale nella quale la «struttura molecolare dell'aggregazione viene ad assumere un substrato concreto»⁴⁸.

⁴⁷ Cfr., sul punto, BADINI CONFALONIERI, *Direzione e coordinamento*, cit. p. 283 e ss.

⁴⁸ Così, BADINI CONFALONIERI, *Direzione e coordinamento*, cit. p. 283.

La gestione complessiva della politica di gruppo da parte della *holding* diviene il parametro fondamentale del giudizio di valutazione degli atti e consente di discernere quelli forieri di responsabilità da quelli che, proprio perché frammenti negativi di una sana politica di gruppo, non sono fonte di responsabilità della capogruppo, pur essendo potenzialmente idonei ad arrecare danno ad una delle società controllate.

La valutazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale non può, infatti, prescindere dal criterio generale dei vantaggi compensativi e costringe l'interprete ad «abbandonare la prospettiva unilaterale da cui comunemente si è abituati a giudicare la correttezza o meno di un'operazione e considerare ciascun atto compiuto in seno al gruppo come parte di una politica complessa i cui esiti andranno valutati soltanto nel loro insieme e nell'ambito di un ragionevole lasso di tempo».⁴⁹

Ben potrà risultare corretta e quindi non foriera di responsabilità *ex art.* 2497 c.c., la condotta della *holding* che avrà posto in essere una politica di gruppo complessivamente vantaggiosa per le società che compongono l'impresa conglomerata, anche se causa di isolati sacrifici per le società eterodirette.

La responsabilità civile della capogruppo viene infatti ancorata allo svolgimento di una malsana attività di direzione e coordinamento e non alla realizzazione di episodiche operazioni pregiudizievoli per una singola società.

E' chiaro che le operazioni compiute in pregiudizio agli interessi delle monadi dovranno essere isolate e controbilanciate da vantaggi compensativi non potendo essere giustificata la condotta della *holding* volta a perseguire un interesse di gruppo in spregio a quelli delle società controllate.

⁴⁹ Così CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, cit., p. 337, la quale evidenzia che la *ratio* di tale concezione consiste nell'attribuire rilevanza compensativa a quei vantaggi che il soggetto eterodiretto, pur concretamente pregiudicato dalla singola operazione della società che esercita la direzione unitaria, consegue dall'appartenenza al gruppo.

Evidenzia altresì correttamente l'autore che «tale compensazione non deve, però, essere il frutto di un mero bilanciamento tra poste attive e poste passive riferite ad atti specifici, bensì una valutazione globale degli effetti della sottoposizione della società all'attività di direzione e coordinamento».

Infatti, l'interesse di gruppo è uno soltanto degli interessi delle imprese aggregate, con il quale concorrono l'interesse della società controllante e quello delle monadi⁵⁰.

Tramite l'art. 2497, comma primo, ultimo cpv, c.c., non è stato riconosciuto un 'interesse superiore di gruppo' in nome del quale valutare la legittimità o meno della condotta di chi esercita l'attività di direzione unitaria; pur essendo innegabile che il parametro di valutazione della condotta della *holding* sia stato notevolmente ampliato, sino a comprendere il risultato complessivo dell'attività di direzione unitaria, l'interesse che viene in considerazione al fine di valutare la sussistenza del danno, è sempre soltanto quello della società singolarmente considerata.

Le disposizioni civilistiche non prevedono, infatti, che la responsabilità della *holding* venga meno qualora l'operazione possa aumentare il benessere del gruppo; prevedono, invece, che non vi sia responsabilità quando il risultato complessivo del potere di eterogestione, abbia prodotto un vantaggio idoneo a compensare il pregiudizio subito dalla società danneggiata.

Detto in altre parole, non è il perseguimento di un beneficio per il gruppo a rendere legittima l'attività di direzione unitaria ma soltanto l'assenza di un danno (anche a seguito del giudizio di compensazione) per i singoli soggetti che lo compongono.

I parametri di comparazione per la valutazione dell'operazione posta in essere dalla *holding* sono dati dai vantaggi e dagli svantaggi che possono derivare a ciascun soggetto dall'appartenenza al gruppo e non dall'interesse del gruppo, da un lato, e della singola società, dall'altro.

Non è quindi possibile individuare *a priori* un interesse superiore di gruppo dotato di una propria autonomia, in forza del quale giustificare l'imposizione di direttive pregiudizievoli nei confronti delle società dominate ma

⁵⁰ Cfr., sul punto, MONTALENTI, *Conflitto di interesse: vantaggi compensativi*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996, p. 1632 e s., che evidenzia come negare questa realtà significa porre sul piano della teoria giuridica un modello di impresa che non esiste.

soltanto ritenere che in vista dell'interesse di gruppo, l'attività di direzione unitaria sia lecita quando risulti ispirata ad un bilanciamento degli interessi.

Soltanto entro questi limiti l'interesse del gruppo risulta coerente con il concetto di direzione unitaria, la cui essenza, deve essere individuata nel potere di coordinare tra di loro una serie di soggetti giuridicamente autonomi ed indipendenti.

9. Prime riflessioni sui rapporti tra la disciplina civilistica dei gruppi di società e quella penale.

Le disposizioni di legge analizzate consentono di affermare che nel diritto societario l'attività di direzione e di coordinamento di società costituisce una condotta lecita che si traduce nella possibilità di coordinare l'attività delle singole imprese nella direzione di un disegno strategico unitario.

Nel quadro di questa attività di direzione unitaria, la *holding* esercita una duplice signoria sulle monadi che si estrinseca, segnatamente:

- in un potere di indirizzo finalizzato a mantenere le condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale sia delle singole società, sia del gruppo unitariamente considerato;
- in un potere di controllo sulle decisioni formalmente assunte dagli amministratori della società controllata volto a garantire il rispetto e l'esecuzione delle scelte fatte a monte, in vista di una politica imprenditoriale unitaria.

Nell'esercizio di tale attività la capogruppo deve agire nell'interesse imprenditoriale proprio o/e delle altre società controllate, rispettando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime, pena l'insorgere della responsabilità di impresa.

Le condizioni alle quali il legislatore ha subordinato il perseguimento dell'interesse di gruppo sono costituite dal rispetto dell'integrità patrimoniale delle singole società controllate, le quali, sebbene possano subire un pregiudizio, devono essere compensate da operazioni finalizzate a ripristinare gli interessi eventualmente lesi.

La logica di gruppo, infatti, non può in alcun modo giustificare la spoliazione delle singole società affiliate perché l'interesse di gruppo, non essendo di rango superiore, deve essere bilanciato con quelli delle monadi.

Dalla disciplina della direzione e del coordinamento di società novellata con il d.lgs. n. 6/2003 possono essere, quindi, tratti i seguenti corollari:

- viene affermata la necessità che l'attività di direzione e di coordinamento della *holding* contemperì adeguatamente l'interesse del gruppo con quelli delle singole società controllate, dei soci di minoranza e dei creditori di queste;
- gli organi amministrativi delle società eterodirette, nell'esecuzione delle direttive della capogruppo, devono collaborare al perseguimento di un interesse comune ed agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, rifiutando di rendersi autori di politiche che siano espressione degli esclusivi interessi della *holding*;
- viene riconosciuto in capo agli amministratori della società capogruppo un potere – dovere di influenzare le decisioni delle singole eterodirette, impartendo a tal fine delle direttive che, tuttavia, in quanto emanate nell'ambito di un rapporto che seppur di subordinazione gerarchica è di diritto privato, non sono coattivamente eseguibili se contrarie all'interesse sociale delle monadi;
- la conformità della direttiva all'interesse sociale della società controllata va compiuta considerando i vantaggi compensativi: deve, quindi, essere considerata lecita la direttiva della *holding*, anche se foriera di pregiudizi, quando «il danno patito dalla società controllata o dai creditori sociali di quest'ultima, risulta mancante alla luce del risultato complessivo

dell'attività di direzione e di coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette»;

- al cospetto delle imprese di gruppo è necessaria la rilettura di alcune delle disposizioni o dei principi del diritto societario classico, per evitare che una loro pedissequa trasposizione finisca per condannare il gruppo all'impotenza operativa.

In parte speculare si profila la disciplina penale societaria dei gruppi di impresa. Anche il legislatore penale si è fatto espressamente carico del problema dei vantaggi compensativi inserendo, all'interno della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale, la previsione secondo la quale *non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*⁵¹.

Con la previsione di questa causa di esclusione della responsabilità penale il legislatore penale societario, ben consapevole del fatto che il 'fattore gruppo' può presentarsi in forma ambivalente come elemento di frode o di giustificazione, ha creato uno spazio di liceità delle operazioni infragruppo, scongiurando la risposta punitiva in presenza di un mero atto di disposizione patrimoniale che, sebbene singolarmente considerato possa apparire dannoso per una società del gruppo, in un'ottica complessiva e generalizzante si inserisca in un complesso di scambi che garantiscano il sostanziale riequilibrio interno dei rapporti.

Anche il legislatore penale ha quindi riconosciuto per ragioni di coerenza sistematica l'irrilevanza penale degli atti dispositivi apparentemente pregiudizievoli per la singola monade che abbiano superato con esito positivo la

⁵¹ In verità, deve essere evidenziato che anche i precedenti progetti di delega erano orientati in questa prospettiva: l'art. 10, lett. a), n. 12, del Progetto Mirone, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 26 maggio 2000, prevedeva di «specificare che non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo se è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo». Ancor prima, anche il Progetto Pagliaro, specificava che «non è ingiusto il profitto dell'impresa collegata ove questo sia compensato dai riflessi favorevoli per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto». Per una autorevole lettura del tema, cfr., FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 288.

prova dei vantaggi compensativi; così facendo ha delimitato i limiti entro i quali la società che esercita l'attività di direzione e di coordinamento può imporre sacrifici ad una società controllata.

Come vedremo più nel dettaglio nel seguito del presente lavoro, il parametro alla luce del quale individuare le operazioni 'apparentemente infedeli' ma irrilevanti dal punto di vista del diritto penale non è di tipo aritmetico – e quindi rigidamente quantitativo e proporzionale - ma consente di considerare anche i vantaggi futuri idonei a compensare il pregiudizio nell'immediato subito dalla società controllata.

Con il d.lgs. 61/2002 il legislatore ha quindi abbandonato e smentito gli indirizzi di stampo formalistico⁵² e assunto l'interesse di gruppo quale punto di equilibrio tra quello della *holding* e quelli delle singole società controllate.

Non ha tuttavia radicato nel diritto positivo un 'interesse superiore dell'impresa di gruppo', in quanto, l'interesse dell'aggregazione di imprese rappresenta soltanto il punto di equilibrio tra l'interesse della società che esercita attività di direzione e di coordinamento e quello delle società monadi.

⁵² E' bene evidenziare che nella letteratura scientifica precedente alla riforma si profilavano tre differenti indirizzi interpretativi: un primo orientamento, facendo leva sull'interesse superiore dell'unitarietà dell'impresa di gruppo, affermava la prevalenza dell'interesse di gruppo, quale centro di convergenza degli interessi delle singole società su cui la capogruppo esercitava l'attività di direzione e di coordinamento. In questi termini, MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1014; un secondo orientamento, c.d. formalistico, cfr. STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939 e nella letteratura civilistica D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da "i battelli del Reno" alle "Navi Vichinghe"*, ... ritenendo che la società controllata deve garantire gli interessi degli azionisti di minoranza esterni al gruppo e dei creditori della singola società controllata, impedendo il depauperamento del suo patrimonio in favore delle altre controllate o del gruppo, negava la possibilità che l'interesse del gruppo di imprese avesse rilevanza esimente, considerando la ingerenza della capogruppo nelle scelte sociali delle società controllate quale fattore patologico e pertanto inidoneo a fungere quale fattore giuridicamente giustificante; un ultimo orientamento, di tipo intermedio, che prende spunto dagli autorevoli studi di MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 722, in una logica di stampo compensativo, tentava di conciliare le due contrapposte e differenti esigenze del gruppo di imprese sulla base del duplice presupposto che, da un lato, l'interesse del gruppo non può essere considerato quale interesse extrasociale e, dall'altro che le operazioni economicamente vantaggiose per una singola società controllata, possono essere ritenute lecite, quando controbilanciate da altre operazioni capaci di ritrasferire vantaggi economici alla società pregiudicata.

Non può esservi nel nostro ordinamento giuridico un ‘interesse di gruppo’ in nome del quale valutare la legittimità o meno della condotta di chi esercita la attività di direzione unitaria, in quanto, tanto nella previgente disciplina quanto nella attuale, l’interesse che viene in considerazione, al fine di valutare la sussistenza del danno, è sempre soltanto quello della società singolarmente considerata.

Altro è perseguire una politica generale di gruppo, da cui possa ragionevolmente e fondatamente derivare un vantaggio, anche a distanza di tempo, alla singola società controllata pregiudicata dall’operazione, altro è invece ritenere di poter perseguire, in virtù di un inesistente e fantomatico interesse superiore dell’impresa di gruppo, una politica improntata al perseguimento di interessi extrasociali propri della società controllata o del gruppo di imprese.

Il limite posto all’attività di direzione unitaria della società capogruppo è dato dal fatto che essa, nel perseguimento un disegno strategico unitario, deve agire nell’interesse imprenditoriale proprio e delle altre società controllate, rispettando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e non usando, quindi, le società controllate quale strumento per perseguire interessi propri ed estranei all’interesse sociale delle società satellite, pena l’insorgere di profili di responsabilità penale e civile.

Il legislatore, con le nuove discipline (civile e penale), ha quindi creato un impianto normativo capace di tutelare tanto l’interesse del gruppo di imprese, quanto gli interessi dei soci e dei creditori delle singole società controllate, fissando le condizioni, in presenza delle quali, l’interesse unitario del gruppo può essere perseguito anche in pregiudizio alle singole società controllate.

Non ha giustificato una logica superiore dell’impresa di gruppo, in virtù della quale legittimare la spoliazione delle singole società affiliate, ma introdotto al contrario dei limiti o/e presidi all’attività di eterodirezione da individuarsi per la disciplina civilistica, oltre che nei presidi risarcitori *ex art. 2497 c.c.*:

- nei doveri di trasparenza e di informazione pubblicitaria sanciti dall'art. 2497 *bis*, c.c., funzionali a garantire la conoscenza da parte dei terzi dell'esistenza di un rapporto di controllo;
- negli obblighi di motivazione imposti dall'art. 2497 *ter* c.c., che al fine di consentire una valutazione onnicomprensiva della correttezza dell'operazione intrapresa, sancisce un obbligo di 'analitica' motivazione delle decisioni delle società soggette ad attività di direzione e di coordinamento, quando da questa influenzate, e di una puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione;
- nell'art. 2497 *quater* c.c., che riconosce in favore del socio della società controllata il diritto di recesso a fronte delle modifiche rilevanti intervenute rispetto al quadro generale, vigente al momento dell'investimento originario;
- nell'art. 2497 *quinquies* c.c., che prevede la postergazione dei finanziamenti infragruppo rispetto al soddisfacimento degli altri creditori.

La lettura sistematica delle citate previsioni normative dimostra come esse siano funzionali alla esigenza di contemperare adeguatamente l'interesse di gruppo con gli interessi che gravitano attorno alle singole società controllate e garantire il rispetto dei principi di sana e corretta gestione societaria ed imprenditoriale, la cui violazione è fonte di responsabilità civile e penale quando nella valutazione del complessivo risultato della politica posta in essere dalla *holding*, i vantaggi che derivano dalla appartenenza al gruppo ed eventuali operazioni reintegratorie poste in essere, siano incapaci di compensare il pregiudizio subito dalla eterodiretta.

10. I vantaggi compensativi nella disciplina civile e penale: simmetrie e distonie.

Sebbene l'attività di direzione e di coordinamento della *holding*, sia stata riconosciuta tanto dal diritto civile quanto da quello penale, le esigenze di sussidiarietà del sistema penale hanno indotto il legislatore a fornire la clausola dei vantaggi compensativi di cui all'art. 2634, comma terzo, c.c. di più ampi orizzonti operativi.

Infatti, mentre nella disposizione civilistica dei vantaggi compensativi il legislatore ha privilegiato una dimensione di tipo aritmetico, nella causa di esclusione della responsabilità penale ha ampliato l'ambito operativo della clausola, estendendone i confini anche ai vantaggi 'fondatamente prevedibili'.

La responsabilità civile viene ad essere esclusa allorquando il 'danno' *risulta mancante alla luce del risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette*; diversamente, per quel che concerne la responsabilità penale, si è preferita una clausola che, seppur criticabile sul piano della tassatività e determinatezza, consente all'interprete di estendere il giudizio di atipicità sino a comprendere i vantaggi fondatamente prevedibili.

La rilevanza dei vantaggi 'fondatamente prevedibili' al fine della esclusione della responsabilità penale e la irrilevanza degli stessi ai fini della esclusione della responsabilità ex art. 2497 c.c., è espressione della conformità della disciplina penale al principio di *extrema ratio*; la nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale, infatti, abbandonando approdi di stampo formalistico è stata effettivamente capace di discernere gli atti soltanto formalmente lesivi delle oggettività giuridiche tutelate da quelli che, giacché offensivi, sono invece meritevoli di passare oltre le maglie selettive della tipicità penale.

Il legislatore penale societario è stato dunque capace di coniare una fattispecie rispettosa dei principi di offensività e colpevolezza selezionando le sole condotte

infedeli effettivamente idonee a cagionare «un'offesa significativa nei confronti dei beni presidiati dalla fattispecie penale»⁵³.

Tuttavia i forti e significativi momenti di interferenza tra la disciplina civilistica e quella penalistica dovuti all'ampio ricorso ad elementi di tipo normativo nella descrizione del fatto, sono causa tuttavia della scarsa determinatezza e tassatività della fattispecie penale.

Basti pensare che la dichiarata scelta astensionistica del legislatore societario, circa la impossibilità di inserire nel sistema una definizione di gruppo di impresa, motivata sulla base del fatto che sarebbe risultata un'inopportuna presa di posizione, a rischio di rapido anacronismo attesa «l'incessante evoluzione economica e giuridica del fenomeno» genera significativi dubbi sulla bontà della scelta legislativa sul piano della tecnica descrittiva del fatto penale.

L'incerta portata della nozione di gruppo di impresa, che seppur nella logica della non punibilità, concorre a delineare i confini del *Tatbestand* è causa della scarsa determinatezza della fattispecie penale.

Opinione questa, condivisa dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha sottolineato come «l'impropria antecedente temporale accordata dalla riforma delle norme penali societarie rispetto a quella delle norme civili si è peraltro risolta, di fatto, in una afasia contenutistica, in quanto anche l'art. 2634, terzo comma, cc, evoca il concetto di gruppo, senza definirlo»⁵⁴.

⁵³ Così, ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008, p.107. L'Autore, nello svolgere una ampia analisi sui confini della discrezionalità penale, evidenzia come nella ricognizione degli elementi del fatto tipico, debbano essere privilegiati elementi teleologici utili alla specificazione dei contenuti della fattispecie, avendo presente che la tipicità del modello di illecito esprime non solamente la sintesi descrittiva e contenutistica dell'illecito, ma anche i criteri per valutare e sussumere una fattispecie concreta in uno schema astratto di offensività.

⁵⁴ Così, Cass. Pen, Sez. V, 18.03.2005, n. 10688.

Capitolo terzo - I gruppi sul versante del diritto penale dell'economia

Sezione prima – I gruppi nel diritto penale societario e nell'esperienza straniera

Sommario: 1. Note introduttive - 2. I vantaggi compensativi nei gruppi di società nell'esperienza comparata. 2.1 segue: i gruppi nella riforma del diritto penale societario - 3. La clausola dei vantaggi compensativi - 4. I presupposti della rilevanza esimente dei vantaggi compensativi: la compensazione - 5. Le nozioni di 'vantaggi conseguiti' e 'vantaggi fondatamente prevedibili' ed il carattere del giudizio - 5.1 segue: i vantaggi conseguiti - 5.2 segue: i vantaggi fondatamente prevedibili - 6. I vantaggi fondatamente prevedibili nella giurisprudenza di legittimità - 7. L'inquadramento dogmatico della clausola dei vantaggi compensativi - 7.1 segue: i vantaggi compensativi come scusante o limite istituzionale della punibilità - 7.2 segue: i vantaggi compensativi come causa di esclusione della tipicità soggettiva. - 8. La clausola dei vantaggi compensativi come limite della offensività del fatto - 9. I vantaggi compensativi nel diritto penale societario: un bilancio critico.

1. Note introduttive

La maggiore novità del diritto penale societario in materia di gruppi di imprese è rappresentata dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale introdotta con il d.lgs. n. 61/2002 nell'art. 2634 c.c., che per la prima volta ha dato ingresso nel sistema penale italiano una causa di esclusione della responsabilità per le condotte infedeli perpetrate in seno a società soggette alla altrui attività di direzione e di coordinamento.

Precedentemente alla riforma pur esistendo nel nostro sistema una fattispecie capace di presidiare il patrimonio societario dagli abusi di poteri perpetrati da parte di soggetti investiti delle funzioni di amministrazione delle società commerciali non vi era spazio per i vantaggi compensativi infragruppo, con il rischio di riportare nell'alveo della punibilità anche fatti non meritevoli di sanzione penale.

La protezione del patrimonio era affidata, mediante l'abusata tecnica del rinvio, alle fattispecie previste dagli artt. 2322, 2624, 2630, comma secondo, n. 1 e 2631 c.c., le quali, punendo rispettivamente *la divulgazione di notizie sociali riservate, i prestiti e le garanzie della società, la violazione degli obblighi incombenti sugli amministratori ed il conflitto di interessi*, offrivano tuttavia una tutela estremamente frammentaria ed insufficiente ad assicurare una effettiva protezione del patrimonio sociale.

La fattispecie elettivamente deputata alla tutela del patrimonio era da individuarsi nell'art. 2631 c.c. che non garantiva presidio diretto alla preservazione ed al corretto utilizzo del patrimonio sociale ma risultava focalizzata sulla tutela del buon funzionamento del consiglio di amministrazione⁵⁵.

Il 'conflitto di interessi' era costruito quale reato di pericolo astratto e, pertanto, volto a presidiare la perpetrazione di atti, anche solo potenzialmente idonei a risolversi in un sacrificio degli interessi sociali. Tale costruzione precludeva, in radice, la strada a significative aperture alla teoria dei vantaggi compensativi, come ben messo in luce dall'analisi degli orientamenti giurisprudenziali formati nel vigore della vecchia fattispecie.

Significativa, sul punto, la sentenza del Tribunale di Roma⁵⁶, nella quale veniva evidenziato come «la *ratio* della tutela consiste nell'evitare che nel contrasto fra l'interesse proprio e quello della società, l'interesse proprio abbia per qualche aspetto a prevalere e si pone come una difesa avanzata verso atti di infedeltà o comunque diretti al vantaggio individuale con sacrificio di quell'interesse sociale che gli amministratori, quale che sia la natura del rapporto che li lega all'ente, devono in ogni caso perseguire... per raggiungere detti scopi di difesa, la norma è strutturata in modo che il reato si perfeziona nel solo fatto della deliberazione, indipendentemente dall'esito del voto e dal sussistere di un concreto pregiudizio per la società».

⁵⁵ Cfr., sul punto, MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 201, il quale ripercorre gli antecedenti normativi della fattispecie di infedeltà patrimoniale.

⁵⁶ Cfr., Tribunale di Roma, 21 maggio 1969, in *Arch. Pen.*, 1970, p. 146.

La ricostruzione ermeneutica dei profili di tipicità oggettiva e soggettiva del conflitto di interessi, completamente disancorata da canoni di concreta offensività, si presentava incapace di discernere le ipotesi di conflitto solo formale tra le diverse società del gruppo, da quelle effettivamente capaci di cagionare un pregiudizio patrimoniale meritevole di tutela penale.

Il carattere endemico del conflitto di interessi nei gruppi, di fronte all'incessante crescita della realtà fenomenologica dell'impresa conglomerata, rendeva improcrastinabile una maggiore attenzione penalistica al problema⁵⁷.

La fattispecie del conflitto di interessi di cui all'art. 2631 c.c., già fortemente criticabile sotto il profilo delle scelte di tecnica normativa, di fronte al fenomeno del gruppo di imprese, entrava definitivamente in crisi facendo rilevare la inesattezza delle letture scientifiche 'sdrammatizzanti', evidentemente motivate dalla constatazione della modestia bagatellare del trattamento sanzionatorio.

La scarsa entità della sanzione penale prevista per l'abrogata fattispecie, infatti, aveva fatto rilevare come, sebbene la fattispecie non fosse pienamente aderente al volto di un diritto penale conforme ai principi fondamentali, non destasse ragione di preoccupazione «rischiando al più di risultare come un'arma spuntata nelle mani del legislatore, che si limita ad imporre ai destinatari una regola che si potrebbe definire di galateo amministrativo, tutt'altro che vessatoria e accompagnata per di più da una ben mite sanzione penale»⁵⁸.

Le letture tranquillizzanti, tuttavia, entravano in crisi di fronte al fenomeno dei gruppi di impresa, all'interno dei quali, l'insorgenza del conflitto di interessi

⁵⁷ E' bene ricordare che il primo contributo scientifico della letteratura italiana, in merito ai profili di diritto penale societario dei gruppi di impresa si deve a PEDRAZZI, *Gruppo di impresa e responsabilità penali*, in *Disciplina giuridica del gruppo di impresa. Esperienze e proposte*, in *Atti del convegno di Bellagio del 19-20 giugno 1981*, Milano, 1982, p. 157 ss.; successivamente si segnalano in particolare, MILITIELLO, *Gruppi di società e diritto penale nella esperienza francese*, in *Riv. Soc.*, 1989, p. 729 s.; ID., *Aspetti penalistici della abusiva gestione dei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro It*, 1989, II, p. 423 ss.; FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. Soc.*, 1988, p. 471.

⁵⁸ Evidenza la presenza di orientamenti scientifici 'sdrammatizzanti', criticandoli, FOFFANI, *Conflitto di interessi: profili penali*, in AA.VV., *I gruppi di società, atti del convegno internazionale di Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Vol. II, p.1251.

assurge inevitabilmente ad accadimento sistematico e fisiologico, diventando elemento costante e ricorrente della vita societaria.

Al cospetto della realtà dei gruppi la disciplina penalistica sul conflitto di interessi si presentava squilibrata per difetto e per eccesso, essendo inadeguata a modellarsi alle peculiarità delle imprese conglomerate tanto nella fisiologia quanto nella patologia.

La dottrina che si era occupata del tema, in prospettiva di riforma, evidenziava che la regolamentazione dei gruppi per raggiungere risultati equilibrati, dovesse considerare che le imprese organizzate in forma di gruppo possono dar luogo a tre diversi fenomeni⁵⁹:

- il primo corrispondente alla vita ordinaria delle aggregazioni societarie: quello che, detto diversamente, rappresenta la fisiologia dei gruppi di impresa, in cui la attività di direzione e coordinamento della *holding* è finalizzata a perseguire obiettivi leciti⁶⁰;
- il secondo, di tipo intermedio che corrisponde alla zona grigia di confine che, a seconda dell'approccio di fondo alla tematica dei gruppi, può essere collocato nella fisiologia ovvero nella patologia; patologia intesa, tuttavia, quale governabile o conciliabile mediante aggiustamenti di tipo interpretativo o soluzioni di compromesso con la disciplina legale⁶¹;
- il terzo, infine, del tutto coincidente con l'area patologica del fenomeno dei gruppi di impresa che corrisponde a quelle ipotesi in cui il modello giuridico viene utilizzato a danno delle minoranze azionarie e dei creditori della società eterodiretta⁶².

⁵⁹ Cfr., FOFFANI, *op. ult. cit.*, p. 1252.

⁶⁰ Ancora, FOFFANI, *op. ult. cit.*, p. 1252.

⁶¹ Ci sembra questa la soluzione accolta dall'attuale tessuto normativo, nel quale il fattore 'gruppo' viene considerato quale fattore di frode o di giustificazione, riconoscendosi rilevanza esimente alle condotte infedeli perpetrate nell'ambito di gruppi o/e società collegate, non considerando ingiusto il profitto, perseguito dall'agente, quando compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili.

⁶² Ancora, cfr., FOFFANI, *op. ult. cit.*, p. 1252, il cui pensiero scientifico precedente alla riforma ci sembra abbia in parte influenzato le scelte legislative.

Il fatto che la disciplina penale del ‘confitto di interessi’ fosse costruita secondo canoni di tipo formalistico, ben lontani tanto da connotazioni di necessaria offensività delle condotte, quanto dalla effettiva efficienza ed efficacia dell’intervento punitivo, la rendeva inadeguata al raggiungimento degli obiettivi politico criminali perseguiti in ognuna delle forme di manifestazione della realtà dei gruppi di impresa.

Nel contrasto alla patologia, la disciplina si presentava del tutto inadeguata al raggiungimento degli obiettivi che si prefiggeva. La fattispecie mostrava, infatti, la profonda crisi dell’impianto normativo sotto il profilo della disarmante inadeguatezza per difetto della sanzione penale⁶³.

Quando, infatti, la realtà di gruppo viene fraudolentemente utilizzata per la realizzazione o la copertura di comportamenti illeciti di varia natura - mediante la creazione, ad esempio di sistemi di ‘scatole cinesi’ volti a favorire o ad occultare vere e proprie ‘spoliazioni di patrimonio’ delle singole società - ben difficilmente le condotte effettivamente perpetrate, riuscivano a essere sussunte nelle forme tipiche descritte dalla fattispecie legale, in quanto gli amministratori, espressione dei poteri di nomina della maggioranza, ben potevano elidere la disciplina legale, mediante la formale astensione dalla deliberazione del consiglio, facendo sì che la decisione risultasse formalmente rispettosa dei presidi formali imposti dalla legge penale.

Ma quand’anche, occasionalmente, si fosse riuscita a colpire la violazione dell’obbligo formale di astensione le dimensioni patologiche del fenomeno del gruppo di impresa ben difficilmente potevano essere prevenute e represses mediante l’utilizzo della sanzione penale. Quando la violazione di un obbligo di astensione o la perpetrazione di condotte infedeli avviene, infatti, nell’ambito di una più articolata e complessa vicenda di abuso di poteri sociali, di certo, non può risultare soddisfacente una soluzione normativa che, quand’anche riesca a superare

⁶³ Ci sembra utile evidenziare che nel previgente tessuto normativo la violazione dell’obbligo di astensione dell’amministratore portatore di un interesse in conflitto con quello della società era punita dall’art. 2631, comma primo, cc., con la multa da € 206 a 2065; se produttiva di un pregiudizio per la società, con la pena della reclusione fino a tre anni congiunta alla predetta pena pecuniaria.

la soglia preliminare della paralisi applicativa, consenta di punire la violazione di un obbligo formale, quando i concreti contorni della vicenda lasciano trasparire un abuso generale dei poteri e degli strumenti societari.

La punizione di obblighi soltanto formali manifesta, infatti, il suo lato più fragile sotto l'aspetto della riconoscibilità della funzione della sanzione penale, fondamentale affinché la minaccia di pena possa effettivamente sortire una proficua funzione di prevenzione generale, che viene annullata dalle dilatazioni artificiali del penalmente rilevante⁶⁴.

Del pari inadeguata, questa volta per eccesso, si profilava la disciplina del conflitto di interessi, nella fisiologia dei gruppi di impresa.

Il perseguimento di una strategia imprenditoriale unitaria, da individuarsi nella politica di gruppo, deve necessariamente tradursi in una alterazione o modificazione del comportamento societario e di mercato della singola unità sia quando a venire in gioco siano le relazioni con le altre società dello stesso gruppo, sia quando si tratti di operare verso l'esterno.

Infatti, sul versante oggettivo del rapporto, l'amministrazione della singola società monade risulta ispirata da una strategia trascendente e non confinabile nell'interesse sociale, andandosi ad inserire nell'ambito della gestione un interesse extrasociale (l'interesse di gruppo) che finisce per assumere una coloritura conflittuale.

Del pari, sul piano soggettivo, lo schema del conflitto di interessi appare incombente ogniqualvolta vi sia un visibile nesso formale o istituzionale che legghi la persona fisica di taluno degli amministratori ad una pluralità di organismi societari.

⁶⁴ Per i rapporti tra inoffensività dei fatti assurti al rango di illeciti penali, eccessiva dilatazione del penalmente rilevante e frustrazione delle funzioni di prevenzione generale, rimandiamo a PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 256, il quale evidenzia come la funzione di prevenzione generale «esprime in realtà un'esigenza, una linea di tendenza dell'ordinamento giuridico-penale, che è strettamente connessa alla natura delle offese per cui la pena è prevista».

Il previgente presidio penale manifestava, quindi, anche sul piano fisiologico, una radicale incompatibilità tra il modo di operare della realtà dei gruppi di impresa e la disciplina legale; con la rilevante conseguenza che, qualsivoglia deliberazione consiliare, concernente l'assetto dei rapporti interni al gruppo, secondo un'interpretazione formalistica, avrebbe dato luogo all'applicazione della disciplina (civile e penale) del conflitto di interessi, con effetti a dir poco paralizzanti.

Si rendeva, pertanto, necessaria una disciplina capace di prendere in carico il fenomeno dei gruppi in modo tale da rispettarne la realtà fattuale e contemperare gli interessi delle singole società controllate con quelli della *holding*, allineando la disciplina italiana a quella dei diritti dei (pochi) paesi stranieri in cui il vantaggio infragruppo veniva ritenuto rilevante ai fini della valutazione della liceità delle condotte.

2. I vantaggi compensativi nei gruppi di società nell' esperienza comparata.

L'analisi dei sistemi normativi stranieri rivela come, in realtà, solamente pochi ordinamenti abbiano preso espressamente in carico, sul versante del diritto penale dell'economia, la problematica dei gruppi di impresa e dei vantaggi compensativi.

Mentre, infatti, gli ordinamenti tedesco e francese hanno, da sempre, mostrato una certa sensibilità alla problematica relativa alla tutela del patrimonio sociale e degli abusi infragruppo, nell'ordinamento spagnolo e in quello anglo-americano, solo di recente il legislatore si è preoccupato di introdurre strumenti volti alla repressione di comportamenti di infedeltà gestoria senza, peraltro, offrire una soluzione positiva della problematica dei gruppi.

In altri termini, in ambito extranazionale e sul versante del diritto penale economico, si registra una scarsa attenzione al fenomeno dei gruppi di impresa, in

quanto, lo stesso, o non viene proprio ad essere preso in considerazione o, pur avendo dei referenti normativi che ne consentirebbero una potenziale applicazione, risulta scarsamente applicato sotto il profilo giurisprudenziale⁶⁵.

⁶⁵ Del resto, è proprio la figura di infedeltà patrimoniale che riceve una scarsa attenzione dai sistemi extranazionali, come messo in luce da MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 193 il quale evidenzia che volgendo lo sguardo ad altre esperienze normative, si scopre che le figure di infedeltà patrimoniale societaria compaiono solo nel sistema penale francese e nella legislazione spagnola, a parte la figura di infedeltà patrimoniale comune e societaria della legislazione svizzera ed austriaca (dove è punito specificamente l'abuso di potere o la violazione del dovere nella gestione del patrimonio altrui, quindi modelli 'tradizionalmente formali' d'infedeltà). Viceversa, le ipotesi 'specializzate' societarie, un tempo retaggio anche della normativa tedesca con la previsione della legge sulle società di capitali del 1937 (§ 294 AktG), preceduta dalla legge in tema di cooperative del 1889, nonché dalle disposizioni sulle società a responsabilità limitata (§ 81a GmbHG), furono, in quell'esperienza normativa, abbandonate progressivamente a partire dalla legge di riforma del 1965 che affidò la tutela, in modo completo, di nuovo, alla sola figura di cui al § 266 StGB. Più in particolare, lo schema normativo senza dubbio più articolato, quanto a previsioni, si rinviene in Francia dove accanto alla figura generale dell'appropriazione come reato contro il patrimonio (significativamente denominata, con approccio di nuovo formale, "abuso della fiducia" – *abus de confiance* -, con immediato raccordo alla violazione del rapporto di fiducia che lega il proprietario al gestore), esiste l'ipotesi di infedeltà sociale costituita dall'"abuso dei beni e dei poteri sociali" ("*abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*"), prevista da una legge speciale sulla disciplina delle società del 1966. Anche il legislatore spagnolo - come anticipato - ha di recente regolato la materia con una previsione speciale di infedeltà societaria contenuta nel codice penale del 1995 nell'ambito dei "delitos societarios" (art. 295). Di quest'ultima disposizione è importante sottolineare come, secondo un consolidato "criterio patrimonialistico", alla formale violazione dell'obbligo - abuso della funzione - che pure caratterizza il disvalore di condotta dell'incriminazione, deve seguire un danno diretto ed economicamente valutabile per i soci, che indubbiamente avvicina sotto questo specifico aspetto la descrizione del fatto punibile all'odierna previsione della legge italiana.

In sintesi: a) nella modellistica considerata trattasi sempre di ipotesi comunque costruite in senso formale che si fondano sul disvalore di condotta costituito dall'abuso di potere o dalla violazione di un dovere di fedeltà che lega il gestore, anche in qualità di organo societario, con il 'proprietario', con tecnica anticipata di tutela, vista la complessa articolazione degli interessi in gioco, e che solo in via riflessa tutelano il patrimonio come bene giuridico principale, anzi, quest'ultimo oggetto appare sullo sfondo come interesse-finale che al massimo la legge richiede venga messo in pericolo (nella versione tedesca) o comunque offeso mediante un'abusiva strumentalizzazione nell'uso dei beni sociali; b) lo schema d'incriminazione ondeggia tra figura "comune" di infedeltà patrimoniale e figura "societaria" (solo il modello francese le contempla entrambe, mediante *l'abus de confiance*, dopo che la legge di riforma tedesca del 1965 sulla disciplina delle società ha escluso la figura "speciale"). Da ciò ne segue che la concomitante previsione delle due ipotesi non è ritenuta essenziale per la tutela dei beni giuridici implicati nelle vicende di gestione infedele del patrimonio altrui: solo non è chiaro a quale dei due moduli, alternativamente, debba essere affidata con efficacia la tecnica d'intervento nel fenomeno criminoso.

Nell'ordinamento tedesco la definizione del fenomeno dei gruppi di società è contemplata nell'art. 18 dell'*Aktiengesetz* del 1965, il quale espressamente stabilisce che *'quando un'impresa dominante e una o più imprese dipendenti sono riunite sotto la direzione unitaria di un'impresa dominante, esse formano un gruppo; le singole imprese sono parte del gruppo'*⁶⁶. Dunque, il concetto di 'dipendenza' di una società, nell'ambito del gruppo, viene ancorato alla 'direzione unitaria', esercitata da un'altra società, la capogruppo, la cui direzione, difettando di una definizione normativa, si presume *iuris tantum* in presenza di un controllo azionario o contrattuale ex art. 17 *AktG*⁶⁷.

Tuttavia, nonostante la presenza di una espressa nozione di gruppo di società, per alcuni versi simile a quella prevista dal sistema italiano, in quanto enucleata dalla nozione di direzione unitaria, la disciplina tedesca dei gruppi non ha ricevuto applicazione in relazione alla fattispecie di infedeltà patrimoniale, la quale al § 266 *StGB* stabilisce che *'chiunque abusa del potere di disporre di un patrimonio altrui o di obbligare altri, conferitogli per legge, per ordine dell'autorità o per negozio giuridico, ovvero viola gli obblighi di curare gli interessi patrimoniali altrui, dei quali è investito in forza di legge, di un ordine dell'autorità, di un negozio giuridico o di un obbligo di fedeltà, arrecando con ciò pregiudizio a colui del quale deve curare gli interessi patrimoniali, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria'*⁶⁸.

La ragione della scarsa applicazione della disciplina dei gruppi in relazione alla fattispecie di infedeltà patrimoniale viene individuata comunemente nella

⁶⁶ Per i riferimenti ai gruppi di società nel sistema tedesco, cfr., FOFFANI, *infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di imprese*, cit., p. 242; BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 89.

⁶⁷ Sul punto, ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi di società ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, cit., p. 25, ha sottolineato come nell'ordinamento tedesco il concetto di gruppo sia meglio definito e collocato nell'ambito del diritto d'impresa, piuttosto che in quello societario e, a dimostrazione, ha richiamato la giurisprudenza tedesca (il caso TBB 1993) ove viene fatto ampio uso di concetti mutuati dal diritto dell'impresa, al fine di sanare la contraddizione cui è caduta la disciplina legislativa che ha regolamentato i gruppi *esclusivamente nell'ambito societario e addirittura soltanto in quello delle società per azioni*. Cfr., altresì, P. LUTTER, *Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza*, in *Riv. soc.*, 1975, 1295 e ss.

⁶⁸ Per la traduzione, cfr., BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, cit., p. 89.

circostanza che in Germania solamente poche aggregazioni di imprese hanno effettivamente optato per il modello di gruppo contrattuale, dando preferenza, per la maggior parte dei casi, al gruppo di fatto. Si evidenzia, poi, che la disciplina tedesca ha preso in carico il fenomeno dei gruppi solamente con riferimento all'impresa, lasciando fuori dalla regolamentazione le società a responsabilità limitata che costituiscono il modello societario maggiormente utilizzato⁶⁹.

La soluzione accolta dall'ordinamento francese si pone, invece, agli antipodi di quella germanica: il legislatore, a fronte della inadeguatezza messa in luce dal comune delitto di *abus de confiance*⁷⁰ – previsto dall'art. 314-1 del vigente codice penale francese – a reprimere le multiformi condotte di frode, ha privilegiato l'approccio societario, prevedendo l'infedeltà patrimoniale, quale *abus de biens, du crédit, des pouvoirs et des voix*, tanto per le società a responsabilità limitata, quanto per le società anonime e in accomandita per azioni⁷¹.

⁶⁹ Tali ragioni sono messe in evidenza nella meticolosa analisi comparatistica svolta da FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa, cit.*, p. 270.

⁷⁰ L'art. 314-1 così recita: *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.*

La norma, senza riferirsi a contratti specifici, ma usando una formula ampia ed estensiva, reprime la 'violazione della fiducia', ossia di chi distrae, a pregiudizio altrui, fondi monetari, valori o un bene qualsiasi che gli siano stati affidati e riguardo ai quali abbia accettato l'incarico di restituirli, di rappresentarli o di farne un uso determinato. È dunque punita la sottrazione di denaro o di un bene che viene restituito quando ormai è divenuto inutilizzabile: si è in presenza di un atto fraudolento che impedisce alla vittima di esercitare i suoi poteri sulla cosa. La norma, nella sua ampia estensione, è applicabile anche agli abusi commessi nell'ambito delle società di persone (non contemplate dal *Code de Commerce*) e a tutti quei casi in cui non è possibile ricorrere all'*abus de bien sociaux*.

⁷¹ L'una e l'altra delle condotte sono contemplate, rispettivamente, nell'art. 241-3, n. 4 e 5 e nell'art. 242-6, n. 3 e 4 del *Code de Commerce*, che così dispongono: (241-3) al quarto comma è punito ... *il fatto dei gestori che, in mala fede, fanno un uso dei beni o del credito della società, in modo contrario agli interessi della stessa per fini personali o per favorire un'altra società o una impresa, nella quale sono interessati direttamente o indirettamente*. Il quinto comma prevede la stessa pena per *i gestori che, sempre in mala fede, fanno un uso dei propri poteri contrario all'interesse della società per fini personali o per favorire un'altra società o impresa in cui suino interessati direttamente o indirettamente*; (242-6) *sono puniti, ai commi 3 e 4, e sempre con le stesse pene, il presidente, gli amministratori o i direttori generali di una società anonima che si siano resi responsabili degli identici fatti di abuso di beni sociali o di credito e di abuso di poteri previsti dall'art. 241-3.*

Nonostante questo sia il sostrato normativo francese, anche nel *Code de Commerce* manca una disciplina composita del fenomeno di gruppo.

Tuttavia la giurisprudenza francese, già da tempo, ha colmato in via esegetica il vuoto legislativo, escludendo profili di responsabilità analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento con la previsione dei vantaggi compensativi, quando ‘*il concorso finanziario apportato dai dirigenti di fatto o di diritto di una società, ad un'altra impresa di uno stesso gruppo ... è dettato da un interesse economico, sociale o finanziario comune ...*’⁷²; ciò nondimeno nell’ordinamento d’oltralpe il fenomeno di gruppo continua a non essere positivizzato⁷³.

Pertanto, nel sistema francese, pur essendo la disciplina dei vantaggi compensativi nei gruppi il frutto di operazioni esegetiche, la responsabilità penale viene esclusa ogni qualvolta, in presenza di una struttura economica volta al perseguimento di una politica imprenditoriale unitaria, ‘l’abuso dei beni’ sia bilanciato da contropartite che giustifichino o neutralizzino il sacrificio nell’immediato imposto alla eterodiretta.

Il sistema spagnolo, dal suo canto, pur avendo una figura di infedeltà per alcuni versi vicina a quella italiana all’art. 295 *Codigo penal*, la quale punisce ‘*gli amministratori di fatto e di diritto o i soci di qualsiasi società costruita o in fase di costruzione, che a proprio beneficio o a beneficio di terzi, con abuso delle funzioni proprie o della propria carica, dispongano fraudolentemente dei beni della società o contraggano obbligazioni a carico di questa, causando direttamente un pregiudizio economicamente quantificabile ai loro soci, depositari associati, o titolari di beni o capitale amministrato*’⁷⁴, non contiene,

⁷² Cass. Crim, 4 febbraio 1985; la pronuncia è riportata da MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell’esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 760 ss.

⁷³ FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione di impresa*, cit., 320 e ss.

⁷⁴ La traduzione italiana del testo è di FERNANDO CABANA, *Consenso dell’assemblea dei soci e amministrazione fraudolenta di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p.109.

tuttavia, una definizione capace di prendere in carico il fenomeno dei gruppi di impresa, sul versante penale⁷⁵.

Nel sistema spagnolo, infatti, il gruppo di società trova una definizione solo nella legislazione fiscale, ove viene descritto come *il complesso di società anonime, limitate ed in accomandita per azioni residenti nel territorio spagnolo formato da una società dominante e da società dipendenti della medesima* e nel *Codigo de Comercio* che, all'art. 42, si occupa del gruppo consolidabile; manca tuttavia una disposizione simile a quella italiana sui vantaggi compensativi che consenta una esenzione di pena per le condotte di *administracion desleal* perpetrate nell'ambito di un gruppo.

Parte della dottrina spagnola, tuttavia, tende ad escludere la rilevanza penale delle condotte infragruppo, facendo leva, sull'elemento di tipicità del fatto del 'pregiudizio economicamente quantificabile' presente all'interno della fattispecie di *administracion desleal*⁷⁶.

Le problematiche fino ad ora evidenziate non possono certo dirsi estranee agli ordinamenti di *common law*, ove la disciplina dei gruppi risulta, se possibile, ancora meno evoluta.

Nonostante i numerosi scandali finanziari degli ultimi anni, infatti, negli Stati Uniti manca addirittura la garanzia di una sanzione penale per tutte quelle condotte sussumibili nella fattispecie di infedeltà patrimoniale⁷⁷.

⁷⁵ In generale sulla fattispecie, cfr., CASTRO MORENO, *El delicto societario de administracion disleal*, Madrid, 1998, *passim*.

⁷⁶ E' questa l'opinione di JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, rinvenibile in *Comentarios al codigo penal* a cura di Manuel Cobo Del Rosal, che evidenzia come il sistema spagnolo, tuttavia, sotto il profilo dell'evoluzione normativa della disciplina dei gruppi, risulta arretrato e non comparabile a quello italiano.

Invece, un profilo di pregio della disciplina spagnola è dato dall'utilizzo di una scelta di tipo centripeto, in quanto le fattispecie di diritto penale dell'economia sono state inserite all'interno del codice penale, nel quale risultano altresì presenti clausole generali, quale quella di cui all'art. 31 *Codigo penal*, sui soggetti di fatto, in forza della quale è possibile estendere alla *holding* la responsabilità per i reati commessi dalle controllate strumentalizzate.

⁷⁷ Difatti, nell'ordinamento statunitense la crisi delle *big corporations* e la sfiducia degli operatori finanziari nel mercato, anziché sollecitare l'introduzione di una disciplina organica di settore, ha spinto il legislatore ad apportare modifiche a isolati aspetti della disciplina finanziaria, come

Solo a livello federale⁷⁸ si registra la presenza della sect 402 del Sarbanes-Oxley Act del 2002 (*'Enhanced Conflict of interest provisions'*)⁷⁹, che riguarda, tuttavia, una fattispecie embrionale di infedeltà patrimoniale ossia il divieto di erogazione di prestiti. Invero, gli amministratori sono soggetti soltanto ad una responsabilità civile per il caso in cui abbiano agito violando le regole della *fairness*.

La situazione non muta in Gran Bretagna ove è prevista, addirittura, solo una sanzione amministrativa pecuniaria a carico degli amministratori che abbiano taciuto l'esistenza e la natura del conflitto di interesse (sect 317 *Companies Act* del 1985⁸⁰), ed una sanzione penale per la violazione del divieto di erogare prestiti agli amministratori.

quello delle consulenze e delle revisioni contabili delle società quotate in borsa, con lo scopo di ridotare l'informativa del mercato finanziario di quel margine di certezze che consentisse di apprezzarne l'affidabilità e di promuovere la correttezza di tutti quei soggetti che, avvalendosi della veste di amministratori, di consulenti o di controllori dell'attività di impresa, operano nei mercati finanziari.

⁷⁸ Il sistema penale statunitense è a struttura federale alla quale si affianca la presenza di numerose norme nazionali. La legislazione dei singoli stati membri si applica: i) se il reato è commesso e si consuma entro i confini del singolo Stato, senza coinvolgere le autorità federali; ii) se il legislatore federale non ha disciplinato una data materia e questa non rientra tra quelle di sua esclusiva competenza; iii) nell'ipotesi in cui il legislatore federale ha dettato una cornice generale, che deve poi essere riempita dalla normativa di dettaglio, emanata dal singolo legislatore statale. Viceversa, la disciplina dei rapporti e degli affari interni di una società nonché i poteri e le responsabilità degli amministratori è riservata sempre all'ordinamento giuridico dello Stato nel quale la società è costituita. A tale varietà di disposizioni pongono rimedio alcune spinte armonizzatrici del diritto societario statunitense: il *Model Business Corporation Act* del 1984 recepito in buona parte degli *States* e l'*American Law Institute*, una associazione fondata nel 1923 e composta da giudici, professori universitari e avvocati che, attraverso i suoi *Restatements of the Law* svolge lo specifico ruolo di ubicazione del diritto societario statunitense. Sul punto cfr. GHEZZI, *I 'doveri fiduciari' degli amministratori nei 'Principles of Corporate Governance'*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 467 e ss.

⁷⁹ Tale provvedimento prevede un incremento degli obblighi di comunicazione, un inasprimento delle sanzioni per i reati finanziari, l'istituzione di una specifica Commissione per le aziende di revisione e tutta una serie di norme per una maggiore affidabilità delle attività di controllo contabile.

⁸⁰ In particolare, la *sect 317* punisce con la sanzione pecuniaria l'amministratore, di diritto o di fatto, che non ottempera all'obbligo di comunicare agli altri amministratori, al primo consiglio di amministrazione successivo all'insorgenza del conflitto, di avere, direttamente o indirettamente, un interesse personale in un contratto già concluso, o in via di conclusione, che coinvolge la società. Il *Companies Act* del 1985 rappresenta, infatti, la principale fonte di obblighi e di divieti a tutela del corretto comportamento degli amministratori.

Lo stesso *gap* di tutela si ritrova anche nella disciplina dei gruppi, di cui manca una autonoma definizione legislativa disancorata dal semplice e differente ‘controllo di maggioranza’. In assenza di una disciplina dedicata, è chiaro che il fenomeno infragruppo viene analizzato ricorrendo a strumenti e principi applicati alle singole società. In altri termini, i doveri di diligenza e di lealtà (c.d. *duty of care* e *duty of loyalty*) – di elaborazione peraltro giurisprudenziale – che, nell’ambito delle società singole legano gli amministratori e gli azionisti di maggioranza agli azionisti di minoranza, applicati al fenomeno dei gruppi, correlano maggioranza e amministratori della società controllante a quella controllata.

L’applicazione di tali c.d. *fiduciary duties* al fenomeno del gruppo comporta l’obbligo per la controllante, nell’esercizio del proprio potere di supremazia sulle controllate o *subsidiaries*, di tenere un comportamento improntato ai canoni di diligenza e lealtà, tale per cui gli è fatto divieto di anteporre il proprio interesse personale a quello delle controllate e degli azionisti di minoranza o comunque del gruppo unitariamente considerato, al fine di conseguire un vantaggio suo esclusivo in danno di coloro verso i quali doveva agire secondo diligenza⁸¹.

Sebbene la problematica dei gruppi sia stata affrontata anche dall’*American Law Institute*, al fine della enucleazione dei criteri dei *fiduciary duties*⁸² della società controllante (*parent*) nei confronti della controllata

⁸¹ I profili del diritto statunitense risultano ben evidenziati da BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 99.

⁸² In particolare, nel capitolo 3 della parte V dei *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* al §5.10 – che si occupa delle transazioni infragruppo – viene fornita una definizione di *fairness* (correttezza), riferita alla gestione di gruppo, in cui si afferma che la *parent* si comporta correttamente nei confronti della *subsidiary* quando i termini dell’operazione si dimostrino *fair* per quest’ultima sotto il profilo economico e dell’informazione e non *fraudolent*, oppure quando l’atto è stato autorizzato preventivamente o ratificato da azionisti disinteressati, a seguito della *disclosure* delle caratteristiche della transazione della presenza del conflitto di interessi.

Il § 5.11 vieta, poi, alla controllante di utilizzare beni o informazioni riservate della controllata ovvero di servirsi dei poteri che le derivano dal possesso del pacchetto di controllo per conseguire un proprio esclusivo beneficio economico, a meno che la «controllata venga indennizzata» ovvero «i benefici conseguiti siano proporzionalmente ripartiti con gli azionisti di minoranza». In ordine al risarcimento dei danni cagionati alla controllata dall’abuso della controllante dei propri poteri, si

(*subsidiary*) resta tuttavia la considerazione per cui anche nei sistemi di *common law* non esiste, ad oggi, una definizione di ‘gruppo’: il concetto rilevante per stabilire quando una società è da considerare *subsidiary* o quando *holding* è piuttosto, come detto, quello di ‘controllo’.

2.1 I gruppi nella riforma del diritto penale societario

Ben conscio della necessità di una specifica regolamentazione del fenomeno dei gruppi, il legislatore italiano con il d.lgs. n. 61/2002, novellando uno dei principali settori del diritto penale dell’economia ha preso espressamente in carico il fenomeno dei gruppi di società che viene ad essere assunto ad elemento di tipicità del fatto nelle false comunicazioni sociali⁸³ e nella fattispecie di infedeltà patrimoniale.

Mediante il terzo comma dell’art. 2634 c.c., il legislatore ha recepito la teoria dei vantaggi compensativi, sviluppata in dottrina e nella giurisprudenza civile precedente alla riforma.

La scelta di inserire nella fattispecie di infedeltà patrimoniale la causa di esclusione della responsabilità penale dei vantaggi compensativi risulta una scelta perfettamente allineata all’obiettivo politico criminale di polarizzare l’intervento

prevede che quest’ultima risponderà verso la prima nei limiti dei benefici impropriamente ricevuti e trattenuti, tranne nel caso in cui sia prevedibile che i danni da essa provocati alla controllata eccedano i benefici economici conseguiti da quest’ultima.

Da ultimo, il § 5.12 vieta alla controllante di appropriarsi della *corporate opportunity* della controllata, ossia delle possibilità di profitto o meglio delle occasioni commerciali che la controllata ha ricevuto o sviluppato autonomamente e su cui ha una sorta di aspettativa. Anche in questo caso, l’appropriazione risulta corretta se l’utilizzo dell’opportunità è stato previamente autorizzato o ratificato da azionisti indipendenti debitamente informati della presenza di un conflitto di interessi e delle caratteristiche dell’opportunità di impresa. Cfr., ancora, BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 99 ss.

⁸³ Gli artt. 2621 e 2622 c.c., estendono l’oggetto delle falsità alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo alla quale appartiene, così dimostrando anche sotto il profilo della tutela dell’interesse alla trasparenza dell’informazione societaria, l’attenzione del legislatore al ‘fattore gruppo’.

penale attorno alla tutela di interessi ben definiti e prediligere la selezione di modalità comportamentali direttamente offensive dei singoli beni giuridici.

La fattispecie di cui all'art. 2634 c.c., infatti, essendo costruita sulla base di forti coefficienti selettivi della tipicità oggettiva e soggettiva si allinea all'obiettivo di riforma di costruire un *diritto penale societario minimo*, incentrato sulla tutela ristretta ed effettiva di beni giuridici tradizionali⁸⁴.

La sola presenza di una situazione di conflitto di interessi non è oggi, a differenza del passato, condizione sufficiente ad integrare la tipicità del fatto, neppure sotto il profilo oggettivo della fattispecie, ma l'offesa nei confronti del bene giuridico presidiato dalla fattispecie penale viene ancorata alla effettiva causazione di un danno di stampo patrimoniale.

Per la selezione delle condotte effettivamente capaci della produzione dell'offesa nei confronti del bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale, il legislatore ha costruito la fattispecie di infedeltà su rigidi coefficienti selettivi della tipicità oggettiva e soggettiva, dati segnatamente: dalla presenza di una preesistente situazione di conflitto di interessi; dal compiere o concorrere a deliberare atti di disposizione dei beni sociali; dall'evento, dato dalla produzione di un danno di stampo patrimoniale; nonché, sotto il profilo soggettivo, da un dolo specifico costituito dal *fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio* e da un dolo intenzionale di danno.

Nella economia di una fattispecie così fortemente selettiva dei fatti oggetto del divieto penale, la presenza di una clausola dei vantaggi compensativi, volta a prendere in carico il fenomeno dei gruppi di imprese, è stata ritenuta una scelta quanto mai opportuna dai commentatori della riforma⁸⁵.

⁸⁴ Cfr., ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2008, p. 108, il quale evidenzia come l'obiettivo di costruire un diritto penale societario minimo costituisca uno degli assi portanti delle scelte legislative.

⁸⁵ Cfr. sul punto tra gli altri, ABRIANI, *Riforma societaria e nuovo diritto penale commerciale*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003, p. 231; ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società, D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Alessandri, Milano, 2002, p.12; PEDRAZZI, *Prefazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società, cit.*, p. XX; PULITANÒ,

Con il terzo comma dell'art. 2634 c.c., il legislatore novellante sancendo che *'in ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo'*, ha imposto/consentito che nella valutazione dell'ingiustizia del profitto, debba essere verificato che il danno subito nell'immediato dalla società apparentemente sacrificata, non risulti compensato da concreti vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Così che dovrà ritenersi 'giusto' il profitto ogni qual volta il danno subito dalla società eterodiretta risulti compensato e, pertanto, la condotta perpetrata dagli organi tenuti al dovere di fedeltà non sia espressiva del perseguimento di interessi estranei e confliggenti con l'interesse sociale, nella sua accezione ampiamente considerata⁸⁶.

3. La clausola dei vantaggi compensativi.

Ci sentiamo di asserire che sul versante penale societario il legislatore delegato ha recepito la teoria dei vantaggi compensativi in maniera ben più ampia ed omnicomprensiva rispetto al legislatore civile.

Facendo riferimento, oltre che ai vantaggi conseguiti anche ai vantaggi fondatamente prevedibili, sul versante penalistico sono state condivise le osservazioni della letteratura scientifica commercialistica, la quale, precedentemente alla riforma aveva evidenziato che la teoria dei vantaggi compensativi non è teoria dell'indennizzo, non imponendo di quantificare in termini numerici il pregiudizio e di risarcirlo in danaro⁸⁷; si poneva in rilievo,

Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato, in *Guida al dir.*, 2001, p. 9; FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

⁸⁶ Alla medesima conclusione giunge BENUSSI, *op. ult. cit.*, p. 235.

⁸⁷ MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 731.

infatti, come *la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica generale del gruppo di medio-lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione, ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo*⁸⁸.

La costruzione della clausola dei vantaggi compensativi in ambito penale quale causa di esclusione della responsabilità focalizzata non soltanto sul presupposto applicativo dei vantaggi conseguiti ma anche su quello dei vantaggi fondatamente prevedibili, rende possibile che la verifica del bilanciamento tra il vantaggio ed il pregiudizio possa essere condotta anche in termini di ragionevole probabilità in vista di una compensazione, anche futura, non necessariamente proporzionale al pregiudizio nell'immediato subito.

Il legislatore ha escluso la dimensione di tipicità del reato ogni qual volta il pregiudizio nell'immediato imposto ad una società controllata, derivante dall'atto di disposizione posto in essere dai suoi organi amministrativi, fosse stato compensato o compensabile in futuro, da vantaggi per l'intero gruppo; in tali ipotesi, infatti, non si è in presenza di un interesse estraneo all'interesse sociale, ma di un interesse, che essendo solo 'formalmente terzo', viene ricondotto per effetto di una logica di gruppo a quello della società pregiudicata tenendo conto dell'insieme dei rapporti infragruppo; dei vantaggi assicurati dall'appartenenza al gruppo; delle compensazioni anche indirette, passate o future, idonee a compensare i sacrifici subiti.

Il legislatore, tuttavia, ben conscio del fatto che molto spesso la logica dell'interesse di gruppo viene evocata per nascondere il compimento di operazioni illecite, ha ancorato l'operatività della clausola dei vantaggi compensativi alla presenza di ben precisi presupposti operativi da individuarsi: nella compensazione e nella presenza di vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dalla appartenenza al gruppo.

⁸⁸ Così MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 731.

Gli sforzi legislativi sono stati proiettati a costruire una causa di esclusione della responsabilità penale, capace di contemperare gli interessi del gruppo con quelli delle società controllate, mediante dei parametri di valutazione della liceità delle condotte di tipo elastico e non rigidamente quantitativo: il prodotto normativo che ne è derivato è una causa di esclusione della responsabilità penale orbitante tra parametri di tipo oggettivo (i vantaggi conseguiti) e di tipo probabilistico (i vantaggi fondatamente prevedibili); così da riconoscere una massima potenzialità espansiva, ai fini della esclusione della rilevanza penale, al fenomeno gruppo.

Tuttavia, le scelte di politica criminale si sono mosse anche nel senso di contemperare l'interesse ad un pieno riconoscimento delle politiche di gruppo con quello alla repressione delle condotte offensive del patrimonio sociale; ragion per cui i presupposti per l'applicazione della causa di esclusione della responsabilità, anche quando proiettati al futuro sono stati costruiti facendo ricorso al requisito della 'fondatezza', richiedendo agli organi gestori valutazioni che, anche se probabilistiche, devono risultare fondate su elementi sicuri e noti al momento in cui l'operazione viene effettuata; su elementi capaci, cioè, di garantire che il riequilibrio delle 'posizioni' economiche, patrimoniali e finanziarie delle singole società del gruppo non sia meramente virtuale o ipotetico ma assuma connotati di una vera e propria credibilità nazionale⁸⁹.

Il pensiero di fondo che innerva il tessuto normativo ci sembra essere quello di contemperare la necessaria libertà delle scelte strategiche della *holding* con le esigenze di difesa del patrimonio sociale delle società controllate.

L'indubbia circostanza che la società controllata o dipendente svolge la propria attività di impresa all'interno di un gruppo, così sfruttando l'organizzazione e le potenzialità di sviluppo delle altre consociate deve, infatti, essere confrontata con i rischi che possono derivare da attività volte a mascherare, dietro un evanescente interesse di gruppo, attività illecite finalizzate a creare pregiudizio al patrimonio delle singole società eterodirette e, di conseguenza, ai

⁸⁹ Così, BENUSSI, *op. ult. cit.*, p.253.

soci di minoranza ed ai creditori delle stesse, i quali risultano indirettamente presidiati dalla minaccia della sanzione penale.

Il problema è stato quindi quello di creare una causa di esclusione della responsabilità penale ancorandola a ben precisi presupposti operativi, al fine di contemperare le riferite necessità di politica criminale con l'obiettivo di dare massimo riconoscimento alla politica di gruppo. Per far ciò si è riconosciuto, anche sul versante penalistico, un interesse alla direzione unitaria della *holding*, capace di fondare una esenzione della responsabilità, ma nel contempo è stata disegnata la linea oltre la quale il potere di direzione unitaria della capogruppo, deborda dai confini del lecito per seguire rotte di indebita coartazione delle singole sfere di autodeterminazione delle società controllate, sconfinando quindi nell'abuso di direzione unitaria.

4. I presupposti della rilevanza esimente dei vantaggi compensativi: la compensazione.

Il terzo comma dell'art. 2634 c.c., ha richiesto che nella valutazione della ingiustizia (o meno) del profitto, si dovesse verificare che esso sia 'compensato' da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dalla appartenenza al gruppo.

La nozione di compensazione che compare all'interno della infedeltà infragruppo, deve essere intesa in senso molto più ampio rispetto all'istituto generale di cui agli artt. 1241 ss., c.c., come dimostrato dalla lettura, in chiave sistematica, della disciplina penale e civile, che ancora la valutazione della liceità della direzione unitaria, al 'risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento'.

L'impianto normativo varato con il d.lgs. 61/2002, infatti, sebbene appaia perseguire l'obiettivo di una autonomia del diritto penale rispetto al sottosettore di riferimento deve necessariamente essere interpretato alla luce della disciplina del

diritto societario, la quale, nella valutazione della liceità della direzione unitaria pone un parametro di tipo complessivo.

Interpretando la nozione di compensazione nella sua accezione civilistica, si rischierebbe di raggiungere il paradossale risultato di ritenere determinate condotte lecite civilmente ma non penalmente: se infatti, la disciplina civilistica impone di verificare i presupposti della responsabilità da abuso di direzione unitaria della *holding* sulla base del ‘risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento’, ove la nozione penalistica di compensazione fosse interpretata nella sua accezione data dal diritto civile, sarebbe giocoforza concludere che vi saranno ipotesi in cui, pur essendo la condotta degli amministratori esclusa dalla causa di esclusione della responsabilità civile, non potrà ritenersi esclusa la responsabilità penale.

Del resto, alle medesime conclusioni si giunge allorché la nozione di ‘compensazione’ viene posta in relazione agli altri elementi contenuti nel terzo comma dell’art. 2634 c.c., il quale, ai fini della valutazione della sussistenza dei vantaggi compensativi adotta, oltre al parametro dei ‘vantaggi conseguiti’, anche quello dei vantaggi ‘fondatamente prevedibili’.

Se la dinamica dei vantaggi compensativi, così come recepita dal legislatore penale societario, ammette che la verifica della compensazione tra il pregiudizio subito ed i vantaggi possa essere condotta anche in termini di ragionevole probabilità, appare evidente la autonomia della nozione penalistica di compensazione rispetto a quella dettata dal codice civile, la quale la definisce secondo canoni di tipo matematico - aritmetici.

Se la norma, infatti, prende in considerazione anche vantaggi non ancora conseguiti, appare evidente la impossibilità di poter operare una compensazione (nel senso aritmetico del termine), *a priori*, in termini di previsione, per valutare la attitudine dei vantaggi ad elidere i danni causati dal compimento dell’atto dispositivo.

Ci sembra pertanto che la compensazione a cui ha fatto riferimento il terzo comma dell’art. 2634 c.c. sia nozione che lungi dal gravitare attorno a canoni

aritmetici abbia introdotto un parametro di tipo economico – funzionale per discernere le operazioni soltanto formalmente infedeli, da quelle effettivamente offensive dell’oggettività giuridica tutelata.

Il giudizio di tipicità deve necessariamente essere condotto sulla base della logica del bilanciamento degli interessi: così che vi saranno ipotesi in cui la condotta, ancorché idonea a cagionare un pregiudizio diretto ad una delle società del gruppo, risulterà atipica in quanto compensata da vantaggi, ed ipotesi in cui le condotte infedeli, essendo invece espressione di direttive inconciliabili con l’interesse delle singole società, saranno destinate ad entrare nello spettro di tipicità penale.

La rilevanza esimente dei vantaggi compensativi non costituisce infatti un espediente teso ad eludere i presidi penali posti a tutela del patrimonio sociale ma solamente un canone interpretativo volto a colmare lo scarto tra l’eccesso di tutela della disciplina formale del reato e la effettiva offensività delle condotte del caso concreto, mediante una ottica di bilanciamento degli interessi in conflitto.

Questa opinione appare anche recepita dalla più recente giurisprudenza di legittimità ad avviso della quale «a fronte delle dinamiche tipiche del fenomeno dei gruppi, caratterizzate da continui interscambi tra le diverse componenti, non sarebbe corretto isolare - considerandolo come fonte di responsabilità - il singolo atto, pur di per sé dannoso per la società che lo compie, ma occorrerebbe tener conto dei ritorni di utilità connessi all'appartenenza al gruppo, che possono comportare, in una valutazione globale, un sostanziale riequilibrio di vantaggi e svantaggi patrimoniali»⁹⁰.

L’operazione ermeneutica, tesa alla verifica della intervenuta ‘compensazione’, prende naturalmente in esame anche parametri di tipo aritmetico che tuttavia non ci sembra rappresentino il baricentro del giudizio di bilanciamento.

I vantaggi presi in considerazione mantengono una correlazione con criteri aritmetico – matematici solamente nella misura in cui la loro ‘entità’ non deve

⁹⁰ Così, Cass. Pen, Sez. V, 18.03.2005, n. 10688.

mostrarli economicamente irrisori ma di consistenza tale da giustificare il ricorso al criterio del bilanciamento di interessi contrapposti.

Appare questa la opinione anche della Corte di Cassazione che ha evidenziato come «la disposizione del terzo comma dell'articolo 2634 c.c., infatti, trova applicazione in presenza di concreti vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società, non essendo sufficiente la mera speranza, ma che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta siano "conseguiti" o "prevedibili" "fondatamente" e, cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa: deve trattarsi, quindi, di una previsione di sostanziale certezza»⁹¹.

5. Le nozioni di ‘vantaggi conseguiti’ e ‘vantaggi fondatamente prevedibili’ ed il carattere del giudizio.

Tra i presupposti operativi della causa di esclusione della responsabilità penale compaiono i ‘vantaggi conseguiti’ e quelli ‘fondatamente prevedibili’.

La valutazione della liceità dell'operazione infragruppo e quindi dell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, non è più legata al mero conflitto di interessi quale criterio di valutazione episodica di una determinata operazione ma è rimessa, in via alternativa, a due differenti parametri di giudizio capaci di tenere in conto i comuni interessi economici perseguiti dalle differenti società nello svolgimento della loro attività coordinata ed improntata ad una unità di indirizzo.

Il legislatore ha individuato un parametro di carattere oggettivo (il vantaggio conseguito) ancorato ad un dato certo e prospetticamente orientato al passato ed un parametro di stampo probabilistico (i vantaggi fondatamente

⁹¹ Così, Cass. Pen, Sez. V, 23.06.2003, n. 38110.

prevedibili) volto a dare rilievo anche ai vantaggi che possano derivare in futuro alla società dall'appartenenza al gruppo⁹².

L'utilizzazione di parametri operanti su piani tra di loro differenti rende ragione del fatto che il vantaggio compensativo non deve necessariamente trovare la sua causa nel medesimo atto che ha cagionato la diminuzione patrimoniale ma che anche un atto differente da quello produttivo del danno può generare effetti compensativi idonei a neutralizzare il danno prodotto. Se, infatti, nella causa di esclusione della responsabilità penale si è riconosciuta rilevanza anche a vantaggi di tipo futuro, che magari possono essere programmati al momento del compimento del fatto ma si concretizzeranno comunque in tempi successivi, ci sembra che anche un atto differente da quello produttivo del danno possa compensare un'operazione 'infedele' posta in essere dagli organi sociali.

Soluzione questa che del resto risulta corroborata anche dall'utilizzo delle regole dell'interpretazione sistematica; ponendo a confronto la disciplina penale con quella civile, infatti, il dubbio interpretativo è presto sciolto in quanto l'art. 2497 c.c. prevede espressamente che la responsabilità per abuso di direzione unitaria della *holding* viene esclusa quanto il pregiudizio risulti eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette, così ammettendo che anche l'operazione reintegratoria successiva valga ad escludere la responsabilità.

Invero, la valutazione della efficacia esimente del vantaggio compensativo investe la globalità dell'operazione posta in essere dagli organi amministrativi, e non risulta isolata alle singole operazioni o ai singoli atti posti in essere ma tiene conto del contesto generale in cui viene posta in essere l'attività di direzione e di coordinamento della *holding*.

⁹² E' questa l'opinione di BENUSSI, *op. ult. cit.*, p. 256, il quale, evidenzia anche che la clausola utilizzata dal legislatore penale, raffrontata a quella utilizzata dal legislatore civile, consente di formulare il seguente corollario: «nel versante penale, per superare il test dei vantaggi compensativi non è necessario che il danno cagionato dai gestori della società controllata sia totalmente neutralizzato nel tempo, acquisendo al patrimonio della società beni equivalenti o superiori a quelli in uscita, quasi come se si dovesse procedere ad una sorta di ragguglio algebrico tra *lost* e *gain*».

Il vantaggio rilevante ai sensi del terzo comma dell'art. 2634 c.c., è non soltanto quello che elide in radice il danno mediante un'aritmetica compensazione degli effetti patrimoniali svantaggiosi collegati all'atto compiuto, ma anche quello che, al momento in cui viene posta in essere l'operazione, lasci presumere, con una ragionevole probabilità, che il pregiudizio nell'immediato arrecato sarà stemperato ripristinando l'equilibrio patrimoniale all'interno del gruppo di imprese.

La esenzione di pena è alternativamente rimessa ad un dato di carattere storico, certo e quantitativamente misurabile, 'il vantaggio conseguito', o ad un parametro elastico, 'il vantaggio fondatamente prevedibile' che esplica la sua funzione esimente a prescindere dalla effettiva concretizzazione del giudizio previsionale⁹³.

5.1 segue: i vantaggi conseguiti

Il dato dei vantaggi conseguiti evoca una nozione da verificare su basi di tipo oggettivo.

Il primo problema interpretativo che si pone è quello di comprendere se possano essere invocati, ai fini della compensazione, i vantaggi che la società danneggiata dall'atto di disposizione dei beni sociali abbia avuto dalla appartenenza al gruppo, in momenti antecedenti rispetto a quello del compimento dell'atto dannoso.

La opinione della letteratura scientifica sul punto appare discordante, in quanto, secondo un primo orientamento qualora l'atto di disposizione dannoso sia

⁹³ Cfr. BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Fisco*, 2004, p. 6630; MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 905; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto d'infedeltà patrimoniale degli amministratori* in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 633.

compensato da vantaggi conseguiti in epoca antecedente rispetto al fatto oggetto di accertamento, a venir meno sarebbe la tipicità del reato per difetto del ‘danno patrimoniale’ che costituisce elemento del *Tatbestand*⁹⁴.

Secondo altro orientamento⁹⁵, invece, sarebbe possibile la compensazione invocando il parametro dei vantaggi conseguiti anche tenendo in conto i vantaggi che la società pregiudicata dall'atto di disposizione patrimoniale ha ricevuto dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo in un momento antecedente all'atto dannoso.

La opzione ermeneutica per l'uno o per l'altro orientamento non si risolve in una disputa teorica essendo idonea ad incidere significativamente sul campo di operatività della clausola dei vantaggi compensativi, che avrebbe una dilatazione massima ove si ritenesse che il danno subito possa essere compensato da vantaggi conseguiti in un momento antecedente rispetto all'atto di disposizione patrimoniale; una portata decisamente più limitata ove si ritenesse che l'operazione reintegratoria utile a esimere la responsabilità penale, debba essere stata necessariamente posta in essere in un momento successivo all'atto di disposizione dannoso.

Ci sembra che una corretta soluzione del problema non possa prescindere dal mettere in correlazione il parametro dei vantaggi conseguiti con quello dei vantaggi fondatamente prevedibili. Se infatti si è riconosciuta rilevanza anche a vantaggi di tipo futuro non si vede la ragione per la quale dovrebbe limitarsi la rilevanza esimente dei vantaggi conseguiti a quelli di cui la eterodiretta ha beneficiato in un momento successivo al compimento della operazione dannosa, senza che la politica di direzione unitaria posta in essere in momenti antecedenti rispetto al fatto incriminato, possa spiegare effetti ai fini della esenzione della responsabilità.

La lettura complessiva della clausola di esclusione della responsabilità penale di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. ci sembra renda ragione del fatto

⁹⁴ E' questa l'opinione di MASUCCI, *ult. op. cit.*, p. 902.

⁹⁵ Cfr., MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi"*, *ult. op. cit.*, p. 630.

che il legislatore abbia inteso costruire una clausola modellata su parametri elastici, al fine di non ancorare a dati formalistici i presupposti per la esclusione della responsabilità penale.

Ove si sostenesse che il ‘vantaggio conseguito’ rilevante ai fini della esclusione della responsabilità, fosse solo quello intervenuto in un momento successivo rispetto all’atto di disposizione dannoso, sarebbe giocoforza necessario richiedere oltre ad una posteriorità cronologica, un collegamento eziologico tra l’operazione reintegratoria ed il danno nell’immediato subito dalla operazione pregiudizievole.

Non appare tuttavia questo l’obiettivo perseguito dal legislatore novellante il quale, pur a costo di sacrificare (arbitrariamente) i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, ha costruito la clausola dei vantaggi compensativi fornendo all’interprete parametri elastici per valutare sul versante penale la liceità della politica di gruppo posta in essere⁹⁶.

Il profilo effettivamente rilevante a nostro avviso non attiene tanto al momento in cui è stata posta in essere l’operazione tesa a reintegrare il patrimonio sociale ma, piuttosto, alla necessità che tra il ‘vantaggio conseguito’ e il ‘danno cagionato’ sussista un collegamento di tipo funzionale idoneo a manifestare la presenza di una corretta politica di gruppo⁹⁷.

La valutazione della liceità/illiceità della operazione dovrà perciò essere condotta non guardando al microcosmo della monade danneggiata ma allargando

⁹⁶ Appaiono preoccupati dalla violazione del principio di determinatezza e tassatività riguardo alla formulazione letterale dell’art. 2634, terzo comma, c.c., ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA. VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Atti del Seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano 2004, p. 183; MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi"*, cit., p. 633.

⁹⁷ Appare questa l’impressione di COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all’interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 1036. L’Autore riferisce che «occorre effettuare il calcolo costi-benefici in capo alla singola società, che però per essere correttamente effettuato non può non tenere conto sia dei benefici da essa conseguiti in virtù della collocazione nel gruppo, prima dell’effettuazione dell’operazione considerata di per sé dannosa, sia dei benefici che in capo alla stessa società ricadranno in futuro»; Cfr., anche, MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi"*, cit., p. 633-634.

gli orizzonti di indagine ai rapporti infragruppo e tenendo conto di una serie di fattori quali ad esempio: il danno cagionato; il contesto in cui la condotta è stata perpetrata; la funzione che l'atto di disposizione sociale ha avuto nell'ambito della politica di gruppo.

Un tale tipo di valutazione non ci sembra possa prescindere da eventuali vantaggi conseguiti in un momento antecedente rispetto al compimento dell'atto di disposizione dannoso; con la conseguenza che, qualora la appartenenza al gruppo abbia già consentito alla società in seno alla quale è stato perpetrato il fatto incriminato di godere di benefici idonei a compensare il danno subito, potranno ritenersi presenti i presupposti necessari per invocare la causa di esclusione della responsabilità.

La dinamica di gruppo costituisce, in sostanza, una realtà complessa la cui osservazione, tesa a definire la liceità o viceversa la illiceità delle condotte perpetrate dagli organi amministrativi delle singole società eterodirette, non può prescindere dagli obiettivi e dai risultati della politica unitaria della impresa conglomerata, in quanto, solo una valutazione omnicomprensiva e globalizzante, consente di avere piena contezza della effettiva situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società nella quale è stato perpetrato il fatto incriminato.

Il fatto che il legislatore penale-societario abbia optato per un parametro di tipo economico-funzionale e non aritmetico impedisce che il criterio di ragguaglio debba essere necessariamente ancorato ad un calcolo di tipo algebrico tra *lost* e *gain*, in quanto il terzo comma dell'art. 2634 c.c., differentemente dalla fattispecie dei vantaggi compensativi conosciuta dal legislatore civilistico, non richiede che la società capogruppo abbia versato un indennizzo alla società danneggiata, tale da compensare il pregiudizio subito dai soci e dai creditori sociali⁹⁸.

⁹⁸ Evidenzia la possibilità di un ragguaglio aritmetico tra *lost* e *gain*, BENUSSI, *op. ult. cit.*, p. 260, ad avviso del quale, il criterio aritmetico-matematico verrà in futuro utilizzato dalla giurisprudenza quale presupposto alla stregua del quale valutare la liceità della operazione infragruppo.

Milita in questo senso anche la relazione illustrativa al progetto Mirone⁹⁹, che per indirizzare l'interprete nei criteri da seguire nella valutazione costi – benefici affermava che *non si tratta, giova precisare, di imporre un analitico calcolo, con precise quantificazioni dei costi addebitati, da ristorarsi con specifici vantaggi. Si tratta di chiedere agli organi decisionali della società controllata di dare giustificazione dell'operazione, valutando l'interesse sociale non solo con riferimento ad una operazione isolatamente considerata, ma con riferimento al quadro generale, di gruppo appunto, nel quale si svolge l'impresa sociale.*

Il parametro dei vantaggi conseguiti, infatti, non può essere isolato dagli ulteriori criteri dettati dal legislatore per valutare la efficace esimente dell'operazione infragruppo, tra cui figura, quello dei vantaggi fondatamente prevedibili, dato, come detto, di stampo probabilistico ed orientato al futuro.

La valutazione dei 'vantaggi conseguiti' deve essere compiuta tenendo conto che la teoria dei vantaggi compensativi *non è teoria dell'indennizzo* e non impone quindi di quantificare in termini numerici il pregiudizio, andando a ricercare un indennizzo conseguito di valore pari o superiore al danno da compensare.

Il vantaggio conseguito, idoneo a 'compensare' il pregiudizio subito dalla società eterodiretta, dovrà essere individuato guardando alla politica di gruppo passata e presente e verificando, secondo canoni non rigidamente proporzionali né necessariamente quantitativi, se alla società danneggiata siano derivati vantaggi, anche su piani economici differenti, idonei a manifestare la presenza di una corretta politica di gruppo.

⁹⁹ La relazione è pubblicata in *Riv. Soc.*, 2000, p. 25.

5.2 segue: i vantaggi fondatamente prevedibili.

Il parametro dei vantaggi fondatamente prevedibili è stato quello che, nel corso della gestazione della clausola dei vantaggi compensativi, ha subito le maggiori variazioni.

Lo schema originario del decreto legislativo, valorizzando il piano della prevedibilità interiore dell'agente, utilizzava l'espressione '*vantaggi anche se soltanto ragionevolmente prevedibili*' che su suggerimento della sottocommissione penalistica venne sostituita con quella '*vantaggi fondatamente attesi*' (valorizzandosi aspetti di tipo oggettivo) per poi approdare alla formulazione definitiva dei '*vantaggi fondatamente prevedibili*'¹⁰⁰.

Nonostante gli sforzi del legislatore, tuttavia, la locuzione vantaggi fondatamente prevedibili mantiene la sua, per alcuni versi intrinseca, indeterminatezza e genericità rimandando a parametri orientati al futuro.

Il criterio alla stregua del quale valutare la rilevanza esimente dei vantaggi futuri, evocando canoni di prevedibilità impone all'interprete di compiere un «viaggio al passato»¹⁰¹ verificando se, al momento del compimento dell'atto incriminato, fosse possibile presumere la presenza *a posteriori* di un ritorno, in termini prognostici, per la società danneggiata.

Ben conscio della assoluta indeterminatezza del parametro della prevedibilità, il legislatore ha ancorato la valutazione della rilevanza esimente dei vantaggi futuri al canone della 'fondata prevedibilità', così prescrivendo che il vantaggio possa entrare nel meccanismo della logica compensativa solo nell'ipotesi in cui *ex ante* ne sia stato stimato e preventivato il grado di probabilità a compensare, con esiti di tipo positivo.

¹⁰⁰ Ripercorre l'iter legislativo, BENUSSI, *op.ult. cit.*, p. 112.

¹⁰¹ L'espressione è di ROSSI, *Relazione introduttiva in Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 621, il quale evidenzia che «il Giudice deve fare un viaggio nel passato calandosi idealmente nella stessa posizione del soggetto qualificato nel momento in cui, insorta una situazione di conflittualità, ha deliberato di compiere comunque l'atto di disposizione».

Il carattere di fondatezza del vantaggio impone una valutazione maggiormente complessa che si concreta, segnatamente, in un giudizio di prognosi postuma di natura tecnico – economica, da effettuarsi sulla base delle conoscenze e degli elementi di valutazione disponibili e conoscibili dai soggetti qualificati, nel momento in cui fu deliberato l’atto di disposizione dannoso ed il cui esito indichi non una mera possibilità, ma una fondata prevedibilità, che possano derivare alla controllata vantaggi, anche su piani differenti da quelli inerenti l’operazione imposta dalla capogruppo.

Non sarà quindi sufficiente ad escludere la punibilità dell’agente la allegazione di una mera possibilità astratta di conseguire in futuro un riequilibrio delle posizioni squilibrate dall’atto di disposizione dannoso, magari mettendo al verbale degli atti del consiglio di amministrazione che l’operazione svantaggiosa potrà essere compensata in un futuro, ma sarà necessario fornire, elementi concreti e specifici, supportati da circostanze chiaramente ed oggettivamente riscontrabili, che diano sufficiente certezza – pur sempre sotto il profilo previsionale – della utilità dell’operazione e della possibilità di una futura compensazione tra il danno prodotto nell’immediato ed i vantaggi futuri conseguibili.

Si tratta di una valutazione non scevra da dubbi e da difficoltà soprattutto ove si consideri che sulla effettiva realizzabilità dei vantaggi fondatamente prevedibili possono incidere una serie di fattori quali ad esempio l’andamento dei prezzi e dei mercati che non di rado escludono la possibilità di un proficuo intervento nella gestione degli amministratori¹⁰².

Peraltro una tale soluzione appare difficilmente conciliabile con i modi ed i tempi del processo penale italiano nel quale viene sovente sottovalutato l’accertamento dell’elemento psicologico del reato ed all’interno del quale difficilmente potrebbe costituire oggetto di prova l’accertamento circa la fondata prevedibilità del vantaggio.

¹⁰² Notevoli perplessità vengono evidenziate da ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, Bologna, 2010, p. 340, che evidenzia come proprio l’andamento dei mercati e dei prezzi potrebbero essere fattori capaci di fare apparire *ex post* inidonei giacchè non prevedibili vantaggi che *ex ante* apparivano fondatamente prevedibili.

Non ci sembra quindi azzardato paventare dubbi circa la legittimità costituzionale della clausola per violazione del principio di determinatezza; la tradizione dello stato di diritto, positivizzata nell'art. 25, comma secondo, Cost., privilegia una norma penale costruita in modo da esprimere una regola di condotta facilmente comprensibile dai consociati¹⁰³ ed agevolmente verificabile sul piano dell'accertamento giudiziario¹⁰⁴.

Il carattere fortemente indeterminato dei 'vantaggi fondatamente prevedibili' ci sembra che non consenta di attribuire una portata oggettiva e determinata al parametro; così rendendo la fattispecie di infedeltà patrimoniale nella cui orbita, seppur nell'ottica della non punibilità si inserisce contribuendo a definirne i confini, inidonea svolgere le sue funzioni di prevenzione generale.

Una fattispecie conforme al principio di determinatezza si sintonizza infatti con le funzioni di integrazione sociale affidate alla sanzione penale; se «il significato della sanzione penale si risolve principalmente nell'effetto di intimidazione connesso alla comminatoria legale e se la sua concreta inflizione serve a rafforzare l'efficacia della minaccia, dovrà essere inflitta soltanto la pena minacciata dalla legge come conseguenza di una violazione compiutamente delineata»¹⁰⁵.

Le esigenze di tipo teleologico - funzionale possono essere soddisfatte solamente ove la fattispecie penale renda chiaramente comprensibile l'oggetto dei propri divieti¹⁰⁶; la forte indeterminatezza della clausola dei vantaggi compensativi rende difficilmente comprensibile la portata del precetto penale ed impedisce al reo di «percepire la norma violata rendendo in tal modo accettabile l'intervento punitivo statale»¹⁰⁷

¹⁰³ In argomento, cfr., ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale*, cit., p. 112.

¹⁰⁴ Questo principio è stato posto dalla Corte Costituzionale alla base della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. Con la Sentenza n. 96, del 4 aprile 1981, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di plagio atteso che la formulazione della fattispecie ne comportava «l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale» con conseguente «assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione».

¹⁰⁵ Così, ancora, ABBAGNANO, *op.ult.cit.*, p. 114

¹⁰⁶ Cfr., in argomento, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.121.

¹⁰⁷ Così, ancora, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.121.

6. I vantaggi fondatamente prevedibili nella giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza di legittimità che ha avuto modo di pronunciarsi circa la portata del parametro dei vantaggi fondatamente prevedibili ha ritenuto che ai fini della rilevanza esimente non sia *sufficiente la mera speranza di vantaggi ma sia necessario che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano ‘ conseguiti ’ o ‘ prevedibili fondatamente ’ e cioè basati su elementi sicuri, pressoché certi, e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa; deve trattarsi quindi di una previsione di sostanziale certezza*¹⁰⁸.

Pur non disconoscendosi la fondatezza delle remore giurisprudenziali ad una piena espansione della clausola dei vantaggi compensativi, che proprio a causa della sua notevole indeterminatezza necessita di essere definita in via ermeneutica, il parametro della ‘ sostanziale certezza ’ invocato per definire il dato della fondata prevedibilità appare criticabile nella misura in cui si presenta lontano dall’effettivo andamento della realtà di impresa, la quale mal tollera regole di andamento di carattere scientifico recando insito in se un notevole coefficiente di rischio.

Il carattere di sostanziale certezza dei vantaggi fondatamente prevedibili richiesto dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, se effettivamente applicato per discernere il confine delle condotte lecite da quelle illecite, comporterebbe una abrogazione in via interpretativa della rilevanza esimente dei vantaggi futuri, essendo raramente possibile nell’ambito della attività di impresa, definire a monte con sostanziale certezza il buon fine di una determinata operazione¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Così, Cass. Pen., Sez. V, 7 ottobre 2003, n. 38110; la sentenza è pubblicata in *Cass. Pen.*, 2004, p. 457.

¹⁰⁹ Deve necessariamente essere in questa sede ricordato l’insegnamento di NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 202 il quale affermava che «il rischio è elemento essenziale della vicenda economica e non si può impedire all’imprenditore di affrontarlo senza condannare l’impresa a morte sicura».

Non vogliamo naturalmente disconoscere lo spirito della legge delega la quale, non ha voluto legittimare o/e giustificare spregiudicate politiche di attività di direzione e di coordinamento da parte della holding ma al contrario *assicurare che l'attività di direzione di coordinamento contemperasse adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime*, né sottovalutare la difficoltà di individuare in via ermeneutica il confine tra le condotte lecite e quelle illecite, ma solamente rimarcare come la individuazione dei confini di operatività della clausola dei vantaggi compensativi, debba essere ancorata a parametri di tipo elastico: tesi cioè a verificare se al momento del compimento dell'operazione pregiudizievole le circostanze di fatto facessero presumere la possibile esistenza di serie aspettative di profitto .

Se infatti è certamente una osservazione corretta quella da cui sembra farsi ispirare la giurisprudenza, secondo cui, attribuendo rilevanza esimente a vantaggi basati su meri coefficienti soggettivi dell'agente si finirebbe per giustificare, arbitrariamente, l'esercizio da parte della *holding* di attività di gestione societaria ed imprenditoriale connotate da cariche di egoismo imprenditoriale in vista di un evanescente interesse superiore di gruppo, del pari, una ricostruzione ermeneutica eccessivamente rigida del parametro rischia di impoverire irrimediabilmente il riconoscimento dato con la riforma del diritto penale societario al fenomeno dei gruppi di imprese.

Di certo l'individuazione degli indici a cui ancorare il giudizio circa la fondata prevedibilità dei vantaggi costituisce analisi non scevra da difficoltà che sfugge a rigide classificazioni definitorie essendo difficile concretizzare i parametri a cui il legislatore ha ancorato la causa di esenzione della responsabilità penale. Il giudizio deve, tuttavia, necessariamente prescindere da parametri statistici e selezionare criteri di stampo oggettivo - funzionale capaci di discernere, in un ottica di stampo teleologico, le condotte che sono espressione del perseguimento di politiche improntate al privilegio degli interessi della *holding* in danno delle controllate, da quelle che sono invece espressione dell'esistenza di sinergici legami di gruppo.

La prassi della disciplina civile dei gruppi di società, soprattutto nell'ambito della insolvenza di impresa, offre chiari e significativi spunti per fornire all'interprete i parametri a cui ancorare la valutazione della liceità delle condotte perpetrate in esecuzione di direttive della capogruppo.

La concessione da parte di una monade di garanzie (pegno, ipoteca) in favore di una capogruppo poi dichiarata fallita, ad esempio, è evidente espressione della esistenza di condotte che non possono essere scriminate se la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società che ne ha tratto profitto, al momento in cui è stata concessa la garanzia, lasciava prevedere pochissime *chance* di recupero della diminuzione patrimoniale arrecata¹¹⁰.

Viceversa la garanzia (anche se di notevole consistenza patrimoniale) rilasciata in favore di una *holding* poi dichiarata fallita, al fine di ottenere un finanziamento per una importante ricerca tecnologica ovvero per investimenti da compiere all'interno del gruppo, da cui trarrà fondatamente vantaggi anche la società controllata, a prescindere dal loro effettivo conseguimento, è di certo espressione di una corretta e sana politica di direzione unitaria idonea ad esimere la responsabilità penale, a prescindere dall'effettivo perseguimento dei risultati sperati¹¹¹.

Gli esempi fatti, dovrebbero dimostrare come la dinamica dei gruppi di imprese in realtà mal si concili con parametri di tipo statistico, quali la 'sostanziale certezza' richiesta dalla giurisprudenza di legittimità.

Apparirebbe più opportuno ancorare il giudizio, così come fatto dai recenti approdi in tema di causalità¹¹², a criteri volti ad accertare se al momento in cui è

¹¹⁰ L'esempio è di D'AVIRRO – MAZZOTTA, *I reati di infedeltà*, cit., p. 133, che condividono il rilievo circa la difficoltà di individuare i parametri a cui ancorare lo spazio applicativo dei vantaggi fondatamente prevedibili.

¹¹¹ Ancora, D'AVIRRO – MAZZOTTA, *I reati di infedeltà*, cit., p. 133.

¹¹² Il riferimento corre all'ormai storica Cass., SS.UU., n. 27 del 10 luglio 2002, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 1133. Sul punto cfr., BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di singoli eventi. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in Cass. pen., 2003, p. 1176 ss; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 646 ss.; LONGOBARDO, *Causalità ed imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica*

stato deliberato l'atto di disposizione dei beni sociali la situazione economica, patrimoniale e finanziaria delle società, individualmente e globalmente considerata, anche alla luce dell'andamento dei mercati e delle ulteriori circostanze di fatto, lasciasse presumere secondo canoni di credibilità razionale la fondata prevedibilità di futuri vantaggi.

7. L'inquadramento dogmatico della clausola dei vantaggi compensativi.

L'inquadramento dogmatico della clausola dei vantaggi compensativi costituisce operazione non scevra da difficoltà. Come si dirà a breve infatti la infelice formulazione della causa di esclusione della punibilità rende difficile un suo inquadramento dogmatico lasciando aperta la strada a diverse possibili collocazioni: causa di giustificazione; limite istituzionale della punibilità; limite esegetico del dolo specifico; limite dell'offensività del fatto.

Pur essendo astrattamente valida ogni possibile collocazione ci preme precisare sin da subito che nessuna di esse risulta pienamente soddisfacente lasciando aperti ciascuna significativi dubbi interpretativi, forse legati alla poliforme comparsa di ipotesi eterogenee di non punibilità nel diritto penale dell'economia.

Volgendo lo sguardo verso l'orizzonte del diritto penale economico, infatti, può rilevarsi come le ipotesi di non punibilità risultino diverse e non consentano l'individuazione di un denominatore comune.

Volendo individuare i caratteri comuni alle differenti ipotesi, ad un primo gruppo possono essere ricondotte le soglie di non punibilità presenti nelle fattispecie di false comunicazioni sociali; il terzo comma, degli artt. 2621 e 2622 cc., prevede, infatti, che la punibilità è esclusa «se le falsità o le omissioni non

criminale, Napoli, 2011; MASSA, *Le sezioni unite davanti a «nuvole e orologi»*, in *Cass. pen.*, 2002, 3646.

alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo al quale appartiene» ovvero siano tali da causare una «variazione» superiore al 5% rispetto al risultato economico di esercizio o all'1% rispetto al patrimonio netto¹¹³.

Tali ipotesi ci sembra che siano espressione di una predeterminazione legislativa di inoffensività dei fatti che si mantengono al di sotto dei valori soglia e che pertanto restano in una dimensione di atipicità: «solo se questo livello è superato la condotta di falsità assurge alla qualificazione complessiva di fatto punibile e quindi di reato»¹¹⁴.

Appaiono poi accomunabili alla stessa matrice di non punibilità anche le soglie quantitative previste per i reati tributari dal d.lgs. 74/2000 che per le fattispecie di «dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici», «dichiarazione infedele», «omessa dichiarazione», «sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte», «omesso versamento di ritenute certificate» prevedono dei limiti quantitativi espressi in valori numerici al di sotto dei quali si versa in ipotesi di atipicità del fatto.

Anche in queste ipotesi la logica che ci sembra governare le ipotesi di non punibilità è quella della inoffensività (definita in via legislativa): la presunzione assoluta di non lesività viene «ancorata ad un profilo quantitativo che delimita la portata del tipo criminoso»¹¹⁵.

Risultano invece ispirate ad una logica di reintegrazione *post factum* le cause di esclusione della punibilità in cui la esenzione di pena viene ancorata ad un comportamento successivo alla commissione del reato «considerato sufficiente

¹¹³ Sulle soglie di non punibilità, cfr., ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, cit., p. 297; DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il d.lgs. 11 aprile 2002*, in Cass. pen., 2001, p. 1; PULITANÒ, *False comunicazioni sociali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri, Milano, 2002, p. 141.

¹¹⁴ Così, ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, cit., p. 299, che mette in evidenza come la collocazione delle soglie di non punibilità tra le condizioni obiettive di punibilità pur «essendo la soluzione più semplice» non si sottrarrebbe alla problematica generale della difficile compatibilità della categoria con il principio di colpevolezza.

¹¹⁵ Così, ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, cit., p. 312

a neutralizzare l'offesa e rendere quindi ingiustificata la punizione»¹¹⁶. Ipotesi di questo tipo possono essere rinvenute nella fattispecie di illegale ripartizione degli utili o delle riserve di cui all'art. 2627, cc., ove si prevede che il reato è estinto se gli amministratori ricostruiscono gli utili o le riserve precedentemente alla approvazione del bilancio; nella fattispecie di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante di cui all'art 2628 cc., ove si prevede che il reato è estinto se il capitale sociale o le riserve sono ricostruiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio di esercizio; nella fattispecie di operazioni in pregiudizio ai creditori di cui all'art 2629 cc., ove si prevede che il risarcimento del danno cagionato ai creditori estingue il reato; nel reato di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori di cui all'art. 2633 cc., ove essendo la fattispecie focalizzata sulla necessità che le condotte producano un danno di stampo patrimoniale, viene ricollegata un'efficacia estintiva del reato al risarcimento civilistico del danno.

Tali ipotesi costituiscono espressione a ben vedere di una matrice politico-criminale nettamente individualistica ed economicistica della disciplina penale societaria, in quanto, nelle fattispecie richiamate la tipicità del fatto viene ancorata ad uno squilibrio di posizioni patrimoniali che, nelle scelte legislative, può essere rimediato annullando l'offesa per mezzo delle restituzioni e del risarcimento danni¹¹⁷.

Relativamente all'inquadramento dogmatico della clausola dei vantaggi compensativi sono emersi in dottrina differenti orientamenti.

Secondo una prima ricostruzione la clausola dei vantaggi compensativi recherebbe in sé le *stimmate della scriminante* in quanto «stabilendo che non è ingiusto il profitto connotato dalle caratteristiche tipiche di cui al terzo comma dell'articolo 2634 cc, sarebbe difficile negare ad un siffatto estremo di fattispecie,

¹¹⁶ Così, ancora, ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 311.

¹¹⁷ Risulta sostanzialmente dello stesso avviso, ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 311.

che qualifica ‘non contra ius’ una determinata situazione, lo statuto di scriminante e dunque di circostanza che elide la anti giuridicità del fatto»¹¹⁸.

A sostegno di tale ricostruzione esegetica si sostiene che, nonostante la formula normativa ‘non è ingiusto il profitto’ sembri apparentemente andare ad incidere sul dolo specifico della fattispecie, in verità essa indichi all’interprete qualcosa in più da individuarsi, segnatamente, nel fatto che non è ingiusto (e quindi non è *contra ius*) qualunque profitto che abbia le caratteristiche richieste dalla esimente; con la conseguenza che alla luce di una qualificazione normativa, che espressamente definisce ‘non contra ius’ una determinata situazione, apparirebbe doveroso collocare la causa di esclusione della responsabilità penale tra le cause di esclusione dell’anti giuridicità del fatto.

La proposta invero affonda le radici nella dottrina italiana, che già prima dell’inserimento della fattispecie della infedeltà patrimoniale nell’impianto normativo dei reati societari, aveva evidenziato come la politica di gruppo potesse fungere da fattore di bilanciamento tra gli interessi della capogruppo e delle società monadi.

Era stata prospettata la possibilità che la presenza di vantaggi compensativi potesse operare quale duplice limite di esclusione della responsabilità penale: quale limite interno alla interpretazione della offesa delle fattispecie ‘interessate’ dagli atti di disposizione dei beni sociali perpetrati nell’ambito e a favore di società del gruppo, capace di frenarne la portata espansiva; quale fattore di

¹¹⁸ Così, MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi"*, cit., p. 631. Ad avviso dell’autore, la causa di esclusione della responsabilità penale di cui all’art. 2634, terzo comma, c.c. presenterebbe tutti gli elementi delle cause di esclusione della anti giuridicità del fatto.

La stessa opinione è stata sostenuta anche da parte della dottrina commercialistica la quale, allorché si è soffermata sulla portata della clausola di vantaggi compensativi presente nella fattispecie d’infedeltà patrimoniale, ha sostenuto che si trattasse talvolta di una ‘scriminante’ talaltra di una ‘esimente’. La lettura accurata dei testi di DE BIASI, *Sull’attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 2003, p. 949, dimostra che tuttavia l’espressione utilizzata è intesa in senso atecnico e senza eccessiva preoccupazione relativamente alla sua collocazione dogmatica.

giustificazione scriminante che invece, dall'esterno, potesse paralizzare l'efficacia del divieto ¹¹⁹.

Si evidenziava che «un effetto scriminante, di elisione della anti giuridicità del fatto tipico, potrebbe in ipotesi discendere dall'attualità di una direzione unitaria in cui si suole ravvisare il connotato distintivo del gruppo in senso proprio: dalla direzione unitaria in quanto estrinsecazione di un potere»¹²⁰.

In relazione ai fatti di appropriazione indebita, perpetrati nell'ambito dei gruppi di impresa, si poneva in rilievo come nelle ipotesi in cui il sacrificio imposto alla società controllata fosse risultato inaccettabile per mancanza di adeguate contropartite, l'atto di disposizione patrimoniale, integrando sotto il profilo della tipicità gli elementi della appropriazione indebita, sarebbe potuto essere scriminato sulla base di un meccanismo di giustificazione, in quanto, *il sacrificio affrontato dalla singola società controllata nell'interesse della controllante va ... bilanciato con gli eventuali benefici che direttamente o indirettamente rifluiscono sulla controllata. Fino a quando il bilancio è positivo, fino a quando il sacrificio della controllata risulta adeguatamente compensato, viene meno la materia prima della appropriazione indebita: l'operazione resta nell'ambito delle legittime, ancorchè opinabili, decisioni gestionali, senza bisogno di ricorrere a cause di giustificazione.*

Si sosteneva, ancora, che quando non vi fossero state contropartite adeguate l'atto di disposizione avrebbe integrato la condotta tipica di appropriazione indebita *e potrà allora entrare in campo la politica di gruppo, ma*

¹¹⁹ La proposta di riconoscere in via interpretativa o/e in una prospettiva di riforma del diritto penale dell'economia rilevanza ai gruppi di imprese è stata in tempi non sospetti avanzata da PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV. *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi di Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Milano, Vol. III, p. 1775.

¹²⁰ Così, PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, il quale, durante la vigenza della precedente disciplina normativa, evidenziava come fosse possibile individuare una causa di giustificazione da ricondurre all'articolo 51 c.p., per la materia dei gruppi di imprese operanti nel settore bancario e creditizio, in quanto l'art. 61, comma quarto, T.U. leggi in materia bancaria e creditizia, riconosceva alla società capogruppo ai fini dell'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia un potere-dovere di emanare direttive vincolanti per le società controllate.

solo come limite esterno della fattispecie, come scriminante di un comportamento di per sé conforme al tipo.

Non intendiamo naturalmente misconoscere il valore di una tale ed autorevole ricostruzione esegetica ma la clausola dei vantaggi compensativi coniata dal legislatore novellante all'interno del terzo comma dell'art. 2634 c.c., non appare accomunabile alle cause di giustificazione per una serie di ragioni.

In primo luogo, la formulazione della causa di esclusione della responsabilità penale (*in ogni caso non è ingiusto profitto*) non riguarda il fatto nel suo complesso, ma si limita a prendere in esame uno solo dei suoi elementi (il profitto ingiusto), per escluderlo¹²¹.

In secondo luogo, deve osservarsi che la disciplina civile e penale relativa alla attività di direzione e di coordinamento di società, non ha riconosciuto *un interesse di gruppo* quale autonomo ed onnicomprensivo centro di convergenza degli interessi delle singole società monadi, al quale devono essere ispirate le decisioni tanto della *holding* quanto delle società controllate, ma si è limitata soltanto a *prevedere che l'attività di direzione e coordinamento dovesse contemperare l'interesse di gruppo delle società controllate e dei soci di minoranza.*

Come evidenziato nella deputata sede, infatti, l'interesse del gruppo rappresenta soltanto il punto di equilibrio tra l'interesse della società che esercita attività di direzione e di coordinamento e gli interessi delle altre società monadi componenti la aggregazione di imprese.

Altro è perseguire una politica generale di gruppo da cui possa ragionevolmente e fondatamente derivare un vantaggio, anche a distanza di tempo, alla singola società controllata pregiudicata dall'operazione, altro è invece ritenere di poter perseguire, in virtù di un inesistente e fantomatico interesse superiore dell'impresa di gruppo, una politica improntata al perseguimento di interessi extrasociali propri del gruppo di imprese.

¹²¹ Evidenzia il mancato riferimento al fatto nel suo complesso BENUSSI, *op.ult.cit.*, p. 273.

Il limite posto all'attività di direzione unitaria della società capogruppo è dato dal fatto che la *holding* nella riconosciuta facoltà di perseguire un disegno strategico unitario deve agire nell'interesse imprenditoriale proprio e delle altre società controllate, rispettando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e non usando, quindi, le società controllate quale strumento per perseguire interessi propri ed estranei all'interesse sociale delle società satellite.

Alla luce di tali riflessioni appare davvero difficile sostenere la presenza di un potere della *holding* di impartire direttive vincolanti per la società controllata ed un dovere di questa ultima di eseguirle, con conseguente impossibilità di ricondurre allo schema dell'art. 51 c.p., la causa di esclusione della responsabilità di nuovo conio.

Ove il 'direttorio di gruppo' emanasse una direttiva capace di ledere i beni giuridici tutelati dalla fattispecie lo schema dell'esercizio di un diritto o/e dell'adempimento di un dovere non potrebbe operare e risponderebbero del fatto perpetrato tanto la *holding* che ha imposto la direttiva (*ex* artt. 51 o/e 110 ss. c.p.), quanto l'organo amministrativo della controllata.

Un effetto scriminante neppure potrebbe essere sostenuto, come osservato in dottrina¹²², tentando di ricondurre la politica di gruppo allo schema del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., presupponendo la causa di giustificazione la piena disponibilità del diritto¹²³.

La presenza di beni giuridici di carattere indisponibile o/e comunque la considerazione che la operatività dello schema di cui all'art. 50 c.p., presupporrebbe l'essere di fronte ad una società totalitariamente controllata, conferma la impossibilità di ricondurre la clausola dei vantaggi compensativi allo schema delle cause di giustificazione.

Il maggiore ostacolo ad una collocazione della causa di esclusione della responsabilità penale tra le cause di giustificazione viene dalla considerazione che

¹²² Cfr., ancora, PEDRAZZI, *op.ult.cit.*, p. 1782

¹²³ Si rimanda per la trattazione delle tematiche generali della causa di giustificazione a FIORE C. – FIORE S., *Diritto Penale*, parte generale, Assago, 2008, p. 303 e s.

la disciplina penale, allorché confrontata con la disciplina civile, dimostra che il rapporto tra i vantaggi compensativi idonei ad escludere i due regimi di responsabilità (civile e penale) non si presenta armonioso e composito ma disomogeneo, in quanto, i vantaggi futuri, che grazie al parametro della fondata prevedibilità sono idonei ad escludere la responsabilità penale, non assumono rilevanza alcuna ai fini della esclusione della responsabilità civile.

Orbene, se il fatto commesso in presenza di una causa di giustificazione, in quanto fatto non contrastante con l'ordinamento giuridico, costituisce un fatto lecito ed in quanto tale *inidoneo a produrre effetti per l'autore in qualunque ambito anche non penale*¹²⁴, è di tutta evidenza che il residuo di una responsabilità civile, allorquando viene meno la responsabilità penale, costituisce un ostacolo insormontabile alla collocazione della causa di esclusione della responsabilità *de qua* tra le cause di giustificazione.

7.1 segue: i vantaggi compensativi come scusante o limite istituzionale della punibilità.

Esclusa la possibilità di inquadrare la clausola dei vantaggi compensativi tra le cause di giustificazione, appare opportuno comunque verificare se la causa di esclusione della punibilità possa essere fatta rientrare nella più ampia categoria delle esimenti nell'ambito delle scusanti o dei limiti istituzionali della punibilità¹²⁵.

La collocazione della clausola in questione tra le scusanti, nonostante l'indubbio rilievo che non andrebbe incontro alla gran parte degli ostacoli che ne impediscono la collocazione tra le cause di giustificazione, in quanto le scusanti,

¹²⁴ Così, FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, cit.*, p. 302, i quali evidenziano come «sarà quindi escluso sia l'obbligo di risarcimento, sia la possibilità di applicare sanzioni amministrative o disciplinari di qualsiasi genere».

¹²⁵ Per una accurata ed approfondita analisi volta alla individuazione della categoria delle esimenti nonché a tracciare i tratti distintivi tra le diverse ipotesi di esclusione della punibilità si rinvia a FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, cit.*, p. 293 ss.

non costituendo cause di esclusione della antigiuridicità del fatto, lasciano residuare la possibilità che vengano prodotte conseguenze in altri ambiti dell'ordinamento giuridico (prima fra tutte la responsabilità civile) non appare appropriata, in quanto la logica che governa tale categoria dogmatica è quella della inesigibilità della pretesa normativa, che appare decisamente estranea alla clausola *de qua*.

Se la logica che governa la categoria delle scusanti, infatti, è quella della inesigibilità, che orbitando in uno spazio intermedio tra la antigiuridicità e la colpevolezza tipizza situazioni in relazione alle quali l'ordinamento autolimita la propria pretesa, in virtù della particolarità di situazioni che rendono non osservabile il divieto da parte dell'agente, la dimensione esimente dei vantaggi compensativi nei gruppi di impresa, non appare dividerne la *ratio*, essendo piuttosto dettata da ragioni di opportunità legate alla inoffensività di determinate condotte.

Esclusa anche tale possibilità di collocazione dogmatica, non ci sembra azzardato verificare la possibilità di tentarne la collocazione nell'ambito dei limiti istituzionali della punibilità in cui *la autolimitazione della pretesa normativa sembra essenzialmente determinata da un criterio politico criminale di opportunità, per lo più connesso alla validità di un'organizzazione comunitaria, alle cui regole di funzionamento l'ordinamento sembra riconoscere una dignità istituzionale*¹²⁶.

Il profilo di pregio di tale collocazione sarebbe dato dal fatto che le esimenti di questo tipo sono caratterizzate da un'efficacia che è limitata esclusivamente all'applicabilità delle sanzioni penali e lascia inalterate le altre

¹²⁶ L'autonomo carattere della categoria dogmatica dei limiti istituzionali della punibilità viene sostenuta con decisione da FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, cit.*, p. 345, i quali includono nella categoria la disposizione di cui all'art. 627, comma secondo, c.p. che dichiara non punibile la sottrazione di cose comuni in danno del comproprietario, socio o coerede, se il fatto è commesso su cose fungibili, il cui valore non ecceda la quota spettante all'autore; i delitti non violenti contro il patrimonio commessi in danno del coniuge non legalmente separato, di un ascendente o discendente, di un affine in linea retta, dell'adottante o dell'adottato, del fratello o della sorella che convivano con l'autore.

conseguenze giuridiche del fatto sia nell'ambito del diritto penale sia nell'ambito di altri settori dell'ordinamento.

Neppure estranea alle valutazioni politico criminali che presiedono la categoria dei limiti istituzionali della punibilità appare la logica dei vantaggi compensativi, essendo evidente nella causa di esenzione di pena di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c., la presenza di una *autolimitazione della pretesa normativa determinata da un criterio politico criminale di opportunità*; opportunità data, segnatamente, dalla necessità di una visione generalizzante ed onnicomprensiva degli atti di disposizione dei beni sociali perpetrati in danno di società appartenenti ad un gruppo su cui la *holding* esercita attività di direzione e di coordinamento¹²⁷.

Tuttavia, se collocata nell'ambito dei limiti istituzionali della punibilità, la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c., andrebbe incontro alla impossibilità di una sua applicazione analogica; profilo questo che appare inibirne una tale classificazione dogmatica, in quanto capace di tradire lo spirito della riforma societaria e penale societaria dei gruppi di impresa, la quale ha voluto che l'attività di direzione e di coordinamento di società costituisca una

¹²⁷ La collocazione dogmatica della causa di esclusione della responsabilità penale delle scusanti appare indirettamente sostenuta da GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1366, anche se l'Autore, non riconoscendo la categoria dogmatica dei limiti istituzionali della punibilità ne propone una collocazione tra le cause personali di non punibilità o tra le cause sopravvenute di non punibilità, ravvisandone il fondamento alla stregua di interessi esterni alla meritevolezza della pena, quali la conservazione delle dinamiche economico-finanziarie infragruppo: «si potrebbe, in alternativa, ipotizzare che il legislatore, sulla base di precise scelte politico - criminali, abbia ritenuto opportuno bloccare la reazione dell'ordinamento penale anche a fronte di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole: il comma 3 potrebbe configurare una causa di esclusione della punibilità, precisamente una causa personale di non punibilità o una causa sopravvenuta di non punibilità. Si rievochi l'art. 649 c.p. dove la non punibilità dei reati contro il patrimonio è inscindibilmente connessa ai rapporti tra autore e vittima del reato. In una visione olistica dei rapporti fra società, si potrebbe operare un raffronto tra la tutela dell'interesse giuridico ascrivito alla «famiglia» (ed i rapporti familiari, alla stregua dei quali non è punito un figlio per il furto ai danni del padre) e la tutela dell'interesse superiore del gruppo, trascendente quello delle singole società isolatamente considerate: a fronte di una condotta infedele, perpetrata ai danni di una società «sorella», l'ordinamento reputa non meritevole di pena l'amministratore che abbia avuto di mira un superiore interesse di gruppo». Per una analisi sulla differente collocazione delle cause di non punibilità Cfr. ROMANO, *Cause di giustificazione, Cause scusanti, Cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 60.

condotta lecita, che si traduce nella possibilità di coordinare l'attività delle singole imprese nella direzione di un disegno strategico unitario.

La analisi sistematica della disciplina dei gruppi ci sembra dimostri invece che la presenza di vantaggi compensativi idonei a escludere la responsabilità non risponda alla logica di una autolimitazione esterna della pretesa normativa, secondo la quale la norma di favore si configura quale limite della regola della punibilità ma costituisca una specificazione dei (ben più ampi) confini di liceità dell'agire degli amministratori delle società commerciali, appartenenti ad un gruppo di società.

Ci sembra, in altri termini, che la causa di esclusione della responsabilità penale sul piano dell'inquadramento sistematico nelle categorie di teoria generale del reato non sia espressione di una causa di esclusione della antigiuridicità ma contribuisca a definire i confini di tipicità (oggettiva o soggettiva) dei fatti di infedeltà patrimoniale.

Volendo utilizzare le parole di Pedrazzi, la esenzione di pena non sembra operare quale fattore scriminante che, dall'esterno, paralizza l'efficacia del divieto, ma quale limite alla espansione interpretativa degli atti di disposizione dei beni sociali perpetrati nell'ambito dei gruppi, capace di frenarne la portata espansiva¹²⁸.

7.2 segue: i vantaggi compensativi come causa di esclusione della tipicità soggettiva.

Esclusa la possibilità di collocare la clausola dei vantaggi compensativi tra le cause di giustificazione o tra le scusanti resta da verificare la praticabilità di due

¹²⁸ Cfr., PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV. *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi di Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Milano, Vol. III, p. 1775.

ulteriori opzioni ermeneutiche: i vantaggi compensativi quale limite esegetico del dolo specifico o dell'offensività del fatto.

Secondo parte della scienza penalistica¹²⁹, infatti, la causa di esclusione della responsabilità penale di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c. costituirebbe una causa di esclusione della tipicità soggettiva, andando ad escludere il dolo specifico della fattispecie.

La nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale, sotto il profilo della tipicità soggettiva, richiede infatti oltre ad un dolo intenzionale di danno, un dolo specifico che si concreta nella necessità che l'agente abbia agito al *fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto*.

Il richiamo della lettera della legge al carattere di ingiustizia del profitto per le ipotesi di infedeltà infragruppo, ad avviso di chi sostiene trattarsi di una causa di esclusione della tipicità soggettiva, non potendo essere letto in modo avulso rispetto al primo comma dell'art. 2634 c.c., costringerebbe l'interprete a prendere atto che con la causa di esclusione della responsabilità in esame, il legislatore abbia inserito una causa di esclusione della tipicità soggettiva.

Si sostiene, infatti, che il riferimento *all'ingiusto profitto nel contesto del dolo specifico della fattispecie di infedeltà patrimoniale non consente che possano essere operati, nell'interpretazione della norma, spostamenti dal piano soggettivo a quello oggettivo, quando si tratta di verificare l'esistenza del vantaggio compensativo tra gruppi di società*¹³⁰.

¹²⁹ Propendono per una classificazione della causa di esclusione della responsabilità penale tra le cause di esclusione della tipicità soggettiva, classificandola talvolta tra le "cause di esclusione del dolo specifico" talaltra tra i "limiti esegetici al dolo specifico", nella manualistica SANTORIELLO, *il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, p. 265; MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 226; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, cit., p. 274; nelle pubblicazioni di settore, GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (Seconda parte)*, in *Studium juris*, 2002, p. 787; MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, cit. p. 234.

¹³⁰ Così, D'AVIRRO – MAZZOTTA, *I reati di infedeltà nelle società commerciali*, Milano, 2004, p. 130; nello stesso senso si pronunciano anche MILITELLO, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, ... , p. 490; MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 148.

La collocazione della clausola dei vantaggi compensativi tra le cause di esclusione della tipicità soggettiva, sebbene risulti la opzione ermeneutica maggiormente aderente al tenore letterale del disposto normativo lascia comunque aperti all'interprete una serie di interrogativi.

In primo luogo, la sua collocazione tra i limiti della tipicità soggettiva si presta al rischio di indebite restrizioni dello spazio di operatività della causa di esclusione della responsabilità penale, in quanto, il dolo specifico richiesto dal primo comma dell'art. 2634 c.c., non è costituito dal solo fine di conseguire per sé o per altri un 'ingiusto profitto' ma anche 'altro vantaggio'. Con la conseguenza che, ove si ritenesse la causa di esclusione della responsabilità penale, un'ipotesi di esclusione della tipicità soggettiva, sarebbe giocoforza concludere che la clausola non potrebbe operare ogniqualvolta, pur non essendo ingiusto il profitto (perché compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili), la finalità dell'agente fosse proiettata a conseguire 'altro vantaggio' in suo favore, del gruppo o/e di un'impresa facente parte dell'aggregazione.

In secondo luogo, la collocazione della clausola dei vantaggi compensativi tra le cause di esclusione del dolo specifico lascia aperti dei dubbi ove venga analizzato l'elemento psicologico richiesto dalle differenti ipotesi di infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 c.c.: mentre, infatti, per l'ipotesi di cui al primo comma, il legislatore ha optato per un elemento soggettivo complesso dato, segnatamente, da un dolo intenzionale di danno e da un dolo specifico di profitto, per le ipotesi di cui al secondo comma (beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi) la scelta legislativa ha privilegiato un elemento psicologico del reato differenziato.

Per le condotte infedeli perpetrate su beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, infatti, l'elemento psicologico richiesto dalla fattispecie muta sensibilmente rispetto a quello di cui al primo comma, scomparendo qualunque richiamo alla intenzionalità del danno¹³¹.

¹³¹ Propende per una ricostruzione delle fattispecie a tipicità soggettiva differenziata BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale, op. ult. cit.*, p. 235, il quale ritiene che per l'infedeltà patrimoniale nell'ambito dei gruppi, l'elemento del 'profitto' costituisca un elemento della tipicità oggettiva,

L'argomento della costruzione di fattispecie a tipicità soggettiva differenziata ci sembra che possa essere speso anche nella definizione dello spettro di tipicità delle infedeltà perpetrate nell'ambito di gruppi di impresa, in quanto, se ognuna delle fattispecie presenta delle proprie e distinte connotazioni di tipicità soggettiva non appare errato sostenere che, per l'infedeltà patrimoniale infragrupo, l'espressione 'profitto' (della società collegata o del gruppo) possa essere interpretata quale elemento della tipicità oggettiva, il quale, affiancandosi agli altri elementi idonei a definire la dimensione del *Tatbestand*, deve essere oggetto di accertamento in concreto (e non nella semplice finalità dell'agente) come pure dovrà esserne accertata l'ingiustizia secondo parametri di tipo oggettivo.

In tale valutazione (oggettiva) potrebbe trovare opportuna collocazione la presenza di una eventuale compensazione sulla base di concreti vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo che, qualora dia esito positivo, vale ad escludere il carattere di 'ingiustizia del profitto' dovendosi ritenere giusto (e cioè non estraneo agli interessi sociali della società pregiudicata dall'atto di disposizione patrimoniale) il profitto, perché ispirato ad una logica sinergica di gruppo espressione di un interesse che rappresenta il punto di equilibrio tra quello della *holding* e delle società eterodirette o collegate.

La collocazione della clausola dei vantaggi compensativi tra le cause di esclusione del dolo specifico lascia inoltre aperto un ulteriore problema interpretativo: stando alla lettera della legge '*non è ingiusto il profitto se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili*', l'intervenuta compensazione dovrebbe essere accertata nel 'rapporto' tra il profitto ed il vantaggio (conseguito o fondatamente prevedibile); soluzione questa che, tuttavia, non appare praticabile, in quanto, come osservato dalla scienza penalistica «paradossalmente, quello che meno rischierebbe, sarebbe il gruppo programmaticamente inefficiente, ossia quello che, pur penalizzando l'interesse

per cui si rende necessario l'accertamento dell'effettivo conseguimento, nonché del carattere di ingiustizia; nella manualistica evidenzia la presenza di un coefficiente psicologico differenziato ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 285 s.s.

sociale particolare di una sua componente, non rilevi lo scopo di perseguire, né si rilevi capace di produrre alcun profitto»¹³², pur producendo un danno patrimoniale per una delle monadi controllate.

Da ultimo, occorre poi considerare che se si ritenesse il ‘profitto ingiusto’ elemento delle tipicità soggettiva, si rischierebbe di addossare all’organo amministrativo della società controllata, portatore di un interesse in conflitto, una valutazione eccessivamente distante dalla sua portata: non appare, infatti, possibile richiedere agli organi deputati alla gestione della impresa di ‘quantificare’ il profitto conseguito dal gruppo, così da rapportarlo al vantaggio conseguito o fondatamente prevedibile per la società, per stimarne l’ingiustizia.

La valutazione che può essere chiesta agli organi amministrativi portatori di interessi in conflitto, infatti, non può spingersi oltre la parametrizzazione del rapporto che viene ad instaurarsi tra il danno nell’immediato subito per la società in cui prestano il loro ufficio ed i vantaggi che a questa siano già derivati dalla appartenenza al gruppo o possano da questa in futuro derivare.

8. La clausola dei vantaggi compensativi come limite della offensività del fatto.

Da ultimo, attesi anche i problemi interpretativi creati dalla collocazione della clausola dei vantaggi compensativi tra i limiti esegetici del dolo specifico, occorre tentare la collocazione della causa di esclusione della responsabilità penale tra i limiti esegetici della offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie.

La categoria dogmatica dei limiti esegetici all’interpretazione della offesa, viene invocata per collocarvi le ipotesi in cui la norma incriminatrice appone dei limiti alla struttura del fatto che può incarnare l’offesa al bene giuridico tutelato. Quando il fatto non fuoriesce da quel limite non ne viene integrata la dimensione

¹³² Così FOFFANI, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, D.lgs. 11 aprile 2002 n.61, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, p. 345 ss.

della tipicità, in quanto il limite esegetico è un limite interno alla norma, che gravita attorno all'interesse tutelato contribuendo a delineare i confini della offesa¹³³.

Il limite esegetico alla interpretazione della offesa si distingue, pertanto, dalle esimenti anche sotto il profilo degli interessi e delle considerazioni che si pongono alla base della esclusione della punibilità, in quanto, mentre le cause di giustificazione o/e più genericamente le esimenti costituiscono il frutto di considerazioni 'estranee' rispetto al bene giuridico, il limite esegetico ruota intorno all'interesse garantito, concorrendo positivamente o negativamente a delineare i confini della offesa.

Sul piano delle scelte di politica criminale non pare esservi dubbio che i vantaggi compensativi idonei ad esimere la responsabilità penale per le condotte infedeli infragruppo dovrebbero operare sul piano dell'offensività del fatto.

La cornice di gruppo, nell'ambito della quale vengono perpetrate le condotte di infedeltà, ne suggerirebbe una interpretazione teleologicamente orientata all'interesse tutelato dalla fattispecie penale, in quanto, il singolo fatto incriminato viene ad innestarsi in una continuità e polivalenza di rapporti che ne rende fuorviante una considerazione isolata.

Al fine di vagliare la effettiva e concreta offensività di una condotta perpetrata nell'ambito di un gruppo, si rende infatti indispensabile una più ampia angolatura di indagine che sappia tenere in debito conto le ricadute di vario segno derivanti dall'appartenenza alla impresa conglomerata.

In tale ottica, la condotta infedele, allorquando perpetrata in seno ad un'impresa facente parte di un gruppo, richiede, perché ne sia integrata la sua concreta offensività, che venga accertato il conseguimento di un profitto ingiusto, che deve essere considerato mancante ogni qual volta il danno subito nell'immediato dalla società controllata, sia compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili.

¹³³ Per la definizione della categoria dogmatica cfr., NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, p. 46 ss.

Un depauperamento episodico di una società controllata, a cui si è dato causa nell'ambito di una sana e corretta politica di gruppo, se compensato da benefici conseguiti o contropartite anche future economicamente rilevanti, non può considerarsi un fatto offensivo del patrimonio sociale.

Se, infatti, il significato da attribuire al patrimonio sociale, quale bene giuridico tutelato dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale, è quello di entità finalizzata alla tutela del diritto dei soci alla integrità patrimoniale della società, una condotta, anche dannosa, che si inserisca in un complesso di scambi, capaci di dare alla società del gruppo vantaggi o altre contropartite, non può considerarsi offensiva, entro determinati canoni di proporzionalità, della oggettività giuridica tutelata.

Del resto ove la clausola dei vantaggi compensativi fosse interpretata come limite dell'offensività del fatto apparirebbe in linea con gli obiettivi politico criminali perseguiti dal legislatore penale societario, il quale ha dichiaratamente selezionato condotte effettivamente offensive delle oggettività giuridiche tutelate. Una tale ricostruzione inoltre si gioverebbe dell'indubbio vantaggio di essere maggiormente allineata con il fondamento di non punibilità che governa le ipotesi di esenzione di pena presenti nel diritto penale dell'economia che, come anticipato, rispondono ad una logica di inoffensività del fatto o ancorata ad una presunzione di non lesività (valori soglia) o a condotte riparatorie successive capaci di 'neutralizzare' l'offesa nei confronti del bene giuridico presidiato dalla fattispecie penale.

Tuttavia una tale interpretazione si scontra con un tenore letterale della clausola dei vantaggi compensativi che appare inibirne una collocazione tra i limiti dell'offensività del fatto. Il richiamo al carattere di non ingiustizia del profitto di cui al comma terzo, dell'art., 2634, cc., ci sembra che costringa l'interprete a misurarsi con il dolo specifico della fattispecie di infedeltà patrimoniale, rendendo difficoltoso l'inquadramento della clausola dei vantaggi compensativi tra i limiti esegetici dell'offensività del fatto, a meno che non si ritenga possibile forzare in via interpretativa il significato letterale delle nozioni evocate dalla fattispecie.

I vantaggi compensativi infragruppo come del resto sottolineato lucidamente nella relazione al progetto Pagliaro¹³⁴, potrebbero certamente fungere da limite esegetico dell'interpretazione dell'offesa, ma una tale soluzione appare difficilmente conciliarsi con il tenore letterale dell'attuale fattispecie penale.

9. I vantaggi compensativi sul versante penale societario: un bilancio critico.

Le riflessioni svolte ci consentono di evidenziare che, nonostante il lodevole intento del legislatore penale societario di conferire dignità espressa ai gruppi di imprese, la nuova fattispecie sui vantaggi compensativi mostri delle “lacune di determinatezza” dovute al mancato coordinamento tra la riforma dei reati societari e quella del diritto societario, varata successivamente alla prima.

Probabilmente a causa della inversione cronologica delle riforme, ci sembra che la disciplina dei gruppi versi in uno stato di ‘confusione legislativa’ determinato, in primo luogo, dalle dissonanze già visibili sul piano delle scelte terminologiche e delle norme definitorie¹³⁵.

¹³⁴ La relazione può essere reperita in *Documenti Giustizia*, 1992, n. 3, p. 390. Essa rammentava come «il profitto ricavato da un'impresa del gruppo, quale frutto del collegamento all'interno di questo, non viene considerato, in via di principio, ingiusto in quanto l'esclusione di tale fondamentale requisito di ingiustizia e quindi l'esclusione del reato, vengono fatti dipendere da riflessi economici favorevoli e quindi da un riequilibrio dei rapporti economici infragruppo».

¹³⁵ Il profilo è aspramente criticato da MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 01, p. 193 il quale evidenzia che «occorre subito segnalare che lo sfasamento temporale nell'entrata in vigore delle due diverse discipline potrebbe comportare problemi di diritto intertemporale, tenuto conto non solo della precedenza nell'introduzione della disciplina penale, che doveva rimanere invece sussidiaria, bensì anche del fatto che la parte 'societaria' della riforma entrerà in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2004, in forza di quanto disposto dal d.lgs. n. 6 del 2003 (art. 10). Lo 'scavalco' nell'approvazione della disciplina penalistica comporta comunque una non (facilmente) accettabile inversione metodologica nelle scelte di politica legislativa, posto che concetti (normativi) propri del diritto societario servono ad applicare in modo tassativo le disposizioni incriminatrici».

La prima lacuna di determinatezza viene mostrata dalla fattispecie già in relazione alla nozione di gruppo che il legislatore penale societario ha evocato senza tuttavia preoccuparsi di definire con una norma di tipo settoriale.

La causa di esclusione della responsabilità penale, di cui al comma terzo dell'art. 2634 c.c., infatti, nel richiamare la 'non ingiustizia del profitto' ha fatto riferimento ai concetti di 'gruppo' o di 'società collegata' senza prendere posizione in ordine alla descrizione di tali elementi normativi, così dimostrando la volontà di rimettersi, per quanto attiene alle scelte definitorie di categoria, alla disciplina del diritto societario di prossima emanazione¹³⁶.

Tuttavia, non si comprende perché la norma in esame faccia espresso richiamo, oltre che al gruppo, anche al 'collegamento' senza, peraltro, neppure menzionare l'istituto del 'controllo' che era l'unico effettivamente presente nella disciplina societaria precedente alla riforma del 2003.

Ci sembra di dover ritenere che gruppo e controllo siano, all'occhio del legislatore penale, concetti omogenei, in quanto, una delle ipotesi di presunzione di attività di direzione e coordinamento viene ancorata all'esistenza del rapporto di controllo di cui all'art. 2359 c.c., sulla base del quale possono essere distinti tre differenti tipi di controllo: un controllo di diritto relativo alle ipotesi in cui una società disponga, direttamente o tramite i voti spettanti a società controllate, fiduciarie o ad interposta persona, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società; un controllo di fatto interno, che si ha per realizzato nelle ipotesi in cui una società dispone, direttamente o tramite i voti spettanti a società controllate, fiduciarie o ad interposta persona, dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; un

¹³⁶ Ci sembra doveroso rammentare che il Codice civile italiano, prima della riforma del diritto societario, non contemplava una specifica disciplina dei gruppi di società, limitandosi a delineare, all'art. 2359 c.c., la sola nozione di controllo, sulla base della quale era possibile ricavare tre distinte ipotesi, tutte ruotanti attorno al concetto di influenza dominante di una società sulle scelte operative di altre società, che assumevano per questo la nozione di società controllate.

Il cammino di attribuzione di dignità ai gruppi di società nella legislazione interna, ha preso le mosse attraverso le norme sul gruppo bancario, per poi proseguire, mediante una sorprendente inversione metodologica, con il percorso di riforma del diritto penale societario del 2002, ed 'approdare' ad una regolamentazione di carattere generale con la riforma del diritto societario.

controllo di fatto esterno, relativo a tutti i casi in cui una società eserciti un'influenza dominante su un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali.

Oltre a tali ipotesi in cui la attività di direzione e coordinamento viene presunta in via legislativa sulla base della esistenza di un rapporto di controllo, ci sembra che la astensione del legislatore penale societario, dal dettare una norma definitoria, consenta di estenderne la portata a tutte le ipotesi residuali in cui la presenza di una attività di 'direzione' e di 'coordinamento'¹³⁷ si manifesti mediante l'esistenza di un rapporto di governo, proveniente da un soggetto esterno alla società eterodiretta, ovvero sia non promanante dagli organi sociali o dalla loro diretta ed effettiva volontà.

Di certo, in queste ipotesi, anche nel settore penale, graverà sugli organi amministrativi della società controllata incriminati, l'onere di fornire la prova in giudizio della effettiva esistenza di una attività di direzione e coordinamento idonea a manifestare la presenza di un 'gruppo di imprese'; tuttavia, il fatto che il legislatore abbia fatto riferimento, ai fini dell'operatività del limite esegetico alla interpretazione dell'offesa, oltre che all'appartenenza al gruppo anche al collegamento, renderebbe irragionevole una interpretazione restrittiva del concetto di gruppo, quale concetto limitato a quello di controllo o alle ipotesi residuali di direzione e coordinamento di società.

Essendo il concetto di gruppo, capace di comprendere le ipotesi di 'controllo' e non apparendo sostenibile ipotizzare la presenza di una irragionevole lacuna, tale per cui la clausola di cui al terzo comma dell'art. 2634 c.c., si applicherebbe, oltre che nei casi di attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding*, anche alle ipotesi in cui tra società sussista una 'influenza notevole' (ai sensi dell'art. 2359, terzo comma, c.c.) ma non un'influenza dominante, appare opportuno ritenere che con la clausola di esenzione della responsabilità penale, il

137 La nozione di direzione e coordinamento di società non è una nozione del tutto nuova nel nostro ordinamento, potendosi rinvenire dei precedenti normativi nella legislazione speciale; le medesime espressioni semantiche sono state infatti utilizzate nel T.u.b. (d.l. n. 385/1993, art. 60), nel T.u.f. (d.l. 58/1998), proprio per qualificare l'attività della capogruppo nei gruppi bancari e nel campo dell'intermediazione finanziaria.

legislatore abbia riconosciuto la rilevanza dei vantaggi compensativi anche nelle società collegate, in cui una società esercita una influenza notevole in virtù di una partecipazione significativa ai sensi dell'art. 2359, comma terzo, c.c.

Del resto, ove si sostenesse che la disciplina penale dei vantaggi compensativi fosse applicabile alle sole ipotesi in cui si è in presenza di una attività di 'direzione e coordinamento' ci si dovrebbe chiedere se ritenere lecite, le sole operazioni realizzate dall'amministratore in esecuzione di una 'politica di gruppo' o anche quelle poste in essere dagli amministratori della controllata, sulla base di loro personali scelte tese a rispettare anche generici obiettivi di gruppo.

Sul punto, la norma tace ma, atteso anche che la disciplina penale della direzione e del coordinamento di società, a differenza della disciplina civile, non ha coniato una ipotesi speciale di responsabilità della capogruppo, interessandosi esclusivamente di dettare i parametri a cui ancorare la esenzione dalla responsabilità penale degli organi della società controllata, limitare la applicazione della clausola dei vantaggi compensativi alle sole ipotesi in cui l'atto pregiudizievole è stato posto in essere in esecuzione di direttive della *holding*, appare una scelta arbitraria ed irragionevole, peraltro capace di tradursi in una restrizione dello spazio di liceità delle condotte.

Invero, ci sembra di potere affermare che la nuova disciplina penale dei gruppi appare mal conciliarsi, tanto con la disciplina sostanziale della direzione e del coordinamento di società, la quale in mancanza di norme definitorie di stampo settoriale costituisce comunque lo sfondo della tipicità delle fattispecie, quanto con le reali dinamiche di potere all'interno degli stessi: la disposizione penale, infatti, non fa alcuna menzione, neppure implicitamente, all'abuso di direzione unitaria, che costituisce effettivamente, sul piano fattuale, la vera connotazione della patologia di quel gruppo, che deborda da una sana e corretta gestione societaria ed imprenditoriale, per perseguire spregiudicate politiche che si pongono al di là dei confini della legalità.

Non resta che osservare come, mentre il legislatore societario sia stato capace di creare una disciplina armonica e in grado di perseguire gli obiettivi di

tutela, occupandosi dei gruppi tanto nella patologia¹³⁸, quanto nella fisiologia con la causa di esclusione della responsabilità civile dei vantaggi compensativi, l'approccio del legislatore penale è stato ben più approssimativo e minimalista: sul versante penale, infatti, all'abuso di direzione unitaria non si è collegata una ipotesi di responsabilità né degli organi amministrativi della *holding* né della controllante con il d.lgs. 231/2001¹³⁹.

Siffatta carenza ha portato la letteratura scientifica a parlare del risultato raggiunto dal legislatore penale, a proposito dei gruppi di società, come di un «modello acefalo, in grado di recuperare la responsabilità del vero centro decisionale (gli organi della *holding*) solo attraverso la partecipazione nel reato a titolo di concorso ex art. 110 c.p.»¹⁴⁰.

Il secondo aspetto problematico, correlato alla mancata determinatezza e tassatività nella descrizione della fattispecie, attiene alla individuazione del soggetto sul quale debbano ricadere i 'vantaggi conseguiti' o quelli 'fondatamente prevedibili' ai fini della esenzione della responsabilità penale.

Il terzo comma dell'art. 2634 c.c., infatti, effettua un generico richiamo ai 'vantaggi derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo', senza compiere ulteriori precisazioni in ordine alla 'provenienza' del beneficio, cioè senza specificare se questo, debba o meno essere frutto di una specifica operazione collegata a quella dannosa o, se più genericamente, sia sufficiente una mera contropartita ottenuta anche in passato dalla società pregiudicata dalla appartenenza al gruppo; la fattispecie non specifica neppure se sia necessario un collegamento eziologico tra l'operazione tesa a reintegrare il patrimonio della società danneggiata, ovvero se sia sufficiente che da una operazione vantaggiosa per il gruppo, possa trarre un futuro vantaggio anche la società in seno alla quale è stato perpetrato il fatto incriminato.

¹³⁸ Ovverosia creando una autonoma e speciale responsabilità della *holding* differente nei presupposti e nella collocazione dogmatica rispetto alle tradizionali ipotesi di responsabilità.

¹³⁹ Rimandiamo per una disamina più approfondita della problematica al capitolo dedicato ai profili penali dei gruppi di imprese nella responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, enti o associazioni anche prive di personalità giuridica.

¹⁴⁰ Cfr., ACQUAROLI, *Alcune osservazioni, cit.*, p. 184.

Ci sembra che la soluzione più equilibrata da dare ai suesposti interrogativi sia quella secondo la quale, nella valutazione dei 'vantaggi conseguiti' debbano essere presi in esame anche i ritorni che la società danneggiata abbia avuto dalla appartenenza al gruppo, in un momento anteriore rispetto al fatto incriminato, in quanto, se la attività di direzione e coordinamento di società va guardata ed esaminata con una logica globalizzante ed omnicomprensiva, e non atomistica o molecolare, non avrebbe senso discernere i vantaggi conseguiti in un momento anteriore rispetto alla perpetrazione del fatto da quelli magari a questo solamente di poco successivi.

Di certo, non potranno essere invocati, ai fini della esenzione della responsabilità, vantaggi conseguiti in epoche remote e completamente sganciati eziologicamente rispetto al fatto incriminato, ma neppure appare necessario richiedere, ai fini della operatività della clausola dei vantaggi compensativi, un collegamento eziologico 'in senso stretto' tra i vantaggi conseguiti e l'operazione reintegratoria posta in essere.

Per potere invocare la clausola, non sarà naturalmente sufficiente la presenza di un 'vantaggio' per il gruppo, in quanto occorre una identità soggettiva tra la società danneggiata e quella che riceve la contropartita, tesa alla *compensatio lucri cum damni*, ma neppure ci sembra necessario richiedere la presenza di specifiche operazioni esclusivamente dirette a reintegrare il patrimonio sociale della società in seno alla quale il fatto è stato perpetrato.

Un ulteriore profilo della causa di esclusione della responsabilità penale, criticabile sotto il profilo della determinatezza della fattispecie, è quello del richiamo al 'profitto' che pone due differenti problemi interpretativi: il primo, dovuto all'utilizzo del profitto nel primo comma dell'art 2634, cc., quale coefficiente di delimitazione della tipicità soggettiva della fattispecie e, nel terzo comma, quale connotazione della tipicità oggettiva teso a delimitare in via esegetica i confini della offesa; il secondo, dato dal mancato richiamo, al concetto di 'altro vantaggio' che delimita in via alternativa al profitto i confini del dolo specifico della fattispecie di infedeltà patrimoniale, ma scompare del tutto nella causa di esclusione della responsabilità penale dei vantaggi compensativi.

La ambiguità della disposizione si riverbera notevolmente sullo spazio applicativo della causa di esclusione della responsabilità penale, in quanto, se diversamente da quanto sostenuto nel presente lavoro, il comma terzo, dell'art. 2634 c.c., costituisse una causa di esclusione della tipicità soggettiva della fattispecie, lo spazio di operatività della clausola si presterebbe a sensibili restrizioni interpretative (o meglio ad una paralisi operativa), in quanto, per escludere l'operatività della clausola, sarebbe sufficiente sostenere che pur non essendo la condotta dell'agente finalizzata ad ottenere un profitto ingiusto (in quanto compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili), comunque essa resterebbe nello spazio della illiceità penale perché l'agire del reo era finalizzato a conseguire 'altri vantaggi'.

Nonostante le lacune di determinatezza, ci sembra tuttavia di dovere evidenziare che è stata finalmente riconosciuta generale validità al modello organizzativo del gruppo di imprese.

Con la disciplina in tema di attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 e ss. c.c.) e con l'introduzione della causa di esclusione della responsabilità penale di cui all'art. 2634, terzo comma, c.c.), il legislatore ha in qualche modo sfuocato la valenza assoluta di una impostazione molecolare del modello societario, riconoscendo un margine di liceità delle operazioni infragruppo, specificando quali siano i criteri per definirne i confini.

La normativa civile sembra aver riconosciuto una potestà di indirizzo in capo alla *holding*, la quale può legittimamente condurre una politica economico-aziendale che le permetta, per ottimizzare i profitti, di sfruttare il modello organizzativo atomistico delle controllate, anche in loro danno, nei limiti, però, della necessaria compensazione o reintegrazione (preventiva) degli atti dispositivi pregiudizievoli per la eterodiretta posti in essere.

Il legislatore civile ha preso in carico la disciplina dei gruppi, riconoscendo la legittimità della politica di gruppo, nel contempo, ponendo un divieto di abuso di direzione unitaria. Ha poi fornito all'interprete i parametri per la verifica della

effettiva presenza di un abuso di direzione, imponendo di compiere una analisi nei più ampi orizzonti del contesto del gruppo.

Sul fronte penale il quadro normativo muta notevolmente, in quanto, nonostante i comuni intenti, il carattere necessariamente frammentario e sussidiario della normativa penalistica, ha indotto ad utilizzare delle tecniche descrittive del fatto tipico differenti rispetto a quelle che contraddistinguono le previsioni civilistiche.

Il legislatore, sebbene con una formula ambigua ha ancorato l'insorgenza della responsabilità penale per le condotte infedeli al carattere ingiusto del profitto, piuttosto che alla sussistenza di un danno, così ponendo un limite espresso alla potenzialità espansiva dell'offensività delle condotte.

Il tessuto normativo risulta così innervato dal principio di *extrema ratio* del diritto penale, come rimarcato dal confronto dei presupposti operativi della clausola di esonero prevista dall'art. 2634, terzo comma, c.c., il cui spettro applicativo si presenta notevolmente più ampio rispetto a quello della causa di esclusione della responsabilità civile.

Sul versante penale muta il carattere del calcolo 'costi – benefici' che abbandona i confini del *lost e gain*, in favore di un parametro di natura 'qualitativa' che spiana la strada al giudizio assolutorio anche se ancorato a valutazioni prognostiche, senza che l'effettivo conseguimento del vantaggio, ovvero il concreto azzeramento del danno, possa incidere sulla legittimità dell'operazione contestata.

Sotto tali profili la disciplina penale dei gruppi di impresa si presenta pertanto aderente al volto di un diritto penale conforme ai principi fondamentali.

Sezione Seconda – L'estensibilità della causa di esclusione della punibilità dei vantaggi compensativi ad altre fattispecie di reato

Sommario: 1. Cenni introduttivi. - 2. L'estensibilità della disciplina dei vantaggi compensativi alle fattispecie di diritto penale fallimentare: la bancarotta fraudolenta impropria da infedeltà patrimoniale. - 3. I vantaggi compensativi e la bancarotta fraudolenta per operazioni dolose. - 4. L'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alla bancarotta fraudolenta societaria per distrazione infragruppo. - 5. L'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di cui all'art. 2629 *bis* c.c.

1. Cenni introduttivi.

Sebbene l'inserimento della causa di esclusione della responsabilità penale dei vantaggi compensativi nei gruppi di società costituisca una significativa novità del diritto penale societario, la sua limitata applicabilità alle ipotesi di infedeltà patrimoniale costituirebbe un serio limite alla valenza della scelta legislativa, anche per la modesta applicazione che la nuova fattispecie ha avuto.

Non sorprende quindi che all'indomani della novella legislativa la dottrina si sia interrogata sulla possibilità di estendere la causa di esenzione della penale responsabilità ad altre fattispecie di diritto penale dell'economia.

Il legislatore, infatti, ha perso l'opportunità di dedicare anche alla materia penale dei gruppi di impresa una disciplina di carattere generale, capace di adattare la multiforme realtà delle aggregazioni societarie alle fattispecie del diritto penale economico, tutte modellate sulla distinta soggettività delle imprese

in seno alle quali vengono perpetrati i fatti di reato ed incapaci di prendere in carico la materia dei gruppi.

Non pochi sono gli interrogativi che permangono nel verificare la possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi ad ulteriori fattispecie di reato.

Basti considerare che la stessa scelta del legislatore di disciplinare all'interno del 2634 c.c. i gruppi di società si presenta quale elemento idoneo a prestarsi a letture bivalenti: se da un lato potrebbe sostenersi che il legislatore abbia voluto legittimare il 'fattore gruppo', del pari potrebbe considerarsi l'ipotesi ermeneutica secondo la quale la mancanza di una presa di posizione espressa, in relazione ad altre fattispecie di reato, ne preclude in radice una applicazione analogica o/e un'interpretazione estensiva, anche se favorevole al reo.

I problemi riguardano soprattutto la possibilità di esportare la disciplina penale societaria dei gruppi a quella penale fallimentare che, anche per la sua notevole applicazione, ha fatto sorgere contrasti interpretativi della giurisprudenza di legittimità.

Cominceremo la nostra analisi verificando la possibilità di estendere la causa di esclusione della responsabilità penale di cui all'art. 2634, comma terzo, c.c. alla bancarotta fraudolenta societaria per infedeltà patrimoniale di cui all'art. 223, comma secondo, n. 1 del r.d. 16.03.1942, n. 267 che, essendo frutto della medesima novella normativa, pone minori problemi di coordinamento con la disciplina penale societaria; verificheremo poi la possibilità di estenderne la portata, in via interpretativa, alla bancarotta fraudolenta per operazioni dolose ed alla bancarotta fraudolenta per distrazione o dissipazione.

2. L'estensibilità della disciplina dei vantaggi compensativi alle fattispecie di diritto penale fallimentare: la bancarotta fraudolenta impropria da infedeltà patrimoniale.

Sul versante penale fallimentare, con il d.lgs. n. 61 del 2002 il delitto di infedeltà patrimoniale è stato inserito tra i reati presupposto richiamati dall'art. 223, comma secondo, n. 1, l. fall., idonei a dar luogo alla dimensione di tipicità dei nuovi fatti di bancarotta fraudolenta impropria¹⁴¹.

Allo stato, pertanto, ove i fatti di infedeltà patrimoniale abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, verrà a configurarsi un autonomo reato, capace di assorbire in sé il disvalore della infedeltà e gli amministratori della società verranno puniti con le sanzioni di cui all'art. 216 l.fall.

L'interrogativo circa la possibilità di estendere la disciplina penale dei vantaggi compensativi alla bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale, risulta di soluzione più agevole rispetto a quello relativo ad altre fattispecie, in quanto, il riferimento dell'art. 223, comma secondo, n.1, l.fall., *ai fatti* (reato) previsti dagli articoli 2621 e 2634 c.c., impone di considerare, nel giudizio di sussunzione del fatto concreto alla fattispecie tipica, tutti gli elementi, di stampo oggettivo e soggettivo, che concorrono a delineare la fattispecie richiamata.

Atteso che nella dimensione di tipicità del fatto di infedeltà patrimoniale risultano compresi i vantaggi compensativi, il richiamo fatto dall'art. 223 l.fall. all'art. 2634 cc., non può che ritenersi comprensivo di tutti i suoi elementi e,

¹⁴¹ Ci sembra doveroso precisare che la legge delega n. 366/2001 prescriveva al Governo di *reformare le norme sui reati fallimentari che richiamano i reati societari, prevedendo che la pena si applichi alle sole condotte integrative di reati societari che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società.*

Sulla nuova disciplina della bancarotta fraudolenta impropria si segnalano tra gli altri, GAMBARELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella nuova bancarotta fraudolenta impropria*, in *Cass Pen.*, 2003, p. 88 ss.; MUCCIARELLI, *Le modifiche alla legge fallimentare*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs.11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Alessandri, Milano, 2002, p. 441 ss.

quindi, anche della causa di esclusione della responsabilità penale; la clausola, infatti, concorre, come evidenziato, a delineare (sul versante oggettivo o soggettivo, a seconda delle differenti ricostruzioni esegetiche) la sfera di tipicità del ‘fatto reato’ richiamato dalla bancarotta fraudolenta impropria.

Pertanto, nelle ipotesi in cui per la configurabilità della bancarotta fraudolenta impropria, si renda necessaria l’attivazione del meccanismo di innesto della causazione del dissesto sui fatti di infedeltà patrimoniale, la dimensione di tipicità del fatto reato di cui all’art. 2634 cc., viene richiamata in tutti i suoi elementi costitutivi, tra cui figura, naturalmente, anche il limite esegetico alla interpretazione dell’offesa dei vantaggi compensativi¹⁴².

La proiezione dell’art. 2634 cc, nell’orbita della bancarotta fraudolenta societaria di cui all’art. 223, comma secondo, n 1, l.fall., trasferisce nella fattispecie complessa la prima ipotesi delittuosa, con tutti gli elementi che la caratterizzano ivi compreso il ‘vantaggio compensativo di gruppo’, che valendo a delineare i confini dell’offesa penalmente rilevante, entra prepotentemente nella sfera del fatto di bancarotta fraudolenta da reato societario, contribuendo a delinearne i confini del *Tatbestand*.

Qualunque sia la collocazione dogmatica da fornire alla causa di esclusione della responsabilità penale dei vantaggi compensativi, sia essa causa di esclusione della tipicità soggettiva o limite esegetico della interpretazione della offesa, non pare esservi dubbio che essa rifluisca nella dimensione di tipicità dei fatti di bancarotta fraudolenta da infedeltà patrimoniale, fattispecie in cui il reato richiamato preserva intatta la sua fisionomia anche a seguito dell’innesto nell’art. 223, comma secondo, n. 1, l.fall.

Non ci sembra pertanto di potere condividere l’orientamento della prima giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto la quale ha ritenuto che «il

¹⁴² Nello stesso senso si esprimono BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 362 ss.; D’AVIRRO – DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, p. 112 ss; appaiono invece contrari alla estensione della disciplina dei vantaggi compensativi alle fattispecie penali fallimentari, GIOVANARDI, *Sull’impossibilità di estendere i vantaggi compensativi ai reati fallimentari*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1372; BRICHETTI – TARGHETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 2003, p. 141.

vantaggio compensativo non può (...) andare oltre la sfera dell'infedeltà patrimoniale per la quale è previsto e non è, dunque, applicabile all'ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria riguardante una società collegata o appartenente al gruppo, in quanto il fenomeno del collegamento societario non vulnera il principio dell'autonomia soggettiva delle società interessate ed il fallimento di una di esse prescinde dalla considerazione degli interessi del gruppo societario»¹⁴³.

Il richiamo fatto dalla giurisprudenza, ad un principio di 'autonoma soggettività' delle società interessate dalla operazione infragruppo ci sembra evocare ancora una nozione economica di gruppo di imprese ormai superata dalla vigente normativa, la quale ha riconosciuto e positivizzato, il diritto della *holding* di portare avanti una attività di direzione unitaria e la necessità di tenere conto, nella valutazione della liceità delle condotte, dei vantaggi compensativi derivanti dal collegamento o dalla appartenenza al gruppo.

Ci sembra, pertanto, che quando in contestazione vi sia una bancarotta fraudolenta impropria da infedeltà patrimoniale i dati normativi indichino all'interprete che la dimensione di tipicità del fatto passa attraverso una verifica (dal contenuto negativo) della insussistenza di vantaggi compensativi derivanti dalla appartenenza o dal collegamento al gruppo.

La soluzione della problematica della estensibilità della disciplina dei vantaggi compensativi alla bancarotta fraudolenta societaria da infedeltà patrimoniale tuttavia non esaurisce i profili critici, in quanto, il carattere di norma speciale di cui all'art 223, comma secondo, n. 1, l.fall., lascia aperto il problema relativo alla possibilità di estendere la clausola alle altre ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria: in mancanza dei selettivi elementi specializzanti contenuti all'interno dell'art 2634 c.c. (soggettività attive qualificate, presupposto della condotta e dolo intenzionale di danno e specifico di profitto), l'interprete sarà chiamato infatti a compiere un giudizio di sussunzione del fatto storico nella fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria per mezzo di operazioni dolose o,

¹⁴³ Cass. Pen., Sez. V, 24.4.2003 n. 23241; la pronuncia è richiamata da NAPOLEONI, *Le mariane qui a mal tournè: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, nota a Cass. pen. 7326/2008, in *Cass. Pen.*, 2009, I, p. 294 e ss.

in quella ancor più generale, di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione o per dissipazione, prevista all'art 223, comma primo, l.fall.

In tali ipotesi, non interessate dalla riforma varata con il d.lgs. n 61/2002, occorrerà quindi domandarsi se sia possibile estendere, questa volta per mezzo dell'ausilio delle regole dell'interpretazione, la disciplina dei vantaggi compensativi dettata per l'infedeltà patrimoniale. L'operazione ermeneutica, tuttavia, si presenta maggiormente complessa in quanto le fattispecie, essendo contenute in differenti testi normativi tra di loro non armonizzati ad opera del d.lgs. 61/2002, pongono non pochi problemi di coordinamento.

3. I vantaggi compensativi e la bancarotta fraudolenta per operazioni dolose.

La bancarotta fraudolenta per effetto di operazioni dolose di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l.fall., è destinata ad abbracciare una serie di condotte più ampia rispetto alla bancarotta da reato societario, in quanto comprende nella sua dimensione di tipicità ogni possibile abuso sul patrimonio sociale, purché eziologicamente collegabile al dissesto.

Alla bancarotta fraudolenta per operazioni dolose sono difatti comunemente ricondotte ipotesi delittuose in cui gli organi amministrativi della società pongano in essere atti di disposizione patrimoniale con l'intento di arrecare un danno ai creditori o alla società, purché in collegamento eziologico con il successivo dissesto; è di tutta evidenza, pertanto, che il rapporto tra la bancarotta fraudolenta da infedeltà patrimoniale e quella da operazioni dolose, sia di specie a genere, essendo la prima di portata assai più ampia e generale¹⁴⁴; circostanza questa che giustifica l'analisi volta a verificare se sia possibile

¹⁴⁴ Grazie alla maggiore ampiezza della rosa dei soggetti attivi, della mancanza del presupposto della condotta dato dalla preesistenza di un interesse in conflitto e da più generici coefficienti selettivi della tipicità soggettiva.

estendere la causa di esclusione della responsabilità penale, di cui al terzo comma dell'art. 2634 cc, alla fattispecie più generale¹⁴⁵.

La giurisprudenza di merito che ha avuto modo di pronunciarsi sul punto all'indomani delle riforme del diritto societario e penale societario, ha escluso la possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi dettata per la infedeltà patrimoniale alla bancarotta fraudolenta per operazioni dolose.

Si è infatti ritenuto che «il collegamento societario ha natura meramente economica e non scalfisce il principio di autonomia della singola impresa che costituendo una entità economico – giuridica a sé stante, opera in un ambito di rapporti che le fanno direttamente ed esclusivamente capo e deve essere, pertanto, gestita con criteri funzionali al suo scopo specifico e senza pregiudizio per il suo patrimonio. Ne deriva che ai fini della configurabilità del delitto di bancarotta fraudolenta impropria di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2 ,l. fall., non assume rilievo la circostanza che un'operazione chiaramente contraria agli interessi della società sia posta in essere al fine di arrecare un vantaggio al gruppo al quale la stessa appartiene»¹⁴⁶.

Sul punto ci sembra di potere condividere l'orientamento della dottrina che, dissentendo rispetto ai richiamati orientamenti giurisprudenziali, tende ad estendere la portata della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di bancarotta fraudolenta per mezzo di operazioni dolose, per differenti ordini di ragioni¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Propende per le medesime conclusioni in ordine al rapporto tra fattispecie PEDRAZZI, in Pedrazzi – Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca-legge fallimentare* a cura di Galgano, artt. 216-227, Bologna-Roma, 1995, p. 236; per l'interesse di una analisi volta ad estendere la portata della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie più generale, cfr., BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 365; D'AVIRRO – MAZZOTTA, *I reati di infedeltà*, cit., p. 147; D'AVIRRO – DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, p. 112 ss.

¹⁴⁶ Tribunale di Napoli, Sezione V, 8 aprile 2004, in *Guida al Diritto*, 2005, n. 5, p. 63. La pronuncia è anche richiamata e criticata da D'AVIRRO – DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria*, cit., p. 286, i quali ne evidenziano la assoluta irrazionalità.

¹⁴⁷ Si pronunciano a favore della possibilità di estendere la causa di esclusione della responsabilità penale, BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 364 ss; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà degli amministratori e sanzioni penali*, Milano-Roma, 2006, p. 167 ss.

In primo luogo, l'approccio negativo comporterebbe una interpretazione irragionevole della fattispecie penale, in quanto, si giungerebbe a trattare in modo diseguale situazioni connotate da identità strutturali e di disvalore sociale. Sul piano della struttura, infatti, la fattispecie di bancarotta fraudolenta da infedeltà patrimoniale e quella della bancarotta per operazioni dolose, si presentano all'interprete quali fattispecie poste tra di loro in rapporto di specie a genere, in quanto l'ipotesi di cui al comma secondo, n. 2, dell'art. 223 l.fall. (bancarotta per operazioni dolose), è destinata, secondo la interpretazione diffusa, a fornire presidio penale alle condotte infedeli causative del dissesto societario che, a causa della mancanza dei coefficienti selettivi della tipicità della bancarotta da infedeltà patrimoniale, non possono in questa essere sussunti¹⁴⁸.

Tuttavia la particolarità del rapporto tra fattispecie, forse dettata dal mancato coordinamento della disciplina penale fallimentare modificata con il d.lgs. n. 61/2002 con il preesistente tessuto normativo, è data dal fatto che alla presenza degli elementi specializzanti della bancarotta da infedeltà patrimoniale non corrisponde alcun inasprimento sanzionatorio o qualsivoglia ulteriore conseguenza.

Orbene, innanzi alle forti simmetrie strutturali delle due ipotesi delittuose, non appare possibile sostenere sul piano sistematico che la clausola dei vantaggi compensativi, richiamata nel rinvio complessivo fatto dall'art. 223, comma secondo, n. 1, l. fall., al 'fatto - reato di cui all'art. 2634 cc', non debba essere applicata alla fattispecie di bancarotta fraudolenta per operazioni dolose.

Alle medesime conclusioni si giunge ponendo a confronto, sul piano del trattamento sanzionatorio, le due fattispecie: il carattere comune ed omnicomprensivo della sanzione penale che rende identico, tanto nei massimi

¹⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alla condotta di un amministratore della società commerciale che pur non nutrendo un interesse in conflitto con quello della società ponga in essere una condotta infedele avvantaggiando uno degli offerenti beni o servizi, la cui offerta si presenti meno vantaggiosa rispetto a quella di altro offerente ed alla quale consegua il dissesto societario; la condotta pur non essendo idonea a rivestire i connotati selettivi della tipicità della bancarotta fraudolenta da infedeltà patrimoniale potrebbe essere sussunta nella più generale ipotesi di bancarotta da operazioni dolose.

quanto nei minimi edittali il trattamento sanzionatorio, evidenzia infatti che, anche sul piano del disvalore le due fattispecie risultino perfettamente allineate.

Ci sembra, quindi, che una interpretazione costituzionalmente orientata confermi la necessità di propendere per una estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi anche alla bancarotta fraudolenta per operazioni dolose, in quanto, differentemente ragionando, non sarebbe azzardato paventare profili di illegittimità costituzionale sopravvenuta della fattispecie, dovuta al trattamento ingiustificatamente diseguale di situazioni connotate dal medesimo disvalore penale.

Sarebbe, infatti, del tutto irragionevole ritenere rilevanti i vantaggi compensativi per la bancarotta fraudolenta per infedeltà patrimoniale (art. 2634 in relazione all'art. 223, comma secondo, n. 1, l.fall.) e negarlo per la bancarotta fraudolenta per operazioni dolose, soprattutto alla luce della considerazione che le condotte punite dalla seconda fattispecie vengono comunemente identificate in quelle infedeli comportanti un atto di disposizione patrimoniale.

4. L'estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alle ipotesi di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione infragruppo.

Un ulteriore nodo interpretativo riguarda la possibilità di estendere la clausola dei vantaggi compensativi alle condotte distrattive perpetrate in seno a società facenti parte di un gruppo.

Per le ipotesi di fallimento di una delle monadi di un gruppo di impresa, spesso possono, infatti, essere accertate condotte volte ad operare trasferimenti di fondi o/e attività in favore del gruppo che, ove prive di plausibili giustificazioni economiche ed effettuate al surrettizio scopo di operare illecite ripartizioni del rischio di impresa, possono integrare l'ipotesi criminosa della bancarotta fraudolenta per distrazione.

Tuttavia, ove le condotte apparentemente sussumibili alla fattispecie legale, fossero state poste in essere in cambio di adeguate contropartite per l'impresa dichiarata fallita capaci di riequilibrare lo squilibrio di valori derivante dall'operazione, per garantire una interpretazione della fattispecie penale aderente al volto di un illecito penale permeato dai principi di materialità – offensività, occorre interrogarsi sulla possibilità di estendere, in via interpretativa, il limite esegetico alla interpretazione dell'offesa alle condotte distrattive punite dall'art 223, comma primo, l.fall.

Tale problematica ha fatto sorgere in dottrina ed in giurisprudenza due orientamenti di stampo contrapposto.

Secondo un primo orientamento la clausola dei vantaggi compensativi non potrebbe essere estesa al di là della disciplina della infedeltà patrimoniale per la quale è stata espressamente contemplata¹⁴⁹. L'orientamento, seguito da parte minoritaria della letteratura scientifica e da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, esclude la possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi prevista per l'infedeltà patrimoniale alle condotte distrattive infragruppo, evidenziando essenzialmente due ordini di ragioni.

In primo luogo si afferma che, nell'ordinamento italiano, la realtà dei gruppi rilevi solamente in senso economico e non in senso giuridico, non essendo riconosciuta alla *holding* la possibilità di imporre sacrifici di ordine economico-patrimoniale nei confronti delle società controllate.

Il fenomeno del collegamento societario si ritiene che non vulneri il principio della autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo:

^L Le pronunce che si sono occupate della possibilità di estendere la clausola dei vantaggi compensativi prevista dalla infedeltà patrimoniale alle condotte di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione, risolvendolo in senso negativo, sono state: Cass. Pen., Sez. V, 24 settembre 2003, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1539, Cass. Pen., Sez. V, 18 novembre 2004 in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3786.

Nella dottrina si pronunciano nel senso dell'impossibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi dettata per l'infedeltà patrimoniale ad altre fattispecie di reato, GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i «i vantaggi compensativi» ai reati fallimentari*, cit., p. 1539; BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Il Fisco*, 2004, p. 6626 e ss.

così facendo continuare a vivere un costante orientamento formatosi nel vigore delle previgenti discipline, secondo il quale, la autonomia soggettiva delle singole società componenti il gruppo di imprese esclude in radice la possibilità che i vantaggi compensativi possano trovare ingresso nella valutazione della liceità delle condotte distrattive¹⁵⁰.

In secondo luogo, dovrebbe essere esclusa la possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi, alle condotte di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione nei gruppi, a causa dell'altruità delle oggettività giuridiche tutelate dalle due fattispecie: infatti, mentre la finalità della norma penale societaria è quella di tutelare i soci da atti di disposizione patrimoniale infedeli posti in essere dagli amministratori, il presidio penale fallimentare è volto a scongiurare il compimento di atti volti ad attentare alle garanzie di tutela del credito per i creditori sociali della società, poi dichiarata fallita.

Si sostiene, infatti, che la bancarotta fraudolenta societaria per distrazione prescindendo dalla considerazione degli interessi del gruppo societario unitariamente apprezzato, giacché una volta intervenuto il fallimento, è la sola tutela dei creditori, di ogni singola società, a venire in rilievo: «mentre l'infedeltà patrimoniale è preposta a tutela del patrimonio sociale, nei reati fallimentari compare un bene giuridico nuovo e fondamentale, ossia la tutela dei creditori sociali e quindi soggetti terzi rispetto alla singola società. Questi ultimi, portatori dell'interesse all'integrità del patrimonio sociale ai sensi dell'art. 2740 c.c., hanno diritto a che le loro ragioni non vengano pregiudicate con atti di distrazione dei beni sociali, anche se compiuti nell'interesse della società stessa o di una collegata»¹⁵¹; con la conseguenza che nell'ambito della disciplina penale

¹⁵⁰ Costante era infatti la affermazione secondo cui «la salvaguardia delle risorse sociali va attuata all'interno del soggetto proprietario, nell'interesse dei creditori e dei terzi che hanno fatto affidamento sul patrimonio e sulla capacità operativa della singola società e non del gruppo». In questi termini, Cass, Pen, Sez. V, 3 aprile 2001, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 759.; L'orientamento tuttavia era già stato espresso in molteplici pronunce tra le quali si segnalano: Cass. Pen., Sez. V, 3 aprile 2001, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1532; Id, 20 marzo 2000, *ivi*, 2001, p. 1336.

¹⁵¹ Così, GIOVANARDI, *op. ult. cit.*, p.1539; l'Autore evidenzia anche che «è doveroso specificare che il momento consumativo del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione coincide con il compimento dei singoli atti dispositivi: nessuna rilevanza può quindi attribuirsi a reintegrazioni

fallimentare, gli interessi dei creditori non potrebbero mai essere sacrificati in un giudizio comparatistico e globale degli interessi infragruppo.

Pertanto, l'atto distrattivo, perpetrato in seno ad una società poi caduta in decozione, anche ove compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dal collegamento o dalla appartenenza al gruppo, mai potrebbe consentire in via interpretativa l'esclusione della punibilità dell'agente.

L'orientamento, sebbene autorevolmente sostenuto e fondato su motivazioni virtuose, volte a non intaccare la garanzia di credito di quanti nella veste di creditori sociali delle singole società controllate entrino esclusivamente con queste in contatto, non ci sembra possa essere condiviso, allorquando la bancarotta fraudolenta societaria per distrazione infragruppo, venga ad essere calata nel contesto sistematico della disciplina societaria.

Non vi è dubbio che allorquando le operazioni poste in essere dalle società fallite, appartenenti ad un gruppo di imprese, siano state connotate da modalità operative volte ad occultare distrazioni nei confronti dei creditori sociali o a perseguire interessi altri e differenti da quelli apparenti, la disciplina dei vantaggi compensativi non potrà essere invocata ai fini della esenzione di pena¹⁵².

D'altro canto, deve anche rilevarsi che una corretta e sana politica di gestione societaria ed imprenditoriale, che coordini le attività del gruppo in vista di un obiettivo comune ai distinti possa, in talune ipotesi, dar luogo a fatti di bancarotta per distrazione.

successive del patrimonio, quali appunto vantaggi compensativi derivanti dall'appartenenza al gruppo. Non si può sottacere, infine, l'ontologica difformità fra le due incriminazioni sotto il profilo dell'evento di danno: mentre per l'infedeltà patrimoniale il danno costituisce elemento essenziale ai fini dell'integrazione del reato, altrettanto non può dirsi per la bancarotta, pacificamente ritenuta un reato di pericolo. Sulla scorta di tale assunto, l'odierna sentenza puntualizza come «la limitazione del concetto di ingiusto profitto e/o di ingiusto danno» prevista nel comma 3 dell'art. 2634 c.c. «non può dispiegare alcun effetto nelle ipotesi di bancarotta per distrazione, che non richiedono il danno come elemento costitutivo».

¹⁵² Si pensi ad esempio alle ipotesi ben note nella prassi in cui a seguito del dissesto possa essere rilevata la presenza di vertiginosi e repentini passaggi infragruppo privi di alcuna giustificazione o di trasferimenti di attività e passività effettuati in favore di una società del gruppo.

Basti pensare, a fini esemplificativi, alle estromissioni di beni dal patrimonio sociale compensate dalla presenza di ritorni economici in favore della società apparentemente depauperata, poi dichiarata comunque fallita. In tali ipotesi ci sembra che non interrogarsi sulla possibilità di valutare la condotta distrattiva alla luce dei vantaggi compensativi, costituisca un approccio minimalista ed errato.

Riteniamo che l'approccio corretto non possa prescindere da un inquadramento della materia nell'ambito dei principi del sistema penale.

Ebbene, l'orientamento volto a limitare l'applicazione della clausola dei vantaggi compensativi al solo ambito della infedeltà patrimoniale, si mostra poco rispettoso del principio di *extrema ratio*, anche in una concezione *ulteriormente sanzionatoria dell'illecito penale*¹⁵³.

La corretta individuazione della portata applicativa del limite esegetico dell'interpretazione dell'offesa non può prescindere dall'esigenza politico-criminale che un qualsiasi fatto-reato non *possa costituire un illecito solo penale, ma debba necessariamente essere o poter diventare (in caso di danni risarcibili) illecito anche per altri rami dell'ordinamento, in quanto il legislatore "seleziona" fra gli illeciti extrapenali quelli più gravi, che per ragioni di extrema ratio necessitano di una sanzione più grave o comunque più personalizzata*¹⁵⁴.

Se tale è la premessa sul piano del dover essere del sistema penale appare difficile sostenere una aprioristica impossibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi alle fattispecie di diritto penale fallimentare, in quanto, si giungerebbe, sul piano sistematico, al paradosso di considerare talune operazioni

¹⁵³ In prospettiva di scienza della legislazione o anche solo di riforma è stato opportunamente prospettato un fondamento razionale della punibilità in chiave ulteriormente sanzionatoria; rimandiamo a DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, p 1546.

¹⁵⁴ Così, DONINI, *op. ult. cit.*, p. 1546, il quale prosegue evidenziando che «Al limite: seleziona come reati fatti che in precedenza non erano anti-giuridici, ma in quello stesso istante sta ad un tempo individuando forme particolari di illeciti che sono anche di possibile rilevanza extrapenale. Ciò che il Parlamento non può fare è costruire come illeciti penali fatti che siano leciti, o meglio "giustificati", per il resto dell'ordinamento. Potranno non ricevere sanzione (illeciti non sanzionati), ma non risultare esplicitamente o implicitamente autorizzati».

infragruppo lecite sul versante civile, giacché compensate sulla base della causa di esclusione della responsabilità civile, ma nel contempo illecite sul versante penale a causa di una restrizione interpretativa della portata applicativa della disciplina penalistica dei vantaggi compensativi¹⁵⁵.

La stessa nozione di ‘distrazione’, comunemente individuata nel distogliere un bene dalla sua destinazione naturale di assolvere a strumento di garanzia per i creditori sociali, ci sembra decisamente lontana dalle ipotesi in cui la fuoriuscita di un bene dal patrimonio sociale, risulti compensata da adeguate contropartite economiche effettivamente conseguite o da fondati ritorni futuri per la società dall’operazione apparentemente pregiudicata.

Anche ove non fosse stata inserita nel sistema una clausola volta ad attribuire dignità espressa alla disciplina dei vantaggi compensativi nei gruppi di impresa, si sarebbe potuto concludere che è il concetto stesso di distrazione a non prendere corpo, ove l’atto di fuoriuscita di un bene da patrimonio sociale sia stato compensato da adeguate e proporzionate contropartite, in quanto, in tali casi, l’atto non è idoneo ad incarnare l’offesa della diminuzione patrimoniale della garanzia creditoria¹⁵⁶.

¹⁵⁵ La questione è lucidamente evidenziata da DONINI, *op. ult. cit.*, p. 1546, il quale, per esemplificare, afferma «Accade che solo in un processo penale si discuta per la prima volta dell’illiceità di una certa condotta. Non si è era mai posta la questione dell’illiceità civile o amministrativa di fatti, che erano ritenuti del tutto leciti, o almeno non vietati. A un certo punto, però, un Pubblico Ministero o la vittima di un qualche pregiudizio subito affermano che la condotta in questione dovrebbe essere sanzionata addirittura (e solo) penalmente. Il ricorso al diritto penale quale apparato sanzionatorio "di avanguardia" è una situazione frequente nei settori del diritto penale economico, allorché vi sia una "lacuna" nella tutela civile o amministrativa, che la giurisprudenza tenta di colmare per le vie penali, anche in presenza di discipline extrapenali esplicitamente scriminanti. In Italia, per es., si è discusso a lungo se un comportamento "distrattivo" di beni di una società controllata, ma a favore del gruppo, possa produrre vantaggi "non ingiusti". Pur affermando ciò, dal 2002, l'art. 2634 cpv. c.c. (infedeltà patrimoniale), che recepisce la teoria dei c.d. "vantaggi compensativi", la giurisprudenza penale successiva a questa norma civile scriminante, per vari anni ha continuato a sostenere che in caso di fallimento successivo il comportamento a suo tempo distrattivo (e foriero di vantaggi "non ingiusti") dovesse diventare reato: civilmente lecito al tempo dell'azione, penalmente illecito al tempo dell'evento».

¹⁵⁶ Ci sembra che sotto questo profilo i Giudici italiani dovrebbero prendere lezioni dalla giurisprudenza francese la quale, come evidenziato, a partire dal lontano 1985 ha colmato in via esegetica il vuoto legislativo, escludendo profili di responsabilità, analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento con la previsione dei vantaggi compensativi, quando ‘il concorso finanziario apportato dai dirigenti di fatto o di diritto di una società, ad un’altra impresa di uno

Indipendentemente dalla estensibilità della clausola di cui all'art. 2634, terzo comma, c.c. alla bancarotta fraudolenta, i vantaggi conseguenti all'appartenenza al gruppo assumono significato al fine stesso dell'apprezzamento dell'essenza distrattiva dell'azione¹⁵⁷.

Anche la recente giurisprudenza, facendo leva su una interpretazione di distrazione ancorata a canoni di concreta offensività, ha aperto la strada alla possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi dettata per l'infedeltà patrimoniale alle condotte distrattive compensate da vantaggi 'conseguiti' derivanti dalla appartenenza al gruppo¹⁵⁸.

stesso gruppo ... è dettato da un interesse economico, sociale o finanziario comune, cfr., Cass. Crim., 4 febbraio 1985; la pronuncia è riportata da MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, cit., p. 760 ss.

¹⁵⁷ Cfr., sul punto, CORUCCI, *I reati di bancarotta e l'operazione squilibrata infragruppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1013.

¹⁵⁸ Cass. Pen., Sez. V, 18 marzo 2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 con commento di F. LEMME. La pronuncia appare molto significativa in quanto si pone quale 'apripista' per le successive affermando che «la posizione giurisprudenziale fin qui affermatasi (vedi per tutte Cass. Civ. sent. 21999, n. 521, Doronzo), con la novella sul diritto societario portata dal d.lgs. n. 6/2003, sia rimasta radicalmente superata. Infatti, è stato dettato un complesso di norme (artt. 2497-2497 sexies c.c.), dedicate alla direzione e coordinamento di società che, pur non offrendo una nozione di gruppo, ritenuta inadeguata rispetto all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica (vedi relazione al decreto), tuttavia ne regola l'attività, con il limite costituito dal rispetto dei valori essenziali del bene partecipazione sociale, bene che la legge individua nella partecipazione all'esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili. Perciò, il momento caratterizzante diviene quello di direzione e di coordinamento da parte di una società controllante sulla controllata, inteso come centro autonomo di imputazione, quale sviluppo di un unico disegno imprenditoriale. La riforma ha attribuito specifico rilievo alla attività di direzione e coordinamento di società considerandola, in specie, come possibile fonte di responsabilità civile, con un ulteriore esplicito riferimento, ma in termini differenziati, rispetto alla norma penale alla teoria dei vantaggi compensativi, prevedendo che non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento. Invero, la possibilità di riconoscere l'esistenza di un'unica impresa di gruppo e, quindi, di un 'interesse di gruppo', sovraordinato a quello delle singole società che lo compongono, non comporta automaticamente la piena liceità della direzione unitaria e dell'emanazione di direttive di gruppo, con conseguente venir meno dell'autonomia delle singole controllate. Il decreto ha chiaramente evidenziato come l'attività di direzione e di coordinamento spetti a società o enti', come sussista sempre la responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata'. Perciò, punto centrale di tale attività diventa la responsabilità (art. 2497 c.c.), per cui le società e gli enti coordinatori, dato che agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio ed altrui, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria, assumono la diretta responsabilità nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato e nei confronti dei creditori sociali per la eventuale lesione del patrimonio sociale della controllata».

Dopo le iniziali posizioni negative, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha aperto l'orizzonte conoscitivo alla problematica dei gruppi di imprese sostenendo che *con riferimento a fatti di disposizione patrimoniale contestati come distrattivi o dissipativi siffatta eventualità è da ritenere in astratto ammissibile*¹⁵⁹.

La Corte di Cassazione ha infatti fornito una interpretazione della portata del concetto di distrazione ancorata a canoni di concreta offensività, sostenendo che «se da un lato deve escludersi che le condotte materiali descritte dall'art. 2634 c.c. e dall'art. 216, primo comma, n. 1, legge fallimentare, coincidano, essendo interna alla nozione di distrazione (in frode ai creditori) una connotazione tipizzante che non può cogliersi nel mero atto di disposizione patrimoniale cagionativo di danno (in genere) alla società, e se dall'altro la fattispecie dell'art. 2634 presuppone un evento di danno, un dolo intenzionale e una situazione soggettiva di conflitto che non consentono di ritenerla generale, così che è da escludere tra di esse ogni rapporto di specialità/consunzione, non può non riconoscersi, sotto altro versante, che la previsione dell'art. 2634, comma 3, c.c. conferisce valenza normativa a principi già desumibili dal sistema, in punto di necessaria considerazione della reale offensività della condotta tanto gravemente sanzionata dalle norme fallimentari. A conferma della necessità di inserire (come è stato rilevato dalla dottrina) il rapporto di gruppo nella lista delle circostanze da ponderare in sede di verifica della sussistenza della condotta tipica di distrazione, non potendo, in materia, l'analisi giuridica andare comunque distinta dall'analisi economica della vicenda.

Tuttavia, proprio il fatto che siffatta analisi ha lo scopo di verificare l'offensività in concreto della condotta rende evidente che non è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultassero non solo effettivamente

¹⁵⁹ Ancora, Cass., Pen., Sez. V, 18 marzo 2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 747 con nota di F. LEMME.

connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta: in guisa tale da non renderla capace d'incidere (perlomeno nella ragionevole previsione dell'agente) sulle ragioni dei creditori della società»¹⁶⁰.

La pronuncia ci sembra decisamente condivisibile, in quanto capace di cogliere l'essenza del fenomeno dei gruppi di società: la corretta gestione unitaria in vista di uno scopo comune ai distinti.

Corretta gestione che «estromette dalla bancarotta societaria le condotte infragruppo a prima vista sussumibili sotto la condotta di distrazione che, tuttavia, in una visione d'insieme del gruppo, ne fuoriescono, quando fanno conseguire alla società sacrificata vantaggi economici idonei a neutralizzare gli effetti distrattivi dell'atto»¹⁶¹.

La conduzione di un'impresa non consiste di regola nel compimento di singole operazioni (e tantomeno in atti o negozi singolarmente considerabili) ma nella realizzazione di strategie spesso complesse, fatte di molteplici atti tra loro connessi. Di guisa che, il pregiudizio, non può essere apprezzato per segmenti perché anche la valutazione di quel che potenzialmente giova o invece pregiudica l'interesse della società, non può prescindere da una visione di insieme in cui si abbia riguardo, non soltanto all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza.

D'altra parte, al fine di evitare che la valorizzazione della politica di gruppo possa diventare un comodo espediente, la riforma del diritto societario ha introdotto, quale limite per la capogruppo, l'obbligo di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, prevedendo, nel contempo, una diretta responsabilità della capogruppo, sia nei confronti dei soci

¹⁶⁰ Cass. Pen, Sez. V, 7 novembre 2006, con commento di BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 421.

¹⁶¹ Così, BENUSSI, *op. ult. cit.*, p. 421.

della controllata per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, sia nei confronti dei creditori di quest'ultima società per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale.

Ne segue che una gestione societaria e imprenditoriale che coordini le attività del gruppo in vista di un obiettivo unitario e collettivo rappresentato dalla politica di gruppo, purché corretta, non può dar vita a fatti di bancarotta, anche quando una delle eterodirette sia caduta in decozione.

L'estensione della disciplina dei vantaggi compensativi alla bancarotta fraudolenta per distrazione, conseguita facendo leva sul piano della 'tipicità' della condotta distrattiva, tuttavia rischia di misconoscere la rilevanza attribuita con la riforma al potere di eterodirezione della *holding*, la cui politica di direzione unitaria, deve essere valutata, secondo il legislatore penale, anche alla luce di vantaggi che in termini di *fondata prevedibilità*, possano derivare alla eterodiretta pregiudicata dalla appartenenza al gruppo.

Non si vede, in sostanza, la ragione per la quale, sul versante penale fallimentare, non possano assumere rilevanza anche vantaggi fondatamente prevedibili che, invece, assumono rilevanza sul versante penale societario.

Sotto tale profilo non ci sembra quindi condivisibile l'assunto giurisprudenziale secondo il quale «proprio il fatto che siffatta analisi ha lo scopo di verificare l'offensività in concreto della condotta rende evidente che non è sufficiente, al fine di escludere la riconducibilità di un'operazione di diminuzione patrimoniale senza apparente corrispettivo ai fatti di distrazione o dissipazione incriminabili, la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi, ma occorre che gli ipotizzati benefici indiretti della fallita risultassero non solo effettivamente connessi ad un vantaggio complessivo del gruppo ma altresì idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta»¹⁶².

Si pensi ad esempio alle ipotesi in cui il soggetto apicale abbia indotto gli organi della eterodiretta a porre in essere condotte distrattive, sulla base della

¹⁶² Cass. Pen., Sez. V, 7 novembre 2006, *cit.*

ferma convinzione di riuscire a far conseguire alla società patrimonialmente danneggiata concreti vantaggi futuri idonei a riequilibrare i valori¹⁶³. In ipotesi di questo genere, una interpretazione che tenda a ridurre la portata applicativa dei vantaggi compensativi ai soli vantaggi conseguiti, si profila irrazionale anche quando, la motivazione posta alla base dell'esclusione, venga individuata nelle esigenze di tutela dei creditori sociali della eterodiretta.

I creditori della monade, infatti, ove venisse attribuita rilevanza ai fini della esclusione della punibilità in sede penale anche ai vantaggi fondatamente prevedibili, comunque non rimarrebbero privi di tutela, in quanto, ove la condotta della *holding*, si fosse concretata nella violazione degli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, permarrebbe, sul versante civile una sua responsabilità solidale *ex art. 2497 cc.*

Soluzione questa che risulta del resto avvalorata anche dalla previsione dell'ultimo comma dell'art 2497 cc, il quale stabilisce che «nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di quest'ultima è esercitata dal curatore, dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario».

Se infatti, il legislatore societario, con l'art. 2497, comma primo e quarto, c.c., ha 'sbiadito' lo schermo della 'distinta soggettività giuridica' delle società componenti l'impresa di gruppo, prevedendo una responsabilità solidale della *holding* e dato la possibilità al curatore, al commissario liquidatore o al commissario straordinario, di promuovere azione di responsabilità nei confronti della capogruppo, non si vede come possa essere condiviso l'orientamento secondo il quale, nelle ipotesi in cui non vi sia stato abuso di eterodirezione, comunque non possano assumere rilevanza vantaggi fondatamente prevedibili.

Richiamando infatti la problematica della collocazione dogmatica della causa di esclusione della responsabilità penale dei vantaggi compensativi, sia che essa venga ritenuta un limite esegetico dell'offensività del fatto, sia che venga

¹⁶³ L'esempio è di BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 378.

considerata una causa di esclusione dell'elemento psicologico del reato, comunque ci sembra che vada ad incidere sulla tipicità della bancarotta per distrazione, escludendone la configurabilità¹⁶⁴.

Ove infatti la clausola fosse considerata una causa di esclusione della tipicità soggettiva, ci sembra che la 'fondata prevedibilità' da parte dell'agente di conseguire futuri vantaggi compensativi volti a riequilibrare i rapporti apparentemente pregiudicati dall'atto distrattivo, costituisca elemento decisamente idoneo ad escludere la volontarietà del fatto, incidendo sul dolo della fattispecie.

Se infatti, l'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta per distrazione viene comunemente individuato nel «dare al patrimonio sociale, o ad alcune attività, una destinazione diversa rispetto alla finalità dell'impresa e di compiere atti che possano cagionare danno ai creditori»¹⁶⁵ è di tutta evidenza che l'atto distrattivo, nella psiche dell'agente compensato da vantaggi fondatamente prevedibili, esclude l'elemento psicologico della fattispecie¹⁶⁶.

Conclusioni queste, che risultano avvalorate ove la clausola dei vantaggi compensativi, venga considerata un 'limite esegetico della interpretazione dell'offesa', in quanto tale capace di portare la sua efficacia espansiva al di fuori delle norme di sua vicina collocazione, al pari di ogni limite generale o/e norma definitoria.

Naturalmente come osservato nella letteratura scientifica, la particolarità delle oggettività giuridiche tutelate dalla fattispecie penale fallimentare richiede che perché la clausola dei vantaggi compensativi possa provocare l'esenzione di pena, sia necessario che la crisi di impresa sia temporanea e reversibile anche

¹⁶⁴ Alla medesima conclusione giunge BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p.381.

¹⁶⁵ Così, Cass. Pen., Sez. V, 2 marzo 2006, in *Riv. pen.*, 2007, p. 120.

¹⁶⁶ Ci sembra sostanzialmente dello stesso avviso TOSCANO, *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei trasferimenti infragruppo*, in *Le società*, 2009, p. 925, il quale evidenzia come sia stato sostenuto in dottrina che «non sussista dolo se l'agente non prevede al di là della diminuzione patrimoniale dell'attivo – che costituisce il risultato immediato della condotta – un conseguente indebolimento della garanzia patrimoniale, con il connesso pericolo di un pregiudizio per i creditori».

grazie all'intervento di sostegno e che la controllante non versi anch'essa in stato di decozione¹⁶⁷.

E' chiaro infatti che perché la disciplina dei vantaggi compensativi possa essere invocata al fine di fondare la esenzione di pena, sia necessario che la politica di eterodirezione posta in essere dalla *holding*, costituisca espressione di una corretta e sana gestione societaria ed imprenditoriale, giacché la clausola ha la funzione di regolare la dimensione fisiologica e non quella patologica dei gruppi di impresa.

I trasferimenti infragruppo effettuati al solo scopo di utilizzare società eterodirette al fine di mascherare operazioni illecite tese a concretizzare forme di vassallaggio delle società controllate non potranno assumere rilevanza ai fini della esenzione di pena, né sul versante della infedeltà patrimoniale, né su quello della disciplina penale fallimentare.

Non ci sembra, pertanto, che costituisca una battuta d'arresto quella della recente giurisprudenza di legittimità la quale, occupandosi della possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi alle condotte di bancarotta fraudolenta societaria per distrazione, ha ritenuto che «l'introduzione nel nostro ordinamento della norma di cui all'art 2634, terzo comma, cc, non permette di affermare che la presenza di un gruppo societario legittimi per ciò solo qualsiasi condotta di asservimento di una società ad altra società del gruppo»¹⁶⁸.

Ci sembra piuttosto che la preoccupazione della giurisprudenza di legittimità, manifestata nelle pronunce che escludono la estensibilità dei vantaggi compensativi alle fattispecie di diritto penale fallimentare facendo leva sulle differenti oggettività giuridiche tutelate dalla fattispecie di cui all'art. 2634 c.c. e 223, comma primo, l.fall., sia quella di evitare, correttamente, che venga invocata una disciplina dettata per una dimensione fisiologica dei gruppi, per escludere la

¹⁶⁷ Si esprimono in questo senso, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, cit., p. 161; BENUSSI, *Infedeltà*, cit., p. 382.

¹⁶⁸ Cass. Pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546. La sentenza è reperibile in *Il fallimento*, 2009, p. 313 con nota di SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi: due termini difficilmente compatibili*.

rilevanza penale di condotte perpetrate con la consapevolezza o/e con la fondata prevedibilità di un ‘esito infausto’ della operazione infragruppo.

Tale aspetto risulta ben messo in luce dalla giurisprudenza in una recente pronuncia in cui si è evidenziato che la possibilità di invocare la disciplina dei vantaggi compensativi ceda «di fronte al rilievo che quando si tratta di trasferimento di beni da una società già in difficoltà economica ad altra società in difficoltà, l’operazione di trasferimento di risorse non può che essere considerata distrattiva, in quanto non sarebbe ipotizzabile al momento del fatto alcuna prognosi positiva»¹⁶⁹.

Elemento questo che, tuttavia, non ci sembra valga ad escludere la possibilità di una interpretazione, che in un’ottica di effettiva offensività concreta del fatto, sia volta ad escludere la rilevanza penale delle condotte distrattive infragruppo poste in essere quando le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie delle società coinvolte lasciavano presumere un prevedibile esito fausto dell’operazione.

5. L’estensibilità della clausola dei vantaggi compensativi alla fattispecie di cui all’art 2629 bis cc.

Nell’impianto dei reati societari con la l. 28 dicembre 2005, n. 262, è stata inserita la fattispecie di omessa comunicazione del conflitto di interessi volta a sanzionare la violazione dell’obblighi imposti dalla disciplina civile degli

¹⁶⁹ Ancora Cass. Pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546.

La pronuncia viene invece letta come espressione della irrilevanza dei vantaggi compensativi da SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi*, cit., p. 315; .CORUCCI, *I reati di bancarotta e l’operazione squilibrata infragruppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1011 ss.; TOSCANO, *In tema di reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei trasferimenti infragruppo*, cit., p. 919 ss.

‘interessi degli amministratori’ nell’ambito delle società quotate o a capitale diffuso¹⁷⁰.

Il panorama dottrinario è quanto mai variegato circa la soluzione del problema dei rapporti tra la fattispecie di infedeltà patrimoniale e quella di omessa comunicazione del conflitto di interessi.

Secondo un primo orientamento il problema del rapporto tra le fattispecie deve essere risolto alla luce del principio di consunzione, sulla base del quale la fattispecie di cui all’art. 2634 cc., sarebbe consunta da quella di omessa comunicazione del conflitto di interessi, in quanto, per quest’ultima, il legislatore avrebbe previsto dei maggiori limiti minimi di pena edittale¹⁷¹.

Secondo altra parte della letteratura scientifica le fattispecie di cui agli artt. 2629 *bis* e 2634 c.c., sarebbero tra di loro in rapporti di sussidiarietà, in quanto, la fattispecie di omessa comunicazione del conflitto di interessi, rappresenterebbe una fattispecie avamposto, rispetto a quella di infedeltà patrimoniale¹⁷².

La differente ricostruzione dei rapporti tra le due fattispecie, influenza naturalmente il problema della portata applicativa della questione circa la estensibilità della disciplina dei vantaggi compensativi dettata per l’art 2634 c.c., alle condotte di omessa comunicazione del conflitto di interessi.

Ove infatti le fattispecie fossero tra di loro in rapporto di consunzione ogni qual volta ricorressero gli elementi di struttura necessari per la applicazione della norma consuente, sarebbe questa ad essere applicata, con conseguente espansione

¹⁷⁰ L’art. 2629 *bis* c.c., stabilisce che *l’amministratore o il componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro stato dell’Unione Europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell’art. 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, della legge 12 agosto 1982, n. 576, o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, che viola gli obblighi previsti dall’art. 2391, comma primo, è punito con la reclusione da uno a tre anni, se dalla società siano derivati danni alla società o a terzi.*

¹⁷¹ E’ questa l’opinione di LUNGHINI, *sub art 2634 cc.*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e Marichionda, Milano, 2005, p. 2513 ss

¹⁷² Sono di questo avviso, tra gli altri, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, cit., p. 320; BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell’amministratore*, cit., p. 227.

della sua portata applicativa; ove, invece, la fattispecie di omessa comunicazione del conflitto di interessi venisse ad essere considerata una ‘fattispecie avamposto’, rispetto a quella di infedeltà patrimoniale, la portata pratica della questione dell’estensibilità dei vantaggi compensativi, sarebbe sensibilmente ridotta.

La letteratura penalistica che si è occupata del tema si è mostrata molto cauta nel riconoscere la possibilità di estendere la disciplina dei vantaggi compensativi alle condotte di omessa comunicazione del conflitto di interesse¹⁷³.

Si osserva infatti ove la clausola venisse considerata una causa esimente essa non potrebbe essere estesa in via analogica; ove fosse considerata un limite esegetico del dolo specifico, non potrebbe operare a causa delle differenze strutturali sul piano della tipicità soggettiva tra le due fattispecie, in quanto, il dolo specifico necessario per incarnare i coefficienti di tipicità del fatto di infedeltà, non sarebbe stato riprodotto nell’omessa comunicazione del conflitto di interessi¹⁷⁴.

Entrambe le argomentazioni ci sembra che possano tuttavia essere superate. Ove infatti la causa di esclusione della responsabilità penale fosse considerata un’esimente comunque ne sarebbe consentita una sua applicazione analogica, in quanto, sottratta al divieto di cui all’art. 14 delle preleggi¹⁷⁵; ma anche ove fosse considerata in limite esegetico della tipicità soggettiva, ci sembra che la presenza di ‘vantaggi conseguiti’ o ‘fondatamente prevedibili’ derivanti dal collegamento o dalla appartenenza al gruppo, valga ad escludere l’elemento psicologico dell’omessa comunicazione del conflitto di interessi.

Se infatti, ai fini della tipicità soggettiva, l’art 2629 *bis* c.c., richiede un dolo generico, che può essere individuato nella necessità che il soggetto agente «si rappresenti l’interesse proprio o di terzi e ometta di manifestare tale situazione ad

¹⁷³ Solleva perplessità sulla estensibilità, BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell’amministratore di società*, cit., p. 876; si pronunciano in senso favorevole all’estensione, SCOTTO, *Commento all’art. 31, l. 28 dicembre 2005, n. 262*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 524; BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., p. 417, il quale evidenzia che la configurazione della clausola come limite esegetico del fatto tipico «ben può consentirne l’estensione anche a questa fattispecie incriminatrice».

¹⁷⁴ Le osservazioni sono fatte da BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell’amministratore di società*, cit., p. 876.

¹⁷⁵

altri amministratori, nella consapevolezza che ciò determinerà un danno alla società o a terzi»¹⁷⁶, ci sembra che il vantaggio conseguito idoneo ad annullare il danno o il vantaggio fondatamente prevedibile, valgano, quantomeno nella psiche dell'agente, ad escludere il coefficiente psicologico richiesto dalla fattispecie.

Tale soluzione risulta del resto corroborata anche mediante l'ausilio delle regole dell'interpretazione sistematica, in quanto, ove il rapporto tra le due fattispecie fosse letto in termini di sussidiarietà, diversamente ragionando, si giungerebbe al risultato (paradossale) di ritenere irrilevanti i vantaggi compensativi per la 'fattispecie avamposto' – espressione di una anticipazione della tutela e quindi di un comportamento meno offensivo rispetto a quello dell'infedeltà, volta a munire di presidio penale i veri atti di gestione infedeli – ed invece rilevanti ai fini della esenzione di pena per la fattispecie di cui all'art. 2634 c.c., che è espressione, nel rapporto tra le fattispecie di una *escalation* nella progressione dell'offesa.

Rilievi questi, che ci sembra confermino che la corretta collocazione da dare alla causa di esclusione della responsabilità penale, è quella di limite esegetico di interpretazione dell'offesa, volto a frenare la potenzialità espansiva astratta delle condotte infedeli e selezionare in concreto solo quelle effettivamente meritevoli di sanzione penale.

¹⁷⁶ Così, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 321.

Capitolo quarto - I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche

Sommario: 1. La mancata previsione del fenomeno dei gruppi di imprese nel d.lgs. 231/2001: premesse metodologiche e canoni ermeneutici. – 2. La tesi della responsabilità diretta della capogruppo – 3. La tesi della *holding* quale amministratore di fatto della controllata – 4. La responsabilità della *holding* per concorso mediante omissione. – 5. La responsabilità della *holding* ed il concorso di persone nel reato – 6. I criteri di imputazione della responsabilità alla *holding*. Il concorso nel reato della persona fisica – 7. L’interesse o il vantaggio della *holding* – 8. I modelli organizzativi e l’organismo di vigilanza nei gruppi di società

1. La mancata previsione del fenomeno dei gruppi di imprese nel d.lgs. 231/2001: premesse metodologiche e canoni ermeneutici.

Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nel disciplinare la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche¹⁷⁷ non ha regolato

¹⁷⁷ Sul tema della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche si segnalano, tra gli altri, AGNOLI, *La responsabilità amministrativa da reato nei gruppi societari*, in *Crit. pen.*, 2007, p. 141 e ss.; ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33 ss.; AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 941 ss.; ID, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 346 e ss.; BRICOLA, *Il costo del “principio societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1970, p. 951 ss.; DE FRANCESCO, *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche tra modelli “punitivi” e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 363 ss.; DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 349 ss.; ID, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348 ss.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 223 ss.; DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2006,

i profili differenziali della disciplina che vengono in rilievo quando il reato presupposto venga commesso nell'ambito di un gruppo di società¹⁷⁸.

La scelta di politica criminale, ove si consideri che la dimensione patologica dei gruppi di impresa è potenzialmente idonea ad arrecare pregiudizi maggiori rispetto a quella delle imprese organizzate in forma tradizionale, presta il fianco a facili rilievi, essendo incapace di reprimere in modo efficace le forme di criminalità economica realizzate utilizzando in modo illecito lo schermo della distinta soggettività giuridica del gruppo¹⁷⁹.

La mancata disciplina di forme di responsabilizzazione della *holding* costituisce una significativa lacuna del d.lgs. 231/2001, soprattutto ove si consideri che la spersonalizzazione delle condotte che il gruppo consente e la diversificazione dei rischi fungono spesso da fattore criminogeno¹⁸⁰.

p. 173 ss; ID, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. èen.*, 2001, p. 1126 ss.; MANNA, *La c.d. responsabilità penale amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo di insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 507 ss.; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445 ss; PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 475 ss; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 571 ss.; SEMINARA, *I nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio.*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 549 e ss.

¹⁷⁸ La problematica del criterio di imputazione della responsabilità penale nell'ambito dei gruppi di società risulta di difficile soluzione anche a causa della mancanza di una adeguata riflessione penalistica sul problema, più generale, della responsabilità degli amministratori della società controllante per i reati commessi nell'attività di gestione della società controllata. Problema, questo, non di poco conto ove si consideri che essendo la responsabilità amministrativa da reato una responsabilità che si aggiunge a quella penale della persona fisica e che in questa rinviene il suo presupposto, la mancanza di criteri di imputazione della responsabilità penale nell'ambito delle società del gruppo, è decisamente idonea a riverberarsi sulla responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*.

¹⁷⁹ La inadeguatezza della disciplina normativa del d.lgs. 231 /2001, rispetto alla problematica dei gruppi di imprese è ben evidenziata da DI AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in AA.VV. *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro – Di Amato, Milano, 2009, p. 233, che evidenzia come «nell'ambito dei gruppi quel fenomeno di spersonalizzazione delle condotte, che costituisce uno degli incentivi più significativi alla criminalità di impresa, si presenta con maggiore accentuazione».

¹⁸⁰ L'inidoneità della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche a svolgere la funzione di prevenzione generale è rilevata da DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA. VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura

Tali considerazioni non ci sembra possano tuttavia fuorviare l'approccio metodologico che segna il cammino da seguire nella risoluzione della problematica relativa alla responsabilizzazione della *holding* per i reati commessi in seno alla controllata, che deve proseguire sulla fondamentale direttiva della legalità.

In mancanza di un adeguato riferimento al fenomeno del gruppo la giurisprudenza ha già tentato «torsioni espansive della responsabilità»¹⁸¹ volte a colmare la lacuna normativa, debordando dal piano dell'interpretazione a quello della creatività¹⁸² senza considerare gli effetti distorsivi che questa produce sul piano delle funzioni della pena¹⁸³.

La ricerca volta ad individuare i parametri a cui ancorare la responsabilità amministrativa da reato della *holding* ci sembra quindi che debba essere condotta verificando anzitutto se le norme del d.lgs. 231/2001 consentano di ritenere i gruppi destinatari, ancorché impliciti, della responsabilità degli enti; ove tale verifica produca un esito negativo, sarà necessario accertare se sia possibile estendere la responsabilità amministrativa della capogruppo applicando le clausole generali di estensione della tipicità penale: verificando, cioè, se sia possibile estendere la responsabilità alla capogruppo facendo ricorso alle disposizioni sui soggetti di fatto ovvero alla disciplina del concorso di persone nel reato.

di A. Manna, Milano, 2004, p. 551, la quale ritiene che a causa della mancata previsione del fenomeno dei gruppi, la responsabilità degli enti nasce già superata dalla realtà economica.

¹⁸¹ Così, PISANI, *La struttura del illecito in La resp. amm. soc. ed enti, cit.*, p. 115.

¹⁸² I confini tra l'estremità dell'interpretazione penale e lo spettro della creatività sono tracciati da ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale, cit.*, p. 132 ss. che, cimentandosi sui temi della discrezionalità nel modello politico criminale dell'integrazione sociale, evidenzia come il rispetto del rigore formale della norma «e di una interpretazione che sia il più possibile aderente al dato letterale è una garanzia che discende proprio dalla natura particolarmente afflittiva del sistema punitivo il cui intervento non deve essere affidato a generiche ed arbitrarie esigenze di giustizia sostanziale».

¹⁸³ La minaccia penale, infatti, affinché la pena possa effettivamente sortire le sue funzioni di prevenzione generale, deve essere portata unicamente attraverso la legge. Evidenzia tale esigenza LONGOBARDO, *Causalità ed imputazione oggettiva. Profili dogmatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, p. 65.

Analizzeremo poi le problematiche relative ai criteri di imputazione oggettiva del d.lgs. 231/2001 dell'interesse e del vantaggio nei gruppi di imprese e concluderemo trattando i profili differenziali dei modelli di organizzazione e gestione e dell'organismo di vigilanza delle imprese conglomerate.

2. La tesi della responsabilità diretta della capogruppo.

Secondo un primo orientamento, la disciplina del d.lgs. 231/2001 sarebbe direttamente applicabile ai gruppi di imprese, in quanto, nelle ipotesi in cui più società operino sotto la direzione ed il coordinamento della *holding* si sarebbe in presenza di un unico soggetto giuridico cui riferire la responsabilità amministrativa da reato¹⁸⁴.

Il gruppo, quindi, in quanto ente privo di personalità giuridica, potrebbe ritenersi potenziale soggetto attivo degli illeciti amministrativi dipendenti da reato a cui il d.lgs. 231/2001 fa riferimento; con la conseguenza che ogniqualvolta venga commesso, da parte di un soggetto apicale o sottoposto, appartenente alla struttura organizzativa di una società del gruppo, un reato presupposto idoneo a fare insorgere la responsabilità amministrativa da reato, il fatto commesso implicherebbe l'autonoma e diretta responsabilità della *holding*.

Anche il criterio di imputazione oggettiva dovrebbe essere rivisitato in via esegetica ove si consideri che, quando il reato presupposto venga commesso nell'ambito di un gruppo, oltre a realizzare un interesse immediato della società controllata, realizzerebbe un interesse mediato della *holding* giacché rispondente ad una logica imprenditoriale complessiva comune all'impresa conglomerata. Si evidenzia, infatti, che il profilo dell'unicità economica dell'impresa di gruppo

¹⁸⁴ Il problema è stato affrontato da una recente pronuncia della magistratura milanese che, nell'ambito del giudizio in sede cautelare per un'ipotesi di presunta corruzione, ha ritenuto «impossibile stante la natura della capogruppo limitare l'interdizione a specifici settori». Così G.I.P. presso il Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 520 ss. L'orientamento è stato poi confermato dal Trib. Milano, Sez. XI Penale, ord. 14 dicembre 2004, Pres. Piffer, in *Foro Ambr.*, 2005, p. 120, con nota di ARMONE.

impone di interpretare i concetti di interesse e vantaggio secondo una coloritura particolare: prescindendo cioè dalla autonoma personalità giuridica delle società che lo compongono e, quindi, in una visione unitaria e d'insieme.

La tesi non ci sembra condivisibile per una serie di ragioni. In primo luogo, la relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 nell'indirizzare l'interprete ad identificare gli enti a cui il decreto si applica, specifica che esso si rivolge a che quelli che «se pur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla»¹⁸⁵. Tale di certo non è il gruppo di imprese che secondo la disciplina italiana non è un soggetto di diritto.

Infatti, l'affermazione di una soggettività giuridica autonoma del gruppo non trova riscontro nel diritto positivo atteso che con la disciplina della direzione e del coordinamento di società non è stato scalfito lo schema della distinta soggettività giuridica delle società che lo compongono.

Nel sistema italiano il gruppo di imprese non costituisce un autonomo 'macrosoggetto' di diritto, capace della imputazione di rapporti giuridici o/e potenziale soggetto attivo degli illeciti amministrativi da reato, ma le differenti società che lo compongono preservano intatta la loro soggettività giuridica.

Anche il diritto societario, nel delineare all'art. 2497 c.c. la responsabilità della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ha sancito la distinta soggettività delle varie società prevedendo che l'azione diretta a far valere la responsabilità della *holding* è esperibile soltanto se i soci e i creditori sociali della controllata non siano eventualmente stati risarciti da quest'ultima. Questo perché il danno subito dai soci e dai creditori è, pur sempre, un riflesso del danno subito dalla controllata, che gode, rispetto alla capogruppo, di una distinta soggettività giuridica.

La tesi volta ad individuare nel gruppo il diretto destinatario delle prescrizioni poste dal d.lgs. 231/2001 implica, invero, un'inaccettabile forzatura

¹⁸⁵ La relazione è reperibile al link:

[http://www.confindustria.it/Aree/lineeg.nsf/0/bbb68a42156a0551c1256ce10041b5b0/\\$FILE/Relazione%20231-2001.htm](http://www.confindustria.it/Aree/lineeg.nsf/0/bbb68a42156a0551c1256ce10041b5b0/$FILE/Relazione%20231-2001.htm).

delle regole civilistiche che ne presidiano l'operatività e «presuppone una lettura in controtela del fenomeno di gruppo all'interno di un meccanismo d'imputazione che il legislatore non ha considerato»¹⁸⁶ e che in base alla disciplina attuale non è in grado di adattarsi ad essa.

Forzare utilitaristicamente i limiti relativi 'ai soggetti' ed ai criteri di imputazione oggettiva del d.lgs. 231/2001, al fine di colpire i centri decisionali dell'impresa, sebbene costituisca una operazione comprensibile nelle intenzioni, presta il fianco all'obiezione del mancato rispetto dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, vanificando gli sforzi compiuti dal legislatore per dare alla disciplina della responsabilità 'penale' degli enti un volto conforme ai principi costituzionali.

Sarebbe, del resto, errato paventare la possibilità di una automatica estensione della responsabilità alla *holding* per i reati perpetrati in seno alle controllate (soggetti quindi distinti rispetto alla prima) quando, tra l'altro, anche l'art. 27 del d.lgs. 231/2001, per garantire il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale nella sua accezione più lata, ha sancito che «dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune» così precludendo in radice la strada a letture che potessero ritenere solidalmente responsabili con la controllata anche la *holding* o le altre società del gruppo.

L'orientamento, volto ad estendere la responsabilità amministrativa da reato alla *holding*, facendo leva sul concetto di gruppo quale unico soggetto di diritto, concetto – lo si ripete – ignoto alla disciplina normativa, costituisce espressione dell'interpretazione analogica. Infatti, domandarsi se sia possibile considerare il gruppo soggetto di diritto quando le norme positive hanno escluso tale possibilità è espressione della «creatività»¹⁸⁷ che esprime l'essenza del

¹⁸⁶ Così, SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2005, p. 216.

¹⁸⁷ Così, ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale*, cit., p. 86,

ragionamento analogico: «rimediare all'impossibilità di decidere sulla base di una precisa disposizione attraverso lo stesso sistema del diritto positivo vigente»¹⁸⁸.

Ne costituisce un evidente sintomo il fatto che la giurisprudenza invoca, a sostegno della propria tesi, la presenza, nel progetto di riforma della commissione Grosso dell'art. 123, comma terzo, il quale prevedeva che «se il fatto è stato commesso nell'ambito di una attività sottoposta ad altrui direzione o al controllo di altra persona giuridica, la responsabilità ai sensi di questo titolo, si estende alla persona giuridica che esercita la propria attività di direzione o di controllo».

Proprio il richiamo ai progetti di riforma, dimostra la fragilità delle basi del ragionamento giurisprudenziale che appare influenzato da 'un'etica di risultato', che debordando dai confini della legalità costruisce in via analogica forme di responsabilità ignote al sistema delle norme positive¹⁸⁹.

3. La tesi della *holding* quale amministratore di fatto della controllata

Esclusa la possibilità di imputare direttamente al gruppo gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, parte della dottrina ha cercato di recuperare la responsabilità della *holding* verificando se sia possibile considerarla amministratore di fatto delle società controllate¹⁹⁰.

Si sostiene che si renderebbe possibile l'estensione della soggettività attiva facendo leva sul comb. disp. degli artt. 2639 c.c. e 5, comma primo, lett. a) del

¹⁸⁸ Ancora un questi termini ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale, cit.*, p. 86, che nella sua ampia analisi dei rapporti tra discrezionalità, ermeneutica giuridica ed analogia, scandisce il carattere distinto delle tre nozioni.

¹⁸⁹ Il tema è affrontato anche da SCAROINA, *Societas delinquere potest, cit.*, p. 210, la quale evidenzia come l'interpretazione «deve lasciarsi unicamente guidare dalla disciplina legislativa e, ove questa appaia di incerta lettura, dai principi generali in tema di legalità e personalità dell'illecito».

¹⁹⁰ Propendono per un'estensione della responsabilità della *holding* quale soggetto di fatto della controllata MONTALENTI, *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. Soc.*, 2002, p. 836; FRIGNANI, GROSSO, ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs n. 231/2001*, in *Le società*, 2002, p.154.

d.lgs. 231/2001, ogniqualvolta alla pluralità dei soggetti giuridici che fanno parte del gruppo, non corrisponda una effettiva autonomia gestoria e decisionale; secondo la considerazione che essendo l'altruità soggettiva meramente formale, la concreta gestione dell'impresa dovrebbe essere ricondotta alla *holding* in quanto amministratore di fatto della controllata.

Anche sul piano dell'imputazione oggettiva i problemi dell'interesse o del vantaggio potrebbero essere superati ove si consideri che le nozioni a cui fa riferimento l'art. 5 del d.lgs. 231/2001, nella realtà di gruppo non potrebbero prescindere dalla considerazione secondo la quale ogni fatto commesso nell'interesse della controllata genererebbe automaticamente un vantaggio per la *holding*.

Tale lettura sembrerebbe apparentemente trovare conforto anche nella Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001, la quale riferisce che «l'utilizzazione di una formula elastica è stata preferita ad una elencazione tassativa di soggetti, difficilmente praticabile, vista l'eterogeneità degli enti e quindi delle situazioni di riferimento (quanto a dimensioni e a natura giuridica), e dota la disciplina di una connotazione oggettivo – funzionale; ciò vale sia in relazione all'ipotesi in cui la funzione apicale sia rivestita in via formale (prima parte della lettera a), sia in rapporto all' "esercizio anche di fatto" delle funzioni medesime».

La tesi appare condivisa anche dalla giurisprudenza di merito che sorvolando sull'effettiva problematica, cioè la possibilità di estendere la responsabilità amministrativa da reato della controllata alla *holding* è giunta ad una (apodittica) soluzione positiva: *in effetti la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001*¹⁹¹.

¹⁹¹ Aspettando che la giurisprudenza si occupi più nel dettaglio del tema, ci sembra che la pronuncia apra la strada a pericolose estensioni della responsabilità amministrativa da reato della controllata alla controllante; in dottrina, condividono tale timore, SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa delle società per gli illeciti commessi nel loro interesse dai c.d. gestori di fatto*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2007, p. 119.; SCAROINA, *Societas delinquere potest, cit.*, p. 236; DI AMATO, *La responsabilità da reato degli enti, cit.*, p. 259.

La teoria riportata, non ci sembra meritevole di accoglimento in quanto fondata su una lettura indebitamente estensiva del disposto dell'art. 5, comma primo, del d.lgs. 231/2001.

L'interpretazione appare far leva su un significato atecnico ed ambiguo dei criteri d'imputazione all'ente dell'illecito, riportando le nozioni di 'gestione e di controllo' a cui fa riferimento l'art. 5 a quelle di 'direzione' e di 'coordinamento' di cui all'art. 2497 c.c.

Le espressioni 'gestione' e 'controllo' a cui l'orientamento riconnette una funzione estensiva della responsabilità nei confronti della *holding* che la eserciti di fatto, invero, nel d.lgs. 231/2001 appaiono calibrate su di una dimensione di tipo antropomorfo che non ne rende possibile l'estensione alla persona giuridica.

Nell'art. 5, comma primo, lett. b), del d.lgs. 231/2001, infatti, il legislatore ha inserito una disposizione che può dirsi vicina nella *ratio* a quella dell'art. 2639 c.c., la cui funzione è quella di estendere la soggettività attiva a coloro che pur non essendo stati investiti, in seno alla società, della qualifica formale richiesta dalla legge perché sia integrata la dimensione di tipicità del reato proprio, esercitino in modo significativo e continuativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

In termini differenti l'estensione della responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio da soggetti «che esercitino anche di fatto poteri di gestione e controllo» ha la funzione di risolvere la problematica delle ipotesi in cui il soggetto che commette in seno all'ente un reato di cui agli artt. 24 ss., d.lgs. 231/2001, sia privo della qualifica soggettiva richiesta dalla legge penale per far insorgere la responsabilità dell'ente.

In virtù di tale premessa perde, dunque, di significato e rilievo giuridico l'indiscriminata equiparazione tra la *holding* soggetto di fatto ed il soggetto di fatto della società controllata.

Ad ulteriore conferma dell'impraticabilità della lettura, deve essere aggiunto che essa produce esiti poco ragionevoli: si renderebbe, infatti, punibile la

holding presupponendosi l'abuso della sua posizione di controllo ma si lascerebbero comunque sprovviste di appropriata sanzione le ipotesi in cui gli illeciti siano stati commessi a vantaggio esclusivo di altre controllate, non potendosi ravvisare in questo caso nessun rapporto di controllo né di gestione ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 231/2001¹⁹².

Invero, l'altruità soggettiva dell'ente che esercita attività di direzione e di coordinamento rispetto a quello che sotto il suo di controllo opera preclude la possibilità di estendere la responsabilità amministrativa da reato dalla controllata alla *holding*.

La natura della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche che, al di là della qualificazione formale datale dal legislatore nostrano, la rende ascrivibile al genere del *diritto punitivo*¹⁹³ evoca immediatamente le esigenze costituzionali di garanzia del principio di legalità e dei suoi corollari¹⁹⁴, che risultano riaffermate dall'art. 2 del d.lgs. 231/2001¹⁹⁵.

Interrogarsi sulla possibilità di estendere la previsione dell'art. 5, comma primo, lett. a) del d.lgs. 231/2001, che include tra i soggetti idonei a fare insorgere la responsabilità amministrativa da reato dell'ente *le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo* alle ipotesi in cui 'soggetto di fatto' sia la 'società' costituisce ancora una volta espressione dell'analogia, preclusa in materia penale.

¹⁹² Appare anche questa la posizione di SCAROINA, *Societas delinquere potest*, cit., p. 223.

¹⁹³ Propende per una natura 'sostanzialmente penale' della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma 30 novembre – 1 dicembre 2001, in supplemento al 6/2003, Cass. Pen., p. 7 ss.; nella manualistica ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 59.

Ritiene invece si tratti di una autentica responsabilità amministrativa MARINUCCI, 'Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee', in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 201 ss.

¹⁹⁴ Per un'ampia illustrazione della legalità e delle sue esigenze garantistiche cfr. FIORE C. – FIORE S., in *Diritto penale*, cit., p. 53 ss.

¹⁹⁵ L'art. 2 del d.lgs. 231/2001 (Principio di legalità) prevede che *l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto*.

4. La responsabilità della *holding* per concorso mediante omissione.

Secondo altro orientamento, la responsabilità della *holding* potrebbe essere affermata ricorrendo all'estensione della tipicità ottenuta invocando il comb. disp degli artt. 40 cpv. e 110, c.p.

Atteso che un espediente frequente, a cui soprattutto le pronunce giurisprudenziali fanno riferimento, per ampliare le maglie della tipicità del sistema punitivo nell'ambito della criminalità d'impresa è costituito proprio dal ricorso alla figura del reato commissivo mediante omissione, non sorprende il tentativo ermeneutico di estendere la responsabilità amministrativa della *holding* ricorrendo a tale figura di carattere generale¹⁹⁶.

I connotati di tipicità del concorso mediante omissione sono ancorati all'esistenza di una posizione di garanzia che radica in capo al soggetto un obbligo giuridico di impedire l'evento realizzatosi.

Nella realtà dei gruppi si sostiene che sussista in capo alla *holding* un obbligo giuridico di impedire gli illeciti amministrativi da reato eventualmente commessi dalle controllate.

¹⁹⁶ Nella giurisprudenza di legittimità è frequente il riferimento allo schema del concorso mediante omissione per affermare la responsabilità di coloro, amministratori o sindaci, i quali – in presenza di un obbligo giuridico derivante dal possesso della qualifica - non abbiano correttamente vigilato e non si siano attivati per impedire la commissione di reati. Le regole che incardinano la responsabilità civile degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali vengono utilizzate in sede penale per fondare un obbligo giuridico, rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*, che si sostanzia in un duplice e specifico dovere: quello di vigilare sull'attività degli altri amministratori e di impedire che questi commettano atti pregiudizievoli per gli interessi della società, dei creditori sociali e dei terzi in generale. Sul punto, cfr., ALESSANDRI, *Parte Generale*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna 2002, p. 85 e ss. Sulle stesse posizioni sembra si attesti anche la giurisprudenza di merito che, in pronunce peraltro risalenti, così si pronuncia: «sugli amministratori grava un preciso ed ineludibile dovere di vigilare sul generale andamento della gestione sociale e di attivarsi fruttuosamente per impedire il compimento o comunque per arginare gli effetti di atti pregiudizievoli alla società ed ai terzi i cui interessi siano dalla gestione sociale coinvolti ... L'obbligo di vigilanza – e la violazione proprio di quell'obbligo - costituisce il fondamentale presupposto della responsabilità solidale degli amministratori in campo civile e della loro responsabilità altresì nel settore penale». Cfr., Trib. Milano 17 marzo 1986.

L'esercizio di un potere di direzione e coordinamento sembrerebbe essere fonte di una posizione di garanzia in capo alla società madre idoneo a fondare la responsabilità concorsuale omissiva della *holding*¹⁹⁷.

Anche tale ricostruzione dogmatica ci sembra non possa essere condivisa per diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, su di un piano di tipo generale, la dilatazione delle ipotesi di responsabilità concorsuale per omesso impedimento dell'evento contravviene ai principi di tassatività e di colpevolezza superando ingiustificatamente il criterio di imputazione formale degli atti e non considerando le esigenze di tipicità delle partecipazioni concorsuali omissive¹⁹⁸.

Allorquando la figura del concorso mediante omissione venga calata nella dimensione di gruppo i punti di frizione con il principio di colpevolezza vengono sensibilmente amplificati: infatti, nelle imprese di grandi dimensioni risulta quanto mai difficile per la controllante esercitare un controllo effettivo sull'attività delle società figlie ed essere in condizione di conoscere le attività che in esse vengono poste in essere.

La figura del concorso mediante omissione, più che costituire un'eccezione di estensione della tipicità penale diviene, quindi, un espediente volto ad innestare

¹⁹⁷ Parte della giurisprudenza che si è pronunciata in relazione alla responsabilità penale degli amministratori della controllata, sembra orientata in tal senso, cfr., Cass. Pen. Sez. V, 10 gennaio 2001, n. 191, la quale fonda una responsabilità dell'amministratore della *holding* per i reati commessi dalla controllata «ai sensi dell'art. 40 cod. pen., con riferimento alla posizione di garanzia della quale è investito». I contorni esatti di tale obbligo di controllo da parte degli amministratori della *holding* non appaiono, tuttavia, definiti in alcun modo, facendosi genericamente riferimento al loro essere «collocati al vertice dell'ente che determina le scelte decisionali di quanti amministrano le società controllate in base ai rapporti giustificanti la formazione del bilancio consolidato; e ciò alla luce del preciso obbligo di vigilanza stabilito dall'art. 2932 c.c.».

¹⁹⁸ Proprio nel rispetto del principio di determinatezza, la dottrina ha auspicato una selezione delle degli obblighi penalmente rilevanti tale da ricomprendere i soli obblighi caratterizzati da sufficiente specificità, in modo da circoscrivere il più possibile sul piano strutturale l'ambito di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. Si vedano, al riguardo, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, *passim*; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, *passim*. Sulle proposte di riforma avanzate dalla commissione Grosso e dalla commissione Nordio per la tipizzazione delle posizioni di garanzia, cfr., GIUNTA, *La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 401 e ss.

nel sistema penale ipotesi di responsabilità oggettiva¹⁹⁹: il solo fatto dell'esercizio di un potere di direzione e di coordinamento diviene, infatti, l'unico vero criterio per ascrivere la responsabilità alla *holding*.

In secondo luogo, la tesi non considera la circostanza che le posizioni di garanzia possono essere utilmente delegate, quando ricorrano determinati requisiti²⁰⁰.

Ci sembra, infatti, che nei gruppi l'articolazione di una struttura societaria in più segmenti produttivi realizzi appieno le condizioni per l'efficacia esimente per il delegante della delega di funzioni²⁰¹.

L'orientamento riportato, del resto, non considera che un ulteriore limite all'operatività del concorso mediante omissione è costituito dalla necessità che il controllore abbia un effettivo potere impeditivo azionabile nei confronti del

¹⁹⁹ Si veda sull'argomento, SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1999, *passim*.

²⁰⁰ Le condizioni necessarie perché la delega abbia efficacia esimente sono comunemente individuate: nell'esistenza di un atto scritto; nella necessità che la delega garantisca al delegato autonomia decisionale; nella necessità che il delegato abbia autonomia finanziaria. Per un'ampia trattazione, cfr., FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1986, *passim*, il quale ritiene che la delega abbia la capacità di traslare la responsabilità penale dal delegante al delegato. Il profilo non è tuttavia pacifico in dottrina in quanto alcuni autori ritengono che la delega di funzioni non possa trasferire la responsabilità penale ma abbia la sola funzione di trasformare la posizione lasciando comunque permanere un obbligo di controllo del delegante sull'operato del delegato. Cfr., PERDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 138 s.s.

²⁰¹ Per la trattazione della delega in relazione alla responsabilità delle imprese di gruppo, cfr., D'AVIRRO, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 88, secondo il quale «è necessario valutare in modo ben preciso la posizione del delegante e del delegato nell'ipotesi in cui, all'interno dello stesso ente, determinate funzioni e poteri vengano trasferiti da un soggetto ad un altro». L'Autore evidenzia come non permangano in capo al titolare delle funzioni originariamente trasferite della posizione di garanzia obblighi di vigilanza e controllo ad essa connessi. Maggiori perplessità insorgono in relazione alla posizione che deve essere attribuita al delegato. Il problema è se quest'ultimo, per effetto della delega, debba essere considerato soggetto in posizione apicale o sottoposto all'altrui vigilanza e di conseguenza se l'ente debba rispondere alla stregua dei criteri di imputazione previsti rispettivamente dall'art. 6 e dall'art. 7 del decreto. La risposta più adeguata deve necessariamente passare attraverso una attenta valutazione, caso per caso, circa il contenuto delle funzioni delegate e il grado di autonomia che il delegato viene ad assumere per effetto dei poteri trasferiti. Solo qualora vengano cedute determinate attribuzioni ed il terzo assuma un pieno e concreto potere decisionale e organizzativo per l'espletamento delle stesse, «questo potrà essere inquadrato all'interno dei soggetti che rivestono un ruolo di vertice nella compagine organizzativa».

controllato: l'autonomia soggettiva e strutturale delle società del gruppo impedisce di riconoscere in capo agli amministratori della *holding* poteri impeditivi sugli atti di gestione delle società controllate.

Ove infatti, per le peculiarità strutturali del gruppo, potesse ravvisarsi una struttura organizzativa tale da consentire alla *holding* poteri di tipo impeditivo nei confronti delle controllate, dovrebbe concludersi per un'ingerenza indebita nella loro struttura organizzativa che sarebbe fonte di responsabilità civile per l'abuso nell'esercizio dell'attività di direzione²⁰². In altri termini, al fine di poter utilmente configurare, in capo agli amministratori della controllante, una posizione di garanzia, occorrerebbe contravvenire ai presupposti della distinta soggettività giuridica delle diverse società sì da poter imputare gli atti all'unico ente capogruppo.

Al di fuori di tale ipotesi, che svuota però di significato la ragion d'essere delle imprese conglomerate, sembra impossibile rinvenire in capo alla controllante l'esistenza di un obbligo di impedire illeciti perpetrati in seno alle monadi²⁰³.

²⁰² La dottrina è infatti concorde nell'escludere che «l'esercizio della direzione unitaria implichi *ipso facto* l'istituzionalizzazione di una posizione generalizzata di garanzia, estesa all'intero gruppo»; ciò in ragione, da un lato dell'autonomia delle singole società che lo compongono e dall'altro della circostanza che il «nostro ordinamento penale associa le posizioni di garanzia delle funzioni di gestione e controllo interne al singolo organismo societario» e che «nessun obbligo di vigilanza e intervento incombe sul socio come tale, indipendentemente dalla misura della sua partecipazione e dall'eventuale capacità di influenza dominante». In tal senso, MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002, p. 273 e ss., il quale rileva che l'esistenza di una posizione di garanzia in capo agli amministratori della *holding* implicherebbe un loro obbligo di impedimento di fatti illeciti di cui siano venuti a conoscenza: «ma per far questo gli amministratori della capogruppo dovrebbero poter richiamare all'ordine gli amministratori della controllata, costringendoli, se del caso, ad adottare criteri di valutazione conformi alla legge. Ora, trattandosi di soggetti formalmente estranei alla gestione della società controllata, tale opera di persuasione non potrebbe giovare di alcun supporto normativo».

²⁰³ Tale considerazione non significa, tuttavia, che non vi siano per la controllante e per i suoi amministratori dei possibili profili di responsabilità in quelle stesse materie, nelle quali opera la posizione di garanzia della controllata. Cfr., sul punto, D'AVIRRO e DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa, cit.*, p. 254: «in particolare, il problema si pone con riguardo a quelle situazioni nelle quali vi sia concreta consapevolezza delle possibilità che la condotta della controllata possa essere lesiva degli interessi protetti da una posizione di garanzia facente capo alla controllata stessa. In questo caso, si apre, evidentemente, la questione della valutazione della condotta tenuta nell'esercizio del potere di direzione».

Neppure la sussistenza di una posizione di garanzia in capo alla *holding* sembra si possa desumere dalle disposizioni disciplinanti la responsabilità degli amministratori *ex art. 2392 c.c.* Già in passato, infatti, si erano sollevate perplessità circa la idoneità di siffatta disposizione a fondare una soddisfacente – sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività e personalità dell’illecito – posizione di garanzia in capo agli amministratori della controllante, ritenendo «dubbio che al richiamato art. 2392 c.c. possa essere riconosciuto, anche sotto il profilo civilistico, un ambito di operatività che travalichi i confini del rapporto diretto tra amministratore e società amministrata»²⁰⁴. Considerazione questa che ci sembra risulti avvalorata a seguito della riforma del diritto societario, che non ha riproposto, nel corpo dell’art. 2392, c.c. l’«obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione».

5. La responsabilità della *holding* ed il concorso di persone nel reato.

La conclusione a cui pare doversi pervenire all’esito dell’indagine sin qui condotta è che l’affermazione della responsabilità di una delle società del gruppo per reati commessi a suo vantaggio o interesse da altra società (*holding* o controllata) non possa essere conseguita ricorrendo alle previsioni del d.lgs. 231/2001.

Nella disciplina della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche manca, infatti, una disposizione che consenta, senza operare forzature

²⁰⁴ Il riferimento è di CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell’economia*, Padova, 2002, p. 257 e ss. Più in generale, ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 501, osserva che «l’elaborazione commercialistica è ben lungi dall’essere riuscita ad attribuire nitidezza ai contorni dell’obbligo di controllo di cui all’art. 2392 cod. civ., sia per quanto attiene all’oggetto del controllo medesimo, sia per quanto riguarda le modalità del suo svolgimento. In particolare cautela dovrebbe quindi imporsi quando la norma civilistica viene assunta come fonte genetica di una responsabilità per omissione, considerata la nota delicatezza del procedimento di applicazione dell’art. 40 cpv. cod. pen.»

interpretative, di ritenere responsabile la *holding* per i reati perpetrati in seno ad una delle società del gruppo.

Ciò non significa che non si renda possibile l'estensione della responsabilità facendo ricorso alla disciplina penale del concorso di persone nel reato.

Al fine di evitare fraintendimenti interpretativi ci sembra opportuno evidenziare, sin da subito, che l'eventuale partecipazione concorsuale degli 'apicali' o dei 'subordinati' della *holding* al reato presupposto, foriero di responsabilità amministrativa da reato per la controllata, non consente automaticamente di estendere, in via concorsuale, la responsabilità della persona giuridica: la presenza nell'art. 2 del d.lgs. 231/2001, del principio di riserva di legge non rende possibile l'estensione delle disposizioni del concorso di persone nel reato contenute negli artt. 110 ss., c.p., alla responsabilità degli enti.

Sebbene le posizioni della letteratura scientifica che si è occupata del tema appaiano parzialmente divergenti, in quanto si è soliti ritenere ammissibile l'estensione della responsabilità amministrativa da reato *ex artt. 110 e 113 c.p.*,²⁰⁵ ci sembra più corretto ritenere che in mancanza di previsioni normative esplicite volte ad estendere la responsabilità amministrativa da reato della controllata alla *holding* o ad altre società del gruppo, queste possano essere coinvolte soltanto ove la partecipazione concorsuale dei loro dipendenti al reato presupposto perpetrato in seno alla controllata, integri i presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dal d.lgs. 231/2001 per l'insorgere della responsabilità.

Militano in tal senso molteplici ragioni. In primo luogo, infatti, se la responsabilità amministrativa da reato è annoverabile al *genus* del diritto punitivo, le sue norme risultano soggette al principio costituzionale di legalità, il cui corollario della riserva di legge risulta ribadito dall'art. 2 del d.lgs. 231/2001: l'estensione della responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica su

²⁰⁵ E' questa l'opinione di SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa delle società per gli illeciti commessi nel loro interesse dai c.d. gestori di fatto*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2007, p. 119.; SCAROINA, *Societas delinquere potest*, *cit.*, p. 244 s.s.; DI AMATO, *La responsabilità da reato degli enti*, *cit.*, p. 267; SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 9.

basi concorsuali, in difetto di esplicite disposizioni del d.lgs. 231/2001 che si facciano carico del problema del concorso di ‘persone giuridiche’ nel reato, ci sembra tradirebbe il principio di legalità.

Alla normativa del concorso di cui agli artt. 110 ss. c.p., infatti, «spetta un ruolo di integrazione in funzione incriminatrice delle norme di parte speciale che descrivono il reato»²⁰⁶ che, proprio in quanto espressione dell’estensione della tipicità, non ne consente una trasposizione a ‘sottosettori’ autonomi del diritto dell’economia.

Con il d.lgs. 231/2001 le scelte legislative si sono mosse nel senso di conferire alla responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche caratteri autonomi, in quanto, pur potendosi astrattamente fare riferimento alla disciplina penale o a quella amministrativa, si è preferito dotare la responsabilità degli enti di un proprio statuto normativo contenente i principi, i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, la disciplina del problema della colpevolezza dell’ente, nonché delle disposizioni processuali plasmate sui profili differenziali della persona giuridica.

Il carattere autonomo della responsabilità degli enti, che ha indotto parte della letteratura scientifica a parlare di un *tertium genus* di responsabilità differente rispetto a quella penale ed a quella amministrativa²⁰⁷, preclude la possibilità di estendere le disposizioni sul concorso di persone dettate per le

²⁰⁶ Così FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, cit.*, p. 498; nella ampia trattazione delle opzioni politico criminali e delle tecniche di incriminazione delle condotte di partecipazione al reato gli autori evidenziano come la normativa sul concorso di persone nel reato, abbia la funzione, comune alla disciplina del tentativo di soddisfare l’esigenza dei sistemi di impronta liberal-democratica che vi siano norme che conferiscono rilevanza penale ad una fattispecie descritta nella parte speciale.

²⁰⁷ Ritiene che si tratti di un *tertium genus* di responsabilità che si affianca a quella penale ed a quella amministrativa, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia, cit.*, p. 58. L’Autore evidenzia che la responsabilità amministrativa da reato, non è propriamente una responsabilità amministrativa perché scaturisce dalla commissione di un reato ed è soggetta a gran parte delle garanzie del processo penale ma non è di tipo penale, stante l’impossibilità del soggetto collettivo di essere rieducato.

fattispecie penali a quelle ‘amministrative da reato’ licenziate con il d.lgs. 231/2001²⁰⁸.

Applicare le disposizioni degli artt. 110 e 113 c.p. alla responsabilità degli enti è pura espressione del ragionamento analogico:²⁰⁹ infatti, domandarsi se sia possibile estendere la ‘disciplina penale’ del concorso alla ‘responsabilità amministrativa da reato’ che né l’ha contemplata né l’ha richiamata, costituisce chiaro esempio dell’*analogia legis*, vietata per le norme punitive e speciali.

Tale conclusione trova una conferma anche ponendo a confronto il d.lgs. 231/2001 con la l. 24 novembre 1981, n. 689, nella quale all’art. 5 è stato disciplinato il «concorso di persone» prevedendosi che «quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge».

L’esistenza di una specifica previsione del concorso di persone nelle violazioni amministrative dimostra che il legislatore, evidentemente ben consapevole della necessità di una clausola di estensione della tipicità, quando ha voluto, ha regolato in via normativa il fenomeno della partecipazione di più persone al reato, mediante apposite previsioni.

Del resto, occorre anche considerare che l’estensione su base concorsuale della responsabilità degli enti sarebbe problematica per il mancato rispetto del principio di colpevolezza.

²⁰⁸ Si cimenta sul problema della classificazione dogmatica e sulla natura della responsabilità amministrativa da reato, MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 879 ss.

²⁰⁹ Ci sembra di dover evidenziare che l’estensione analogica delle disposizioni concorsuali sarebbe ‘in controtendenza’ anche rispetto ai progetti di riforma del codice penale nei quali l’analogia riceve un trattamento ancor più restrittivo rispetto alla previsione attuale; l’art. 6 del progetto Nordio, prevedeva infatti che «le norme che prevedono o escludono che un fatto costituisca reato si applicano soltanto ai casi da esse previsti», così recependo le istanze della letteratura scientifica, secondo la quale la ammissibilità della analogia *in bonam partem*, pone non pochi problemi sul piano della ‘certezza del diritto’ e quindi dei confini della legalità. Per una attenta lettura del tema si rimanda a CUPELLI, *Le declinazioni della legalità*, in *Quale riforma del codice penale. Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore C. – Moccia - Cavaliere, Napoli, 2009, p. 28.

Per garantire la conformità della responsabilità delle persone giuridiche al principio di colpevolezza con il d.lgs. 231/2001 il legislatore ha ancorato il rimprovero nei confronti della persona giuridica ad un *deficit* di organizzazione della attività di impresa. La disciplina è stata, cioè, costruita in modo tale da garantire che la condotta del soggetto persona fisica che commette il reato presupposto sia foriera di responsabilità per la persona giuridica soltanto quando sia espressione della politica aziendale o derivi da una colpa di organizzazione dell'attività, che ha reso possibile la commissione del reato da parte del suo dipendente²¹⁰.

Tale obiettivo politico criminale si è tradotto in un meccanismo complesso in cui la colpevolezza dell'ente può ritenersi esclusa nel caso della commissione di reati da parte di soggetti posti in posizione apicale, quando:

- sono stati adottati ed efficacemente attuati protocolli preventivi destinati ad impedire i reati;
- allo scopo di garantire la massima efficienza dei modelli organizzativi è stato istituito, all'interno dell'impresa, uno specifico organismo di controllo, dotato di completa autonomia;
- i soggetti apicali hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i protocolli preventivi;
- non vi sono state omissioni o negligenze nell'operato di controllo interno²¹¹.

Il problema della colpevolezza dell'ente è stato quindi disciplinato in modo molto dettagliato dal d.lgs 231/2001 che agli artt. 6 e 7, ha previsto anche le funzioni dell'organismo di vigilanza ed il contenuto dei modelli di organizzazione, che per esimere l'ente da responsabilità per i reati commessi dai

²¹⁰ Si esprimono in questo senso, tra gli altri, DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 929; D'AVIRRO, *I modelli organizzativi. L'organo di vigilanza*, in AA.VV. *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 177 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 71.

²¹¹ Si fa riferimento ai soggetti posti in posizione apicale in quanto la problematica dell'estensione della responsabilità amministrativa da reato degli enti in via concorsuale è destinata ad insorgere tendenzialmente nei casi in cui gli organi amministrativi della *holding* concorrono nel reato commesso dalla controllata.

soggetti posti in posizione apicale devono: individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai fatti da prevenire; individuare le modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati; prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza; introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello²¹².

Apparirebbe a dir poco singolare che in un testo normativo, rispettoso a tal punto dei canoni di tassatività e determinatezza da farsi carico di specificare tutti i profili di colpevolezza dell'ente ed il contenuto specifico dei modelli di organizzazione e gestione, non compaia alcuna previsione normativa della necessità che il modello di organizzazione e gestione contenga l'eventuale indicazione circa eventuali rapporti di 'direzione e coordinamento' di società²¹³.

Invero, la mancanza di qualsivoglia previsione relativa ai gruppi, tanto in relazione all'organismo di vigilanza quanto al contenuto dei modelli di organizzazione e gestione, dimostra che 'il fattore gruppo' costituisce un fenomeno ignoto e non regolato dal d.lgs. 231/2001.

Se tali considerazioni risultano corrette la riflessione scientifica volta ad individuare i criteri normativi per ascrivere alla *holding* la responsabilità amministrativa da reato per le condotte criminose commesse dai suoi amministratori in concorso con quelli della controllata, deve proseguire su di un'altra direttiva metodologica: i presupposti oggettivi e soggettivi per l'ascrizione della responsabilità alla capogruppo dovranno essere verificati separatamente e non in via concorsuale, in seno cioè alla società controllata.

²¹² Su tali aspetti, cfr., DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi da reato*, cit., p. 28; D'AMATO, *I modelli organizzativi. L'organo di vigilanza*, cit., p. 215.

²¹³ Milita nello stesso senso anche la circostanza che lo schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, presentato dall'Agenzia di ricerche e legislazione il 7 luglio 2010, relativamente alla modifica dei contenuti del modello di organizzazione e gestione, all'art. 6, prevede che essi debbano contenere la descrizione dell'effettiva organizzazione dell'ente e l'illustrazione di una (eventuale) «attività di direzione e coordinamento».

Il medesimo fatto reato darà luogo cioè a due separati e differenti regimi di responsabilità: una responsabilità penale delle persone fisiche di tipo concorsuale che seguirà le regole del concorso di persone nel reato; una responsabilità amministrativa da reato che, invece, non potrà seguire le regole del concorso ed i cui presupposti dovranno essere verificati per la persona giuridica in forma monosoggettiva.

6. I criteri di imputazione della responsabilità alla *holding*. Il concorso nel reato della persona fisica.

I presupposti necessari per l'ascrizione del reato alla persona giuridica, sanciti dal d.lgs. 231/2001 sono di tipo oggettivo e soggettivo.

Si rende necessario infatti: che venga commesso un reato presupposto di cui agli artt. 24 ss. del d.lgs 231/2001 da parte di un soggetto posto in posizione apicale o subordinato facente parte dell'organizzazione dell'ente; che il reato presupposto sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente; che sia possibile muovere un rimprovero all'ente a causa della mancata adozione di modelli di organizzazione e gestione idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato o/e della mancata istituzione dell'organismo di controllo interno²¹⁴.

Tali presupposti saranno analizzati con riferimento ai profili critici che vengono in rilievo quando la responsabilità degli enti venga calata nella dimensione dell'impresa di gruppo.

Per quel che concerne i presupposti di tipo oggettivo occorre evidenziare che l'art. 5 del d.lgs. 231/2001, non richiede che il reato sia commesso

²¹⁴ Invero per completezza è bene precisare che l'ente potrà ritenersi esente da responsabilità quando provi in giudizio che i soggetti posti in posizione apicale abbiano eluso fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione e che l'organismo di controllo interno abbia vigilato sull'adeguatezza del modello organizzativo rispetto ai rischi reato e ne abbia monitorato continuamente l'efficienza.

nell'ambito della gestione 'dell'ente' ma soltanto che l'autore del reato appartenga alla sua struttura organizzativa.

Il criterio di imputazione oggettiva necessario per collegare l'attività dell'ente al reato commesso, infatti, è stato individuato nei presupposti dell'interesse o del vantaggio che possono ritenersi integrati anche quando il soggetto internato nella struttura organizzativa della persona giuridica concorra nella commissione di uno dei reati di cui agli artt. 24 ss., del d.lgs. 231/2001²¹⁵. E' sufficiente, cioè, che ricorrano rispetto al soggetto appartenente all'ente, le condizioni per la applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato di cui agli artt. 110 o 113 c.p.²¹⁶.

Le partecipazioni concorsuali rilevanti del soggetto appartenente alla *holding* potranno essere tanto quelle del concorso materiale quanto quelle del concorso morale in cui il soggetto persona fisica, quale determinatore o istigatore, apporti comunque un apporto al fatto plurisoggettivo.

Tuttavia, anche il concorso morale non ci sembra possa essere fondato sul mero richiamo ad una politica unitaria di gruppo essendo necessario accertare di volta in volta che questa si sia tradotta in direttive penalmente illegittime. Le difficoltà che insorgono quando si tratta di «attribuire la responsabilità penale agli amministratori per condotte realizzate all'interno dei molteplici e intricati ruoli che caratterizzano i raggruppamenti societari, non giustificano scorciatoie di puro comodo nel momento ricostruttivo delle possibili forme di compartecipazione criminosa»²¹⁷.

Non sono, pertanto, possibili giudizi di tipo meramente ipotetico fondati su di una generica attitudine della politica di gruppo a fungere da fattore di determinazione o di rafforzamento dell'altrui proposito criminoso.

²¹⁵ Perviene alle medesime conclusioni D'AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato*, cit., p. 267.

²¹⁶ Per una ampia e puntuale disamina nella normativa sul concorso di persone nel reato cfr., INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 437 ss.

²¹⁷ Così, BETTIOL, *Osservazioni sulla proposta di riforma della disciplina del concorso di persone nel reato*, in AA.V.V., *La riforma della parte generale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, il quale evidenzia la problematica della attuale disciplina del concorso sotto il profilo della tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Nel verificare la responsabilità concorsuale degli amministratori della *holding* dovrà considerarsi che la disciplina civile di settore dei gruppi ha riconosciuto alla società che esercita attività di direzione la sola possibilità di impartire direttive volte alla attuazione dei programmi strategici aziendali ma le scelte circa le modalità attuative rimangono comunque nella disponibilità degli amministratori delle controllate.

Dovrà poi tenersi in considerazione la struttura organizzativa della impresa conglomerata essendo evidente che la tipologia di gruppo (orizzontale, verticale, a raggiera) influenza sensibilmente il grado di integrazione degli organi della controllante nella amministrazione delle controllate²¹⁸.

L'ampiezza della rosa delle condotte che sul piano morale o materiale possono assumere rilevanza nella partecipazione concorsuale esclude la possibilità di compiere astratte generalizzazioni, la cui elencazione per quanto ampia si renderebbe sterile²¹⁹.

Soltanto l'accertamento del ricorso dei presupposti per l'applicazione delle regole della responsabilità concorsuale consente di rifuggire da pericolose forme

²¹⁸ Evidenzia la necessità di un approccio differenziato a seconda della tipologia del gruppo, D'AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato*, cit., p. 271. L'autore, oltre a richiamare le distinzioni di tipo tradizionale, rifacendosi alle scienze aziendalistiche individua anche: i *gruppi a prevalente carattere patrimoniale*, in cui la capogruppo si limita alla gestione del portafoglio di partecipazioni, senza intervenire attivamente nella amministrazione delle aziende; i *gruppi a prevalente carattere finanziario*, in cui la *holding* persegue una politica finanziaria comune valutando e guidando i progetti di investimento delle singole aziende e provvedendo all'acquisizione ed all'allocazione delle risorse tra esse; i *gruppi a prevalente carattere imprenditoriale*, in cui la società che esercita attività di direzione e coordinamento, si prefigge di *governare* in modo unitario ed accentato le differenti imprese.

²¹⁹ E' chiaro che volendo esemplificare la prima ipotesi che si può immaginare è quella in cui il concorso degli amministratori della *holding* venga fondato sull'esistenza di direttive formali volte a indirizzare le società controllate verso condotte illecite. Tale ipotesi tuttavia si rende difficilmente configurabile nella prassi, in quanto, nell'ambito delle attività d'impresa solitamente le direttive aventi carattere 'criminoso' hanno carattere 'informale'.

La problematica che effettivamente ci sembra potrà insorgere è quella relativa alla diffusa superficialità della giurisprudenza nell'accertamento dell'elemento psicologico del reato, che facilmente ricorrerà a 'scorciatoie di comodo' che appiattiscono il complesso accertamento dell'elemento soggettivo sull'utilizzo della formula del «non poteva (non avrebbe dovuto) ignorare». Per un'accurata disamina delle problematiche relative all'accertamento dell'elemento psicologico cfr., PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.

di responsabilità da posizione, contrastanti con il principio di personalità della responsabilità penale.²²⁰

Esigenza questa condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità la quale per estendere la responsabilità amministrativa da reato alla *holding* ritiene sia necessario fare ricorso alle norme sul concorso di persone nel reato, non essendo ammissibili altri percorsi argomentativi²²¹.

7. L'interesse o il vantaggio della *holding*.

Accertata la partecipazione concorsuale della persona fisica, espressione della struttura organizzativa della *holding*, nella commissione del reato perpetrato in seno alla controllata occorre comprendere quando possano ritenersi integrati i

²²⁰ Ogni esemplificazione o ricorso a categoria si renderebbe sterile ed avrebbe la sola funzione di svilire l'esigenza che i presupposti della partecipazione concorsuale vengano verificati caso per caso, come ben evidenziato da SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrative delle società e degli enti*, 2006, p. 7 e ss., il quale, appare preoccupato della possibilità che la futura giurisprudenza faccia anche riferimento alla categoria del concorso mediante omissione.

²²¹ La prima pronuncia della giurisprudenza di legittimità che si è fatta carico del problema della estensibilità alla *holding* della responsabilità amministrativa da reato della controllata è quella della Cass. pen., Sez. V, n. 59 del 18.01.11 (ud. 17.11.10), il cui testo è reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Precedentemente la giurisprudenza di merito, cfr., Tribunale di Milano, Sezione riesame, 20.01.04, aveva ritenuto estensibile la responsabilità sulla base delle disposizioni sui soggetti di fatto ritenendo che se «l'amministratore della controllante si ingerisca non episodicamente nella direzione operativa della controllata e gli atti da lui compiuti in quest'ultima siano dovuti al rapporto di fatto che il soggetto instaura con la controllata allora si deve concludere che questo svolga funzioni di amministratore di fatto di quest'ultima e la misura interdittiva deve essere applicata anche nei confronti di quest'ultima (amministratore di fatto ai sensi dell'art. 5, comma primo, lett. a)».

La citata pronuncia di legittimità, invece, ha individuato i presupposti necessari perché la *holding* possa essere chiamata a rispondere del reato presupposto foriero di responsabilità per la controllata nelle seguenti condizioni: il reato presupposto deve essere stato commesso da una persona fisica che abbia con la *holding* un rapporto di tipo organizzativo funzionale; il soggetto persona fisica internato nella struttura organizzativa della capogruppo deve concorrere nella commissione del reato perpetrato in seno alla controllata; l'illecito deve essere stato commesso anche nell'interesse o a vantaggio della *holding*; la ricorrenza dei presupposti dell'interesse o del vantaggio deve costituire oggetto di specifico accertamento.

criteri di imputazione oggettiva dell'interesse o del vantaggio richiesti dall'art. 5, d.lgs. 231/2001.

Secondo un primo orientamento ogni reato commesso nell'interesse della controllata sarebbe di per sé automaticamente produttivo di un vantaggio per la *holding* in quanto foriero per questa di un incremento del patrimonio²²².

Si sostiene, infatti, che al cospetto di un gruppo «la consumazione del reato i cui effetti favorevoli sono destinati a riverberarsi immediatamente nella sfera giuridica di una controllata non necessariamente può ritenersi consumato nel suo esclusivo interesse, atteso che il risultato della sua gestione si riflette inevitabilmente in quello del gruppo a cui appartiene»²²³.

Tale schema ricostruttivo non ci sembra condivisibile perché snaturando il concetto di interesse di cui all'art. 5 del d.lgs. 231/2001 rischia di alterare il meccanismo di imputazione oggettiva della responsabilità delle persone giuridiche: la mera possibilità che il reato commesso nell'interesse della controllata si traduca in un vantaggio per la *holding*, che costituisce ipotesi certamente concretizzabile ma il cui accertamento va condotto caso per caso, conia una forma di responsabilità *ex crimine* ignota al sistema penale e contrastante con il principio di colpevolezza.

La tesi appare poi fondata su di una superficiale conoscenza della realtà dei gruppi di imprese in cui il potere di direzione e coordinamento della *holding* può rinvenire la propria fonte oltre che in una partecipazione di controllo anche in vincoli di tipo contrattuale (cd. controllo di fatto esterno)²²⁴. In tali casi la mancata

²²² E' questo l'orientamento della giurisprudenza che si è pronunciata sul tema. Cfr., Gip Trib. Milano 20 settembre 2004 e Tribunale di Milano, Sezione riesame, 14 dicembre 2004, in *Foro Ambr.*, 2004, p. 520 ss.

²²³ Così, PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2006, p. 12.

²²⁴ Sulle differenti tipologie di controllo che rendono applicabile la disciplina della direzione e del coordinamento di società, cfr., *infra*, Capitolo I.

acquisizione di una partecipazione da parte della capogruppo del capitale della controllata rende inesatta la considerazione²²⁵.

In secondo luogo, l'orientamento non considera che le società che compongono il gruppo, sebbene agiscano sotto la direzione unitaria della *holding* preservano intatta la loro distinta personalità giuridica. L'autonoma soggettività delle società che compongono l'impresa conglomerata, in difetto di previsioni sulla responsabilità concorsuale della persona giuridica, impone di accertare la ricorrenza dei presupposti dell'interesse o del vantaggio esclusivamente in seno alla controllata²²⁶.

Tuttavia, secondo parte della letteratura scientifica i concetti di interesse e di vantaggio, quando plasmati sulla disciplina dei gruppi di impresa si colorerebbero di un significato particolare: in un prospettiva di carattere generale²²⁷, infatti, il dato comune ravvisabile in tutte le tipologie di gruppi di imprese sarebbe l'obiettivo di economicità sovra-aziendale che risulta comune ma indipendente rispetto a quella delle singole società²²⁸.

L'interesse ed il vantaggio di gruppo si sostiene, quindi, che dovrebbero essere accertati «parametrando al complessivo disegno strategico di cui il gruppo è espressione»²²⁹.

²²⁵ Risulta dello stesso avviso DI AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato*, cit., p. 272.

²²⁶ E' dello stesso avviso SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, cit., p. 8, il quale pone in rilievo come 'l'interesse di gruppo' abbia una sorte singolare nella giurisprudenza: «in ambito sanzionatorio – di natura penale o amministrativo tale categoria è sempre volta *in malam partem*». Infatti, nella giurisprudenza relativa ai reati fallimentari il concetto di gruppo e di interesse di gruppo non vengono mai presi in considerazione ai fini della esenzione di pena; diversamente, allorché nel d.lgs. 231/2001 il concetto di interesse di gruppo è venuto in rilievo per fondare la punibilità della persona giuridica, è stato ritenuto idoneo a scalfire lo schema della distinta soggettività giuridica che, invece, 'sorprendentemente' permane in relazione alle fattispecie penali fallimentari.

²²⁷ In un prospettiva volta cioè ad individuare un denominatore comune ai differenti tipi di gruppi di imprese.

²²⁸ Il carattere sovra-aziendale delle imprese di gruppo viene sottolineato da DI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 273.

²²⁹ E' questo l'orientamento di DI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 273 il quale evidenzia che è all'interesse di gruppo che deve guardarsi per verificare la ricorrenza dei criteri di imputazione oggettiva del d.lgs. 231/2001.

La tesi non ci sembra che possa essere condivisa. Sebbene sia corretta l'affermazione che individua nell'interesse di gruppo il punto di equilibrio tra quello della *holding* e quello delle società controllate, la mancata previsione di un responsabilità concorsuale degli enti preclude la strada a ragionamenti volti ad ancorare il criterio di imputazione oggettiva all'interesse di gruppo.

La responsabilità amministrativa da reato della *holding*, infatti, sebbene scaturisca dalla partecipazione concorsuale di un soggetto persona fisica parte della sua struttura organizzativa, rimane di tipo monosoggettivo ed in quanto tale impone di considerare il solo interesse o vantaggio della capogruppo.

In prospettiva *de lege ferenda* sarebbe certamente corretto attribuire rilevanza, ai fini dell'ascrizione della responsabilità amministrativa da reato alla *holding* o alle controllate, all'interesse di gruppo; tuttavia, sulla base degli attuali dati normativi tale operazione esegetica è frutto della creazione interpretativa.

Una lettura così ampia del concetto di interesse, che viene esteso sino al punto di ricomprendervi l'interesse di gruppo, implica un'inammissibile estensione della portata applicativa del d.lgs. 231/2001, giacché la *holding* viene arbitrariamente identificata quale «centro di imputazione dei reati ascrivibili alle società del gruppo»²³⁰.

Soluzione questa che non ci sembra appagante perché poco rispettosa del principio di legalità di cui agli art. 25, comma secondo, Cost. e 2 del d.lgs. 231/2001.

²³⁰ E' questa l'opinione di PISANI, *La struttura dell'illecito*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 119; appare poi condividere tale riflessione SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità*, cit., p. 8 e ss., che evidenzia come ad una lettura così ampia dell'interesse «consegua una forte espansione della responsabilità in capo a tutte le società del gruppo. Una nozione così ampia dei criteri ascrittivi di cui all'art. 5 del decreto comporta che tutte le società del gruppo sulle quali si è riflesso il vantaggio possono essere considerate responsabili».

8. I modelli organizzativi e l'organismo di vigilanza nei gruppi di società.

Le conclusioni sin qui raggiunte circa l'impossibilità di estendere automaticamente la responsabilità degli enti al gruppo ci sembra possano fornire una significativa direttiva nel risolvere la problematica dei modelli di organizzazione e gestione nei gruppi di imprese.

Al cospetto di un gruppo si pone, infatti, anche l'interrogativo relativo alla necessità che ogni società si doti di un autonomo modello organizzativo ovvero se sia possibile, o addirittura opportuno, l'utilizzo di un modello di tipo unitario²³¹.

La funzione dei modelli di organizzazione e gestione è quella di imporre alla società un sistema organizzativo volto a prevenire ed evitare la commissione di reati²³². Per consentirne tale funzione il d.lgs. 231/2001 ha prescritto che i modelli di organizzazione e gestione debbano essere costruiti sulla base delle esigenze della società in cui risultano adottati.

L'art. 6 del d.lgs. 231/2001 prescrive che il modello, per esimere l'ente dal rimprovero, debba essere idoneo ad impedire la commissione dei reati presupposto forieri di responsabilità amministrativa da reato. Il modello di organizzazione e gestione, quindi, deve contenere una serie di regole di contenuto prescrittivo che variano a seconda dell'impresa e che lo rendano idoneo ad escludere la rimproverabilità dell'ente per il reato presupposto commesso da un soggetto apicale internato nella sua struttura organizzativa.

I passaggi più significativi attraverso i quali si snoda il processo di formazione del modello possono essere individuati nella valutazione dei rischi; nella previsione di regole volte a scandire le modalità procedurali da adottare ogniqualvolta debbano essere prese dagli organi dell'ente decisioni 'a rischio

²³¹ La problematica del carattere unitario o distinto dei modelli di organizzazione è trattata nella letteratura scientifica da SCARIONA, *Societas delinquere potest*, cit., p. 255 ss.; DI AMATO, *op.ult.cit.*, p. 273 ss.

²³² Evidenzia la funzione prevenzionistica dei modelli di organizzazione e gestione, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 62.

reato'; nella previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza; nella predisposizione di un sistema disciplinare volto a sanzionare il mancato rispetto delle prescrizioni contenutistiche del modello.²³³

Il d.lgs. 231/2001 pur potendo ampliare le previsioni legislative sul contenuto del modello di organizzazione e gestione o attribuire certa rilevanza esimente ad un modello costruito secondo le linee guida fornite dalle associazioni di categoria ha preferito una terza via: un modello di organizzazione e gestione calibrato sulle particolarità della società in cui è adottato²³⁴.

Orbene, se il modello di organizzazione e gestione deve avere un contenuto previsionale modellato sulle particolarità dell'ente, la soluzione che *prima facie* appare da prediligere nell'ambito dei gruppi di impresa è quella dell'adozione di modelli di organizzazione e gestione differenziati. L'utilizzo di diversi modelli, in linea teorica, dovrebbe garantire, infatti, una più dettagliata mappatura dei rischi ed un più preciso contenuto prescrittivo²³⁵.

Tuttavia, sebbene sia chiaro che la predisposizione di modelli differenziati è tendenzialmente più capace di modellarne il contenuto alle esigenze delle singole società in cui sono adottati, non ci sentiamo di escludere la possibilità che nell'ambito di un gruppo venga costruito un modello che, sebbene unitario, abbia un contenuto di tale dettaglio da soddisfarne il requisito di idoneità.

Una tale soluzione potrebbe anzi essere salutata con favore ove si consideri che tra i contenuti descrittivi del modello di organizzazione e gestione di

²³³ Per l'analisi dei requisiti contenutistici dei modelli di organizzazione e gestione, cfr., D'AVIRRO, *I modelli organizzativi. L'organismo di vigilanza*, cit., p. 217; DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, cit., p. 28; PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 432.

²³⁴ L'art. 6, comma terzo, del d.lgs. 231/2001, infatti, ha soltanto riconosciuto alle associazioni rappresentative di categoria la possibilità di emanare linee guida per la predisposizione dei modelli di organizzazione e gestione, la cui osservanza, tuttavia, non rende il modello idoneo ad esimere la responsabilità dell'ente ma, come evidenziato dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 231/2001 «costituisce un prezioso strumento per la valutazione dell'idoneità dei singoli programmi».

²³⁵ E questa l'opinione di DI AMATO, *op.ult.cit.*, p. 273 ss, che evidenzia come per quanto possa essere penetrante il controllo della *holding* è solo a livello di ogni singola società che può essere eseguita un'accurata mappatura dei rischi e un'adeguata predisposizione di regole procedurali volte ad evitare la commissione di reati.

una società parte di un gruppo, nella indicazione della struttura societaria sarebbe opportuno segnalare l'attività di direzione e coordinamento²³⁶, in quanto, solamente tale indicazione consente una piena descrizione e comprensione delle dinamiche societarie²³⁷.

Del resto, la prassi delle aziende dimostra come l'attività di mappatura delle aree a rischio e di predisposizione del modello di organizzazione e gestione non venga effettuata dall'organo amministrativo della società ma affidata a professionalità, di solito esterne, che provvedono alle attività necessarie a costruirlo sulle specifiche esigenze della singola impresa.

Ciò che ci sembra, invece, indispensabile è che il modello, unitario o differenziato che sia, venga adottato dalle singole società che compongono il gruppo, in quanto, soltanto una sua adozione formale, essendo espressione del recepimento del contenuto, ne consente una efficacia esimente²³⁸.

²³⁶ E' questa l'opinione anche di SCAROINA, *Societas delinquere potest*, cit., p. 255 ss., la quale pone in rilievo come, invece, la previsione di flussi informativi nei confronti dell'organismo di vigilanza della *holding* potrebbe essere letta come fattore di eccessiva ingerenza della controllata nell'attività di impresa delle società del gruppo, idoneo ad inficiare l'idoneità del modello.

L'autore, compiendo un'analisi dei modelli di organizzazione e gestione dei principali gruppi italiani, evidenzia come nel dubbio normativo si sia preferita la strada dei modelli differenziati.

²³⁷ La mancata previsione, tra i requisiti del modello di organizzazione e gestione, dell'eventuale indicazione dell'esistenza di un'attività di direzione e coordinamento costituisce una anomalia della disciplina normativa, ove si consideri che la disciplina civile dei gruppi prevede dei doveri di trasparenza e di informazione pubblicitaria all'art. 2497 *bis* c.c. e degli obblighi di motivazione delle decisioni (art. 2497 *ter* c.c.) al fine di consentire una valutazione onnicomprensiva della correttezza dell'operazione intrapresa nell'ambito dei gruppi.

²³⁸ L'adozione del modello di vigilanza costituisce un requisito formale necessario affinché il modello possa svolgere la sua funzione esimente come evidenziato da RODORF, *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del convegno di Roma 30 novembre – 1 dicembre 2001, in *Cass. pen.*, supplemento al n. 6/2003, p. 82. Tuttavia non vi è concordia di opinioni in dottrina circa la competenza ad adottare il modello anche a causa della contraddittorietà del d.lgs. 231/2001, che mentre all'art. 6 sembrerebbe individuare nell'organo amministrativo il soggetto a cui compete la adozione del modello, nell'art. 17 effettua un riferimento all'«ente», che può escludere la applicazione delle misure interdittive, adottando modelli idonei ad evitare la commissione di reati della specie di quello verificatosi. Il riferimento fatto all'ente dall'art. 17 del d.lgs. 231/2001, ci sembra di tipo atecnico e per questa ragione riteniamo di aderire alla tesi della letteratura scientifica che radica la competenza ad adottare il modello in capo all'organo di amministrazione. Appaiono tra gli altri concordi nelle conclusioni, D'AVIRRO, *op. ult. cit.*, p. 207; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 589.

Anche in chiave teleologica un modello di organizzazione e gestione che, sebbene unitario, contempra i profili differenziali di ognuna delle società del gruppo, soddisfacendo per ciascuna di esse il necessario contenuto previsionale, svolga la sua funzione prevenzionistica e valga quindi ad escludere il rimprovero dell'ente²³⁹.

Nell'ambito delle dinamiche di gruppo occorre poi interrogarsi sulla composizione ed sul funzionamento dell'organismo di vigilanza.

A fronte del silenzio del disposto normativo ci si chiede, infatti, se sia possibile che le diverse società costituiscano un unico organismo di vigilanza o se sia, invece, necessario che ciascuna di esse costituisca un distinto organo di controllo²⁴⁰.

La soluzione ci sembra che venga dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001, il quale prescrive che la funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello debba essere affidata ad un «organismo dell'ente»²⁴¹.

Il d.lgs. 231/2001 ha, quindi, individuato l'organo competente a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello, in un organo interno alla società distinto da quello amministrativo e da quello di controllo²⁴² per consentirne una maggiore indipendenza. Circostanza questa che ci sembra dimostri che la soluzione preferibile sia quella di organismi di tipo differenziato.

²³⁹ Analizza il tema della colpevolezza dell'ente, riconducendola ad un *deficit* di organizzazione DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, cit., p. 754.

²⁴⁰ In dottrina la problematica dell'organismo di vigilanza nei gruppi di società è trattata da, ACCINI, *La confluenza dei processi in materia di operazioni tra parti correlate nel modello organizzativo*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2008, p. 37 ss.; DI AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato*, cit., p. 272 LECIS, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 46; SCAROINA, *Societas delinquere potest.*, cit., p. 272.

²⁴¹ Risultano dello stesso avviso DI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 272; LECIS, *op. ult. cit.*, p. 46; SCAROINA, *op. ult. cit.*, p. 272.

²⁴² Invero una deroga all'autonomia interna dell'organismo di vigilanza è prevista dall'art. 6, comma quarto, del d.lgs. 231/2001, il quale stabilisce che «negli enti di piccole dimensioni la funzione di controllo può essere svolta direttamente dall'organo dirigente».

Occorre poi domandarsi se possano essere nominati componenti dell'organismo di vigilanza i soggetti appartenenti alla struttura organizzativa della *holding* o di altre società del gruppo.

La dottrina che si è occupata del tema tende a dare una risposta positiva a tale interrogativo secondo la considerazione che il d.lgs. 231/2001 non ha prescritto che i componenti dell'organismo di vigilanza debbano essere dipendenti della società, consentendo anche a soggetti estranei all'ente di rivestire tale carica²⁴³. Circostanza questa che non sarebbe ostativa alla nomina a componenti dell'organismo di soggetti internati nella struttura organizzativa della *holding* o di altra società del gruppo²⁴⁴.

Invero, ci sembra che la soluzione debba essere trovata spostando l'analisi dal piano del disposto della norma a quello del problema dell'indipendenza dell'organismo di vigilanza²⁴⁵.

Infatti, sebbene il d.lgs. 231/2001 non richieda espressamente che i componenti dell'organismo di vigilanza debbano essere indipendenti, il richiamo fatto dall'art. 6, comma primo, lett. b), agli «autonomi poteri di iniziativa e di controllo» dimostra come sia preferibile che l'organismo goda di una propria

²⁴³ E' questa l'opinione di LECIS, *op. ult. cit.*, p. 46; DI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 272, il quale evidenzia che invece «ciò che conta è l'inserimento dell'organismo di vigilanza nell'organizzazione dell'ente e che, perciò, tale organismo sia stato nominato dall'organo direttivo dello stesso ente e si interfacci con i suoi organi gestionali e di controllo».

²⁴⁴ Tuttavia DI AMATO, *op. ult. cit.*, fa presente come si debba escludere che gli stessi soggetti possano essere nominati in più organismi di vigilanza di società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, in quanto, tale circostanza potrebbe costituire un indizio della «consapevolezza, se non addirittura della partecipazione della controllante rispetto agli illeciti commessi dalle controllate».

²⁴⁵ E' bene precisare che la problematica dell'indipendenza dell'organismo di vigilanza si pone non soltanto in relazione ai gruppi di società ma ad ogni ente nel quale risulta necessario, in quanto il legislatore né ha richiesto espressamente che i suoi componenti debbano essere indipendenti né ha specificato a chi spetti la nomina dell'organismo di vigilanza.

A fronte del silenzio del disposto normativo si è soliti ritenere che la competenza a nominare i componenti dell'organismo di vigilanza sia dell'assemblea o del collegio sindacale, in quanto, tali organi, non avendo funzioni di amministrazione attiva, non dovrebbero influenzare in modo negativo l'attivazione dei poteri - doveri di verifica dell'o.d.v. Cfr., D'AVIRRO, *I modelli organizzativi. L'organismo di vigilanza.*, cit., p. 209 ss.; FRIGNANI-GROSSO-ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Le società*, 2002, p. 143 ss.; IRTI, *Due temi di governo societario/risponsabilità amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 693.

autonomia sia rispetto agli organi della società in cui opera, sia rispetto alla compagine sociale del gruppo.

La presenza di soggetti esterni rispetto ad ogni società del gruppo dovrebbe, infatti, essere garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza dell'organismo di vigilanza rispetto agli organi delle società e ne consentirebbe la necessaria serenità ed autonomia di giudizio al momento delle verifiche.

Tale ricostruzione interpretativa del resto appare coerente con la funzione politico criminale che svolgono i modelli e l'organismo di vigilanza. Il d.lgs. 231/2001, infatti, non ha imposto agli enti destinatari della responsabilità amministrativa da reato di dotarsi dei modelli e di un organismo di vigilanza ma soltanto previsto che la loro istituzione e concreta attuazione possa fungere da fattore di esonero di responsabilità²⁴⁶.

L'adozione dei modelli, quindi, in quanto espressione di una politica della legalità interna all'ente ne esclude la rimproverabilità.

Sul piano politico criminale i modelli ed l'o.d.v. (la cui funzione è quella di garantirne la costante adeguatezza e l'effettiva applicazione) rispondono, quindi, ad esigenze di prevenzione generale negativa e positiva, in quanto, la promessa esenzione di pena dovrebbe, da un lato, operare da incentivo a dotarsi di

²⁴⁶ Invero, è bene precisare che i modelli di organizzazione e gestione e l'organismo di vigilanza non hanno carattere unitario, in quanto, il profilo della colpevolezza dell'ente è stato differenziato a seconda che il reato presupposto, foriero di responsabilità amministrativa, sia stato commesso da un soggetto posto in posizione apicale o da un soggetto sottoposto alla altrui direzione o vigilanza. Infatti, mentre nel primo caso (soggetto apicale) l'ente andrà esente da rimprovero quando provi che sono stati adottati modelli di organizzazione e gestione; ne è stato curato il loro aggiornamento e la loro osservanza; è stato istituito un organismo di vigilanza; non vi sono state omissioni o negligenze dell'o.d.v.; i vertici hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i protocolli preventivi; nel caso di reati commessi dai soggetti in posizione subordinata l'adozione dei modelli non costituisce un 'presupposto' perché sia esclusa la colpevolezza dell'ente ma solo una facoltà riconosciuta alla società per escludere anticipatamente alla commissione del reato la sua eventuale rimproverabilità. Cfr., PISANI, *La struttura dell'illecito*, cit., p. 128 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., p. 66.

protocolli preventivi volti ad evitare la commissione di reati e dall'altro fungere da fattore di sensibilizzazione dell'ente alla legalità²⁴⁷.

E' chiaro che le funzioni di prevenzione generale negativa e positiva potranno effettivamente essere soddisfatte soltanto quando la adozione di modelli di organizzazione e gestione e l'istituzione ed il funzionamento dell'organismo di vigilanza saranno effettivamente funzionali, grazie alla loro adeguatezza, effettività ed indipendenza a prevenire la commissione di reati e sensibilizzare l'ente alla legalità.

In particolare, la previsione di un organismo di vigilanza privo dei necessari caratteri di autonomia ed indipendenza ci sembra frustrerebbe del tutto le esigenze di prevenzione generale e sarebbe, peraltro, espressione della politica di un ente che, proprio perché distante dai valori giuridici del sistema penale, non potrà invocare l'esenzione di pena, avendo bisogno di essere rieducato.

²⁴⁷ Tali aspetti sono ben evidenziati da PISANI, *op. ult. cit.*, il quale fa rilevare come i modelli di organizzazione e gestione non hanno una funzione politico criminale unitaria in quanto, la loro funzione nella fase della minaccia di pena risponde ad esigenze di prevenzione generale; risponde invece ad una logica di tipo retributivo - premiale (cd. *carrot stick model*), quando vengono in rilievo per valutare la riparazione delle conseguenze giuridiche del reato commesso; svolgono funzioni di prevenzione speciale della fase dell'applicazione delle sanzioni ove vengono in rilievo quali presupposto per consentire l'applicazione delle sanzioni pecuniarie in luogo delle sanzioni interdittive (art. 17, d.lgs. 231/2001). Cfr, anche ABBAGNANO, *I confini mobili della discrezionalità penale, cit.*, p. 186. L'Autore, ricercando i termini di una sintesi dialettica tra la regola della punibilità e la non o minore punibilità, evidenzia come tra le ipotesi di premialità meritata compaiano i meccanismi premiali relativi ai modelli di organizzazione e gestione previsti dal d.lgs. 231/2001.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008.

ABRIANI, *Riforma societaria e nuovo diritto penale commerciale*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003.

ACCINI, *La confluenza dei processi in materia di operazioni tra parti correlate nel modello organizzativo*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2008.

ACQUAROLI, *Alcune osservazioni sul reato di infedeltà patrimoniale alla luce del nuovo diritto societario*, in AA.VV., *La riforma dei reati societari*, a cura di C. Piergallini, Atti del Seminario, Macerata 21 marzo 2003, Milano, 2004.

AGNOLI, *La responsabilità amministrativa da reato nei gruppi societari*, in *Crit. pen.*, 2007.

ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società, D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Alessandri, Milano, 2002.

ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, Bologna, 2010.

ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992.

ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.

ALESSANDRI, *Parte Generale, Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2002.

AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003.

AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass. pen.*, 2007.

BADINI CONFALONIERI, *sub art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, III, Bologna, 2006.

BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà degli amministratori e sanzioni penali*, Milano, 2006.

- BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009.
- BENUSSI, *La Cassazione ad una svolta: la clausola dei vantaggi compensativi è esportabile nella bancarotta per distrazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 421.
- BERSANI, *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi nel diritto penale societario e fallimentare*, in *Il fisco*, 2004.
- BETTIOL, *Osservazioni sulla proposta di riforma della disciplina del concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003.
- BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di singoli eventi. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1176 ss;
- BRICHETTI – TARGHETTI, *Bancarotta e rati societari*, Milano, 2003.
- BRICOLA, *Il costo del “principio societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1970.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Milano, 2009.
- CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003.
- CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell’economia*, Padova, 2002.
- CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Dig disc. priv., Sezione Commerciale*.
- CASTRO MORENO, *El delicto societario de administracion disleal*, Madrid, 1998.
- COCCO, *I confini tra condotte lecite, bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice nelle relazioni economiche all’interno dei gruppi di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 1036.
- CORUCCI, *I reati di bancarotta e l’operazione squilibrata infragruppo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1013.
- CUPELLI, *Le declinazioni della legalità*, in *Quale riforma del codice penale. Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore C. – Moccia - Cavaliere, Napoli, 2009.

D'AVIRRO – DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007.

D'AVIRRO – MAZZOTTA, *I reati di infedeltà nelle società commerciali*, Milano, 2004.

DAL SOGLIO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario sistematico al decreto legislativo 17 gennaio 2003*, a cura di Alberto Maffei Alberti, Padova.

DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 2003, p. 946.

DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 929.

DE FRANCESCO, *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 363 ss;

DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 349 ss;

DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 223 ss;

DE VERO, *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 173 ss;

DI AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in AA.VV. *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro – Di Amato, Milano, 2009, p. 233

DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA. VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004.

DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 646 ss.;

DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss.

FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 2003, p. 1197 e ss.,

FERNANDO CABANA, *Consenso dell'assemblea dei soci e amministrazione fraudolenta di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p.109.

FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIORÉ C. – FIORÉ S., *Diritto Penale, parte generale*, Assago, 2008.

FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1986.

FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.

FLICK, *Gruppi e monopolio nelle nuove prospettive del diritto penale*, in *Riv. soc.*, 1988, p. 471.

FOFFANI, *Conflitto di interessi: profili penali*, in AA.VV., *I gruppi di società, atti del convegno internazionale di Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Vol. II, p.1251.

FOFFANI, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società, D.lgs. 11 aprile 2002 n.61*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002.

FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

FRIGNANI, GROSSO, ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs n. 231/2001*, in *Le società*, 2002, p.154.

GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, II, Padova, 2006.

GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *BBTC*, 2005, p. 89.

GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, VII, Padova, 1988.

GAMBARDELLA, *Il nesso causale tra i reati societari e il dissesto nella nuova bancarotta fraudolenta impropria*, in *Cass pen.*, 2003, p. 88 ss..

GHEZZI, *I 'doveri fiduciari' degli amministratori nei 'Principles of Corporate Governance'*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 467.

GIOVANARDI, *Sull'impossibilità di estendere i vantaggi compensativi ai reati fallimentari*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1372;

GIUNTA, *La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 401.

GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura al d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (Seconda parte)*, in *Studium juris*, 2002, p. 787.

GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 437 ss.

IRACE, Art. 2497 c.c., in AA.VV., *La riforma delle società - commentario del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003.

IRTI, *Due temi di governo societario/risponsabilità amministrativa*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 693.

JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *Comentarios al codigo penal* a cura di Manuel Cobo Del Rosal.

LECIS, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 46.

LONGOBARDO, *Causalità ed imputazione oggettiva. Profili dogmatici e di politica criminale*, Napoli, 2011.

LONGOBARDO, *Causalità ed imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011;

LUNGHINI, *sub art 2634 cc.*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e Marichionda, Milano, 2005.

LUTTER, *Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1295 e ss.

MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 879 ss.

MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori nei gruppi di imprese*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 1014;

- MANNA, *La c.d. responsabilità penale amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo di insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 507 ss.;
- MARINUCCI, *'Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 201 ss.
- MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445 ss;
- MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2002.
- MASSA, *Le sezioni unite davanti a «nuvole e orologi»*, in *Cass. pen.*, 2002, 3646.
- MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 905.
- MEZZETTI, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario. Spunti critici su ratio dell'incriminazione e bene giuridico tutelato* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 193.
- MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p. 729 ss.
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
- MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, p. 710 ss.
- MONTALENTI, *Conflitto di interesse: vantaggi compensativi*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi: Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996.
- MONTALENTI, *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 836;
- MUCCIARELLI, *Il ruolo dei "vantaggi compensativi" nell'economia del delitto d'infedeltà patrimoniale degli amministratori* in *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 633.
- MUCCIARELLI, *Le modifiche alla legge fallimentare*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs.11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Alessandri, Milano, 2002.

- MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.
- NAPOLEONI, *Le mariage qui a mal tournè: lo strano caso dell'infedeltà patrimoniale e della bancarotta "da reato societario"*, nota a Cass. pen. 7326/2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 294 e ss.
- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.
- NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.
- PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 475 ss;
- PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *NGCC*, 2003, p. 357 s.s.
- PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in *AA.VV. I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi di Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Milano, 1996.
- PEDRAZZI, *Gruppo di impresa e responsabilità penali*, in *Disciplina giuridica del gruppo di impresa. Esperienze e proposte*, in *Atti del convegno di Bellagio del 19-20 giugno 1981*, Milano, 1982.
- PEDRAZZI, in Pedrazzi – Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca-legge fallimentare* a cura di Galgano, artt. 216-227, Bologna-Roma, 1995, p. 236;
- PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 138 s.s.
- PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265 ss.
- PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 589.
- PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2006, p. 12.
- PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 717.

PULITANÒ, *Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato*, in *Guida dir.*, 2001, p. 9;

PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma 30 novembre – 1 dicembre 2001, in supplemento al 6/2003, *Cass. Pen.*, p. 7 ss.;

RODORF, *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del convegno di Roma 30 novembre – 1 dicembre 2001, in *Cass. pen.*, supplemento al n. 6/2003, p. 82.

ROMANO, *Cause di giustificazione, Cause scusanti, Cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 60.

ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi di società ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, Milano, 1996.

ROSSI, *Relazione introduttiva in Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 621.

SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le soc.*, n. 2 bis, 2003, p. 391,

SANDRELLI, *Fallimento e vantaggi compensativi: due termini difficilmente compatibili in Il fall.*, 2009, p. 313.

SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.

SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003.

SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa delle società per gli illeciti commessi nel loro interesse dai c.d. gestori di fatto*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2007, p. 119.;

SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2005.

SCOTTO, *Commento all'art. 31, l. 28 dicembre 2005, n. 262*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 524.

SEMINARA, *I nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio.*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 549 ss.

SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. ed enti*, 2006, p. 9.

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1999.

STELLA, *Profili penalistici del conflitto di interessi degli amministratori di società commerciali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 939.

TOSCANO, *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei trasferimenti infragruppo*, in *Le soc.*, 2009, p. 925.